Mirosław Mozdżeń[1]

TOBOR I MOZDŻEŃ
kancelaria prawnicza

PRZYGOTOWANA UPADŁOŚĆ – ZAKRES KONTROLI SPRAWOWANEJ PRZEZ SYNDYKA

PRE-PACK – ZALETY I ZAGROŻENIA

Ustawą z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2020.814.t.j.) wprowadzono do ustawy – Prawo upadłościowe (Dz.U.2020.1228.t.j.) instytucję tzw. przygotowanej likwidacji (pre-pack). Pozwala ona na sprzedaż przedsiębiorstwa upadłego, jego części lub określonych aktywów na rzecz nabywcy za cenę ustaloną przez biegłego sądowego. Wniosek o zatwierdzenie warunków sprzedaży może złożyć uczestnik postępowania, a więc zarówno dłużnik, jak i każdy z wierzycieli. Musi on wskazywać co najmniej nabywcę i oferowaną cenę. Rozwiązanie to ma wiele zalet. Pozwala przede wszystkim zrealizować zasadę szybkości postępowania. Likwidacja masy upadłości na zasadach ogólnych jest często czasochłonna. Od szybkości działania zależy niejednokrotnie możliwość zachowania przedsiębiorstwa dłużnika, miejsc pracy czy realizacji innych interesów publicznych. Może równocześnie przyczynić się do zwiększenia stopnia zaspokojenia wierzycieli i to w krótszym czasie. Procedura ta niesie jednak ze sobą poważne zagrożenia, w szczególności w przypadku gdy będziemy mieli do czynienia z nierzetelnym dłużnikiem nadużywającym tej instytucji.

Po pierwsze, wskazać należy, że wyceny będącej podstawą do wydania orzeczenia przez sąd dokonuje biegły wskazywany przez uczestnika postępowania w oparciu o dane przez niego przekazane. Po drugie, jako składniki do pre-packu mogą zostać wskazane tylko takie aktywa, które po odłączeniu spowodują istotny spadek wartości pozostałych. Może się też okazać, że wyższa cena uzyskana ze zbycia części przedsiębiorstwa w ramach pre-packu zostanie skonsumowana przez koszty likwidacji składników majątkowych pozostałych w masie upadłości. Po trzecie, klauzula interesu społecznego może służyć jako narzędzie do bezobciążeniowego przeniesienia aktywów pomiędzy podmiotami powiązanymi kapitałowo lub osobowo. To uproszczona procedura sprzedaży, która w części realizowana jest przez dłużnika – to on wykonuje obowiązki z art. 319 i 320 pr. upadł., a więc opisuje, wycenia majątek i wyszukuje nabywcę. W normalnej procedurze sprzedaży prowadzonej przez syndyka w toku postępowania upadłościowego te czynności są sformalizowane. Tu ciężar spada na organy postępowania upadłościowego w zakresie sprawdzenia jej poprawności.

KONTROLA UPRZEDNIA

Ustawodawca wprowadza trzystopniowy system zabezpieczeń, mających na celu ochronę interesu wierzycieli. Jest ona wykonywana zarówno przed, jak i po rozpoznaniu wniosku. Kontrola uprzednia wykonywana jest przez tymczasowego nadzorcę sądowego i sąd upadłościowy. Kontrola następcza – przez syndyka w oparciu o art. 56h pr. upadł. Ustawą z 30 sierpnia 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 1802), która weszła w życie 24 marca 2020 r., ustawodawca wprowadził obowiązek powołania tymczasowego nadzorcy sądowego w każdym postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości, w którym wystąpiono z wnioskiem o zatwierdzenie warunków sprzedaży (art. 56aa pr. upadł.). Zmianę tę należy ocenić pozytywnie. Nadzorca posiada większą możliwość kontaktu z dłużnikiem i inwestorem/nabywcą, co pozwala mu na zgromadzenie wiedzy będącej podstawą do podjęcia decyzji co do pre-packu przez sąd.

W uprzednim stanie prawnym uwzględnienie wniosku o zatwierdzeniu pre-packu bez kontroli ze strony nadzorcy mogło doprowadzić w wielu przypadkach do jego uchylenia. Wiąże się to z powstaniem w masie upadłości dodatkowych kosztów i zmniejsza zaspokojenie wierzycieli. Aktualnie sąd, ogłaszając upadłość dłużnika, podejmuje decyzję

[1] Radca prawny, doradca restrukturyzacyjny, wspólnik w Kancelarii prof. dr hab. Z. Tobor, M.Mozdżeń sp.j.

w przedmiocie zatwierdzenia warunków sprzedaży, opierając się na twierdzeniach dłużnika i opinii tymczasowego nadzorcy sądowego. Jeżeli wniosek spełnia warunki formalne, sąd uwzględnia lub może uwzględnić wniosek, jeżeli cena jest wyższa niż lub zbliżona do kwoty możliwej do uzyskania w postępowaniu upadłościowym przy likwidacji na zasadach ogólnych, pomniejszonej o koszty postępowania i inne zobowiązania masy upadłości, które należałoby ponieść przy likwidacji w takim trybie (art. 56c ust. 1 i 2 pr. upadł. w brzmieniu sprzed 24 marca 2020 r.).

KONTROLA NASTĘPCZA

Współpraca dłużnika z syndykiem

Sprzedaż w trybie przygotowanej upadłości należy uznać za szczególny tryb likwidacji masy upadłości, w którym wymagana jest pełna współpraca między dłużnikiem, nabywcą i syndykiem. Obowiązkiem syndyka, który powstaje wraz z ogłoszeniem upadłości, jest przede wszystkim objąć majątek upadłego, zarządzać nim i zabezpieczyć przed zniszczeniem, uszkodzeniem lub zabraniem przez osoby postronne (art. 173 pr. upadł.). W kontekście pre-packu oznacza to, że syndyk musi sprawdzić, czy przedsiębiorstwo zostało prawidłowo opisane i wycenione, oraz zadbać, by nabywcy wydano wyłącznie to, co zostało objęte ofertą i w konsekwencji postanowieniem o zatwierdzeniu pre-packu. Do tego potrzebny jest pełny dostęp do ksiąg, którego tymczasowy nadzorca sądowy nie posiada, gdyż nie zarządza przedsiębiorstwem. Dopiero syndyk może to zweryfikować. Konieczna jest zatem współpraca ze strony dłużnika.

Przeprowadzenie rzetelnej kontroli nie będzie możliwe, jeśli dłużnik nie współpracuje z syndykiem, odmawia przekazania ksiąg i dokumentacji spółki bądź też przekazuje jedynie częściowe dane lub dane niezgodne z rzeczywistością. Pamiętać przy tym należy, że w przypadku procedury pre-packu dochodzi do sprzedaży, która ma skutki egzekucyjne, a więc nieodwracalne. W dodatku to syndyk ponosi odpowiedzialność za prawidłowe przeprowadzenie transakcji sprzedaży i nie może dopuścić do tego, aby zbyto własność osób trzecich zwłaszcza za cenę, która rażąco odbiega od rynkowej, bądź wskutek kalkulacji ceny w związku z interesem publicznym, bądź w związku z np. wprowadzeniem biegłego w błąd co do istnienia, rodzaju i wartości środka trwałego. Może to spowodować istotną szkodę dla wierzycieli, np. gdy w skład ZCP wchodzi majątek osób trzecich, którym dłużnik włada w oparciu o tytuł prawny (lub bez tytułu), zwłaszcza gdy zbycie ma nastąpić za obniżoną cenę w oparciu o art. 56c ust. 2 pr. upadł.

W postępowaniu upadłościowym również może zdarzyć się sytuacja, w której syndyk, nie mając dostępu do ksiąg spółki, dokona zbycia przedmiotu należącego do osoby trzeciej. Kwestie te reguluje art. 72 pr. upadł. Wtedy jednak ryzyko poniesienia szkody przez wierzyciela będzie niewielkie, gdyż syndyk dokonuje zbycia w transparentnej procedurze pod kontrolą sądu i tak uzyskane świadczenie wzajemne wydaje wierzycielowi. Brak tu możliwości korekty ceny w oparciu o interes publiczny.

Dlatego aby uniknąć wątpliwości w tym zakresie, należy postulować *de lege ferenda* wprowadzenie obligu uchylenia postanowienia w przedmiocie zatwierdzenia warunków sprzedaży w przypadku, gdy dłużnik nie współpracuje, nie udziela wyjaśnień i nie przekazuje dokumentacji.

Aby zobrazować skalę problemu, jaki może pojawić się w praktyce, należy posłużyć się przykładem, z którym autor spotkał się w swojej praktyce[2]. Wniosek o ogłoszenie upadłości wraz z wnioskiem o zatwierdzenie warunków sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa został złożony pod koniec lutego 2020 r. Do wniosku dołączona została opinia rzeczoznawcy majątkowego obejmująca opis i oszacowanie zorganizowanej części przedsiębiorstwa (ZCP), zaś podmiot, który złożył ofertę nabycia, wpłacił na rachunek depozytowy sądu równowartość ceny zakupu. Dłużnik wskazał, że zobowiązania nie są zabezpieczone rzeczowo na majątku spółki, złożył również oświadczenie o prawdziwości danych zawartych we wniosku. Jednocześnie zarówno dłużnik, jak i nabywca złożyli oświadczenia, że nie istnieje pomiędzy nimi stosunek powiązania, o którym mowa w art. 128 pr. upadł. W skład ZCP wchodziło ponad 50 z prawie 90 punktów sprzedaży. W każdym punkcie pre-packiem objęto wyposażenie, prawa z umów najmu i zasoby ludzkie. Ze sprzedaży wyłączone zostały zapasy. Nie wspomniano, jakie mają być losy produkcji w toku. Po złożeniu wniosku nie powołano tymczasowego nadzorcy sądowego (nie było takiego obowiązku w stanie prawnym przed 24 marca 2020 r.).

Postanowieniem z połowy marca 2020 r. sąd ogłosił upadłość dłużnika i zatwierdził warunki sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu wyjaśnił, że oparł się na dokumentach przedstawionych przez dłużnika i ustalonych przez niego kosztach postępowania, oraz uznał, że zaproponowana przez oferenta cena sprzedaży jest wyższa niż kwota możliwa do uzyskania w postępowaniu upadłościowym przy likwidacji

[2] W artykule pominięte zostaną dane podmiotu, wobec którego została ogłoszona upadłość, oraz inne informacje mogące identyfikować toczące się postępowanie.

na zasadach ogólnych, pomniejszona o koszty postępowania, które należałoby ponieść w związku z likwidacją w takim trybie. Pod koniec marca 2020 r. syndyk złożył wniosek o uchylenie pre-packu, w drugiej połowie kwietnia 2020 r. sąd uchylił postanowienie w zakresie zatwierdzenia warunków sprzedaży. Okoliczności, które legły u podstaw rozstrzygnięcia, zostaną omówione w dalszej części opracowania.

POPRAWNOŚĆ OPERATU SZACUNKOWEGO, WŁASNOŚĆ OSÓB TRZECICH W ZCP

Jak wskazano, wycena majątku zbywanego w ramach procedury pre-packu nie jest dokonywana przez biegłego wyznaczonego przez sąd lub syndyka, lecz przez rzeczoznawcę zatrudnionego przez dłużnika. Fakt ten nie podważa w żadnej mierze jego bezstronności i rzetelności sporządzonej wyceny, jednak nakłada na tymczasowego nadzorcę sądowego oraz syndyka masy upadłości obowiązek weryfikacji poprawności sporządzenia tego opracowania. To z kolei wymaga nie tylko pełnego dostępu do dokumentacji spółki, ale również współpracy ze strony dłużnika.

W postępowaniu będącym tłem publikowanego opracowania syndyk po zawiadomieniu zarządu spółki o wydaniu postanowienia o ogłoszeniu upadłości wezwał upadłego do wydania majątku, przekazania całości dokumentacji oraz udzielenia niezbędnych wyjaśnień. Majątek nie został wydany, przekazano jedynie szczątkową dokumentację (stanowiącą głównie powielenie danych zawartych we wniosku o ogłoszenie upadłości), zaś większość z 28 pism i wezwań skierowanych do dłużnika w ciągu miesiąca po ogłoszeniu upadłości pozostała bez odpowiedzi. Co szczególnie istotne syndykowi nie wydano ksiąg rachunkowych, mimo że dłużnik prowadził je również w wersji elektronicznej[3].

W ramach dokumentacji syndyk otrzymał dwa wykazy majątku: jeden dotyczył majątku wchodzącego do ZCP, zaś drugi majątku pozostającego w spółce. Oba zawierały nazwę składnika majątku i wartość szacunkową, ale bez określenia, jaką metodą wartość była szacowana. Z tego względu należało założyć, że oba tożsame co do formy wykazy zostały sporządzone tożsamą metodologią. Istniały jednak różnice pomiędzy wartościami podobnych co do rodzaju składników majątku, występujące na obu spisach, które wzbudziły wątpliwości co do rzetelności sporządzenia oszacowania. Dłużnik prowadził działalność w różnych miejscach na terenie całego kraju, przy czym składniki majątku potrzebnego do prowadzenia każdego punktu sprzedaży, co do zasady, były do siebie zbliżone. Okazało się, że średnia wartość szacunkowa majątku jednego punktu przeznaczonego do sprzedaży w ramach ZCP wynosiła nieco ponad 20 tys. zł, zaś analogiczna wartość w przypadku punktów pozostających w spółce wynosiła prawie 65 tys. zł, a więc była ponad trzy razy wyższa. To sugerowało, że oszacowanie salonów przeznaczonych do sprzedaży w ramach ZCP mogło zostać celowo zaniżone, zaś oszacowanie salonów pozostających w ramach spółki zawyżone (być może po to, aby utwierdzić sąd w przekonaniu, że pozostały w spółce majątek wystarczy na pokrycie kosztów postępowania).

Okazało się też, że na wykazie majątku, którego własność miała przejść na nabywcę, ujęte zostały rzeczy będące własnością leasingodawcy. W opisie i oszacowaniu zorganizowanej części przedsiębiorstwa nie umieszczono adnotacji, że część składników majątku stanowi własność osób trzecich. Nie wskazano również, w jakich lokalizacjach znajdują się poszczególne rzeczy. Dłużnik nie odpowiedział też na wezwanie do wyjaśnienia, jaki majątek jest leasingowany, nie wydał umów w tym przedmiocie. Leasingodawca również złożył wniosek o uchylenie pre-packu. W swoim piśmie nie tylko wyszczególnił wszystkie przedmioty, które w sposób nieprawidłowy zostały ujęte na tym wykazie, ale dodatkowo wyjaśnił, że domagał się ich zwrotu w związku z brakiem zapłaty za korzystanie z nich. Ponadto wniósł o zobowiązanie syndyka przez sąd do zaniechania wydania nabywcy majątku stanowiącego własność leasingodawcy. Następnie leasingodawca przedstawił szacunkową wartość składników majątku stanowiącego jego własność, która była trzykrotnie wyższa niż cena sprzedaży całości zorganizowanej części przedsiębiorstwa objętej pre-packiem.

Powiązania pomiędzy dłużnikiem a nabywcą

Kolejną kwestią wymagającą weryfikacji było sprawdzenie, czy pomiędzy dłużnikiem a nabywcą rzeczywiście nie istnieją powiązania, o których mowa w art. 128 pr. upadł., oferenta z upadłym. W literaturze podnosi się, że Prawo upadłościowe, posługując się pojęciem „powiązania" czy też „dominacji", ani nie wyjaśnia znaczenia tych pojęć, ani też nie odsyła *expressis verbis* do żadnego innego aktu prawnego. Tymczasem w różnych ustawach istnieją róż-

[3] Ramy publikowanego opracowania nie pozwalają nawet na ogólne przedstawienie wszystkich działań podejmowanych przez reprezentanta upadłego. Uchylając się od wykonania obowiązków, bardzo często zmieniał zdanie i przedstawiał inną argumentację, np. początkowo powoływał się na trwającą epidemię Covid-19 i pracę zdalną, co uniemożliwiało stawiennictwo w siedzibie spółki celem wydania majątku (następnie w pismach kierowanych do sądu zarzucał syndykowi brak podjęcia działań w celu objęcia majątku), wskazywał na brak posiadania przez spółkę licencji do programu księgowego (mimo że wartość tej licencji została ujęta w bilansie), co miało uniemożliwiać udzielenie dostępu do programu syndykowi. Jednocześnie w każdym piśmie podkreślał, że współpracuje z syndykiem i wydał mu cały majątek i dokumentację.

ne definicje tych pojęć (np. w KSH, ustawie o rachunkowości, ustawie o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych czy Prawie bankowym). Choć praktyka upadłościowa posługuje się definicjami zaczerpniętymi z KSH, to jednak z uwagi na coraz częściej spotykane w praktyce łańcuchy powiązań poszczególnych podmiotów, które mają charakter nieformalny (tj. teoretycznie, celowo nie podpadają pod definicje z KSH), stan powiązań czy dominacji, należy badać *a casu ad casum*. Innymi słowy, brak ustawowej definicji podmiotów powiązanych z upadłym wymaga indywidualnej oceny każdego przypadku, a ścisłe trzymanie się wąskiej definicji z KSH nie ma uzasadnienia w świetle zasady optymalizacji. Zawsze wówczas, gdy pozycja faktyczna określonych osób w danym podmiocie jest na tyle istotna, że mogą one wpływać na postępowanie prawnych piastunów podmiotu (najczęściej po prostu wypełniających ich polecenia), należy wziąć to pod uwagę. Trudno bowiem zaakceptować sytuację, w której osoba, która zarządza danym podmiotem z tzw. tylnego siedzenia, nie spełnia przesłanki powiązania czy dominacji. Byłby to pogląd skrajnie formalistyczny, godzący w prawa innych wierzycieli[4].

Opinię tę należy w całości podzielić. W dodatku trzeba postulować, aby oceny powiązań pomiędzy spółkami dokonywać w ujęciu szerokim, obejmującym również inne podmioty i to także w ujęciu historycznym. Te same osoby mogą bowiem występować w różnych podmiotach w różnych okresach czasu w różnych funkcjach. Dopiero uwzględnienie wszystkich wspomnianych okoliczności pozwala na ustalenie, czy w rzeczywistości wspomniane powiązanie występuje. Taka sytuacja miała miejsce w prezentowanym przypadku. Dokonano oceny nie tylko spółki dłużnika i nabywcy, ale też podmiotów, z którymi te firmy współpracowały. Okazało się, że wąska grupa osób występowała w nich w różnych okresach w różnym charakterze: jako członek zarządu, prokurent bądź udziałowiec. W dodatku osoba pełniąca funkcję prezesa zarządu nabywcy (zmiana prezesa nastąpiła dopiero w dniu podpisania oferty) w rzeczywistości zarządzała przedsiębiorstwem dłużnika przed złożeniem wniosku o upadłość[5].

Weryfikacja wskazanej okoliczności ma szczególnie istotne znacznie z punktu widzenia wartości transakcji. W myśl art. 56b ust. 1 pr. upadł. sprzedaż w ramach procedury pre-packu na rzecz podmiotów wskazanych w art. 128 dopuszczalna jest wyłącznie po cenie sprzedaży nie niższej niż cena oszacowania. W omawianym przypadku wartość zorganizowanej części przedsiębiorstwa została oszacowana na kwotę nieco ponad 1,36 mln zł, zaś oferta jej nabycia opiewała na kwotę 100 000 zł. Oznacza to, że zaoferowana cena stanowiła jedynie 7,35% wartości oszacowania majątku. Ustalenie faktu istnienia powiązania pomiędzy podmiotami powoduje, że cena sprzedaży staje się rażąco niska, zaś możliwość pokrzywdzenia wierzycieli wręcz oczywista.

Zastawy i hipoteki

W toku czynności inwentaryzacyjnych dokonywanych przez syndyka ustalono, że w oddziałach, które miały zostać wydane nabywcy, znajdują się również zapasy magazynowe, na których zastaw rejestrowy posiada bank. Tymczasem we wniosku o ogłoszenie upadłości zawarte było stwierdzenie, że „żadna z wierzytelności nie jest zabezpieczona na majątku dłużnika", zaś załącznikiem do wniosku było oświadczenie o prawdziwości danych. Co więcej, dłużnik zataił nie tylko fakt istnienia zabezpieczenia, pominął również samego wierzyciela i wysokość przysługującej mu wierzytelności. Należy przy tym zaznaczyć, że nie był to jedyny wierzyciel, który nie został ujawniony.

Do chwili ukazania się tej publikacji lista wierzytelności nie została jeszcze zatwierdzona. Nie sposób zatem oszacować, ilu wierzycieli i na jaką kwotę zostało pominiętych. Poza tym właściciele lokali wynajmowanych przez dłużnika dla poszczególnych punktów sprzedaży zgłosili prawo zastawu ustawowego co do rzeczy wniesionych do przedmiotu najmu. Jeśli doszłoby do transakcji na zasadach zaproponowanych w ramach przygotowanej upadłości, wierzyciele zabezpieczeni zastawem otrzymaliby zaspokojenie w wysokości wielokrotnie niższej, aniżeli to, które uzyskają przy likwidacji na zasadach ogólnych. Sprzedaż prowadzona przez syndyka odbywa się po cenach oszacowania, zaś cena oferowana w pre-packu wynosiła zaledwie 7,35% oszacowania. Co istotne, zamiarem dłużnika było wydanie ZCP bez uprzedniego zinwentaryzowania majątku, który się w nich znajduje (a więc również z zapasami, które nie były zinwentaryzowane i nie były objęte pre-packiem). O możliwych stratach dla masy i odpowiedzialności syndyka z tego tytułu piszę w dalszej części artykułu.

[4] Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz.* Wyd. 6, Warszawa 2020, s. 351-352.

[5] W tym zakresie pomocne okazały się informacje od pracowników spółki oraz jej wierzycieli, którzy w swoich pismach, relacjonując przebieg negocjacji, częściej przywoływali rozmowy i ustalenia dokonane z osobą rzeczywiście zarządzającą tym przedsiębiorstwem niż z prezesem zarządu.

OFEROWANA CENA W ODNIESIENIU DO KOSZTÓW I INNYCH ZOBOWIĄZAŃ MASY. WZROST ZNACZENIA PRZESŁANKI INTERESU PUBLICZNEGO

W postanowieniu o ogłoszeniu upadłości i zatwierdzeniu warunków sprzedaży sąd oparł się na twierdzeniach dłużnika i przyjął, że cena możliwa do uzyskania w ramach procedury pre-packu jest wyższa niż kwota możliwa do uzyskania w postępowaniu upadłościowym przy likwidacji na zasadach ogólnych, pomniejszona o koszty postępowania, które należałoby ponieść przy likwidacji w takim trybie. Sąd przyjął (słusznie), że zachodzi ważny interes publiczny i możliwość zachowania przedsiębiorstwa. Pominął jednak, że wyliczone przez dłużnika koszty postępowania obejmowały między innymi koszty związane ze zwolnieniami grupowymi (kilka milionów złotych). W dacie złożenia wniosku i w dacie wydania postanowienia o ogłoszeniu upadłości obowiązywał jednak art. 56c pr. upadł. w brzmieniu, które umożliwiało otwarcie upadłości, jeśli cena możliwa do uzyskania w ramach procedury pre-packu była wyższa niż kwota możliwa do uzyskania w postępowaniu upadłościowym przy likwidacji na zasadach ogólnych, pomniejszona o koszty postępowania, które należałoby ponieść przy likwidacji w takim trybie. Tymczasem należności ze stosunku pracy przypadające za czas po ogłoszeniu upadłości nie wchodzą do kosztów postępowania, lecz do tzw. innych zobowiązań masy upadłości w rozumieniu art. 230 ust. 2 pr. upadł. Te z kolei sąd może wziąć pod uwagę przy wydaniu postanowienia w przedmiocie pre-packu dopiero po zmianie art. 56c pr. upadł. wprowadzonej w życie 24 marca 2020 r.

Zmiana przepisu art. 56c pr. upadł. w zakresie interesu publicznego wydaje się zbyt daleko idąca. Pozwala na odjęcie z ceny sprzedaży np. kosztów zwolnień grupowych pracowników. Są to kwoty znaczne. Może jest to rozwiązanie dobre na czas epidemii koronawirusa, ale nie na stałe. Pracownicy, a więc wyspecjalizowana i doświadczona kadra, są często głównym aktywem przedsiębiorstwa. Firmy wydają setki tysięcy złotych na rekrutację i szkolenie załogi po to, by w przypadku upadłości potraktować ją jako ciężar. W dotychczasowej praktyce zbywano wiele przedsiębiorstw w ruchu wraz z załogą. Zdarzało się, że w toku przetargów jako argumentem do obniżenia ceny posługiwano się kosztami zwolnień grupowych. Zauważyć jednak trzeba, że wtedy w procesie uczestniczyła cała konkurencja, a sam proces był transparentny. Można było w oparciu o ten czynnik obniżyć cenę, ale pod kontrolą sądu i konkurencji. Tu mamy do czynienia ze wskazaniem podmiotu, który „kasuje" premię za to, że został wybrany przez dłużnika. Wydaje się, że ten sam cel (zachowanie przedsiębiorstwa i miejsc pracy) można by osiągnąć poprzez dzierżawę przedsiębiorstwa lub ZCP od syndyka i sprzedaż w toku postępowania. Jest jasne, że pre-pack ma zalety, gdyż można od razu inwestować w przedsiębiorstwo, rozbudowywać je, wdrożyć w swoje struktury. To jednak nie jest cel postępowania upadłościowego.

W dużych postępowaniach pre-pack może się nie sprawdzić, gdyż potrzeba otwarcia postępowania bywa pilna, a przygotowanie transakcji może trwać zbyt długo (np. nieuregulowany stan prawny nieruchomości, konieczność dokonania inwentaryzacji i wyceny, konieczność doręczenia wniosku wierzycielom rzeczowym). Wtedy można by wprowadzić przepis (np. do art. 316 ust. 2), jako konkurencyjny do pre-packu, który do dzierżawy przedsiębiorstwa lub ZCP zawartej za zgodą sędziego-komisarza, z prawem pierwokupu (lub pierwszeństwem zakupu), nakazuje stosowanie art. 317 ust. 2a. pr. upadł. Oznaczałoby to, że przy dzierżawie, tak jak przy nabyciu w toku upadłości, nie ma skutku następstwa prawnego z art. 23(1) kodeksu pracy w zakresie wstąpienia w zobowiązania związane ze stosunkiem pracy.

WYDANIE PRZEDMIOTU PRE-PACKU NABYWCY

Przebieg opisanego postępowania upadłościowego wykazał, że dłużnik zataił szereg zabezpieczeń rzeczowych i zobowiązań wobec wierzycieli. Ponadto procedura pre-packu przewidywała zbycie nie tylko majątku spółki, ale również majątku osób trzecich (w dodatku wbrew ich woli) na rzecz podmiotu powiązanego z dłużnikiem. W tym miejscu docieramy do przepisu, który ma szczególnie istotne znaczenie z punktu widzenia całej procedury – do art. 56f ust. 1 pr. upadł. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli do wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży był dołączony dowód wpłaty pełnej ceny na rachunek depozytowy sądu, wydanie przedmiotu sprzedaży nabywcy następuje niezwłocznie po wydaniu postanowienia o ogłoszeniu upadłości. Cel i zakres tej regulacji dotychczas wydawały się oczywiste. Doświadczenia praktyki zobowiązują jednak, aby ponownie przyjrzeć się sposobowi interpretacji tego przepisu.

W doktrynie przyjmuje się, że wydanie przedsiębiorstwa powinno nastąpić niezwłocznie, czyli nawet w dniu wydania postanowienia o ogłoszeniu upadłości z zatwierdzeniem warunków sprzedaży lub w dniu następnym. Chodzi o zapewnienie nieprzerwanego i niczym niezakłóconego funkcjonowania tego przedsiębiorstwa. Z tego względu wydanie przedsiębiorstwa nabywcy

następuje bezpośrednio do rąk nabywcy, jedynie przy udziale syndyka[6].

W praktyce rodzi to szereg problemów interpretacyjnych. Przepis milczy odnośnie do tego, jakie czynności mają zostać podjęte przed wydaniem majątku i jakie dokumenty mają zostać przeanalizowane. Nie wiadomo zatem, czy organ sądowy ma przeprowadzić inwentaryzację majątku, który ma zostać wydany, czy ograniczyć się do sprawdzenia inwentaryzacji wykonanej przez dłużnika i porównania przedstawionych przez niego dokumentów z księgami rachunkowymi. Przeprowadzenie takiej inwentaryzacji przez syndyka, zwłaszcza w przypadku dużych przedsiębiorstw, będzie czasochłonne, przez co wydanie majątku „niezwłocznie" nie będzie możliwe. Z kolei opieranie się wyłącznie na dokumentach przedstawionych przez dłużnika obarczone jest ryzykiem sporządzenia inwentaryzacji w sposób nierzetelny i zatajenia części majątku. Dodatkowo przeprowadzenie inwentaryzacji i badanie ksiąg może się odbyć tylko wtedy, gdy dłużnik wyda syndykowi majątek i księgi.

W prezentowanym przypadku praktycznie w każdym punkcie sprzedaży znajdywał się zarówno majątek wchodzący w skład zorganizowanej części przedsiębiorstwa, która miała zostać wydana nabywcy, jak i majątek, który miał pozostać w spółce. Jednocześnie dłużnik i nabywca w kolejnych pismach kierowanych do sądu podkreślali, że nie ma potrzeby sporządzania szczegółowego spisu związanego z przekazaniem. Przygotowany przez nich dokument przekazania był stosunkowo lakoniczny, zawierał jedynie zapis o wydaniu danego punktu sprzedaży wraz z całym wyposażeniem i ruchomościami. Taki sposób dokumentowania przekazania majątku uzasadniali faktem istnienia postanowienia o zatwierdzeniu warunków sprzedaży, które zostało wydane na podstawie opisu i oszacowania sporządzonego przez rzeczoznawcę. Przyjmowali zatem, że dokumentem określającym, jakie składniki majątku mają być wydane, jest wspomniana opinia rzeczoznawcy stanowiąca załącznik do wniosku o ogłoszenie upadłości.

Ich zdaniem rola syndyka w czynności przejęcia zorganizowanej części przedsiębiorstwa miała się sprowadzać jedynie do sprawdzania, czy upadły wyraża wolę dobrowolnego przekazania zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Miał on jedynie podpisać dokument bez sprawdzenia, jaki majątek zostaje przekazany. Takie rozumienie roli syndyka przy przekazaniu majątku sprowadziłoby istotną szkodę majątkową na wierzycieli. Doszłoby do wydania niezinwentaryzowanych zapasów, na których ustanowiony został zastaw rejestrowy, oraz do wydania i sprzedaży rzeczy osób trzecich wbrew ich woli, za cenę rażąco niską w stosunku do ich wartości rynkowej (7,35%). Wiązałoby się to również niewątpliwie z odpowiedzialnością dyscyplinarną i odszkodowawczą syndyka w związku z nienależytym pełnieniem obowiązków.

PODSUMOWANIE

1. Instytucja przygotowanej upadłości z pewnością ma wiele zalet, ale w związku z tym, że jest przygotowywana przez dłużnika, należy dochować szczególnej staranności przy ocenie przesłanek do zatwierdzenia oferty w ramach tej procedury.

2. Syndyk zobowiązany jest z urzędu podjąć działania zmierzające do kontroli prawidłowości planowanej transakcji. W szczególności sprawdzeniu podlegać powinien operat szacunkowy oraz istnienie powiązań pomiędzy dłużnikiem a nabywcą. W aktualnym stanie prawnym obowiązki te ciążą również na tymczasowym nadzorcy sądowym, którego powołanie jest obligatoryjne.

3. Syndyk pełni aktywną rolę przy przekazaniu przedmiotu pre-packu przez dłużnika bezpośrednio do rąk nabywcy. W szczególności powinien sprawdzić, czy przedmiot, który ma zastać przekazany, jest tożsamy z opisanym we wniosku o zatwierdzenie oferty. Jeśli wraz z przedmiotem pre-packu nastąpi przekazanie innych przedmiotów, muszą one zostać wyraźnie oznaczone i opisane, aby w przyszłości możliwe było ich odebranie lub rozliczenie. Syndyk nie powinien dopuścić do tego, by w ramach pre-packu dokonano sprzedaży rzeczy osób trzecich. Kwestię własności należy ustalić w oparciu o księgi dłużnika.

4. *De lege ferenda* przesłanką dyskwalifikującą transakcję w ramach przygotowanej upadłości powinna być odmowa upadłego w zakresie wydania majątku i ksiąg oraz odmowa udzielenia wyjaśnień (zwłaszcza w sytuacji występowania powiązań pomiędzy dłużnikiem a oferentem). Instytucja ta powinna być traktowana jako przywilej dla uczciwego dłużnika.

[6] Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, *op. cit.*, s. 188-189.