

EUROPEJSKI PRZEGLĄD PRAWA I STOSUNKÓW MIĘDZYNARODOWYCH

nr **4-1** (43-44) październik-marzec 2017/2018 r. - Warszawa



EUROPEJSKA
WYŻSZA SZKOŁA
PRAWA I ADMINISTRACJI

EUROPEJSKI PRZEGLĄD PRAWA I STOSUNKÓW MIĘDZYNARODOWYCH

ISSN-2081-0903

WYDAWCA

**Europejska Wyższa Szkoła
Prawa i Administracji,
Warszawa ul. Grodzieńska 21/29**

KOMITET REDAKCYJNY

Przewodniczący

Jerzy J. Wiatr

Członkowie

Andrzej Bierć
Dariusz Czajka
Tadeusz Szymanek
Roman Wieruszewski

REDAKCJA

Sekretarz redakcji

Tadeusz T. Nowacki

Redaktor graficzny

Małgorzata Głuszczyk

ADRES

03-750 Warszawa
ul. Grodzieńska 21/29
tel. +48 22 619 9011
fax +48 22 619 5240

Tekstów niezamówionych redakcja nie zwraca. Zastrzega się możliwość zmiany tytułów i dokonywania skrótów w artykułach. Redakcja nie ponosi odpowiedzialności za treść ogłoszeń.

PRENUMERATA

Informacji udziela dziekan
Europejskiej Wyższej Szkoły
Prawa i Administracji

Od Redakcji

W tym podwójnym numerze kwartalnika w ramach bloku prawnego po raz pierwszy zajmujemy się głębiej praktycznymi aspektami upadłości konsumenckiej – instytucji dopiero od niedawna istniejącej w naszym systemie prawnym, a także istotnej. Podejmujemy ponadto kwestię praw obywateli UE w Wielkiej Brytanii po brexicie (w świetle unijnych regulacji).

Duży walor praktyczny ma również artykuł traktujący o zasadach przechodzenia majątku na spadkobierców w działalności gospodarczej – zmiennych w zależności od formy jej prowadzenia.

W bloku polityczno-międzynarodowym mamy tym razem okazję prześledzenia – choć z różnych badawczych perspektyw – wybranych aspektów dwu odmiennych dróg prowadzących do polityczno-gospodarczej transformacji: z jednej strony tej lepiej nam znanej – z Europy Środkowej i Wschodniej po 1989 roku (to jedyny anglojęzyczny tekst numeru), z drugiej zaś – bardziej krętej drogi zmian, którą z końcem lat 70. i potem wybrała Chińska Republika Ludowa.

Dieter Segert , Eastern Europe after 1989 – a laboratory for the sustainability of "Western democracy"	5
Dariusz Czajka , Podmiotowa i przedmiotowa zdolność upadłościowa w upadłości konsumenckiej	18
Iwona Parchimowicz , Negocjacje w sprawie brexitu – prawa obywateli Unii w Wielkiej Brytanii po brexicie	59
Bogumił Władysław Smuk , Problematyka sukcesji w działalności gospodarczej	64
Karolina Muzyczka , Plan powrotu Chin do pozycji mocarstwa światowego	73
 Wydarzenia w EWSPiA	
Konferencja w Brukseli: Rola regionów w polityce globalnej i lokalnej	97
 Recenzje	
Stanisław Bieleń, Czas próby w stosunkach międzynarodowych (Jerzy J. Wiatr)	98
Wojciech Rafałowski, Opisywanie i wyjaśnianie systemu partyjnego. Metody pomiaru (Jerzy J. Wiatr)	102
Martin Carrier, Executive Politics in Semi-Presidential Regimes: Power Distribution and Conflicts between Presidents and Prime Ministers (Jerzy J. Wiatr)	104

Dieter Segert

Eastern Europe after 1989 – a laboratory for the sustainability of "Western democracy"?

In last years, in post-socialist Eastern Europe there were waves of protest and a rising degree of political instability. I start with a reminder of the protests in Bulgaria in February 2013. After some days of demonstrations and clashes between police and population, the Bulgarian government retired. Other disturbing news came from Hungary since 2010. The governing party has reduced the separation of powers by the disempowerment of the constitutional court. Additionally, politicians of Fidesz carried out pressure of mass media and journalists reducing by that deliberately the plurality of public discussion. The "illiberal state" is the declared aim of politics. In the Czech Republic,

a party of a billionaire became the strongest position in the last parliamentary elections in October. One of his political promises consists in that he will govern the state like his enterprise. Populism has evolved in many countries into a main feature of mainstream politics.

Something is going wrong, but not only in the new member states of the EU. What are possible reasons for the instability of the new democracies in Eastern Europe after more than two and a half decades of its "consolidation"? And are there any lessons to learn from that processes in the East for our understanding of democratic orders in general?

1. Main economic and political outcomes of the post-socialist transformation

Janos Kornai coined the term “second Great Transformation” (Kornai 2006) for the process of changes after 1989. What does this mean? The term was originally used by Karl Polanyi in his famous work on the emergence of industrial capitalism in 18 and 19 centuries. The first Great Transformation changed the world and gave birth to modern industries and capitalism. The society at a whole was changing. The second Great Transformation was again a complex process of coincidental changes in different spheres of society. It started in the late 1980s. This second Great Transformation has on its ground a fundamental change in the orientations and values of the people in Eastern Europe: State socialism collapsed not only because of hard facts like his compared to Western capitalism lower level of economic efficiency but because the people in Eastern Europe changed its orientations.

In the run-up to the profound system changeover in Eastern Europe, a silent value shift occurred: to many people, “socialism” now seemed passé and it looked

as if “capitalism” was the wave of the future.

The German sociologist Claus Offe stated in 2008 (Fuchs/Offe 2008: 2), that the development of the political economies of Eastern and Central Europe, and its social welfare systems, have been shaped by two sets of determinants, by the past and by the West. The term “past” refers to the material, political and cultural legacies of the state socialist system and the collective experiences of its crisis and breakdown in the 1980s. The term “West” refers to external actors and circumstances in the West, among them the EU and its strategy of Eastern enlargement. I would like to add to Offe’s understanding of the term “West” still the process of systemic changes which the democratic and social capitalism of the West run through during the last three decades. It was characterized by lots of reform processes in different subsystems, partly by the decline of the social welfare state regimes in the light of the neoliberal revolution.

The results of the second Great Transformation in Eastern and Central Europe are highly inconsistent. Kornai pointed to *both* successes and disappointments when he drew a general balance in 2006.

Table 1: Transformation recessions in Eastern Europe after 1989 (without the recent crisis)

Countries ¹	First year of GDP decline	Years of decline	Years of most drastic decline percentage/year	Year of return to the former GDP per head in 1989
AL	1990	1990-92, 1997	28 (1991)	1999/2000
BIH	n.a. (War)	n.a.	First year of recovering: 1996	2008 only 85%
BG	1990	1990-93, 1996/97	11,7 (1991)	2006

CZ	1990	1990-92, 1997/98	11,6 (1991)	2000
EST	1990	1991/1994	14,2 (1992)	2002
H	1990	1990-93	11,9 (1991)	1999/2000
HR	1989	1989-93 (War); 1999	21,1 (1991)	2005
LT	1990	1990-94	21,3 (1992)	2005
LV	1991	1991-93, 1995	34,9 (1992)	2005
PL	1990	1990-91	11,6 (1990)	1995/96
RO	1989	1998-92, 1997-99	12,9 (1991)	2004
RUS	1990	1990-96	14,8 (1992)	2007
SK	1990	1990-93	15,9 (1991)	1999
SLO	1989	1989-91	8,9 (1991)	1997
SRB	1990	1990-93, 1999 (Wars)	30,8 (1993)	2008 only 73%

Sources of the data Kornai 2006: 213; Melzer 2003: 89, Clement et al. 2002, EBRD 2009, countries and topics (latter for column 5).

Kornai named the second Great Transformation “an unparalleled success story” (225).

And, what were the disappointments? They stemmed mainly from unpleasant social results of the transformation that produced hardships of every-day-life for most of the population.

After 1989 economic outcomes especially of industry declined dramatically. That slump is named as “transformation recession”. (Table 1) Reasons were manifold. First, there was the decomposition of the former common regional markets COMECON or of the inner market of Soviet Union and the Yugoslav

Federation. Second, change in the principles of coordination (from state plan to free market) caused difficulties. Third, the technical level of production was in lot of branches and companies low.

That led to the decline of production and of the amount of working force. In general, the GDP declined by between one fourth or one third, in extreme even cut in half. It lasted in average until the end of the decade to achieve the starting level of the amount of products in 1989.

Social consequences of this radical re-orientation in the economy could be expressed first and fore-

most by a radical inflation (in all states except Czech Republic, East Germany, and Hungary) – there

was for several years a strong rising of consumer prices. (Table 2)

Table 2: Inflation rate (Increase of consumer prices)*

Countries	1990/1991	1992	1995	2000	2010	2011
AL	35,5 (1991)	226	7,8	0,1	2.2(09)	
BG	26,3 (1990) 333,5 (1991)	82	96,3 (1994) 123 (1996)	10,3	3.0	3.4
CZ	52 (1991)	20,8 (1993)	9,6	3,9	1.2	2.1
EST	n.a.	1076,0	29,0 (1995)	3,9	2.7	5.1
H	28,9 (1990) 35,0 (1991)	23,0	28,2	10,0	4.7	3.9
HR	123 (1991)	665,5 (1992) 1517,5 (1993)	2,0	4,6	1.1	2.2
LT	n.a.	1020,5 (1992) 410,4 (1993)	39,6 (1995)	1,1	-1.2	4.2
PL	251 (1989) 585 (1990) 70,3 (1991)	43	27,8	10,1	2.7	3.9
RO	170 (1991)	210,4 (1992) 256,1 (1993)	136,4 (1994) 32,3 (1995)	45,7	6.1	5.8
RUS	n.a.	1526 (1992) 875 (1993)	311 (1994) 198 (1995)	20,8	8.8 (09)	
SVK	61,2 (1991)	23,2 (1993)	9,9	12,2	0.7	4.1
SLO	115 (1991)	207	13,5	8,9	2.1	2.1

* Data at the rule from the end of the year, 12 months average. Source: EBRD 2007, 2011; Eurostat 2008, 2011; Russlandanalysen 195; wiiv handbook 2010; grey accentuation: years with very high inflation rate of 100 percent and more.

In some states, the inflation lasted some years, in some other states there were not only one price peak but several. Special high inflation was experienced in succes-

or states of Yugoslavia (beside of Serbia) and of the Soviet Union. Long lasting inflation existed in Bulgaria, Romania, Russia, and the Ukraine. In these countries, the

financial assets of population were mostly eliminated. Moderate inflation is feature of economic transition only in Czech Republic, Slovakia, and Hungary.

Important part of the hardships in every-day-life was the rise of unemployment. (see table 3) It is not only about figures, it is about a deep break in everyday life: In the former economic order workers were

in good position because of the shortage of working hands. Experiences in handling unemployment had only parts of working population in Yugoslavia, Hungary and Poland (the latter two only starting from the late eighties). In all other countries unemployment was a completely and unpleasant new experience.

Table 3: Unemployment rates in Eastern Europe after 1989 in per cent*

	1990	1995	2000	2005	2008	2010	2013*
AL	9,5	10,2	16,8	14,7	12,7	13,9(09)	13.3 (Dec.12)
BIH	n.a.	n.a.	39,6	44,5	40,6	42,4(09)	
BG	1,6	13,7	16,4 [9,4]	12,1 [6,0]	5,6 [2,9]	11,3	12.4
CR	0,7	4,0	8,3 [4,4]	7,5 [4,4]	5,4 [2,2]	7,2	7.0
EST	3,7 (92)	9,7	13,6	7,9	5,5 [1,8]	13,8	9.9
H	1,4	10,2	6,4 [3,1]	7,3 [3,2]	7,8 [3,6]	11,0	11.1
HR	13,2 (91)	14,5	15,7	12,3	8,4	16,7(09)	21.9 (Dec.12)
LT	1,3 (92)	17,5	16,4	8,3	5,8	17,0	13.3
PL	6,5	14,9	15,1 [7,4]	17,6 [10,3]	7,1 [2,4]	9,6	10.6
RO	3,0 (91)	9,5	7,1	5,9	5,8	7,3	6.6
RUS	5,2 (92)	9,5	9,8	7,2	6,3	8,6	
SK	1,2	13,1	18,0 [11,3]	15,3 [11,7]	9,5 [6,6]	13,8	14.9
SLO	7,3 (91)	7,4	6,6	7,2	4,4	8,0	8.0
SRB	23,8 (92)	24,2	24,4	27,2	24,0	24,9(09)	23.1 (Oct.12)

Data at the end of the year if not indicated; in square brackets: long-term unemployment; Sources: EBRD 2007, Eurostat 2008, 2011; Russlandanalysen 200, p. 5; worldbank indicators 2010; wiiw handbook 2010; marked by*: Eurostat data from January, or National Statistics. In case unemployment have risen over 15 percent, the figure is marked grey.

The data are really impressive but they allow only an estimation of the level of social problems. It should be considered too that there was a strong reduction of the amount of working population. The labour force participation rate was reduced at 17 per cent in the average of the new EU-member states between 1989 and 2003. In Estonia, Hungary and Latvia the reduction was up to one quarter of the former level. (Kornai 2006: 230) There

was a high level of exclusion of certain social groups: older generations of employees, women in general, industrial workers from big enterprises with out-dated machines, employees from the former agrarian cooperatives.

The situation in the transition countries of Eastern Europe is additionally marked by the common strength (or more accurately: common weakness) of the social state in the region. (See Table 4)

Table 4 Social Expenditure (as Percent of GDP) in selected countries

Country	1995	2000	2002	2007
EU15	28.2	27.3	28.0	25.9
EU New8	-	18.9	18,4	16.8
EUNew10	-	-	17.7	16.2
Germany	28.9	29.6	30.5	27.7
France	30.7	29.8	30.6	30.5
UK	28.2	27.1	27.6	25.3
Ireland	18.9	14.3	16.0	18.9
Sweden	34.6	30.8	32.5	29.7
Estonia	-	15.1	12.7	12.5
Latvia	-	15.3	13.9	11.0
Lithuania	-	16.2	14.0	14.3
Poland	-	20.7	21.1	18.1
Slovakia	18.7	19.5	19.2	16.0
Slovenia	24.4*	25.2	25.4	21.4
Czech Republic	17.0	19.3	19.9	18.6
Hungary	-	19.8	20.9	22.3
Bulgaria	-	-	16.0**	15.1
Romania	-	13.0	13.6	12.8

Data from Fuchs/Offe 2008 Table 5, and Eurostat Yearbook 2008: 336; * data for 1996; **estimated.

The comparison with the 'old EU-member states' (EU 15) shows the region's lower state capacity to redistribute wealth. The only exception in Western Europe is Ireland. In Southeastern Europe, the trend is visible from the two new member states in the table, Romania and Bulgaria: These minimal social states have a low level of coverage of the population against social and health risks.

Data for most of Southeastern Europe are not included in the table, because they are not fully available. However, a paper published by the Ebert Foundation after a conference in Skopje (Stambolieva and Dehnert [eds.] 2011) gives the following results in a snap-shot: Bosnia-Herzegovina has social expenditures amounting to 13.5 percent of GDP in 2006 (Maglajlić and Rašidagić 2011: 19). In Croatia, during the last decade, the social expenditure dwindled from 22.8 percent of the GDP (in 2000) to 17.5 percent (in 2007) (Bejaković 2011: 88). Montenegro had a still lower level of expenditure that reached 15.8 percent of the GDP in 2007 (Vuković and Perišić 2011a: 198). The Serbia government, in the same year, spent 19.7 percent and, in 2009, 18.7 percent (Vuković and Perišić 2011b: 257).

The deterioration of the private social conditions, the missing or only slow economic upswing and the lack of the state capacity to redistribute through social policy can explain at least partly the ambivalence about democratic rule in the population of the region. The difficult economic situation and – most of all – the bleak prospect for a better future is a strong argument for the widespread willingness to emigrate, to leave.

Another kind of side effect of the systemic change was the rising social inequal-

ity. We can measure it partly by the Gini index concerning the incomes¹.

I will finish this part again with Kornai. His term "disappointments" point to the perception of these hardships in everyday life by the population. In the region in 1989 the hope was widespread that Eastern Europe could gain not only political and economic freedom but as well could enhance the average living standard to the level of Western Europe. These later on deeply frustrated expectations became an important part of the East European political reality. Kornai wrote: "As the disillusionment over socialism began to take hold, expectations became more pronounced. The hope emerged that a change of the system would resolve all problems, quickly, for everyone. Rightful hopes were intermingled with misconceptions and false illusions." (2006: 235)

In my opinion, these frustration about the transformation decade (the 1990s) were the main reason for the political instability, the alienation between political classes and voters, and the emerging crisis of representative democracy in the region. The rise of populist politics was one of the main results of this contradictions.

¹ See the data in CIA-Worldfactbook: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2172.html#bu> (read at October 24, 2017)

2. The unexpected instability of democratic order in East Central and Southeastern Europe after 2005

What do these observations mean for the political situation? At first it could be stressed that there is no unified region Eastern Europe anymore but several sub-

regions with different political trends. Freedom house differentiate between countries in East Central Europe that are stable democracies, the countries in the Balkans, mainly assessed as semi-consolidated democracies or hybrid regimes, and the post-Soviet, where are different types of authoritarian regimes.

Table 5: Democracy scores by "Nations in transit" (2005-2017)

	2005	2006	2008	2010	2012	2014	2015	2016	2017
RU	5.61	5.75	5.96	6.14	6.18	6.29	6.46	6.5	6.57
PL	2.00	2.14	2.39	2.32	2.14	2.18	2.21	2.32	2.57
CZ									2.25
SK									2.61
H	1.96	2.00	2.14	2.39	2.86	2.96	3.18	3.29	3.54
RO	3.39	3.39	3.36	3.46	3.43	3.46	3.46	3.46	3.39
BG	3.18	2.93	2.86	3.04	3.14	3.25	3.29	3.25	3.29
SRB	3.75	3.71	3.79	3.71	3.64	3.64	3.68	3.75	3.82
AL	4.04	3.79	3.82	3.93	4.14	4.18	4.14	4.14	4.14

Consolidated democracy: 1.00-2.99

Semi-consolidated d.: 3.00-3.99

Hybrid regimes: 4.00-4.99

Semi-consolidated authoritarian regime: 5.00-5.99

Consolidated authoritarian regime: 6.00-7.00

Another transformation index, Bertelsmann Transformation Index (BTI), combines economic and political performance and differentiates between highly advanced (all new member states of EU beside of Bulgaria and Romania), advanced or limited (the Balkans and, partly, the post-Soviet area). Both indices are on the opinion that ECE is making important progress on the way to stable democracies.

But the question rises whether the enormous social tensions in East Central Europe during the transformation decade do not really influence the political stability? In my opinion, a crisis of representative democracy is on the way in the region. This assumption is backed by an analysis of party politics in East Central Europe.

Soon after their accession to the EU in 2004, four East-Central European countries

began experiencing unexpectedly serious problems. Attila Ágh spoke about a post-accession crisis (Ágh 2005). I am thinking on the well-known political crises in 2005 and 2006 in Poland, Hungary, Slovakia and the Czech Republic. There was a rise of populist politics in Poland and Slovakia and political instability in Czech Republic. Since 2010, populist parties were emerging in Czech Republic too. The first was the party "Věci veřejné" (Public Affairs), then came "Úsvit" (in 2017 as SPD, Party of direct Democracy) and ANO 2011. In 2017, this latter populist-liberal party won victory. A strong sign of the crisis consists in street demonstrations and violence in Hungary in 2006. The next Hungarian elections brought about the absolute majority of seats by the national-populist party Fidesz and with JOBBIK an extreme right party into the parliament. In Poland, the second time PiS get into power in 2015.

Are these crises temporary or do they have a more serious quality? In my view, they have not come about by chance. Based on my analysis of the development of political parties in Eastern Europe, I have generate the thesis that this political instability is based on a *process of alienation* between the political classes and the citizenries of these countries, which in turn undermines the functioning of representative democracy. That produces the question about our understanding of "consolidation of democracy": all four countries are widely regarded as consolidated democracies². Is it feasible that a consolidated democracy will glide eventually into a serious instability?

² See Freedom House, Nations in transit 2017 (<https://freedomhouse.org/report/nit-2017-table-country-scores>) or Bertelsmann Transformation Index (<https://www.bti-project.org/de/index/>) and Merkel (2007: 423).

How to solve this discrepancy? I would argue that we should more critical discuss the prevailing understanding of "democratic consolidation".

A second question could be³, why the political troubles started only in 2005/6 if the economic hardships of the transition decade were responsible for that? Why the voters did not react during the first, very difficult years to that? My answer consists in the following: responsible for their reaction was not the direct influence of the social decline that the losers of transformation have experienced. I was the combination of social facts and a social-psychological factor that matters. In 1989, there was an overwhelming hope of populations' majorities that the systemic change from state-socialism to capitalism would bring all of them a much better life. The hope lasts several years. Only when after more than ten years and additionally the joining of EU in 2004 there was no amendment for a bigger part of population the hopes were deeply frustrated. The losers realized at the end that the transformation has brought about steady results already. Additionally, they saw a small group of super riches acting who functioned as standard of their comparison. The last corner stone of the democracy crisis was the emergence of political entrepreneurs who exploited the situation for its own favour.

³ I owed this important question to Jerzy Wiatr who have posed it to me at the CEPESA conference in Wrocław in September 2017.

The populists used the feeling of betrayal and pointed to corrupted politicians.

Let me now present three arguments for my thesis on institutional instability and political alienation in Eastern Europe⁴:

◆ *in these countries, parties inspire an extremely low level of confidence.*

There is in general relatively little confidence in institutions. Confidence in political parties hovers around the extreme regional average of seven per cent (i.e., eighty-two per cent do not trust the parties)⁵. It is useful to compare this to the situation in the EU-15. In those countries these figures were at fifteen per cent in 2003, i.e. double those in Eastern Europe.

◆ *the population's willingness to participate is very low.*

This can be measured by the parties' membership figures and rates of participation in elections. As far as the turnout is concerned, the trend points to relatively low rates. Poland also stands out here. Its fifty-four per cent voter participation in the parliamentary elections in 2007 was only given so much attention because the previous election had attracted a mere forty-one per cent to the polls. In 2011 the turnout was again slightly below 50 per cent, in 2015 above this figure. But in Slovakia too, less than sixty per cent of the electorate voted in last two elections. The same situation was in Czech Republic. In Bulgaria, Croatia and Serbia, the turnout was about 55 per cent. Romania has a turnout of about 40 per cent in last two elections. Only in Hungary, the rate was still above sixty per cent.

◆ *all countries have shown increasing trends towards populist politics.*

Populist politics is understood basically as a parasitic behaviour on the part of politicians in the face of this kind of alienation since it appears to be a proven means of bridging the gap between the political class and the population. The issue that must be examined is whether this is a transitional phenomenon or rather a symptom of a more profound crisis of representative democracy.

How to interpret the situation that in a democracy in which all democratic institutions are installed emerged the situation of instability? The prevailing theories of democracy make no provision for a democracy being subsequently deconsolidated. But our assumptions are based on experiences from the Western European past where such retrograde developments did not occur in the time after WWII. The interwar period is in my opinion not comparable: The Weimar Republic was not a consolidated democracy when it fell. Other counter argument could come from Italy where a new party system developed after 1992. But even in this case the constitutional order of society remained stable.

So, are the obvious signs of crisis in East-Central Europe since 2005 a temporary or permanent phenomenon? In my view, the alienation I have described between politics and society in the democracies of East-Central Europe and the populism smouldering there provide a direct route to the answer. How and why did this alienation come about?

The starting point of the political instability lays already in high expectations towards the process of systemic changeover which

⁴ Compare Segert 2008 and 2009.

⁵ Candidate Countries Eurobarometer Spring 2004. First Results, p. 5. [http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/cceb/2004/cceb_2004.1_first_anx.pdf]

emerged in the crisis of the socialist welfare model. As it failed the hopes aimed on a better life of all citizens shifted towards the counterpart of the competition of systems, to the capitalist West. The shift to the successful Western model in 1989/90 was then linked to the hope of achieving the same goal by new means. But the reality was different and the social bottom line of the system changeover remains mixed. But the main point of my argument is not the blame of the population for eventually unrealistic high expectations in the capitalist market economy.

The frustrations are not only caused by eventually too high popular expectations but as well by the effect of an attempt to catch up with a "moving target". In the moment of the decay of the "consumption socialism" *the prevailing capitalist model itself started to change*. In the 1980s and parallel to the crisis of state socialism in Eastern Europe it has begun a new phase of global capitalism. The old welfare capitalism had likewise entered a crisis. Thus the Eastern European population was striving for a model for success that was already on the way out in its place of origin.

More than this: Eastern Europe was transformed into a laboratory for an especially rapid and vigorous implementation of the basic tendency started in the 1980s in the West. The original hopes of the Eastern European population that they would be able to take over

a model promising to link economic efficiency with freedom and social equality were thus fundamentally frustrated.

3. "Lessons to learn"? About the interactions between democratic sustainability and the welfare state

What is to learn from that experience for the understanding of our "Western democracy"? In my opinion, the transformation of the East has produced a kind of grand experiment concerning social influences on political stability. We could learn when, by which circumstances, democracies could become vulnerable.

The social tensions in East Europe influence the Western part of the continent not only via extensive migration and by organised crime. We can learn something important from the threats to democracy generated by the decline of social security and the weakness of the social state in the whole of post-socialist Eastern Europe.

In West and East of Europe parallel developments are on the way. For Western Europe Collin Crouch named these tendencies "Post-Democracy": Mighty interests groups use their economic and media power for influencing state decisions in its interests. The democratic institutions erode more and more. Within the bulk of population political alienation and apathy is spreading. In Eastern Europe the weakness of the national social state and the influences of international economic actors combined produce the same political tendency.

A last assumption: Not the post-socialist Eastern Europe is catching up

with the Western higher standards. Other way round: it is a forerunner on the way that undermines the social basis of a stable democracy. Within the populist uprising and the majorities' alienation from the

political class in East Central and Southeastern Europe the attentive Western observant may view the future threats of its on democratic order.

Quoted literature:

- Ágh, Attila (2005): *Institutional Design and Regional Capacity Building in the Post-Accession Period*, Budapest: Hungarian Centre for Democracy Studies.
- Bejaković, Predrag: *The National Model of the Welfare State Tradition and Changes: 1991-2010. The Case of the Republic of Croatia*, in: Stambolieva and Dehnert (2011), p. 58–91.
- Clement, Hermann et al (2002): *Wachstum in schwierigem Umfeld – Wirtschaftslage und Reformprozesse in Ostmittel- und Südosteuropa sowie der Ukraine 2001/2002*, Working Papers des Osteuropa-Instituts 242, München.
- EBRD 2009: EBRD Homepage, Countries and Topics, in: <http://www.ebrd.com/country/index.htm> [read at 2009.07.29]
- Ehrke, Michael (2006: 1): *Ungarische Unruhen – ein Symptom der zentraleuropäischen Beitrittskrise?* Internationale Politikanalyse: Politik Info (10/2006), Bonn: FES.
- Fuchs, Susanne and Claus Offe (2008): *Welfare State Formation in the Enlarged EU. Patterns of Reform in the Post-Communist New Member States*, Working Papers, No. 14, April 2008, Hertie School of Governance, Berlin.
- Kornai, János (2006): *The great transformation of Central Eastern Europe. Success and disappointment. "Economics of transition" vol. 14 (2)*, p. 207–244.
- Maglajlić, Reima Ana and Rašidagić, Ešref Kenan: *Socio-Economic Transformation in Bosnia and Herzegovina*, in: Stambolieva and Dehnert (2011), p. 16–40.
- Melzer, Alex (2003): *12 Jahre Ostzusammenarbeit, Evaluation 2003/4, Band 1: Die Transition und ihr Schatten*, hrsg. durch die Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit der Schweiz und das Staatssekretariat der Wirtschaft, Bern 2003.
- Merkel, Wolfgang (2007): *Gegen alle Theorie?* In: PVS 2007/3.
- Segert, Dieter (2008): *Трансформация и развитие партий в Восточной Европе после завершения переходного десятилетия* [engl.: *Transformation and development of parties in Eastern Europe after the end of transition decade*], in: E.J. Meleschkina/G.M. Michaleva (eds.): *Политическая конкуренция и партии в государствах постсоветского пространства* [Political competition and parties in the states of post-soviet space], Moskva: INION RAW 2009, s. 20–43.
- Segert, Dieter (2009): *Why no 'Dilemma of Simultaneousness'? The 'Great Transformation' in Eastern Central Europe Considered from the Point of View of Post-Socialist Research*, in R. Frank/S. Burghart (eds.): *Driving Forces of Socialist Transformation*, Wien: Praesens, p. 89-112.
- Segert, Dieter and Heinz Faßmann (2012): *Introduction to the Issue: 'Stable democratic institutions in spite of weak popular support – A Comparison of the Southeast European Democracies'*, *Southeastern Europe* (36) 2012/3, p. 291–303.
- Stambolieva, Marija and Dehnert, Stefan (2011): *Welfare states in transition. 20 years after the Yugoslav welfare model*, FES, Buero Sofia. Online <http://library.fes.de/pdf-files/bue/ros/sofia/08711.pdf>

- Vuković, Drenka and Perišić, Natalija (2011a): Opportunities and Challenges of Social Security Transition in Montenegro, in: Stambolieva and Dehnert (2011), p. 165–201.
- Vuković, Drenka and Perišić, Natalija (2011b): Social Security in Serbia – Twenty Years Later, in: Stambolieva and Dehnert (2011), p. 228–261.
- WIIW Handbooks (2010): WIIW Handbook of Statistics 2010. Central, East and Southeast Europe, ed. by The Vienna Institute for International Economic Studies, Wien.

Podmiotowa i przedmiotowa zdolność upadłościowa w upadłości konsumenckiej*

1.1. Uwagi ogólne

Zdolność upadłościowa określa, jakie podmioty oraz w jakich okolicznościach ekonomiczno-prawnych podporządkowane są normatywnej logice postępowania upadłościowego. Wyróżniamy podmiotową i przedmiotową zdolność upadłościową.

Zdolność podmiotowa określa, do jakich osób fizycznych mają zastosowanie przepisy tytułu V części trzeciej prawa upadłościowego regulujących postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 491 *in fine* przepisy tego tytułu stosuje się do osób fizycznych, do których nie mają zastosowania przepisy działu II tytułu I części pierwszej regulujące kwestie podmiotowej zdolności upad-

łościowej przedsiębiorców. Istnieją zatem w polskim prawie insolwencyjnym traktowane rozłącznie (dysjunktywnie) dwa zbiory podmiotowe, tj. *przedsiębiorców* oraz *osób nieprowadzących działalności gospodarczej*, dla których ustawodawca przewidział odrębne podsystemy procedowania oraz ustalił zarówno szczególne, jak i uniwersalne paradygmaty prawne – określające materialnoprawne przesłanki zastosowania określonych instytucji prawa insolwencyjnego wobec tych różnych, niewypłacalnych grup podmiotów.

Z regulacji określonej w normie art. 491 *in fine* można wywieść wnioszek, że osoby fizyczne, które nie mają zdolności upadłościowej dotyczącej przedsiębiorców, mają taką podmiotową zdolność jako osoby nieprowadzące działalności gospodarczej.

* Jest to fragment przygotowywanej monografii poświęconej upadłości konsumenckiej.

Jak wiemy – po dokonaniu wykładni art. 5 pun – zdolność upadłościowa obejmująca przedsiębiorców (w szerokim sensie) dotyczy:

1. Przedsiębiorców w rozumieniu ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2014, poz. 121 i 827 oraz Dz.U. 2015, poz. 4), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.
2. Spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych nieprowadzących działalności gospodarczej;
3. Wspólników osobowych spółek handlowych, ponoszących odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem;
4. Wspólników spółki partnerskiej.

W razie śmierci przedsiębiorcy można ogłosić jego upadłość, jeżeli wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony w terminie roku od dnia jego śmierci. Wniosek o ogłoszenie upadłości może złożyć wierzyciel, a także spadkobierca oraz małżonek i każde z dzieci lub rodziców zmarłego, chociażby nie dziedziczyli po nim spadku (art. 7 pun). Zatem pozostałe osoby fizyczne aktywne w zakresie nawiązywania wszelakiego rodzaju stosunków prawnych w sytuacji trwałej niewypłacalności będą mogły skorzystać z reżimu postępowania upadłościowego dotyczącego konsumentów.

W konsekwencji przyjąć należy, że postępowanie uregulowane niniejszym tytułem może być prowadzone wobec:

- 1) osób fizycznych, które nie są przedsiębiorcami w rozumieniu art. 5 ust. 1, a ponadto

- 2) wspólnika osobowych spółek handlowych ponoszących ograniczoną odpowiedzialność za zobowiązania spółki taką jak komandytariusze w spółkach komandytowych i akcjonariusze w spółkach komandytowo-akcyjnych (art. 5 ust. 2 pkt 2).
- 3) akcjonariuszy w spółkach akcyjnych, bez względu na liczbę i rodzaj posiadanych akcji, jak również udziałowców spółek z ograniczoną odpowiedzialnością – i to także wtedy, gdy są jedynymi akcjonariuszami lub udziałowcami, jeśli nie są przedsiębiorcami, bowiem wspomniani wyżej wspólnicy i komandytariusze ani akcjonariusze czy udziałowcy nie są objęci postanowieniem tytułu I działu II.
- 4) osób fizycznych prowadzących gospodarstwo rolne, które są wyłączone z zakresu stosowania przepisów tytułu I działu II mocą art. 6 pkt 5, stanowiącego, że wobec tej kategorii osób nie można prowadzić upadłości takiej jak wobec przedsiębiorcy, ale można ogłosić upadłość konsumencką. Wniosek taki można wywieść z prostej logicznej zależności wynikającej z hipotezy i dyspozycji normy art. 491¹, który – powtórzmy – stanowi, że przepisy o upadłości konsumenckiej stosuje się wobec osób fizycznych, których upadłości nie można ogłosić zgodnie z przepisami działu II tytułu I części pierwszej. Ponieważ nie można prowadzić wobec rolników indywidualnych upadłości gospodarczej, jeśli nie prowadzą innej działalności gospodarczej lub zawodowej, można zatem ogłaszać wobec nich upadłość konsumencką z wszelkimi tego konsekwencjami (logika zbioru normatywnego).

5) osób fizycznych, które prowadziły (choć w chwili składania wniosku już nie prowadzą) działalność gospodarczą lub zawodową. Samo zawieszenie takiej działalności nie wystarcza – należy ją formalnie wyrejestrować. Regułę tę stosuje się odpowiednio do osób, które przestały być współnikami osobowych spółek handlowych.

Dochodzimy tutaj do strategicznego problemu, jaki mają osoby fizyczne, które dotychczas prowadziły działalność gospodarczą i osiągnęły stan niewypłacalności: czy dalej rozwiązywać problem zadłużenia w procedurach restrukturyzacyjnych lub upadłościowych jako jednoosobowy przedsiębiorca, czy też po wyrejestrowaniu z ewidencji działać w tej mierze jako konsument?

Wydaje się, że odpowiedź na to główne pytanie jest funkcją odpowiedzi na następujące pytania pomocnicze dotyczące dłużnika:

1. Czy ma więcej niż jednego wierzyciela?
2. Czy ma potencjał finansowy gwarantujący płynność procesu upadłościowego?
3. Czy przejdzie pozytywnie test określony w art. 13 *pun*?
4. Czy rzetelnie i w miarę racjonalnie zarządzał swymi aktywami?
5. Czy dłużnik w sposób rażąco niedbały lub umyślny zadłużył się, doprowadzając tym samym do niewypłacalności?

Ponieważ jednak większość osób fizycznych, które prowadzą lub prowadziły działalność gospodarczą, nie spełnia (po-

zytywnie) wyżej wymienionych warunków, ultimatywnym rozwiązaniem dla nich jest próba wszczęcia postępowania upadłościowego obejmującego osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej.

Chociaż wydaje się, że od 2016 roku *prima facie* większą szansę ma zadłużony przedsiębiorca tracący zdolność płatniczą, a nie konsument – a to z uwagi na szerokie możliwości ratowania swojej sytuacji ekonomiczno-prawnej nie tyle przez upadłość, co przez otwarcie którejś z procedur (trybów) postępowania restrukturyzacyjnego – musimy pamiętać, że warunkiem jest spełnienie przesłanek podmiotowo-przedmiotowych określonych w art. 8 prawa restrukturyzacyjnego. Należy ponadto pamiętać, że i w prawie restrukturyzacyjnym są normatywne progi wejściowe – sąd odmawia bowiem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, jeżeli jego skutkiem byłoby pokrzywdzenie wierzycieli albo gdy nie została uprawdopodobniona zdolność dłużnika do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu.

Trzeba jednak pamiętać, że osoby fizyczne będące przedsiębiorcami mają bardzo słabą zdolność restrukturyzacyjną, a to z uwagi na swoistość i strukturę działalności gospodarczej.

Th.P. van Hoorn zauważył, że małe organizmy gospodarcze różnią się od dużych pod następującymi względami (van Hoorn 1979):

- ◆ generują stosunkowo małą liczbę wyrobów czy usług, w niewielkim stopniu zdywersyfikowaną i oferowaną na małym obszarze danego sektora rynku;
- ◆ ich zasoby i możliwości są relatywnie ograniczone;

- ◆ na ogół nie dysponują sformalizowanymi metodami śledzenia otoczenia, opracowywania prognoz, oceny i kontroli postępu w realizacji wybranej strategii; informacje są niekompleksowe, decyzje zaś są w znacznym stopniu intuicyjne;
- ◆ większość personelu kierowniczego uzyskała kwalifikacje w trakcie pracy; w efekcie personel ten woli opierać się na doświadczeniach w myśleniu indukcyjnym opartym na założeniu, że to, co było dobre skuteczne w przeszłości, zagwarantuje sukces w przyszłości;
- ◆ stanowiska kierownicze i udziały (majątek) są często rozdzielane między ojców-założycieli lub członków ich rodzin;
- ◆ zdolność kredytowa i zdolność pozyskiwania kapitału z innych źródeł jest na ogół niska;
- ◆ firmy takie nie mogą liczyć na pomoc państwa.

Z drugiej jednak strony mali i średni przedsiębiorcy są bardziej mobilni, elastyczni, mają ułatwioną możliwość podejmowania szybkich decyzji – pod warunkiem jednak, że będą to decyzje racjonalne i zgodne z prawem. Należy bowiem pamiętać, że mała firma jest jak saper – myli się tylko raz. Gdy zatem przyjmie nietrafną strategię lub popełni błędy w fazach jej implementacji, z reguły skazana jest na bankructwo lub wyjście honorowe: upadłość – także (a może przede wszystkim) konsumencką – jeżeli w stosownym czasie wyrejestruje się z ewidencji przedsiębiorców i nie naruszy wcześniej art. 21 prawa upadłościowego.

W kontekście tych argumentów wydaje się, że osoba fizyczna prowadząca jednoosobowo działalność gospodarczą powinna wyrejestrować się formalnie z rejestru przedsiębiorców i złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości konsumenckiej – a to z następujących powodów:

1. Nie musi zapewniać środków na prowadzenie postępowania upadłościowego (środki te tymczasowo gwarantuje Skarb Państwa);
2. Nie ma barier związanych z normą art. 13 *in fine*;
3. Może mieć tylko jednego wierzyciela;
4. Może nie mieć majątku;
5. Z przyczyn humanitarnych lub słusznościowych może zostać oddłużona bez określenia planu podziału i spłaty.

Jedyny warunek to wykazanie, że nie doprowadziła do niewypłacalności przez rażące niedbalstwo – ani tym bardziej w sposób umyślnie zawiniony.

1.2. Uwagi syntetyzujące

Na podstawie powyższych rozważań możemy raz jeszcze stwierdzić, że w systemie prawa insolwencyjnego wyróżniamy dwa rodzaje podmiotowej zdolności upadłościowej: gospodarczą oraz konsumencką. Ich zakres jest rozłączny.

Gospodarcza zdolność upadłościowa przysługuje na mocy art. 5 ust. 1 *in fine* w zw. z art. 43¹ kc wszystkim przedsiębiorcom (zarówno osobom fizycznym, jak i osobom prawnym oraz jednostkom organizacyjnym wymienionym w art. 33¹ kc prowadzącym

we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową); w rozszerzonym zakresie na mocy art. 5 ust. 2 pun zdolność taka przysługuje także spółkom z ograniczoną odpowiedzialnością i spółkom akcyjnym nieprowadzącym działalności gospodarczej, wspólnikom osobowych spółek handlowych ponoszącym odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia (całym majątkiem) i wspólnikom spółki partnerskiej, a ponadto podmiotom wymienionym w art. 7–9 pun. Według kodeksu spółek handlowych wspólnicy ponoszący odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia – czyli całym swoim majątkiem – to: wspólnicy spółki jawnej (art. 22 § 2 ksh) komplementariusze w spółkach komandytowych (art. 102 ksh) oraz komplementariusze w spółkach komandytowo-akcyjnych (art. 125 ksh).

Konsumencka zdolność upadłościowa przysługuje natomiast komandytariuszom, którzy ponoszą odpowiedzialność do wysokości sumy komandytowej pomniejszonej o wniesiony wkład lub są zwolnieni z odpowiedzialności (art. 111 ksh w zw. z art. 112 § 1 ksh), akcjonariuszom w spółce komandytowo-akcyjnej (art. 135 ksh) oraz wspólnikom czy akcjonariuszom spółki kapitałowej. Ponadto, jeżeli minął rok od zaprzestania prowadzenia przez osobę fizyczną działalności gospodarczej – nawet gdy nie dopełniła obowiązku zgłoszenia tego obowiązku we właściwym rejestrze (art. 8 ust. 1 i 2 pun *a contrario*) – osoby te będą mogły wszcząć konsumenckie postępowanie upadłościowe.

Pewna wątpliwość pojawiła się w doktrynie co do komandytariusza, który odpowiada bez ograniczenia jedynie za niektóre zobowiązania. Takie przypadki zachodzą w przy-

padku komandytariusza w odniesieniu do określonej grupy zobowiązań (art. 118 § 2 ksh). W odniesieniu do konkretnego zobowiązania mamy tu bądź art. 104 § 4 ksh (co do wszystkich zobowiązań spółki), bądź wyłączenie odpowiedzialności komplementariusza w spółkach komandytowo-akcyjnych (art. 137 § 5 ksh, od chwili wpisu w KRS). Brakuje rozstrzygnięcia *expressis verbis*, czy o konsumenckiej zdolności upadłościowej ma decydować abstrakcyjnie ujęta kategoryzacja typów wspólników, czy też okoliczności konkretnego wypadku. Aleksander Jerzy Witosz i Rafał Adamus słusznie stwierdzili, iż w przypadku komandytariusza wyjątkowość sytuacji, gdy odpowiada bez ograniczenia za niektóre tylko zobowiązania, nie powinna mieć dominującego (przesądającego) znaczenia dla zasad wspólnego dochodzenia roszczeń przez wierzycieli, a zatem można w stosunku do niego wszcząć konsumenckie postępowanie upadłościowe (Witosz, Adamus, s. 30–32). Z poglądem tym, jako funkcjonalnie uzasadnionym, należy się zgodzić. Natomiast w przypadku komplementariusza w spółkach komandytowo-akcyjnych, który ponosi odpowiedzialność bez ograniczenia całym swoim majątkiem za zobowiązania powstałe do dnia wpisu w rejestrze, a nie odpowiada za zobowiązanie powstałe po tej dacie (art. 137 § 5 ksh) – decydujący będzie fakt istnienia lub nieistnienia odpowiedzialności w dacie ogłoszenia upadłości.

Podkreślmy, że w obecnym stanie prawnym nie ma już wątpliwości w kwestii zdolności upadłościowej rolników indywidualnych, którzy mają teraz *pełną zdolność upadłościową* w zakresie upadłości konsumenckiej. W ten sposób wypełniła się zasada kompleksowości podmiotowej prawa upadłościowego. Doprecyzowania wymaga jednak kwestia zdolności upadłościowej osób fizycznych prowadzących gospodarstwo rolne równocześnie z inną działalnością gospodarczą lub zawodową. Z racji prowadzenia tej działalności można ogłosić upadłość takich osób na zasadach ogólnych właściwych dla przedsiębiorców. Wykładnia ta wiąże się z dominacją w takim zakresie zobowiązań gospodarczych lub zawodowych. W takich sytuacjach długi konsumenckie będą ujęte na jednej liście wierzytelności – wraz z długami gospodarczymi czy powstałymi w związku z wykonywanym zawodem.

Za takim poglądem przemawiają racje funkcjonalno-logiczne, chociaż wydaje się, że lepiej jednak wyrejestrować tę inną działalność gospodarczą lub zawodową – i wybrać wtedy odpowiedniejszą dla osób fizycznych drogę upadłości konsumenckiej.

Istotną kwestią jest także problem małżonków pozostających we wspólności ustawowej. Warto pamiętać, że małżonkowie nie mogą złożyć wspólnego wniosku o ogłoszenie upadłości konsumenckiej – pomimo istnienia wspólnoty ustawowej. W konsekwencji małżonkowie mogą indywidualnie zło-

żyć samoistne wnioski w tej kwestii, jeżeli tylko w obu przypadkach zachodzą pozytywne przesłanki do ogłoszenia upadłości konsumenckiej. Można sobie bowiem wyobrazić sytuację, że istnieje między małżonkami od dłuższego czasu rozdzielność majątkowa – powodująca, że dysponują oni odrębnym potencjałem majątkowym. A każdy z nich jest zadłużony, naznaczony trwałą niewypłacalnością. W sytuacji jednak, gdy wiąże ich wspólność ustawowa co do zgromadzonego majątku oraz odpowiedzialności za długi, wówczas tylko jeden z małżonków może zgłosić wniosek o upadłość, drugi natomiast ma prawo zgłosić swoją wierzytelność na listę wierzytelności. Z dniem ogłoszenia upadłości jednego z małżonków powstaje między małżonkami rozdzielność majątkowa, o której mowa w art. 53 § 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (j.t. Dz.U. 2017, poz. 682). Jeżeli małżonkowie pozostawali w ustroju wspólności majątkowej, majątek wspólny małżonków wchodzi do masy upadłości, a jego podział jest niedopuszczalny.

Małżonek upadłego może dochodzić w postępowaniu upadłościowym należności z tytułu udziału w majątku wspólnym, zgłaszając tę wierzytelność sędziemu komisarzowi. Domniemywa się, że majątek wspólny powstały w okresie trwania wspólności został nabyty ze środków pochodzących z dochodów (aktywów) objętych tą wspólnością.

Uwagi konkretyzujące skutki relacji majątkowych między małżonkami w postępowaniu upadłościowym konsumenckim poczynię w dalszej części.

Rozważając kwestie zdolności podmiotowej warto odnieść się do poglądu wyrażonego w postanowieniu Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 21 września 2011 r., z którego wynika, że podmiotowy zakres upadłości konsumenckiej – fakt, że dłużnik w chwili wydania orzeczenia prowadzi działalność gospodarczą – nie przesądza jeszcze o niemożności orzeczenia w stosunku do niego tzw. upadłości konsumenckiej.

Argumenty sądu sprowadzają się do dwóch faktów, a mianowicie:

1) że w dacie wniesienia wniosku dłużnik nie miał statusu przedsiębiorcy;

2) że jego zobowiązania powstały w czasie, gdy nie prowadził działalności gospodarczej – i choć twierdził, że zaciągnięte kredyty służyły podjęciu w przyszłości działalności gospodarczej, niemniej zaciągnął je jako konsument w rozumieniu art. 22¹ kc.

Przepis ten za konsumenta uważa za osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z działalnością gospodarczą lub zawodową. Skoro więc działalność gospodarcza z formalnego (rejestrowego) punktu widzenia w dacie składania wniosku jeszcze nie istniała, to mimo że wnioskodawca zaciągnął zobowiązania, które miały służyć podjęciu takiej działalności, miały one z jego strony naturę transakcji *de facto* konsumenckiej.

Z punktu widzenia formalnej semantycznej wykładni przepisów regulujących kwestie podmiotowej zdolności upadłościowej konsumenckiej – jest to teza odważna i mocno dyskusyjna. Liczy się bowiem moment ogłoszenia upadłości i odpowiedź na pytanie, czy osoba fizyczna

jest przedsiębiorcą, czy też w tym właśnie momencie nie prowadzi działalności gospodarczej. W szerszym tle tych rozważań pojawia się pytanie, jak rozstrzygać kwestie podmiotowej zdolności upadłościowej, gdy osoba fizyczna ma niezapłacone zobowiązania ściśle i bezpośrednio związane z działalnością gospodarczą, ale posiada również tzw. kredyty konsumenckie? Na przykład gdy taka osoba wzięła kredyt mieszkaniowy oraz pożyczkę na zakup samochodu na cele prywatne, a jednocześnie ma niespłacone długi wobec dostawców – o charakterze *stricte* gospodarczym.

Powiedzmy, że wartość wszystkich zobowiązań konsumenckich wynosi 560 tysięcy złotych, wartość zaś zobowiązań gospodarczych to jedynie 50 tysięcy zł. Nie można przecież ogłosić podwójnej upadłości – jednej gospodarczej, a drugiej konsumenckiej. Myślę, że w takim przypadku – zgodnie z ogólną zasadą racjonalności ustawodawcy i wynikającą z niej regułą integralności (komplementarności) systemu prawnego wykluczającą sprzeczność – należy dać prymat upadłości konsumenckiej, gdy w chwili ogłoszenia upadłości dłużnik ma już wyrejestrowaną działalność gospodarczą. Powtórzmy: na potrzeby prawa upadłościowego to kwestie formalnoprawne decydują, czy ktoś jest konsumentem, czy przedsiębiorcą – nie zaś funkcjonalne przeznaczenie zobowiązań. W tym rozumieniu art. 22¹ kc nie ma więc decydującego znaczenia.

2. PRZEDMIOTOWA ZDOLNOŚĆ UPADŁOŚCIOWA

2.1. Uwagi ogólne

Przedmiotowa zdolność upadłościowa rozumiana być powinna jako zespół cech, jako pewne związki własności (okoliczności, zjawiska), których zaistnienie warunkuje decyzję w przedmiocie ogłoszenia upadłości konsumenta. Możemy wyróżnić zarówno pozytywne, jak i negatywne w tym zakresie przesłanki. Pozytywne okoliczności warunkują uwzględnienie wniosku dłużnika i ogłoszenie upadłości, negatywne zaś – oddalenie wniosku.

Podstawę normatywną oceny wniosków dłużników o ogłoszenie upadłości konsumenckiej stanowi kompleks przepisów zawartych w art. 491¹–491⁴ ustawy prawo upadłościowe i naprawcze. Przesłanki te mają charakter podmiotowy i przedmiotowy, wymagają stwierdzenia okoliczności pozytywnych oraz udowodnienia, że nie zachodzą fakty negatywne, które uzasadniałyby oddalenie wniosku.

Jak podkreślają autorzy projektu nowelizacyjnego, zasadnicze znaczenie dla redukcji barier w dostępie do upadłości konsumenckiej miało ograniczenie negatywnych przesłanek ogłoszenia upadłości do okoliczności wskazujących na nierzetelność dłużnika. Podstawową zatem przesłanką negatywną w uchwalonych przepisach jest doprowadzenie przez dłużnika do swojej niewypłacalności – lub istotne zwiększenie stopnia już zaistniałej niewypłacalności – *umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa*. Autorzy projektu podkreślali przy tym, że umyślność oznacza ich

zdaniem objęcie zamiarem dłużnika doprowadzenia do niewypłacalności albo jej pogłębienia, a nie sam fakt umyślnego dokonania czynności, które do niewypłacalności doprowadziły. Chodzi tutaj zatem o tzw. taktyczną, przemyślaną upadłość; przykładowo – umyślne zaciągnięcie kredytu w sytuacji, gdy zamiarem dłużnika nie było doprowadzenie do niewypłacalności, nie będzie oznaczało umyślnego doprowadzenia do niewypłacalności. Jako umyślne doprowadzenie do niewypłacalności albo zwiększenie jej stopnia należy – według uzasadnienia projektu – traktować przypadki intencjonalnego wyzbycia się przez dłużnika składników swego majątku w celu utrudnienia dochodzenia należności przez wierzycieli. Myślę, że nie w każdych warunkach zaciąganie zobowiązań będzie miało charakter obojętny dla stwierdzenia rażącego niedbalstwa. Gdy powiedzmy dłużnik zaciąga zobowiązania, mając świadomość, że w związku ze swą sytuacją zawodową (np. utratą pracy połączoną z niechęcią do znalezienia nowej) nie będzie mógł ich spłacić – to w takim kontekście faktycznym mamy do czynienia z rażącym niedbalstwem, skoro dłużnik nie podejmuje nawet próby znalezienia nowej pracy.

Z reguły doprowadzenie do stanu niewypłacalności poprzedza kompleks czynności o charakterze ekonomiczno-prawnym, a wyjątkowo także zaniechanie podjęcia działań sanacyjnych zmierzających do poprawy kryzysowego stanu rzeczy.

Każdorazowo zatem sąd, badając i oceniając wniosek z punktu widzenia ewentualnej umyślności w doprowadzeniu do stanu niewypłacalności, winien prześledzić zarówno etap zaciągania zobowiązań, ich spłaty, jak i fakt zaprzestania – analizując kontekst czynności dłużnika, które były racjonalne lub nieracjonalne, obciążone mniejszym lub większym ryzykiem, obniżającym wartość majątku oraz pogarszającym relacje pomiędzy wartością aktywów i pasywów (zobowiązań). Czas stwierdzenia kryzysu finansowego oraz zachowanie po stwierdzeniu niewypłacalności także mogą decydować o uwzględnieniu lub oddaleniu wniosku. Po takich symptomach możemy bowiem dojść do konkluzji dotyczącej rzeczywistych zamiarów lub rażącego niedbalstwa.

A zatem w kontekście przedmiotowym sąd musi stwierdzić wystąpienie stanu niewypłacalności w rozumieniu przepisów z art. 10 i 11 ust. 1 oraz odpowiednio art. 12 ust. 1 i 3 w zw. z upoważnieniem wynikającym z art. 491² ust. 1 ustawy prawo upadłościowe; na podstawie natomiast art. 491⁴ pun winien on udowodnić, że nie zachodzi żadna z przesłanek negatywnych – jak ta, że dłużnik doprowadził do swojej upadłości lub istotnie zwiększył jej stopień umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa – ani nie zachodzą negatywne przesłanki określone w art. 491⁴ ust. 2–4, w postaci np. zjawiska powrotności do stanu niewypłacalności w określonym kontekście sytuacyjnym (ontologiczny element *ceteris paribus*), a także w związku z wcześniejszym uchycieniem planu spłaty czy też naruszeniem obowiązku złożenia (zgodnie z art. 21 ustawy) wniosku o upadłość, gdy był przedsiębiorcą, miał już kiedyś umorzenie zobowiązań itd.

Sąd oddala wniosek o ogłoszenie upadłości także wtedy, gdy dane podane przez

dłużnika we wniosku są niezgodne z prawdą lub niezupełne – chyba że niezgodność lub niezupełność nie są istotne lub przeprowadzenie postępowania jest uzasadnione względami słuszności lub względami humanitarnymi.

2.2. Niewypłacalność. Założenia ogólne

Warunkiem *sine qua non* ogłoszenia upadłości konsumenckiej jest stwierdzenie wystąpienia stanu trwałej niewypłacalności.

Istotą kryzysu finansowego jest utrata płynności finansowej lub bezpośrednio zagrożenie zaistnienia tego faktu. To zjawisko jest kluczem dla zrozumienia bezpośredniej przesłanki upadłości. Literatura przedmiotu w zakresie zarządzania finansami wyróżnia trzy rodzaje niewypłacalności, ekonomiczną, techniczną oraz prawną.

Niewypłacalność *ekonomiczna* oznacza, że wpływy bieżące nie pokrywają całości kosztów (wydatków) własnych, łącznie z kosztem kapitału. Osoby, które doświadczyły tego rodzaju niewypłacalności (*economic failure*), mogą kontynuować działalność życiową, dopóki wierzyciele są w stanie tolerować ten stan rzeczy i gwarantować kapitał na pokrycie strat. W końcu jednak brak świeżego pieniądza na pokrycie wszystkich kosztów utrzymania i obsługę zadłużenia doprowadza do postępowań egzekucyjnych, chyba że potencjał sanacyjny związany z aktywami (tj. ruchomościami, nieruchomościami, prawami) jest na takim poziomie, że możliwa jest sanacja w formie bilateralnej ugody lub grupowego układu. W konsekwen-

cji już na etapie niewypłacalności ekonomicznej, kiedy dłużnik rejestruje stratę (czyli przewyżkę wydatków nad wpływami), mimo że spłaca na bieżąco swoje zobowiązania – winien się już zastanowić nad wszczęciem procedur sanacyjnych, w szczególności postępowania koncyliacyjnego (ugodowego) w procedurze cywilnej. Gdy zaś fakt utraty zdolności płatniczej już nastąpił, konsumentowi pozostaje jedynie upadłość z opcją planu spłaty lub układu z wierzycielami.

Niewypłacalność *techniczna* oznacza z kolei faktyczną niemożność spłacania zobowiązań bieżących w terminie ich wymagalności. Może to być spowodowane czasową utratą płynności (brakiem dostępnej gotówki), lecz także może oznaczać trwały problem – związany z istniejącą już zdolnością upadłościową. Gdy niewypłacalności ekonomicznej towarzyszy fakt niewypłacalności technicznej, brak radykalnych działań naprawczych oznaczać może błyskawiczne bankructwo (czyli upadłość likwidacyjną). Ani niewypłacalność ekonomiczna, ani techniczna nie warunkują wszakże bankructwa; do tego potrzebujemy faktu nazwanego *niewypłacalnością prawną* – przybierającego formę stosownej decyzji sądu.

Niewypłacalność w sensie prawnym zawarta jest w normach imperatywnych i jeżeli ma charakter trwały lub też jest związana z niedoborem majątkowym jako dodatkowym wskaźnikiem kryzysu strukturalnego firmy – kończy się ogłoszeniem upadłości. W sytuacji gdy niewypłacalność nie ma jednak charakteru trwałego, nie sta-

nowi bezpośredniego zagrożenia dla interesów wierzycieli w określonej perspektywie czasu i przy istniejącym potencjale sanacyjnym, wówczas jest szansa na sanację poprzez układ dłużnika z wierzycielami. Stan niedoboru (tj. niedostateczności majątkowej) możemy analizować zarówno statycznie, jak i dynamicznie. W pierwszym, tradycyjnym rozumieniu pojęcie to oznacza przewyżkę stanu biernego nad stanem czynnym w relacji aktywów do wszystkich zobowiązań; w drugim znaczeniu oznacza natomiast zwiększenie realnych wydatków względem wpływów do majątku, co pokazuje np. zjawisko tzw. pętli kredytowej. Jeżeli zatem w wyniku powiedzmy aprecjacji waluty, w której został wzięty kredyt bankowy, jego wartość wzrosła mimo spłaty przez dłużnika na bieżąco rat kapitałowych oraz odsetek – obniża się jego potencjał majątkowy związany z aktywami płynnymi zdolnymi do zaspokajania zobowiązań. A zatem przy badaniu zdolności płatniczej w ujęciu majątkowym analizujemy dynamikę zmian w potencjałach zdolności obsługi zadłużenia w określonych sekwencjach czasu.

Kryterium majątkowe związane z badaniem istnienia niedoboru majątkowego nie dotyczy w sensie prawnym osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej, jednakże fakt istnienia niedoboru w majątku prywatnym konsumenta potwierdza okoliczność trwałej niewypłacalności.

Bankructwo jest więc funkcją trzech powyższych rodzajów niewypłacalności,

sumujących się logicznie. Aby uniknąć bankructwa, trzeba poszukiwać takich rozwiązań, które pozwolą konsumentowi odzyskać trwałą zdolność płatniczą; aby jednak tego dokonać, należy zacząć od rzetelnej diagnozy przyczyn kryzysu.

2.3. Niewypłacalność jako podstawowa przesłanka ekonomiczno-prawna zdolności upadłościowej konsumenta i przedsiębiorcy – podobieństwa i różnice

Na podstawie art. 10 upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Dłużnik zaś jest niewypłacalny, jeżeli utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11). Domniemywa się, że dłużnik utracił zdolność do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące.

Z uwagi na fakt, że z natury rzeczy dłużnik-konsument nie jest osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, normy art. 12 ust. 2, tj. dotyczącej faktu uzyskania niedoboru majątkowego, nie stosuje się samoistnie, czyli nie ma to bezpośredniego znaczenia normatywnego dla badania zdolności upadłościowej osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej. Jednakże, oceniając trwałość utraty zdolności płatniczej (rozumianej jako obiektywna niemożność spłaty zobowiązań pieniężnych przez dłużnika), bierzemy pod uwagę – jak już wspomniano – tzw. dynamiczny aspekt poję-

biającego się faktycznego niedoboru, wyrażany pogarszaniem się potencjału aktywnego majątku względem rosnących zobowiązań. Sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli nie ma zagrożenia utraty przez dłużnika zdolności do wykonywania jego wymagalnych zobowiązań pieniężnych w niedługim czasie. Norma ta jest hamulcem dla wniosków taktycznych obliczonych na upadłość z dobrodziejstwem przywilejów takich jak plan spłaty a przede wszystkim na oddłużenie w postaci umorzenia zobowiązań.

Nadto – jak już wspomniano – przepis ten stanowi podstawę do sformułowania inferencyjnie wywiedzionej normy nakazującej badanie dynamiki zmian w potencjale majątkowym dłużnika-konsumenta, rozumianej jako zmieniająca się relacja pomiędzy wartością aktywów a sumą jego zobowiązań.

2.4. Niewypłacalność – zagadnienia szczegółowe

Przesłanka niewypłacalności musi być rozpatrywana obiektywnie – jako stan finansowy, który uniemożliwia spłatę wymagalnych zobowiązań (analiza płynnościowa). Niewypłacalność ta winna mieć charakter trwały, co oznacza, że brak takiego potencjału sanacyjnego, który w krótkim czasie pozwoliłby odzyskać płynność finansową i umożliwił spłatę bieżących zobowiązań. Jest to zrozumiałe, w sytuacji bowiem, gdy istnieje szansa, by we własnym zakresie – z bieżących wpływów – dłużnik samoistnie odzyskał zdolność płatniczą i zaspokoił w całości wierzycieli, ogłaszanie upadłości staje się

(z punktu widzenia *ratio legis* ustawy) bezprzedmiotowe.

Sąd każdorazowo winien zatem badać, czy dłużnik nie dąży do wszczęcia tzw. *taktycznej upadłości* celem oddłużenia kosztem wierzycieli. Jak już bowiem wiemy, dłużnik zyskuje umorzenie części długów po realizacji planu spłaty. Plan spłaty to także przywilej dłużnika, gdyż sąd rozkłada na 36 miesięcy – a w szczególnych wypadkach na 54 miesiące – spłatę długów, a część niespłaconą umarza.

Niewypłacalność z natury rzeczy musi być rozpatrywana w kategoriach art. 10 i 11 prawa upadłościowego, jednakże wykładnia tego pojęcia musi uwzględniać odniesienia przedmiotowe (desygnaty) należące do wiedzy ekonomicznej.

Należy przede wszystkim zrozumieć, czym jest niewypłacalność. Jest to termin ze świata finansów i ekonomii, a oznacza utratę zdolności płatniczej, płynności (fakt ekonomiczny), zatem niemożność regulowania swych wymagalnych zobowiązań (fakt prawny).

Z normy tej wynika, że każdorazowo, gdy nastąpi ta koincydencja ekonomiczno-prawna zaprzestania spłaty zobowiązań, sąd na wniosek dłużnika-konsumenta winien ogłosić upadłość. Ale byłoby to jednak zbyt dogmatyczne i restrykcyjne rozumienie tej przesłanki, prowadzące w wielu wypadkach do bolesnych i nieracjonalnych konsekwencji – w postaci niszczenia egzystencjalnych podstaw bytu (pomimo istnienia szansy ratowania tych wartości). W konsekwencji ustawodawca, racjonalizując ten kontekst prawny, wprowadza regułę relatywizującą, z której wy-

nika, że sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli *opóźnienie w wykonaniu zobowiązań nie przekracza trzech miesięcy*. Domniemanie to jest wzruszalne, chociaż z racji niewystępowania (z reguły) strony przeciwnej – czyli wierzyciela – w tej fazie badania wniosku, sąd z urzędu przejmuje obowiązek udowodnienia, że zachodzą przesłanki określone w ust 6 art. 11 ustawy (który odpowiednio możemy zastosować do upadłości konsumenckiej). Zasada dyspozytywności formalnej, której istotą jest reguła ciężaru dowodowego istniejącego po stronie dłużnika, jest więc tu dowartościowana zasadą działania sądu z urzędu. Przypomnijmy: sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli nie ma zagrożenia utraty przez dłużnika zdolności do wykonywania jego wymagalnych zobowiązań pieniężnych w niedługim czasie.

Sąd na podstawie tych przepisów bada subiektywną skłonność dłużnika do zaprzestania spłaty swych zobowiązań, konfrontując ją z faktami – takimi jak np. obiektywna możliwość ich spłaty na dotychczasowych warunkach. Gdy więc sąd stwierdzi, że utrata zdolności płatniczej albo nie przekracza trzech miesięcy, albo jest wyrazem intencjonalnej woli zaprzestania płacenia zobowiązań w celu uzyskania oddłużenia – winien oddalić wniosek konsumenta. Z reguły będzie to miało miejsce w przypadku, gdy do tej pory dłużnik spłacał na bieżąco swoje zobowiązania, a nie zaszły żadne okoliczności uzasadniające zaprzestanie tej spłaty (utrata pracy, choroba, wstrzymanie pomocy finansowej przez naj-

bliższych) oraz gdy dynamika potencjału majątkowego wyrażanego relacją pomiędzy wartością aktywów a zobowiązaniami nie ulega istotnej (negatywnej) zmianie.

2.5. Cechy strukturalne trwałości utraty zdolności płatniczej

Analizując pojęcie trwałości, sąd winien przeprowadzić dwa testy o charakterze ekonomiczno-finansowym: retrospektywny oraz prospektywny.

Pierwszy wiąże się z analizą danych ekonomicznych wynikających ze sporządzonych na użytek badanego wniosku: sprawozdania z przepływów gotówkowych, raportu o stanie należności, wykazu i oszacowania wartości aktywów, a także informacji o zabezpieczeniach rzeczowych.

Drugi rodzaj testu odwołuje się do teorii prawdopodobieństwa – przez projekcję przyszłych faktów ekonomiczno-prawnych, wpływów oraz ich znaczenia dla zdolności płatniczej zadłużonego konsumenta, dokonywaną na podstawie analizowanych wyjaśnień i dokumentów przedstawionych przez konsumenta.

Należy w tym kontekście zbadać możliwość finansowania kosztów związanych z obsługą zadłużenia z następujących źródeł:

- ◆ bieżących wpływów z wynagrodzenia,
- ◆ zysków kapitałowych,
- ◆ nowego kredytu lub pożyczki,
- ◆ sprzedaży pakietu składników majątkowych,
- ◆ ewentualnego spadku, dopłat innych członków rodziny lub też – jeżeli konsument stanie się po ogłoszeniu upadłości przedsię-

biorcą – zysków z działalności gospodarczej.

Każdorazowo należy także ocenić prawdopodobieństwo dopływu kapitału i wpływ tego zjawiska na odzyskanie w sposób trwały zdolności płatniczej dłużnika. Należy przy tym pamiętać, że potrzeby kapitałowe zadłużonego konsumenta są dwójakiego rodzaju: jedne są związane z uruchomieniem spłaty bieżących zobowiązań, drugie przeznaczone na utrzymanie procesów życiowych (uzasadnione wydatki tego typu).

Do takiej analizy wskazana jest (choć nie normatywnie) sporządzona na użytek badania zdolności upadłościowej projekcja wpływów i wydatków w dającym się przewidzieć czasie. Projekcja ta odzwierciedla całokształt zachowań dotyczących budżetu domowego konsumenta, w tym sposób pozyskiwania i wykorzystania środków finansowych, włącznie ze wskazaniem strumienia finansowego wygenerowanego z prawdopodobnych źródeł (aktywów), które będą przeznaczone na spłatę wierzycieli; wskazuje wartość i strukturę analityczną kosztów – jeśli natomiast owa projekcja wykaże, że nie ma szans na zaspokojenie wierzycieli, brak możliwości uzyskania kapitału ze źródeł zewnętrznych, a majątek ulega systematycznej deprecjacji mierzonej wartością rosnących odsetek – należy wówczas ogłosić konsumentowi upadłość.

2.6. Sens wszczynania upadłości konsumentkiej w aspekcie płynności finansowej

W upadłości gospodarczej dotyczącej przedsiębiorców sens wszczynania postępowania upadłościowego wiąże się

ogólnie z dwoma elementami, które mają walor prakseologiczny: istnieniem majątku gwarantującego pokrycie kosztów postępowania (płynność masy upadłości) oraz wartością istniejących zabezpieczeń rzeczowych na majątku dłużnika.

W pierwszym wypadku nie jest celowe, aby sąd ogłosił upadłość, jeżeli majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania. W drugim wypadku sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości w razie stwierdzenia, że majątek dłużnika jest obciążony hipoteką, zastawem (w tym rejestrowym, skarbowym, hipoteką morską) w takim stopniu, że pozostałe jego aktywa nie wystarczą na zaspokojenie kosztów postępowania. Jednakże przepisu art. 13 ust. 1 i 2 nie stosuje się, gdy zostanie uprawdopodobnione, że obciążenia majątku są bezskuteczne według przepisów ustawy albo że zostały dokonane w celu pokrzywdzenia wierzycieli – jak również wtedy, gdy zostanie uwiarygodnione, że dłużnik dokonał innych czynności prawnych bezskutecznych według przepisów ustawy, wyzbywając się majątku wystarczającego na koszty postępowania.

Postępowania upadłościowego nie można wykorzystywać jako drogi usprawiedliwienia (w majestacie prawa) dłużnika i jego porażki, prowadząc w jego interesie procedurę zwieńczoną wykreśleniem firmy z rejestru przy niespłaconych (w zdecydowanej części) zobowiązaniach. Ustawodawca przewidział, zatem, że jeśli brakuje środków na koszty postępowania, to tym bardziej na zaspokojenie roszczeń wierzycieli, co niweczyłoby *ratio legis* art. 2 prawa upadłościowego. Racjonalność postępowania na-

kazuje także podejmowanie działań ekonomicznych bez mnożenia organów egzekucyjnych ponad potrzebę. Ustawodawca uznał bowiem, że jeśli w zdecydowanej mierze majątek zadłużonego i niewypłacalnego dłużnika będącego przedsiębiorcą jest zabezpieczony rzeczowo, a wolna od zabezpieczenia część nie gwarantuje zaspokojenia kosztów postępowania – należy wniosek o ogłoszenie upadłości oddalić, dając pierwszeństwo realizacji praw wierzycieli przez wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo w ramach egzekucji syngularnej.

Takie są regulacje normatywne co do podmiotów określonych w art. 5 ustawy, a zatem co do upadłości gospodarczej. Po nowelizacji, która weszła w życie w 2016 roku, sens w przypadku konsumentów ma zmodyfikowany (odmienny) zakres. W przypadku bowiem osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej – jeśli nawet sąd stwierdzi, że w chwili badania wniosku brakuje środków finansowych na pokrycie (we wstępnej fazie) kosztów postępowania, nie odda wniosku na podstawie art. 13 pun, lecz ogłasza upadłość, wykładając w formie zaliczki ze Skarbu Państwa środki na pokrycie tych kosztów.

Zmianę tę należy ocenić pozytywnie – jako próbę urealnienia celów upadłości konsumenckiej.

Doświadczenia wynikające z funkcjonowania tego rodzaju upadłości (obowiązującej od 2008 roku) wskazują, że zdecydowana większość wniosków konsumentów była oddalana właśnie na podstawie art. 13 ustawy, czyniąc *de facto* fikcją tę instytucję prawa. Zmianę należy więc uznać za słuszną. Oczywiście każdorazowo

należy zdawać sobie sprawę, że dotyczy to tylko konsumentów rzetelnych, uczciwych oraz zachowujących minimalny poziom racjonalności – tzn. poziom dopuszczający co najwyżej zwykłe (nierazące) niedbalstwo.

Norma art. 13 pun została wyłączona w całości z postępowania dotyczącego konsumentów, a zatem także inne negatywne przesłanki tam ujęte nie będą brane pod uwagę przy badaniu zdolności upadłościowej osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej. Dotyczy to stwierdzenia, że majątek dłużnika jest obciążony hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym lub hipoteką morską w takim stopniu, że majątek pozostały nie wystarczy na zaspokojenie kosztów postępowania. Nie będzie również stosowany ust. 3 art. 13, przewidujący, że jeżeli zostanie uprawdopodobnione, że obciążenia majątku dłużnika są bezskuteczne według przepisów ustawy albo gdy dokonane zostały w celu pokrzywdzenia wierzycieli, jak również jeżeli zostanie uprawdopodobnione, że dłużnik dokonał innych czynności prawnych bezskutecznych według przepisów ustawy, przez co wyzbył się majątku wystarczającego na zaspokojenie kosztów postępowania, a okoliczności sprawy wskazują, że zastosowanie przepisów o bezskuteczności i zaskarżaniu czynności upadłego doprowadzi do uzyskania majątku o wartości przekraczającej przewidywaną wysokość kosztów, przepisów ust. 1 i 2 nie stosuje się. W przypadku konsumentów nale-

ży jednak pamiętać o art. 491⁴ ust. 2 pkt 4, z którego wynika, że sąd oddala wnioski o ogłoszenie upadłości, jeżeli, w okresie dziesięciu lat przed dniem zgłoszenia wniosku, czynność prawna dłużnika została prawomocnie uznana za dokonaną z pokrzywdzeniem wierzycieli – chyba że przeprowadzenie postępowania jest uzasadnione względami słuszności lub względami humanitarnymi.

2.7. Fakty prawne

Do stwierdzenia niewypłacalności wymagane jest wystąpienie przesłanek związanych z istnieniem uprawdopodobnionych zobowiązań, których terminy płatności już minęły. Dowód na istnienie tego rodzaju faktów winien przedstawić wierzyciel (art. 24), ale w przypadku upadłości konsumenckiej z reguły to dłużnik wnosi wniosek o upadłość – i to on winien więc wykazać w sposób wiarygodny fakt istnienia zobowiązań, wskazując wierzycieli, wartość oraz podstawę odpowiedzialności w tym zakresie. Sąd każdorazowo winien jednak weryfikować te twierdzenia, przeprowadzając test prawny odpowiadający na następujące pytania:

- ◆ Czy konsument jest dłużnikiem i wobec ilu wierzycieli?
- ◆ Czy wnioskodawca uprawdopodobnił swoje wierzytelności i czy świadectwa je legitymizujące są wiarygodne co do zasady i wysokości?
- ◆ Czy istnieje spór co do istnienia wierzytelności, a jeżeli tak, to jaka jest istota i etap tego sporu?
- ◆ Czy nie zostało już wcześniej wszczęte postępowanie upadłościowe, czy zostało

zakończone lub czy się toczy? (*Zachodzi wtedy sytuacja zawisłości sprawy – *lis pendens**).

2.8. Uprawdopodobnienie wierzytelności

Prawdopodobieństwo jest funkcją istniejących dowodów rzeczowych oraz (subsydiarnie) osobowych. Zgodnie z formułą art. 24 pun, który stosujemy odpowiednio do upadłości konsumenta, jeżeli wniosek o ogłoszenie upadłości zgłasza wierzyciel, winien uprawdopodobnić swoją wierzytelność co do zasady, wysokości oraz terminu wymagalności. W postępowaniu szczególnym, jakim jest upadłość konsumencka, legitymację czynną w zakresie składania wniosku ma z reguły dłużnik (choć od 1 stycznia 2016 roku ma ją także wierzyciel – stosownie do okoliczności określonych w hipotezach norm art. 8 i 9). Wtedy będziemy stosować normę art. 12a, na której podstawie sąd oddali wniosek o ogłoszenie upadłości złożony przez wierzyciela, jeżeli dłużnik wykaże, że wierzytelność ma w całości charakter sporny, a spór zaistniał między stronami przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości.

Odnośnie do konsumenta składającego wniosek, winien on uprawdopodobnić istnienie wierzytelności co do zasady i wysokości – na podstawie art. 491² ust. 4 ustawy, dołączając (w formie załączników) dokumenty świadczące o tym fakcie. Uprawdopodobnienie nie oznacza pewności (oczywistości), lecz tylko wysoki stopień wiarygodności hipotezy, którą w postępowaniu sądowym należy zweryfikować lub sfalsyfikować. Stopień tego prawdopodobieństwa

może być stwierdzony nieprawomocnym wyrokiem lub wystawieniem i przyjęciem faktury, umową cywilnoprawną, wreszcie okolicznościami świadczącymi o istnieniu wymagalnego świadczenia, do którego spełnienia zobowiązał się dłużnik mocą określonej czynności prawnej lub zdarzenia mającego znaczenie normatywne; realny spór co do zasady prawnej lub istotnej wysokości (albo ewentualnie daty wymagalności) wyklucza cechę uprawdopodobnienia, uzasadniając konstatację o bezprzedmiotowości lub przedwczesności wniosku.

Należy pamiętać, że w przypadkach upadłości konsumenckiej często dochodzi wcześniej do zmiany podmiotowej wierzycieli przez cesję wierzytelności, zatem przed złożeniem wniosku należy uaktualnić posiadane informacje, weryfikując, kto aktualnie jest dysponentem wierzytelności.

Sporność wierzytelności może dotyczyć zasady, wysokości i wymagalności. Wnioskodawca winien w wykazie wierzytelności dołączonym do wniosku zaznaczyć, które wierzytelności są bezsporne, a które sporne – i jaki jest formalny etap rozstrzygnięcia tego sporu. W razie częściowej spłaty należy i ten fakt wykazać stosownymi świadectwami. Przed złożeniem wniosku upadłościowego dłużnik powinien zwrócić się do swoich wierzycieli o korektę i aktualizację zobowiązań.

2.9. Przesłanki negatywne

2.9.1. Uwagi ogólne

Jak już wspomniano, ustawodawca określił kilka przesłanek negatywnych, których

zaistnienie uzasadnia oddalenie wniosku o upadłość. Dotyczy to w szczególności zjawiska powrotności do stanu niewypłacalności i skorzystania w okresie 10 lat z dobrodziejstwa postępowań upadłościowych przez konsumenta, a także doprowadzenia do stanu trwałej niewypłacalności z winy umyślnej lub w warunkach rażącego niedbalstwa.

Dłużnik winien zatem wykazać we wniosku – za pośrednictwem oświadczenia wiedzy – że nie zachodzi sytuacja tzw. powrotności (recydywy) do stanu niewypłacalności w terminie 10-letnim licznym od daty złożenia wniosku, co obejmuje działania w tym czasie na niekorzyść wierzycieli stwierdzone prawomocnym wyrokiem z tzw. skargi pauliańskiej, a ponadto, że nie popełnił błędu zaniechania i zlekceważenia art. 21 prawa upadłościowego, nie zgłosiwszy wcześniej do sądu wniosku upadłościowego (mimo takiego obowiązku), pozostając przedsiębiorcą w terminie miesiąca od daty zaistnienia przesłanek przedmiotowych ogłoszenia upadłości; ani nie miał przez te dziesięć lat prowadzonego postępowania upadłościowego, w którym umorzono całość lub część jego zobowiązań – chyba że do upadłości doszło pomimo dołożenia przez dłużnika należytej staranności.

Sąd oddał wniosek także wobec nierzetelności informacyjnej dłużnika; wszystkie te negatywne przesłanki określone są w przepisach art. 491⁴ ust. 2, 3 i 4 ustawy. Nierzetelność informacyjna ma przy tym dwa wymiary faktologiczne: może ozna-

czać to świadome wprowadzenie w błąd bądź przez sfałszowanie dokumentów lub zeznania, bądź też przez zawinioną (w sensie winy nieumyślnej) niewiedzę. Obie wymienione formy tej nierzetelności dyskwalifikują dłużnika w świetle powołanych przepisów (argument *lege non distinguenta*). Nadto winien on udowodnić, że stan niewypłacalności nie jest konsekwencją jego rażącego niedbalstwa lub intencjonalnego działania określanego w systemie prawa jako wina umyślna.

2.9.2. Przesłanki zawinionego doprowadzenia do stanu niewypłacalności lub podwyższenia jego stopnia. Zagadnienia szczegółowe

Pojęcia użyte w normach określających przesłanki – takie jak umyślność w doprowadzeniu do swej niewypłacalności lub istotnego świadomego zwiększenia jej stopnia, a nadto doprowadzenie do upadłości wskutek rażącego niedbalstwa – wymagają zastosowania tzw. wykładni logiczno-funkcyjnej, czyli referencyjnej oraz inferencyjnej. Zachodzi tu zatem konieczność ustalenia, co ustawodawca rozumie nie tylko w sensie semantycznych desygnatów (ekstensjonalny sens znaczeniowy) określanych na zasadzie substytucyjnego podstawiania, ale przede wszystkim:

- ◆ jakie reguły powinny być stosowane w gospodarowaniu tzw. portfelem osobistym i rodzinnym (konsumenckim), aby wykluczyć zarzut umyślnego lub wynikającego z rażącego niedbalstwa doprowadzenia do swojej niewypłacalności przez dłużnika-konsumenta oraz
- ◆ jakie symptomy mogą o tym świadczyć?

2.9.3. Wina umyślna

Wobec zauważalnej konwergencji refleksji dotyczących winy umyślnej w orzecznictwie Sądu Najwyższego na płaszczyźnie prawa karnego i prawa prywatnego – na okoliczność stwierdzenia umyślnego doprowadzenia do swej niewypłacalności można powiedzieć, że jest to taki stan (czy też proces psychiczny) dłużnika, w którym z zamiarem bezpośrednim lub pośrednim dążył on do utraty zdolności płatniczej, tj. chciał lub godził się na doprowadzenie poprzez określone czynności faktyczne do zaprzestania w sposób trwały spłaty swoich zobowiązań pieniężnych. To samo dotyczy sytuacji pogłębienia poziomu niewypłacalności świadomymi i intencjonalnie ukierunkowanymi czynnościami faktycznymi lub prawnymi.

Zamiar doprowadzenia do stanu swojej niewypłacalności – tzw. *dolus malus* – z jakim mamy tutaj do czynienia, określamy na podstawie zjawisk przedmiotowych. Zaczynając tę analizę, formułujemy ocenę konkretnych decyzji dłużnika i podjętych przezeń czynności o ekonomiczno-prawnym charakterze, które mogły przyczynić się (w naturalnym związku przyczynowo-skutkowym) do stanu niewypłacalności na wszystkich jej poziomach, a także oceniamy jego działania zmierzające do sanacji tej trudnej sytuacji finansowej. W uzasadnieniu projektu nowelizacyjnego czytamy, że (przykładowo) za taki stan winy umyślnej uznamy:

- ◆ zaciągnięcie bankowego kredytu w sytuacji, gdy zamiarem dłużnika było od początku do-

prowadzenie do stanu niewypłacalności,

- ◆ przeznaczenie tak pozyskanych środków na inne cele,
- ◆ wyzbywanie się przez niego majątku w sposób nagły, po cenach rynkowo nieadekwatnych,
- ◆ ustanowienie rozdzielności majątkowej w chwili, gdy istniały już wymagalne długi,
- ◆ ukrywanie majątku.

Najbardziej symptomatycznym przejawem jest tutaj zastosowanie tzw. strategii żniw, polegającej na wyprowadzaniu majątku przez dłużnika z przestrzeni egzekucyjnej. Podejmowanie natomiast przez konsumenta, w miarę możliwości, prób niedopuszczenia do swej niewypłacalności lub usiłowanie neutralizacji pogłębienia się jej stopnia częściowymi spłatami – należy zakwalifikować jako racjonalne działania wykluczające możliwość postawienia zarzutu umyślności w omawianym zakresie.

Powtórzmy: do przekonania stwierdzającego fakt intencjonalnego, umyślnego doprowadzenia do stanu niewypłacalności dochodzimy za pośrednictwem symptomów przedmiotowych (zewnętrznych).

Ogólnie rzecz ujmując, przy badaniu intencjonalności działań dłużnika powinniśmy przeanalizować naturę podejmowanych przezeń decyzji zarówno w fazie pozyskiwania kapitału z zewnętrznych źródeł (tworzenia długu), jak i fazie wykorzystywania tych środków, przed zaistnieniem kryzysu finansowego oraz po nim. Z metodologicznego punktu widzenia należy zaś sobie odpowiedzieć na następujące pytania:

1. Jaki był cel określonej decyzji, transakcji ekonomiczno-finansowej, jaki towarzyszył jej zamiar?
2. Czy dana decyzja lub kompleks działań dostatecznie zabezpieczyły interes dłużnika, czy były ekwiwalentne?
3. Jaki towarzyszył im poziom ryzyka?
 - a) czy dana decyzja podwyższała czy obniżała wartość ekonomiczną jego majątku dłużnika, koncentrowała kapitał, czy też uległ on w konsekwencji rozproszeniu?
 - b) czy analizowana decyzja (działanie dłużnika) z punktu widzenia interesów jego wierzycieli obniżała, czy też podwyższała potencjał zdolności płatniczej dłużnika?

Ad 1. Każdy świadomy akt działania człowieka jest przejawem wcześniej uświadomionej wiedzy oraz woli określonego działania zmierzającego do wywołania określonych faktów. Człowiek działa, przewidując konsekwencje swoich czynów. Na tym założeniu opiera się koncepcja odpowiedzialności prawnej.

Należy zgodzić się z czołowym socjologiem XX wieku G.H. Meadem, który stwierdził, że człowiek posiada zdolność świadomego oddziaływania zarówno na samego siebie, jak i na innych. Tę zdolność oddziaływania na samego siebie G.H. Mead uznaje za główny mechanizm, który pozwala człowiekowi stawić czoła otaczającemu światu. Zdolność udzielania samemu sobie wskazań ma ogromne znaczenie dla określania odpowiedzialności prawnej związanej z pojęciem winy (Mead 1975, s. 532).

Po pierwsze, wskazać coś znaczący wydobyć to coś z kontekstu rzeczywistości, wyodrębnić, nadać mu

znaczenie, uczynić z tego czegoś przedmiot. Człowiek ocenia jego przydatność dla realizacji własnych interesów i podejmuje decyzje na podstawie tej oceny. Określa w tym refleksyjnym procesie, co i jak chce zrobić. Zachowanie jednostki nie jest więc tylko rezultatem takich sił, jak naciski środowiskowe, bodźce, motywy, postawy czy idee, lecz jest też wynikiem konstruowanych przez siebie interpretacji działań – uwzględniających czynniki wewnętrzne i zewnętrzne. Przekładając te refleksje na kontekst decyzji dłużnika, należy określić, jaką konsument miał świadomość oraz wolę działania i realizacji celów – zarówno w fazie zadłużania budżetu domowego, jak i w fazie radzenia sobie z zaspokajaniem zobowiązań. Z tych faktów o empirycznym i epistemicznym charakterze wywodzimy wnioski o racjonalności (bądź jej braku) w działaniach dłużnika w zakresie zarządzania własnym portfelem konsumpcyjnym oraz rodzinnym potencjałem majątkowym.

Racjonalność decyzji konsumenta według A. Schütza

Racjonalność decyzyjna wyłącza wszelką odpowiedzialność, daje zatem podstawę do udzielenia prawnej pomocy. Inaczej mówiąc: człowiek zachowujący się roztropnie w sytuacji kryzysu zasługuje na wsparcie. Z racjonalnym wyborem mamy do czynienia, gdy człowiek przed podjęciem decyzji dysponuje wystarczającą wiedzą o celu, który ma być osiągnięty w ogólnej strukturze jego planów, ale także wiedzą o:

- ◆ powiązaniach tego celu z innymi celami, zgodności lub niezgodności między nimi;
- ◆ pożądanym i niepożądanym konsekwencjach, które może powodować realizacja głównego celu;
- ◆ różnych zestawach środków, które ze względów technicznych czy ontologicznych są najwłaściwsze do osiągnięcia celu.

Przenosząc te rozważania na grunt decyzji podejmowanych przez dłużnika-konsumenta, należy przeanalizować każdorazowo zobiektywizowany ich cel, aby ustalić, jakie fakty miały zaistnieć jako konsekwencja podejmowanych działań – czy np. pozyskanie kredytu (pożyczki) miało być przeznaczone na zakup mieszkania, wybudowanie domu, wycieczkę zagraniczną, zakupy świąteczne, doskonalenie zawodowe – a także (ewentualnie) to, czy podmiotowa zmiana świadczenia pracy (zmiana zatrudnienia) miała przynieść efekt korzystny dla interesów budżetu domowego itp.

Legalność celów decyzyjnych w przypadku konsumenta wiązać się powinna z uzasadnionymi życiowo (choć również duchowo czy kulturowo) potrzebami, akceptowalnymi społecznie. Ta społeczna akceptowalność realizacji celów jest zawarta w paradygmacie cywilizacyjnym danego narodu – zakorzenionego w wartościach takich, jak: rodzina i zaspokajanie jej potrzeb, rozwój intelektualny, zdrowie, zatrudnienie, wzajemna pomoc oraz kultywowanie tradycji.

Dlatego nie można *a priori* negocjować np. wzięcia przez konsumenta pożyczki na dokonanie zakupów świątecznych albo na zaspokojenie potrzeb związanych z wyjazdem

na urlop, jako że realizacja obu celów harmonizuje z określonymi wartościami: kultywowaniem tradycji świątecznego stołu czy potrzebą wypoczynku celem zregenerowania sił – niezbędnych, by potem lepiej i efektywniej wykonywać swoje obowiązki pracownika bądź przedsiębiorcy. Tym bardziej uzasadnione społecznie (przynajmniej *prima facie*) jest zadłużenie budżetu domowego kosztami spłaty kredytu pobranego na urzeczywistnienie takich potrzeb egzystencjalnych, jak: zakup domu, mieszkania, ubrania, samochodu, doskonalenie zawodowe (koszty wydatkowane na szkolenia, studia itd.). Oczywiście należy określać zamiary wedle istniejącego potencjału, w warunkach zrównoważonego ryzyka; innymi słowy, należy tutaj mierzyć zamiary na siły, a nie siły na zamiary. Najlepiej zadać w takich sytuacjach pytanie, czy zapożyczanie się wynikało z dążenia do zwiększania potencjału majątkowego, intelektualnego, zdrowotnego albo duchowego, czy też było obliczone jedynie na nadmierną, racjonalnie nieuzasadnioną konsumpcję – na którą wydatki przekraczały rzeczywiste możliwości danego podmiotu.

Ad 2. Równowaga transakcyjna to imperatyw racjonalnego zarządzania aktywami w obrocie cywilnoprawnym. Umowa jest efektywna i uzasadniona aksjologicznie, gdy strony uzyskują w jej następstwie wartość dodatnią z funkcjonalnego punktu widzenia, czyli gdy ta umowa służy ich interesom.

Jeśli jedna strona traci w wyniku zawartej transakcji, stanowi to naturalną przesłankę refleksji, czy nie zachodzą przypadkiem zjawiska, które można by zaliczyć do kategorii zawinonego, intencjonalnego działania.

Gdy np. dłużnik zawiera umowę, na której podstawie zbywa prawa własności po cenie istotnie niższej od cen rynkowych, a tym bardziej, gdy dokonuje darowizny cennego przedmiotu, wówczas dochodzi do zachwiania równowagi transakcyjnej – które samo w sobie nie jest może niczym złym, ale jedynie pod warunkiem, że dłużnik ma potencjał majątkowy pozwalający na utrzymanie bieżącej płynności finansowej oraz strategicznej zdolności płatniczej wobec wierzycieli. Nikt oczywiście nikomu nie zabroni być dobrym samarytaninem, byle jednak nie odbywało się to kosztem wierzycieli. To samo dotyczy też np. sytuacyjnego zawarcia umowy obejmującej rozdzielność majątkową albo sprzedaży wierzytelności o wysokim stopniu egzekwowalności po zaniżonej cenie.

Wszelkie czynności, które w konsekwencji obniżają potencjał zdolności płatniczej w aspekcie zaspokajania praw podmiotowych wierzycieli, uzasadniają hipotezę, że dłużnik działał ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli, a zatem umyślnie. Tę hipotezę (domniemanie) można jednak sfalsyfikować, przedstawiając stosowne dowody na to, że zakładanej intencjonalności zamiaru nie było. Można tu podać przykład działania w stanie ekonomicznej i życiowej wyższej konieczności. W wypadku konsumenta należy również brać pod uwagę zależności rodzinne, po-

wodujące, że w pewnych przypadkach takie, powiedzmy, scedowanie praw własności do lokalu mieszkalnego – w zamian za tzw. dożywocie – nie będzie stwarzało podstawy do negatywnej oceny w opisanym zakresie.

Ad 3. Ryzyko decyzyjne oznacza prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnych skutków, niezgodnych z zamierzeniami. W aspekcie zdolności płatniczej, która pozostaje w relacji nie tylko do potencjału majątkowego dłużnika, ale przede wszystkim do uzasadnionych interesów jego wierzycieli, ryzyko jest ważnym elementem, które powinno być brane pod uwagę przez konsumenta przed podjęciem i urzeczywistnieniem jego decyzji o ekonomiczno-prawnym charakterze.

Ryzyko nie jest też niczym złym; w końcu prawie każda nasza decyzja obarczona jest niepewnością co do jej skuteczności. Można za Peterem F. Druckerem powiedzieć, że nie tylko z ekonomicznego, ale również z prawnego punktu widzenia istnieje takie ryzyko, na które człowiek nie może sobie pozwolić, ale i takie, na które nie może sobie *nie* pozwolić (Drucker 1954, s. 54). Dopuszczalne ryzyko ekskuluje z zarzutu zawinienia. Życie nasze w swej codzienności naznaczone jest przecież ryzykiem niepowodzenia, utraty zdrowia, pracy, rodziny, ryzykiem nieuczciwości i nielojalności partnerów życiowych – lub choćby ryzykiem ich błędów. Wiąże się to z koniecznością zważenia i zamortyzowania rzeczzonego ryzyka w trakcie podejmowania decyzji oraz wdrażania i monitorowania skutków, jednak w przypadku konsumentów często trudno przecieżyć przewidzieć życiowe niepowodzenie. Orzecznictwo Sądu Najwyższego już wiele lat temu przyjęło spójny pogląd na temat

ryzyka, uznając, iż podejmowanie go jest dopuszczalne bez narażenia się na zarzut postępowania niezgodnego z obowiązkami dobrego gospodarza, jeżeli ryzyko takie jest ograniczone oraz gdy przemawia za tym aksjologicznie i prakseologicznie uzasadnione dobro.

Przed podjęciem określonych decyzji konsument winien zatem określić poziom i charakter ryzyka, zdefiniować podstawowe jego czynniki, określić prawdopodobieństwo wystąpienia, a wreszcie podjąć działania amortyzujące jego pojawienie się, w szczególności na poziomie gwarantującym utrzymanie równowagi finansowej. Oceniając, czy w działaniu w granicach dozwolonego ryzyka zostały zachowane zasady ostrożnego postępowania, należy uwzględnić subiektywne oceny podejmującego decyzję – i konfrontować je z ocenami formułowanymi przy określonym poziomie dostępnych powszechnie informacji. Znaczna przewaga prawdopodobieństwa korzyści nad prawdopodobieństwem szkody stanowi tutaj minimum dopuszczalnego ryzyka. Warunek ten wynika z zasady, że ryzyko *summa summarum* musi być opłacalne. Należy ją odpowiednio stosować do uwarunkowań życiowych konsumenta, czyli osoby fizycznej działającej w rodzinie, w której wszak występują rozmaite niesnaski, prowadzące nawet niekiedy do jej ostatecznego rozpadu. Trudno obwiniać w końcu żonę o to, że zaufała niegodziwemu mężowi, który przetrawił lub

zadłużył cały majątek i budżet domowy, porzucając ją z niespłaconymi długami.

Nie można jednak podejmować działań w warunkach tzw. ryzykanctwa, które jest kwalifikowaną formą ryzyka, polegającą na dużym prawdopodobieństwie niepowodzenia, opartym na powszechnie znanych regułach działania sił zewnętrznych (tzw. reguł gry, czyli czynników niezależnych od woli podmiotu działającego). Gdy np. dłużnik wpadł w tarapaty finansowe i stracił zdolność płatniczą w następstwie gry w kasynach – albo nawet spekulacyjnego inwestowania w giełdowe akcje – wówczas można mu zarzucić, jeśli nie intencjonalne działanie na szkodę wierzycieli (na zasadzie *dolus eventualis*), to przynajmniej działanie w warunkach rażącego niedbalstwa.

Istotną kwestią jest odpowiedź na pytanie, czy decyzje dłużnika rozpraszały, czy też odwrotnie – koncentrowały kapitał; obniżały czy podwyższały wartości aktywów prywatnych. Jeśli dochodzi np. do deprecjacji wartości ekonomicznej majątku dłużnika, jego dezintegracji funkcjonalnej, wówczas należy się zastanowić, jaka jest tego przyczyna: czy mamy tu do czynienia z intencjonalnym działaniem, czy też jedynie z nieostrożnym doprowadzeniem do tego stanu – a także nad tym, jaki to ma wpływ na zdolność regulowania zobowiązań. W tym nurcie rozważań mieści się także refleksja oceniająca dynamiczne zmiany potencjałów aktywów i pasywów oraz ich wzajemnych relacji – będących konsekwencją decyzji podejmowanych przez dłużnika. Jeżeli konsument świadomo-

mie zadłużyć swój budżet domowy, mimo że jego aktywa rzeczowe i zasoby finansowe nie podlegają proporcjonalnym zmianom na korzyść, a wpływy wręcz się zmniejszają, wówczas należy rozważyć, czy nie jest to przypadkiem przejaw jego rażącej niegospodarności albo nawet umyślnego zawinienia – choćby w kategoriach *dolus eventualis*.

W sytuacji gdy istnieją zobowiązania bieżące lub długoterminowe, ocena każdej decyzji powinna się odnosić do potencjału zdolności spłacania przez dłużnika swych zobowiązań w terminach wymagalności. Wymiernym kryterium wartościującym działania dłużnika – w aspekcie umyślnego doprowadzenia do niewypłacalności kosztem wierzycieli – jest miernik udaremnienia lub uszczuplenia zaspokojenia owych wierzycieli, za co grozi również określona sankcja karnoprawna. Zgodnie bowiem z przepisem art. 300 § 1 kodeksu karnego: *Kto, w razie grożącej mu niewypłacalności lub upadłości, udaremnia lub uszczupla zaspokojenie swojego wierzyciela przez to, że usuwa, ukrywa, zbywa, darowuje, niszczy, rzeczywiście lub pozornie obciąża albo uszkadza składniki swojego majątku, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.*

Warto także pamiętać o dyspozycjach norm zawartych w art. 301 (pozorne bankructwo) oraz art. 302 kodeksu karnego (faworyzowanie wierzycieli).

Art. 301 § 2: [...] *Kto będąc dłużnikiem kilku wierzycieli doprowadza do swojej upadłości lub niewypłacalności* [, podlega karze od 3 miesięcy do lat 5].

§ 3. *Kto będąc dłużnikiem kilku wierzycieli w sposób lekkomyślny doprowadza do swojej upadłości*

lub niewypłacalności, w szczególności przez trwonienie części składowych majątku, zaciąganie zobowiązań lub zawieranie transakcji oczywiście sprzecznych z zasadami gospodarowania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Zakazane jest także faworyzowanie wierzycieli:

Art. 302 § 1: *Kto, w razie grożącej mu niewypłacalności lub upadłości, nie mogąc zaspokoić wszystkich wierzycieli, spłaca lub zabezpiecza tylko niektórych, czym działa na szkodę pozostałych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.*

W takich warunkach nie będzie również możliwe skorzystanie przez tak naznaczonego dłużnika z dobrodziejstwa ogłoszenia upadłości, także konsumenckiej (*argumentum a fortiori*).

2.9.4. Stan rażącego niedbalstwa – jako kwalifikowane przeciwieństwo wzorca dobrego gospodarza

Rażące niedbalstwo w doprowadzeniu przez dłużnika do własnej niewypłacalności lub do jej pogłębienia należy rozumieć jako najostrejszą postać winy nieumyślnej – polegającą na podejmowaniu (w swym zjawiskowym sensie) decyzji oraz wynikających z nich czynności faktycznych i prawnych, które skutkują deprecjacją i dezintegracją aktywnego majątku dłużnika, a tym samym wzrost zadłużenia; przy czym konsument,

choć nieumyślnie, łamie *w sposób rażący* zasady racjonalnego kierowania sprawami majątkowo-finansowymi (własnymi lub rodziny). Punktem odniesienia będzie tutaj tzw. *wzorzec dobrego gospodarza* – i stopień wektorowego odchylenia od tego optymalnego stanu. W celu potwierdzenia lub falsyfikacji zasadności tego zarzutu należy prześledzić kompleks czynności ekonomiczno-prawnych dłużnika, a ponadto skonstatować zaniechanie podjęcia w stosownym czasie ważnych decyzji z punktu widzenia finansowej płynności lub neutralizacji stanu niewypłacalności.

Powtórzmy: rażące niedbalstwo należy rozumieć jako podmiotowe znamiona działania dłużnika w warunkach *najostrzejszej postaci winy nieumyślnej*.

Przyjęło się, że niedbalstwo to stan umysłu, tj. przejawy świadomości i akty wolitywne wpływające na konkretne decyzje człowieka, który nie przewiduje możliwości wystąpienia negatywnych skutków podejmowanych działań, choć – stosując miarę należytej staranności (ostrożności) – powinien jednak takie skutki przewidzieć i tym samym zapobiec wystąpieniu szkody.

Rażące niedbalstwo to rażący błąd nieracjonalności myślenia i działania, błąd tkwiący zarówno w procesach poznawczych, wolitywnych czy emocjonalnych, jak i w decyzjach człowieka, który realizuje cele obarczone nadmiernym ryzykiem (działa w warunkach ryzykancstwa). Nie jest to przy tym zwykły błąd, lecz błąd kwalifikowany przez niespotykany poziom decyzyjnej dezynwoltury oraz rażącej niefrasobliwości co do wystąpienia negatywnych skutków własnych działań. Jest to aktywność w wa-

runkach spełniającego się czarnego scenariusza. Podjęcie jej mimo bardzo dużego ryzyka jest w takich okolicznościach przejawem rażącego niedbalstwa (lekkomyślności) – pod warunkiem jednak, że w bezpośredniej lub pośredniej konsekwencji doszło ostatecznie do szkody w postaci trwałej niewypłacalności lub podwyższenia istniejącego już w danym momencie jej progu (poziomu). Jest to typowe działanie w warunkach wysokiego ryzyka (prawdopodobieństwo pierwszego stopnia). Możemy zatem stwierdzić, że ustalając relacje pomiędzy świadomością dłużnika w zakresie stopnia podejmowanego ryzyka ekonomiczno-finansowego a negatywnymi skutkami (stanem niewypłacalności), dochodzimy do konkluzywnej oceny co do ewentualnego charakteru i stopnia zawinienia, wyczerpującego (lub nie) znamiona pojęcia rażącego niedbalstwa. Porządkując kwestię winy nieumyślnej, doprecyzujemy, że rażące niedbalstwo obejmuje ekstensjonalnym zakresem *lekkomyślne gospodarowanie potencjałem majątkowym* przez konsumenta. A zatem – oprócz oczywistych przejawów ryzykownego zarządzania portfelem domowym – osobie fizycznej winna jeszcze zostać przypisana zdolność przewidzenia powstania niewypłacalności w konsekwencji jego decyzji ekonomiczno-prawnych lub kreowanych zdarzeń. Bierzemy tutaj pod uwagę *kompleks* decyzji, ich intencje z punktu widzenia istniejącego zadłużenia, sposób

zarządzania kapitałem pochodzącym ze źródeł zewnętrznych (pożyczkowym, kredytami), kontekst osobisty oraz majątkowy.

Jak już wspomniano, oprócz oddalenia wniosku o upadłość konsumencką – jako sankcją za doprowadzenie do stanu trwałej niewypłacalności w warunkach lekkomyślności (tj. rażącego niedbalstwa) – istnieje też zagrożenie sankcją prawnokarną z art. 301 § 3 kk: *Kto będąc dłużnikiem kilku wierzycieli w sposób lekkomyślny doprowadza do stanu niewypłacalności, w szczególności przez trwonienie części składowych majątku, zaciąganie zobowiązań lub zawieranie transakcji oczywiście sprzecznych z zasadami gospodarowania, podlega karze grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.*

Aby ocenić stan rażącego niedbalstwa, należy więc znaleźć wzorcowy punkt odniesienia związany z zasadami racjonalnego gospodarowania, a następnie przypisać rażący poziom ich naruszenia. Stosując wykładnię inferencyjną (polegającą na logiczno-funkcjonalnym wynikaniu norm), gdy na tej podstawie stwierdzimy racjonalny stosunek dłużnika do zarządzania swym majątkiem – lub ewentualnie popełnienie przez niego błędów na elementarnym, czyli nierażącym poziomie (zwykłego niedbalstwa), wówczas nie ma przeszkód do ogłoszenia upadłości.

Wzorzec roztropnego gospodarza

Racjonalne gospodarowanie to stosowanie należytej staranności w działaniu zmierzającym do zachowania stabilizacji ekonomicznej tzw. portfela domowego. W doktrynie wykrystalizowała się koncepcja racjonalnego gospodarowania oparta na następujących sześciu zasadach:

1. Działania zgodne z logiką użyteczności marginalnej w zakresie realizacji uzasadnionych życiowo celów. Uzasadnione cele to usprawiedliwione w danej kulturze i ustroju ekonomicznym potrzeby życiowe, wychowawcze, kulturowe. Na użytek analizowanych tu kwestii możemy podzielić potrzeby na dwie grupy: fundamentalne życiowo oraz akcydentalne (albo podstawowe i wtórne).

Do potrzeb podstawowych zaliczymy te, które są niezbędne do utrzymywania życia na poziomie gwarantującym przetrwanie: mieszkaniowe, żywnościowe, ubraniowe, zdrowotne, związane z kształceniem; gdy zaś stopa życiowa na to pozwala – także wyższe potrzeby edukacyjne czy kulturalne. Bierzemy też pod uwagę kontekst potrzeb najbliższej, pozostającej na utrzymaniu rodziny.

Do potrzeb akcydentalnych zaliczymy natomiast wszystkie inne potrzeby – co prawda ważne, ale jednak niekonieczne. To np. zaspokajanie potrzeb wyjazdowych w trakcie urlopu, oddawanie się różnym pasjom hobbyistycznym itp.

W logice zbioru celu usprawiedliwionego nie mieści się natomiast wzięcie kredytu na spłatę długów syna, który je zaciągnął np. grając w kasynach, chyba że doszło do tego w sytuacji ratowania go przed działaniami egzekucyjnymi tzw. egzekutorów nieformalnych, stosujących siłę fizyczną. Wtedy istotne względy humanitarne mogą uzasadniać ogłoszenie upadłości. W tej sekwencji znaczeniowej nieusprawiedliwionych wydatków będą się mieściły koszty alkoholu i innych używek, jeśli w rezultacie one właśnie doprowadziły dłużnika do utraty zdolności płatniczej.

2. Podejmowania decyzji stanowiących spełnienie celów konsumpcyjnych, o ile

istnieje tzw. potencjał majątkowo-finansowy pozwalający na utrzymanie względnej równowagi i stabilizacji finansowej rodziny lub jednostkowego konsumenta (gdy nie ma on jeszcze rodziny).

3. Mierzenia kosztu, wartości i dostępności opcji alternatywnych.
4. Oceny ryzyka niepowodzenia i wystąpienia negatywnych konsekwencji finansowych lub prawnych, a także działania w ramach zrównoważonego (a czasem i zdywersyfikowanego) ryzyka.
5. Podejmowania decyzji zgodnie z zasadą timingu, to jest w czasie optymalnym z punktu widzenia realizacji celu i służących temu celowi działań.
6. Podejmowania w odpowiednim czasie koniecznych działań korekcyjnych, neutralizujących stan zapaści finansowej.

Innymi słowy – należy ocenić regułę, dynamikę i dyscyplinę, którymi to wartościami kierował się dłużnik w swych decyzjach ekonomiczno-prawnych w procesie zarządzania portfelem domowym. Te kryteria wartościujące odnieść następnie do różnych kontekstów sytuacyjnych tj. gdy:

- ◆ konsument pozyskiwał środki finansowe z zewnętrznych źródeł (kredyty, pożyczki),
- ◆ uruchomił ich spłatę, a także
- ◆ pojawiły się symptomy kryzysu.

W tym ostatnim wypadku należy ocenić reakcje dłużnika na ten stan rzeczy w określonej funkcji czasu.

RDD: Reguła. Dynamika. Dyscyplina

Reguła oznacza racjonalny stosunek do utrzymywania płynności finansowej, co oznacza właściwą relację pomiędzy finansowaniem wewnętrznym i zewnętrznym, kapitałem własnym i pożyczonym, wpływami i wydatkami.

Dynamika oznacza podejmowanie decyzji we właściwym czasie i odpowiednich warunkach ekonomicznych oraz prawnych. Istotne jest, żeby podejmować decyzje wtedy, gdy system wewnętrzny oraz zewnętrzny – na zasadzie sprzężeń zwrotnych – może zareagować i wykazać swoją funkcjonalność. Z tego wynika konieczność szybkiej reakcji na pojawiające się symptomy nadchodzącego kryzysu utraty zdolności płatniczej, z poszanowaniem praw wierzycieli.

Dyscyplina oznacza kontrolę bieżącą zdolności płatniczej w każdym miesiącu, ustalanie budżetów pokrycia finansowego, w sytuacji zaś, gdy dyscyplina płatnicza ulega zachwianiu – równomierne zaspokajanie praw wierzycieli, bez faworyzowania (a tym samym i dyskryminacji) jednych kosztem drugich. Zasada dyscypliny płatniczej oraz timingu oznacza podejmowanie bez zbędnej zwłoki starań związanych z prolongatą spłaty zadłużenia, rozłożeniem na raty, ewentualnie częściowym umorzeniem – aczkolwiek to ostatnie z reguły dzieje się w warunkach już otwartego postępowania upadłościowego (zarówno w opcji likwidacyjnej, jak i układowej). Jeżeli więc dłużnik uznaje, że nie przywróci trwałej zdolności płatniczej

bez prolongaty spłaty rozłożenia na raty i umorzenia części zobowiązań, winien szybko złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości konsumenckiej.

Co prawda nie obowiązuje go imperatyw jednego miesiąca, określony w art. 21 ustawy – tj. nie jest on zobowiązany w podanym terminie (biegnącym od uzyskania podstaw ogłoszenia upadłości) do złożenia stosownego wniosku – to jednak, jeżeli uczyni to bez zbędnej zwłoki, zapobiegając deprecjacji majątku i zwiększaniu przez naliczane odsetki wartości zobowiązań, wykaże się tym samym racjonalnością postępowania, co z reguły będzie wykluczać stan rażącego niedbalstwa. Istotne jest w tym kontekście określenie, czy dłużnik nie stosuje tzw. strategii żniw – rozpraszając majątek krzywdzącymi wierzycieli umowami cywilnoprawnymi z osobami trzecimi – czy też w inny sposób nie dezintegruje majątku ani nie powiększa poziomu niewypłacalności.

Decyzja jest zgodna z zasadami racjonalnego gospodarowania, jeśli podporządkowuje się określonej logice faktów, dostępnej wiedzy o działaniu mechanizmów ekonomicznych, kontrahentach, konsekwencjach zarządzania budżetem domowym – zakładając konieczność podejmowania decyzji opłacalnych, czyli takich, których koszty będą mniejsze od oczekiwanych efektów, z zagwarantowaniem bieżącej płynności finansowej i przy umiarkowanym ryzyku.

Zaniedbania w stosowaniu tych reguł trafnie zostały zdefiniowane przez amerykańskiego sędziego Learneda Handa, który stwierdził, że zjawisko niedbalstwa zachodzi w sytuacji, gdy ciężar niepodjętego zabezpieczenia się przed nie-

powodzeniem (koszt uniknięcia ryzyka) jest mniejszy, niż wielkość ryzyka, tj. prawdopodobieństwo i koszt zajścia niebezpiecznego zdarzenia, przy faktycznym zaistnieniu określonej szkody. Gdy, powiedzmy, koszt uniknięcia ryzyka niewypłacalności przez rezygnację z zaciągnięcia kredytu w wysokości 300 000 zł na budowę domu jest mniejszy, niż prawdopodobieństwo, cena oraz koszt indywidualny i społeczny utraty zdolności płatniczej (np. w wyniku prawdopodobnej, szykującej się w chwili brania kredytu utraty zatrudnienia lub trwania procesu rozwodowego), to jeżeli dojdzie do zaistnienia tych faktów z winy pracownika, wówczas wzięcie kredytu i doprowadzenie do takiej sytuacji przez konsumenta może usprawiedliwiać postawienie zarzutu *rażącego niedbalstwa*. Przykłady działania tej reguły badania kosztu opcji alternatywnych przed podjęciem decyzji obciążonej ryzykiem można by zresztą mnożyć.

Gdy na przykład konsument, któremu pracodawca proponuje zmianę warunków płacy na jego niekorzyść, nie przyjmuje nowych warunków i rezygnuje z kontynuowania stosunku pracy – pozostając wskutek tego przez ponad rok w stanie bezrobocia i utraciwszy w tym czasie zdolność płatniczą – to w takiej sytuacji również możemy u niego stwierdzić rażące niedbalstwo, opierając tę konstatację na okoliczności nieprzyjęcia nowych warunków płacowych i wobec braku jakiegokolwiek alternatywy cyklicznego pozyskiwania środków finansowych.

Powtórzmy: każdorazowo należy oceniać decyzje i działania dłużnika w kontekście sytuacyjnym, w jakiej podejmował on decyzje. Czy zapożyczając się, miał tzw. zdolność spłaty zadłużenia w terminach wymagalności? Jakie podejmował decyzje w fazie przed wystąpieniem pierwszych symptomów kryzysu finansowego, a jakie po zaistnieniu oznak tracenia zdolności płatniczej – albo zaistnienia zdarzeń dających podstawę do antycypowania tego stanu rzeczy?

Do kanonu racjonalnego gospodarowania należy dbałość o to, by relacje pomiędzy zadłużeniem a wartością majątku (czy też między wielkością cyklicznych dochodów oraz wydatków) były rozsądne – co z reguły oznacza stosunek 25% długu do wartości tego dochodu (cyklicznych wpływów); jeżeli chodzi zaś o relację wartości aktywów do ogólnego długu – nie powinny przekraczać 50% zadłużenia w stosunku do wartości aktywów. Istotną kwestią jest także skorelowanie w czasie wpływów z wydatkami – by nie popaść w zwłokę ze spłatą zobowiązań w terminach zapadalności. Podane relacje uwzględniają poziom ryzyka rynkowego, ekonomicznego, zawodowego, ryzyka utraty zdrowia oraz ewentualną wartość likwidacyjną aktywów. Myślę, że dobry gospodarz powinien zdawać sobie sprawę z ogólnej sytuacji, dostrzegać w swych działaniach różne zagrożenia, rozsądnie oceniać zmienne społeczno-gospodarcze uwarunkowania, a zatem winien też (przynajmniej tam, gdzie to możliwe) stosownie za-

bezpieczać się przed ryzykiem, np. drogą dywersyfikacji, a tym samym złagodzenia jego skutków.

Warto jeszcze raz podkreślić, że sąd powinien badać całokształt decyzji ekonomiczno-finansowych dłużnika – zarówno w fazie zadłużania majątku, zarządzania budżetem prywatnym, domowym w warunkach owego zadłużenia, jak (a może nawet przede wszystkim) w trzeciej fazie kryzysu, tj. w czasie uzyskiwania stanu niewypłacalności. Te obiektywne fakty nie mogą wyczerpywać analizy – szczególnie w przypadku konsumentów, którzy z przyczyn osobistych (np. zdrowotnych, rodzinnych) byli zdeterminowani w kwestii zapożyczenia się, chcąc np. pomóc chorym rodzicom, bratu itp. Biorąc pod uwagę kontekst cywilizacyjny, w jakim żyjemy, można usprawiedliwić zaciągniętą na ten cel pożyczkę.

Wacław Makowski w komentarzu do kodeksu karnego pisał, że lekkomyślne (rażące niedbalstwo) doprowadzenie do niewypłacalności odnosi się do oceny postępowania dłużnika z punktu widzenia dobrego gospodarza, z którego to stanowiska niewątpliwą lekkomyślnością jest życie rozrzutne, np. ryzykowne umowy czy kredyty. Kto lekceważy te obowiązki, a np. pożyczone pieniądze marnotrawi, zamiast używać ich celowo, ten niewątpliwie działa umyślnie i świadomie wbrew swoim obowiązkom, a co najmniej rażąco niedbale (Makowski 1932, s. 254).

Powtórzmy: można zaliczyć do tej logiki zbioru grę w kasynach (lub inny hazard), zażywanie narkotyków, nadużywanie alkoholu, grę na giełdzie, gdy dłużnik nie ma podstawowych wiadomości o zasadach i fluktuacjach ekonomiczno-prawnych, po-

życzenie pieniędzy na cele konsumpcyjne ze świadomością, że mogą być trudności ze spłatą w związku z niskimi zarobkami, niepodjęcie działań po utracie pracy, które by zmierzały do znalezienia nowego zatrudnienia – w sytuacji gdy są już zobowiązani. (Oczywiście nie jest to wyliczenie wyczerpujące). Z literatury przedmiotu możemy wywieść wnioski, że z punktu widzenia przesłanki zaciągnięcia zobowiązania przez niewypłacalnego dłużnika nie ma (co do zasady) znaczenia, że bank udzielający kredytu w sposób pozytywny zweryfikował zdolność kredytową dłużnika. Należy jednak moim zdaniem unikać ocen generalizujących, lecz badać sprawę przez pryzmat konkretnych jej okoliczności. Należy przypomnieć, że – stosownie do art. 70 ust. 1 pr. bank. – bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy. Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu (wraz z odsetkami) w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności. Moim zdaniem w tym kontekście proces analizy i oceny działań dłużnika winien skupić się na etapie wydatkowania środków finansowych pochodzących z kredytów i pożyczek – to znaczy na tym, czy zostały one spożytkowane zgodnie z celem, a także z jakich powodów doszło do stanu niewypłacalności.

Do nagannych, poczynionych w warunkach rażącego niedbalstwa działań zaliczyć możemy rozwiązanie stosunku pracy z przyczyn leżących po stronie dłużnika lub za jego zgodą – choć jednak tylko w tym wypadku, gdy w istocie ta właśnie okoliczność stała się przy-

czyną niewypłacalności dłużnika. Jak słusznie zauważa Rafał Adamus, okoliczności te nie mają znaczenia w sytuacji, gdy to inne przyczyny legły u podstaw stanu niewypłacalności, który nastąpiłby także mimo nierozwiązania stosunku pracy. Przesłanka rozwiązania stosunku pracy obejmuje porozumienie stron o tym skutku (art. 30 § 1 pkt 1 kp) oraz rozwiązanie stosunku pracy bez wypowiedzenia z winy pracownika (art. 52 § 1 kp). Jednakże już w odniesieniu do rozwiązania stosunku pracy bez wypowiedzenia bez winy pracownika (art. 53 § 1 kp) zdaniem wspomnianego autora rysują się wątpliwości. Z jednej strony niezdolność pracownika do pracy spowodowana długotrwałą chorobą bądź jego przedłużająca się usprawiedliwiona nieobecność w pracy są przyczynami leżącymi po stronie pracownika, z drugiej jednak strony będą miały charakter okoliczności wyjątkowych i niezależnych od upadłego. W momencie uznania, że przyczyny rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia bez winy pracownika nastąpiły wskutek okoliczności wyjątkowych i niezależnych, sąd ogłosi upadłość konsumencką (Witosz, Adamus 2014).

Wątpliwości mogą – w ocenie autora – dotyczyć także rozwiązania stosunku pracy z upływem okresu wypowiedzenia w przypadku odmowy przyjęcia przez pracownika zaproponowanych nowych warunków pracy i płacy (art. 42 § 3 kp). Z jednej strony chodzi tu o przyczyny leżące po stronie pracodawcy, z drugiej zaś – odmowę ich przyjęcia można poczytać za

zgode pracownika na rozwiązanie stosunku pracy. W tym wypadku nie tyle jednak chodzi o zgodę pracownika na rozwiązanie stosunku pracy, ile o jego pogodzenie się z taką konsekwencją odmowy przyjęcia nowych warunków pracy i płacy. W efekcie ten przypadek rozwiązania umowy o pracę nie powinien skutkować automatycznym oddaleniem wniosku o ogłoszenie upadłości konsumenckiej. Jednakże niewątpliwie okoliczność ta będzie miała znaczenie w całości kształtowanej przez sąd oceny przesłanek ogłoszenia upadłości konsumenckiej. Gdy pracownik nie ma alternatywy dla takiego rozwiązania stosunku pracy i nie podejmuje zatrudnienia w innym miejscu i zakładzie pracy, wówczas z reguły nieprzyjęcie takich warunków i rozwiązanie umowy pracowniczej może uzyskać *status rażącego niedbalstwa*.

Dłużnik może albo bronić się przed potencjalnymi zarzutami rażącego niedbalstwa czy też umyślności, albo samoistnie wykazać brak istnienia takich okoliczności – wskazując, jakie racjonalne czynności i działania (choćby nawet obarczone ryzykiem) podejmował, by zmniejszyć zadłużenie bądź je wyeliminować.

W tej filozofii myślenia mieści się wykazanie zaistnienia niezależnych i wyjątkowych okoliczności, np. *vis maior* (także o ekonomicznym charakterze, np. kryzys, wysoka stopa bezrobocia), wina, przyczynienie się osoby trzeciej itd.

Do kategorii rażącego niedbalstwa albo nawet umyślnego działania na zasadzie *dolus eventualis* zaliczyć powinniśmy działania dłużnika dokonywane z pokrzywdzeniem wierzycieli – z tym że w takich przypadkach jest to przesłanka automatyczna, wykluczają-

ca możliwość ogłoszenia upadłości (pod warunkiem jednak, że istnieje prawomocny wyrok stwierdzający bezskuteczność takiej czynności – opartą na art. 527 kc).

2.9.5. Czynniki ekskulpujące

2.9.5.1. Niezależne i wyjątkowe okoliczności

Niezależne i wyjątkowe okoliczności utraty przez konsumenta zdolności płatniczej, mimo że nie stanowią już wyrażonej *expressis verbis* pozytywnej przesłanki zdolności upadłościowej, to na zasadzie wykładni funkcjonalnej stanowią dalej istotny wskaźnik dla stwierdzenia istnienia podstaw do ogłoszenia upadłości konsumenckiej, jeżeli tylko udowodni się ich wystąpienie. Wiążą się one z czynnikami określanymi w doktrynie prawa (o czym wyżej wspomniano) jako *vis maior*. Są to fakty o charakterze ekonomicznym, politycznym, psychicznym, zdrowotnym, które wpływają na zasadzie warunku *sine qua non* na płynność finansową budżetu domowego (konsumenckiego). Należy podkreślić raz jeszcze: wyjątkowość i niezależność okoliczności powodujących kryzys finansowy wyklucza w sposób oczywisty zarzut rażącego błędu (niedbalstwa) w procesie decyzyjnym dłużnika-konsumenta. Wszak wina nieumyślna oparta na rażącym niedbalstwie znamionowana jest podejmowaniem decyzji, co prawda bez świadomości i zamiaru pokrzywdzenia wierzycieli, lecz jednak z pogwałceniem zasady należytej staranności oraz zrównoważonego ryzyka, nakazującej obowiązek przewidywania skutków podejmowanych decyzji finansowych w określonej sekwencji czasowej.

Kluczową kwestią w tych rozważaniach jest to, czy dłużnik miał wolną wolę, czy dokonywał racjonalnych wyborów, wykorzystując stan swobodnej percepcji zachodzących zjawisk. Gdy jego wola lub świadomość była negatywnie zdeterminowana okolicznościami, których nie sposób było przewidzieć – np. poprzez czyjeś świadome wprowadzenie go w błąd (oszustwem lub zachętą do podjęcia decyzji przez profesjonalistę) – wówczas z reguły należy *wykluczyć zawinienie dłużnika*. To samo dotyczy sytuacji, gdy dłużnik podjął decyzję w wyniku uzyskania błędnej informacji od profesjonalisty, przy czym błąd należy tutaj rozumieć w szerszym wymiarze: jako nieprzedstawienie np. wszelakiego rodzaju ryzyka dotyczącego możliwych negatywnych konsekwencji takiej właśnie decyzji (to *casus* postępowania banków przy udzielaniu kredytów we frankach szwajcarskich). Należy przy tym pamiętać, że jeśli wystąpiły niezależne i wyjątkowe okoliczności, należy je zbadać także w aspekcie adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego, wywołującego następstwo w postaci trwałej utraty zdolności płatniczej konsumenta.

Przyczyny niewypłacalności konsumentów są liczne i zależą od wielu uwarunkowań – zarówno makro-, jak i mikroekonomicznych, ale także od tych wewnętrznych, związanych z psychosomatyczną kondycją dłużnika lub członków jego rodziny. Okoliczności, które spowodowały zaprzestanie wypłat, muszą więc być nie tylko *wyjątko-*

we, lecz oprócz tego również *niezależne od konsumenta*.

Zaliczmy do nich:

1. Niezawinioną utratę pracy wskutek zwolnień grupowych lub zwykłej redukcji zatrudnienia;
2. Likwidację zakładu pracy;
3. Chorobę przewlekłą dłużnika lub członka rodziny;
4. Śmierć członka rodziny, który był jedynym żywicielem lub współżywicielem rodziny;
5. Depresję wywołaną nagłymi traumatycznymi przeżyciami, powodującą obniżenie potencjału zawodowego;
6. Podział majątku dorobkowego – z przejęciem całości długów przez jednego z byłych małżonków;
7. Bankructwo państwa lub zablokowanie pomocy finansowej przez instytucje międzynarodowe, czego rezultatem jest zablokowanie dostępu do kont (*casus grecki*);
8. Wojna;
9. Klęski żywiołowe powodujące zniszczenie mienia (nieubezpieczonego);
10. Nagłe fluktuacje (zmiany kursowe, np. franka szwajcarskiego jako waluty kredytu).

Jak słusznie zauważa przywoływany już Rafał Adamus, „wyjątkowość” musi być spowodowana obiektywnymi okolicznościami – nie tylko w zakresie stosunków gospodarczych, lecz także w stosunku do dłużnika (np. choroba, niepełnosprawność). Należy sądzić, że te okoliczności będą stanowiły zdecydowaną większość powodów wskazywanych we wniosku dłużni-

ka o ogłoszenie upadłości. Praktyka orzecznicza powinna pójść w kierunku *obostrzenia* przyjmowania takich okoliczności. Wydaje się, że nie może być uznane za taką okoliczność popadnięcie w chorobę alkoholową albo inne uzależnienia (narkotyki, hazard), które medycyna traktuje jako choroby – i zaprzestanie wskutek tego płacenia swoich zobowiązań. W zakresie okoliczności gospodarczych należy mieć na względzie nie tylko np. dekoniunkturę na rynku pracy, zmianę kursu walut, lecz także utratę majątku (lub jego części) wskutek kradzieży, zdarzenia losowego (np. pożaru, zniszczenia wywołanego zalaniem). Okoliczności zaś niezależne od dłużnika to – jak można przypuszczać – w odniesieniu do osoby fizycznej nie tylko brak elementu winy, lecz w pewnych sytuacjach również brak wiedzy o zaistniałych okolicznościach, do której posiadania nie był on zobowiązany. Należy ponadto podkreślić, że w tej ocenie przykładamy miarę staranności dostosowaną do poziomu wykształcenia, wiedzy i kontekstu kulturowego osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej lub zawodowej; z pewnością nie będzie ona zatem na takim poziomie, jak w przypadku wszelkiego typu profesjonalistów.

2.9.5.2. Zwykle niedbalstwo

Po nowelizacji zwykle niedbalstwo nie uzasadnia oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości konsumentowi, a zatem uzasadnia ogłoszenie upadłości wraz z przywi-

lejami takimi jak plan spłaty i umorzenie części zobowiązań, a w warunkach humanitarnych okoliczności – nawet całości.

Na czym polega istota zwykłego niedbalstwa? Należy odwołać się tutaj do poglądów doktryny z zakresu prawa cywilnego. Powszechnie przyjęło się rozumieć niedbalstwo jako fakt psychiczny, proces myślenia, w którym dłużnik nie przewiduje negatywnych skutków swoich decyzji finansowych w odniesieniu do wierzycieli, choć winien je sobie uświadomić, stosując miarę należytej staranności przyjmowanej dla stosunku danego rodzaju.

Wina oparta na nieumyślności jest więc dysonansem między porządkiem powinności a porządkiem – czy w tym wypadku raczej nieporządkiem – bytu.

Wina to negatywnie oceniany przez prawo stosunek psychiczny osoby do swojego zachowania (decyzji). W zakresie ekstensjonalny tego pojęcia wchodzi świadomość i akty woliacyjne człowieka, a także towarzyszące im emocje, które determinują zwykle określone motywy, zamiary i pragnienia.

Do zakresu zwykłego niedbalstwa zaliczymy naruszenie w zwykłym stopniu (nierazącym) opisanych wyżej zasad racjonalnego gospodarowania majątkiem i finansami domowymi.

Jest to zatem naruszenie pewnego paradygmatu postępowania, wciąż nazywanego niekiedy – przywołajmy raz jeszcze tę zręczną i adekwatną formułę – „wzorem dobrego gospodarza”.

Pojęcie niedbalstwa

Jak zauważa W. Czachórski, stopnie winy stanowią problem związany w istocie z oceną jej elementu subiektywnego. Tradycyjnie odróżnia się w tej materii umyślność

(*dolus*) i niedbalstwo (*culpa*). Stopnie te kryją wiele gradacji pośrednich (*dolus, culpa lata, culpa levis, culpa levissima, dolus directus, dolus eventualis*, lekkomyślność, niedbalstwo) [Czachórski *et al.* 2009, s. 255].

Dolus to bądź zamierzone podjęcie działania sprzecznego z regułą czy regułami postępowania, bądź też powstrzymanie się od działania pomimo istnienia obowiązku czynnego zachowania się. Sprawca w tym przypadku przewiduje naruszenie wyżej wymienionej reguły oraz skutki owego naruszenia w postaci szkody. W istocie chce tego albo co najmniej na to się godzi.

Trudniej jest natomiast określić zakres przedmiotowy (desygnaty) pojęcia niedbalstwa. Odwołując się do procesów psychicznych, jakie dzieją się w umyśle określonej osoby fizycznej (adresata norm) w pewnym kontekście sytuacyjnym – podmiot taki albo wyobraża sobie prawdopodobieństwo wystąpienia skutku bezprawnego, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że go uniknie (lekkomyślność), albo w ogóle nie wyobraża sobie skutku, choć – stosując miarę należytej staranności dla stosunku danego rodzaju – powinien i mógł go sobie wyobrazić (niedbalstwo *sensu stricto*).

Na plan pierwszy wysuwa się tutaj właściwe zrozumienie sensu znaczeniowego *miernika należytej staranności* – każdorazowo zrelatywizowanego do określonego wzorca rzetelnego i racjonalnego postępowania. Współczesnym systemom prawa cywilnego znane są bardzo różne postacie takiego wzorca postępowania; niekiedy spersonalizowane (dobry gospodarz, ojciec rodziny – *pater familias*), niekiedy określone przedmiotowo. Jest to, najogólniej mówiąc, za-

chowanie staranne w stosunkach społecznych lub w obrocie gospodarczym. Wzorce są zobiektywizowane, choć także dostosowane do realnych wymagań, jakie można postawić określonym członkom danej społeczności – w zależności od stopnia ich profesjonalności czy wymaganego poziomu tzw. wiedzy podręcznej. Właśnie przez porównanie porządku powinności w tym zakresie – tj. hipotetycznej oceny postępowania wzorca (paradygmatu działania) – z porządkiem bytu, czyli konkretnym postępowaniem danej osoby, możemy dojść do konkluzji, czy ten postąpił w sposób noszący znamiona winy (w tej sytuacji – winy nieumyślnej).

Jednym z głównych problemów w przypadku badania zdolności upadłościowej konsumentów staje się określenie linii demarkacyjnej pomiędzy zwykłym niedbalstwem a niedbalstwem rażącym (*culpa lata*). Powszechnie – jak pisze Stanisław Grobel – uważa się, że chodzi tu o niezachowanie staranności, jakiej można wymagać od osób najmniej nawet rozgarniętych. Stosujemy tutaj najniższy przeciętny miernik staranności (*non intellegere quod omnes intellegunt*) [Grobel 1978, s. 702–711].

Jak zauważa natomiast Zdzisław Gawlik, odpowiedzialność dłużnika będzie uzasadniona, gdy jego zachowanie było niezgodne z pewnym obiektywnym wzorcem, o ile tylko mógł się on zachować zgodnie z nim (Gawlik 2014). Wzorzec należytej staranności nie może być zatem odnoszony do indywidualnych cech i właściwości dłużnika, w szczególności do zapobiegliwości, jakiej sam dłużnik przestrzega, lecz polega na oczekiwaniach społecznych wo-

bec osób, które znalazły się w określonej sytuacji (wyrok SA w Warszawie z dnia 15 stycznia 2013 r., VI ACa 1077/12, LEX nr 1315740). Nie chodzi jednak tutaj bynajmniej o jakąś wyjątkową staranność dłużnika, lecz staranność dostosowaną do działającej osoby, przedmiotu, jakiego działanie dotyczy, oraz okoliczności, w jakich działanie to następuje. Miernik należytej staranności jest więc zobiektywizowany, a ta obiektywizacja wzorca jest najlepszym instrumentem dla ochrony interesu wierzyciela i jego zaufania, że dłużnik zachowa się w danej sytuacji zgodnie ze społecznymi oczekiwaniami wobec wszystkich osób, które podobnie w tych okolicznościach, w takiej sytuacji się zachowają”.

Wykazanie okoliczności faktycznych uzasadniających uczynienie z art. 471 kc podstawy odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego zobowiązania w sposób naturalny kreuje wielość przyczyn, których wykazanie w konkretnym stanie faktycznym spowoduje skuteczne zwolnienie się dłużnika od odpowiedzialności. Okoliczności ekskulpacyjnej (eskalacyjnej) dłużnika nie stanowi fakt przyjęcia przez niego zobowiązania, które zarówno co do terminów, jak i rozmiaru nie odpowiadało jego możliwościom osobistym i majątkowym (wyrok SN z dnia 27 stycznia 1972 r., I CR 458/71, OSNC 1972, nr 9, poz. 160). Podobnie za okoliczność ekskulpującą nie może być uznana ani praca polityczna, ani społeczna, które spowodują zaniedbania skutkujące niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania (wyrok

SN z dnia 5 października 1971 r., II PR 202/71, LEX nr 14143). Sama teoretyczna możliwość kradzieży nie stanowi jeszcze, bez jej choćby uprawdopodobnienia, okoliczności ekskulpującej w rozumieniu art. 471 kc (wyrok SN z dnia 7 czerwca 1973 r., I PR 163/73, LEX nr 7269).

Generalnie do znamion zwykłego niebaldstwa zaliczymy podejmowanie takich decyzji, które mimo ich racjonalnych intencji niosły wysoki poziom ryzyka niepowodzenia w osiągnięciu celu, przy czym konsument nie antycypował tego niebezpieczeństwa, choć dochowując miary należytej staranności, mógł przewidzieć taki stan rzeczy. Na przykład dłużnik wobec zmiany warunków płacy przez pracodawcę lub aprecjacji kursu waluty, w której spłaca kredyt, jest zmuszony do pobrania nowego kredytu lub konsolidacji takich środków. Wpada w tzw. pułapkę kredytową i – mimo wysiłków – uzyskuje stan trwałej niewypłacalności. Współprzyczynienie się strony umowy do jej niewykonania lub nienależytego wykonania nie pozostaje bez wpływu na ocenę stanu zawinienia. Ustalenie, że obie strony ponoszą – na podstawie art. 471 kc – odpowiedzialność za niewykonanie umowy, chociaż szkodę w następstwie tego poniósł tylko wierzyciel, powinno skutkować przyjęciem, że pozwany winien w połowie pokryć szkodę, nie zaś przyjęciem, że dłużnik zwolniony jest z obowiązku dania odszkodowania (wyrok SN z dnia 18 listopada 1999 r., I CKN 214/98, LEX nr 50686).

W przypadku doprowadzenia do stanu niewypłacalności przez współmałżonka bez wiedzy dłużnika-wnioskodawcy, w wyniku działań podejmowanych w warunkach

rażącego niedbalstwa, w zależności od okoliczności sprawy można przyjąć czynnik ekskulpujący. Istotna jest tu jedynie odpowiedź na pytanie: czy wnioskodawca, który utracił zdolność płatniczą, stracił kontrolę nad zarządzaniem finansami i budżetem rodzinnymi *w sposób zawiniony*, czy też nie miał możliwości kontrolowania przez jakiś czas procesu wydatkowania pieniędzy przez drugiego współmałżonka lub członków rodziny (z powodu choroby, zagranicznego wyjazdu, świadomego wprowadzenia w błąd itd.). Nierzadko zdarza się bowiem sytuacja, gdy – wedle przyjętego podziału obowiązków – żona zajmuje się wychowaniem dzieci, a mąż prowadzi działalność dającą przychód, który jednak nie zawsze przewyższa koszty jego uzyskania; trudno wtedy obwiniać żonę za rażące niedbalstwo małżonka.

Pamiętajmy, że konsument działa w warunkach dozwolonego ryzyka, które zwalnia go z odpowiedzialności w sytuacji zaistnienia negatywnego zjawiska niewypłacalności – tym bardziej gdy przyczyną sprawczą takiego stanu rzeczy jest przyczynienie się (albo znaczące współprzyczynienie) innych osób. Dotyczy to także sytuacji, w której członek zarządu spółki kapitałowej w pierwszej instancji został uznany za winnego na podstawie art. 299 ksh, ale jego pełnomocnik (adwokat) przez zaniebdanie nie złożył w terminie apelacji. Sąd upadłościowy w Warszawie uznał w takiej sytuacji, że nie zachodzą jednak przesłanki oddalenia mu (jako konsumentowi) wniosku o ogłoszenie upadłości.

3. Przesłanki negatywne związane z powrotnością do stanu niewypłacalności (*ceteris paribus*)

3.1. Uwagi ogólne

Ustawodawca wprowadza do systemu upadłości konsumenckiej pewne progi, uzależnione od częstotliwości wchodzenia przez dłużnika w danej funkcji czasu w stan trwałej niewypłacalności oraz korzystania z instytucji upadłości. Ponieważ upadłość konsumencka daje szansę na prolongatę spłaty, rozłożenia spłaty na raty, a przede wszystkim na znaczne umorzenie dłużnikowi zobowiązań, to ten nie powinien uczynić z tej instytucji stałej strategii wchodzenia i wychodzenia z kryzysu finansowego kosztem swoich wierzycieli. Tym bardziej ogłoszenie upadłości nie jest zasadne, gdy dłużnik będąc w stanie poprzedniej niewypłacalności, dokonywał czynów niedozwolonych kosztem interesów wierzycieli, co zostało stwierdzone stosownymi decyzjami sądu.

Ustawodawca ustanowił więc kompleks konkretnych negatywnych przesłanek, których samoistne zaistnienie w konkretnym przypadku uniemożliwia ogłoszenie upadłości wnioskodawcy-konsumentowi. Sąd oddala mianowicie wnioski o ogłoszenie upadłości, jeśli w okresie dziesięciu lat przed dniem zgłoszenia wniosku:

1. W stosunku do dłużnika prowadzono postępowanie upadłościowe według przepisów tytułu niniejszego, jeżeli postępowanie zostało umorzone z innych przyczyn niż wnioski dłużnika. Przepis ten obejmuje swą hipotezą postępowania upadłościowe

w trybie upadłości gospodarczej – zarówno wobec przedsiębiorcy, jak i wobec konsumenta. Argumentem konkluzywnym w tych przypadkach będzie prawomocne postanowienie sądu, który umorzył postępowanie upadłościowe.

2. Ustalony dla dłużnika plan spłaty wierzycieli uchylono na podstawie przepisu art. 491²⁰; plan spłaty uchyla się w ściśle określonych przypadkach, między innymi w razie niewykonywania przez upadłego obowiązków określonych w planie spłaty wierzycieli lub gdy:

- a) nie złożył w terminie sprawozdania z wykonania planu spłaty wierzycieli zgodnie z art. 491¹⁸ ust. 3 *pun*;
- b) w sprawozdaniu z wykonania planu spłaty wierzycieli zataił osiągnięte przychody lub nabyte składniki majątkowe, o których mowa w art. 491¹⁸ ust. 3;
- c) dokonał czynności prawnej, o której mowa w art. 491¹⁸ ust. 1, bez uzyskania zgody sądu albo czynność ta nie została przez sąd zatwierdzona;
- d) ukrywał majątek lub czynność prawna upadłego została prawomocnie uznana za dokonaną z pokrzywdzeniem wierzycieli.

3. Dłużnik, mając taki obowiązek, wbrew przepisom ustawy nie zgłosił w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości. Przesłanka ta dotyczy sytuacji, gdy dłużnik-konsument prowadził wcześniej działalność gospodarczą jako jednoosobowy przedsiębiorca lub też np. jako

prezes zarządu spółki – będąc do tego zobowiązany na podstawie art. 21 – nie zgłosił wniosku o ogłoszenie upadłości. Dowodem tego zaniechania może być sankcja pozbawienia go prawa prowadzenia działalności gospodarczej lub ewentualne procesy odszkodowawcze wierzycieli prowadzone przeciwko niemu, gdy skończyły się prawomocnymi orzeczeniami sądu.

4. Czynność prawna dłużnika została prawomocnie uznana za dokonaną z pokrzywdzeniem wierzycieli. Chodzi o postępowania prowadzone na podstawie art. 527 kodeksu cywilnego lub art. 59 kc, zakończone wyrokiem mającym klauzulę prawomocności. Powyższych przeciwwskazań nie bierze się jednak pod uwagę i sąd – mimo ich istnienia – ogłasza upadłość w sytuacji, gdy skonstatuje, że przeprowadzenie postępowania jest jednak uzasadnione względami słuszności lub względami humanitarnymi.

5. Sąd oddala wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli w okresie dziesięciu lat przed dniem zgłoszenia wniosku w stosunku do dłużnika prowadzono postępowanie upadłościowe, w którym umorzono całość lub część jego zobowiązań, chyba że do niewypłacalności dłużnika lub zwiększenia jej stopnia doszło pomimo dochowania przez dłużnika należytej staranności lub przeprowadzenie postępowania jest uzasadnione względami słuszności lub względami humanitarnymi. *Lege non distinguente* hipoteza tej normy obejmuje przypadki umorzenia zobowiązań zarówno wobec osoby fizycznej prowadzą-

cej działalność gospodarczą, jak i wobec konsumenta.

6. Sąd oddala wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli dane podane przez dłużnika we wniosku są niezgodne z prawdą lub niezupełne, chyba że niezgodność lub niezupełność nie są istotne lub przeprowadzenie postępowania jest uzasadnione względami słuszności lub względami humanitarnymi. Zasada rzetelności informacyjnej dłużnika w postępowaniu upadłościowym ma fundamentalny charakter. Winien on zatem na każdym etapie tego postępowania współpracować z jego organami, przede wszystkim udzielając prawdziwych oraz kompleksowych danych – istotnych z punktu widzenia realizacji celów upadłości. Jeżeli zaś udowodni mu się brak owej rzetelności (przejawiający się np. w udzielaniu świadomie nieprawdziwych danych, ich fałszowaniu bądź selekcjonowaniu informacji o istnieniu i znaczeniu faktów relewantnych prawnie i ekonomicznie), wówczas należy oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości konsumenckiej, która – pamiętajmy – ma na celu także umorzenie w części (a wyjątkowo nawet w całości) zobowiązań, a tym samym umożliwienie dłużnikowi tzw. *nowego startu* bez ciężaru długów.

Ważne jest stwierdzenie, że uchybienia związane z niezgodnością z faktami lub niekompleksowością danych musi *mieć istotny wpływ*, co oznacza zavinioną dys-

funkcjonalność (deformację) postępowania z punktu widzenia interesów wierzycieli. Dotyczy to zatem informacji o kluczowych faktach, mających wpływ na ocenę istnienia zdolności upadłościowej, a także służących rzetelnej ochronie praw podmiotowych wierzycieli.

Względy humanitarne oraz słusznościowe jako ultymatywne kryteria wartościujące

Przesłanki negatywne z ust. 2 i 3 art. 491⁴ nie mają charakteru bezwzględnego. Ustawodawca wziął pod uwagę, że okoliczności powyższe – będące kategorią obiektywną – mogą zaistnieć w różnych kontekstach faktologicznych. Użyte przez ustawodawcę wyrażenia ‘słuszność’ i ‘humanitaryzm’ są jednak *pojęciami nieostrymi*. Jeżeli więc dłużnik powołuje się na nie we wniosku, sąd każdorazowo ma obowiązek dokonać ich wykładni i odnieść do twierdzeń dłużnika. Należy bowiem pamiętać, że z brzmienia przepisu wynika *obowiązek* (a nie uprawnienie) sądu *pominięcia przestank negatywnych*, jeżeli z ustalonego stanu faktycznego wynika, że ogłoszenie upadłości jest uzasadnione względami słuszności lub względami humanitarnymi. Sąd zatem, mimo zaistnienia przesłanki negatywnej określonej w normie art. 491⁴ ust. 2 pkt 3 *pun*, powinien ogłosić upadłość, jeżeli jest to uzasadnione względami słuszności lub przesłankami humanitarnymi.

Względy humanitarne związane są z zasadą solidaryzmu społecznego, z nakazem niesienia pomocy osobom, które znalazły się w stanie kryzysu finansowego – choćby i w wyniku własnych błędów czy naruszenia określonych norm prawnych; w ostatecznym ważeniu wartości moralnych takie osoby zasługują na pewien przywilej, jakim

jest możliwość umorzenia części lub całości ich zobowiązań.

Do takich sytuacji przykładowo zaliczymy ciężką chorobę dłużnika, samotne wychowywanie dzieci bez wystarczających alimentów, porzucenie rodziny przez jednego z małżonków – który do tej pory był jedynym żywicielem rodziny. Nie jest to rzecz jasna wyczerpujący katalog.

Jak zauważył w swym komentarzu Stanisław Gurgul, wyrażenia oraz „względy humanitarne” oraz „względy słuszności” stanowią kategorię metaprawną, odwołującą się do podstawowych i pierwotnych wartości moralnych. Pojęcie słuszności zastąpiło pojęcie zasad współżycia społecznego, które stanowiło jedną z klauzul generalnych polskiego prawa prywatnego, obok m.in. dobrych obyczajów; ma to swe korzenie w filozofii starożytnej Grecji (Arystotelesowska *epieikeia*) i w prawoznawstwie rzymskim, gdzie nosiło miano *aequitas*, rozumiane przede wszystkim jako „równość, umiarkowanie, bezstronność”, a także „uczciwość, ludzkość, przystępność” (znaczenie „*aequitas*” jako słuszności eksponuje zwłaszcza znana definicja prawa pióra Celsusa: *ius est ars boni et aequi*. Wspólny nurt można – w olbrzymim skrócie – ująć następująco: klauzule generalne zawarte w prawie prywatnym, w tym „względy słuszności”, odsyłają do reguł znajdujących się poza systemem prawa stanowionego, a więc do reguł ze sfery moralności (etyki) i dobrych obyczajów, które według jednej z definicji obejmują „wskazówki postępowania istniejące obiektywnie w poczuciu etycznym społeczeństwa”. Ze względu jednak na nieskodyfikowanie tych reguł, jak również (a może nawet przede wszystkim) ze względu na zmieniający się ciągle kanon wartości etycznych uznawanych przez określone grupy społeczne, klauzulę „słuszności”

należy stosować bardzo ostrożnie – tylko więc w przypadkach, gdy prawo cywilne realizuje tzw. rozdzielną funkcję sprawiedliwości, czyli gdy dokonuje przydziału praw i obowiązków według pewnych kryteriów, np. kwalifikacji osobistych, potrzeb, zasług, wysokości dochodów itd. (według doktryny jest to pierwotna forma sprawiedliwości, znajdująca wyraz w formule *ius suum cuique tribuere*).

S. Gurgul stwierdza na koniec swego wywodu, że względy słuszności nie mogą być używane jako rozłączna alternatywa zasady humanitaryzmu (Gurgul 2011). Otóż nie można się jednak z tym zgodzić.

Racjonalny ustawodawca używa dwóch różnych pojęć – nie jako semantycznych względem siebie synonimów, lecz jako samodzielnych terminów, które zarówno w sensie ekstensjonalnym, jak intensjonalnym oznaczają co innego, to znaczy mają różne konotacje oraz różne denotacje. A zatem względy słuszności mają inny sens znaczeniowy niż względy humanitarne.

Zastanówmy się nad denotacją pojęcia słuszności w prawie upadłościowym dotyczącym konsumentów. Należy przy tym przyjąć wspólnie obowiązujący model metodologiczny wykładni norm prawnych sformułowany przez Jerzego Wróblewskiego, a odnoszący się do tzw. trójpoziomowej komplementarnej wykładni prawa (Wróblewski 1990).

Przewiduje ona znajdowanie sensu znaczeniowego danego pojęcia, gdy przyjmie się celowościowe i systemowe wskaźniki kierunkowe, wzbogacające rozumienie semantyczne pojęć i zdań normatywnych wysłowionych w przepisach.

Wykładnia funkcjonalna to rozumienie podstawowych celów postępowania upadłościowego obejmującego osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej. Wykładnia systemowa jest rezultatem logiczno-funkcjonalnego zastawienia (kompozycji) norm aksjologicznych oraz prakseologicznych określonych w prawie upadłościowym. Wykładnia semantyczna zaś to znalezienie wiązek strukturalnych własności współokreślających zakres ekstensjonalny pojęcia słuszności.

Podstawową intencją (denotacją) pojęcia słuszności jest tzw. klauzula rozsądku – odnosząca się do tzw. racjonalności ustawodawcy. Racjonalność to nic innego, jak stosowanie zasady użyteczności marginalnej, znanej co prawda nauce ekonomii, ale funkcjonalnej także w warunkach działania systemów prawno-społecznych. Użyteczność marginalna ma do czynienia z celowymi wysiłkami uczynienia najlepszego użytku z ograniczonych zasobów ekonomiczno-prawnych. Z reguły w skomplikowanych systemach – o wielorakich celach i zasadach postępowania oraz zróżnicowaniu struktury instytucjonalnej – ich użyteczność mierzona jest wartością i dostępnością koncepcji alternatywnej. Kiedy np. użyteczność wartości określonej koncepcji, dajmy na to w opcji egzekucji syngularnej, spada poniżej użyteczności dobra „B” koncepcji upadłości konsumenciej, powinien istnieć mechanizm racjonalnego wyboru opcji o wyższej użyteczności, uwzględniając komplementarne cele ochrony

praw wierzycieli i dłużnika. Właśnie za pomocą kryteriów użyteczności prawnik powinien tworzyć i stosować zróżnicowany system celów, instytucji i procedur. Użyteczność marginalna podejmowanych czynności to także optymalizacja wartości określonego potencjału ekonomiczno-prawnego i psychologicznego w ramach stosowania danego systemu prawa.

W konsekwencji, jeśli w określonym analizowanym i ocenianym przypadku okaże się, że ogłoszenie upadłości przyniesie konsumentowi lepsze zabezpieczenie realizacji praw wszystkich kategorii wierzycieli, niż miałyby to miejsce w alternatywnym systemie egzekucji syngularnej, komorniczej – wówczas (zgodnie z zasadą słuszności, mimo że dłużnik popełnił błędy określone w we wcześniej przywoływanych przepisach, wykluczające *prima facie* ogłoszenie jego upadłości) sąd winien jednak ogłosić upadłość. Pamiętajmy, że egzekucja syngularna obok likwidacji nie przewiduje żadnych innych form realizacji spłaty, takich choćby jak plan spłaty czy instytucja zgromadzenia wierzycieli celem głosowania nad propozycjami układowymi – co przewiduje natomiast upadłość konsumencka.

Kwestie dowodowe

Analizując powyższe podstawy oddalenia wniosku o upadłość konsumenta, warto zastanowić się nad kwestiami natury dowodowej. Zgodnie z ogólną regułą wyrażoną w art. 6 kc i 232 kpc, osoba, która wywodzi skutki prawne ze swoich twierdzeń, winna je udowodnić.

W przypadku upadłości konsumentkiej w fazie badania wniosku

o ogłoszenie upadłości ustawodawca ograniczył jednak tę regułę do złożenia przez konsumenta *oświadczenia wiedzy*, że żadna z tych przesłanek w jego przypadku nie istnieje. Sąd – moim zdaniem – powinien jednak zweryfikować lub sfalsyfikować treść tego oświadczenia przez analizę sprawozdań finansowych składanych urzędowi skarbowemu przez wnioskodawcę (PIT-y) albo ewentualnie zwrócić się do Krajowego Rejestru Sądowego

lub do Krajowego Rejestru Dłużników Niewypłacalnych – z prośbą o informację, czy dana osoba tam nie figurowała. Można także zwrócić się w tej sprawie do sądu upadłościowego w okręgu, w którym prawdopodobnie dłużnik mieszkał w ciągu ostatnich lat. Należy to uczynić także w celu zapobieżenia zjawisku tzw. *forum shopping*, czyli praktyce manipulowania właściwością.

LITERATURA:

- Th.P. van Hoorn, 1979, *Strategic planning in small and medium-sized companies*, Long Range Planning, Volume 12, Issue 2, April.
- A.J. Witosz, R. Adamus, 2009, *Upadłość konsumencka*. Komentarz praktyczny, Warszawa LexisNexis.
- G.H. Mead, 1934, *Mind, Self and Society (Umysł, osobowość i społeczeństwo)*, przeł. Zofia Wolińska; wstępem opatrzyła Antonina Kłoskowska, Warszawa 1975, Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Schütz A., 1967, *The Phenomenology of the Social World*, Evanston.
- Peter F. Drucker, 1954, *The Practice of Management (Praktyka zarządzania, MT Biznes 2005)*.
- R. Dworkin, 1998, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa, WN PWN.
- Wacław Makowski, 1932, *Komentarz do Kodeksu karnego z 1932 roku*, Warszawa, nakładem F. Hoesicka.
- Witold Czachórski et al., 2009, *Zobowiązania*. Zarys wykładu, Warszawa, LexisNexis.
- Stanisław Grobel, *Pojęcie rażącego niedbalstwa w kodeksie cywilnym*, Nowe Prawo 1978/5.
- Zdzisław Gawlik, 2014, *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom 3, *Zobowiązania*. Część ogólna, red. nauk. Andrzej Kidyba, Warszawa, Wolters Kluwer.
- Stanisław Gurgul, 2011, *Prawo upadłościowe i naprawcze*. Komentarz, Warszawa, C.H. Beck.
- Jerzy Wróblewski, 1990, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław, Wyd. UWr.

Summary

The paper deals with a problem of insolvency capacity (subjective and subjective) in consumer bankruptcy – a new institution in the Polish legal system. It shows that interesting matter not only from practical (legal) point of view but also philosophical and moral.

The part presented here is a chapter of the book on consumer bankruptcy in Poland and its legal context – prepared by ESLA Publishing House (EWSPiA).

Cena detal. - 30 zł (z 5% VAT) • nr indeksu 388602

