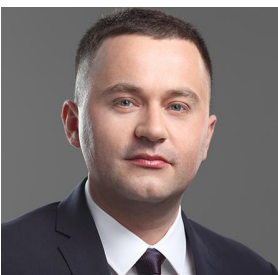


# KMS Artykuł

## Metodyka badania płynnościowej przesłanki niewypłacalności w świetle jej prawnej definicji

### Autorzy



#### **Marcin Kubiczek**

Licencjonowany Doradca Restrukturyzacyjny, ekonomista,  
wieloletni ekspert ds. badania niewypłacalności



#### **Bartosz Sokół**

Licencjonowany Doradca Restrukturyzacyjny,  
prawnik



## Metodyka badania płynnościowej przesłanki niewypłacalności w świetle jej prawnej definicji

Tematyka publikowanego artykułu oscylować będzie wokół zagadnień związanych z metodyką badania płynnościowej przesłanki niewypłacalności zarówno w zdezaktualizowanym już, jak i w aktualnym brzmieniu prawa upadłościowego. W celu efektywnego ujęcia przedmiotowej tematyki uwaga autorów skupi się również na normatywnej definicji płynnościowej przesłanki niewypłacalności, historycznych kierunkach jej wykładni, a także zastosowania w przypadku postępowań innych niż w przedmiocie ogłoszenia upadłości, tj. postępowania zakazowego (art. 373 PrUpad), postępowania o zapłatę w myśl art. 299 KSH (analogicznie 116 OP), a także postępowania karnego z art. 586 KSH lub art. 286 KK.

### DEFINICJA PŁYNNOŚCIOWEJ PRZESŁANKI NIEWYPŁACALNOŚCI

Analizę definicji przesłanki płynnościowej należałoby rozpocząć od treści **Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe**<sup>3</sup>. Art. 1 ust. 1 rozporządzenia stanowił, iż „przedsiębiorca, który zaprzestał płacenia długów, będzie uznany za upadłego”, z kolei art. 2 przywołanego aktu prawnego doprecyzowywał przedmiotową przesłankę, wskazując, iż „krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości”.

Wykładnia przywołanych norm prawnych zmierzała do wykluczenia możliwości ogłaszania upadłości takiego dłużnika, który nie utracił w sposób trwały zdolności do

wykonywania przeważającej części swoich wymagalnych zobowiązań. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 29.02.1936 r. wskazał, iż zaniechanie przez przedsiębiorcę zapłaty tylko kilku drobnych długów oraz jednego długu, wprawdzie większego, jednak wątpliwego, nie może być poczytane za zaprzestanie płacenia długów<sup>4</sup>. Analogiczne stanowisko przyjął pod rządami Rozporządzenia Prezydenta z 1934 r. J. Broł, broniąc tezy, iż: „Podstawą ogłoszenia upadłości jest w zasadzie również stan, w którym dłużnik płaci tylko niektóre długi. Jednak nie można przyjąć, że dłużnik zaprzestał płacenia długów, jeżeli nie zapłacił w terminie tylko jednego z większej ilości długów. Podstawa do ogłoszenia upadłości zajdzie dopiero wtedy, gdy dłużnik z braku środków płatniczych nie płaci przeważającej części swych długów”<sup>5</sup>.

Z kolei w orzeczeniu z 29.04.1938 r. Sąd Najwyższy podkreślił, iż „nie ma zaprzestania płacenia długów, gdy dłużnik nie płaci, ponieważ nie uznaje obowiązku zapłaty”<sup>6</sup>, formułując tym samym zasadę nieuwzględniania wierzytelności spornych w procesie badania materializacji płynnościowej przesłanki niewypłacalności.

Niewątpliwie ważną tezę postawił Sąd Najwyższy w wyroku z 27.05.1993 r., przesądzając, iż „ogłoszenie upadłości może nastąpić tylko wówczas, gdy istnieje co najmniej dwóch wierzycieli podmiotu gospodarczego, którego dotyczy wniosek”<sup>7</sup>. W uzasadnieniu podkreślono, iż już warstwa aksjologiczna prawa upadłościowego, w postaci celu równomiernego zaspokojenia wierzycieli dłużnika, sprawia, iż nie sposób mówić o za-

<sup>1</sup> Doradca restrukturyzacyjny. Ekonomista. Biegły skarbowy, biegły sądowy w obszarze upadłości, restrukturyzacji, wyceny przedsiębiorstw i odpowiedzialności zarządzających na gruncie cywilnym, karnym, karnym skarbowym oraz w postępowaniu podatkowym.

<sup>2</sup> Prawnik. Młodszy partner w Biurze Doradcy Restrukturyzacyjnego Marcina Kubiczka.

<sup>3</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. (Dz. U. z 1991 r. nr 118, poz. 512 ze zm., tekst jednolity).

<sup>4</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 29.02.1936 r., sygn. II C 2907/35, publ. OSNC 9/1936 r., poz. 366.

<sup>5</sup> J. Broł, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, [w:] *Prawo handlowe*, LexisNexis 2001, art. 2.

<sup>6</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 29.04.1938 r., sygn. C III 487/38, Zb. Orz. 1939, nr V, poz. 199.

<sup>7</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 27.05.1993 r., sygn. III CZP 61/93, publ. OSNC 1994, nr 1, poz. 7.

sadności wszczynania postępowania upadłościowego w sytuacji istnienia wyłącznie jednego wierzyciela dłużnika. Ponadto, w ocenie sądu właściwym sposobem dochodzenia roszczeń jednego wierzyciela jest powództwo i egzekucja singularna, a nie przeznaczona dla innego celu likwidacja masy upadłości. Krytyczne stanowisko względem przywołanego orzeczenia przyjął m.in. A. Torbus, podkreślając, iż trwałość wstrzymania się od płacenia choćby jedynego długu, jeżeli wartość niezaspokojonego zobowiązania podważa szanse dłużnika na gospodarcze istnienie, powinna doprowadzić do upadłości<sup>8</sup>. Przywołany autor podkreślił, iż procedura upadłościowa jest zasadniczą metodą prawną eliminacji z rynku niewydolnego finansowo podmiotu, a postępowanie egzekucyjne nie stanowi *de facto* alternatywy dla postępowania upadłościowego. Analogiczne stanowisko zaprezentował P. Nazarewicz, wskazując m.in., iż z normatywnego sformułowania pojęcia „długów” (liczba mnoga) nie należy wyprowadzać wniosku, że chodzi tu o dłużnika posiadającego co najmniej dwóch wierzycieli<sup>9</sup>. W ocenie przywołanego przedstawiciela piśmiennictwa należy zauważyć, że nawet w stosunku do jednego wierzyciela dłużnik może być zobowiązany z tytułu kilku długów, np. należności głównej i odsetek.

1.10.2003 r. weszła w życie ustawa **Prawo upadłościowe i naprawcze z 28.02.2003 r.**, nowelizująca w sposób zasadniczy płynnościową przesłankę niewypłacalności. Art. 11 ust. 1 puin otrzymał następujące brzmienie: „dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań”. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy, „przy ogólnej regulacji podstaw ogłoszenia upadłości zrezygnowano z pojęcia «zaprzeszanie płacenia długów»”<sup>10</sup>. W ocenie ustawodawcy pojęcie to nie było spotykane we współczesnym języku prawniczym i przez to jego rozumienie nasuwało wątpliwości w szczególności wtedy, gdy chodziło o tzw. „zaprzeszanie krótkotrwałe”. W uzasadnieniu wskazano również, iż obowiązkiem każdego podmiotu gospodarczego jest takie gospodarowanie (i zaciąganie zobowiązań), by był w stanie w terminie spełniać w całości ciężące na nim obowiązki wobec wierzycieli, w związku z tym niespełnienie tego obowiązku, choćby w minimalnym stopniu, stanowi niewątpliwie dowód nieprawidłowości w prowadzeniu działalności gospodarczej. W ocenie projektodawców z tego też względu taki stan co do zasady wymaga interwencji w postaci

wszczęcia postępowania upadłościowego<sup>11</sup>. Trudno uniknąć zatem wrażenia, iż ustawodawca przyjął radykalnie inną optykę od wykładni płynnościowej przesłanki niewypłacalności pod rządami Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe. Już zaprzestanie płacenia zobowiązań „w minimalnym stopniu” miało być wystarczającym powodem do wszczęcia egzekucji uniwersalnej. Tym samym, przesłanki „przeważającej części nieopłaconych długów” i „trwałości” traciły na znaczeniu. Jak wskazywał wtedy F. Zedler, nieistotne jest, czy dłużnik nie wykonuje wszystkich swoich zobowiązań, czy tylko niektórych<sup>12</sup>. Nadto, „nieistotny też jest rozmiar niewykonywanych przez dłużnika zobowiązań. Nawet niewykonywanie zobowiązań o niewielkiej wartości oznacza jego niewypłacalność w rozumieniu art. 11. Co najwyżej można w takich przypadkach oddalić wnioski o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 12”<sup>13</sup>. Analogiczne stanowisko przyjmował wtedy R. Adamus, twierdząc, iż nie ma znaczenia, czy dłużnik nie wykonuje swych zobowiązań w całości, czy w części<sup>14</sup>. Z kolei K. Piasecki wskazywał, iż „jeżeli chodzi o wielkość długów, nie można pomijać faktu, że niekiedy zgłoszenie wniosku przez wierzyciela, któremu przysługuje niewielka (drobna, bagatelna) wierzytelność, może być traktowane jako szykana (art. 5 k.c.)”<sup>15</sup>.

W orzecznictwie wojewódzkich sądów administracyjnych na kanwie spraw z art. 116 OP ukształtowała się wyrazista tendencja do rygorystycznej wykładni art. 11 ust. 1 puin, tj. zmierzająca *de facto* do wykazania, iż już z pierwszym dniem opóźnienia z tytułu nieopłacenia drugiego z wymagalnych zobowiązań dłużnik znajduje się w stanie niewypłacalności<sup>16</sup>. Bez znaczenia pozostawała przy tym wielkość niewykonywanych zobowiązań czy też ich stosunek do majątku dłużnika. Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Lublinie w wyroku z 29.01.2008 r., „nieistotny jest rozmiar niewykonywanych przez dłużnika zobowiązań, bowiem nawet niewykonywanie zobowiązań o niewielkiej wartości oznacza jego niewypłacalność”<sup>17</sup>. Analogiczne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie w wyroku z 17.03.2010 r., twierdząc, iż „nie ma znaczenia dla uznania niewypłacalności wielkość niewykonywanych

<sup>11</sup> Tamże.

<sup>12</sup> F. Zedler, [w:] A. Jakubecki, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Zakamycze 2003, art. 11.

<sup>13</sup> Tamże.

<sup>14</sup> R. Adamus, (red.) Antoni Stanisław Witosz, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, LexisNexis 2007, art. 11.

<sup>15</sup> K. Piasecki, *Ustawa prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 36.

<sup>16</sup> Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 23 września 2010 r., sygn. I SA/Po 464/10, publ. LEGALIS nr 269696.

<sup>17</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z 29.01.2008 r., sygn. I SA/Lu 717/07, publ. LEGALIS nr 994019.

zobowiązań. Wobec tego każde niewykonanie zobowiązań powoduje powstanie po stronie dłużnika stanu niewypłacalności i to niezależnie od ich charakteru. Dla ogłoszenia upadłości nieistotne są przyczyny stanu niewypłacalności dłużnika<sup>18</sup>.

Percepcja przedmiotowego zagadnienia miałyby charakter niepełny, gdyby nie uwzględnić brzmienia art. 12 puin, który stanowił w ust. 1, iż „sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań nie przekracza trzech miesięcy, a suma niewykonanych zobowiązań nie przekracza 10% wartości bilansowej przedsiębiorstwa dłużnika”. Trudno zgodzić się zatem, iż na gruncie prawa upadłościowego i naprawczego z 28.02.2003 r. rozmiar niewykonanych zobowiązań albo też ich stosunek do wartości majątku dłużnika pozostawały okolicznością całkowicie nieistotną dla ogłoszenia upadłości. Musi być ona rozumiana jednak w świetle art. 12 ust. 2, stanowiącego, iż „przepisu ust. 1 nie stosuje się, jeżeli niewykonanie zobowiązań ma charakter trwały albo gdy oddalenie wniosku może spowodować pokrzywdzenie wierzycieli”. Ustawodawca postanowił zatem, aby trwałość materializacji płynnościowej przesłanki niewypłacalności lub też potencjalna możliwość pokrzywdzenia wierzycieli wskutek oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości była bezwzględną determinantą ogłoszenia upadłości. Wnosząc *a contrario*, zasadne wydaje się przyjęcie tezy, iż przejściowe trudności w wykonywaniu wymagalnych zobowiązań (choćby w niewielkiej części) wchodziły natomiast w zakres fakultatywnej możliwości oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez sąd orzekający w myśl art. 12 ust. 1 puin, jednak tylko pod warunkiem spełnienia wskazanych przesłanek: opóźnienie w wykonaniu zobowiązań nie mogło przekraczać trzech miesięcy, a suma niewykonanych zobowiązań nie mogła przekraczać 10% wartości bilansowej przedsiębiorstwa dłużnika. Siłą rzeczy, sądy upadłościowe nie musiały oddalać takich wniosków, a niewykonanie dwóch wymagalnych zobowiązań o niewielkiej wartości wciąż mogło stanowić według ustawodawcy wystarczającą podstawę ogłoszenia upadłości. Analogiczną konstatację wyrazili M. Pietruszyńska oraz P. Zimmerman, podkreślając, iż: „Główną podstawą przyjęcia poglądu, że w obecnym stanie prawnym każda niewypłacalność, nawet taka, która nie jest trwała, powoduje powstanie obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, jest to, iż ustawodawca zaniechał powtórzenia treści art. 2 pr. upadł. w ustawie z 2003 r., a więc nie istnieje

obecnie podstawa prawna wprost wykluczająca ogłoszenie upadłości w przypadku krótkotrwałego zaprzestania płacenia długów<sup>19</sup>.

Nieco na marginesie zasadniczych rozważań zaznaczyć należy, iż na mocy ustawy nowelizującej z 6.03.2009 r.<sup>20</sup> (wchodzącej w życie 2.05.2009 r.) zmodyfikowano brzmienie przesłanki płynnościowej, dookreślając rodzaj objętych nią zobowiązań w taki sposób, iż z zakresu zobowiązań istotnych dla przesłanki płynnościowej wyłączono zobowiązania niepieniężne.

Opisany rygoryzm interpretacyjny zachwiał się wskutek orzeczenia Sądu Najwyższego z 19.01.2011 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. V CSK 211/10, w którym dokonano bezpośrednio odmiennej wykładni płynnościowej przesłanki niewypłacalności: „Choć niewątpliwie ustawodawca w art. 11 ani w żadnym innym przepisie prawa upadłościowego i naprawczego nie powtórzył regulacji zawartej w art. 2 PrUp, to jednak zmieniona treść art. 11 ust. 1 PrUpNap oraz jego cel i funkcja jednoznacznie wskazują, że nadal krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości, gdyż o niewypłacalności w rozumieniu art. 11 ust. 1 PrUpNap można mówić dopiero wtedy, gdy dłużnik z braku środków przez dłuższy czas nie wykonuje przeważającej części swoich zobowiązań<sup>21</sup>. Stanowisko wyrażone w przedmiotowym wyroku znalazło odzwierciedlenie również w postanowieniach Sądu Najwyższego z 13.04.2011 r. (sygn. V CSK 320/10) oraz z 13.05.2011 r. (sygn. V CSK 352/10), co jednoznacznie świadczyło o próbie ukształtowania nowej linii orzeczniczej w zakresie przesłanki płynnościowej. Starania Sądu Najwyższego spotkały się z krytyczną reakcją przedstawicieli doktryny, z powodu *de facto* ustawodawczego charakteru wykładni, spośród których wymienić można D. Popłonyk<sup>22</sup> lub P. Zimmermana<sup>23</sup>. W ocenie P. Zimmermana, choć niewątpliwie definicję niewypłacalności ustaloną w art. 11 ust. 1 w związku z art. 10 puin uznać należy za zbyt rygorystyczną i mogącą naruszać prawa dłużników, to w celu naprawy sytuacji powinien zareagować ustawodawca, a nie Sąd Najwyższy<sup>24</sup>. Ten postulat *de lege ferenda* zmaterializował się wraz z nowelizacją prawa upadłościowego na mocy ustawy Prawo restruk-

<sup>18</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z 17.03.2010 r., sygn. I SA/Sz 876/09, publ. LEGALIS nr 235707.

<sup>19</sup> M. Pietruszyńska, P. Zimmerman, *Trwałość zaprzestania spłaty długów a stan niewypłacalności – powrót do źródła?*, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 2013/2, s. 49-50.

<sup>20</sup> Ustawa z 6.03.2009 r. o zmianie ustawy – prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym oraz ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym.

<sup>21</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 19.01.2011 r., sygn. CSK 211/10, publ. LEGALIS nr 417552.

<sup>22</sup> D. Popłonyk, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 19.01.2011 r. (sygn. CSK 211/10)*, „Czasopismo Krajowej Izby Syndyków Fenix”, nr 5(6).

<sup>23</sup> P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2012, art. 11.

<sup>24</sup> Tamże.

turyzacyjne z 15.05.2015 r., jednak podkreślić należy, iż krytyczna ocena działań Sądu Najwyższego nie wpłynęła zasadniczo na ich praktyczną recepcję w procesie stosowania prawa pod rządami prawa upadłościowego i naprawczego w brzmieniu obowiązującym do 31.12.2015 r. Przedstawiciele doktryny uwzględnili w piśmiennictwie zmianę kierunku wykładni, za egzemplifikację czego posłużyć może stanowisko F. Zedlera, w którego ocenie „nie można przyjąć, że dłużnik zaprzestał płacenia długów, jeżeli nie zapłacił w terminie tylko jednego z większej liczby długów. Podstawa do ogłoszenia upadłości powstanie dopiero wtedy, gdy dłużnik z braku środków płatniczych nie płaci przeważającej części swych długów”<sup>25</sup>. Również R. Adamus zaznaczył, że „orzecznictwo sądowe przejawia tendencję do odwoływania się do stanu «trwałości» w niewykonaniu zobowiązań przez dłużnika jako podstawy niewypłacalności”<sup>26</sup>.

Tendencja ta znalazła swoje normatywne odzwierciedlenie w ramach **nowelizacji prawa upadłościowego, dokonanej na mocy ustawy Prawo restrukturyzacyjne z 15.05.2015 r.** (Dz. U. 2015 poz. 978). Jak podkreślił ustawodawca w uzasadnieniu projektu przywołanego aktu prawnego, „nowy sposób zdefiniowania stanu niewypłacalności uwzględni przesłanki ekonomiczne określenia stanu finansów przedsiębiorcy, słuszne postulaty doktryny oraz orzecznictwa”<sup>27</sup>. Prawidłowość tę zauważa również P. Zimmerman, zaznaczając, iż „historycznie rzecz ujmując, nowe brzmienie art. 11 jest odpowiedzią ustawodawcy na argumenty, które leżały u podstaw pojawiających się od 2011 r. orzeczeń sądów wyższych instancji w ślad za przełamującym interpretację literalną orzecznictwem Sądu Najwyższego”<sup>28</sup>.

Od dnia wejścia w życie przedmiotowej ustawy, tj. 1.01.2016 r., art. 11 ust. 1 PrUpad brzmi: „dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych”. Swoistym *novum* jest domniemanie prawne sformułowane w ust. 1a przywołanej normy prawnej, polegające na tym, iż „domniemywa się, że dłużnik utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące”. Domniemanie to jest obalalne każdym dopuszczalnym dowodem w sprawie.

<sup>25</sup> F. Zedler, [w:] S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Wyd. 9, Warszawa 2013, art. 11.

<sup>26</sup> R. Adamus, (red.) Antoni Stanisław Witosz, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2014, art. 11.

<sup>27</sup> Uzasadnienie projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne, Druk Sejmu VII kadencji nr 2824, <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2824>; dostęp wg stanu na 24.02.2016 r., s. 65.

<sup>28</sup> P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, [w:] *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016, art. 11.

Nie ulega wątpliwości, iż przedmiotowa regulacja stanowi powrót do przedwojennego modelu przesłanki niewypłacalności, w ramach którego przejściowe i krótkotrwałe zaprzestanie regulowania wymagalnych zobowiązań nie może stanowić podstawy ogłoszenia upadłości. Ustawodawca podkreślił w uzasadnieniu projektu zmian w prawie upadłościowym, iż sam fakt braku zapłaty nie świadczy jeszcze o tym, że dłużnik jest niewypłacalny, a w konsekwencji, że powinno być wobec niego wszczęte postępowanie upadłościowe, konieczny jest zły stan finansów, uniemożliwiający uregulowanie zobowiązań pieniężnych<sup>29</sup>. Dodał przy tym, jednoznacznie legitymizując normatywnie kontrowersyjną wykładnię Sądu Najwyższego, iż „utrata zdolności płatniczej jest sama przez się stanem nieprzejściowym. Niewypłacalnym nie będzie więc ten, kto chwilowo i przejściowo nie jest w stanie regulować swoich długów. Z tej przyczyny ciężar dowodu przeniesiony zostaje na dłużnika, w przypadku gdy opóźnienie trwa dłużej niż 3 miesiące”<sup>30</sup>.

W świetle powyższego co do zasady należy przyjąć, iż przesłanka płynnościowa w obecnym brzmieniu nawiązuje do koncepcji indywidualizującego podejścia do sytuacji dłużnika i abstrahuje od mechanicznej kwantyfikacji dwóch wymagalnych zobowiązań oraz przesądzania na tej podstawie o jego niewypłacalności. Utrata zdolności płatniczej odwołuje się bezsprzecznie do zasady trwałości stanu nieregulowania wymagalnych zobowiązań pieniężnych, co nakazuje uznać, iż mamy do czynienia z normatywnym potwierdzeniem kierunku wykładni Sądu Najwyższego z 2011 r., zmierzającej do uznania, iż stan niewypłacalności wymaga trwałego nieregulowania przeważającej części wymagalnych zobowiązań. Przez trwałość rozumieć należy brak obiektywnych perspektyw na poprawę sytuacji ekonomiczno-finansowej dłużnika w rozsądnym terminie.

## **SŁUSZNOŚĆ OPTYKI PRZYJĘTEJ PRZEZ USTAWODAWCĘ W RAMACH NOWEJ DEFINICJI NIWYPŁACALNOŚCI**

Należy stanąć na stanowisku, iż zarówno wykładnia art. 11 ust. 1 puin w dominującej od orzeczenia Sądu Najwyższego z 19.01.2011 r. (sygn. V CSK 211/10) linii orzeczniczej, jak i obecne brzmienie art. 11 ust. 1 PrUpad wydają się zdecydowanie bliższe dynamicznej rzeczywistości życia gospodarczego. Poszukiwanie podstaw do niewypłacalności dłużnika już w sytuacji nieregulowania dwóch wymagalnych zobowiązań wiąże bowiem stan niewypłacalności ze zdarzeniami o charakterze faktyczno-prawnym, podczas gdy

<sup>29</sup> Tamże.

<sup>30</sup> Tamże, s. 66.

niewypłacalność jest w istocie zjawiskiem ekonomicznym, dynamicznym i o różnym stopniu nasilenia. Nie każde opóźnienie w wykonywaniu wymagalnych zobowiązań świadczyć musi o utracie zdolności przedsiębiorstwa do konkurencyjności na rynku z innymi podmiotami. Należy podkreślić w tym kontekście, iż niewypłacalność w sensie ekonomicznym definiować można jako „trwającą przez dłuższy czas nadwyżkę strumienia odpływów nad strumieniem dopływów pieniężnych”<sup>31</sup>. Przydatne są przy tym teorie wyjaśnienia przyczyn upadłości przedsiębiorstw, wśród których wymienić warto trzy zasadnicze: upadłość jako przejaw niedostosowania przedsiębiorstw do reguł rynkowych wg teorii neoklasycznej (A. Marshall), upadłość jako przejaw opóźnionego dostosowania się do wymagań i reguł rynkowych wg teorii przedsiębiorczości (J. Schumpeter), upadłość jako element cyklu życia przedsiębiorstwa oraz systemu gospodarczego wg teorii biologicznej<sup>32</sup>. W świetle powyższego zasadne jest przyjęcie, że prawna definicja stanu niewypłacalności nie powinna abstrahować od perspektywy ekonomicznej, bowiem to właśnie ona zmierza do wszechstronnego uchwycenia dynamiki procesów zachodzących w życiu gospodarczym, podejmując jednocześnie próbę ich systematyzacji i wyjaśnienia. Prawne ujęcie niewypłacalności winno korespondować z optyką ekonomiczną, formułując taki normatywny model niewypłacalności, który nie będzie fałszował rzeczywistości poprzez kreowanie sztucznych i nienaturalnych stanów prawnych, odmiennych od rzeczywistości gospodarczej. Przyjęcie, iż mamy do czynienia z niewypłacalnością podmiotu gospodarczego już w przypadku nieuregulowania dwóch wymagalnych zobowiązań, jest takim właśnie kreowaniem nienaturalnego, alternatywnego względem rzeczywistości gospodarczej stanu prawnego, bowiem opóźnienie w zapłacie dwóch wymagalnych zobowiązań w żaden sposób nie musi świadczyć o rzeczywistej niewypłacalności dłużnika (wręcz, w przeważającej części sytuacji nie świadczy). Może okazać się, że taki podmiot nie tylko nie utracił zdolności do wykonywania zobowiązań, a przez to do konkurencyjności na rynku, ale i w rozsądnym czasie zdolny będzie do generowania znaczących dodatnich przepływów pieniężnych, a przynajmniej takich, które pozwolą spłacić zaciągnięte długi w całości. Należy przyjąć zatem, że opóźnienia w płatnościach są obecnie niestety immanentną cechą życia gospodarczego i jako takie nie mogą stanowić czynnika przesądzającego o ma-

terializacji stanu niewypłacalności. Dynamika relacji rynkowych pozostawia przestrzeń dla ekonomiczno-finansowych turbulencji, z których większość – jak się okazuje – ma charakter przejściowy i krótkotrwały. Co więcej, takie zrozumienie mechanizmów rynku znajduje swoje odzwierciedlenie również w samym fakcie inicjatywy ustawodawczej, skutkującej wejściem w życie 1.01.2016 r. Prawa restrukturyzacyjnego. Trudno uniknąć wrażenia, że normatywna koncepcja prymatu drogi restrukturyzacji nad drogą upadłości dla przedsiębiorstw doświadczających problemów ekonomiczno-finansowych<sup>33</sup> w klarowny sposób obrazuje istnienie przestrzeni, w której turbulencje płatnicze nie muszą oznaczać materializacji stanu niewypłacalności.

Nie ulega wątpliwości, iż pod rządami prawa upadłościowego i naprawczego z 28.02.2003 r. art. 12 puin (tzw. „mała niewypłacalność”) nie mógł być uznany za swoisty odpowiednik pojęcia „zaprzestania płacenia długów”, wraz z trwałością tego stanu. Art. 12 puin nie pozwalał bowiem badać przesłanki trwałości, odmiennie niż miało to miejsce pod rządami Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe. Przesłanki w postaci maksymalnie trzymiesięcznego opóźnienia w wykonaniu zobowiązań oraz sumy niewykonanych zobowiązań nieprzekraczającej 10% wartości bilansowej przedsiębiorstwa dłużnika dobitnie wskazują, iż ustawodawca odszedł od koncepcji indywidualizującego podejścia do sytuacji dłużnika, tworząc sztywne i nieelastyczne ramy tzw. „małej niewypłacalności”. Łatwo wyobrazić sobie sytuację, w której przedsiębiorca z branży górniczej nie spełniał wymogów art. 12 puin (z powodu 4-miesięcznego opóźnienia dla części swoich długów), mimo że w istocie nie mogło być mowy w jego przypadku o utracie zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań lub o trwałości zaistniałego stanu rzeczy. Specyfika branży generowała niestety określone opóźnienia w płatnościach – będące przejawem przejściowych i krótkotrwałych turbulencji – niemieszczące się jednak w ramach art. 12 puin. Ponadto, wydaje się dalece nieefektywnym angażowanie organów sądowych do spraw, w których dłużnik posiadał dwa nieopłacone, lecz niewielkie zobowiązania, ale zmuszony był złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości w myśl art. 21 puin. Mając na względzie powyższe, uchylene art. 12 puin w ramach nowelizacji prawa upadłościowego na mocy ustawy Prawo restrukturyzacyjne z 15.05.2015 r. uznać należy za słuszne i oczywiste.

<sup>31</sup> W. Szymański, *Globalizacyjne uwarunkowania siły i słabości przedsiębiorstw*, [w:] „Ekonomiczne aspekty upadłości przedsiębiorstw w Polsce”, praca zbiorowa pod red. E. Mączyńskiej, Warszawa 2005, s. 37.

<sup>32</sup> S. Kowalczyk, *Przyczyny upadłości firm agrobiznesu*, [w:] „Meandry Upadłości Przedsiębiorstw. Klęska czy Druga Szansa”, praca zbiorowa pod red. E. Mączyńskiej, Warszawa 2009, s. 107.

<sup>33</sup> Zasadę tę wyrażono w art. 12 ust. 2 PrRestr: „sąd upadłościowy wstrzymuje rozpoznanie wniosku o ogłoszenie upadłości do czasu wydania prawomocnego orzeczenia w sprawie wniosku restrukturyzacyjnego. Wstrzymanie rozpoznania wniosku o ogłoszenie upadłości nie wyłącza możliwości zabezpieczenia majątku”.

Warto odnieść się na marginesie do ewentualnej możliwości (lub jej braku) ogłaszania upadłości względem dłużnika, który posiada co prawda tylko jednego wierzyciela z wymagalnym długiem pieniężnym, ale dług ten stanowi przeważającą część jego zobowiązań ogółem, zaś z realiów stanu faktycznego wynika, iż nie jest w stanie spłacić przedmiotowego zobowiązania. Choć zakres tego artykułu nie pozwala na przedstawienie szerszej argumentacji, to wydaje się zasadne przyjęcie, iż dłużnik posiadający tylko jednego wierzyciela z wymagalnym długiem, ale niemający obiektywnych perspektyw jego spłaty, znajduje się w stanie niewypłacalności. Trudno bowiem akceptować sytuację, w której dłużnik posiadający zobowiązanie przekraczające definitywnie możliwości jego spłaty w rozsądnym terminie, wyłącznie z powodu opłacania innych, dalece mniej istotnych zobowiązań, znajdzie się poza zakresem pojęcia stanu niewypłacalności (przez niespełnienie wymogu wielości wierzycieli), mogąc w dalszym ciągu zaciągać nowe zobowiązania handlowe i pogłębiać stan swojego zadłużenia. Taki stan rzeczy uznać należy w obrocie gospodarczym za dalece niepożądany, stąd też już z tych względów powinno się rozważyć możliwość ogłoszenia upadłości takiego dłużnika. Realizowanie przez niego drobnych spłat w toku postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości w celu wykazania braku przesłanki wielości wierzycieli, którym przysługują wierzytelności wymagalne, niewątpliwie może stanowić działanie polegające na próbie obejścia przepisów prawa. Z drugiej strony, okoliczność ta nie może być interpretowana w sposób mechaniczny, na tyle rygorystycznie, że zamknie się dłużnikowi możliwość spłaty tych zobowiązań, które związane są bezpośrednio z koniecznością zabezpieczenia jego majątku rzeczowego przed zniszczeniem, kradzieżą lub utratą wartości. Z kolei, zaciąganie przez dłużnika na etapie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości zobowiązań handlowych, zmierzających w sposób oczywisty do dalszego prowadzenia działalności gospodarczej, i równoległe niezaspokajanie w stopniu proporcjonalnym głównego wierzyciela, prowadzić powinno do ogłoszenia upadłości takiego dłużnika. Tym samym podzielić należy przywołane wcześniej w tym zakresie stanowisko A. Torbusa<sup>34</sup>.

Mając na względzie powyższe rozważania, wydaje się, że ustawodawca przyjął słuszną i uzasadnioną optykę, uzależniając wystąpienie podstawy do ogłoszenia upadłości od materializacji sytuacji utraty zdolności do wykonywania zobowiązań płatniczych. Dynamika życia gospodarczego w pełni uzasadnia przyjęcie takiej wykładni

<sup>34</sup> A. Torbus, *Ogłoszenie upadłości przy jednym wierzycielu*, „Przebieg Sądowy”, nr 10/1995, s. 30-42.

przesłanki płynnościowej, która odwołuje się do stanu trwałości i rzeczywistego znaczenia zaistniałych problemów płatniczych. Zatem absolutnie nie można unikać badania perspektyw realnej poprawy stanu finansów dłużnika przy weryfikacji trwałości lub tymczasowości problemów płatniczych, zaniechanie bowiem takiej weryfikacji może prowadzić do błędnej oceny danego stanu faktycznego w myśl art. 11 ust. 1 i 1a w związku z art. 10 PrUpad. Nie może też umykać uwadze, że w niektórych przypadkach dłużnik może utracić zdolność do regulowania zaciągniętych zobowiązań pieniężnych, zanim nadejdzie termin płatności pierwszego nieopłaconego długu. Przykład ten również dowodzi, jak kluczowa jest analiza, czy w danym stanie faktycznym istnieje realna nadzieja odwrócenia (poprawy) stanu ekonomiczno-finansowego przedsiębiorstwa dłużnika w rozsądnym dla obrotu gospodarczego czasie.

#### **METODYKA BADANIA PŁYNNOŚCIOWEJ PRZESŁANKI NIEWYPŁACALNOŚCI**

Mając na względzie zarysowany stan faktyczno-prawny, przejść należy do kwestii związanych ze sposobem, w jaki – zarówno organy, jak i uczestnicy postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości, a także innych postępowań związanych z niewypłacalnością – określić mogą moment materializacji przesłanki płynnościowej. Nie sposób uznać przedmiotowej kwestii za wyłącznie teoretyczną, drugorzędną lub czysto akademicką. Trudno bowiem o zagadnienie problemowe tak mocno związane z życiem gospodarczym i z praktyką orzeczniczą i to w obszarze różnego rodzaju postępowań sądowych. Kwestia ta ma przecież zasadnicze znaczenie dla postępowań o zapłatę prowadzonych w myśl art. 299 KSH (subsydiarna odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością), a także analogicznych postępowań prowadzonych w ramach art. 116 OP. Metodyka badania płynnościowej przesłanki niewypłacalności pozostaje fundamentalna również w przypadku spraw karnych z art. 586 KSH, tj. dotyczących właśnie niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w czasie właściwym, a także w postępowaniach zakazowych prowadzonych w myśl art. 373 PrUpad. Nie bez znaczenia pozostaje również art. 21 ust. 3 PrUpad, sytuujący odpowiedzialność za szkodę poniesioną przez wierzyciela z powodu niezłożenia przez zobowiązane podmioty wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie, w szczególności mając na uwadze domniemanie, o którym w art. 21 ust. 3a PrUpad. Mając na względzie tak szeroki zakres zastosowania, nie ulega wątpliwości, iż metodyka badania przesłanek niewypłacalności winna

stać się w piśmiennictwie oraz doktrynie prawa upadłościowego przedmiotem pogłębionej refleksji.

W świetle powyższych uwag warto wskazać podstawowe komponenty metodyki badania płynnościowej przesłanki niewypłacalności w ramach art. 11 ust. 1 PrUpad w obowiązującym obecnie brzmieniu.

Po pierwsze, należy z całą mocą podkreślić, iż metodyka badania materializacji płynnościowej przesłanki niewypłacalności winna być zdeterminowana przez wskazaną w art. 11 ust. 1 PrUpad definicję prawną. Badając przesłankę płynnościową na okoliczność potwierdzenia lub zaprzeczenia jej materializacji, łatwo pominąć normatywne granice jej definicji i skupić się na elementach mogących pełnić *de facto* wyłącznie pomocniczą i nieprzesądającą rolę (przykładowo jako trzeciorzędne przy takiej ocenie należy traktować tzw. wskaźniki finansowe). Skoro – jak wskazano wcześniej – w mocy pozostaje taka wykładnia płynnościowej przesłanki niewypłacalności, która odwołuje się do pojęcia nie tylko trwałości problemów płatniczych, ale i utraty zdolności do regulowania zobowiązań, to nie można poprzestać na takiej metodyce badawczej, która ograniczy się do wykazania określonych turbulencji ekonomiczno-finansowych dłużnika. W praktyce często zdarza się, że dany podmiot usiłuje wywodzić skutki prawne w zakresie niewypłacalności na podstawie przedstawionego wykazu nieopłaconych zobowiązań lub zestawienia wydanych przeciwko dłużnikowi nakazów zapłaty lub wystawionych tytułów egzekucyjnych. Jeśli argumentacja ogranicza się jednak wyłącznie do przedstawienia przywołanych zestawień, to jednoznacznie należy stwierdzić, iż nie sięga stawianych sobie celów. Bez umiejscowienia przedmiotowych okoliczności lub zdarzeń faktycznych w dynamicznym kontekście całokształtu ekonomiczno-finansowej sytuacji dłużnika, bez zarysowania ewentualnych perspektyw dalszego prowadzenia działalności gospodarczej lub ich braku, mamy do czynienia z klasyczną formą błędu metodologicznego *non sequitor*, popełnianego wtedy, gdy z przedstawionych przesłanek nie wynika wyprowadzony wniosek lub prawdopodobnie można wyprowadzić wniosek odmienny. Istnienie nakazów zapłaty lub nieopłaconych, a wymagalnych zobowiązań oraz fakt skierowania przeciwko dłużnikowi postępowań egzekucyjnych nie musi świadczyć bowiem o materializacji płynnościowej przesłanki niewypłacalności. Może okazać się wszak, że przedmiotowe nakazy zapłaty związane są z klasycznymi przejawami wierzytelności spornych, a nieopłacone zobowiązania stanowią zaledwie ułamek wszystkich zobowiązań dłużnika, z których zdecydowana większość jest na bieżąco re-

gulowana. Warto mieć tym samym na uwadze trafne uwagi, które poczynił w kontekście metodyki ustalania właściwego momentu na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości Wojewódzki Sąd Administracyjny w Lublinie w wyroku z 8.02.2012 r., w sprawie prowadzonej pod sygn. I SA/Lu 770/11: „określenie tej chwili powinno być, jak już wskazano, ustalone obiektywnie, w zależności od okoliczności konkretnego wypadku, w oparciu o okoliczności faktyczne każdej sprawy, dla określenia której nie ma znaczenia subiektywne przekonanie członków zarządu spółki”<sup>35</sup>.

Zatem, w jaki sposób można skonkretyzować wskazane powyżej zalecenia metodyczne? W celu ustalenia w toku czynności analitycznych ewentualnego momentu powstania niewypłacalności na mocy przesłanki płynnościowej, zawartej w art. 11 ust. 1 PrUpad – również w stanie prawnym obowiązującym do 31.12.2015 r. – należy dowieść, że doszło do powstania trwałego i obiektywnego stanu niemożności spłacenia zobowiązań, a fakt ten dotyczy przeważającej części wszystkich zobowiązań. Zaznaczyć jednak należy, że w niektórych stanach faktycznych, w szczególności w kontekście oczywistego braku perspektyw poprawy stanu finansów lub realnej perspektywy uregulowania wszystkich długów, przykładowo na skutek znaczącej utraty wartości aktywów danego dłużnika (np. na skutek upadłości głównego kontrahenta), ten może stać się niewypłacalny, nawet zanim nadjedzie termin płatności przeważającej części jego pasywów. Wymóg ten determinuje zatem konieczność poczynienia miarodajnych ustaleń w drodze analizy wskazanych poniżej obszarów badawczych.

Po pierwsze, za konieczną uznać należy analizę struktury czasowej w zakresie nieopłaconych zobowiązań pieniężnych (ogółem) dłużnej spółki, w podziale na poszczególne okresy oraz przy uwzględnieniu stosunku wartości nieopłaconych, a wymagalnych zobowiązań do wartości całokształtu zobowiązań pieniężnych dłużnika. Zabieg ten pozwoli na wywiedzenie, w którym okresie czasowym dłużnik charakteryzował się stanem nieopłacenia przeważającej części wymagalnych zobowiązań.

Po drugie, winno się dokonać analizy zrealizowanych zapłat/spłat z tytułu zaciągniętych zobowiązań przez dłużną spółkę, w podziale na poszczególne miesiące w szerszym horyzoncie czasowym, celem wykazania stopnia zdolności dłużnika do realizowania bieżących zobowiązań. Jeśli okaże się, że dłużnik wciąż obsługuje szereg wymagalnych zobowiązań w znaczących kwotach, może

<sup>35</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z 8.02.2012 r., sygn. I SA/Lu 770/11, publ. LEGALIS nr 478848.



oznaczać to, że w danym stanie faktycznym nie zmaterializowała się przesłanka trwałości oraz utraty zdolności do wykonywania zobowiązań.

Po trzecie, konieczna jest analiza wystawionych przeciwko dłużnikowi nakazów zapłaty oraz zdarzeń faktyczno-prawnych mających miejsce w prowadzonych przeciwko dłużnikowi postępowaniach egzekucyjnych lub zabezpieczających. Przedmiotowe okoliczności, ujęte w kontekście całokształtu sytuacji dłużnika, pozwalają ocenić przesłankę trwałości występujących problemów płatniczych, a także ich rozmiar i wpływ na prowadzoną działalność gospodarczą (winno się ustalić kwoty dochodzone w postępowaniach egzekucyjnych i ich udział w zobowiązaniach ogółem, a także wpływ tych postępowań na działalność operacyjną dłużnego przedsiębiorstwa).

Po czwarte, pomocna może okazać się analiza zawartych umów kredytowych, celem potwierdzenia lub zaprzeczenia zdolności kredytowej i obsługi wierzytelności finansowych w terminach ich wymagalności w okresie bezpośrednio poprzedzającym powstałe problemy w płynności finansowej. Przedmiotowy obszar badawczy może okazać się niezwykle pomocny w przypadku konieczności retrospekcyjnego odtworzenia potencjalnej świadomości członków zarządu, w celu ewentualnego przesądzenia o ich winie lub jej braku w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie, tym bardziej, iż banki są obowiązane w sposób rzetelny i obligatoryjny badać zdolność kredytową przedsiębiorców i eliminować z procesów finansowania dłużnego nie tylko podmioty niewypłacalne, ale i w sposób oczywisty zagrożone niewypłacalnością. W świetle art. 70 ust. 1 Prawa bankowego bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy, przez którą należy rozumieć zdolność do spłaty kredytowej wierzytelności głównej i pobocznej w terminach ustalonych w umowie kredytowej, przy czym – jak to wynika z ust. 2 przywołanej jednostki redakcyjnej – bank może udzielić kredytu w razie braku zdolności kredytowej, między innymi w sytuacji przedstawienia przez dłużnika kredytowego szczególnego sposobu zabezpieczenia wierzytelności kredytowej (sytuacja ta dotyczy najczęściej tzw. spółek celowych, które dopiero przygotowują się do rozpoczęcia działalności operacyjnej, cechując się wówczas istotnie dużym – w osi życia jednostki gospodarczej – zapotrzebowaniem na kapitał pieniężny).

Po piąte, warto dokonać analizy zabezpieczeń ustanowionych przymusowo na nieruchomościach dłużnej spółki w okresie bezpośrednio poprzedzającym powstałe problemy płatnicze. Ustalenia te również wskazują bezpośrednio na kondycję finansowo-ekonomiczną dłużnika.

Po szóste, za niezwykle ważną i kluczową uznać należy ekonomiczną analizę zdarzeń determinujących perspektywę dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa, pomimo trudności w zakresie terminowej obsługi zobowiązań pieniężnych. Winno się dokonać wymiernej oceny szans przedsiębiorstwa na kontynuowanie działalności gospodarczej i zażegnanie kryzysu, a to w świetle istniejących perspektyw, konkurencyjności rynkowej, a także możliwości realizowania kolejnych kontraktów w sytuacji istniejących zatorów płatniczych, w szczególności przez pryzmat zdolności przedsiębiorstwa do generowania dodatnich przepływów pieniężnych.

Wskazane czynności badawcze powinny charakteryzować się ujęciem dynamicznym, a nie statycznym, tzn. winny uwzględniać dynamikę procesów rynkowych i wzajemne współzależności pomiędzy poszczególnymi czynnikami wpływającymi na kondycję ekonomiczno-finansową dłużnika. Niezbędna jest przy tym taka interpretacja zdarzeń, faktów i danych, która nie będzie abstrahować od specyfiki branży, otoczenia branżowego, segmentu działalności gospodarczej oraz jakości i praktyki współpracy z kontrahentami zarówno po stronie przychodowej, jak i wydatkowej.

Warto podsumować powyższe wskazania za pomocą niezwykle trafnej obserwacji K. Osajdy, który podkreślił, iż ocena występowania niewypłacalności „jawi się jako zadanie bardzo złożone i powinna uwzględniać następujące czynniki: niepłacenie wymagalnych zobowiązań pieniężnych, okres zaległości w płatnościach, stosunek wartości zaległych zobowiązań do wartości przedsiębiorstwa dłużnika, trwałe albo przejściowe charakter niewykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych oraz zagrożenie, jakie niewykonywanie tych zobowiązań niesie dla wierzycieli (kwestia wyrządzenia im szkody)”<sup>36</sup>.

#### **OPINIA BIEGŁEGO SĄDOWEGO W PROCESIE BADANIA MATERIALIZACJI PŁYNNOŚCIOWEJ PRZESŁANKI NIEWYPŁACALNOŚCI – GENERATOR OPÓŹNIEŃ I KOSZTÓW CZY GWARANT OBIEKTYWIZMU?**

Analiza wskazanych elementów metodyki badania materializacji przesłanki płynnościowej budzi pewne wątpliwości w zakresie ewentualnej użyteczności instytucji biegłego sądowego, a to w świetle możliwości przyjęcia, iż wiedza wymagana do miarodajnej oceny materializacji przesłanki płynnościowej wchodzić może w zakres wiadomości specjalnych.

<sup>36</sup> K. Osajda, *Niewypłacalność spółki z o.o. Odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*, Warszawa 2014, s. 66.

Przypomnieć należy, że pod rządami Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe – w stanie prawnym od 3.01.1998 r. – art. 10 ust. 3 stanowił, iż „sąd może przed rozstrzygnięciem wniosku dopuścić dowód z opinii biegłego w celu zbadania podstaw wniosku”. Przedmiotowy przepis dodano na mocy ustawy nowelizującej z 31.07.1997 r., w ramach której dokonano stosunkowo szerokich zmian w Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe z 24.10.1934 r.<sup>37</sup>. Wśród przyczyn nowelizacji ustawodawca wskazał usprawnienie postępowania upadłościowego poprzez m.in. wymuszenie na bankrutujących podmiotach gospodarczych terminowego zgłaszania wniosku o ogłoszenie upadłości, a także utrudnienie uszczuplenia mienia z przedsiębiorstwa tuż przed ogłoszeniem upadłości<sup>38</sup>.

Z kolei prawo upadłościowe i naprawcze z 28.02.2003 r. w art. 31 zawierało nieco odmienną regulację: „sąd może dopuścić dowód z opinii biegłego w celu zbadania stanu przedsiębiorstwa oraz zachowania terminu, o którym mowa w art. 21 ust. 1”.

Już pobieżne porównanie obu przepisów pozwala wywieść, iż o ile pod rządami Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej od 3.01.1998 r. możliwe było powoływanie biegłego sądowego do zbadania materializacji przesłanek niewypłacalności (w tym przesłanki płynnościowej), o tyle wykładnia językowa nowego prawa upadłościowego i naprawczego wydawała się nie wspierać takiej możliwości. Zbadanie stanu przedsiębiorstwa oraz zachowanie terminu, o którym w art. 21 ust. 1 puin, to w myśl wykładni językowej art. 31 puin jedyne okoliczności, na które powołany mógł zostać biegły sądowy w toku postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości. Jak wskazywał jednak S. Gurgul, badanie ewentualnego stanu niewypłacalności możliwe byłoby również pod rządami prawa upadłościowego i naprawczego, a to wskutek odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, na mocy art. 35 puin<sup>39</sup>. Analogiczne stanowisko w tym zakresie prezentowała również D. Zienkiewicz<sup>40</sup>. S. Gurgul podkreślił przy tym jednak, że „za pomocą dowodu z opinii biegłego nie można ustalać faktów, nie można zatem żądać od biegłego np. stwierdzenia, że dłużnik zaprzestał trwale płacenia długów

(art. 12 ust. 2 PrUpN); ustalenie tej treści musi poczynić sąd, korzystając w razie potrzeby ze sprawozdania finansowego, które opracuje biegły”<sup>41</sup>. Wydaje się, że przedmiotowe wątpliwości traciły na znaczeniu w kontekście takiej praktyki, która w pojęciu „zbadanie stanu przedsiębiorstwa” dostrzegała podstawę dla badania przez biegłego sądowego sytuacji ekonomiczno-finansowej dłużnika pod kątem stanu niewypłacalności.

Z kolei w ramach prawa upadłościowego znowelizowanego na mocy ustawy Prawo restrukturyzacyjne z 15.05.2015 r. usunięto dotychczasowy art. 31, regulując przedmiotową kwestię w art. 30a PrUpad: „w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości nie przeprowadza się dowodu z opinii biegłego, z wyjątkiem określonym w art. 56b ust. 1”. Warto dodać przy tym, że art. 56b ust. 1 PrUpad dotyczy oszacowania składnika objętego wnioskiem o zatwierdzenie warunków sprzedaży przedsiębiorstwa dłużnika lub jego zorganizowanej części, lub składników majątkowych stanowiących znaczną część przedsiębiorstwa, dołączanym do wniosku o ogłoszenie upadłości.

Stąd też należy przyjąć, że ustawodawca zdecydował się zrezygnować z dotychczasowej formy uczestnictwa biegłego sądowego w postępowaniach w przedmiocie ogłoszenia upadłości. Jak wskazuje S. Gurgul, „rozwiązanie przyjęte w komentowanym przepisie (analogicznie do zawartego w art. 196 PrRestr) ma na celu usprawnienie i obniżenie kosztów postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości, poprzedzającego tzw. właściwe postępowanie upadłościowe”<sup>42</sup>. Z kolei P. Zimmerman wskazuje, iż przedmiotowa zmiana stała się możliwa dzięki rozdzieleniu postępowań upadłościowych od restrukturyzacyjnych (brak potrzeby zasięgania opinii biegłego dla określenia przesłanki zaspokojenia wierzycieli w większym stopniu w zależności od przyjętego modelu postępowania upadłościowego) oraz dzięki sformalizowaniu przesłanki sporności wierzytelności w art. 12a PrUpad (brak konieczności powoływania biegłego sądowego w celu zbadania zasadności spornej wierzytelności)<sup>43</sup>.

Wydaje się, że przedmiotowa kwestia wymaga rozwinięcia, a nawet sformułowania postulatów *de lege ferenda*. Otóż, trudno nie zauważyć pewnej niekonsekwencji ustawodawcy w zakresie powrotu do przedwojennej definicji przesłanki niewypłacalności. Wydaje się zrozumiałe, że instytucja biegłego sądowego w postępowaniu

<sup>37</sup> Ustawa z 31.07.1997 r. o zmianie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe i niektórych innych ustaw (Dz. U. 1997 nr 117 poz. 751).

<sup>38</sup> Opis projektu ustawy o zmianie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i niektórych innych ustaw (druk nr 2315 z 30.04.1997 r.), źródło: <http://orka.sejm.gov.pl/proc2.nsf/opisy/2315.htm>, dostępne wg stanu na 25.02.2016 r.

<sup>39</sup> S. Gurgul, [w:] S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Wyd. 9, Warszawa 2013, art. 31.

<sup>40</sup> D. Zienkiewicz, [w:] red. Dorota Zienkiewicz, Jędrzej Minkus, Arkadiusz Świderek, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2006, art. 31.

<sup>41</sup> S. Gurgul, [w:] S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Wyd. 9, Warszawa 2013, art. 31.

<sup>42</sup> S. Gurgul, *Prawo upadłościowe*, [w:] S. Gurgul, „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz”, Wyd. 10, Warszawa 2016, art. 30a.

<sup>43</sup> P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Wyd. 4, Warszawa 2016, art. 30a.

w przedmiocie ogłoszenia upadłości pod rządami prawa upadłościowego i naprawczego została zmarginalizowana – nie potrzeba wszak wiadomości specjalnych, aby przesądzić o pojawieniu się dwóch wymagalnych, lecz nieopłaconych wierzytelności. Eksperckie badanie podstaw niewypłacalności jawi się w tej sytuacji jako zbędne, za oczywistym wyjątkiem art. 14 puin (kwestia uprawdopodobnienia, że w drodze układu wierzyciele zostaną zaspokojeni w wyższym stopniu, niż zostaliby zaspokojeni po przeprowadzeniu postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku dłużnika). Rzecz miała się jednak inaczej pod rządami Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe, począwszy od 1998 r. Ustawodawca trafnie zauważył, iż konieczność ustalenia, czy dłużnik popadł w trwały stan niewypłacalności, cechujący się niewykonywaniem przeważającej części swoich zobowiązań, może wymagać w niektórych sytuacjach wiadomości specjalnych, którymi dysponują właśnie biegli sądowi. Stąd też, poprzez dodanie art. 10 ust. 3 przedmiotowego rozporządzenia stworzył taką możliwość. Dochodząc do sedna problemu – skoro ustawodawca zdecydował się obecnie na powrót do wykładni przesłanki niewypłacalności w rozumieniu przedwojennym, to niezrozumiały wydaje się fakt przyjęcia zupełnie innej optyki w obszarze badania tej przesłanki. Naturalne wydawałoby się docenienie instytucji biegłego sądowego i dopuszczenie go (choćby fakultatywnie) do postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości, na wzór rozwiązania zawartego od 3.01.1998 r. w Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe, tym bardziej, iż obserwuje się tendencję polegającą na coraz większym skomplikowaniu rzeczywistości gospodarczej oraz poszczególnych przedsiębiorstw i dziejących się w nich zdarzeń.

W świetle zarysowanej wcześniej metodyki postawione powyżej pytanie nie wydaje się być bezzasadne. Za możliwością efektywnej inkorporacji instytucji profesjonalnego i obiektywnego biegłego sądowego w ramy obecnego modelu postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości przemawia szereg innych argumentów.

Po pierwsze, miarodajna ocena materializacji płynnościowej przesłanki niewypłacalności w niektórych stanach faktycznych (jeśli nie w większości) wymaga wiadomości specjalnych. Sam koncept „utrąty zdolności” do wykonywania zobowiązań generuje konieczność dokonywania wszechstronnej, ekonomicznej analizy sytuacji dłużnika, absolutnie nieopartej na analizie wskaźnikowej, która często prowadzi do złudnych i nieprawdziwych wniosków. Dokumentacja przedstawiona sądowi

w myśl art. 23 PrUpad może okazać się niewystarczająca, będąc pozbawioną cechy dynamicznego ujęcia ekonomiczno-finansowej sytuacji dłużnika, zaś dotychczasowe doświadczenia sądów upadłościowych i biegłych sądowych jasno dowodzą, że w wielu sprawach biegli żądali od dłużników dodatkowych informacji i dokumentów o stanie przedsiębiorstwa, tj. ponad te, które obligatoryjnie są dołączane do wniosku o ogłoszenie upadłości. W świetle znacznych rozmiarów niektórych przedsiębiorstw, specyficznych branż prowadzonych działalności gospodarczych, a także dynamicznie zmieniających się form i przedmiotów prowadzenia biznesu, opinia biegłego posiadającego wiadomości specjalne wydaje się być w wielowymiarowych i skomplikowanych sprawach nie tyle możliwa, co niezbędna. Trudno spodziewać się, aby sąd upadłościowy orzekający w sprawie dokonał wymiernej, ekonomiczno-finansowej analizy zdarzeń determinujących perspektywę dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa lub też obiektywnej oceny szans przedsiębiorstwa na kontynuowanie działalności gospodarczej i zażegnanie kryzysu (w świetle konkurencyjności rynkowej, a także możliwości realizowania kolejnych kontraktów w sytuacji istniejących zatorów płatniczych). Poczynienie takich ustaleń wymaga przecież eksperckiej wiedzy z zakresu zarządzania podmiotami gospodarczymi, ekonomicznych reguł rynku gospodarczego, zasad gospodarowania czy też wpływu specyfiki branży na poszczególne etapy w ekonomicznym życiu przedsiębiorstwa. Wątpliwości budzi przywołane wcześniej stwierdzenie S. Gurgula, jakoby biegły nie mógł przesądzać o powstaniu trwałego stanu niewykonywania zobowiązań, a „ustalenie tej treści musi poczynić sąd, korzystając w razie potrzeby ze sprawozdania finansowego, które opracuje biegły”<sup>44</sup>. Biegły z pewnością nie powinien przesądzać w sensie prawnym o powstaniu stanu niewypłacalności, jednak oczywiste jest, że przykładowo ustalenie relacji wartości niewykonywanych zobowiązań do całokształtu zobowiązań dłużnika wymaga bardzo często wiadomości specjalnych, należących do domeny biegłego sądowego, w szczególności jeśli stwierdzenie takiego stanu wymagać będzie w dalszej kolejności konfrontacji z oceną perspektyw zmiany (poprawy) sytuacji ekonomiczno-finansowej w przedsiębiorstwie dłużnika. Nie sposób z wykonanego sprawozdania finansowego – jak proponuje S. Gurgul – wywieść, czy dłużnik nie wykonuje przeważającej części swoich zobowiązań i czy taki stan cechuje się trwałością. Okoliczność ta winna podlegać badaniu za pomocą metodyki wskazanej we wcześniejszej części artykułu.

<sup>44</sup> S. Gurgul, [w:] S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Wyd. 9, Warszawa 2013, art. 31.

Po drugie, należy rozważyć, czy obowiązująca regulacja nie prowadzi do bezpośredniego pokrzywdzenia wierzycieli, którzy zostali *de facto* pozbawieni możliwości podejmowania efektywnej polemiki z dłużnikiem. Dłużnik może przedstawić bowiem w toku postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości z wniosku wierzyciela, na okoliczność obalenia domniemania z art. 11 ust. 1a PrUpad, prywatną ekspertyzę, z której wynikać będzie, iż brak jest podstaw do wszczęcia egzekucji uniwersalnej, a wierzyciel nie będzie dysponował z oczywistych przyczyn dokumentacją źródłową umożliwiającą podjęcie skutecznej polemiki z dłużnikiem. W świetle powyższego, wydaje się, że dowód z opinii biegłego sądowego winien zostać przywrócony przynajmniej w tych sytuacjach, w których wniosek o ogłoszenie upadłości składa wierzyciel. Taka możliwość niewątpliwie przysłuży się ochronie słusznych interesów wierzycielskich.

Po trzecie wreszcie, w omówionej sytuacji hipotetycznej uwagę zwraca również sytuacja sądu upadłościowego, który *de facto* pozbawiony został możliwości eksperckiego skonfrontowania tez opinii eksperckiej przedłożonej przez dłużnika. Nie ulega wątpliwości, iż w wielu sytuacjach kontropinia biegłego sądowego pozwoliłaby sądowi na obiektywną, niezależną i dogłębną analizę rzeczywistej sytuacji ekonomiczno-finansowej dłużnika, co z pewnością przełożyłoby się na efektywność i trafność podejmowanych rozstrzygnięć. Ponadto, nie bez znaczenia pozostaje, iż biegły sądowy – w przeciwieństwie do biegłych prywatnych – podlega określonym rygorom procesowym, przejawiającym się chociażby możliwością jego wyłączenia z przyczyn, z jakich żądać można wyłączenia sędziego (art. 281 KPC w związku z art. 48-49 KPC), lub faktem ponoszenia odpowiedzialności karnej z tytułu przedstawienia fałszywej opinii (art. 233 KK).

#### **PODSUMOWANIE – POSTULATY DE LEGE FERENDA**

Mając na względzie zaprezentowane rozważania, zasadną wydaje się propozycja szerokiej dyskusji nad ewentualną rolą instytucji biegłego sądowego w obowiązującym modelu postępowania o ogłoszenie upadłości.

Należy bronić tezy, iż instytucja biegłego sądowego koresponduje z postulatem profesjonalizacji postępowań upadłościowych, służąc zrównoważeniu pozycji procesowych stron postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości. Obawy w zakresie znaczącego wydłużenia tych postępowań lub generowania zbędnych kosztów uznać należy za dalece nieuzasadnione. Istnieje możliwość na tyle efektywnego zorganizowania obiegu informacji i dokumentacji między biegłym, uczestni-

kami postępowania i sądem, że dotrzymanie dwumiesięcznego terminu instrukcyjnego nie będzie narażać problemów. Ponadto, należy rozważyć możliwość sporządzania przez biegłych sądowych opinii ustnych zawierających pomocniczo multimedialną prezentację ustaleń cząstkowych i konkluzji, przedstawianą na rozprawie. Umożliwienie wysłuchania biegłego sądowego na rozprawie, ewentualna równoczesna konfrontacja z dłużnikiem lub wierzycielem, zapewne przyspieszy wydanie rozstrzygnięcia przez sąd. Forma ta wydaje się przystawać do aktualnych technicznych możliwości sądów, oferując jednocześnie znaczące usprawnienie procesu opiniowania przez rezygnację ze żmudnego procesu sporządzania opinii na piśmie, bez równoległego obniżenia merytorycznej jakości sporządzanych opinii. Również koszty ewentualnej opinii biegłego sądowego nie wydają się stanowić istotnej przeszkody, choćby dlatego, że w świetle wymiarów i daleko idących skutków egzekucji uniwersalnej są one najczęściej zupełnie nieistotną częścią kosztów upadłości.

Sądy orzekające w sprawach upadłościowych winny zatem dysponować możliwością powoływania biegłych sądowych, posiadających wiadomości specjalne z zakresu zarządzania finansami, w tym posiadających kompetencje rachunkowe i księgowo. Biegli sądowi winni dysponować wiedzą specjalną w zakresie oceny realności powodzenia danego przedsiębiorstwa w kontekście istniejących turbulencji, a także posiadać ugruntowaną wiedzę z zakresu prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego. Choć ekonomiczna interpretacja zdarzeń będzie w tym przypadku kluczowa, to nie może abstrahować od normatywnych granic i definicji niewypłacalności. Należy zaznaczyć, że roli efektywnego substytutu opinii biegłego sądowego nie może spełniać sprawozdanie tymczasowego nadzorca sądowego, o którym mowa w art. 38 ust. 3 PrUpad. Jak słusznie wskazuje P. Zimmerman, „sprawozdanie nadzorca nie powinno służyć ustalaniu okoliczności, które zgodnie z ciężarem dowodu (art. 232 zd. 1 KPC) spoczywają na wnioskodawcy, w szczególności to wierzyciel musi wykazać wielość wierzycieli oraz istnienie stanu niewypłacalności”<sup>45</sup>. Nadto, tymczasowy nadzorca sądowy nie musi posiadać wiadomości specjalnych, należących przecież do domeny biegłego sądowego, które pozwoliłyby mu na poczynienie ustaleń służących jako skuteczny środek zastępczy dla opinii biegłego sądowego. Stąd też brak dostatecznych przesłanek pozwalających na uznanie, iż sprawozdanie tymczasowego nadzorca sądowego może skutecznie zastąpić przestrzeń zagospodarowaną dotychczas przez opinie biegłych sądowych.

<sup>45</sup> P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Wyd. 4, Warszawa 2016, art. 38.

Warto podkreślić przy tym, iż instytucja biegłego sądowego na etapie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości nie powinna *de lege ferenda* ogniskować się tylko wokół kompetencji rachunkowych lub księgowych, gdyż takie postrzeganie roli biegłego sądowego nie przystaje do obecnych realiów zarówno w zakresie przyjętego modelu prawa upadłościowego, jak i dynamiki czy poziomu skomplikowania życia gospodarczego. Biegły sądowy winien przedstawiać sądowi i stronom postępowania opinię zbliżoną swoim zakresem do swoistego *due diligence*, syntetyzującego dla celów postępowania o ogłoszenie upadłości istotne informacje w obszarze kompleksowej sytuacji ekonomiczno-finansowej dłużnika. Eksperskie ustalenia winny umożliwiać sądowi ocenę, czy dłużnik w sposób trwały utracił zdolność do wykonywania zobowiązań, a zatem czy posiada obiektywne perspektywy dalszego prowadzenia działalności gospodarczej i generowania dodatnich przepływów pieniężnych. Sąd powinien otrzymać w ramach sporządzonej opinii sądowej specjalistyczną ocenę ekonomicznej sytuacji dłużnika z perspektywy eksperta z zakresu zarządzania finansami przedsiębiorstw i oceny realności powodzenia przedsięwzięć gospodarczych w istniejących warunkach rynkowych.

Takie rozumienie instytucji biegłego sądowego na etapie postępowania o ogłoszenie upadłości dłużnika, a także jej wysoce specjalistyczny i profesjonalny charakter, winny znaleźć odzwierciedlenie zarówno w odpowied-

nich kwalifikacjach biegłych sądowych, jak i w zakresie przyznawanych im wynagrodzeń. Trudno nie zauważyć, iż obowiązujące stawki godzinowe nie tylko abstrahują zupełnie od realiów rynkowych, ale i pozostają krytycznie niskie do tego stopnia, iż okazuje się, że wykwalifikowani specjaliści nie są zainteresowani pełnieniem funkcji biegłego sądowego. Niebezpieczeństwo to wzrasta, a tym samym powinno zostać zauważone i wyeliminowane przede wszystkim przez odpowiednie działania ustawodawcze.

Konkludując, należy skonstatować, iż obecna regulacja w zakresie płynnościowej przesłanki niewypłacalności wydaje się być bliższa dynamice życia gospodarczego niż poprzednia, przy czym metodyka jej badania winna stać się przedmiotem pogłębionej refleksji piśmiennictwa i doktryny. Nie powinno ulegać również wątpliwości, iż metodyka badania płynnościowej przesłanki niewypłacalności w obowiązującym stanie prawnym pokrywa się w zasadzie z metodyką badania tej przesłanki pod rządami prawa upadłościowego i naprawczego, obowiązującego do 31.12.2015 r., mając na względzie linię orzeczniczą Sądu Najwyższego od 2011 r. Na uwagę zasługuje koncepcja przywrócenia instytucji biegłego sądowego w obowiązującym modelu prawa upadłościowego, co w ocenie autorów może przysłużyć się profesjonalizacji i usprawnieniu postępowań w przedmiocie ogłoszenia upadłości.