

## **Mediacja jako alternatywa dla postępowań upadłościowych**

**Aktualnie w Polsce funkcjonuje restrykcyjny model instytucji upadłości minimalnie ingerujący w mechanizmy rynkowe.** Zgodnie z zadeklarowanym w prawie upadłościowym w Polsce celem instytucji upadłości jest:

- zaspokojenie wierzycieli niewypłacalnego dłużnika (funkcja windykacyjna),
- niedopuszczenie do dalszych niewypłacalności, które są następstwem niepłacenia zobowiązań przez niewypłacalnego dłużnika (funkcja profilaktyczna),
- kształcenie wśród przedsiębiorców określonych wzorów zachowań, które można określić jako postawę rzetelnego przedsiębiorcy (funkcja wychowawcza),
- w ograniczonym stopniu – funkcja oddłużeniowa.

Skutkiem przyjęcia restrykcyjnego modelu instytucji upadłości jest niedostosowana do realiów życia gospodarczego definicja upadłości, stanowiąca „wąskie gardło”, a także rozbudowany system sankcji, również karnych. Dodatkowo wskazać należy, że badania funkcjonowania sankcji karnych grożących za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, wykazują ich nieskuteczność – nie przyczyniają się one ani do terminowego składania wniosków o ogłoszenie upadłości (częściowo z braku świadomości ich istnienia u przedsiębiorców), ani do skuteczności postępowań upadłościowych. Poniżej przedstawiono sankcje za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w odpowiednim terminie. Sankcje te, a przede wszystkim ich szeroki wybór, przesądzają o restrykcyjnym modelu postępowań upadłościowych w Polsce.

Na obecnym etapie rozwoju instytucjonalnego sądownictwa, możliwym do wdrożenia w praktyce jest **pośredni model instytucji upadłości z ograniczoną interwencją państwa w gospodarkę, pozostawiający luz decyzyjny sędziemu w podjęciu decyzji o ogłoszeniu upadłości przedsiębiorcy, w szczególnych przypadkach, podyktowanych sytuacją finansową czy względami społecznymi.** Model ten powinien stanowić etap przejściowy do wdrożenia **modelu opartego na polityce drugiej szansy, w którym państwo udzielałoby ograniczonej pomocy przedsiębiorcom w kryzysie.** W czasach niepewności i niestabilności potrzebne są rozwiązania prawne na „pogodę” i „niepogodę”, a te może zapewnić model

---

<sup>1</sup> dr Sylwia Morawska jest pracownikiem naukowym w Katedrze Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw Kolegium Nauk o Przedsiębiorstwie SGH oraz ekspertem w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury

instytucji upadłości oparty na polityce drugiej szansy, z licznymi opcjami restrukturyzacyjnymi, pozostawiający luz decyzyjny sędziemu, podejmującemu decyzję o ogłoszeniu upadłości przedsiębiorcy na podstawie dokonanej w konkretnym przypadku analizy finansowej przedsiębiorstwa z uwzględnieniem jej społeczno-ekonomicznych skutków. Odstąpienie od automatyzmu prawnego na rzecz analizy ekonomicznej (prowadzonej indywidualnie dla każdego przypadku) umożliwi elastyczne reagowanie w sytuacjach szczególnych, podyktowanych interesem ekonomicznym lub społecznym. W celu zapewnienia wdrożenia opartego na polityce drugiej szansy modelu instytucji upadłości do praktyki sądowej należy w okresie przejściowym zapewnić budowę infrastruktury upadłości (platforma upadłościowa, system pomocy na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorców zagrożonych, fundusz złych długów). Zarówno w modelu pośrednim, jak i opartym na polityce drugiej szansy, należy zapewnić sądowi możliwość skierowania sprawy w pierwszej kolejności do mediacji, w celu uzgodnienia kompromisu pomiędzy dłużnikiem a wierzycielami co do spłaty zobowiązań.

Okres przejściowy jest niezbędny z uwagi na fakt, że na obecnym etapie wdrożenie do praktyki sądowej modelu opartego na polityce drugiej szansy jest niemożliwe z powodu niewydolności organizacji sądownictwa powszechnego, w szczególności jego biurokratycznej struktury oraz niechęci sędziów do podejmowania tak ważkich z punktu widzenia gospodarki decyzji. Sędziowie wolą stosować prawo niż je tworzyć. Sędzia, orzekając o upadłości lub oddalając wniosek o ogłoszenie upadłości, w sytuacji gdy decyzja ta okaże się niekorzystna z punktu widzenia przedsiębiorcy, czy gospodarki zasłoni się w razie potrzeby obowiązującym prawem, niedającym mu swobody do podjęcia decyzji skutecznej, właściwej w danym wypadku. W wielu przypadkach sędziowie odczuwający potrzebę podjęcia decyzji słusznej i sprawiedliwej podejmują ryzyko działania na krawędzi prawa. Jednak takie działanie może rodzić dla nich skutki niekorzystne. W Polsce sędziego rozlicza się przede wszystkim ze stosowania prawa, a nie z rezultatów podjętych decyzji. Model pośredni, a tym bardziej oparty na polityce drugiej szansy może umożliwić sędziom podejmowanie decyzji słusznych z punktu widzenia ekonomicznego, a także wyznaczyć kierunek zmian organizacji wymiaru sprawiedliwości z biurokratycznej na zorientowaną na wyniki.

Zarówno w modelu pośrednim, jak i opartym na polityce drugiej szansy, należałoby zrezygnować z odpowiedzialności karnej za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Rezygnacja z sankcji karnych wpisuje się w założenia wynikające z Komunikatu Komisji Europejskiej z 5 października 2007 r. – *W jaki sposób przewyciężyć piętno porażki poniesionej w działalności gospodarczej – działania na rzecz polityki drugiej szansy.*

*Realizacja partnerstwa lizbońskiego na rzecz wzrostu gospodarczego i zatrudnienia*<sup>2</sup>, zalecające rozróżnianie przedsiębiorców, których niewypłacalność jest wynikiem nieuczciwej aktywności od przedsiębiorców, którzy popadli w stan niewypłacalności na skutek np. kryzysu finansowego czy gospodarczego. Sankcje karne jednakowo traktujące przedsiębiorców za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości postrzegane są jako wysoce niesprawiedliwe. To rozwiązanie jest wynikiem prostego przeniesienia art. 301 i 483 kodeksu handlowego do kodeksu spółek handlowych. Art. 301 kh i 483 kh dotyczył sytuacji, gdy przedsiębiorca nie poddał się procedurze wynikającej z prawa upadłościowego z 1934 r. Według art. 5 § 1 prawa upadłościowego z 1934 r. przedsiębiorca zobowiązany był do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, chyba że wniósł podanie o otwarcie postępowania układowego. Procedura układowa z 1934 r. przeznaczona była dla przedsiębiorców, którzy wskutek wyjątkowych i niezależnych od nich okoliczności zaprzestali płacenia długów.

Dodatkowo wskazać należy, że w przypadku odpowiedzialności cywilnoprawnej złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w odpowiednim terminie zwalnia członków zarządu z odpowiedzialności za zobowiązania spółki (cywilnoprawne<sup>3</sup> i publicznoprawne<sup>4</sup>). Nie ma tu znaczenia przyczyna stanu niewypłacalności. Wystarczy złożenie wniosku nawet przy celowym doprowadzeniu spółki do niewypłacalności, aby zwolnić członków zarządu z odpowiedzialności za długi spółki. Rekomendacja zakładająca likwidację sankcji karnych za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości zbieżna jest z założeniami projektu ustawy o ograniczeniu prawa karnego w obrocie gospodarczym z 1 marca 2012 r., gdzie zaproponowano uchylenie art. 586 ksh i konsekwentnie art. 128 i 129 ustawy z dnia 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej. W uzasadnieniu wskazano na konieczność likwidacji typów czynów zabronionych zbędnych dla zapewnienia efektywnej ochrony obrotu gospodarczego. Rozwiązanie to jest zgodne z zasadą sybsydiarności prawa karnego, nazywanej też zasadą jego *ultima ratio*, która najogólniej postrzegana bywa jako konieczność stosowania prawa karnego jako ostateczności, kiedy pozostałe sposoby reakcji okażą się nieskuteczne<sup>5</sup>. W ocenie teoretyków prawa karnego poziom punitywności obowiązującego prawa karnego w Polsce nie należy do niskich.

---

<sup>2</sup> KOM (2007) 584, wersja ostateczna.

<sup>3</sup> Art. 299 ksh ustawa z dnia 15 września 2000 r. (Dz. U., nr 94, poz. 1037 ze zm.).

<sup>4</sup> Art. 116 Ordynacji podatkowej ustawa z 29 sierpnia 1997 r. (Dz. U., nr 749 z 2012 r., tekst jednolity ze zm.).

<sup>5</sup> S. Żółtek, *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady sybsydiarności*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, s. 19.

Wysoka punitywność jest konsekwencją poglądu, iż prawo karne jest w tym względzie *prima ratio*, zaś niska – *ultima ratio*.

W obecnym stanie prawnym system sankcji nie motywuje menedżera do wczesnego reagowania na negatywne sygnały finansowe, na zagrożenie niewypłacalnością, utratę płynności finansowej, gdyż nie jest on postrzegany jako rzeczywiste ryzyko prawne. Jedynie wprowadzenie pozytywnych bodźców do systemu prawnego przyczyni się do zwiększenia pewności obrotu i ocalenia wartościowych przedsiębiorstw funkcjonujących na rynku, które z powodu czynników zewnętrznych od nich niezależnych, popadły w trudności finansowe. Niezależnie od stopnia penalizacji i surowości kar przewidzianych w prawie karnym, system nie spełnia swojej roli, jeżeli nie wynikają z tego oczywiste korzyści materialne dla wierzycieli. Natomiast zbyt rygorystyczny system sankcji może mieć negatywny wpływ na rozwój przedsiębiorczości, w szczególności może sprzyjać negatywnym metodom manipulacji ryzykiem tzn. prowadzić do unikania ryzyka przez menedżerów.

Należy jednak rozważyć wzmocnienie instytucjonalne ścigania czynów polegających na umyślnym doprowadzeniu do niewypłacalności lub do ogłoszenia upadłości. Konieczna jest również rezygnacja z automatyzmu przepisów uwalniających z odpowiedzialności cywilnoprawnej (zawartych w art. 299 ksh) w przypadku umyślnego doprowadzenia do niewypłacalności lub ogłoszenia upadłości. Wzmocnienie instytucjonalne sankcji karnych za umyślne doprowadzenie do niewypłacalności lub do ogłoszenia upadłości wpisywałoby się w założenia wynikające z Komunikatu Komisji Europejskiej z 5 października 2007 roku<sup>6</sup>. Wskazują one na konieczność różnicowania przedsiębiorców, których niewypłacalność miała miejsce z powodu **działań niezgodnych z prawem**, z uwagi na czyjąś nieodpowiedzialność, czy też z przyczyn, które **nie leżą** w sposób oczywisty po stronie właściciela bądź kierownika, tj. doszło do niego w sposób **uczciwy**. Optymalny model odpowiedzialności menedżerów za działanie na szkodę wierzycieli powinien preferować odpowiedzialność cywilnoprawną, a jedynie subsydiarnie posługiwać się sankcjami karnymi. Zaklinanie rzeczywistości w paragrafy, poprzez tworzenie sankcji karnych, które ze względu na nieprzygotowane otoczenie instytucjonalne (policja, prokuratura) oraz jednakowe traktowanie nieuczciwych przedsiębiorców, jak i tych popadających w trudności finansowe na skutek zmiany koniunktury gospodarczej (w odczuciu przedsiębiorców niesprawiedliwe), nie są w praktyce

---

<sup>6</sup>W jaki sposób przezwyciężyć piętno porażki poniesionej w działalności gospodarczej – działania na rzecz polityki drugiej szansy. Realizacja partnerstwa lizbońskiego na rzecz wzrostu gospodarczego i zatrudnienia, KOM (2007) 584, wersja ostateczna.

egzekwowane, a przez to wywołują odwrotny skutek: brak poszanowania dla prawa tworzącego reguły gry.

Model sądownictwa powszechnego, gospodarczego nie sprawdza się w praktyce. Wymaga on, w okresie przejściowym, zmiany systemowej. Należy rozważyć powołanie w sądach okręgowych specjalistycznych wydziałów handlowych (sądy handlowe) obsługujących sprawy gospodarcze z wydzielonym pionem sądownictwa upadłościowego. Rozpatrywanie w tej kategorii spraw powinno odbywać się z udziałem ławników, mianowanych przez ministra sprawiedliwości, zaproponowanych przez organizacje przedsiębiorców. Postępowanie przed sądami handlowymi należałoby poprzedzić arbitrażem przed sądami arbitrażowym z obowiązkowym udziałem w charakterze mediatora doradcy restrukturyzacyjnego. W chwili obecnej brak jest specjalistów mogących realizować zadania doradcy restrukturyzacyjnego (w obecnym stanie prawnym zadanie egzaminu państwowego na syndyka umożliwia również sprawowanie funkcji zarządcy czy też nadzorcy sądowego – odpowiednik, lecz nie do końca, doradcy restrukturyzacyjnego). W proponowanych przedsądowych postępowaniach mediacyjnych jego rola jest nie do przecenienia, szczególnie, że większość polskich przedsiębiorców to mikroprzedsiębiorcy, których po pierwsze nie stać na wynajęcie profesjonalisty, a po drugie sami nie zawsze są w stanie zawrzeć układ z wierzycielami. Przedsiębiorcy powinni sami decydować o wyborze doradcy restrukturyzacyjnego, a państwo powinno go współfinansować. Przy czym dłużnik powinien mieć zapewnioną możliwość złożenia wniosku o upadłość likwidacyjną, bez możliwości skorzystania z drogi prowadzącej do restrukturyzacji zadłużenia czy też przedsiębiorstwa. W sprawach o wyższej wartości sporu mediacja byłaby obligatoryjna, podczas, gdy w sprawach o mniejszej wartości – dobrowolna. Przedmiotem mediacji byłby dwie propozycje układowe. Po pierwsze – odroczenie lub rozłożenie na raty należności z określonym terminem zawieszenia dochodzenia roszczeń. Po drugie – częściowe zaspokojenie zobowiązań z odstąpieniem od dochodzenia pozostałej części wierzytelności (oddłużenie). Zakończone postępowanie mediacyjne nie zamykałoby przedsiębiorcy drogi do sądu, a zatem do dalszej restrukturyzacji z możliwością uzyskania uprzywilejowania tego z wierzycieli, który udzieliłby mu poręczenia lub kredytu. Pomoc ta polegałaby na ułatwieniu dłużnikom restrukturyzacji zadłużenia i reorganizacji przedsiębiorstw z jednoczesnym zawieszeniem ich zobowiązań wobec wierzycieli.