

Agnieszka Cybulska-Bienioszek

Wnioski *de lege ferenda* w zakresie przygotowanej likwidacji – założenia i zasygnalizowanie postulatów

Analiza obowiązujących przepisów regulujących przygotowaną likwidację, zwłaszcza na tle komparatystycznym, wskazuje, że dla wykorzystania pełnego potencjału tej instytucji zasadne jest stworzenie całkowicie nowego modelu polskiego pre-packu. Co więcej, poważna nowelizacja przepisów w tym zakresie może okazać się nieunikniona - w związku z trwającymi obecnie pracami nad projektem dyrektywy w sprawie harmonizacji pewnych aspektów prawa dotyczącego niewypłacalności. Uważam, że pre-pack może być procedurą, która pozwala na osiągnięcie efektów pożądaných z punktu widzenia szerokiego kręgu interesariuszy. Można postawić tezę, że odpowiednie regulacje powinny spowodować, że sprzedaż w tym trybie będzie naprawdę szybsza, tańsza i bardziej efektywna od tej realizowanej w postępowaniu z likwidacją masy na zasadach ogólnych. Szczególną zaletą prawidłowo skonstruowanego pre-packu możliwość przeniesienia rentownego przedsiębiorstwa (jego zorganizowanej części) z dłużnika na podmiot, który wykorzysta jego potencjał gospodarczy, kontynuując działalność. W tym kontekście można uznać pre-pack za najdalej idącą formę restrukturyzacji. Z drugiej strony nie można zapomnieć, że pre-packom na całym świecie nieodłącznie towarzyszą obawy związane z brakiem transparentności procedury, ograniczeniem wpływu poszczególnych interesariuszy na jej przebieg oraz przyspieszonym trybem spieniężenia majątku dłużnika. Niewłaściwe ich wykorzystanie może prowadzić do nadużyć i pokrzywdzenia wierzycieli. Wydaje się tym samym, że w przepisach regulujących tego rodzaju instytucje powinno się w każdym przypadku uwzględniać konieczność wyważenia potencjalnych korzyści i możliwych zagrożeń. Szczególne niebezpieczeństwo pojawia się w transakcjach dokonywanych między podmiotami powiązanymi. Można też zaryzykować twierdzenie, że aby przygotowana sprzedaż była narzędziem przydatnym w praktyce, jej etap przygotowawczy powinien być poufny, zaś finalizacja sprzedaży po ujawnieniu niewypłacalności dłużnika możliwie najszybsza. Konieczne jest też zapewnienie atrakcyjności przygotowanej likwidacji nie tylko z punktu widzenia podmiotów zainteresowanych zbyciem konkretnych składników majątku, ale także potencjalnych nabywców.

Powyższe założenia dały podstawę do sformułowania przeze mnie szeregu wniosków *de lege ferenda*, które w niniejszych materiałach (z uwagi na ograniczenia w zakresie objętości tekstu) zostały jedynie zasygnalizowane. Wszystkie postulaty są zgodne z tekstem projektu dyrektywy. Te z nich, które zostały wskazane w pierwszej kolejności stanowią istotę proponowanego przeze mnie nowego modelu przygotowanej likwidacji. Po nich wskazano na

zmiany, które w mojej ocenie powinny zostać wprowadzone niezwłocznie, niezależnie od ewentualnych prac nad nowym modelem instytucji. Rozwinięcie i uzasadnienie poszczególnych postulatów znajdują się w książce „Przygotowana likwidacja (pre-pack) w postępowaniu upadłościowym” mojego autorstwa, a ponadto zostaną przedstawione w publikacji pokonferencyjnej.

Poszczególne wnioski w zakresie nowego modelu przygotowanej likwidacji:

- 1) dopuszczalnym przedmiotem sprzedaży w ramach przygotowanej likwidacji powinno być wyłącznie przedsiębiorstwo lub jego zorganizowana część;
- 2) przygotowana likwidacja nie powinna być dopuszczalna w upadłości konsumenckiej;
- 3) podmiotem posiadającym wyłączną legitymację do zainicjowania przygotowanej likwidacji powinien być dłużnik;
- 4) celowe jest wprowadzenie dwuetapowej formalnej procedury przygotowanej likwidacji. Pierwsza faza mająca na celu przygotowanie transakcji powinna być poufna, a nad jej przebiegiem powinien czuwać TNS. W drugiej (jawnej) fazie powinna następować szybka publiczna aukcja i po wyłonieniu zwycięzcy - niezwłoczna sprzedaż. Pierwszy oferent musi mieć przyznaną stosowną ochronę na wypadek niedojścia transakcji z jego udziałem do skutku;
- 5) potrzebna jest zmiana zasad zaskarżania postanowienia zatwierdzającego sprzedaż w ramach przygotowanej likwidacji, w sposób, który utrudni składanie zażaleń „na wszelki wypadek” i oczywiście bezzasadnych. Wniesienie środka odwoławczego powinno wstrzymywać wykonalność orzeczenia zatwierdzającego sprzedaż wyłącznie pod warunkiem, że wnoszący taki środek złoży zabezpieczenie odpowiednie do pokrycia ewentualnych szkód spowodowanych wstrzymaniem dokonania transakcji. Należy także rozważyć ograniczenie kręgu podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia;
- 6) należy zmodyfikować (rozszerzyć przynajmniej o osoby faktycznie zarządzające czy sprawujące kontrolę) definicję podmiotów powiązanych i wprowadzić sankcję za zatajenie istniejących powiązań w postaci obciążenia nabywcy odpowiedzialnością za długi przedsiębiorstwa. Należy rozważyć wprowadzenie zakazu nabywania składników objętych transakcją przez podmioty powiązane w okresie kilku lat po dokonaniu przygotowanej sprzedaży;
- 7) konieczne jest jednoznaczne wyłączenie odpowiedzialności nabywcy za zobowiązania wynikające ze stosunków pracy powstałe przed transferem;
- 8) w przygotowanej likwidacji powinien być wprowadzony wyjątek upadłościowy, o

którym mowa w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23 (brak automatycznego transferu wszystkich pracowników, nabywca powinien mieć prawo wybrać pracowników, których będzie dotyczyło automatyczne przejście związane z przejęciem zakładu pracy lub jego części);

- 9) potrzebne jest wprowadzenie dokonywanego w ramach sprzedaży przejęcia umów dłużnika (rozumianego jako wstąpienie nabywcy w prawa i obowiązki składające się na pozycję prawną upadłego przy zachowaniu treści i jurydycznej tożsamości całego zobowiązania) niezbędnych do dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa przez nabywcę.

Pilne postulaty *de lege ferenda* – konieczne przed zmianą całego modelu przygotowanej likwidacji:

- 1) pilna modyfikacja przesłanek zatwierdzenia warunków sprzedaży przez sąd – z uwagi na występującą obecnie możliwość rażącego pokrzywdzenia wierzycieli rzeczowych. Konieczne jest wprowadzenie zastrzeżenia, że sąd nie może zatwierdzić warunków sprzedaży, jeśli prowadzą one do rażącego pokrzywdzenia jednego lub większej liczby wierzycieli;
- 2) pilna interwencja ustawodawcy w zakresie odpowiedzialności syndyka w przypadku niedopełnienia obowiązków informacyjnych i konsultacyjnych w związku z przejściem zakładu pracy. Należy rozważyć ograniczenie zakresu takich obowiązków lub zmianę zasad ich realizowania w trybie przygotowanej likwidacji. Z całą pewnością należy zaś postulować wyłączenie odpowiedzialności (w szczególności karnej) syndyka w takich przypadkach.