

EIP c/o PLUTA Rechtsanwalts GmbH Barthstraße 16 80339 München

**Stanowisko europejskich
organizacji syndyków masy
upadłości (EIP) w sprawie wniosku
Komisji Europejskiej dotyczącego
dyrektywy w sprawie harmonizacji
niektórych aspektów prawa
upadłościowego z dnia 07.12.2022 r.
(COM (2022) 702 wersja ostateczna)**

Ivo-Meinert Willrodt
Przewodniczący EIP c/o PLUTA
Rechtsanwalts GmbH
Barthstraße 16
80339 München
Deutschland
P: +49 89 858963-3 M: +49 160
5307244 e-mail: ivo-
meinert.willrodt@pluta.net
email@eip-association.eu

Monachium, 07.03.2023 r.

EIP docenia możliwość skomentowania projektu dyrektywy Komisji Europejskiej w sprawie harmonizacji niektórych aspektów prawa upadłościowego (COM (2022) 702 wersja ostateczna).

EIP jest niezależnym, samofinansującym się stowarzyszeniem założonym przez organizacje europejskich praktyków upadłości. Utworzenie EIP w maju 2016 roku było podyktowane wyraźnym przekonaniem poszczególnych członków o konieczności poprawy efektywności procedur. Obecnie EIP reprezentuje następujące 15 stowarzyszeń członkowskich z około 4.900 członkami indywidualnymi w 12 państwach członkowskich Unii Europejskiej:

Austria	ReTurn Forum Zarządzania Restrukturyzacją i Restauracjami
Dania	Insolvency Law Committee of the General Council
Estonia	Kohtutäiturite ja Pankrotihaldurite Koda (Estońska Izba Baliffów i Powierników w Upadłości)
Francja	Conseil National - CNAJMJ ASPAJ IFPPC
Niemcy	DAV ARGE Insolvenzrecht & Sanierung VID Verband Insolvenzverwalter und Sachwalter Deutschlands e.V.

Łotwa	Association of Administrators of Insolvency Proceedings
Litwa	National Association of Business Administrators



Polska	Instytut Allerhanda
Słowenia	Zbornica upraviteljev Slovenije

Hiszpania	ASPAC
	APACSA
Szwecja	REKON

EIP jest wpisany do rejestru lobbystów Unii Europejskiej pod numerem 49738473993825.

EIP intensywnie zajmowało się propozycją nowej dyrektywy (zwaną dalej "Propozycją") w sześciu grupach roboczych składających się z przedstawicieli krajowych organizacji członkowskich EIP. Zasadniczo EIP z zadowoleniem przyjmuje Propozycję w odniesieniu do tematów: Prawo o unikaniu opodatkowania (Tytuł II), Śledzenie aktywów (Tytuł III), Postępowanie poprzedzające pakowanie (Tytuł IV), Obowiązki i odpowiedzialność dyrektorów (Tytuł V) oraz Komitet wierzycieli (Tytuł VII).

EIP odrzuca natomiast wniosek w odniesieniu do specjalnego systemu **likwidacji mikroprzedsiębiorstw (tytuł VI)** i opowiada się za utrzymaniem, jako zasady, wyznaczania syndyków masy upadłości jako centralnych osób prowadzących postępowanie upadłościowe. Propozycja doprowadziłaby w rzeczywistości do całkowitego zniesienia dobrze funkcjonujących w większości państw członkowskich systemów, w których główną rolę w prowadzeniu postępowania upadłościowego odgrywa neutralny i obiektywny syndyk masy upadłości i które zasadniczo służą ochronie interesów wierzycieli, a także zapewniają ją w sposób generalnie efektywny kosztowo.

Przepisy zawarte w tytule VI Propozycji znacznie pogorszyłyby sytuację wierzycieli, a ich praktyczne wdrożenie nie byłoby możliwe, zwłaszcza ze względu na nagromadzenie zadań przewidzianych dla sądów upadłościowych lub innych właściwych organów (w dalszej części tekstu zwanych "sądami upadłościowymi" lub "sądami").

Doszłoby do znacznego naruszenia praw wierzycieli, ponieważ dłużnicy nie byłiby w stanie zidentyfikować i respektować zabezpieczeń wierzycieli (np. umownych i

ustawowych praw odrębności lub uprawnień do odrębnego zaspokojenia), ponieważ z powodu braku wiedzy regularnie nie są nawet świadomi istnienia takich praw lub nie mają już niezbędnego czasu lub zainteresowania pracochłonną i czasochłonną likwidacją ich upadłego przedsiębiorstwa.

Ponadto mikroprzedsiębiorcy mają zwykle trudności z wyraźnym rozróżnieniem aktywów swoich firm od aktywów osobistych.

W szczególności zadania te wykonuje i egzekwuje syndyk masy upadłości, który sprawdza również, czy przed postępowaniem doszło do szkodliwych lub sprzecznych z prawem działań zarządu. Sądy upadłościowe nie będą mogły wykonywać tych i wielu innych zadań, które obecnie wykonują syndycy masy upadłości, głównie dlatego, że m.in. zupełnie inaczej wygląda zakres obowiązków sędziów i komorników.

Według wstępnej oceny proponowany specjalny system miałby zastosowanie do 90-95 % postępowań upadłościowych we wszystkich państwach członkowskich. W mniejszych i średnich państwach członkowskich, takich jak państwa bałtyckie, Belgia czy Austria, mogłoby to na dużą skalę doprowadzić do zniknięcia biur syndyków masy upadłości oraz związanej z nimi infrastruktury i know-how, ponieważ z powodu braku postępowań nie będzie już możliwe utrzymywanie biur i specjalizowanie się w tej dziedzinie prawa i działalności w sposób zapewniający pokrycie kosztów.

Ponadto proponowana dyrektywa jest sprzeczna: Z jednej strony słusznie dąży do poprawy wyników postępowań upadłościowych dla wierzycieli dzięki zwiększonym możliwościom odszukiwania aktywów i zharmonizowanym przepisom dotyczącym działań mających na celu uniknięcie zobowiązań, a także do wzmocnienia zaangażowania wierzycieli poprzez rady wierzycieli. Z drugiej strony, specjalny system mający zastosowanie do przeważającej większości niewypłacalnych przedsiębiorstw de facto znosi koncepcję postępowania upadłościowego, w którym te właśnie zasady byłyby - i mogłyby być - stosowane wyłącznie przez zarządców masy upadłości.

Ponadto lekceważenie praw wierzycieli w ramach specjalnego systemu jeszcze bardziej utrudniłoby mikroprzedsiębiorstwom uzyskanie finansowania z banków. Banki obniżą dostępność i podniosą koszty udzielania kredytów w obliczu niebezpieczeństwa, że ich zabezpieczenia nie będą respektowane lub przynajmniej będą trudniejsze do wyegzekwowania, a przy braku obiektywnego zarządcy masy upadłości nie będą w stanie wykryć szkodliwych lub sprzecznych z prawem działań dłużnika i czynności nieważnych. Te dwa zadania są podstawowymi czynnościami zarządcy w postępowaniu upadłościowym.

Jak już wskazało wiele stowarzyszeń krajowych, istnieją lepsze sposoby na zwiększenie skuteczności postępowań upadłościowych.

Proponowane nowe **postępowanie typu "pre-pack" (tytuł IV)** rozszerza zestaw narzędzi w postępowaniu upadłościowym w sposób, który co do zasady jest rozsądny, w celu uzyskania jak najwyższej ceny sprzedaży przedsiębiorstwa w trudnej sytuacji gospodarczej. Należy jednak zagwarantować, że zapobiegnie się nadużyciom w postaci sprzedaży poniżej wartości - np. na rzecz zarządu lub byłych udziałowców lub osób blisko z nimi związanych. W tym zakresie wnioszek wymaga zmiany.

Między innymi rewizji wymaga relacja między ewentualną aukcją inicjowaną przez sąd a faktyczną procedurą pre-pack prowadzoną przez monitora. Niektórzy członkowie EIP obawiają się, że proponowana koncepcja (art. 19, 22 i 24) może stracić sens, jeżeli w fazie przygotowawczej przeprowadzony zostanie obiektywny proces fuzji i przejęć pod nadzorem monitora, a najlepsza oferta z tego procesu posłuży jedynie jako oferta "stalking horse" w późniejszej aukcji. Groźba aukcji może sprowokować najniższe możliwe oferty w poprzedzającym ją procesie fuzji i przejęć. Może zniechęcić oferentów do podjęcia znacznego wysiłku związanego z due diligence na samym początku, jeżeli nawet najlepsza oferta w procesie fuzji i przejęć nie gwarantuje przyjęcia oferty, a harmonogram może ulec opóźnieniu. Aukcja publiczna powinna być opcją dla sądu jedynie w przypadku, gdy monitorujący lub wierzyciele wyrazili poważne podejrzenia dotyczące nadużyć lub gdy jedynymi oferentami są członkowie zarządu lub byli akcjonariusze lub osoby blisko z nimi związane.

Co do zasady EIP z zadowoleniem przyjmuje proponowane regulacje dotyczące **czynności bezskutecznych (Tytuł II)**, gdyż są one odpowiednie dla egzekwowania zasady równego traktowania wierzycieli. Dlaczego w sytuacji, gdy majątek dłużnika jest niewystarczający, wierzyciele, którzy np. ze względu na szczególną wiedzę, bliskie relacje z dłużnikiem lub szczególne uprawnienia w zakresie egzekucji, mają być w lepszej sytuacji niż inni wierzyciele? Równe traktowanie wierzycieli nie ulega jednak poprawie, jeżeli powiększenie masy upadłości w wyniku działań mających na celu uniknięcie zobowiązań nie jest rozdzielane równo pomiędzy wszystkich wierzycieli ze względu na skomplikowane systemy pierwszeństwa w zaspokojeniu dla roszczeń wierzycieli. Działania związane z czynnościami bezskutecznymi, np. przeciwko urzędowi skarbowemu lub zakładowi ubezpieczeń społecznych, nie mają sensu, jeśli wierzyciele ci są traktowani priorytetowo na mocy prawa krajowego przy podziale dochodów z działań bezskutecznych. Dlatego też w kolejnym kroku prawodawca europejski musi również zająć się i zharmonizować różne krajowe systemy pierwszeństwa w zaspokojeniu, najlepiej w sensie równego traktowania wszystkich (niezabezpieczonych) roszczeń upadłościowych.

W szczególności uwagi EIP dotyczące poszczególnych części wniosku są następujące (w kolejności ważności):

1. Specjalny system likwidacji niewypłacalnych mikroprzedsiębiorstw (tytuł VI)

EIP nie popiera obowiązkowego wprowadzenia uproszczonego postępowania likwidacyjnego dla mikroprzedsiębiorstw zgodnie z przepisami tytułu VI Propozycji. Ponieważ we wniosku nie wymieniono żadnych zainteresowanych państw członkowskich, nie jest możliwe zweryfikowanie założeń zawartych na stronie 17 uzasadnienia i w motywie 35, że "w wielu państwach członkowskich nie przeprowadza się uporządkowanej likwidacji takich przedsiębiorstw [...]" oraz że "krajowe przepisy dotyczące niewypłacalności nie zawsze są dostosowane do właściwego i proporcjonalnego traktowania niewypłacalnych mikroprzedsiębiorstw". Członkom EIP nie są znane żadne przykłady, które potwierdzałyby te ustalenia i w których proponowana koncepcja prowadziłaby do poprawy sytuacji. Wręcz przeciwnie, wiele państw członkowskich posiada dobrze funkcjonujące systemy, które przy braku czynników zakłócających, nie mających oparcia w przepisach proceduralnych, pozwalają na szybką i opłacalną likwidację niewypłacalnych mikroprzedsiębiorstw.

Na przykład w Polsce i Niemczech (i najprawdopodobniej w innych państwach członkowskich) obowiązuje proste, szybkie i tanie postępowanie w sprawie wykreślenia "martwych", niewypłacalnych spółek z rejestru handlowego, jeżeli - co jest wcześniej sprawdzane - majątek spółki nie pokrywa kosztów postępowania upadłościowego. Zarówno w Polsce, jak i w Niemczech właściwe dla postępowania o wykreślenie są Sądy rejestrowe spółek - a nie Sądy upadłościowe. Nawet bez powołania syndyka masy upadłości uproszczone postępowanie likwidacyjne według proponowanej dyrektywy byłoby bardziej skomplikowane i wymagałoby więcej czasu i większego zaangażowania urzędowego, nie prowadząc do innego rezultatu. Dostęp poszczególnych przedsiębiorców lub wspólników do uwolnienia się od długu (umorzenia zobowiązań) jest już zapewniony poprzez wdrożenie art. 20-24 dyrektywy (UE) 2019/1023.

W przypadku Francji obowiązujące przepisy już zapewniają skuteczne, proporcjonalne i oszczędne traktowanie niewypłacalnych mikroprzedsiębiorstw (które stanowią około 93 % wszystkich postępowań), umożliwiając zgodne z prawem i szybkie postępowanie przy bardzo ograniczonych kosztach (tak niskich jak 1500 EUR w przypadku niewypłacalnych postępowań upadłościowych, finansowanych ze specjalnego funduszu, które stanowią około 2/3 wszystkich postępowań likwidacyjnych). W związku z tym wszczęcie postępowania likwidacyjnego bez wyznaczenia administratora byłoby we Francji głęboko szkodliwe dla praw wierzycieli i pracowników (interwencja administratora jest niezbędna do uruchomienia krajowego funduszu gwarantującego wypłatę wynagrodzeń), a także dla wdrożenia przepisów dotyczących ochrony środowiska (które wymagają interwencji administratora w celu zabezpieczenia zanieczyszczonych terenów) i ochrony gospodarczego porządku publicznego (wdrożenie w szczególności wymogów dotyczących zwalczania nadużyć finansowych oraz przeciwdziałania praniu brudnych pieniędzy i finansowaniu terroryzmu), bez przewidywalnych korzyści.

W przypadku państw członkowskich takich jak Łotwa, które mają problemy z terminowym usuwaniem nieaktywnych "pustych spółek", wniosek może rozwiązać te problemy i przyspieszyć likwidację, ale należy unikać zbyt szczegółowych uregulowanych postępowań likwidacyjnych dla mikroprzedsiębiorstw, ponieważ nie są one proporcjonalne do wymiarów i wskaźników mniejszych gospodarek takich jak Łotwa. Rozwiązania takie jak opisane powyżej wydają się bardziej odpowiednie.

Na funkcjonowanie systemów negatywnie wpłynęłoby obowiązkowe przejście na proponowane postępowanie, które, oprócz innych wad, budzi poważne wątpliwości co do swojej praktyczności. W rzeczywistości, zwłaszcza propozycja, aby co do zasady nie wyznaczać syndyka masy upadłości, wywołałaby efekt przeciwny do zamierzonego zwiększenia efektywności. Koncepcja, że skuteczność można zwiększyć poprzez zaangażowanie osób, które nie mają ani zdolności, ani kwalifikacji wymaganych do wykonywania zadań, jest w tym przypadku równie nieprzekonująca jak w innych przypadkach.

Warto zauważyć, że przeniesienie zadań sądu na syndyków masy upadłości (np. zgłaszanie wierzytelności i tabela upadłościowa w Niemczech i we Francji lub upadłość konsumencka w Polsce) doprowadziło do poprawy jakości i skuteczności, podczas gdy nie są znane pozytywne przykłady odwrotnej sytuacji.

Mikroprzedsiębiorstwa, do których skierowana jest Propozycja, regularnie mają trudności z właściwym prowadzeniem własnej działalności gospodarczej (zob. motyw 37), a tym samym są jeszcze mniej zdolne do wyboru i przeprowadzenia odpowiedniego postępowania upadłościowego. Dlatego są one skłonne stać się "ofiara" wątpliwych doradców, którzy w przeciwieństwie do syndyków masy upadłościowej nie są ani neutralni, ani nie podlegają regulacjom dotyczącym opłat, ubezpieczenia, odpowiedzialności i kwalifikacji.

Ponadto system "kontroli i równowagi" pomiędzy sądem, wierzycielami i syndykiem masy upadłości w połączeniu z odpowiednim systemem wynagrodzeń jest najlepszym sposobem na rozwiązanie problemu nieskuteczności, niedostatków jakości, niewłaściwego wykorzystania takich postępowań oraz, o ile jest to problem, korupcji.

Prawodawca unijny powinien powstrzymać się od przyjęcia środka legislacyjnego w tej dziedzinie i ograniczyć się do zaleceń, które mogą, a w przypadku rzeczywistej potrzeby zostaną przyjęte przez państwa członkowskie, które uznają te zalecenia za poprawę w stosunku do ich obecnego systemu.

W szczególności wniosek dotyczący tytułu VI skłania do następujących uwag:

1.1. Definicja "mikroprzedsiębiorstwa" w art. 2 lit. j) odnosząca się do zalecenia Komisji 2003/361/WE obejmuje podmioty (< 2 mln EUR obrotu/ sumy bilansowej),

które są regularnie zbyt duże i złożone, aby podlegać specjalnemu systemowi. Motyw 35 sugeruje nawet rozszerzenie przepisów na małe i średnie przedsiębiorstwa. Limit wielkości z art. 685 Ley Concursal, nowej ustawy hiszpańskiej (< 10 FTEs and < 700 k€ obrotu lub < 350 k€ zobowiązań), który był oczywiście inspirowany przez Art. 3 (1) dyrektywy 2013/34/UE wydaje się bardziej realistyczny. Podobnie jak w dyrektywie (UE) 2019/1023 (zob. motyw 18) należy pozostawić państwom członkowskim określenie wielkości mikroprzedsiębiorstw, dla których postępowanie uproszczone może być odpowiednie.

- 1.2. Propozycja w ramach tytułu II (czynności bezskuteczne) i tytułu III ma na celu poprawę możliwości poszukiwania i dochodzenia aktywów należących do masy upadłości oraz odwrócenia skutków (ubezskutecznienia) czynności prawnych, które były niekorzystne dla wierzycieli, w celu zmaksymalizowania wyniku dla nich. Praktyczne wdrożenie obu zestawów przepisów wymaga wykwalifikowanej i neutralnej osoby. Propozycja w ramach tytułu IV (postępowanie poprzedzające sprzedaż przedsiębiorstwa) również opiera się na (prawidłowym) założeniu, że przygotowanie sprzedaży przedsiębiorstwa musi być monitorowane przez neutralną i wykwalifikowaną osobę w celu uniknięcia nadużyć i promowania akceptacji wśród wierzycieli. Postępowanie uproszczone zgodnie z przepisami tytułu VI nie jest zgodne z koncepcją pozostałych części Propozycji, ponieważ co do zasady rezygnuje się z udziału osoby neutralnej, która ma kwalifikacje i możliwości do prowadzenia postępowania, śledzenia aktywów i roszczeń związanych z czynnościami bezskutecznymi oraz maksymalizacji wartości dla wierzycieli.
- 1.3. Ponadto, gdyby mikroprzedsiębiorstwa, stanowiące zdecydowaną większość wszystkich przedsiębiorstw w UE, korzystały z postępowania uproszczonego w stopniu uzasadniającym jego opracowanie, państwa członkowskie z trudem mogłyby wyposażyć sądy lub ustanowić właściwe organy w wystarczającą liczbę wykwalifikowanego personelu, wymaganego do obsługi liczby zadań, które w przeciwnym razie wykonywałby syndyk masy upadłości, a zatem są obecnie dla sądów/władzy. W tym kontekście warto przypomnieć, że w dyrektywie (UE) 2019/1023 (zob. motywy 85, 86) dostrzeżono znaczne możliwości poprawy działania sądów. Istnieją państwa członkowskie, w których sądy nadal wymagają większej profesjonalizacji i nadzoru niż syndycy masy upadłości. W proponowanym uproszczonym postępowaniu likwidacyjnym - nowe lub dodatkowe - zadania dla sądów lub innych właściwych organów obejmowałyby między innymi,
 - bieżące monitorowanie dłużnika w celu oceny konieczności zastosowania środków zgodnie z art. 43 (3),

- o potencjalne skorzystanie z zastrzeżenia zgody zgodnie z art. 43 ust. 4 lit. a), co wymaga stałego zaangażowania w działalność dłużnika, w tym często obecności na miejscu,
- o badanie potencjalnych roszczeń o uniknięcie opodatkowania w celu podjęcia decyzji o przekształceniu postępowania zgodnie z art. 47 (c),
- o określenie wykazu składników majątkowych, składników majątkowych wyłączonych (objętych) i wyłączonych z masy zgodnie z art. 48 ust. 1 - 3, oraz
- o wycena aktywów w celu podjęcia decyzji o realizacji praw zgodnie z art. 49.

Jeżeli sądy są przytłoczone wymogami konkretnej sprawy lub objętością postępowania, muszą, poza art. 47 (c), mieć możliwość wyznaczenia według swojego uznania syndyka masy upadłości lub przekształcenia postępowania uproszczonego w postępowanie standardowe.

1.4. Gdyby uproszczony system bez powoływania syndyka masy upadłości był wykorzystywany w zakresie uzasadniającym jego opracowanie, skutki nie ograniczałyby się do samego prowadzenia postępowania i możliwości sądu. Jak już wspomniano, mikroprzedsiębiorstwa, w szczególności zgodnie z definicją zawartą w art. 2 j) Propozycji, stanowią zdecydowaną większość przedsiębiorstw w prawdopodobnie wszystkich państwach członkowskich, a tym samym zdecydowaną większość postępowań upadłościowych. Nie można uznać za argument przeciwko uproszczonemu systemowi tego, że wielu syndyków straciłoby pole działania, gdyby większość niewypłacalnych mikroprzedsiębiorstw była likwidowana bez powoływania syndyka. Należy jednak pamiętać, że szkolenie syndyków masy upadłości i utrzymanie wystarczająco wykwalifikowanego personelu do prowadzenia większych spraw wymaga pewnego nakładu pracy przy mniejszych sprawach. Wątpliwe jest, czy zarówno w przedsiębiorstwach syndyków masy upadłości, jak i w obrębie danej jurysdykcji znaczne zmniejszenie liczby spraw pozwoliłoby nadal utrzymać zdrowy, oparty na konkurencji rynek i kulturę wystarczającej liczby i wystarczająco wykwalifikowanych przedsiębiorstw syndyków masy upadłości.

1.5. Zasadniczo stosowanie standardowych formularzy jest dobrym pomysłem. Muszą one jednak być zarówno przyjazne dla użytkownika (negatywnym przykładem w tym zakresie jest standardowy formularz wg Art. 55 ust. 1, 88 rozporządzenia (UE) 2015/848), jak i kompletne. Treść standardowego formularza zgodnie z art. 41 (4) nie jest kompletna, ponieważ nie przewiduje nawet wszystkich informacji, których Sąd potrzebuje do zbadania wszystkich przesłanek wszczęcia postępowania zgodnie z Art. 42 (2), w szczególności lit. a) i d). Ponadto dłużnik powinien przedłożyć dokumenty potwierdzające informacje o wierzycielach, ich

wierzytelnościach i zabezpieczeniach (art. 41 ust. 4 lit. d)-f)), aby umożliwić Sądowi weryfikację i uniknąć nadużycia uproszczonego uznania wierzytelności zgodnie z art. 46 ust. 3. Nawet jeśli motyw 37 Propozycji można rozumieć inaczej, nie miałoby sensu umożliwienie dłużnikom, których księgi nie są odpowiednio prowadzone i aktualizowane, dostępu do postępowania uproszczonego bez wykwalifikowanej osoby niezależnej, która weryfikuje istnienie aktywów i roszczeń o uniknięcie zobowiązań. W przeciwnym razie Sąd nie ma szans na weryfikację informacji podawanych przez dłużnika, a postępowanie byłoby zachętą do unikania prawidłowego prowadzenia ksiąg i ukrywania potencjalnych kosztowności i roszczeń związanych z niewypłacalnością.

- 1.6. Nie jest jasne, czy dwutygodniowy termin, w którym Sąd musi podjąć decyzję w sprawie wniosku zgodnie z Art. 42 (1), ma zastosowanie w każdym przypadku, czy tylko w przypadku prawidłowego i dopuszczalnego wniosku, który spełnia wszystkie wymogi określone w Art. 41 (4) ze zmianami wymienionymi powyżej. Ta druga opcja jest preferowana i powinna być wskazana w przepisie. Jednak nawet w takim przypadku termin będzie co do zasady zbyt krótki, w szczególności gdy Sąd będzie musiał zweryfikować informacje przekazane przez dłużnika lub wysłuchać dłużnika przed podjęciem decyzji w sprawie wniosku wierzyciela. Ponadto, oprócz powodów określonych w art. 42 ust. 2, Sąd musi mieć prawo do odmowy otwarcia uproszczonego postępowania likwidacyjnego, jeśli informacje przedstawione wraz z wnioskiem są niekompletne lub wadliwe.
- 1.7. Zarówno obowiązek dłużnika do kwotowego określenia roszczeń wierzycieli, jak i terminy, w których wierzyciele mogą zgłaszać sprzeciw i wnosić roszczenia w art. 46 są praktycznie niewykonalne dla szeregu roszczeń, w szczególności dla roszczeń o przyszłe odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązań umownych. Wniosek nie odnosi się do wpływu postępowania na umowy; likwidacja wymaga jednak możliwości rozwiązania umów, co prowadzi do powstania zobowiązań masy upadłości w okresie rozwiązania umowy oraz potencjalnych roszczeń odszkodowawczych z tytułu niewykonania zobowiązań umownych w związku z rozwiązaniem umowy. Definicja "całkowitego zwolnienia z długu" zawarta w art. 2 lit. m) pozostawia otwartą kwestię, czy lub w jakim zakresie absolutorium obejmuje również roszczenia po otwarciu, czy tylko roszczenia przed otwarciem. Należy jeszcze raz podkreślić, że standardowy dłużnik będący mikroprzedsiębiorcą zazwyczaj nie będzie w stanie prawidłowo i w jak najszybszym czasie rozwiązać umów, które "przetrwały" otwarciu postępowania upadłościowego, a Sąd mógłby - pomijając problemy z możliwościami - udzielić mu wsparcia tylko wtedy, gdyby miał pełny przegląd wszystkich stosunków umownych i informacje o potencjalnej potrzebie ich tymczasowego utrzymania. Kwestia roszczeń odszkodowawczych i długów po otwarciu postępowania obejmuje zatem zagadnienie długów, których dłużnik mógł uniknąć, podejmując w porę odpowiednie działania.

- 1.8. Ani procedura wnoszenia i uznawania roszczeń określona w art. 46 ani przepis dotyczący podziału wpływów nie rozwiązuje kwestii, jak należy postępować lub kto jest odpowiedzialny za nadzór nad prawidłowym uszeregowaniem roszczeń w państwach członkowskich posiadających system uszeregowania lub system, zgodnie z którym wnoszenie roszczeń o określonej randze może być dopuszczalne tylko w określonych okolicznościach. Pominięcie krajowych systemów pierwszeństwa zaspokojenia w postępowaniach uproszczonych nie jest raczej rozwiązaniem w świetle możliwości konwersji w art. 47 (c), jeżeli harmonizacja nie obejmuje likwidacji systemów pierwszeństwa zaspokojenia we wszystkich postępowaniach upadłościowych w całej UE.
- 1.9. Utworzenie i wykorzystanie systemów aukcji elektronicznych może mieć korzystne skutki, mimo że w wielu państwach członkowskich istnieją już liczne wysoce profesjonalne internetowe systemy aukcyjne prowadzone przez usługodawców, którzy inwentaryzują, oceniają i sprzedają aktywa pochodzące m.in. z masy upadłości. Specjalne systemy aukcji elektronicznych dla postępowań uproszczonych nie są jednak w stanie zapewnić znacznego uproszczenia lub obniżenia kosztów. Nawet w przypadku elektronicznej platformy sprzedaży ktoś musi ewidencjonować i wyceniać dane przedmioty oraz umieszczać je na platformie w odpowiedni sposób (tj. zazwyczaj ze zdjęciami i opisami). W przypadku komputerów i innych przedmiotów z nośnikami pamięci, na których mogłyby być przechowywane dane osobowe, przed sprzedażą należy przeprowadzić zgodne z zasadami ochrony danych usunięcie nośników pamięci. Do czasu sprzedaży przedmioty muszą być tymczasowo przechowywane w dotychczasowym miejscu i zabezpieczone przed dostępem osób nieupoważnionych lub, jeśli to miejsce nie może być dalej wykorzystywane lub zabezpieczone, muszą być przetransportowane do innego tymczasowego miejsca przechowywania. W zależności od przedmiotów sprzedaży może być również konieczne udostępnienie ich do kontroli, a w każdym razie ostateczne przekazanie lub wysłanie nabywcom. W tym kontekście należy zapewnić odpowiednie fakturowanie i kontrolę płatności, jak również prawidłowe deklarowanie i płacenie podatków. Próba sprzedaży przedsiębiorstwa w toku zgodnie z art. 50 (1) ust. 2, (2) wymaga marketingu, możliwości przeprowadzenia badania due diligence (po podpisaniu NDA i przygotowaniu odpowiednich informacji), profesjonalnej umowy sprzedaży aktywów i negocjacji z potencjalnymi nabywcami. Ponieważ co do zasady ani dłużnik, ani Sąd nie będą w stanie wykonać tych zadań, musi istnieć sposobność, wg uznania Sądu, zaangażowania usługodawców, doradców albo powołania syndyka masy upadłości.
- 1.10. Propozycja nie zawiera żadnych przepisów dotyczących postępowania z pracownikami i ich prawami. W przypadku powołania syndyka masy upadłości, informuje on pracowników dłużnika o postępowaniu, jego skutkach i ich prawach niezwłocznie po rozpoczęciu postępowania oraz podejmuje wszelkie inne niezbędne działania i przygotowuje dokumenty. Dłużnicy (zwłaszcza właściciele

lub menedżerowie mikroprzedsiębiorstw) prawie niezmiennie nie mają wystarczających kwalifikacji, aby poinformować pracowników o skutkach postępowania upadłościowego i przedstawić niezbędne dokumenty. Wątpliwe jest, czy Sąd byłby w stanie sprostać tym zadaniom, ale byłby to jedyny wyobrażalny substytut syndyka masy upadłości, skoro poziom poinformowania i ochrony pracowników nie ma zależeć od wielkości przedsiębiorstwa czy możliwości dłużnika. Sąd byłby również jedyną możliwą instytucją, która mogłaby wspierać pracowników w korzystaniu z mechanizmu ochrony roszczeń pracowniczych w przypadku upadłości ich pracodawcy zgodnie z Dyrektywą 2008/94/WE, a w przypadku sprzedaży na zasadzie kontynuacji działalności zgodnie z Art. 50 ust. 1 pkt 2 projektu, do właściwego poinformowania pracowników o przejściu ich stosunku pracy i jego konsekwencjach zgodnie z art. 3 (2) dyrektywy 2001/23/WE. Trudno sobie wyobrazić, aby w postępowaniu uproszczonym bez powołania syndyka masy upadłości można było zapewnić ochronę praw pracowniczych na takim poziomie jakości i skuteczności, jak w postępowaniu zwykłym.

2. Przygotowana likwidacja – pre-pack (tytuł IV)

Jako ogólne stanowisko, EIP popiera propozycję dotyczącą postępowania typu "Pre-pack". Niektórzy członkowie EIP mają już do czynienia z procedurą pre-pack w swoich krajowych ramach prawnych (Francja, Hiszpania, Polska), inni nie mają jej w ogóle lub jest ona prowadzona w sposób niekoniecznie prawnie i formalnie określony (Niemcy).

W związku z tym, jeżeli procedura "pre-pack" ma stać się częścią ostatecznej dyrektywy, należy w niej ustanowić ścisłe zasady, aby uniknąć jej nadużywania kosztem interesów wierzycieli. Niektóre szczegółowe zagadnienia wymagają dokładnej analizy, jak np. przymusowe przeniesienie umów bez zgody kontrahenta, co może prowadzić do kwestii konstytucyjnej np. w Niemczech, gdzie swoboda umów jest jedną z wolności chronionych prawami podstawowymi.

Komisja przypomina, że procedury te są skuteczne pod względem zachowania wartości dla wierzycieli, ponieważ uwzględniają podejście zakładające kontynuację działalności, są przygotowywane i negocjowane w profesjonalnych, konkurencyjnych i poufnych ramach. We wniosku starannie zdefiniowano sprzedaż przy założeniu kontynuacji działalności, w przeciwieństwie do sprzedaży poszczególnych aktywów. Podkreśla się w nim, że procedura ta musi zostać włączona do prawa upadłościowego państw członkowskich, aby nadać sprzedaży charakter sądowy i tym samym zapewnić zgodność z przepisami dyrektywy 2001/23/WE.

Propozycja przypomina (art. 28), że sprzedaż sądowa jest wolna od zobowiązań, ze szczególnym uwzględnieniem art. 34, który ma na celu ochronę praw wierzycieli, a w

szczegółności dostrzeżenie zastosowania obowiązującego krajowego prawa upadłościowego w celu zwolnienia zabezpieczeń.

Przypomina również, że postępowanie zbiorowe wszczęte w celu dokonania transferu nie pociąga za sobą rozwiązywania dotychczasowych umów, a transfer sądowy wiąże się z przeniesieniem umów niezbędnych do prowadzenia działalności. Jak wskazano wcześniej, zasady te mogą przynosić trudności w krajach takich jak Niemcy, natomiast jest to powszechna praktyka we Francji, Hiszpanii czy Polsce.

Propozycja przewiduje zwiększenie bezpieczeństwa procesu poprzez zapewnienie, że skontaktowano się z potencjalnymi nabywcami i że zastosowano konkurencyjny proces w celu uzyskania najlepszej ceny.

Propozycja kładzie nacisk na dominującą rolę "Monitora", który jest kluczową postacią w prowadzeniu pakietu wstępnego. Jak już wskazano powyżej, koncepcja przedstawiona w tytule VI Propozycji nie jest zgodna z tym - prawidłowym - założeniem.

Koncepcja art. 24 (3) i 26 (2) ma na celu pozostawienie Sądowi wyboru pomiędzy przyjęciem oferty przedstawionej przez Monitora a rozpoczęciem szybkiego (4 tygodnie) otwartego procesu aukcyjnego. W tym drugim przypadku projekt sugeruje, że kandydat przedstawiony przez Monitora powinien zostać utrzymany jako "floor bid", a w przypadku wyższej oferty powinien otrzymać zwrot swoich kosztów, do pewnego stopnia. Mechanizm ten, inspirowany praktyką biznesową w zakresie przejęć, mógłby prowadzić do niskich pierwszych ofert, jeśli oferent obawiałby się potem otwartej aukcji. Wówczas mechanizm licytacji powinien być opcją dla sądu tylko wtedy, gdy monitorujący lub wierzyciele wyrazili poważne podejrzenia o nadużycia, lub gdy jedynymi oferentami są zarząd lub byli akcjonariusze lub osoby blisko z nimi związane.

Wskazane w Propozycji ryzyko zbyt niskiej ceny, w przypadku przedstawienia jej przez podmiot blisko powiązany, niweluje obowiązek przeprowadzenia przez Monitor testu najlepszego interesu wierzycieli, co jest zgodne z dyrektywą (UE) 2019/1023 wprowadzającą takie pojęcie do prawa upadłościowego państw członkowskich.

2.1. Art. 21 Propozycji bardzo wyraźnie wskazuje, że właściwy sąd, który rozpoznaje postępowanie pre-pack, będzie miał wyłączną właściwość do rozpoznawania sporów o skutki i konsekwencje tego postępowania. Będzie on zatem właściwy do zarządzenia późniejszej cesji w postępowaniu upadłościowym. W uzasadnieniu Komisja wyjaśnia, że sąd posiadający jurysdykcję międzynarodową w postępowaniu głównym jest właściwy dla postępowania typu "pre-pack".

Nie jest jasne, czy wyłączna kompetencja sugerowana w art. 21 ma zastosowanie również w przypadku sporów, dla których prawo krajowe przewiduje wyłączną właściwość wyspecjalizowanych sądów, takich jak sądy pracy.

- 2.2. Art. 19 Propozycji zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzenia do swojego prawa upadłościowego systemu sprzedaży pre-pack składającego się z dwóch faz: przygotowania sprzedaży i likwidacji struktury, rozpoczynającej się sprzedażą sądową.

Dostosowanie się do tych nowych ram będzie wyzwaniem w państwach członkowskich, które nie dopuszczają takiej praktyki. Niektórzy członkowie EIP, np. członek z Polski, uważają, że Propozycja przedstawia zbyt skomplikowane ramy prawne, w których obecne procesy fuzji i przejęć mogą prowadzić do dobrych wyników pod względem zachowania wartości.

Dotyczy to zawieszenia postępowania w fazie przygotowawczej, podczas gdy nie byłoby jeszcze wszczęte postępowanie upadłościowe. Propozycja zapewnia zatem dłużnikowi korzyść w postaci zawieszenia indywidualnych środków egzekucyjnych na etapie przygotowania do złożenia wniosku, mimo że ten etap postępowania nie jest ograniczony w czasie, jest potencjalnie poufny i oczywiście nie zawiesza wynikającego z prawa krajowego (lub art. 36) obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

W Propozycji przewiduje się zwrócenie do Sądu o dokonanie wyboru między przyjęciem złożonej oferty, pod warunkiem że proces przeniesienia zostanie uznany za zadowalający (konkurencyjny, przejrzysty, sprawiedliwy, zgodny ze standardami rynkowymi), a monitor poświadczy to, podobnie jak musi poświadczyć fakt, że oferta wydaje mu się najlepsza zgodnie z kryteriami transferu w przypadku upadłości, a podjęciem decyzji o otwarciu nowego zaproszenia do składania ofert w terminie dwóch tygodni, który nie może przekroczyć czterech tygodni. Ten mechanizm wyboru ma na celu ochronę praw wierzycieli. Funkcjonuje on już we Francji i Hiszpanii, ale jak stwierdzono powyżej, proces aukcyjny powinien być ograniczony do sytuacji, w których monitorujący lub wierzyciele wyrazili poważne podejrzenia o nadużycia, lub gdy jedynymi oferentami są zarząd lub byli akcjonariusze lub osoby blisko z nimi związane.

- 2.3. Zawarta w art. 27 regulacja przeniesienia umów na nabywcę niezależnie od zgody drugiej strony umowy stanowi wkroczenie w prywatną autonomię, które pomimo ograniczonego prawa do odwołania się na podstawie art. 29, może wywołać znaczne spory - np. w kwestii tego, czy druga strona umowy jest konkurencją dla nabywcy, czy nie. Jak już wspomniano, Art. 27 może zostać uznany za niekonstytucyjny w niektórych państwach członkowskich.

Ponadto istnieje praktyczny problem, że nie tylko agencje rządowe, ale również duzi prywatni wykonawcy, tacy jak OEM, nie są w stanie przeprowadzić wymuszonej zmiany wykonawcy bezwarunkowo lub w bardzo krótkim czasie ze względów organizacyjnych, jak również ze względu na zgodność z przepisami.

2.4. Prawo pierwokupu, w celu ograniczenia jego zakresu w stosunku do planu sprzedaży, otrzymałoby przepisy ustawowe. Art. 33 ust. 2 projektu ustanawia zasadę, zgodnie z którą "państwa członkowskie zapewniają, że nabywcy nie przysługuje prawo pierwokupu". Sformułowanie to budzi szereg wątpliwości: fakt, że nabywcom, którzy uczestniczą w przetargu na pre-pack, nie przyznaje się prawa pierwokupu (lub wyłączności) wydaje się łatwy do zrozumienia i transpozycji. Co jednak stanie się z prawami pierwokupu, czyli prawami do zakupu w procesie pre-pack, przyznanymi przed procedurą osobom, które nie są nabywcami? To cała kwestia skutecznego przeniesienia własności, którą orzecznictwo francuskie rozwiązuje, wykluczając prawo pierwokupu w przypadku sądowego przeniesienia własności przedsiębiorstwa.

Na mocy art. 34 ust. 4 Propozycji usunięcie zabezpieczenia na przewłaszczonego składniku majątku, w przypadku gdy wymaga to zezwolenia wierzyciela na mocy prawa krajowego, pod warunkiem że przewłaszczonego składnik majątku jest niezbędny do prowadzenia działalności gospodarczej i że spełniony jest jeden z dwóch następujących warunków:

- Posiadacz zabezpieczenia nie wykazał, że oferta jest sprzeczna z testem najlepszego interesu wierzycieli;
- nie złożyła, bezpośrednio lub pośrednio, lepszej oferty.

Możliwość ingerencji w prawa zabezpieczonych wierzycieli doprowadzi prawdopodobnie do zwiększenia premii za ryzyko ze strony kredytodawców, jeśli nie do większej niechęci do udzielania kredytów. W każdym razie w przyszłości banki będą z większą ostrożnością oceniać zabezpieczenie kredytu.

2.5. Kluczowy gracz, "Monitor", nadzorca, aktor

Przeważająca część postępowania pre-pack zaproponowanego przez Komisję opiera się na interwencji specjalisty ds. niewypłacalności. Zwany jest "Monitorem" w Propozycji jednak nie budzi wątpliwości, że jest to specjalista (doradca restrukturyzacyjny) w zakresie upadłości, powoływany przez Sąd.

I tak, bardzo szczegółowy art. 22 Projektu przewiduje, że monitor jest wyznaczany przez Sąd na wniosek dłużnika i że musi on spełniać kryteria stosowane wobec syndyków masy upadłości państwa inicjującego postępowanie pre-pack (faza przygotowawcza), a także być wyznaczany w późniejszym postępowaniu upadłościowym (faza likwidacyjna). Art. 25 stanowi również, że Sąd wyznacza Monitora jako syndyka masy upadłości. W uzasadnieniu wskazano, że istotne jest, aby ta sama osoba pełniła obie role w dwóch kolejnych etapach postępowania pre-pack.

Ten profesjonalista (doradca restrukturyzacyjny) będzie musiał:

- dokumentować i raportować etapy procesu sprzedaży;
- uzasadnić, dlaczego uważa, że proces jest konkurencyjny, przejrzysty, sprawiedliwy i zgodny ze standardami rynkowymi;
- rekomendować najlepszą ofertę w oparciu o kryteria krajowego prawa upadłościowego;
- i wreszcie zaświadczyć, że uważa, iż najlepsza oferta nie narusza w sposób rażący kryterium najlepiej pojętego interesu wierzycieli.

Profesjonalista, w obu rolach, odpowiada za szkody wyrządzone z jego winy wierzycielom i osobom trzecim, których dotyczy procedura pre-pack. Przepis ten jest zgodny ze statusem syndyków masy upadłości wśród członków EIP.

3. Postępowania w sprawach dot. bezskuteczności (tytuł II)

Działania w zakresie bezskuteczności czynności są często źródłem dodatkowych funduszy dla masy upadłości, dlatego ważne jest, aby zająć się nimi na wspólnym, europejskim poziomie.

Niektóre szczegółowe komentarze i uwagi zamieszczone poniżej opierają się na wiedzy i doświadczeniu EIP w zakresie prawa upadłościowego. Powinny one zostać uwzględnione w debacie dotyczącej Propozycji w sprawie dyrektywy.

Komentarze, uwagi, krytyka i obszary do poprawy:

- 3.1. Tytuł II Propozycji dotyczącego dyrektywy (art. 4-12) ustanawia kilka sposobów i metod postępowania z powództwami związanymi z bezskutecznościami. Przede wszystkim w art. 5 Propozycji dyrektywy przewidziano, że obowiązujące już prawo krajowe może być bardziej surowe dla dłużników. Wydaje się to być dobrym pomysłem, ponieważ wiele ram prawnych państw członkowskich UE ma długą tradycję zajmowania się sprawami związanymi z bezskutecznościami.
- 3.2. W tym kontekście ważne jest również to, że w UE istnieją państwa członkowskie o zróżnicowanych doświadczeniach w zakresie ochrony wierzycieli na przedpolu niewypłacalności dłużnika. Niektóre z tych działań sięgają nawet czasów Cesarstwa Rzymskiego i tworzonego w tych czasach prawa. Taka tradycja jest warta podtrzymania, dlatego naszym zdaniem pozostawienie tej kwestii w gestii

ustawodawstwa krajowego powinno być traktowane jako najlepsza opcja połączenia tych reżimów prawnych z tymi bardziej złagodzonymi.

3.3. Okres sięgania wstecz w przypadku transakcji należy pozostawić do uregulowania na poziomie krajowym, ale z możliwie najdłuższym okresem ustalonym dla państw członkowskich, aby zapewnić pewność prawną. Byłoby nie do przyjęcia, gdyby ta sama czynność dokonana w jednym kraju przez spółkę z jednej grupy (holdingu) mogła być traktowana jako nieważna (bezskuteczna), a w innym nie. z tą tylko różnicą, że mówimy o różnych państwach członkowskich. Nie jest to sprzeczne z art. 5 Propozycji. W niektórych państwach członkowskich okres retrospekcji (sięgania wstecz) jest dłuższy niż w innych, ale pozostawienie najwyższego okresu tylko na poziomie krajowym może być sprzeczne z ochroną gospodarki, jak również z kwestią konkurencji w ramach ustawodawstwa i ram prawnych.

3.4. Kwestia ta jest jeszcze ważniejsza w odniesieniu do wielonarodowych holdingów i grup przedsiębiorstw, coraz bardziej powszechnych na rynku europejskim. Ze względu na przejrzystość oraz fakt, że na rynku europejskim jest (jak wskazano powyżej) coraz więcej przedsiębiorstw wielonarodowych lub grup przedsiębiorstw, podmioty powiązane powinny mieć taką samą definicję - jak zaproponowano w art. 2 lit. q) - w każdym państwie członkowskim. Taka definicja jest wystarczająco szeroka, aby objąć większość typowych sytuacji, a jednocześnie nie pozostaje zbyt szeroka, aby objąć prawie każdą sytuację, w której ma miejsce współpraca gospodarcza między przedsiębiorstwami. Podobne definicje obowiązują już w wielu państwach członkowskich, więc wdrożenie tych przepisów nie powinno stanowić żadnego problemu. Jednak czasami odpowiednie sformułowanie części aktu prawnego zawierającej definicję jest jedną z najważniejszych kwestii dla całego aktu prawnego, dlatego Komisja powinna poświęcić temu dużo uwagi.

3.5. Z działaniami w zakresie unikania wiąże się również kwestia ogłoszenia upadłości - mianowicie w kontekście przesłanki ogłoszenia upadłości jako posiadania majątku wystarczającego na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego. W przypadku potencjalnej nieskuteczności (bezskuteczności, nieważności) transakcji, przesłanka kosztów jest traktowana w sposób łagodniejszy, co powinno być również powiązane z ogólną nieważnością transakcji.

Jeżeli transakcja jest bezskuteczna z mocy prawa upadłościowego, wówczas sąd może zdecydować o nieoddaleniu sprawy (wniosku upadłościowego) z powodu "ubóstwa masy upadłościowej". Jeżeli transakcja zostanie uznana za nieskuteczną przez sąd (actio pauliana), wówczas również powinna istnieć możliwość nieoddalania sprawy z tego powodu.

Reasumując, dłużnik może niekiedy zdziałać nieważne transakcje, ale analizując literalnie prawo, sąd upadłościowy może nie ogłosić upadłości z powodu braku środków na pokrycie kosztów postępowania. W tym sensie ważne jest skuteczne i efektywne odzyskanie środków na pokrycie kosztów, nawet jeśli jakaś transakcja jest generalnie nieważna, nie tylko w sferze prawa upadłościowego. W tym kontekście EIP jest jednak świadome, że ocena takich działań i transakcji może być wyzwaniem, ponieważ wymaga większej uwagi i dalszej analizy. W takich przypadkach dobrym pomysłem może być również zaproponowanie, aby sąd upadłościowy zażądał od wierzycieli zaliczki na poczet kosztów postępowania.

Rekompensata dla masy upadłości powinna być również traktowana jako zwrot w formie środków pieniężnych – głównie dlatego, że jest to najważniejsze dla wierzycieli. Dla firm, które skorzystały z transakcji nieważnych (bezszytecznych), po pewnym czasie od ich zdziałania, mniej problematyczne jest zrekompensowanie masy upadłości gotówką, zamiast zwrotu/oddania dokładnego przedmiotu danej transakcji.

- 3.6. Ze względu na niejednolitość prawa związanego z bezszytecznościami w państwach członkowskich, ważne jest również zajęcie się kwestią prawa właściwego z europejskiego punktu widzenia. Ponieważ niektóre państwa członkowskie stosują unikanie prawa poprzez prawo upadłościowe, a niektóre w ramach prawa deliktowego. Prowadzi to do różnych wyników przy udzielaniu odpowiedzi na pytanie o właściwość miejscową sądów.

Lukę tę można dobrze zobrazować w kontekście niedawnej sprawy TSUE nr C-337/17 (Feniks), dotyczącej prawa właściwego. Zgodnie z tym orzeczeniem istnieje wyjątek od zasady, że actio pauliana podlega prawu państwa, w którym wszczęto postępowanie. TSUE stwierdził, że actio pauliana, w ramach której osoba uprawniona do długu wynikającego z umowy domaga się uznania za bezszyteczny w stosunku do wierzyciela czynności, za pomocą której jej dłużnik przeniósł składnik majątkowy na osobę trzecią i która to czynność rzekomo narusza jej prawa, jest objęta zasadą jurysdykcji międzynarodowej przewidzianą w art. 7 ust. 1 lit. a rozporządzenia (UE) nr 1215/2012.

TSUE stwierdził, że actio pauliana, w ramach której osoba uprawniona do zaspokojenia z wierzytelnosci wynikającej z umowy żąda uznania za bezszyteczny w stosunku do wierzyciela czynności, za pomocą której jej dłużnik przeniósł składnik majątkowy na osobę trzecią i która to czynność rzekomo narusza jej prawa, jest objęta zasadą jurysdykcji międzynarodowej przewidzianą w art. 7 ust. 1 lit. a rozporządzenia (UE) nr 1215/2012.

Jednak wyrok w sprawie Feniks rozstrzyga sporne kwestie jurysdykcyjne tylko częściowo, odnosząc się jedynie do ochrony roszczeń umownych. Wiedząc, że niektóre państwa członkowskie obsługują prawo do zaskarżenia poprzez prawo

deliktowe, decyzja nie obejmuje tego obszaru i nie jest rozstrzygająca dla spraw o tym samym pochodzeniu merytorycznym.

Czynnikiem decydującym o skuteczności postępowań jest nie tylko ustalenie szkody i zamiaru, ale także uregulowanie kwestii jurysdykcji lokalnej, aby uniknąć problemów prawnych. EIP z zadowoleniem przyjmuje harmonizację dyrektywy w celu stworzenia bardziej jednolitego prawa upadłościowego w UE. Aby uniknąć luk prawnych, uważamy za konieczne włączenie do art. 8 dyrektywy odpowiednio konkretnego przepisu, który jednoznacznie regulowałby właściwość miejscową sądów. W tym celu prawem właściwym powinno być prawo państwa, w którym znajduje się sąd ogłaszający upadłość.

- 3.7. Ponadto, art. 8 dyrektywy powinien zostać zmieniony w odniesieniu do określenia wiedzy wierzyciela o niekorzystnej sytuacji. Obecnie projekt pozostawia zbyt wiele miejsca, powodując spekulacje i niepewność co do tego, kiedy zakłada się "wiedzę" lub "potrzebę wiedzy". Np. w Niemczech dłużnik działa z zamiarem pokrzywdzenia wierzycieli, jeżeli dokonując czynności prawnej, zasadniczo zamierza pokrzywdzenie wierzycieli jako skutek swojej czynności prawnej lub uznaje i aprobuje to jako przypuszczalny skutek - nawet jeśli jest to nieunikniona wtórna konsekwencja innej korzyści, do której dąży per se. Wymaga to elementu wiedzy, tj. wiedzy o pokrzywdzeniu wierzycieli, oraz elementu woli, tj. aprobaty pokrzywdzenia wierzycieli.

O ile § 133 niemieckiego kodeksu upadłościowego (Insolvenzordnung - InsO), który był faktyczną ustawą modelową dla art. 8, zawierał wcześniej regulację porównywalną z art. 8, która została ograniczona co do wiedzy, w celu wzmocnienia ochrony zaufania. Ponieważ bardziej rygorystyczna regulacja jest niekorzystna dla wierzycieli i ostatecznie nie prowadzi do pożądanego rezultatu.

Dlatego proponujemy dostosowanie art. 8 Dyrektywy zgodnie z aktualnym niemieckim modelem z art. § 133 InsO i wybór jako przesłanki, że strona przeciwna musi mieć pozytywną wiedzę o zamiarze dłużnika pokrzywdzenia wierzyciela i o czynności prawnej w chwili dokonywania zaskarżonej czynności prawnej. Wiedza ta może być domniemana, jeżeli druga strona wiedziała, że zbliża się niewypłacalność dłużnika i że czynność prawna krzywdzi wierzycieli.

- 3.8. W celu zwiększenia efektywności postępowań związanych z czynnościami bezskutecznymi, zaleca się umożliwienie sądowi upadłościowemu, który zazwyczaj ocenia kwestię, czy dana transakcja jest nieważna ex lege czy nie, potwierdzenia bezskuteczności czynności. Taka możliwość może prowadzić do obniżenia wysiłków i kosztów zainteresowanych stron, ponieważ uniknięcie zostanie potwierdzone przez sąd upadłościowy (na przykład: zgodnie z regulacją art. 127 polskiego prawa upadłościowego), a nie inne sądy po zazwyczaj długotrwałym postępowaniu.

Te ważne kwestie powinny zostać dodane do wniosku, aby zapewnić pewność prawa i jasne wskazówki w sprawach międzynarodowych.

4. Rady wierzycieli (tytuł VII)

EIP pragnie nadmienić, że rady wierzycieli odgrywają, zwłaszcza w większych sprawach upadłościowych, ważną rolę w postępowaniu, o ile przynajmniej niektórzy wierzyciele chcą się zaangażować i dobrym pomysłem jest objęcie tych regulacji komentowaną Propozycją, tak aby zharmonizować tę kwestię na poziomie UE.

Rady wierzycieli działają skutecznie i pomagają zarówno ogólnemu organowi wierzycieli (należy podkreślić, że we Francji nie ma ogólnego organu lub zgromadzenia wierzycieli, ponieważ są oni reprezentowani przez specjalnego doradcę restrukturyzacyjnego, "mandataire judiciaire", powoływanego wyłącznie przez sąd, a nie przez wierzycieli), dłużnikowi i syndykowi/administratorowi. Jednakże konieczne będą pewne zmiany w celu odzwierciedlenia Propozycji (po nadaniu jako ostatecznego kształtu w formie dyrektywy) – w szczególności biorąc pod uwagę liczne rady w ramach jednego postępowania upadłościowego (co jest możliwym odstępstwem od ogólnej zasady uwzględniania całości interesów wierzycieli w ramach postępowania). Rady wierzycieli są regułą w wielu krajach członkowskich, zwłaszcza w większych sprawach (wielkość i wysokość wierzytelności).

Z drugiej strony warto wskazać, że z uwagi na małą popularność rad wierzycieli w innych jurysdykcjach, w poszczególnych postępowaniach należy zdecydować, czy powołać radę, czy też nie, biorąc pod uwagę przede wszystkim wolną wolę wierzycieli do pełnienia funkcji w radach wierzycieli. Dlatego też dobrze jest zawrzeć w Propozycji i w dyrektywie zachętę do zostania członkiem rady w danym postępowaniu, być może w odniesieniu do szerszego dostępu do informacji, które mogą być kluczowe dla wierzyciela, aby właściwie ocenić sytuację w danej sprawie upadłościowej.

Propozycja obejmuje ważne kwestie dotyczące regulacji rad wierzycieli, ponieważ mogą one zwiększyć udział wierzycieli w postępowaniu. Zasadniczo rolą rad wierzycieli jest nadzorowanie IOH (zarządcy masy upadłościowej, syndyka, zarządcy), a dobra i prawidłowa komunikacja pomiędzy IOH a wierzycielami ma kluczowe znaczenie w postępowaniu upadłościowym.

Komentarze, uwagi, krytyka i obszary do poprawy:

4.1. Proponowane w art. 58.1. powoływanie przez zgromadzenie wierzycieli wydaje się dobrym pomysłem, ale powinno być powiązane ze zwiększeniem popularności zgromadzeń wierzycieli, poza zwiększeniem popularności uczestnictwa w radach wierzycieli już na samym początku, ponieważ EIP dostrzega różnice pomiędzy

państwami członkowskimi w tym zakresie. W rzeczywistości powinny być wdrożone rozwiązania dla większych postępowań upadłościowych, tak aby praktycznie objąć nimi zgromadzenie wierzycieli.

- 4.2. Możliwość ustanowienia (powołania) nawet w postanowieniu o ogłoszeniu upadłości/ niewypłacalności (zgodnie z planowanym art. 58 ust. 2) może przyspieszyć postępowanie i umożliwić udział wierzycieli nawet na wcześniejszym etapie, co może być szczególnie istotne w przypadku wniosku o ogłoszenie upadłości/niewypłacalności złożonego przez wierzyciela.
- 4.3. *(wiele rad]* Projekt określa w art. 60.1. możliwość utworzenia kilku rad wierzycieli związanych z różnymi grupami wierzycieli. Propozycja ta (kilku rad wierzycieli związanych z różnymi grupami wierzycieli) wydaje się być ciekawym pomysłem, ale należy pamiętać, że wierzyciele zaangażowani w rady wierzycieli powinni brać pod uwagę interesy i stanowisko ogółu wierzycieli. Rola (i dokładny cel) takich wielokrotnych rad powinny być zatem odpowiednio uregulowane w przepisach krajowych, o ile mają one taką możliwość w swoich ramach prawnych.
- 4.4. Mając na uwadze różne interesy poszczególnych wierzycieli, dobrym pomysłem jest zapewnienie możliwości odwoływania lub zastępowania członków rad wierzycieli, co sugeruje art. 62. Jednakże, aby upewnić się co do idei Komisji - w opinii EIP udział w radzie wierzycieli powinien być poprzedzony zgodą danego wierzyciela, a rezygnacja, nawet bez podania przyczyny, powinna być dozwolona. W takim przypadku w regulaminie (opisanym bardziej szczegółowo w art. 63) można zaproponować krótkie terminy na uzupełnienie składu rady, a także dopuszczenie do działania zastępcy członka rady wierzycieli - wyznaczonego wcześniej przez sąd/zgromadzenie wierzycieli.

(Częste ustanawianie i powoływanie] Państwa członkowskie mogą zdecydować, czy rady wierzycieli powinny być ustanawiane we wszystkich postępowaniach, czy tylko w najważniejszych. Ograniczenie możliwości ustanawiania komitetów wierzycieli tylko w większych sprawach (jak sugeruje art. 58.3.) wymaga głębszego rozważenia, ponieważ ostateczna decyzja powinna należeć do samych wierzycieli. W celu odzwierciedlenia uzasadnienia art. 58.3. w opinii EIP ustawodawstwo krajowe może przewidywać mniejszą liczbę członków rady wierzycieli – w przeciwieństwie do proponowanych 3-7 członków. Biorąc jednak pod uwagę rolę rad wierzycieli, ich tworzenie powinno być popularyzowane i promowane również na poziomie UE.

- 4.5. *[odpowiedzialność]* Jeśli chodzi o kwestie odpowiedzialności, określone w art. 66, w opinii EIP powinna być otwarta dla jurysdykcji szczególnej w odniesieniu do szczegółów i podstaw w przypadku odpowiedzialności, jednak przesłanki ograniczenia odpowiedzialności członków rad wierzycieli są jasne i powinny

zachęcać do aktywnego uczestnictwa w pracach rad wierzycieli, przynosząc korzyści ogółowi wierzycieli i skutecznie kontrolując syndyka (IOH).

4.6. [efektywność] Również ważny przepis zawiera art. 67.2., poruszając bardzo istotną kwestię sprawności i efektywności postępowania – należy jednak pozostawić państwom członkowskim decyzję, czy środek zaskarżenia od decyzji rady wierzycieli blokuje wykonanie i egzekucję zaskarżonej uchwały (decyzji).

4.7. Z tego powodu należy położyć akcent na cyfrowy sposób prowadzenia postępowań i obejmowania posiedzeń w sposób zapewniający sprawność i efektywność – także w ramach sądów upadłościowych.

5. Obowiązki i odpowiedzialność dyrektorów (tytuł V)

Propozycja jest mile widziana i stanowi pierwszy krok w kierunku harmonizacji obowiązku składania wniosków o ogłoszenie upadłości i związanej z tym odpowiedzialności dyrektorów zarządzających (członków zarządów).

Inne kwestie, takie jak obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w przypadku nadmiernego zadłużenia lub przeniesienie obowiązków powierniczych na wierzycieli, nie zostały uwzględnione w Propozycji dyrektywy. EIP opowiada się za dalszą harmonizacją w przyszłych krokach, jeżeli krajowe regulacje dotyczące obowiązku składania wniosków o ogłoszenie upadłości i odpowiedzialności zarządów będą również coraz bardziej zharmonizowane.

6. Śledzenie aktywów (tytuł III)

Propozycja w tym zakresie zasługuje na całościowe poparcie.

Komentarze, uwagi, krytyka i obszary do poprawy:

6.1. Komisja może rozważyć zmianę nr 6 załącznika 1 w następujący sposób: Inne rejestry papierów wartościowych, w tym rejestry depozytów papierów wartościowych i rejestry księgowe, jeżeli istnieją również dla elektronicznych papierów wartościowych i kryptowalut;

6.2. Propozycja w art. 13-18 przewidują dostęp do informacji jedynie dla syndyków masy upadłości powołanych w toczącym się postępowaniu upadłościowym. Mając na uwadze zarówno uproszczonego postępowania likwidacyjnego dla mikroprzedsiębiorstw zgodnie z tytułem VI wniosku, ale również do istniejących procedur lub etapów postępowania, w których nie został (jeszcze) powołany syndyk masy upadłości, a dochodzenie prowadzone jest przez sąd lub właściwy

organ, należy uzupełnić Propozycję w taki sposób, aby w przypadku gdy nie został powołany syndyk masy upadłości, sąd lub właściwy organ, przed którym prowadzone jest postępowanie, miał taki sam dostęp do informacji jak powołany syndyk masy upadłości.

6.3. Państwa członkowskie powinny zapewnić, aby osoby prowadzące krajowe biura ds. niewypłacalności miały dostęp przynajmniej do wszystkich krajowych rejestrów aktywów wymienionych w załączniku 1 do wniosku, ponieważ może to jeszcze nie mieć miejsca we wszystkich państwach członkowskich.

6.4. Państwa członkowskie powinny zapewnić, że gdy rejestr otrzyma dowody na wszczęcie postępowania upadłościowego w związku z wnioskiem o udzielenie informacji na podstawie art. 13-18 wniosku i stwierdzi, że zostały wpisane składniki majątku należące do masy upadłości, organ prowadzący rejestr automatycznie wpisuje do rejestru informację o wszczęciu postępowania upadłościowego.

W przygotowanie niniejszego stanowiska zaangażowane były wszystkie 12 krajowych stowarzyszeń członkowskich EIP oraz ich przedstawiciele. Następujące osoby przewodniczyły odpowiednim grupom roboczym w EIP w poszczególnych obszarach:

Czynności bezskuteczne (tytuł II)	Paweł Kuglarz, Instytut Allerhanda (PL)
Śledzenie aktywów (tytuł III)	Ruben Garcia-Quismondo ASPAC (SP)
Pre-pack (tytuł IV)	Christophe THEVENOT, CNAJMJ (FR)
Obowiązki i odpowiedzialność dyrektorów (tyt. V)	Béatrice Dunogué-Gaffié, CNAJMJ(FR)
Specjalny system dla mikroprzedsiębiorstw (tytuł VI)	Robert Hänel VID (D)
Rady wierzycieli (tytuł VII)	Mateusz Kaliński, Instytut Allerhanda (PL)
Odpowiedzialny za kwestie harmonizacji prawa:	Daniel Fritz DAV (D)

Sincerely,



Ivo-Meinert Willrodt

President

Béatrice Dunogué-Gaffié
Vice President



Sincerely Yours



Luis Martin
Vice President

Sincerely Yours

Ieva Broka
General Secretary

