

FRYDERYK ZOLL

CZY NIEMIECKIE PRAWO UPADŁOŚCIOWE POWINNO BYĆ WZOREM DLA POLSKIEGO USTAWODAWCY?

1. CELE REFORMY NIEMIECKIEGO PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO (SPOJRZENIE PRZED SPODZIEWANĄ REFORMĄ POLSKIEGO PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO)

Potrzeba reformy prawa upadłościowego i układowego w Polsce nie powinna być podawana w wątpliwość. Obecnie obowiązujące dwie podstawowe ustawy dotyczące prawa o niewypłacalności, czyli prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowym wykazują braki i niespójności, które prowadzą do tego, że obie procedury ani nie chronią odpowiednio wierzycieli, ani nie są korzystne dla dłużnika. Oznacza to tym samym, bo inaczej być nie może, marnotrawienie środków, czy to państwa, czy to uczestników postępowania. Niewydajność tych procedur skłania do poszukiwań nowych rozwiązań i koncepcji. W szczególności atrakcyjna dla wielu wydaje się reforma przeprowadzona w Niemczech, wzorowana na rozwiązaniach amerykańskich¹. Zafascynowanie koncepcją nowego niemieckiego porządku upadłościowego może mieć po części swoje uzasadnienie. Choćby takie, że pożądana jest stopniowa harmonizacja prawa polskiego z porządkami prawnymi Zachodu – nie tylko ze względu na przyszłe członkostwo Polski we Wspólnocie, ale również dlatego, że korzystne jest tworzenie znanych obcym inwestorom i tym samym bezpiecznych warunków prawa składającego się na porządek gospodarczy naszego państwa. Radykalizm niemieckiej reformy skłania jednak do pewnej ostrożności. Czy rzeczywiście ustawodawca wykorzystał w wystarczającym stopniu instrumenty, pozwalające uczynić polskie prawo regulujące niewypłacalność efektywniejszym? Pozostaje również otwartą kwestia czy prawo niemieckie wprowadziło takie instrumenty, które umożliwiają usunięcie przyczyn niewydolności postępowań regulujących niewypłacalność. Dalszym problemem jest to, czy pewne konstrukcje, które być może mogą sprawdzić się w Niemczech, będą funkcjonowały w Polsce z uwagi na znacznie uboższą

* W „Studiach Prawniczych” 2001 nr 2 ukaże się kolejny artykuł autorstwa Fryderyka Zolla, *Czy austriackie prawo dotyczące niewypłacalności może stanowić wzór dla polskiego ustawodawcy?*

¹ Zob. np. J. Brol, *Propozycje do założeń nowego prawa upadłościowego i układowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” („PPH”) 2000, nr 6, s. 11 i n.

infrastrukturę, którą mają do dyspozycji polskie sądy upadłościowe, a także np. syndycy. Istnieje jeszcze jedna kwestia zasadniczej natury – polskie prawo upadłościowe i, w mniejszym stopniu, prawo układowe były niezwykle starannie przemyślanymi konstrukcjami legislacyjnymi. Przyjęte tam rozstrzygnięcia wyrażały potrzebę ochrony określonych interesów, czy zamiar unikania poszczególnych niebezpieczeństw (np. takich, które mogą się wiązać z zakreśleniem zbyt szerokich ram dla tzw. autonomii wierzycieli). Punktem wyjścia jest jednak sprawdzenie, czy niemiecka reforma pozwoliła na osiągnięcie celów, dla których podjęto tak znaczny wysiłek legislacyjny. Jest oczywiste, że taka ocena z perspektywy niepełnych dwóch lat jest przedwczesna i nie pozwala jeszcze na wykrycie wielu prawidłowości, które być może w przyszłości okażą się charakterystyczną cechą tego prawa. Niemniej jednak należy również zweryfikować poprawność, z punktu widzenia polskiego porządku prawnego, założonych celów, a przynajmniej środków, które mają umożliwiać osiągnięcie tych celów.

Jedną z podstawowych przyczyn niewłaściwego funkcjonowania prawa upadłościowego w Niemczech było niedokapitalizowanie majątku, przede wszystkim małych i średnich przedsiębiorstw, tak daleko idące, iż około 75 do 80% wszystkich wniosków o ogłoszenie upadłości musiało zostać oddalonych z powodu ubóstwa masy². Przyczyną takiego stanu rzeczy jest to, że w przypadku grupy małych i średnich przedsiębiorstw przeważnie jedynie maksymalnie 20%, a nierzadko 5% środków przedsiębiorcy to jego własny kapitał, zaś reszta to kapitał tak czy inaczej skredytowany. Znakomitą większość kapitału zakładowego stanowią przeszacowane aporty³. Z tą okolicznością wiąże się zaś inna – znaczna część składników majątku dłużnika jest obciążona różnymi rodzajami zabezpieczeń wierzytelności, co w większości wypadków uniemożliwia zaspokojenie zwykłych (nie zabezpieczonych) wierzycieli, a także wyklucza jakiegokolwiek działania zmierzające do sanowania przedsiębiorstwa⁴. Jednym z celów reformy było zatem stworzenie warunków do przyspieszenia składania wniosków o wszczęcie postępowania niewypłacalnościowego⁵. Chodziło jednak także o umożliwienie obniżenia kosztów takiego postępowania, jak również o ograniczenie uprawnień zabezpieczonych rzeczowo wierzycieli⁶.

Drugą okolicznością uzasadniającą potrzebę reformy był zanik funkcjonowania w praktyce postępowania układowego⁷. Postępowanie upadłościowe,

² H.P. Kirchof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, Berlin 1998, s. 14; S. Smid, *Grundzüge des neuen Insolvenzrechts*, München 1999, s. 9.

³ H.P. Kirchof, *Leitfaden...*, op. cit., s. 14–15.

⁴ S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 10; zob. S. Schlegel, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungshypothek unüberwindbare Hindernisse einer Betriebsfortführung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter*, „Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts – und Insolvenzrecht” („DZWIR”) 2000, nr 3, s. 94.

⁵ H.P. Kirchof, *Leitfaden...*, op. cit., s. 15; J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung – Erste Praxiserfahrungen mit dem neuen Recht*, „BetriebsBerater” („BB”) 2000, nr 1, s. 1; W. Breuer, *Das neue Insolvenzrecht*, München 1998, s. 3; S. Smid, *Das neue Insolvenzrecht-Probleme, Widersprüche, Chancen*, „BB” 1999, nr 1, s. 1.

⁶ W. Breuer, *Das neue Insolvenzrecht*, op. cit., s. 3.

⁷ S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 13.

rozumiane jako „egzekucja uniwersalna”, nie daje możliwości zastosowania rozmaitych rozwiązań, które mogą prowadzić do ratowania przedsiębiorstwa, chroniąc je przed automatyczną, nieuchronną likwidacją, prowadzącą do „unicestwienia wartości” przedsiębiorstwa⁸. Przez stworzenie szansy ratowania przedsiębiorstwa, chciano również pośrednio chronić miejsca pracy⁹. W celu odpowiedniego uelastycznienia postępowania zniesiono więc podział na postępowanie upadłościowe i układowe, kombinując obie procedury w ramach jednego postępowania¹⁰. Aby umożliwić przeprowadzenie różnych projektów, czy to sanacyjnych, czy to mających na celu wybór takiego sposobu likwidacji, który stwarza największe szanse zaspokojenia wierzycieli, ustawodawca niemiecki zdecydował się na znaczącą „deregulację” postępowania oraz na zwiększenie zakresu autonomii wierzycieli¹¹.

Wpływ prawodawstwa amerykańskiego, przede wszystkim koncepcji leżących u podstaw *Chapter 11 US Bankruptcy Code*, spowodował modyfikację głównego celu postępowania niewypłacalnościowego, jakim była optymalizacja zaspokojenia wierzycieli – obok ochrony interesu wierzycieli zaznacza się silniej koncepcja ochrony dłużnika i umożliwienia mu uzyskania szansy na „nowy początek”¹². Jest to trzecia i najbardziej wartościowa racja niemieckiego *Insolvenzordnung*. Fakt, że ukończenie postępowania nie oznaczało dla dłużnika, nawet w perspektywie, uwolnienia się od ciążących na nim długów, wyrzucał go na margines społeczeństwa i praktycznie uniemożliwiał podjęcie normalnej działalności zarobkowej. Był to efekt zarówno gospodarczo, jak i etycznie niepożądany. Stąd też koncepcje wprowadzenia postępowania uwalniającego od długów. Chodzi tu przy tym zarówno o konsumentów, dla których przewidziano odrębne reguły postępowania, jak i o prowadzące działalność gospodarczą osoby fizyczne.

2. SPOSÓB REALIZACJI ZAMIERZONYCH CELÓW W ROZWIĄZANIACH LEGISLACYJNYCH ZAWARTYCH W *INSOLVENZORDNUNG*¹³

2.1. Przeciwdziałanie ubóstwu masy

W celu przeciwdziałania zjawisku „ubóstwa” masy zdecydowano się na rozszerzenie przedmiotowej przesłanki upadłościowej¹⁴. W myśl § 18 po-

⁸ Ibidem, s. 13.

⁹ P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 15.

¹⁰ S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 13; idem, *Das neue Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 2.

¹¹ Ibidem, s. 13–14.

¹² Odnośnie do głównych idei amerykańskiego prawa upadłościowego, zob. M.J. Herbert, *Understanding Bankruptcy*, New York–San Francisco 1997, s. 51–52; S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 11–12. Por. H. Ehlers, *Amerikanische Erfahrungen mit „Chapter 11” und die Insolvenzrechtsreform*, „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” („ZIP”) 1998, nr 48, s. 2025.

¹³ O celach niemieckiego postępowania niewypłacalnościowego w literaturze polskojęzycznej pisał H.G. Landfermann, *Najważniejsze problemy niemieckiego prawa o niewypłacalności* (w:) J. Brol, *Niemieckie prawo insolvencyjne*, Warszawa 1996, s. 17 i n.

¹⁴ W. Breuer, *Das neue Insolvenzrecht*, op. cit., s. 2.

stępowanie niewypłacalnościowe, ale tylko na wniosek dłużnika, może zostać wszczęte również wtedy, gdy dłużnikowi grozi niewypłacalność. Dodatkowym bodźcem dla dłużnika do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest w myśl § 286 *Insolvenzordnung*¹⁵ możliwość złożenia wniosku o oddłużenie. Ustawodawca wprowadził również regulację polepszającą sytuację wierzyciela, który wpłacił zaliczkę na pokrycie kosztów postępowania; może on żądać jej zwrotu od osób, które były zobowiązane do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, ale nie złożyły go w terminie (§ 26 ust. 3 *Insolvenzordnung*). Kolejną zmianą o podstawowym znaczeniu była rezygnacja z zaspokajania w uprzywilejowany sposób szczególnych rodzajów wierzytelności. Na gruncie *Konkursordnung* przywileje te dotyczyły roszczeń pracowniczych oraz roszczeń z tytułu ubezpieczenia społecznego. Następnie objęły one także roszczenia wynikające z zakładowych planów socjalnych¹⁶. Obecnie przywileje upadłościowe dla poszczególnych wierzytelności zostały definitywnie zniesione¹⁷, przy zachowaniu jednak zasadniczego podziału na wierzytelności upadłościowe i masy¹⁸. Zwalczaniu ubóstwa masy służy również włączenie do masy składników nabytych przez syndyka lub przez dłużnika po wszczęciu postępowania (§ 35 *Insolvenzordnung*)¹⁹. Dla osiągnięcia tego samego celu rozszerzono możliwość ubezpieczniania czynności dokonanych z pokrzywdzeniem wierzycieli, głównie w drodze przedłużenia terminów i złagodzenia dla skarżącego ciężaru dowodu (§ 130–132 *Insolvenzordnung*)²⁰. Kolejne środki legislacyjne mające na celu zwalczanie ubóstwa masy polegały na ograniczeniu praw wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo. W § 51 pkt 1 potwierdzono to, co na gruncie *Konkursordnung* było dorobkiem orzecznictwa – a mianowicie, że przełączenie na zabezpieczenie i cesja na zabezpieczenie nie pozwalają uprawnionemu na wyłączenie przedmiotu zabezpieczenia z masy, a stwarzają jedynie dla niego prawo odrębności (§ 51 pkt 1 *Insolvenzordnung*)²¹. Ustawa przyznaje przy tym syndykowi prawo do pobrania odpowiedniego

¹⁵ Ibidem, s. 3.

¹⁶ Plan socjalny definiowany jest w § 112 *Betriebsverfassungsgesetz* jako porozumienie między pracodawcą a radą zakładową o wyrównaniu lub łagodzeniu niekorzystnych następstw dla pracowników, wynikłych z przekształceń zakładu pracy. Zob. H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 17.

¹⁷ Od tego są jednak pewne wyjątki, dotyczące roszczeń klientów banku z tytułu rachunku papierów wartościowych, roszczeń uprawnionych z tytułu listów zastawnych oraz roszczeń ubezpieczonych w stosunku do funduszu rezerw premialnych (*Pramienreservefond*) – zob. W. Zimmermann, *Insolvenzrecht*, Heidelberg 1998, s. 52.

¹⁸ H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 17.

¹⁹ W. Breuer, *Das neue Insolvenzrecht*, op. cit., s. 3.

²⁰ Zob. zestawienia dotyczące starego i nowego prawa – H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 74; także W. Henckel, *Altes und Neues zur Glaubigeranfechtung im Konkurs* (w:) *50 Jahre Bundesgerichtshof*, tom III, München 2000, s. 785 i n.; S. Smid, *Das neue Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 5.

²¹ O historii orzecznictwa w tej sprawie zob. R. Serick, *Aussonderung, Absonderung und Sicherungstreuhand in einer – abgebrochenen – Bilanz* (w:) *50 Jahre Bundesgerichtshof*, op. cit., s. 741 i n.

ryczałtu z tytułu kosztów ustalenia wartości i spieniężenia przedmiotu zabezpieczenia²². Jednocześnie ustawa wprowadza mechanizmy chroniące zabezpieczonego wierzyciela przed opóźnianiem przez syndyka spieniężenia przedmiotu zabezpieczenia, w postaci przyznania wierzycielowi roszczenia o odsetki (§ 169 *Insolvenzordnung*)²³.

Przed nadmiernymi kosztami postępowania i tym samym nadmiernym zubożeniem masy chroni wprowadzona w § 270 i nast. instytucja samodzielnego zarządu masą przez dłużnika pod kontrolą nadzorcy (*Sachwalter*), który ma roszczenie jedynie o połowę wynagrodzenia (§ 12 *Insolvenzverwaltervergütungsordnung*)²⁴.

Przeciwdziałaniu zubożenia majątku dłużnika jeszcze na etapie postępowania w sprawie otwarcia postępowania niewypłacalnościowego służy rozbudowana regulacja, dotycząca możliwych zarządzeń zabezpieczających majątek dłużnika. Zgodnie z § 21 ust. 1 *Insolvenzordnung* sąd upadłościowy jest uprawniony do podjęcia wszelkich środków, które uważa za stosowne, w celu zapobieżenia niekorzystnym dla wierzycieli zmianom w majątku dłużnika do czasu rozstrzygnięcia w sprawie otwarcia postępowania niewypłacalnościowego. Ust. 2 tego przepisu zawiera przykładowy²⁵ katalog środków znajdujących się w dyspozycji sądu. Sąd może zatem:

- ustanowić tymczasowego syndyka;
- nałożyć na dłużnika ogólny zakaz rozporządzania majątkiem lub zarządzić, że rozporządzenia dłużnika wymagają dla swojej skuteczności zgody tymczasowego syndyka;
- zabronić wszczynania postępowania egzekucyjnego przeciwko dłużnikowi oraz tymczasowo je umorzyć, o ile postępowanie to nie dotyczy nieruchomości;
- zarządzić, iż korespondencja adresowana do dłużnika nie będzie przekazywana do jego rąk, ale do rąk tymczasowego syndyka (*Postsperre*);
- zarządzić aresztowanie dłużnika, gdy inne środki okażą się niewystarczające (§ 21 ust. 3).

Uprawnienia tymczasowego syndyka zostały uregulowane w § 22 *Insolvenzordnung*. Z przepisu tego wynika, że sąd ma do dyspozycji dwa sposoby ukształtowania pozycji tymczasowego syndyka w postępowaniu. Może to być syndyk tymczasowy wyposażony w pełnię uprawnień (§ 22 ust. 1) lub syndyk tymczasowy o ograniczonych uprawnieniach (§ 22 ust. 2)²⁶. Syndyk tymczasowy wyposażony jest w pełnię uprawnień wtedy, gdy sąd jednocześnie

²² J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 2.

²³ Zob. S. Schlegel, *Eigentumsvorbehalt...*, op. cit., s. 96.

²⁴ W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 124.

²⁵ E. Kießling, B. Singhof, *Verfügungsbeschränkungen in der vorläufigen Insolvenz – insbesondere zu Grundlagen und Wirkungen besonderer Verfügungsverbote und Zustimmungsvorbehalte*, „DZWIR” 2000, nr 9, s. 353.

²⁶ H.P. Kirchof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 35 i n. oraz s. 38.

orzeknie o ogólnym zakazie rozporządzania majątkiem²⁷. Jeżeli natomiast sąd nie wprowadzi ogólnego zakazu zbywania majątku, musi sam określić zakres obowiązków i uprawnień syndyka tymczasowego, z tym ograniczeniem, że nie mogą być one szersze, niż ma to miejsce w przypadku syndyka tymczasowego o pełnych uprawnieniach.

2.2. Autonomia wierzycieli i deregulacja postępowania

Druga grupa innowacji dotyczy „uelastycznienia” postępowania oraz wzmocnienia autonomii wierzycieli²⁸. Zgromadzenie wierzycieli stało się jednym z podstawowych organów działających w trakcie postępowania niewypłacalnościowego. Jest to organ obowiązkowy – zgromadzenie wierzycieli musi być zwołane²⁹. Uprawnienia wierzycieli zostały rozszerzone w porównaniu z poprzednim stanem prawnym przede wszystkim o przyznanie zgromadzeniu wierzycieli prawo wyboru syndyka³⁰. Wprawdzie w myśl § 27 ust. 1, sąd, ogłaszając niewypłacalność dłużnika i wszczynając tym samym właściwe postępowanie, ustanawia również syndyka, niemniej jest to postanowienie jedynie tymczasowe³¹. Zgodnie z § 57 na pierwszym zgromadzeniu wierzycieli po ustanowieniu przez sąd syndyka, wierzyciele mogą wybrać innego syndyka, co oznacza automatyczne zwolnienie syndyka poprzedniego. Zgromadzenie wierzycieli nie jest w swoim wyborze ograniczone. Sąd może sprzeciwić się powołaniu wybranego przez zgromadzenie syndyka tylko wtedy, gdy wybrana osoba nie nadaje się na to stanowisko³². Należy zwrócić uwagę, że zadania syndyka zostały również, w porównaniu z poprzednim stanem prawnym znacząco rozszerzone. Między innymi jest on obok dłużnika uprawniony do złożenia planu postępowania niewypłacalnościowego (*Insolvenzplan*), do nadzorowania wykonania planu, do prowadzenia listy wierzycieli oraz do spieniężenia przedmiotów praw odrębności³³. To zwiększenie uprawnień syndyka oznacza również pośrednio zwiększenie wpływu wierzycieli na przebieg postępowania, skoro wierzyciele mają tak znaczny wpływ na wybór syndyka³⁴.

²⁷ Dokonanie czynności wbrew takiemu zakazowi prowadzi do bezwzględnej (a więc nie tylko w stosunku do wierzycieli) bezskuteczności czynności – zob. E. Kießling, B. Singhof, *Verfügungsbeschränkungen...*, op. cit., s. 354.

²⁸ Zob. K.H. Görg, *Gerichtliche Korrektur von Fehlentscheidungen der Gläubiger im Insolvenzverfahren*, „DZWIR” 2000, nr 9, s. 364.

²⁹ W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 36.

³⁰ H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 43; Th. Graeber, *Die Wahl des Insolvenzverwalters durch die Gläubigerversammlung nach § 57 InsO*, „ZIP” 2000, nr 34, s. 1466.

³¹ W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 25.

³² O konkretyzacji tej przyczyny zob. H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 44; zob. także H. Hess, *Die Insolvenzverwalterbestellung – Grundrechtsrelevanz, Grundrechtsdefizite und Rechtsschutz (w:) Insolvenzrecht in Wissenschaft und Praxis*, FS W. Uhlenbruck, Köln 2000, s. 459.

³³ Zob. W. Lücke, *Aufgaben und Haftung des Insolvenzverwalters (w:) 50 Jahre Bundesgerichtshof*, op. cit., s. 704.

³⁴ Ibidem, s. 704.

Zwiększone uprawnienia organów wierzycielskich nie ograniczają się jednak tylko do wyboru syndyka. Wierzyciele mają zasadniczy wpływ na kierunek postępowania niewypłacalnościowego. Zgodnie z § 157 *Insolvenzordnung* zgromadzenie wierzycieli rozstrzyga, czy działalność przedsiębiorstwa dłużnika ma być wstrzymana, czy też tymczasowo syndyk ma dalej prowadzić przedsiębiorstwo. Zgromadzenie wierzycieli, również w myśl § 157, może zlecić syndykowi sporządzenie planu postępowania niewypłacalnościowego (*Insolvenzplan*)³⁵.

Ustawodawca pragnął w ślad za zwiększeniem autonomii wierzycieli wprowadzić również możliwość uzgodnienia innego, niż wynikający z ustawy, sposobu przeprowadzenia postępowania niewypłacalnościowego. Postulat „deregulacji” postępowania realizuje ustawodawca przez wprowadzenie możliwości przyjęcia tzw. planu postępowania niewypłacalnościowego (*Insolvenzplan*). Zgodnie z § 217 *Insolvenzordnung* zaspokojenie wierzycieli uprawnionych z tytułu praw odrębności oraz wierzycieli upadłości (*Insolvenzgläubiger*), likwidacja masy, jej podział, a także odpowiedzialność dłużnika po ukończeniu postępowania niewypłacalnościowego mogą zostać uregulowane w *Insolvenzplan* w sposób odbiegający od przepisów ustawy. Do złożenia planu postępowania niewypłacalnościowego uprawniony jest dłużnik lub syndyk, a w przypadku, gdy masa pozostaje w samodzielny zarządzie dłużnika, również nadzorca sądowy (*Sachwalter*).

W związku z *Insolvenzplan* przyjęto nowatorskie konstrukcje dotyczące podziału wierzycieli na grupy (§ 222). Rozwiązania wiążą się ściśle ze sposobem głosowania nad planem, z zakresem dopuszczalnej treści planu³⁶, a przede wszystkim z możliwością przewidzenia różnych rozwiązań dla różnych grup wierzycieli. Zgłaszający wniosek o sporządzenie planu musi dokonać podziału wierzycieli na grupy według kryterium wspólnego interesu, dotyczącego wierzycieli znajdujących się w jednakowej sytuacji prawnej. W myśl § 222 ust. 1 należy obligatoryjnie wyróżnić grupę wierzycieli, którym przysługuje prawo odrębności, jeżeli zgodnie z planem przewiduje się ingerencję w te prawa; następnie należy wyróżnić grupę wierzycieli niepodporządkowanych (zwykłych)³⁷ oraz grupę wierzycieli podporządkowanych³⁸, jeżeli w planie przewiduje się jakiegokolwiek wypłaty dla tej grupy wierzycieli³⁹. Ustawa przewiduje jednak także możliwość tworzenia dalszych grup wierzycieli. Zgodnie z § 222 ust. 2 z wierzycieli o jednakowej sytuacji prawnej (*Rechtsstellung*) mogą zostać stworzone grupy wierzycieli złączonych jednakowym interesem gospodarczym.

³⁵ O innych uprawnieniach zgromadzenia wierzycieli zob. W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 36.

³⁶ Zob. S. Smid, *Das neue Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 4.

³⁷ *Die Gruppe der nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger*.

³⁸ *Die Gruppe der nachrangigen Insolvenzgläubiger* – zob. H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 115.

³⁹ Zob. też § 225 ust. 1 *Insolvenzordnung*.

Kryterium rozgraniczające poszczególne grupy musi być usprawiedliwione i wykazane w treści planu. Ustawa wymienia w § 222 ust. 3 przykładowe grupy wierzycieli: pracowników, jeżeli wysokość ich roszczeń nie jest nieznaczna, a także drobnych wierzycieli.

Możliwość tworzenia grup służy ułatwieniu przyjęcia planu. Składający wniosek może bowiem wyróżnić grupy interesów w ten sposób, aby potencjalni przeciwnicy przyjęcia planu znaleźli się w mniejszości w ramach poszczególnych grup. Przez tworzenie większej liczby grup, które mogą się składać nawet z jednej osoby⁴⁰, składający wniosek ma również możliwość zapewnienia odpowiedniej większości, co może mieć znaczenie przy przyjęciu planu przez zastąpienie przez sąd brakujących głosów ze względu na zasadę zakazu obstrukcji (§ 245 *Insolvenzordnung*). Tworzenie grup ma również na celu uelastycznienie treści planu – nakaz równego traktowania wierzycieli dotyczy jedynie, zgodnie z § 226 ust. 1, wierzycieli w ramach jednej grupy. Wierzyciele z poszczególnych grup mogą uzyskiwać zaspokojenie na różnych warunkach, byleby tylko, w myśl zastrzeżenia § 226 ust. 2, wierzyciele jednej grupy byli potraktowani jednakowo.

Zgodnie z § 244 do przyjęcia planu jest konieczne, aby za planem głosowały wszystkie grupy wierzycieli. W ramach każdej z grup istnieje wymóg uzyskania dwóch większości – głów i kapitału.

W sytuacji, gdy plan został przedłożony przez syndyka lub nadzorcę, niezbędna jest również zgoda dłużnika⁴¹.

W celu ochrony przed zniweczeniem racjonalnych planów reorganizacyjnych przedsiębiorstwa, zarówno przez wierzycieli, jak i przez dłużnika, ustawodawca niemiecki, wzorem prawa amerykańskiego, wprowadził tzw. zakaz obstrukcji (§ 245 – § 247 *Insolvenzordnung*)⁴². Oznacza to, iż w określonych okolicznościach sąd może zastąpić brakujące głosy danej grupy wierzycieli lub dłużnika. Przesłanki takiego zastępczego orzeczenia sądu w przypadku, gdy nie wszystkie grupy wierzycieli głosowały za przyjęciem planu, zostały uregulowane w § 245 *Insolvenzordnung*. W myśl tego przepisu, gdy wymagane większości nie zostały osiągnięte, uważa się zgodę jednej z grup wierzycieli za udzieloną, jeżeli:

- 1) wierzyciele z tej grupy, zgodnie z przewidywaniami, nie uzyskają na podstawie planu mniej, niż uzyskaliby bez przyjęcia planu;
- 2) wierzyciele z tej grupy w odpowiednim stopniu uczestniczą w gospodarczej wartości, która na podstawie planu przypada uczestnikom postępowania oraz
- 3) większość głosujących grup przyjęła plan odpowiednimi większościami głosów.

⁴⁰ H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 115.

⁴¹ W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 122.

⁴² E.J. Habscheid, *Grenzüberschreitendes (internationales Insolvenzrecht) der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1998, s. 401; S. Smid, *Das neue Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 1.

„Ustawa definiuje w § 245 ust. 2 pojęcie odpowiedniego uczestniczenia w gospodarczej wartości”, przypadającej uczestnikom na podstawie planu. Kryterium to jest spełnione, gdy:

- 1) żaden wierzyciel nie uzyskuje wartości gospodarczych, które przekraczają pełną kwotę jego roszczenia;
- 2) żaden wierzyciel, który bez planu miałby zostać zaspokojony po wierzycielach tej grupy, ani dłużnik lub jakakolwiek osoba, mająca udziały w przedsiębiorstwie dłużnika, nie uzyska jakiejkolwiek gospodarczej wartości oraz
- 3) żaden wierzyciel, który bez planu miałby być zaspokojony z równym pierwszeństwem, nie został postawiony lepiej niż wierzyciele tej grupy.

Również brakująca zgoda dłużnika może zostać uznana za okoliczność nie stojącą na przeszkodzie przyjęciu planu. Zgodnie z § 247 ust. 1 zgodę dłużnika uważa się za udzieloną, jeżeli dłużnik najpóźniej w terminie głosowania pisemnie lub do protokołu nie sprzeciwił się planowi. Sprzeciw dłużnika może być jednak również uznany za nieistotny, jeżeli plan nie prowadzi do pogorszenia sytuacji dłużnika w stosunku do sytuacji, w której by się znalazł, gdyby plan nie został sporządzony, oraz jeżeli żaden wierzyciel nie uzyskał wartości przewyższającej pełną wartość jego roszczenia. Oznacza to, że ustawodawca nie przywiązuje zbyt wielkiej wagi do zgody dłużnika na plan, jako że warunki, które pozwalają na pominięcie sprzeciwu dłużnika, są stosunkowo łatwe do spełnienia.

2.3. Realizacja idei „nowego początku” dla dłużnika

Kolejna, centralna idea, której zrealizowaniu ma służyć niemieckie prawo niewypłacalności, dotyczy stworzenia możliwości uwolnienia się przez niewypłacalnego dłużnika od ciążących na nim długów. Temu celowi służą dwa niezależne od siebie postępowania, których podmiotowe zakresy są częściowo rozłączne⁴³. Pierwszym jest postępowanie o uwolnienie od reszty długów (*Restschuldbefreiung*), regulowane w § 286 i nast. (*Insolvenzordnung*), drugim zaś konsumenckie postępowanie niewypłacalnościowe (§ 304 i nast. *Insolvenzordnung*)⁴⁴.

Ze zwolnienia od reszty długów mogą skorzystać, w myśl § 286 *Insolvenzordnung* wszystkie osoby fizyczne, bez względu na to, czy i w jakim zakresie prowadzą działalność gospodarczą. Wprowadzenie tego rodzaju postępowania jest konsekwencją faktu, że dotychczasowe postępowanie upadłościowe, nawet ukończone, nie pozwalało na uwolnienie dłużnika od reszty długów, co oznaczało tym samym, że dłużnik nie jest w stanie rozpocząć jakiejkolwiek samo-

⁴³ Tabele dotyczące zakresów podmiotowych – zob. W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 128.

⁴⁴ O postępowaniach tych w języku polskim pisał P. Tereszkiewicz, *Postępowanie upadłościowe i oddłużeniowe dla konsumentów w Stanach Zjednoczonych i niektórych krajach europejskich* (cz. 2), „Transformacje Prawa Prywatnego” („TPP”) 2000, nr 2, s. 27 i n.

dzielnej działalności, ponieważ i tak wszystko musi oddawać wierzycielom. Nie zdecydowano się jednak na to, aby samo ukończenie postępowania niewypłacalnościowego miało oznaczać automatyczne uwolnienie od reszty długów. Uwolnienie od długów musi być poprzedzone siedmioletnim okresem „dobrego zachowania się” (*Wohlverhaltensperiode*)⁴⁵. Ponadto nie jest ono, zgodnie z regułami procedury niemieckiej, automatycznym skutkiem ukończenia postępowania. W myśl § 287 ust. 1 *Insolvenzordnung* konieczne jest złożenie w odpowiednim terminie wniosku o uwolnienie od reszty długów. Wniosek musi zawierać również oświadczenie dłużnika o zbyciu wszystkich swoich, podlegających egzekucji, wierzytelności z tytułu wynagrodzenia za pracę lub zastępujących je innych stałych dochodów dłużnika na rzecz ustanowionego przez sąd powiernika. O dopuszczeniu dłużnika do postępowania oddłużeniowego orzeka sąd. Przyczyny, z powodu których dłużnik nie może zostać dopuszczony do oddłużenia wymienione są w § 290. Należą do nich: dopuszczenie się przez dłużnika pewnych przestępstw na szkodę wierzycieli; wprowadzenie instytucji kredytowej, umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa, w błąd co do okoliczności mającej wpływ na udzielenie kredytu; uzyskanie świadczeń ze środków publicznych lub na uniknięcie świadczeń na rzecz „kas publicznych”; uzyskanie oddłużenia lub nieuzyskanie go z powodu naruszenia obowiązków ciążących na dłużniku w trakcie postępowania oddłużeniowego lub dopuszczenia się przez dłużnika jednego z wymienionych taksatywnie przestępstw na szkodę wierzycieli; umyślne lub powstałe wskutek rażącego niedbalstwa w ciągu ostatniego roku przed złożeniem wniosku o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego pogorszenie przez dłużnika szans na zaspokojenie wierzycieli przez zaciągnięcie nadmiernych zobowiązań lub roztrwonienie majątku lub opóźnienie się przez niego ze zgłoszeniem wniosku o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego mimo braku szans na poprawienie swojej sytuacji majątkowej; umyślne lub spowodowane rażącym niedbalstwem niewypełnienie przez dłużnika obowiązków udzielania informacji oraz współpracy (z organami postępowania niewypłacalnościowego – przyp. F.Z.), wynikających z *Insolvenzordnung*; umyślne lub spowodowane rażącym niedbalstwem podanie nieprawdziwych lub niepełnych danych w oświadczeniach dotyczących majątku oraz uzyskiwanych dochodów⁴⁶.

Jeżeli nie zachodzi żadna z taksatywnie wymienionych okoliczności, stojących na przeszkodzie uwolnieniu od reszty długów, sąd powinien ogłosić, stosownie do § 291 ust. 1 *Insolvenzordnung*, że dłużnik uzyska uwolnienie od

⁴⁵ Tym samym prawo niemieckie stawia surowsze wymagania niż prawo amerykańskie, które w przypadku upadłości prowadzonej zgodnie z *Chapter 7 Bankruptcy Code* pozwala na niemal natychmiastowe uwolnienie od reszty długów – zob. M.J. Herbert, *Understanding Bankruptcy*, op. cit., s. 220 i n. oraz H.P. Kirchof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 137.

⁴⁶ Chodzi o wykazy, które składa dłużnik na podstawie § 305 ust. 1 pkt. 3 *Insolvenzordnung*. Przepis ten dotyczy wymaganej treści wniosku dłużnika w związku z tzw. postępowaniem zwalniającym z długów (*Schuldnerbereinigungsverfahren*), prowadzonym w ramach postępowań konsumenckich. Nie należy go mylić z uwolnieniem od reszty długów (*Restschuldbefreiung*).

reszty długów, jeżeli wypełni swoje obowiązki wynikające z § 295 oraz jeżeli nie zajdą negatywne przesłanki takiego uwolnienia z § 295. W tym samym orzeczeniu zostaje ustanowiony powiernik, na rzecz którego przechodzą wierzytelności z tytułu wynagrodzenia za pracę (lub innych porównywalnych). Powiernik odpowiada za swoje czynności jak syndyk⁴⁷, jego wynagrodzenie jest jednak stosunkowo nieznaczne⁴⁸.

Powiernik zarządza powierniczo przeniesionymi na niego wierzytelnościami z tytułu zarobkowej działalności dłużnika. Kwoty stąd uzyskane dzieli, stosownie do § 291 ust. 1, między wierzycieli. Ustawa określa też w tym przepisie sumy, które powinny być przekazane przez powiernika dłużnikowi na jego utrzymanie⁴⁹.

W okresie „dobrego zachowania” zostały nałożone na dłużnika, pragnącego uzyskać zwolnienie z reszty długów, obowiązki wymienione w § 295 ust. 1 *Insolvenzordnung*. Spoczywa na nim zatem obowiązek:

1. wykonywania odpowiedniej działalności zarobkowej, a jeśli dłużnik nie ma zatrudnienia, powinien poszukiwać i nie wolno mu odrzucić takiego zajęcia, którego podjęcia można od niego oczekiwać⁵⁰;
2. wydania powiernikowi połowy wartości majątku uzyskanego *mortis causa* lub uzyskanego na poczet przyszłego dziedziczenia;
3. niezwłocznego zawiadomienia sądu upadłościowego (*Insolvenzgericht*) i powiernika o zmianie miejsca zamieszkania oraz niezatajania jakichkolwiek dochodów objętych cesją na rzecz powiernika, jak również niezatajania majątku, o którym była mowa w pkt. 2, a także informowania sądu o swojej działalności zarobkowej i staraniach podjętych w celu rozpoczęcia takiej działalności oraz o swoich poborach i majątku;
4. świadczenia na zaspokojenie wierzycieli upadłościowych jedynie do rąk powiernika oraz nieprzysparzania żadnych szczególnych korzyści poszczególnym wierzycielom upadłościowym.

Zgodnie z § 295 ust. 2 dłużnik prowadzący samodzielną działalność zarobkową powinien świadczyć na rzecz powiernika kwoty przynajmniej w tej wysokości, w jakiej świadczyłby, gdyby był zatrudniony na podstawie odpowiedniej (do osoby i okoliczności – F.Z.) umowy o pracę.

Naruszenie tych obowiązków, jeżeli było zawinione (ciężar dowodu w tej sprawie spoczywa na dłużniku – on musi wykazać, iż okoliczności te nie wynikają z jego winy)⁵¹ i jeżeli uszczupla możliwości zaspokojenia wierzycieli,

⁴⁷ S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 381.

⁴⁸ Zob. § 293 *Insolvenzordnung* w zw. z § 14 i n. *Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung* z 19 sierpnia 1998; H.P. Kirchof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 142. Dolna granica tego wynagrodzenia wynosi 200 DM rocznie.

⁴⁹ Co do szczegółów dotyczących stanowiska powiernika i jego obowiązków zob. S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 380 i n.

⁵⁰ Dłużnik ma obowiązek podjęcia zajęcia, nawet w innym zawodzie niż jego własny – zob. S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 384–385; H.P. Kirchof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 139.

⁵¹ W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 133.

może prowadzić do odmowy uwolnienia od reszty długów, jeżeli wierzyciel złoży odpowiedni wniosek z uprawdopodobnieniem tej okoliczności (§ 296 ust. 1 *Insolvenzordnung*).

Jeżeli okres, na który zostało złożone oświadczenie o przeniesieniu wierzytelności z tytułu działalności zarobkowej (czyli okres siedmioletni z pewnymi, nieistotnymi z punktu widzenia tego opracowania, wyjątkami, związanymi z prawem intertemporalnym) minie bez jego przedwczesnego przerwania (z powodu naruszenia obowiązków przez dłużnika), sąd upadłościowy rozstrzyga o udzieleniu zwolnienia z reszty długów. Konsekwencją takiego rozstrzygnięcia jest przekształcenie się dotychczasowych długów upadłego w zobowiązania naturalne (§ 301 ust. 3 *Insolvenzordnung*). Dotyczy to jednak jedynie tych wierzytelności, które powstały przed otwarciem postępowania niewypłacalnościowego. Inne wierzytelności, tzn. zarówno wierzytelności przeciwko masie, jak i powstałe w okresie „dobrego zachowania się” pozostają przez *Restschuldbefreiung* nienaruszone⁵². W stosunku do wierzycieli, których wierzytelności powstały przed otwarciem postępowania niewypłacalnościowego, uwolnienie od reszty długów jest skuteczne, bez względu na to czy wierzyciele zgłosili swoje wierzytelności w trakcie trwania postępowania (§ 301 ust. 1)⁵³. Uwolnienie od reszty długów nie stoi na przeszkodzie realizacji przez wierzyciela swoich praw w stosunku do osób, które udzielały zabezpieczenia objętej postępowaniem wierzytelności, nawet wtedy, gdy zabezpieczenie to miało charakter akcesoryjny (§ 301 ust. 2).

Po uprawomocnieniu się orzeczenia o udzieleniu zwolnienia od reszty długów istnieje jeszcze możliwość odwołania tego uwolnienia, jeśli okaże się, iż dłużnik umyślnie naruszył swoje obowiązki, przez co uszczuplił możliwości zaspokojenia wierzycieli, których wierzytelności powstały przed otwarciem postępowania niewypłacalnościowego. Do takiego odwołania konieczny jest wniosek wierzyciela, który uprawdopodobni okoliczności naruszenia obowiązku oraz wykaże, że do zapadnięcia prawomocności orzeczenia o uwolnieniu od reszty długów nie miał o tym żadnej wiadomości (§ 303 ust. 1 i 2).

Kolejnym postępowaniem, które ma na celu przede wszystkim ochronę dłużnika i które zmierza do uwolnienia dłużnika od ciążących na nim zobowiązań, jest konsumenckie postępowanie niewypłacalnościowe⁵⁴. Jest to obligatoryjne postępowanie dla osób wymienionych w § 304 § 1 *Insolvenzordnung*. W myśl tego przepisu, jeżeli dłużnik jest osobą fizyczną nie prowadzącą działalności gospodarczej lub prowadzącą ją w znikomym zakresie, jego

⁵² Te wierzytelności mogą być również w okresie „dobrego zachowania” przymusowo dochodzone od dłużnika. W stosunku do pozostałych wierzytelności zamknięta jest droga egzekucji z majątku dłużnika (§ 294 ust. 1 *Insolvenzordnung*) – zob. też H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 143.

⁵³ S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., str. 387 i n.

⁵⁴ Nazwa „konsumenckie postępowanie niewypłacalnościowe” jest myląca – zakres podmiotowy tego postępowania jest szerszy – zob. W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 137.

postępowanie niewypłacalnościowe jest prowadzone według przepisów o konsumenckim postępowaniu niewypłacalnościowym (*Verbraucherinsolvenzverfahren*). Nie ma znaczenia rozmiar majątku, czy też wysokość zadłużenia (oczywiście, o ile w ogóle zrealizowane są przedmiotowe przesłanki ogłoszenia upadłości), jeżeli zachodzi wskazana przesłanka podmiotowa⁵⁵. Nie jest przy tym jasne w doktrynie i orzecznictwie, który z momentów jest właściwy dla oceny dłużnika jako konsumenta – chwila złożenia wniosku, czy zaciągnięcia zobowiązania⁵⁶.

Konsumenckie postępowanie niewypłacalnościowe zostało podzielone na trzy stopnie, obligatoryjne dla konsumenta chcącego ostatecznie uzyskać uwolnienie od reszty długów⁵⁷, a mianowicie na:

- próbę zawarcia ugody pozasądowej (§ 305 ust. 1 pkt 1 *Insolvenzordnung*);
- przedłożenie planu „oczyszczenia się” z długów (*Schuldnerbereinigungsplan*);
- właściwe konsumenckie postępowanie niewypłacalnościowe z ustawowym uwolnieniem od reszty długów (§ 311 i nast. *Insolvenzordnung*).

Zgodnie z § 305 ust. 1 pkt 1 *Insolvenzordnung* do wniosku o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego należy dołączyć zaświadczenie, wystawione przez uprawnioną osobę lub instytucję, z którego wynika, że w ciągu ostatnich sześciu miesięcy przed złożeniem wniosku o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego dłużnik bezskutecznie próbował zawrzeć z wierzycielami ugodę pozasądową na podstawie przedłożonego planu. Ustalenie, kto jest właściwą osobą lub instytucją, która ma wystawić zaświadczenie (i przy pomocy której powinna być podjęta próba ugodowa)⁵⁸ należy do kompetencji poszczególnych krajów związkowych⁵⁹.

Do wniosku o otwarcie konsumenckiego postępowania niewypłacalnościowego należy dołączyć nadto, w myśl § 305 ust. 1, wniosek o udzielenie uwolnienia od reszty długów (*Restschuldbefreiung*) lub oświadczenie, że się takiego uwolnienia dłużnik nie domaga. Następnie należy przedstawić wykaz

⁵⁵ Ibidem, s. 139.

⁵⁶ J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 7; por. T. Wehr, *Zur Notwendigkeit einer Reform der Reform der Verbraucherinsolvenz*, „ZIP” 1999, nr 48, s. 2000; W. Uhlenbruck, *Ein Jahr InsO – Ziel erreicht oder Reformbedarf*, „DZWIR” 2000, nr 1, s. 16.

⁵⁷ K. Gounalakis, *Auswirkungen des neuen Insolvenzrechts für den Verbraucher*, „BB” 1999, nr 5, s. 224 i n.

⁵⁸ Kwestia, czy instytucja ta lub osoba rzeczywiście powinna uczestniczyć w doprowadzeniu do zawarcia ugody czy też może się ograniczyć do wystawienia zaświadczenia, jest sporna – zob. T. Wehr: *Zur Notwendigkeit...*, op. cit., s. 2001. Instytucje te lub osoby mają z pewnością obowiązek doradzania dłużnikowi – ich usługi mają mieć przede wszystkim charakter mediacyjny – S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 361.

⁵⁹ W krajach związkowych powstały tym samym tzw. *Schuldnersberatungstellen*. Instytucje te prowadzone są przez kościoły, uniwersytety, związki zawodowe, a także przez poszczególnych pracodawców (*innerbetriebliche Sozialeinrichtung*). Za spełniające to kryterium uważa się takie instytucje, które należą do związków opieki dobroczynnej (*Verband der freien Wohlfahrtspflege*) lub do centrali konsumenckich. Zob. też S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 360. Osobami takimi mogą być również adwokaci, biegli rewidenci – W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 139.

istniejącego majątku i uzyskiwanych dochodów, jak również wykaz wierzycieli i wykaz wierzytelności przysługujących przeciwko tym wierzycielom oraz oświadczenie o prawdziwości i zupełności przedłożonych danych.

Dłużnik ma przede wszystkim dołączyć „plan oczyszczenia z długów” (*Schuldnerbereinigungsplan*). Zgodnie z § 305 ust. 1 pkt 2 *Insolvenzordnung* plan taki może zawierać postanowienia, które przy uwzględnieniu interesu wierzycieli, jak również stosunków majątkowych, dochodów oraz stosunków rodzinnych dłużnika, nadają się do odpowiedniego (do sytuacji)⁶⁰ oczyszczenia dłużnika z długów. Plan powinien zawierać oświadczenia, czy i w jakim zakresie poręczenia, zastawy i inne zabezpieczenia wierzycieli będą nim objęte. Postępowanie w sprawie otwarcia postępowania niewypłacalnościowego spoczywa, dopóki nie zostanie rozstrzygnięta kwestia planu oczyszczenia z długów (§ 306 ust. 1 *Insolvenzordnung*). *Schuldenbereinigungsplan* dotyczy jednak nie tylko postępowań wszczętych na wniosek dłużnika. W przypadku, gdy wniosek zostanie złożony przez wierzyciela, sąd, stosownie do § 306 ust. 2 *Insolvenzordnung*, ma stworzyć również dłużnikowi możliwość złożenia wniosku. Wykorzystanie tego prawa przez dłużnika pociąga za sobą skutki z § 306 ust. 1 – postępowanie spoczywa do czasu rozstrzygnięcia o kwestii planu.

Dopuszczalna treść planu oczyszczenia z długów nie jest regulowana bezpośrednio ustawą. Plan, zgodnie z § 308 ust. 1 *Insolvenzordnung*, ma skutki ugody sądowej – jest więc tytułem egzekucyjnym. Musi być zatem sformułowany w ten sposób, aby na jego podstawie egzekucja mogła być prowadzona⁶¹. Poza tym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń odnośnie do potencjalnej treści planu – może on zawierać postanowienia dotyczące: odroczenia płatności, rezygnacji z odsetek, rozłożenia na raty, umorzenia części długów. Dłużnik nie jest zobowiązany do równego traktowania wierzycieli⁶². Ustawa nie przewiduje też żadnych kwot minimalnych, które dłużnik musiałby w planie zapewnić swoim wierzycielom⁶³. Przyjmuje się, że dopuszczalny jest nawet tzw. „plan zerowy” (*Null-Plan*), w którym dłużnik oświadcza, iż ze względu na swój stan majątkowy i niski dochód, nie przekraczający kwot wolnych od zajęcia, nie jest w stanie w ogóle ponosić żadnych świadczeń na rzecz wierzycieli⁶⁴.

W myśl § 308 ust. 1 *Insolvenzordnung*, jeżeli żaden z wierzycieli nie sprzeciwi się planowi w terminie jednego miesiąca od doręczenia (§ 307 ust. 1),

⁶⁰ W § 305 ust. 4 używa się terminu „angemessene Schuldenbereinigung”. Znaczenie tego pojęcia jest sporne w doktrynie. Część autorów uważa, że kryterium „odpowiedniości” jest bez znaczenia – zob. Wimmer, *Insolvenzordnung*, 1999, § 305 (cytowany za S. Smidem, *Grundzüge...*, op. cit., s. 362, przypis 36), inni (S. Smid w cytowanym miejscu) twierdzą, że stwarza to podstawę do wstępnej kontroli planu przez sąd.

⁶¹ W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 140.

⁶² H. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 151. W ten sposób stwarza się możliwość indywidualnego negocjowania warunków planu z poszczególnymi wierzycielami (ibidem, s. 153).

⁶³ S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 363.

⁶⁴ Ibidem, s. 363; H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 159; o kontrowersjach związanych z planem zerowym: T. Wehr, *Zur Notwendigkeit*, op. cit., s. 2003.

plan uważa się za przyjęty. Zgodnie z § 307 ust. 2, jeżeli wierzyciel nie zajmie stanowiska w terminie, uważa się, że wyraził zgodę na plan. W wypadku przyjęcia planu uważa się również, że wnioski o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego, jak i o dopuszczenie do uwolnienia od reszty długów zostały cofnięte (§ 308 ust. 2).

Jeżeli jednak część wierzycieli sprzeciwiła się planowi, to brakująca zgoda może być zastąpiona na wniosek wierzyciela lub dłużnika orzeczeniem sądu upadłościowego⁶⁵. Orzeczenie takie, zgodnie z § 309 ust. 1 *Insolvenzordnung* może być wydane jedynie wtedy, gdy za planem głosowała (tj. nie sprzeciwiła się mu) co najmniej ponad połowa wierzycieli, którym przysługiwała ponad połowa wierzytelności przeciwko dłużnikowi. Zastąpienie brakującej zgody wierzyciela przez sąd jest możliwe jedynie wtedy, gdy nie zachodzą następujące przesłanki:

- wierzyciel, który sprzeciwił się, nie uczestniczy odpowiednio w porównaniu do innych wierzycieli w podziale kwot na podstawie planu lub
- wierzyciel, który sprzeciwił się planowi, przez plan zostanie przewidywalnie postawiony w gorszej sytuacji, niż ta, w której byłby, gdyby otwarto postępowanie niewypłacalnościowe oraz zostałoby przeprowadzone uwolnienie dłużnika od reszty długów.

Jak już zostało powiedziane, przyjęty plan ma skutki ugody sądowej. Nie dotyczy to jednak tych wierzycieli, którzy nie zostali wymienieni w spisie wierzycieli dołączonym do wniosku ani też nie zostali uwzględnieni w postępowaniu o przyjęcie planu. Jednak w przypadku, gdy wierzycielowi przysłano dane, dotyczące jego wierzytelności, a on ich nie zakwestionował w terminie, wierzytelność w takim zakresie (czyli w zakresie, który nie wynikał z doręczonych wierzycielowi danych) wygasa (§ 308 ust. 3).

Jeżeli *Schuldenbereinigungsplan* nie zostanie przyjęty, sąd rozstrzyga o otwarciu postępowania niewypłacalnościowego. Jest to w założeniu ustawodawcy uproszczone postępowanie, które może się zakończyć w ramach jednego posiedzenia lub w drodze postępowania pisemnego⁶⁶.

W miejsce syndyka sąd ustanawia, stosownie do § 313 ust. 1, powiernika (*Treuhänder*). Jego pozycja w zakresie praw i obowiązków odpowiada jednak w przybliżeniu pozycji syndyka⁶⁷. Ograniczenia jego uprawnień wynikają z § 313 ust. 2 i 3. W myśl pierwszego z tych przepisów powiernik nie jest legitymowany do zaskarżania czynności dokonanych z pokrzywdzeniem wierzycieli. Legitymacja ta w dalszym ciągu przysługuje wierzycielom. Natomiast stosownie do ust. 3 powiernik nie jest uprawniony do likwidacji składników

⁶⁵ Jest to znowu przypadek zakazu obstrukcji. W literaturze wskazuje się, że w ten sposób ustawa wprowadza domniemanie, iż przegłosowani wierzyciele, głosując przeciwko, nadużyli prawa – zob. H.P. Kirchof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 157.

⁶⁶ K. Gounalakis, *Auswirkungen...*, op. cit., s. 226.

⁶⁷ S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 372. Należy zwrócić uwagę, iż w konsumenckim postępowaniu niewypłacalnościowym nie jest dopuszczalny samodzielny zarząd przez dłużnika masą – § 312 ust. 3. Różnice między zwykłym a konsumenckim postępowaniem niewypłacalnościowym zestawiał W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 146.

masy obciążonych prawami odrębności. Likwidacji tych przedmiotów dokonują uprawnieni z tytułu tych praw.

W konsumenckim postępowaniu niewypłacalnościowym nie istnieje możliwość odrębnego uregulowania przebiegu postępowania. Nie ma tu pola dla „deregulacji”, jako że, zgodnie z § 312 ust. 3, w przypadku tego rodzaju postępowania nie znajdują zastosowania przepisy o *Insolvenzplan*.

W § 314 *Insolvenzordnung* przewidziano również możliwość ułatwionego podziału masy. Stosownie do ust. 1 tego przepisu, na wniosek powiernika sąd upadłościowy zarządza rezygnację z przeprowadzenia w całości lub w części likwidacji masy. W takim wypadku na dłużnika zostaje nałożony obowiązek zapłaty do rąk powiernika, w określonym przez sąd terminie, sumy odpowiadającej wartości masy, która zostanie podzielona pomiędzy wierzycieli. Jeżeli jednak podział masy leżałby szczególnie w interesie wierzycieli, należy zrezygnować z przewidzianego sposobu uproszczonego podziału (§ 314 ust. 1 *in fine*)⁶⁸.

Jeżeli dłużnik złożył, łącznie z wnioskiem o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego, wniosek o dopuszczenie do uwolnienia od reszty długów (*Restschuldbefreiung*), to postępowanie w tej sprawie odbywa się według ogólnych reguł § 286 i nast. *Insolvenzordnung*, o czym była już mowa wyżej⁶⁹.

3. DOŚWIADCZENIA Z NOWYM NIEMIECKIM PRAWEM NIEWYPŁACALNOŚCIOWYM W PIERWSZYM OKRESIE JEGO FUNKCJONOWANIA

Wejście w życie nowego niemieckiego prawa niewypłacalnościowego poprzedzone było licznymi obawami i falami krytyki. Skomplikowana ustawa wymagała stworzenia odpowiedniej infrastruktury organizacyjnej. Obawiano się znacznych kosztów postępowań, ale również znacznych kosztów związanych choćby z koniecznością poważnego rozszerzenia liczby personelu zajmującego się postępowaniem upadłościowym. Poszczególne kraje związkowe, obawiając się przeciążenia swoich finansów przez konieczność ponoszenia kosztów dostosowania infrastruktury, wielokrotnie podejmowały inicjatywy mające na celu przeszkodzenie wejściu w życie nowego prawa lub jego opóźnienie⁷⁰. Polski ustawodawca, jeśli chciałby pójść drogą ustawodawcy niemieckiego, musi zdać sobie sprawę, że decyduje się na model wymagający znacznie bardziej zaawansowanej infrastruktury postępowania upadłościowego, co dotyczy zarówno sądów, jak i syndyków (stopień przygotowania ich ad-

⁶⁸ Co do szczegółów zob. S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 374.

⁶⁹ W literaturze podnosi się jednak, że *Restschuldbefreiung* ma przede wszystkim sens jako postępowanie powiązane z postępowaniem konsumenckim, w ramach którego nie ma możliwości przedłożenia *Insolvenzplan* – zob. S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 376.

⁷⁰ O tych inicjatywach i ich przyczynach zob. S. Heitmann, *Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung (Insolvenzordnung II)*, „Neue Juristische Wochenschrift” („NJW”) 1999, nr 1, s. 33 i n.

ministracji biurowej). Należy również zauważyć, że poziom rozwoju tej infrastruktury w Niemczech z okresu sprzed reformy był znacznie wyższy, niż to ma miejsce w Polsce. Dwa lata od wejścia w życie ustawy fundamentalnie zmieniającej stan prawny w dziedzinie tak bardzo powiązanej z zachodzącymi procesami gospodarczymi, zarówno w wymiarze makro-, jak i mikroekonomicznym, to zdecydowanie okres zbyt krótki, aby można było wyciągnąć ostateczne wnioski dotyczące osiągnięcia zakładanych przez ustawodawcę celów. Niemniej poczyniono już pierwsze istotne obserwacje, które powinny być również dostrzeżone w naszych pracach legislacyjnych.

Jak już zostało powiedziane, reforma zmierzała do zapobieżenia ubożeniu masy, uelastycznienia postępowania przez stworzenie możliwości jego swobodnego kształtowania i tym samym dostosowywania do zindywidualizowanych potrzeb gospodarczych, zwiększenia roli wierzycieli, oraz stworzenia dłużnikom – osobom fizycznym szansy na uwolnienie się od ciążących na nich długów i umożliwienia im tym samym „nowego początku”.

Jak wynika z dotychczasowych doświadczeń prezentowanych w literaturze niemieckiej, nie daje się stwierdzić, że zjawisko spóźnionych wniosków o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego (przynajmniej w pierwszym roku obowiązywania ustawy) uległo zmianie. Nie odnotowano również, by rozszerzenie przedmiotowej przesłanki otwarcia postępowania, jaką jest grożące zaprzestanie płacenia długów, spowodowało, że dłużnicy z odpowiednim wyprzedzeniem składali takie wnioski⁷¹.

Znaczne trudności w praktyce wywołuje stanowisko tymczasowego syndyka. Z uwagi na zakres odpowiedzialności syndyka tymczasowego wyposażonego w pełnię uprawnień (§ 22 ust. 1), który jest taki sam jak zwykłego syndyka, sądy unikały ustanawiania takiego syndyka, ograniczając się jedynie do ustanawiania syndyka tymczasowego z ograniczonym zakresem uprawnień (§ 22 ust. 2). Tym samym sytuacja, która w założeniu ustawodawcy miała być wyjątkiem, stała się regułą⁷². Stwarza to jednak zagrożenie uszczuplenia majątku dłużnika – syndyk tymczasowy o ograniczonym zakresie uprawnień nie wchodzi w miejsce pracodawcy, nie mogą być zatem podjęte działania niezbędne dla ochrony majątku, np. związane z wypowiedzeniem umów o pracę⁷³. W doktrynie pozostaje nadal nie rozwiązana kwestia, w jakim zakresie tymczasowemu syndykowi przysługuje prawo likwidacji majątku dłużnika⁷⁴.

Mimo znacznego powiększenia zakresu autonomii wierzycieli, nie stwierdzono dotychczas wzrostu zainteresowania wierzycieli przebiegiem postępowania⁷⁵.

⁷¹ J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 1–2.

⁷² W. Uhlenbruck, *Ein Jahr InsO...*, op. cit., s. 17; J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 3.

⁷³ W. Uhlenbruck, *Ein Jahr InsO...*, op. cit., s. 17.

⁷⁴ W. Uhlenbruck, *Ein Jahr InsO...*, op. cit., s. 17; S. Schlegel, *Eigentumsvorbehalt...*, op. cit., s. 95;

⁷⁵ J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 5; K. Muscheler, W.E. Bloch, *Abwahl des vom Gericht bestellten Insolvenzverwalters*, „ZIP” 2000, nr 34, s. 1475.

Ponieważ wierzyciele, którym przysługują prawa odrębności, uzyskali pełne prawo głosu w postępowaniu, więc instytucjonalni wierzyciele zaczynają dominować w postępowaniu⁷⁶. W literaturze formułowane są w związku z tym różne obawy. Wierzyciele instytucjonalni są przede wszystkim zainteresowani szybkim przeprowadzeniem postępowania, w niewielkim stopniu skłonni są poprzeć sanacyjne koncepcje syndyka⁷⁷. Dysponują oni również odpowiednim zapleczem technicznym i intelektualnym, co wzmacnia obawy o ich dominację w postępowaniu. Istotnym polem wpływu dla tej grupy wierzycieli może być przysługująca wierzycielom, zgodnie z § 57 *Insolvenzordnung*, kompetencja odwołania ustanowionego przez sąd syndyka i zastąpienia go nowym, którego koncepcje przeprowadzenia postępowania będą w większym stopniu odpowiadać tej grupie wierzycieli⁷⁸. Z drugiej strony próbuje się wskazać, że obawy te są przesadzone, ponieważ uprawnienie do odwołania syndyka jest jednorazowe (może być wykorzystane jedynie na pierwszym zgromadzeniu wierzycieli po jego wyborze przez sąd), a nadto podlega kontroli sądu⁷⁹. Istnieje też ogólna norma § 78 *Insolvenzordnung*, która pozwala na uchylenie uchwał zgromadzenia wierzycieli, sprzecznych ze wspólnym interesem wierzycieli upadłościowych. Zdaniem części doktryny § 78 znajduje zastosowanie również do korekty uchwał zgromadzenia o odwołaniu syndyka⁸⁰. Nie usuwa to jednak wszystkich obaw związanych ze zdominowaniem postępowania przez wierzycieli instytucjonalnych o ściśle określonym interesie, z pokrzywdzeniem innych kategorii wierzycieli. Dominacja ta powoduje również konieczność znacznie dalej idącej kontroli sądu nad sposobem wykonywania swoich uprawnień przez zgromadzenie wierzycieli.

Jednym z podstawowych instrumentów „deregulacji” postępowania jest omówiony już *Insolvenzplan*. Jak dotąd instytucja ta nie odgrywa szczególnej roli w przebiegu postępowania⁸¹. W praktyce okazała się ona nieprzydatna do wykorzystania jej dla sanacji przedsiębiorstw. Dotychczasowe doświadczenia z *Insolvenzordnung* nie wykazały, aby dzięki tej procedurze dochodziło do większej ilości sanacji i dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa, niż miało to miejsce pod rządami poprzednio obowiązującego *Konkursordnung*⁸².

Poważne głosy krytyki oraz wezwania do pilnej reformy dotyczą również postępowań mających na celu ochronę dłużnika – osoby fizycznej, tj. przede wszystkim konsumenckiego postępowania niewypłacalnościowego i w mniejszym stopniu postępowania o uwolnienie od reszty długów.

W praktyce okazuje się, że wnioski o otwarcie postępowania konsumenckiego pochodzą w rzeczywistości od osób nie prowadzących już wprawdzie

⁷⁶ J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 5.

⁷⁷ Ibidem, s. 5.

⁷⁸ K. Muscheler, W.E. Bloch, *Abwahl...*, op. cit., s. 1475.

⁷⁹ Th. Graeber, *Die Wahl...*, op. cit., s. 1466 i n.

⁸⁰ K.H. Görg, *Gerichtliche Korrektur...*, op. cit., s. 367 i n.

⁸¹ J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 6; G. v. Leoprechting, *Insolvenzplan scheitert im Praxistest*, „DZWIR” 2000, nr 2, s. 67 i n.

⁸² G. v. Leoprechting, *Insolvenzplan...*, op. cit., s. 68.

działalności gospodarczej, ale których długi powstały w związku z prowadzeniem takiej działalności⁸³. Ponieważ w postępowaniu bierze wtedy udział znaczna liczba wierzycieli, więc struktury „bagatelnej” postępowania konsumenckiego okazują się niewystarczające⁸⁴. Ponadto konieczność podjęcia próby ugody pozasądowej z wierzycielami prowadzi do opóźnienia w otwarciu postępowania⁸⁵.

Pojawiają się także trudności w rozgraniczeniu prowadzonej przez dłużnika działalności gospodarczej „drobnych rozmiarów” od działalności prowadzonej w znacznie większym rozmiarze. Konsekwencje braku możliwości precyzyjnego rozgraniczenia w tym względzie są poważne – zarówno postępowanie konsumenckie, jak i zwykłe postępowanie niewypłacalnościowe stanowią postępowania obligatoryjne. Oznacza to, że ani dłużnik, ani nikt inny nie może wybrać rodzaju postępowania niewypłacalnościowego⁸⁶. Ich podmiotowe zakresy są rozłączne. Nie są jednak jasne skutki wyraźnie niewłaściwego dla danego podmiotu rodzaju postępowania⁸⁷.

Pierwotnie oczekiwano znacznej liczby konsumenckich wniosków o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego. Te oczekiwania, wbrew zamiarowi ustawodawcy, nie sprawdziły się jednak. Trudne do przewyżczenia okazały się problemy organizacyjne związane z instytucjami pomocy dla dłużnika, których uczestniczenie przy próbie zawarcia ugody pozasądowej jest konieczne. W konsekwencji tworzą się zatory w załatwianiu tych spraw, co prowadzi do dalszego odwlekania postępowania sądowego⁸⁸. Kolejnym utrudnieniem są formularze wniosków o otwarcie konsumenckiego postępowania niewypłacalnościowego, których objętość i stopień skomplikowania skutecznie odstrasza od składania wniosków⁸⁹. Na małą liczbę tych wniosków mają także wpływ znaczne koszty postępowania konsumenckiego⁹⁰.

W doktrynie wskazuje się również na wady postępowania o uwolnienie od reszty długów (*Restschuldbefreiung*). Przede wszystkim podkreśla się, że nie jest usprawiedliwione, aby postępowania tego nie można było prowadzić, gdy wniosek o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego został oddalony z powodu ubóstwa majątku dłużnika i niemożności pokrycia kosztów postępowania⁹¹.

W ramach postępowania o uwolnienie od reszty długów poważne problemy wiążą się z niskim wynagrodzeniem powiernika, który odpowiada jak syndyk. Niezwykle trudno jest znaleźć osoby, które chciałyby podjąć się tego zadania.

⁸³ J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 7.

⁸⁴ I. Pape, G. Pape, *Vorschläge zur Reform des Insolvenzverfahrens, insbesondere des Verbraucherinsolvenzverfahrens*, „ZIP” 2000, nr 36, s. 1554.

⁸⁵ J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 7; T. Wehr, *Zur Notwendigkeit...*, op. cit., s. 2000.

⁸⁶ W. Uhlenbruck, *Ein Jahr InsO...*, op. cit., s. 16.

⁸⁷ T. Wehr, *Zur Notwendigkeit...*, op. cit., s. 2002.

⁸⁸ W. Uhlenbruck, *Ein Jahr InsO...*, op. cit., s. 16.

⁸⁹ J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 7.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ T. Wehr, *Zur Notwendigkeit...*, op. cit., s. 2002.

Podniesienie wynagrodzenia powiernika (co i tak w ostatnim czasie nastąpiło) podraża to postępowanie, niwecząc jego sens.

Znany niemiecki syndyk J. Wellensiek podsumowuje swoje doświadczenia z nowym prawem w ten sposób: „Rok od wejścia w życie *Insolvenzordnung* pozwala na stwierdzenie, że jest możliwe przeprowadzenie postępowania niewypłacalnościowego zgodnie z nowymi przepisami. Istnieją też różne przesłanki do przyjęcia, że zwiększył się nieco liczba otwartych postępowań, jak i zwiększył się w niewielkim stopniu przeciętny stopień zaspokojenia wierzycieli. Podstawowy problem postępowania niewypłacalnościowego – wczesne rozdzielanie majątku dłużnika między uprawnionych z anonimowych zabezpieczeń wierzytelności (chodzi przede wszystkim o przewłaszczenie i cesję na zabezpieczenie – przyp. F.Z.) – nie został przez *Insolvenzordnung* rozwiązany. Znaczna większość wniosków o otwarcie postępowania jest oddalana z powodu ubóstwa masy”⁹². Autor podkreśla przy tym, że także możliwości sanowania przedsiębiorstwa są systemowo ograniczone przez inne akty prawne, zarówno z dziedziny prawa pracy, jak i prawa podatkowego. Również postępowanie konsumenckie okazało się ukształtowane w sposób mało odpowiadający potrzebom praktyki⁹³.

4. WNIOSKI DLA POLSKIEGO USTAWODAWCY

Zastanawiając się nad kierunkiem niewątpliwie potrzebnej reformy polskiego prawa upadłościowego i układowego, należy przede wszystkim odpowiedzieć na podstawowe pytanie – czy wadliwe funkcjonowanie polskich procedur niewypłacalnościowych wynika z wadliwych rozwiązań przyjętych w samych tych procedurach, czy też jest rezultatem otoczenia prawnego, w którym przychodzi funkcjonować postępowaniu upadłościowemu i układowemu. Ponadto należy rozważyć, czy w przypadku dostrzeżenia wadliwych rozstrzygnięć legislacyjnych zawartych w obu ustawach nie jest korzystniejsze, zamiast wprowadzania całkiem nowej ustawy, dokonanie korekt aktów obowiązujących.

Niewątpliwie polski ustawodawca powinien z doświadczeń niemieckich wyciągnąć wnioski. Doświadczenia te pozwalają na ocenę, że rewolucyjna ustawa niemiecka nie przyniosła ze sobą rewolucyjnych zmian i na razie nie wpływa na zjawisko „kryzysu upadłości”, którego zaistnienie stało się przyczyną reformy.

Dlatego też zanim podejmie się próbę rewolucji, pociągającej za sobą poważne koszty, związane z przebudową infrastruktury postępowania upadłościowego, należy się zastanowić, czy dotychczasowe polskie ustawy nie kryją w sobie dostatecznego potencjału pozwalającego na usprawnienie procedur.

Słusznie stwierdza S. Smid, że przyczyny kryzysu niemieckiego *Konkursordnung* nie tkwiły w samej tej ustawie, ale wyniknęły z rozwoju prawa poza

⁹² J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 8.

⁹³ Ibidem.

nią⁹⁴. Przyczyną ich było przede wszystkim niezwykle liberalne podejście niemieckiego porządku prawnego do zagadnienia zabezpieczeń rzeczowych, szczególnie do tzw. niejawnych zabezpieczeń, jak przewłaszczenie na zabezpieczenie czy cesja na zabezpieczenie (a w szczególności cesja globalna). Toczący się w polskiej doktrynie spór o zakres dopuszczalności przewłaszczenia na zabezpieczenie, jest jednocześnie sporem o szanse funkcjonowania postępowania upadłościowego. Ostatnie rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, dopuszczające np. przewłaszczenie na zabezpieczenie nieruchomości⁹⁵, mimo że nie dotyczące bezpośrednio postępowania upadłościowego, przesądzają w zasadzie o trwałości kryzysu postępowania upadłościowego, zwłaszcza gdy się zważy, że zabezpieczony przewłaszczeniem na zabezpieczenie wierzyciel korzysta w prawie polskim, zgodnie z dominującym, choć nietrafnym poglądem, z prawa wyłączenia⁹⁶. Należy stwierdzić, że rozstrzygnięcie polskiego ustawodawcy, który zrezygnował w postępowaniu upadłościowym (art. 204 § 1) z praw odrębności (z wyjątkiem zastawu rejestrowego), a jedynie uprzywilejował zabezpieczone wierzytelności, jest krokiem w dobrym kierunku, umożliwiającym podjęcie przez syndyka działań sanacyjnych bez obawy „rozszarpania” przez wierzycieli majątku przedsiębiorstwa, zanim syndyk zdąży wprowadzić jakikolwiek program naprawczy⁹⁷. W świetle tych zmian, tolerowanie przyznania wierzycielowi zabezpieczonemu przewłaszczeniem na zabezpieczenie prawa wyłączenia jest wyrazem zgody na całkowitą niespójność aksjologiczną sytemu prawa.

Fakt, iż w europejskich krajach kontynentalnych gospodarki w znacznie większym stopniu są zależne od kredytu niż w gospodarce amerykańskiej, sprawia, że przeniesienie koncepcji amerykańskich na grunt europejski wcale nie daje możliwości uzyskania rezultatów nawet zbliżonych do tych, na których osiągnięcie pozwala *Bankruptcy Code* w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Idee związane z sanacją przedsiębiorstwa, jak również koncepcje pozwalające dłużnikowi na „nowy początek” (*fresh start*), mogą działać jedynie tam, gdzie znaczna część wierzytelności nie jest zabezpieczona rzeczowo (czy też powierniczo). Stanowi to jedną z głównych przyczyn braku sukcesu *Insolvenzordnung*. Jest to przyczyna w pewnym sensie, w warunkach i przyzwyczajeniach gospodarki niemieckiej, nieusuwalna. Tendencja zarówno orzecznicza, jak i legislacyjna w prawie polskim poszła niestety również w kierunku rozbudowywania rozmaitych zabezpieczeń wierzytelności, z tym oczywistym skutkiem, że także i w warunkach polskich w typowym wypadku próby sanacji będą z góry

⁹⁴ S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 9.

⁹⁵ Wyrok SN z 29 maja 2000, III CKN 246/00, z krytyczną glosą F. Zolla, „OSP” 2001, nr 2, s. 83–86.

⁹⁶ Zob. szerzej F. Zoll, *Sporu o dopuszczalność przewłaszczenia na zabezpieczenie ciąg dalszy*, „Państwo i Prawo” („PiP”) 1999, nr 4, s. 73–81.

⁹⁷ Zob. jednak S. Smid, *Das Insolvenzverfahren in den Beitrittsstaaten*, „Wirtschaft und Recht in Osteuropa” („WiRO”) 2000, nr 12, s. 395. Autor krytykuje rozwiązania przyjęte w Chorwacji, Słowenii i Bułgarii, których procedury starają się włączyć zabezpieczonych wierzycieli w proces sanacji przedsiębiorstwa.

skazane na niepowodzenie z powodu wyczerpania masy przez zabezpieczenia wierzytelności. Należy szczególnie uważać z rozszerzaniem już istniejących możliwości zabezpieczenia wierzytelności, w szczególności przez tworzenie nieakcesoryjnych zabezpieczeń⁹⁸. Polskie prawo upadłościowe i układowe zawiera jeszcze jedną cechę, która skutecznie wyklucza możliwość efektywnej restrukturyzacji. Cechą tą są liczne uprzywilejowania poszczególnych wierzytelności (art. 4 § 1 prawa układowego oraz art. 204 § 2 i art. 174 prawa upadłościowego). W prawie układowym, zgodnie ze wspomnianym przepisem, uprzywilejowanie polega na wyłączeniu całych kategorii wierzytelności spod dobrodziejstwa układu, natomiast w prawie upadłościowym polega zarówno na wyłączeniu z możliwości objęcia układem (przy wprowadzeniu konieczności zapewnienia ich zaspokojenia jako przesłanki dojścia do skutku układu), jak również z uprzywilejowanego zaspokojenia w porządku art. 204 § 1 prawa upadłościowego. Jeżeli prawo niewypłacalnościowe ma spełniać swoje funkcje, nie da się uniknąć rezygnacji z tych przywilejów, z wyłączeniem jedynie wierzytelności masy, czyli wierzytelności powstałych po ogłoszeniu upadłości, względnie w trakcie prowadzenia postępowania układowego poprzedzającego upadłość (obecny art. 204 § 1 pkt 2 prawa upadłościowego). Uprzywilejowanie wierzytelności masy jest konieczną przesłanką podjęcia jakichkolwiek prób sanacji przedsiębiorstwa. W przeciwnym razie nikt nie będzie chciał kontrahować z syndykiem lub z dłużnikiem w postępowaniu układowym. W pozostałym zakresie uprzywilejowanie wierzytelności prowadzi jedynie do niemożności zrealizowania celu postępowania niewypłacalnościowego, wykluczając niemal zupełnie możliwość racjonalnej gospodarczo sanacji przedsiębiorstwa. Rezygnacja z tych przywilejów przyniosłaby od razu bez wielkich zmian legislacyjnych znaczną poprawę w realizacji celów postępowania upadłościowego i układowego.

Należy zanalizować teraz poszczególne cele niemieckiego postępowania niewypłacalnościowego z punktu widzenia polskiego porządku prawnego oraz legislacyjnych potrzeb i sposobów ewentualnej realizacji tych zadań.

4.1. Jednolitość postępowania

Nie jestem przekonany, czy zniesienie dualizmu postępowania sprowadzi szczególne korzyści. Fakt utrzymania odrębności tych postępowań ma również swoje zalety. Jedną z ważnych przyczyn opóźniania się ze składaniem wniosków o ogłoszenie upadłości przez dłużnika jest psychologiczna bariera – dłużnik, nie chcąc poddać się stygmatyzującemu dla niego postępowaniu, stara się nie dopuścić do ogłoszenia upadłości, nawet wtedy, gdy jego sytuacja finansowa nie zezwala już na samodzielne poczynienie jakichkolwiek kroków,

⁹⁸ Takim niebezpiecznym potencjalnie aktem dla postępowania upadłościowego jest projekt wprowadzenia do prawa polskiego długu gruntowego. Projekt został opublikowany w „Przeglądzie Legislacyjnym” 2000, nr 2, s. 195 i n. Zobacz krytyczne omówienie tego projektu przez J. Pisulińskiego w „Transformacjach Prawa Prywatnego” („TPP”) 2000, nr 1.

pozwalających na uratowanie przedsiębiorstwa. Niewątpliwie dla wielu dłużników jest łatwiej złożyć wniosek o otwarcie postępowania układowego niż wniosek o ogłoszenie upadłości. Z drugiej strony jest jednak prawdą, iż postępowanie układowe w prawie polskim może być przez dłużników nadużywane, tj. wykorzystywane w celu przecignięcia terminu dla złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, przy jednoczesnym braku jakichkolwiek widoków na zawarcie układu. Brakuje bowiem w polskim systemie prawnym postanowień, które automatycznie uruchamiałyby postępowanie upadłościowe w wypadku, gdy postępowanie układowe zostanie umorzone lub z innych powodów nie dojdzie do skutku⁹⁹. Należałoby wprowadzić zatem przepisy, z których wynikałoby, iż umorzenie postępowania układowego jest równoznaczne z ogłoszeniem upadłości dłużnika. Można by również rozważyć przepis, który, mimo zgłoszenia wniosku o otwarcie postępowania układowego, dawałby sądowi podstawę do ogłoszenia upadłości dłużnika, jeśliby było oczywiste, iż nie istnieje żadna realna szansa zawarcia układu, a prowadzenie postępowania układowego pociągnie za sobą jedynie opóźnienie ogłoszenia upadłości. Byłoby to zupełnie wystarczające zintegrowanie postępowań. Nie jest potrzebne tworzenie jednolitego postępowania – w ramach samego postępowania upadłościowego pojawia się znowu możliwość zawarcia układu. Należy jednak zrezygnować w przypadku postępowania układowego z założenia, iż jest ono dostępne tylko dla „godnego” dłużnika, który z przyczyn od siebie niezależnych popadł w stan niewypłacalności bądź grożącej niewypłacalności. Trzeba przyjąć, że do układu w postępowaniu układowym powinien być dopuszczony każdy dłużnik, który mógłby być dopuszczony do układu w postępowaniu upadłościowym.

4.2. *Przeciwdziałanie ubóstwu masy*

Podstawowym wymogiem naprawy polskiego prawa upadłościowego jest rezygnacja z katalogu wierzytelności uprzywilejowanych. To samo dotyczy konieczności zrezygnowania z katalogu wierzytelności wyłączonych spod postępowania układowego. Bez spełnienia tego wymogu wszelkie próby reformowania postępowania układowego są z góry skazane na niepowodzenie. Należy zwrócić uwagę, iż poprzednio obowiązujące niemieckie prawo upadłościowe znało znacznie mniej przywilejów, ale i tak zniesienie ich uznano za jedno z głównych założeń reformy. Drugim podstawowym zagadnieniem z punktu widzenia usprawnienia polskiego prawa niewypłacalnościowego jest rozwiązanie kwestii dotyczącej zabezpieczeń wierzytelności. Należy zaakceptować co do zasady dzisiejszą konstrukcję uprzywilejowania wierzytelności zabezpieczonych, przy pozostawieniu syndykowi prawa decydowania, kiedy i na jakich warunkach ma nastąpić realizacja przedmiotu zabezpieczenia. Powinno się również znieść szczególne traktowanie zastawu rejestrowego

⁹⁹ Zob. S. Smid, *Das Insolvenzverfahren...*, op. cit., s. 394–395.

w stosunku do innych zabezpieczeń rzeczowych. Tym działaniom musi towarzyszyć wprowadzenie do porządku prawnego wyraźnego zakazu przewłaszczenia na zabezpieczenie zarówno nieruchomości, jak i rzeczy ruchomych. Trzeba utrzymać natomiast, wzorem niemieckim, prawo wyłączenia dla zastrzeżenia własności.

Należy sądzić, iż po ostatnich zmianach dotyczących zaskarżania i bezskuteczności czynności dokonanych z pokrzywdzeniem wierzycieli¹⁰⁰, nie istnieje jakaś szczególna potrzeba zmian w systemie prawa.

Jako godne rozważenia warto przyjąć rozwiązania dotyczące postępowania w sprawie ogłoszenia upadłości, w szczególności odnoszące się do zarządu majątkiem dłużnika. Należy jednak zauważyć, że już w obecnie obowiązującym stanie prawnym art. 12 prawa upadłościowego stwarza szerokie możliwości w tej dziedzinie¹⁰¹. Lakoniczność tego unormowania sprawiać musi, w przypadku stosowania środków poważnie ingerujących w sferę majątkową dłużnika, szereg trudności, dotyczących relacji z osobami trzecimi, ochrony dobrej wiary, zakresu uprawnień zarządcy itp. Dlatego doprecyzowanie tych kwestii, z uwzględnieniem krytycznych uwag zgłoszonych w doktrynie niemieckiej w stosunku do niemieckiej regulacji zarządu tymczasowego majątkiem dłużnika, byłoby pożądane.

4.3. Autonomia wierzycieli i deregulacja postępowania

Postulat zwiększenia autonomii wierzycieli w polskim postępowaniu upadłościowym należy ocenić jak najbardziej krytycznie. Jest to powrót do zweryfikowanych negatywnie już w pierwszej połowie XIX w. koncepcji postępowań niewypłacalnościowych. Autonomia ta pociąga za sobą, nawet po uwzględnieniu różnych zabezpieczających instrumentów wprowadzonych do procedury niemieckiej, zdominowanie postępowania niewypłacalnościowego przez wierzycieli instytucjonalnych i z reguły jest nie do pogodzenia z wszelkimi zamiarami zwiększenia restrukturyzacyjnej funkcji postępowania niewypłacalnościowego. W szczególności należy uznać za zupełnie niecelowe, z uwagi na konieczność gwarantowania niezależności syndyka, dopuszczenie, aby był on wybierany przez zgromadzenie wierzycieli. Należy niewątpliwie rozważyć, czy obecnie obowiązujący system wyboru syndyka nie jest zbyt archaiczny. Wymaga rozważenia, czy mechanizm wyboru syndyka nie powinien być poddany kontroli także ze względu na interesy osób ubiegających się o tę funkcję, a pominiętych przez sąd¹⁰².

Postulat deregulacji postępowania, a więc przede wszystkim wprowadzenia instytucji *Insolvenzplan*, należy uznać za chybiony. Nie tylko dlatego, że nie

¹⁰⁰ Zob. art. 55 § 2 oraz art. 57 prawa upadłościowego, a także art. 527 § 4 k.c. O zaskarżaniu czynności dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli w postępowaniu upadłościowym zob. A. Rachwał, *Niewypłacalność jako przesłanka zaskarżenia przez syndyka czynności prawnej upadłego, dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli*, „TPP” 2000, nr 2, s. 61 i n.

¹⁰¹ Zob. F. Zedler, *Prawo upadłościowe i układowe*, Toruń 1999, s. 163.

¹⁰² Zob. H. Hess, *Die Insolvenzverwalterbestellung – Grundrechtsrelevanz, Grundrechtsdefizite und Rechtsschutz* (w:) H. Prütting, H. Vallender, *Insolvenzrecht in Wissenschaft und Praxis*, Köln 2000, s. 453 i n.

sprawdza się on w praktyce na gruncie prawa niemieckiego. Jest to niezwykle kosztowna konstrukcja, skoro koszty przygotowania takiego planu i tak obciążają dłużnika. Sam wymóg doręczenia planu (jakkolwiek w doktrynie niemieckiej sporny) oznaczałby w przypadku dużego postępowania koszty porównywalne z wydaniem książki. Ponadto w przypadku postępowania układowego w postępowaniu upadłościowym upadły nie jest związany ograniczeniami co do treści propozycji układowych, poza wymogiem równego traktowania wierzycieli w myśl art. 175 § 2 prawa upadłościowego. Inaczej sprawa się ma w postępowaniu układowym, gdzie, oprócz nakazu równego traktowania wierzycieli, art. 20 § 1 i 2 zawiera taksatywny katalog propozycji układowych. W przypadku postępowania układowego należy znieść te ograniczenia, godząc się na to, że postępowanie to nie musi prowadzić do sanowania przedsiębiorstwa i że możliwa jest także taka treść układu, która doprowadzi do likwidacji przedsiębiorstwa dłużnika. Należy również w przypadku zgromadzenia wierzycieli, zwołanego dla przyjęcia układu, uznać znaną prawu niemieckiemu możliwość głosowania grupami. Powiązać to należy ze zniesieniem ogólnego zakazu niedyskryminacji, który powinien zostać zastąpiony zakazem niedyskryminacji w ramach grup. Ideą, godną zaadaptowania w prawie polskim jest również wprowadzenie zakazu obstrukcji, tak jak to uczyniono w prawie niemieckim.

Należałoby także przyznać syndykowi prawo do złożenia propozycji układowych w postępowaniu upadłościowym. Przysługiwanie tego prawa jedynie upadłemu daje mu do ręki w pewnych sytuacjach instrument „szantażowania” wierzycieli, nie mających szans uzyskania czegokolwiek w przypadku likwidacji masy, kiedy jednak jest realne sanowanie przedsiębiorstwa (co w odniesieniu do przedsiębiorstw „nowej ekonomii” może być stosunkowo częste). Prawo złożenia propozycji przez syndyka powodowałoby, że „gra na wyczerpanie wierzycieli” prowadzona przez dłużnika lub jego organy byłaby niemożliwa lub znacznie ograniczona.

4.4. Uwolnienie od reszty długów i postępowania konsumenckie

Idea, aby postępowanie niewypłacalnościowe w imię ochrony dłużnika służyło również stworzeniu dla niego możliwości nowego początku, jest godna aprobaty. Wątpliwości może budzić jedynie to, czy skomplikowane postępowanie niemieckie jest najlepszym wzorem do naśladowania, czy też w tym wypadku nie należałoby sięgnąć bezpośrednio do wzorów amerykańskich¹⁰³, stanowiąc, że ukończenie postępowania upadłościowego ze względu na wykonanie ostatniego planu podziału prowadzi do zwolnienia z reszty długów. Powstaje tu oczywiście pytanie, czy takie najprostsze rozwiązanie nie kolido-

¹⁰³ Zob. P. Tereszkiewicz, *Postępowanie upadłościowe i oddłużeniowe dla konsumentów w Stanach Zjednoczonych i w niektórych krajach europejskich* (cz. 1), „TPP” 2000, nr 1–2, s. 103 i n.

wałoby z konstytucyjną ochroną własności, sędzę jednak, że stworzenie możliwości nowego startu jest uzasadnione w świetle zasady ochrony godności ludzkiej, jak również odpowiada wymogom ochrony wolności człowieka, która nie może być realizowana, jeżeli nie istnieje możliwość uwolnienia się od ciążących długów, powodujących trwałą niewypłacalność. Oczywiście zwolnienie z reszty długów może dotyczyć jedynie osób fizycznych. Należałoby również przewidzieć kategorie wierzytelności, od których uwolnienie nie jest dopuszczalne (np. wierzytelności z tytułu szkód na osobie).

Osobną kwestią jest zagadnienie wprowadzenia do polskiego prawa postępowania konsumenckiego. Twórcy projektu prawa upadłościowego wychodzili z założenia, iż nie jest zasadne wprowadzanie bagatelnych postępowań niewypłacalnościowych. Niekorzystne doświadczenia, które dotyczą postępowania konsumenckiego w Niemczech, muszą stanowić przestrożę dla polskiego ustawodawcy. Być może, przy założeniu możliwości uwolnienia od reszty długów, byłoby wystarczające zniesienie podstawowego ograniczenia podmiotowego polskiego prawa upadłościowego, jakim jest ograniczenie zdolności upadłościowej jedynie do przedsiębiorców. Powstaje oczywiście pytanie, czy kosztowne postępowanie upadłościowe w tym wypadku nie byłoby zbyt drogie. Należy jednak mieć na uwadze, że w prawie polskim wynagrodzenie syndyka jest ściśle unormowane i sąd ustalając je, może już w ramach art. 122 i 123 prawa upadłościowego uwzględnić wysokość nakładów syndyka, mając na uwadze niewielki zakres postępowania. Doświadczenia niemieckie wskazują ponadto, że postępowania konsumenckie w znacznej części przypadków nie mają charakteru bagatelnego¹⁰⁴.

4.5. Podsumowanie

Proponowany powyżej zakres ingerencji w treść polskich postępowań niewypłacalnościowych nie jest z pewnością mały. Uważam jednak, że z punktu widzenia techniki legislacyjnej może być on przeprowadzony przy pomocy stosunkowo nielicznych interwencji w treść ustawy. Pozwoliłoby to na ocalenie aktów prawnych, odznaczających się szczególnie wysokim poziomem legislacyjnym, a także niezwykle przemyślaną konstrukcją, które w poważnym zakresie nie zostały zdezaktualizowane. Sędzę, że zastąpienie polskiego prawa upadłościowego i układowego całkowicie nową ustawą czy ustawami nie przyniosłoby korzyści, które uzasadniają tak daleko sięgającą interwencję w istniejący porządek prawny.

¹⁰⁴ Mniej sceptyczny jest P. Tereszkievicz, *Postępowanie...*, op. cit., (cz. II), s. 52 i n.