

ALEKSANDRA KRAWCZYK-GIEHSMANN,
LL.M. CORP. RESTRUC.*

BADANIE STANU ZAGROŻENIA NIETYPLACALNOŚCIĄ Z UWZGLĘDNIENIEM PRZEPISÓW NIEMIECKIEGO PRAWA INSOLWENCYJNEGO

WPROWADZENIE

Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. — Prawo restrukturyzacyjne¹ obowiązuje już od niemal trzech lat. Ustawą tą między innymi wprowadzono nowe definicje przesłanek otwarcia postępowań insolwencyjnych² w postaci niewypłacalności (art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. — Prawo upadłościowe³) oraz zagrożenia niewypłacalnością (art. 6 ust. 3 pr. rest.). Wbrew zapowiedziom ustawodawcy, nowe definicje budzą wątpliwości nie tylko na gruncie dogmatycznym, ale i wśród praktyków⁴. Te wątpliwości dotyczą przede wszystkim tego, jakie stany faktyczne należy kwalifikować jako niewypłacalność i zagrożenie niewypłacalnością, a dalej, w jaki sposób badać, czy dany stan wystąpił. Mimo upływu czasu wciąż brakuje rozstrzygnięć Sądu Najwyższego, w których rzeczony wąt-

* Autorka jest adwokatem i doradcą restrukturyzacyjnym w Kancelarii Prawnej SDZLEGAL Schindhelm we Wrocławiu.

¹ T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1508 ze zm.; dalej: pr. rest.

² W ramach nowelizacji z 2015 r. ustawodawca zamierzał wyraźnie rozdzielić przepisy regulujące procedury nakierowane na przymusową likwidację niewypłacalnego dłużnika (prawo upadłościowe) i procedury naprawcze i układowe (prawo restrukturyzacyjne). Niemniej obydwie regulacje nadal są ze sobą ściśle powiązane, a wspólny mianownik stanowi m.in. pojęcie niewypłacalności. Z tego względu, jeżeli mowa jest o wskazanych regulacjach łącznie, zasadne jest stosowanie określenia „prawo o niewypłacalności” czy inaczej „prawo insolwencyjne”. Zob. A.J. Witosz, A. Witosz (w:) *System prawa handlowego*, t. 6, *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, pod red. A. Hrycaj, A. Jakubeckiego, A. Witosza, Warszawa 2016, s. 616.

³ T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2344; dalej: pr. up.

⁴ K. Osajda: *Uwagi o pojęciu niewypłacalności w świetle nowelizacji prawa upadłościowego*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2016, nr 1, s. 12.

pliwości mogłyby zostać wyjaśnione⁵. Starania celem wyjaśnienia powołanych przepisów podejmuje doktryna prawa. Zwykle autorzy ograniczają się jednak do udzielenia zdawkowych wskazówek co do tego, jak w praktyce ustalać stan niewypłacalności i zagrożenia niewypłacalnością, a jeżeli już odwołują się do konkretnych metod prognozowania upadłości, to nie odnoszą ich do treści obowiązujących przepisów⁶.

Opisany stan powoduje, że ustalenie, czy dany podmiot jest zagrożony niewypłacalnością albo jest niewypłacalny, jest z perspektywy praktyki bardzo trudne. Poczynienie takiego ustalenia ma zaś ogromne znaczenie nie tylko z uwagi na fakt, że niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w ustawowym terminie stanowi przesłankę odpowiedzialności cywilnej i karnej osób do tego zobowiązanych. Istotny jest tu również drugi biegun kryzysu w przedsiębiorstwie dłużnika w postaci stanu zagrożenia niewypłacalnością. Ustalenie, czy dany podmiot jest już co najmniej zagrożony niewypłacalnością, stanowi bowiem, zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 6 ust. 1 pr. rest., bezwzględną przesłankę otwarcia postępowań restrukturyzacyjnych, bowiem tego rodzaju postępowania nie są przeznaczone dla dłużników w dobrej sytuacji finansowej i nie mogą prowadzić do ograniczenia praw wierzycieli bez uzasadnienia⁷. Na tym tle warto postawić pytanie, czy i w jakim zakresie dla doprecyzowania i wyjaśnienia przesłanki zagrożenia niewypłacalnością możliwe i uzasadnione jest skorzystanie z uregulowań obowiązujących w innych porządkach prawnych. Celem niniejszego artykułu jest próba udzielenia odpowiedzi na tak zadane pytanie w oparciu o przepisy prawa niemieckiego. Przyczyną, dla której analiza prowadzona jest właśnie w tym zakresie, jest fakt, że niemiecka nauka prawa wypracowała kompleksowe metody ustalania stanów, kwalifikowanych jako przesłanki wszczęcia postępowań insolwencyjnych. Istotne są również wspólna historia prawna Polski i Niemiec⁸ oraz silne powiązania geopolityczne i gospodarcze.

⁵ Co najmniej do końca lipca 2018 r. nie zostało opublikowane żadne orzeczenie Sądu Najwyższego dotyczące nowego brzmienia art. 11 pr. up. i art. 6 ust. 3 pr. rest.

⁶ M. Kubiczek, B. Sokół: *Metodyka badania płynnościowej przesłanki niewypłacalności w świetle jej prawnej definicji*, Doradca Restrukturyzacyjny 2016, nr 1, s. 110.

⁷ Warto zauważyć, że ustawa Prawo restrukturyzacyjne nie nakłada wprost ani na wnioskodawcę, ani na sąd restrukturyzacyjny obowiązku wykazania czy też ustalenia, że przedsiębiorca znajduje się co najmniej w stanie zagrożenia niewypłacalnością. W orzecznictwie słusznie podaje się jednak, że taki obowiązek po stronie sądu wynika z art. 8 ust. 1 pr. rest., zgodnie z którym wniosek o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego podlega oddaleniu, jeżeli skutkiem tego postępowania byłoby pokrzywdzenie wierzycieli. Tego pokrzywdzenia upatruje się przy tym w umożliwieniu przedsiębiorcy, u którego nie występuje nawet zagrożenie niewypłacalnością, zreorganizowania swojej działalności, w tym poprzez częściowe uchYLENIE się od zobowiązań, na koszt wierzycieli. Tak postanowienie Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 8 grudnia 2016 r., VI Gz 216/16, LEX nr 2182536.

⁸ A. Piekenbrock: *Die Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund in Europa*, Zeitschrift für Insolvenzrecht 2017, s. 357.

PROCEDURY RESTRUKTURYZACYJNE W PRAWIE NIEMIECKIM

W niemieckim systemie prawnym nie istnieje odrębna ustawa regulująca wyłącznie procedury restrukturyzacyjne. Niemiecka ustawa o niewypłacalności (*Insolvenzordnung*)⁹ przewiduje jednak instytucje pozwalające na takie przeprowadzenie postępowania insolwencyjnego (*Insolvenzverfahren*), by w rezultacie doprowadzić do polepszenia sytuacji ekonomicznej dłużnika i utrzymania jego podmiotowości prawnej. Zgodnie z § 1 zd. 1 niem. ust. o niewypł., postępowanie insolwencyjne służy wspólnemu zaspokojeniu wierzycieli dłużnika poprzez likwidację jego majątku i podział środków uzyskanych z likwidacji pomiędzy wierzycieli bądź też przyjęcie innego rozwiązania w planie insolwencyjnym, polegającego w szczególności na zachowaniu przedsiębiorstwa dłużnika. W literaturze przedmiotu sporne jest, czy zachowanie przedsiębiorstwa dłużnika stanowi równorzędny z zaspokojeniem wierzycieli cel postępowania insolwencyjnego. Nie wchodząc w tym miejscu głębiej w to zagadnienie, ograniczyć się można do przywołania stanowiska kompromisowego, zgodnie z którym nawet w razie przyjęcia, że zachowanie przedsiębiorstwa dłużnika nie stanowi głównego celu postępowań insolwencyjnych, to w każdym przypadku, gdy przedsiębiorstwo dłużnika nadaje się do restrukturyzacji, jego zachowanie uznać należy za zgodne z zamiarem ustawodawcy¹⁰.

Wśród wspomnianych instytucji na pierwszy plan wysuwa się postępowanie w przedmiocie planu insolwencyjnego (*Insolvenzplanverfahren*, § 217–269 niem. ust. o niewypł.), stanowiące szczególną postać postępowania zwykłego (*Regelinsolvenzverfahren*)¹¹. W planie insolwencyjnym uczestnicy postępowania mogą uregulować wszelkie istotne zagadnienia w sposób odbiegający od reguł ustawowych, w szczególności porozumieć się co do zaspokojenia wierzycieli nie poprzez podział środków z likwidacji majątku, ale zapewnienie wierzycielom udziału w przyszłych zyskach przedsiębiorstwa dłużnika¹². Co istotne, wyłącznie w postępowaniu w przedmiocie planu insolwencyjnego możliwe jest zachowanie podmiotowości prawnej dłużnika, będącego osobą prawną lub inną jednostką organizacyjną, na przykład spółką handlową¹³. Warto przy tym zauważyć, że zgodnie z § 225a ust. 2 niem. ust. o niewypł. plan może przewidywać konwersję wierzytelności na udziały albo akcje w kapitale dłużnika będącego spółką nawet bez zgody udziałowców albo

⁹ Ustawa z dnia 5 października 1994 r. *Insolvenzordnung*, opublikowana w Federalnym Dzienniku Ustaw (*Bundesgesetzblatt*) BGBl. I S. 2866, ze zm.; dalej: niem. ust. o niewypł.

¹⁰ H.G. Ganter, I. Lohmann (w:) *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: InsO*, Bd. 2, Hrsg. H.P. Kirchhof, R. Stürner, H. Eidenmüller, München 2016, § 1 nb 85.

¹¹ H. Eidenmüller (w:) *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: InsO*, Bd. 3, Hrsg. H.P. Kirchhof, R. Stürner, H. Eidenmüller, München 2016, Vor §§ 217–269 nb 12.

¹² H.J. Lüer, G. Streit (w:) *Insolvenzordnung: InsO. Kommentar*, Hrsg. W. Uhlenbruck, 14. Aufl., München 2015, Vor § 217 nb 1; H. Hess: *Sanierungshandbuch*, 4. Aufl., Köln 2009, s. 475, s. 1091–1092.

¹³ H.J. Lüer, G. Streit (w:) *Insolvenzordnung...*, *op. cit.*, Vor §§ 217–269, Rn. 1.

akcjonariuszy, stąd zachowaniu podmiotowości prawnej dłużnika nie musi towarzyszyć zachowanie tożsamości po stronie jego właścicieli.

Postępowanie w przedmiocie planu insolwencyjnego może zostać poprzedzone tzw. postępowaniem parasola ochronnego (*Schutzschirmverfahren*, § 270b niem. ust. o niewypł.). Jego celem jest zapewnienie dłużnikowi ochrony przed indywidualnymi środkami egzekucyjnymi w procesie przygotowywania planu restrukturyzacji przedsiębiorstwa, który następnie będzie mógł zostać przyjęty w postępowaniu w przedmiocie planu insolwencyjnego¹⁴. Postępowanie wszczyna się wyłącznie na wniosek dłużnika, do którego załączyć należy zaświadczenie osób posiadających doświadczenie w dziedzinie prawa upadłościowego, takich jak doradcy podatkowego, biegłego rewidenta, adwokata lub innej osoby posiadającej porównywalne kwalifikacje, że dłużnik nie stracił płynności finansowej (nie jest niewypłacalny), a zamierzona restrukturyzacja nie jest oczywiście pozbawiona widoków na powodzenie. Powyższe dowodzi, że ustawodawca niemiecki widzi uzasadnienie dla (niewątpliwie znaczącego) ograniczenia praw wierzycieli jedynie wtedy, gdy dłużnik wprawdzie znalazł się w kryzysie (wystąpienie ustawowo określonej przesłanki otwarcia postępowania w postaci zagrożenia niewypłacalnością lub nadmiernego zadłużenia jest niezbędne), jednak nadal jest w stanie na bieżąco regulować swoje zobowiązania. To ograniczenie praw wyraża się przy tym w pozostawieniu zarządu w gestii dłużnika, przyznaniu mu prawa wyboru nadzorcy (*Sachwalter*)¹⁵, a także prawa złożenia wniosku o zarządzenie środków ochronnych w rozumieniu § 21 ust. 1 i § 21 ust. 2 pkt 1a, 3–5 niem. ust. o niewypł. Wniosek dłużnika o zawieszenie prowadzonych przeciw niemu postępowań egzekucyjnych jest dla sądu wiążący.

Nadto, niezależnie od trybu postępowania insolwencyjnego, restrukturyzacja dłużnika, względem którego postępowanie zostało otwarte, możliwa jest przez przeniesienie jego przedsiębiorstwa na inny podmiot prawny (*die übertragende Sanierung*). Skorzystanie z tego rozwiązania wymaga zawarcia przez syndyka umowy sprzedaży dotyczącej składników majątkowych wchodzących w skład przedsiębiorstwa (tzw. *asset-deal*) z podmiotem powołanym specjalnie w celu jego przejęcia¹⁶. Główną zaletą nabycia przedsiębiorstwa w postępowaniu insolwencyjnym, w przeciwieństwie do nabycia poza nim, jest wyłączenie odpowiedzialności nabywcy za zobowiązania dłużnika powstałe przed dniem nabycia¹⁷. Omawiane rozwiązanie pozwala jednak jedynie na zrestrukturyzowanie i zachowanie przedsiębiorstwa dłużnika w ujęciu przedmiotowym. Z perspektywy uczestników postępo-

¹⁴ S.-H. Undritz (w:) *Insolvenzordnung: InsO*, Hrsg. K. Schmidt, 19. Aufl., München 2016, § 270b nb 1.

¹⁵ Sąd może odstąpić od propozycji dłużnika co do osoby nadzorcy wyłącznie wtedy, gdy wskazana osoba w sposób oczywisty nie nadaje się do sprawowania tej funkcji — § 270b ust. 2 zd. 2 niem. ust. o niewypł.

¹⁶ W prawie niemieckim, tak jak w polskim, przedsiębiorstwo nie stanowi odrębnej rzeczy, ale jedynie zbiór składników majątkowych. Por. S. Smid, R. Rattunde, T. Martini: *Der Insolvenzplan*, 4. Aufl., Stuttgart 2015, s. 16–17.

¹⁷ K. Schmidt (w:) *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, Hrsg. K. Schmidt, W. Uhlenbruck, 4. Aufl., Köln 2009, s. 687–688.

wania insolwencyjnego stanowi metodę likwidacji majątku dłużnika i może znaleźć zastosowanie jedynie wtedy, gdy jego zastosowanie jest korzystniejsze niż odrębna sprzedaż poszczególnych elementów majątku¹⁸.

PRZESŁANKI WSZCZĘCIA POSTĘPOWAŃ INSOLWENCYJNYCH W PRAWIE NIEMIECKIM

W prawie niemieckim, tak jak w prawie polskim, uzasadnieniem dla wszczęcia postępowania insolwencyjnego jest obiektywne wystąpienie ustawowo opisanej przesłanki (*Eröffnungsgrund*)¹⁹. Postępowanie nie może zostać otwarte jedynie dlatego, że wymagają tego względy społeczne, sytuacja na rynku pracy itp.²⁰ Sąd insolwencyjny z urzędu bada wystąpienie przesłanki otwarcia postępowania, przyjmując za podstawę rozstrzygnięcia dzień wydania postanowienia w przedmiocie otwarcia postępowania, a nie dzień złożenia wniosku w tym przedmiocie²¹. Warto nadmienić, że sąd może wyznaczyć tymczasowego syndyka (*vorläufiger Insolvenzverwalter*) i powierzyć mu, jako biegłemu, zbadanie, czy występuje przesłanka otwarcia postępowania oraz czy istnieją widoki na kontynuowanie działalności przedsiębiorstwa dłużnika. Takie rozwiązanie jest często stosowane w praktyce. Otwarcie postępowania mimo niewystąpienia przesłanki jest niezgodne z prawem i może zostać zaskarżone przez strony²²; z kolei w razie braku przesłanki wniosek o otwarcie postępowania podlega oddaleniu²³.

Przesłanki otwarcia postępowania insolwencyjnych uregulowane są w przepisach § 17–19 niem. ust. o niewypł. Ogólną przesłankę znajdującą zastosowanie do wszystkich dłużników stanowi niewypłacalność (*Zahlungsunfähigkeit*). Dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli nie jest w stanie spełniać swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (§ 17 ust. 2 zd. 1 niem. ust. o niewypł.). Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem niemieckiego Trybunału Federalnego (Bundesgerichtshof) niewypłacalność występuje wtedy, gdy na dzień dokonywania oceny sytuacji dłużnika przyjąć należy, że ten nie będzie w stanie zaspokoić wymagalnych zobowiązań w okresie następnym trzech tygodni w co najmniej 90%, chyba że z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością przyjąć można, że zobowiązania zostaną zaspokojone później, a od wierzycieli można wymagać udzielenia dłużnikowi swego rodzaju moratorium na czas oczekiwania²⁴. Ustalenie zaistnienia stanu niewypłacalności obejmuje zatem

¹⁸ H. Hess: *Sanierungshandbuch*, op. cit., s. 491; R. Bork: *Einführung in das Insolvenzrecht*, 7. Aufl., Tübingen 2014, nb 444.

¹⁹ S. Rüntz (w:) *Insolvenzordnung*, Hrsg. G. Kayser, C. Thole, 8. Aufl., Heidelberg 2016, § 16 nb 2.

²⁰ H. Bußhardt (w:) *InsO Insolvenzordnung. Kommentar*, Hrsg. E. Braun, 7. Aufl., München 2017, § 16 nb 1.

²¹ W. Uhlenbruck (w:) *Insolvenzordnung...*, op. cit., § 16 nb 16.

²² A. Herchen (w:) *Insolvenzordnung...*, op. cit., Hrsg. K. Schmidt, § 16 nb 1.

²³ H. Bußhardt (w:) *InsO...*, op. cit., § 16 nb 13.

²⁴ Orzeczenie Trybunału Federalnego z dnia 26 października 2006 r., IX ZR 228/03, NZI 2007, 36.

dwa etapy. Po pierwsze, ocenia się stan wymagalnych zobowiązań i płynnych środków dłużnika na dzień dokonywania badania. Po drugie, jeżeli wartość zobowiązań jest wyższa niż środków pieniężnych, sprawdza się, czy istniejąca luka zostanie zlikwidowana w ciągu kolejnych trzech tygodni²⁵. Przejściowe i nieznaczne niedobory finansowe nie są kwalifikowane jako niewypłacalność²⁶. Stan niewypłacalności ustaje dopiero, gdy dłużnik zaspokoi wszystkie wymagalne zobowiązania²⁷.

Kolejne dwie uregulowane w przepisach przesłanki mają charakter szczególny (*besondere Eröffnungsgründe*), co wyraża się, po pierwsze, w ograniczonym zakresie ich zastosowania, a po drugie, w funkcji tych przesłanek, jako umożliwiających wszczęcie postępowania insolwencyjnego, zanim dłużnik utraci płynność finansową²⁸. Z tego względu przesłanki szczególne mają znaczenie zwłaszcza w przypadku dłużników planujących wykorzystanie postępowania insolwencyjnego do przeprowadzenia restrukturyzacji przedsiębiorstwa.

Charakter przesłanki szczególnej przypisuje się, po pierwsze, nadmiernemu zadłużeniu (*Überschuldung*), rozumianemu jako stan, w którym majątek dłużnika nie wystarcza na pokrycie istniejących zobowiązań, a prognoza co do dalszego prowadzenia przez niego przedsiębiorstwa jest negatywna (§ 19 ust. 2 niem. ust. o niewypł.). Przywołana przesłanka znajduje zastosowanie wyłącznie do osób prawnych i zrównanych z nimi podmiotów, których odpowiedzialność na zewnątrz ograniczona jest do określonej masy majątkowej.

Po drugie, za przesłankę szczególną uznaje się zagrożenie niewypłacalnością (*drohende Zahlungsunfähigkeit*), występujące wtedy, gdy dłużnik przypuszczalnie nie będzie w stanie wykonać istniejących zobowiązań pieniężnych w dniu ich wymagalności (§ 18 ust. 2 niem. ust. o niewypł.). Szczególny charakter omawianej przesłanki wyraża się w tym, że oparty na niej wniosek o otwarcie postępowania insolwencyjnego może złożyć wyłącznie dłużnik. W przypadku osób prawnych i spółek niezbędne jest również, aby wniosek został złożony zgodnie z zasadami reprezentacji. Co więcej, wystąpienie przesłanki zagrożenia niewypłacalnością nie powoduje powstania obowiązku wszczęcia postępowania insolwencyjnego i daje dłużnikowi jedynie prawo do złożenia wniosku w tym przedmiocie. W ten sposób niemiecki ustawodawca chciał zapobiec nadużywaniu postępowania insolwencyjnego przez wierzycieli i traktowaniu wniosku o jego otwarcie jako środka nacisku na dłużnika, w stosunku do którego zasadne jest wprowadzenie podjęcie działań restrukturyzacyjnych, ale którego sytuacja nie jest jeszcze tego rodzaju, by konieczne było zapobiegnięcie dalszemu prowadzeniu przez niego działalności, w tym zaciąganiu zobowiązań²⁹.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ H. Bußhardt (w:) *InsO...*, *op. cit.*, § 18 nb 4.

²⁷ H.-P. Kirchhof (w:) *Insolvenzordnung*, Hrsg. G. Kreft, 6. Aufl., Heidelberg 2011, § 17 nb 45.

²⁸ S. Rüntz (w:) *Insolvenzordnung...*, *op. cit.*, § 16 nb 6; A. Herchen (w:) *Insolvenzordnung...*, *op. cit.*, Hrsg. K. Schmidt, § 16 nb 5.

²⁹ H. Bußhardt (w:) *InsO...*, *op. cit.*, § 18 nb 1.

ZAGROŻENIE NIEWYPŁACALNOŚCIĄ W POLSKIM PRAWIE RESTRUKTURYZACYJNYM

Także w prawie polskim znaleźć można przesłanki otwarcia postępowań insolwencyjnych, których funkcja sprowadza się do zapobieżenia utracie przez dłużnika płynności finansowej lub umożliwienia szybkiego ogłoszenia upadłości (a w ramach postępowania upadłościowego możliwie wysokiego zaspokojenia wierzycieli dłużnika) albo też otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego. Te przesłanki to niewypłacalność w rozumieniu art. 11 ust. 2 pr. up. oraz zagrożenie niewypłacalnością jako przesłanka otwarcia wyłącznie postępowania restrukturyzacyjnego, uregulowana w art. 6 ust. 3 pr. rest. Zgodnie z tym ostatnim przepisem przez dłużnika zagrożonego niewypłacalnością należy rozumieć dłużnika, którego sytuacja ekonomiczna wskazuje, że w niedługim czasie może stać się niewypłacalny. W obliczu tak skonstruowanej definicji najistotniejszym zagadnieniem w procesie dekodowania elementów stanu kwalifikowanego jako zagrożenie niewypłacalnością jest ustalenie punktu odniesienia, tj. ustalenie, co rozumieć należy przez pojęcie niewypłacalności, która ma dłużnikowi zagrażać. Ustawodawca niemiecki rozwiązał ten problem inaczej niż ustawodawca polski, bowiem jak dowodzi przywołana wyżej definicja, rozstrzygnął wprost, że zagrożenie niewypłacalnością to stan, gdy dłużnik przypuszczalnie nie będzie w stanie wykonać istniejących zobowiązań pieniężnych w dniu ich wymagalności. W ustawie Prawo restrukturyzacyjne ustawodawca wyjaśnił natomiast jedynie, że przez dłużnika niewypłacalnego na potrzeby tej ustawy należy rozumieć dłużnika niewypłacalnego w rozumieniu ustawy Prawo upadłościowe (art. 6 ust. 2 pr. rest.). Definiując pojęcie dłużnika zagrożonego niewypłacalnością, ustawodawca, jako punkt odniesienia, wskazał zaś już niewypłacalność bez odwołania do przepisów konkretnej ustawy. Taki sposób formułowania przepisu uznać należy za niewłaściwy, ponieważ w polskim porządku prawnym brakuje jednej definicji niewypłacalności, a samo pojęcie wykładane jest wielorako. W literaturze jednak zgodnie przyjmuje się, że dłużnik zagrożony niewypłacalnością to taki, którego sytuacja ekonomiczna wskazuje, że w niedługim czasie może stać się niewypłacalny w rozumieniu ustawy Prawo upadłościowe, tj. utracić zdolność do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11 ust. 1 pr. up.) lub osiągnąć stan, w którym jego zobowiązania pieniężne dłużej niż przez 24 miesiące przekraczać będą wartość jego majątku (art. 11 ust. 2 pr. up.)^{30, 31}.

³⁰ P. Filipiak (w:) *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, pod red. P. Filipiak, A. Hrycaj, LEX 2016, art. 6 nb 10; A.J. Witosz (w:) *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, pod red. A. Torbus, A.J. Witosza, A. Witosza, LEX 2016, art. 6 nb 5.

³¹ Na gruncie polskich regulacji prawnych przesłanka otwarcia postępowania insolwencyjnego w postaci zagrożenia niewypłacalnością znana była już rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. — Prawo układowe (tekst pierwotny Dz. U. Nr 93, poz. 836 ze zm.). Zgodnie z art. 1 rozporządzenia żądać otwarcia postępowania celem zawarcia układu z wierzycielami mógł nie tylko ten przedsiębiorca, który wskutek wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności zaprzestał płacenia długów, ale i ten, który przewidywał, że

Odnosząc się do zasadniczego celu niniejszego artykułu, którym jest sprawdzenie, czy i w jaki sposób regulacja niemiecka może posłużyć jako wsparcie w procesie badania przesłanki zagrożenia niewypłacalnością na gruncie prawa polskiego, należy zatem zwrócić uwagę na istotną różnicę zakresu przedmiotowego przesłanki zagrożenia niewypłacalnością w prawie polskim i niemieckim. W prawie niemieckim, odmiennie niż w prawie polskim, przez pojęcie zagrożenia niewypłacalnością rozumie się jedynie zagrożenie utratą płynności finansowej. Co więcej, gdyby nawet prawo niemieckie przewidywało także przesłankę, którą można by określić jako zagrożenie nadmiernym zadłużeniem, to jak jasno wynika z przywołanego powyżej § 19 ust. 2 niem. ust. o niewypł., nadmierne zadłużenie w prawie niemieckim nie sprowadza się wyłącznie do istnienia niedoboru w majątku dłużnika, jak w prawie polskim, ale wymaga również istnienia negatywnej prognozy co do kontynuowania przez dłużnika działalności. Proste przeniesienie reguł badania stanu nadmiernego zadłużenia prawa niemieckiego na regulację polską nie jest zatem możliwe. Niemniej sama koncepcja prognozy kontynuowania działalności przez dłużnika może być przydatna i to w kontekście art. 6 ust. 3 pr. rest. w zw. z art. 11 ust. 1 pr. up. Na tle nowego brzmienia definicji niewypłacalności w tzw. ujęciu płynnościowym wskazuje się bowiem szeroko na znaczenie użytego przez ustawodawcę pojęcia zdolności dłużnika do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych, gdzie zdolność rozumiana ma być zgodnie z potocznym znaczeniem tego słowa, tj. jako umiejętność, możliwość³². W uzasadnieniu projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne nie wyjaśniono, jak rzeczoną zdolność rozumieć ani jak ją badać. Projektodawca wskazał jedynie, że stanu niewypłacalności nie należy utożsamiać z krótkotrwałym zaprzestaniem wykonywania zobowiązań przez dłużnika³³, zaś brak rzeczowej zdolności musi mieć przyczynę w sytuacji majątkowej dłużnika, a nie być związany na przykład z chorobą lub złą wolą³⁴. W piśmiennictwie zgoda panuje dodatkowo co do tego, że stan niewypłacalności może nastąpić dopiero, gdy dłużnik nie zaspokoił co najmniej dwóch wierzytelności dwóch różnych wierzycieli³⁵. Czy już niezaspokojenie zaledwie dwóch wierzycieli jest wystarczające, czy raczej utrata zdolności do zaspokajania

w najbliższej przyszłości zaprzestanie ich płacenia. Zagrożenie niewypłacalnością odnosiło się zatem wyłącznie do spodziewanej utraty płynności. Nowa definicja zagrożenia niewypłacalnością wprowadzona została do ustawy Prawo upadłościowe (ówcześnie Prawo upadłościowe i naprawcze) w jej pierwotnym brzmieniu. Zgodnie z art. 492 ust. 2 przedsiębiorca był zagrożony niewypłacalnością, jeżeli pomimo wykonywania swoich zobowiązań, według rozsądnej oceny jego sytuacji ekonomicznej było oczywiste, że w niedługim czasie stanie się niewypłacalny. Doktryna wskazywała, że niewypłacalność w rozumieniu powołanej definicji odwoływała się do obydwu postaci niewypłacalności znanych prawu upadłościowemu, tj. niewypłacalności w ujęciu płynnościowym (art. 11 ust. 1 pr. up.) i niewypłacalności w ujęciu majątkowym (art. 11 ust. 2 pr. up.). Przywołany zakres przedmiotowy definicji, mimo jej merytorycznej zmiany, został recypowany do prawa restrukturyzacyjnego.

³² P. Filipiak (w:) *System prawa handlowego*, t. 6, *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, pod red. A. Hrycaj, A. Jakubeckiego, A. Witosza, Warszawa 2016, s. 681.

³³ Druk sejmowy VII kadencji nr 2824 z dnia 9 października 2014 r., s. 335–336.

³⁴ S. Gurgul: *Prawo upadłościowe. Komentarz*, wyd. 11, Legalis 2017, art. 11 nb 1; druk sejmowy VII kadencji nr 2824 z dnia 9 października 2014 r., s. 335.

³⁵ A.J. Witosz: *Prawo upadłościowe. Komentarz*, LEX 2017, art. 1 nb 3.

zobowiązań musi dotyczyć większości zobowiązań, jest już w doktrynie sporne³⁶. Niewielką pomoc w opisanym zakresie stanowi wprowadzone do ustawy Prawo upadłościowe domniemanie, że jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące, uznać należy, że dłużnik utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11 ust. 1a pr. up.). W tym wypadku bowiem kwestia zdolności do wykonywania zobowiązań staje się przesłanką obalenia domniemania czy to przez wierzyciela, który składa wniosek o ogłoszenie upadłości przed upływem trzech miesięcy wstrzymania płatności, czy to przez dłużnika, jeżeli rzezone trzy miesiące już upłynęły. Nadal jednak niewyjaśnione pozostaje, co przez pojęcie rzeczowej zdolności należy rozumieć.

Sytuacja jest jeszcze bardziej niejasna, jeżeli niewypłacalność przyjmuje się właśnie jako punkt odniesienia dla stanu zagrożenia niewypłacalnością. Mając na względzie brzmienie art. 11 ust. 1 pr. up., nie wydaje się, aby wystarczającą i konieczną podstawę do ustalenia, że zdolność dłużnika do regulowania zobowiązań jest zagrożona, stanowić miało istnienie po jego stronie choćby jednego wymagalnego zobowiązania pieniężnego³⁷, a tym bardziej krótkotrwałe wstrzymanie płatności. Badanie stanu niewypłacalności nie powinno zatem ograniczyć się do prostej analizy krótkoterminowych przepływów pieniężnych dłużnika. Zwracają na to uwagę praktycy, wskazując na zasadność uzupełnienia analizy płynności oceną także innych elementów wpływających na zdolność dłużnika do wykonywania zobowiązań, na przykład jego zdolności kredytowej czy też prawdopodobieństwa szybkiego spieniężenia majątku³⁸. Wydaje się, że także ogólne perspektywy prowadzonej przez dłużnika działalności winny znaleźć odzwierciedlenie w prowadzonym badaniu. W tym właśnie miejscu badającemu wystąpienie stanu zagrożenia niewypłacalnością z pomocą może przyjść wspomniana wyżej koncepcja wypracowana w prawie niemieckim, a dotycząca tzw. prognozy kontynuowania działalności przez dłużnika.

PROGNOZA KONTYNUOWANIA DZIAŁALNOŚCI

W pierwotnym brzmieniu § 19 ust. 2 niem. ust. o niewypł. negatywna prognoza co do kontynuowania przez dłużnika działalności nie stanowiła elementu prze-

³⁶ Za wymogiem niezaspokojenia większości zobowiązań wypowiedają się m.in. M. Kubiczek, B. Sokół: *Metodyka...*, *op. cit.*, s. 110; przeciwne stanowisko prezentuje A.J. Witosz: *Prawo...*, *op. cit.*, art. 11 nb 5. Mając na względzie istotę reformy prawa insolwencyjnego z 2015 r., należałoby odrzucić stanowisko co do tego, że stan niewypłacalności istnieje zawsze wtedy, gdy dłużnik nie zaspokaja dwóch wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Wobec niejasności pojęcia „zdolności” do ich wykonywania, w praktyce najbezpieczniej jednak przyjąć, że właśnie od dnia wymagalności drugiego długu stan niewypłacalności powstaje, a co za tym idzie, uaktualnia się również obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. To bezpieczne rozwiązanie zdaje się stać w sprzeczności z wyrażonym w uzasadnieniu projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne zamiarem projektodawcy, jednak, jak wskazano, jest to stanowisko najbezpieczniejsze, zapewniające osobom obowiązany do złożenia wniosku możliwie najwyższy poziom pewności co do tego, że wniosek jest składany w ustawowym terminie.

³⁷ P. Filipiak (w:) *Prawo restrukturyzacyjne...*, *op. cit.*, art. 6 nb 19.

³⁸ M. Kubiczek, B. Sokół: *Metodyka...*, *op. cit.*, s. 110–111.

słanki otwarcia postępowania insolwencyjnego w postaci nadmiernego zadłużenia. Zamiarem ustawodawcy konstruującego ten przepis było możliwie dalekie w stosunku do utraty płynności finansowej przesunięcie obowiązku złożenia wniosku o otwarcie postępowania insolwencyjnego, stąd jego powiązanie z prostą nadwyżką zobowiązań nad wartością aktywów dłużnika³⁹. Dopiero skutek kryzysu finansowego z 2008 r. ustawodawca postanowił przychylić się do głosów doktryny oraz orzecznictwa i uzupełnić przesłankę nadmiernego zadłużenia o element prognostyczny wyrażający się w tym, by z punktu widzenia prawa insolwencyjnego niedobór w majątku dłużnika miał znaczenie dopiero wtedy, gdy w jego rezultacie działalność dłużnika pozbawiona jest widoków powodzenia⁴⁰. W ten sposób chciano z jednej strony utrzymać prewencyjną funkcję przepisu w zakresie ochrony interesów wierzycieli, z drugiej jednak wyeliminować sytuacje, gdy zwłaszcza w czasie kryzysu finansowego, menadżerowie, kierując się wyłącznie chęcią uniknięcia grożącej im odpowiedzialności osobistej i karnej za niezłożenie wniosku o otwarcie postępowania w terminie, składali wnioski tylko dlatego, że w bilansie przedsiębiorstwa okresowo występowała nadwyżka zobowiązań nad wartością aktywów. Początkowo nowe brzmienie przepisu miało obowiązywać jedynie przez dwa lata. Następnie okres ten wydłużono, po czym ograniczenie terminem zostało całkowicie zniesione. Na gruncie obecnie obowiązującej regulacji, badanie prognozy kontynuowania działalności stanowi pierwszy element oceny, czy dłużnik jest nadmiernie zadłużony. Dopiero w przypadku negatywnej prognozy ustawodawca nakazuje zbadanie, czy wartość likwidacyjna majątku dłużnika wystarcza na pokrycie istniejących zobowiązań, a zatem czy w majątku występuje niedobór⁴¹. Aby możliwe było uznanie dłużnika za nadmiernie zadłużonego w rozumieniu § 19 niem. ust. o niewypł., obydwie elementy definicji muszą wystąpić kumulatywnie.

Jak wskazuje się w niemieckiej doktrynie, przyjęcie pozytywnej prognozy wymaga ustalenia, że dalsze prowadzenie działalności przez dłużnika jest bardziej prawdopodobne niż jej likwidacja⁴², co z kolei ma miejsce wtedy, gdy przez cały okres prognozy możliwości finansowe dłużnika są zachowane⁴³. To sformułowanie nie oznacza przy tym jedynie, że dłużnik ma w okresie prognozy wykonywać wymagalne zobowiązania, a więc nie stracić płynności finansowej. Pozytywnej prognozy nie sprowadza się bowiem wyłącznie do rachunku przyszłych przepływów pieniężnych, bazującego na planach finansowych, w których zobowiązaniom przeciwstawiane są krótkoterminowe aktywa. Przy ocenie prognozy uwzględniać należy także inne czynniki, w szczególności czy dalsze prowadzenie przedsiębiorstwa jest obiektywnie uzasadnione ekonomicznie oraz czy dłużnik bądź też udziałowcy

³⁹ H. Bußhardt (w:) *InsO...*, *op. cit.*, § 19 nb 2.

⁴⁰ W. Uhlenbruck (w:) *Insolvenzordnung...*, *op. cit.*, § 19 nb 11.

⁴¹ H. Bußhardt (w:) *InsO...*, *op. cit.*, § 19 nb 17.

⁴² M. Bremen (w:) *InsO Kommentar zur Insolvenzordnung*, Hrsg. M.-L. Graf-Schlicker, 4. Aufl., Köln 2014, § 19 nb 14.

⁴³ S. Rüntz (w:) *Insolvenzordnung...*, *op. cit.*, § 19 nb 9.

albo akcjonariusze dłużnika mają wolę kontynuowania działalności przedsiębiorstwa⁴⁴. To, czy dalsze prowadzenie przedsiębiorstwa jest obiektywnie uzasadnione ekonomicznie, musi zaś wynikać z przygotowanej dla przedsiębiorstwa strategii, rodzaju planu ekonomicznego zawierającego prognozę przyszłych dochodów i wydatków oraz szans i zagrożeń przedsiębiorstwa⁴⁵.

Prognoza, zgodnie z jednolitym stanowiskiem niemieckiej literatury i praktyki, winna obejmować bieżący i kolejny rok obrotowy⁴⁶, chyba że specyfika przedsiębiorstwa lub branży, w której działa (wyrażająca się np. długim cyklem produkcyjnym), wymaga przyjęcia krótszego albo dłuższego okresu prognostycznego⁴⁷. Przedstawiona koncepcja znajduje potwierdzenie także w orzecznictwie niemieckiego Trybunału Federalnego. W orzeczeniu z dnia 9 października 2006 r. Trybunał wyraźnie potwierdził, że badanie prognozy kontynuowania działalności wymaga nie tylko analizy spodziewanej płynności finansowej dłużnika, lecz także oceny istnienia woli kontynuowania działalności po stronie decydentów oraz obiektywnych szans na powodzenie tej działalności, zobrazowanych w odpowiednio przygotowanej strategii⁴⁸.

WNIOSKI

Jak wskazano wyżej, nowe brzmienie art. 11 ust. 1 pr. up. odnosi się nie do wykonywania zobowiązań przez dłużnika jako takich, ale zdolności do ich wykonywania. Nie brakuje argumentów za uznaniem, że zdolność w rozumieniu art. 11 ust. 1 pr. up. może być przyrównana do opisanej pozytywnej prognozy kontynuowania działalności przez dłużnika w rozumieniu § 19 ust. 2 niem. ust. o niewypł., a badanie przesłanki niewypłacalności w istocie sprowadzać się do tego, czy dłużnik jest w stanie dalej prowadzić swoje przedsiębiorstwo. Wśród tych argumentów na pierwszy plan wysuwa się zmiana treści art. 11 ust. 1 pr. up., poprzez uwzględnienie postulatów doktryny i orzecznictwa odnośnie do konieczności kompleksowego badania stanu niewypłacalności i zapobieżenia ogłaszaniu upadłości podmiotów, które — z różnych przyczyn — nie wykonały dwóch, choćby o niewielkiej wartości,

⁴⁴ *Ibidem*, § 19 nb 8–9.

⁴⁵ H.G. Ganter: *Die Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung an eine zuverlässige Fortführungsprognose bei der Sanierungsprüfung*, Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2014, s. 676.

⁴⁶ S. Rüntz (w:) *Insolvenzordnung...*, *op. cit.*, § 19 nb 9; M. Bremen (w:) *InsO...*, *op. cit.*, § 19 nb 15.

⁴⁷ M. Bremen (w:) *InsO...*, *op. cit.*, § 19 nb 15.

⁴⁸ Orzeczenie Trybunału Federalnego z dnia 9 października 2006 r., II ZR 303/05, ZIP 2006, 2171. Nadmienić należy, że postanowienie zostało wydane na tle uprzednio obowiązującego brzmienia § 19 ust. 2 niem. ust. o niewypł., gdy pozytywna prognoza kontynuowania działalności miała znaczenie wyłącznie przy wyborze, jakie wartości mają być przyjęte do badania stanu ewentualnego zadłużenia przedsiębiorcy. W razie negatywnej prognozy badanie następowało w oparciu o wartości likwidacyjne, w innym przypadku stosowano wartości zbywcze. Niemniej sens omawianej koncepcji nie uległ zmianie wskutek modyfikacji zakresu jej zastosowania.

zobowiązań⁴⁹. Zasadnie przyjąć należy, że przesłanki niewypłacalności z art. 11 ust. 1 pr. up. nie powinno się sprowadzać do prostej analizy płynności finansowej dłużnika, bez uwzględnienia dalszych elementów związanych z sytuacją ekonomiczną prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa. Analogicznie, do prostej analizy krótkoterminowej płynności finansowej nie powinno być ograniczone badanie, czy dłużnik jest zagrożony niewypłacalnością w rozumieniu tego przepisu. W tym zakresie zważyć należy i na to, że zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 6 ust. 3 pr. rest. zagrożenie niewypłacalnością winno wynikać z oceny sytuacji ekonomicznej dłużnika. Dowodzi to założenia, że również badanie zagrożenia niewypłacalnością winno mieć charakter kompleksowy⁵⁰. Dodatkowy argument za przyjęciem stanowiska forsowanego w niniejszym artykule stanowi fakt, że coraz częściej w doktrynie i orzecznictwie pojawia się zagadnienie *business judgment rule*⁵¹. Przez to pojęcie w orzecznictwie amerykańskim rozumie się założenie, zgodnie z którym jeżeli przy podejmowaniu decyzji menadżer zachował standardy w zakresie staranności i lojalności względem zarządzanej spółki, obejmujące przede wszystkim oparcie decyzji na wystarczających w jego ocenie informacjach i analizach, uzasadnione przekonanie członka zarządu, że decyzja jest dla spółki korzystna, oraz działanie wyłącznie w interesie spółki, to menadżer wolny jest od odpowiedzialności, nawet jeżeli decyzja okazała się błędna⁵². W uzasadnieniu wyroku z dnia 27 października 2004 r.⁵³ Sąd Najwyższy wyjaśnił, że zastosowanie tego rodzaju reguł może pozwolić członkowi zarządu dłużnika na uchylenie się od odpowiedzialności za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości, o ile członek zarządu jest w stanie poprzeć obiektywnymi faktami i obiektywną oceną biegłego sądowego swoje twierdzenie co do istnienia takich widoków poprawy sytuacji finansowej spółki, że zachodziła dająca się przewidzieć możliwość zaspokojenia wszystkich wierzycieli i uzasadnione było wstrzymanie się z wystąpieniem o upadłość. W tym kontekście warto postulować, by również dla oceny stanu niewypłacalności, a w szczególności zagrożenia nie-

⁴⁹ O. Kowalewski, R.L. Kwaśnicki: *Tysiące „ustawowych bankrutów” — uwagi na tle PrUpadNaprdnośnie do terminu „niewypłacalność”*, Monitor Prawniczy 2007, nr 20, s. 1136.

⁵⁰ Na konieczność kompleksowego badania sytuacji ekonomicznej dłużnika w kontekście czasu właściwego na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości na gruncie uprzednio obowiązujących definicji niewypłacalności wielokrotnie zwracał uwagę Sąd Najwyższy w procesach dotyczących odpowiedzialności członków zarządu — np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2008 r., II CSK 142/08, LEX nr 470009. W tym zakresie warto również zwrócić uwagę na stanowisko A.J. Witosza wyrażone na tle analizy zagrożenia niewypłacalnością w ujęciu majątkowym. Autor ten wskazał bowiem, że dla przyjęcia, że dłużnik jest zagrożony niewypłacalnością, niezbędne jest nie tylko odniesienie do tego, jak długo w jego majątku występuje niedobór, ale i tego, czy w tym zakresie występuje negatywny trend; A.J. Witosz (w:) *Prawo restrukturyzacyjne...*, *op. cit.*, art. 6 nb 5.

⁵¹ Szerzej w tej materii: A. Krawczyk: *Skuteczność powołania się na business judgment rule dla obrony pozwanego w procesie z art. 299 ustawy z 15.09.2000 r. — Kodeks spółek handlowych*, Przegląd Sądowy 2016, nr 5, s. 94–104.

⁵² P. Błaszczuk: *Koncepcja „biznesowej oceny sytuacji” na tle prawa polskiego (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, Państwo i Prawo 2012, z. 3, s. 75–76.

⁵³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2004 r., IV CK 148/04, LEX nr 146344.

wypłacalnością, uwzględniać perspektywy przedsiębiorstwa co do polepszenia albo pogorszenia jego sytuacji finansowej, ustalone w oparciu o rzeczową analizę jego sytuacji ekonomicznej.

Treść art. 6 ust. 3 pr. rest., poprzez odwołanie do badania sytuacji ekonomicznej dłużnika, daje wyraźną podstawę do przyjęcia, że właściwym instrumentem oceny może być plan ekonomiczny przedsiębiorstwa, znany w praktyce niemieckiej jako podstawa prognozy szans dłużnika na kontynuowanie działalności. Na gruncie art. 6 ust. 3 pr. rest., w którym mowa jest jedynie o tym, że niewypłacalność winna grozić dłużnikowi w niedługim czasie, polska doktryna nie wskazuje wprost, jaki konkretnie okres jest właściwy dla oceny zdolności dłużnika do wykonywania wymagalnych zobowiązań. Autorzy zwracają jednak uwagę na zasadność indywidualizacji tego okresu w odniesieniu do sytuacji konkretnego dłużnika⁵⁴ oraz ograniczenia oceny do momentu, do którego sytuacja ekonomiczna dłużnika może być jeszcze oceniona z wystarczającym prawdopodobieństwem⁵⁵. Wydaje się, że zapożyczony z praktyki niemieckiej plan ekonomiczny obejmujący co do zasady kolejne dwa lata obrotowe winien pozwolić na realizację tych postulatów, a dalej na uwzględnienie rozwoju sytuacji ekonomicznej dłużnika i indywidualnych cech jego przedsiębiorstwa. Z koncepcji prognozy kontynuowania działalności zaczerpnąć warto także wskazówki co do tego, jak rozumieć należy samo wystarczające prawdopodobieństwo wystąpienia grożącej dłużnikowi niewypłacalności. Podstawowym założeniem tej koncepcji jest bowiem, że pozytywna prognoza występuje wtedy, gdy pozytywne zdarzenie w postaci utrzymania przedsiębiorstwa dłużnika jest prawdopodobne w stopniu wyższym niż sytuacja odwrotna, tj. zakończenie przez niego działalności⁵⁶. Wystarczające jest więc prawdopodobieństwo w stopniu wyższym niż 50%. Zasadności przyjęcia tego założenia także na gruncie prawa polskiego dowodzi zresztą pośrednio porównanie treści art. 6 ust. 3 pr. rest. z nieobowiązującym już art. 492 ust. 2 pr. up., który regulował przesłankę wszczęcia postępowania naprawczego w stosunku do przedsiębiorcy. W myśl tego ostatniego przepisu, dla przyjęcia, że dłużnik jest zagrożony niewypłacalnością, niezbędne było ustalenie tego zagrożenia w stopniu oczywistym. Obecnie obowiązujący przepis takiego podwyższonego standardu oceny nie przewiduje. Podsumowując, koncepcja prognozy kontynuowania działalności pozwala na usunięcie wielu wątpliwości co do tego, jak należałoby rozumieć i jak badać przesłankę zagrożenia niewypłacalnością na gruncie polskiego prawa restrukturyzacyjnego. Z tego względu czerpanie z opisanej koncepcji wydaje się z wielu względów uzasadnione.

⁵⁴ P. Filipiak (w:) *Prawo restrukturyzacyjne...*, *op. cit.*, art. 6 nb 75.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ M. Bremen (w:) *InsO...*, *op. cit.*, § 19 nb 14.

PODSUMOWANIE

Głównym celem ustawodawcy w ramach wprowadzenia do polskiego systemu prawnego postępowań restrukturyzacyjnych było zapewnienie przedsiębiorcom efektywnych metod wczesnej reorganizacji prowadzonego przez nich przedsiębiorstwa. W ten sposób nowe przepisy miały wpisywać się w promowaną przez Komisję Europejską politykę tzw. drugiej szansy⁵⁷. W zaleceniu w sprawie nowego podejścia do niepowodzenia w działalności gospodarczej i niewypłacalności z 12 marca 2014 r. Komisja wskazała, że jednym z naczelných celów Unii Europejskiej w zakresie szeroko rozumianych upadłości przedsiębiorstw winno być popularyzowanie idei drugiej szansy dla uczciwego dłużnika. Takie stanowisko oparte zostało między innymi na badaniach, z których wynika, że podejmując drugą próbę prowadzenia działalności gospodarczej, przedsiębiorcy mają zwykle większe szanse na sukces. Potwierdzenie kontynuowania przez unijnego ustawodawcę opisanej polityki stanowi projekt dyrektywy dotyczącej ram prawnych restrukturyzacji zapobiegawczej, drugiej szansy i środków zwiększających skuteczność postępowań restrukturyzacyjnych, upadłościowych i w zakresie umorzenia oraz zmieniającej dyrektywę 2012/30/UE z dnia 23 listopada 2016 r.⁵⁸ Niestety, konstruując nowe przesłanki wszczęcia postępowań restrukturyzacyjnych, polski ustawodawca pominął, że realizacja tak postawionego celu w praktyce wymaga stworzenia dla przedsiębiorców nie tylko odpowiednich procedur jako takich, ale i zapewnienia im jasności co do tego, kiedy mogą i kiedy powinni z tych procedur skorzystać.

Na tle nowych przepisów ani w judykaturze, ani w doktrynie nie wypracowano dotychczas kompleksowych zasad oceny stanów kwalifikowanych jako przesłanki wszczęcia postępowań insolwencyjnych, w tym zagrożenia niewypłacalności jako przesłanki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego. Jak starano się wykazać wyżej, w procesie badania tej ostatniej warto skorzystać z doświadczeń niemieckich. Jakkolwiek niemieckie przepisy odnośnie do przesłanek otwarcia postępowań insolwencyjnych są odmienne od polskich i poszczególne przesłanki uregulowane w niemieckiej ustawie o niewypłacalności nie stanowią prostych odpowiedników przesłanek występujących w prawie polskim, to wykorzystanie pewnych koncepcji, w tym w szczególności prognozy kontynuowania działalności przez dłużnika na cele oceny jego zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań, jest możliwe i zasadne.

⁵⁷ C(2014) 1500 final.

⁵⁸ COM(2016) 723 final.

BIBLIOGRAFIA

- Błaszczak P.: *Koncepcja „biznesowej oceny sytuacji” na tle prawa polskiego (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, Państwo i Prawo 2012, z. 3, s. 75–88.
- Bork R.: *Einführung in das Insolvenzrecht*, 7. Aufl., Tübingen 2014.
- Bremen M. (w:) *InsO Kommentar zur Insolvenzordnung*, Hrsg. M.-L. Graf-Schlicker, 4. Aufl., Köln 2014, s. 148–151.
- Bußhardt H. (w:) *InsO Insolvenzordnung. Kommentar*, Hrsg. E. Braun, 7. Aufl., München 2017, s. 144–148.
- Eidenmüller H. (w:) *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: InsO*, Bd. 3, Hrsg. H.P. Kirchhof, R. Stürner, H. Eidenmüller, H.P. Kirchhof, R. Stürner, H. Eidenmüller, München 2016, Vor §§ 217–269 nb 12.
- Filipiak P. (w:) *System prawa handlowego*, t. 6, *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, pod red. A. Hrycaj, A. Jakubeckiego, A. Witosza, Warszawa 2016, s. 680–704.
- Filipiak P. (w:) *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, pod red. P. Filipiak, A. Hrycaj, LEX 2016, s. 78–110.
- Ganter H.G.: *Die Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung an eine zuverlässige Fortführungsprognose bei der Sanierungsprüfung*, Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2014, s. 673–679.
- Ganter H.G., Lohmann I. (w:) *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: InsO*, Bd. 2, Hrsg. H.P. Kirchhof, R. Stürner, H. Eidenmüller, München 2016, § 1 nb 85.
- Gurgul S.: *Prawo upadłościowe. Komentarz*, wyd. 11, Legalis 2017.
- Hess H.: *Sanierungshandbuch*, 4. Aufl., Köln 2009.
- Kirchhof H.-P. (w:) *Insolvenzordnung*, Hrsg. G. Kreft, 6. Aufl., Heidelberg 2011, s. 188–203.
- Kowalewski O., Kwaśnicki R.L.: *Tysiące „ustawowych bankrutów” — uwagi na tle PrUpadNaprz odnośnie do terminu „niewypłacalność”*, Monitor Prawniczy 2007, nr 20, s. 1136–1138.
- Krawczyk A.: *Skuteczność powołania się na business judgment rule dla obrony pozwanego w procesie z art. 299 ustawy z 15.09.2000 r. — Kodeks spółek handlowych*, Przegląd Sądowy 2016, nr 5, s. 96–104.
- Kubiczek M., Sokół B.: *Metodyka badania płynnościowej przesłanki niewypłacalności w świetle jej prawnej definicji*, Doradca Restrukturyzacyjny 2016, nr 1, s. 104–115.
- Lüer H.J., Streit G. (w:) *Insolvenzordnung: InsO. Kommentar*, Hrsg. W. Uhlenbruck, 14. Aufl., München 2015, s. 2455–2460.
- Osajda K.: *Uwagi o pojęciu niewypłacalności w świetle nowelizacji prawa upadłościowego*, Przegląd Prawa Handlowego 2016, nr 1, s. 11–16.
- Piekenbrock A.: *Die Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund in Europa*, Zeitschrift für Insolvenzrecht 2017, s. 333–363.

- Rüntz S. (w:) *Insolvenzordnung*, Hrsg. G. Kayser, C. Thole, 8. Aufl., Heidelberg 2016, s. 203–209.
- Schmidt K. (w:) *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, Hrsg. K. Schmidt, W. Uhlenbruck, 4. Aufl., Köln 2009, s. 687–688.
- Smid S., Rattunde R., Martini T.: *Der Insolvenzplan*, 4. Aufl., Stuttgart 2015.
- Undritz S.-H. (w:) *Insolvenzordnung: InsO*, Hrsg. K. Schmidt, 19. Aufl., München 2016, s. 1957–1971.
- Witosz A.J. (w:) *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, pod red. A. Torbus, A.J. Witosza, A. Witosza, LEX 2016, s. 29–31.
- Witosz A.J. (w:) *Prawo upadłościowe. Komentarz*, pod red. A.J. Witosza, LEX 2017, s. 80–96.
- Witosz A.J., Witosz A. (w:) *System prawa handlowego*, t. 6, *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, pod red. A. Hrycaj, A. Jakubeckiego, A. Witosza, Warszawa 2016, s. 616–619.

Słowa kluczowe: niewypłacalność, zagrożenie niewypłacalnością, restrukturyzacja, zdolność do wykonywania wymagalnych zobowiązań, prognoza kontynuowania działalności przez dłużnika

ALEKSANDRA KRAWCZYK-GIEHSMANN,
LL.M. CORP. RESTRUC.

EXAMINATION OF THE IMMINENT INSOLVENCY TAKING
INTO ACCOUNT GERMAN RESTRUCTURING LAW

S u m m a r y

Imminent insolvency constitutes a ground to open restructuring proceedings. Although the respective provisions have been amended, there are still doubts as to how insolvency should be understood and how to determine in practice whether an entrepreneur is faced with imminent insolvency. Before these doubts will be cleared up by jurisprudence and legal doctrine, it is worth to examine some solutions known to other legal systems, in particular the German one. Insolvency grounds in both legal systems are different, however, some concepts, in particular regarding forecast for continuation of the debtor's enterprise, may be successfully applicable also in the Polish restructuring law.

Keywords: insolvency, imminent insolvency, restructuring, inability to meet mature obligations, forecast for continuation of the debtor's enterprise