

Rozdział 1. Ostrzeganie o niewypłacalności

Rafał Adamus

§ 1. Zagadnienia wstępne

Dyrektywa 2019/1023 słusznie kładzie duży nacisk na wczesne ostrzeganie o niewypłacalności dłużników¹. Zgodnie z motywem 22 preambuły Dyrektywy 2019/1023, który wskazuje na okoliczności, jakimi prawodawca wspólnotowy kierował się przy ustalaniu tekstu aktu prawnego: „Im szybciej dłużnicy będą w stanie wykrywać swoje trudności finansowe i odpowiednio reagować na nie, tym większe prawdopodobieństwo uniknięcia zbliżającej się niewypłacalności lub – w przypadku przedsiębiorstw, które trwale utraciły rentowność – tym bardziej uporządkowana i skuteczna będzie ich likwidacja”. Zdobyte nauki i techniki wytworzyły narzędzia, dzięki którym możliwe jest w coraz bardziej skuteczny i dostępny sposób przewidywanie zagrożenia niewypłacalnością. Tymczasem im szybciej zostaną podjęte odpowiednie środki zaradcze, tym większa jest szansa na uniknięcie upadłości dłużnika. Wczesne wykrycie symptomów niewypłacalności i szybkie zastosowanie w związku z tym odpowiednich procedur prawnych pozwala na osiągnięcie lepszych efektów ekonomicznych z punktu widzenia dłużnika i jego wierzycieli. Wydaje się, że „praca u podstaw” ma dwa zadania: po pierwsze, upowszechnienie narzędzi wczesnego ostrzegania, i, po drugie, pogłębianie kultury restrukturyzacji.

Dalej w motywie 22 wyrażono myśl, zgodnie z którą aby zachęcić do wczesnego podjęcia działań dłużników, którzy zaczynają doświadczać trudności finansowych, należy zapewnić jasne, aktualne, zwięzłe i przyjazne dla użytkownika informacje na temat dostępnych postępowań dotyczących restrukturyzacji zapobiegawczej oraz jedno lub większą liczbę narzędzi wczesnego

¹ G. Balp, *Early Warning Tools*, *passim*.

ostrzegania. Dyrektywa 2019/1023 zakłada, że państwo członkowskie UE powinno wspomagać we wczesnym diagnozowaniu zagrożeń niewypłacalnością oraz zapewniać środki prawne dłużnikom dla wczesnej restrukturyzacji. Państwo powinno również informować potencjalnych zainteresowanych o dostępnych środkach restrukturyzacyjnych (stała kampania informacyjna). Narzędzia wczesnego ostrzegania, z uwagi na różne profile ekonomiczne przedsiębiorców, mogą być zróżnicowane. Jednocześnie wskazano dalej, że „dyrektywa nie powinna nakładać na państwa członkowskie jakiejkolwiek odpowiedzialności za ewentualne szkody poniesione w związku z postępowaniami restrukturyzacyjnymi uruchamianymi przez (...) narzędzia wczesnego ostrzegania.”. Państwo odpowiada natomiast, na zasadach ogólnych, za skutki niewdrożenia Dyrektywy 2019/1023.

Podkreślić należy, że stosowanie przez przedsiębiorców narzędzi wczesnego ostrzegania o niewypłacalności ma być ich przywilejem, a nie obowiązkiem obwarowanym szczególnymi sankcjami za jego niedopełnienie, tak jak to ma miejsce w przypadku zaniechania złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w przypadku ziszczenia się podstaw do ogłoszenia upadłości. Oczywiście rodzi się pytanie, jak długo takie podejście aksjologiczne będzie aktualne. Jeżeli dostępność, taniść, łatwość w stosowaniu i skuteczność środków wczesnego ostrzegania będzie na odpowiednim poziomie, to niewątpliwie stosowanie tych metod powinno stać się dobrą praktyką, następnie powinnością, której zaniechanie stanowić będzie delikt, a wreszcie obowiązkiem wynikającym z normy prawnej.

§ 2. Zapewnienie dostępu do narzędzi wczesnego ostrzegania

Zgodnie z art. 3 ust. 1 Dyrektywy 2019/1023 państwa członkowskie zapewniają, aby dłużnicy mieli dostęp do jednego lub większej liczby działających w sposób jasny i przejrzysty narzędzi wczesnego ostrzegania, które pozwalają wykryć okoliczności, które mogłyby prowadzić do pojawienia się prawdopodobieństwa niewypłacalności i które mogą zasygnalizować dłużnikowi konieczność podjęcia niezwłocznych działań. Dla realizacji tych celów państwa członkowskie mogą korzystać z aktualnych technologii informatycznych do celów przesyłania powiadomień i dla zapewnienia komunikacji internetowej.

Im wcześniej zagrożenie niewypłacalnością zostanie wykryte, tym szybsza będzie możliwość podjęcia działań restrukturyzacyjnych. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że na drodze do niewypłacalności zazwyczaj pojawia się kilka etapów (choć możliwe są przypadki „błyskawicznego” ujawnienia symptomów niewypłacalności, np. w sytuacji gdy dojdzie do nagłej zmiany stawek celnych, zamknięcia rynku zbytu, zaistnienia zdarzeń losowych takich jak np. pożar, itp.). Pierwszym z nich jest tzw. kryzys strategii, przez który rozumie się utratę potencjalnych zdolności do osiągnięcia przychodów. Kolejnym etapem jest tzw. kryzys rentowności, w którym przedsiębiorca osiąga przychody „ale już na niższym poziomie, nie wystarczającym na pokrycie kosztów zaangażowanego kapitału.”² Następnym stadium jest tzw. kryzys obrotów, w którym przedsiębiorca zaczyna generować straty. Wreszcie następuje tzw. kryzys płynności, w którym przedsiębiorca zaczyna mieć problemy z regulowaniem własnych zobowiązań³.

Predykcja upadłości jest od lat w centrum zainteresowania nauk ekonomicznych. Prognozowanie niewypłacalności zyskuje ostatnio nowy wymiar także dzięki nowym technologiom.

§ 3. Narzędzia wczesnego ostrzegania

I. Założenia Dyrektywy 2019/1023 w zakresie narzędzi wczesnego ostrzegania

Zgodnie z art. 3 ust. 2 Dyrektywy 2019/1023 narzędzia wczesnego ostrzegania mogą obejmować:

- 1) mechanizmy alarmowe w przypadkach, gdy dłużnik nie dokonał określonych rodzajów płatności;
- 2) usługi doradcze świadczone przez organizacje publiczne lub prywatne;
- 3) zachęty w ramach prawa krajowego dla osób trzecich posiadających stosowne informacje dotyczące dłużnika, takich jak księgowi, organy podatkowe lub organy ds. zabezpieczenia społecznego, aby podmioty te sygnalizowały dłużnikowi niekorzystne zmiany.

² St. Gurgul, *Ekonomiczne i prawne czynniki*, s. 36 i n.

³ St. Gurgul, *Ekonomiczne i prawne czynniki*, s. 36 i n., E. Mączyńska, *Cykle życia i bankructwa*, s. 34–56.

Dyrektywa 2019/1023 bardzo szeroko opisuje pojęcie narzędzi wczesnego ostrzegania. Obejmują one nie tylko instrumenty wielopłaszczyznowej, zaawansowanej analizy ekonomicznej, ale również jednostkowe impulsy mogące świadczyć o zbliżającym się zagrożeniu. Narzędzia wczesnego ostrzegania mogą opierać się na tradycyjnych schematach analitycznych, ale również mogą wykorzystywać nowe technologie, dzięki którym możliwe jest lepsze prognozowanie ewentualnych zagrożeń. Powstaje pytanie, czy dzięki sztucznej inteligencji powstanie możliwość przewidywania niewypłacalności przedsiębiorców? Należy założyć, że będzie tak już w nieodległej przyszłości. Informatyzacja procesów księgowych sprzyja gromadzeniu kompletnych danych finansowych. Przetwarzanie tych informacji dzięki odpowiednim algorytmom, uwzględniającym założenia makroekonomiczne i mikroekonomiczne pozwoli na bardziej precyzyjne przewidywanie utraty płynności. Coraz powszechniejsze są już obecnie proste aplikacje dla konsumentów pozwalające na oszacowanie ich zdolności do spłaty zobowiązań. Wobec możliwości w miarę precyzyjnego przewidywania niewypłacalności przedsiębiorcy ustawodawcy staną przed zadaniem nowego zdefiniowania przesłanek upadłości i restrukturyzacji, a także odpowiedzialności reprezentantów za zaniechanie restrukturyzacji czy niezłożenie wniosku o upadłość. Dziejąca się rewolucja technologiczna XXI wieku doprowadzi do konieczności poważnych zmian zarówno w założeniach, jak i rozwiązaniach szczegółowych prawa o niewypłacalności.

Jak wskazano w motywie 22 Dyrektywy 2019/1023 narzędzia wczesnego ostrzegania, które mają formę mechanizmów alarmowych sygnalizujących, gdy dłużnik nie dokonał określonych rodzajów płatności, mogłyby być uruchamiane np. w przypadku niepłacenia podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne. Takie narzędzia mogłyby być opracowane przez państwa członkowskie albo przez prywatne podmioty, pod warunkiem że cel zostanie osiągnięty.

Narzędzia wczesnego ostrzegania powinny być odpowiednio zróżnicowane. Państwa członkowskie powinny móc dostosowywać narzędzia wczesnego ostrzegania w zależności od wielkości przedsiębiorstwa oraz powinny ustanawiać szczegółowe przepisy dotyczące narzędzi wczesnego ostrzegania dla dużych przedsiębiorstw i grup, uwzględniające ich specyfikę (motyw 22 zd. 6 Dyrektywy 2019/1023).

II. Dostępne narzędzia wczesnego ostrzegania

Wczesne ostrzeganie o problemach finansowych może mieć wiele różnych źródeł⁴. W literaturze dokonuje się ich różnej klasyfikacji⁵. Narzędzia wczesnego ostrzegania mogą mieć też różny charakter – od skomplikowanych konstrukcji analitycznych po prostsze metody. Mogą też wreszcie przejawiać różną skuteczność. Wczesne ostrzeganie o problemach finansowych może opierać się na metodach tradycyjnych, może być również efektem zastosowania nowych technologii. Przyszłość narzędzi wczesnego ostrzegania to z pewnością szerokie wykorzystywanie sztucznej inteligencji w predykcji niewypłacalności.

Płynność finansową, której brak lub zakłócenia mogą oznaczać niewypłacalność albo zagrożenie niewypłacalnością w sensie prawnym, mierzy się za pomocą wskaźników. Jest to metoda tradycyjna, popularna, w praktyce dostępna dla znacznej grupy przedsiębiorców. Jednak jest to także metoda zawodna. Nie może pełnić roli metody głównej dla ustalenia potrzeby stosowania środków prawnych na wypadek niewypłacalności; ma jedynie pomocnicze znaczenie. Wskaźnik płynności I stopnia (C_{SHR} , ang. *cash ratio*) to stosunek inwestycji krótkoterminowych do zobowiązań krótkoterminowych. Wskazuje on na zdolność dłużnika do regulacji bieżących zobowiązań za pomocą gotówki lub jej ekwiwalentów. Przyjmuje się, że powinien on zawierać się w przedziale 0,1–0,3. Wskaźnik płynności II stopnia (tzw. wskaźnik płynności szybkiej, QR – ang. *quick ratio*) to stosunek aktywów bieżących (obrotowych) pomniejszonych o zapasy i rozliczenia międzyokresowe czynne (jeśli występują) do pasywów bieżących (zobowiązań krótkoterminowych). Przyjmuje się, że QR powinno przyjmować wartość większą od 1. Wskaźnik płynności III stopnia (wskaźnik płynności bieżącej, CR – ang. *current ratio*) to stosunek aktywów bieżących (obrotowych) do pasywów bieżących (zobowiązań krótkoterminowych). Przyjmuje się, że jego wartość powinna być większa od 1. Powtórzyć należy, że wskaźniki pozwalają jedynie na statystyczne określenie poziomu za-

⁴ E. Enyi, Detecting, predicting and preventing, *passim*; M. Issah, Predicting Corporate Failure of UK's Listed Companies, *passim*; K. Appiah, Predicting Corporate Failure in the UK, *passim*; J. Mwiti, Predicting Financial Distress, *passim*; M. Folwarski, Polskie klasyczne metody, w: A. Kosiński (red.), *Finanse przedsiębiorstw*, s. 70–76; M. Hamrol, J. Chodakowski, *Prognozowanie zagrożenia finansowego przedsiębiorstw*, s. 18–19.

⁵ Systemy wczesnego ostrzegania dla przedsiębiorców można usystematyzować jako systemy operacyjne, które polegają na okresowym porównywaniu stanów rzeczywistych ze stanami przewidywanymi. Dalej jako systemy wskaźnikowe, które polegają na analizie zbioru wskaźników o dużej wartości prognostycznej i porównywaniu ich z wartościami wzorcowymi. Systemy analizujące sygnały pochodzące z otoczenia. Zob. W. Zoleński, *Systemy wczesnego ostrzegania*, *passim*.

dłużenia przedsiębiorcy. Metoda wskaźnikowa jest tylko jedną z wielu metod określenia zagrożeń zdolności dłużnika do wykonywania zobowiązań pieniężnych i jako taka nie ma ona z pewnością wymiaru absolutnego⁶. W ekonomii wskazuje się na wiele wskaźników zagrożenia niewypłacalnością dłużnika (niektóre z nich wymieniono poniżej)⁷. Według jednej z koncepcji symptomy zagrożenia niewypłacalnością należy oceniać, analizując:

- 1) wskaźnik rentowności kapitału własnego,
- 2) relację kapitału własnego do kapitału obcego.

Według innej koncepcji dla badania stanu zagrożenia niewypłacalnością istotnym jest:

- 1) udział kapitału obrotowego w aktywach ogółem,
- 2) relacja kapitału własnego do kapitału obcego,
- 3) płynność bieżąca.

Zgodnie z jeszcze inną metodą istotne jest:

- 1) obciążenie nadwyżki finansowej przez zobowiązania,
- 2) rentowność aktywów ogółem,
- 3) ogólne zadłużenie,
- 4) płynność bieżąca,
- 5) udział kapitału obrotowego w aktywach ogółem,
- 6) rotacja kapitału obrotowego.

Istotne przy tym pozostaje, że ryzyko niewypłacalności jest tym większe, im mniejszą płynnością charakteryzują się aktywa dłużnika, im większy jest udział kapitału obcego w finansowaniu majątku dłużnika oraz im wyższe są koszty operacyjne względem kapitału obrotowego⁸.

W literaturze przedmiotu wskazuje się na pojęcie systemów wczesnego ostrzegania, które stanowią element oceny sytuacji ekonomicznej przedsiębiorcy⁹. Wśród metod badawczych (w zależności od przyjętego sposobu wnioskowania) wyróżnia się metody logiczno-dedukcyjne i metody empiryczno-in-

⁶ Zob. T. Waśniewski, W. Skoczylas, *Analiza finansowa*, s. 55 i n.; M. Sierpińska, T. Jachna, *Ocena przedsiębiorstwa*, s. 168 i n.; M. Kędzior, *Światowe wskaźniki*, w: B. Micherda (red.), *Rachunkowość*, s. 138 i n.; D. Wędzki, *Wskaźniki finansowe w badaniu upadłości przedsiębiorstw – podejście jedno i wielowymiarowe*, w: M. Gmytrasiewicz, A. Karmańska (red.), *Polska Szkoła Rachunkowości*, s. 463 i n.; M. Urbanek, *Klasyfikacja i selekcja wskaźników finansowych*, w: E. Nowak (red.), *Ekonometryczne modelowanie*, s. 117; A. Hrycaj, *Pokrzywdzenie wierzycieli*, s. 90–93, P. Filipiak, w: *System PrHandl*, t. 6, 2000, s. 687.

⁷ T. Korol, *Nowe podejście*, s. 53 i n., D. Wędzki, s. 283 i n.; B. Prusak, *Nowoczesne metody*, s. 113 i n.

⁸ Tak: T. Korol, *Nowe podejście*, s. 53 i tam cyt.

⁹ M. Zaleska, *Identyfikacja ryzyka upadłości*, s. 12.

dukcyjne. Te ostatnie dzieli się na metody jednowymiarowe i wielowymiarowe¹⁰.

Przy predykcji podstaw dla ogłoszenia upadłości możliwe jest stosowanie przez dłużnika metody wielowymiarowej statystyki czy stosowanie zaawansowanych modeli stochastycznych¹¹. Niemniej są one dla powszechnej praktyki zbyt skomplikowane.

Modele dyskryminacyjne od wielu lat stanowią sposób postępowania przy ocenie zagrożenia niewypłacalnością. Modele dyskryminacyjne mają za zadanie stworzenie syntetycznego miernika oceny sytuacji finansowej¹².

Tabela Nr 1. Modele dyskryminacyjne

Lp.	Autor modelu	Funkcja dyskryminacyjna
1.	Model <i>E.I. Altmana</i> (1968)	$Z_H = 1,2X_1 + 1,4X_2 + 3,3X_3 + 0,6X_4 + X_5$ gdzie: X_1 – kapitał pracujący do aktywów ogółem, X_2 – zysk zatrzymany do sumy aktywów, X_3 – EBIT do sumy aktywów, X_4 – wartość rynkowa kapitału własnego do wartości księgowej zobowiązań, X_5 – przychody ze sprzedaży do sumy aktywów. Interpretacja: $Z_H < 1,81$ = bardzo wysoka możliwość niewypłacalności

¹⁰ Tamże, s. 18–19.

¹¹ Por. np. *J. Marzec*, Badanie niewypłacalności kredytobiorcy, s. 103 i n.; *A. Wójcicka*, Wybrane nowoczesne metody, w: *P. Chrzan* (red.), Matematyczne i ekonometryczne metody, s. 44 i n.; *Z. Krysiak*, Ryzyko kredytowe, s. 165 i n.; *D. Hadasik*, Upadłość przedsiębiorstw w Polsce, s. 133 i n.; *J. Gajdka*, *D. Stos*, Wykorzystanie analizy dyskryminacyjnej, w: *R. Borowiecki* (red.), Restrukturyzacja w procesie przekształceń, s. 59 i n.; *P. Antonowicz*, Metody oceny i prognoza, s. 57 i n.; *M. Zaleska*, Identyfikacja ryzyka upadłości, s. 19.

¹² *M. Gorczyńska*, *M. Wieczorek-Kosmala*, Aplikacja modeli dyskryminacyjnych, s. 94–96; *E. Mączyńska*, *M. Zawadzki*, Dyskryminacyjne modele predykcji, s. 205; *L. Czapiewski*, Efektywność wybranych modeli dyskryminacyjnych, s. 118–120.

Lp.	Autor modelu	Funkcja dyskryminacyjna
		$1,81 < Z_H < 2,99$ = nieokreślona możliwość niewypłacalności $Z_H > 2,99$ = niewielka możliwość niewypłacalności
2.	Model G.L.V. Springate'a (1978)	$Z_S = 1,03X_1 + 3,07X_2 + 0,66X_3 + 0,4X_4$ gdzie: X_1 – kapitał pracujący do aktywów ogółem, X_2 – EBIT do aktywów ogółem, X_3 – zysk przed opodatkowaniem do zobowiązań bieżących, X_4 – przychody do aktywów ogółem. Interpretacja: $Z_S < 0,862$ = bardzo wysoka możliwość niewypłacalności
3.	Model J.G.Fulmera (1994)	$Z_F = 5,528X_1 + 0,212X_2 + 0,073X_3 + 1,27X_4 - 0,12X_5 + 2,335X_6 + 0,575X_7 + 1,083X_8 + 0,894X_9 - 6,075$ gdzie: X_1 – zysk netto do aktywów ogółem, X_2 – sprzedaż do aktywów ogółem, X_3 – zysk przed opodatkowaniem do kapitałów własnych, X_4 – przepływy gotówkowe do zobowiązań ogółem, X_5 – zobowiązania do aktywów ogółem, X_6 – zobowiązania bieżące do aktywów ogółem, X_7 – logarytm aktywów niematerialnych, X_8 – kapitał pracujący do zobowiązań,

Lp.	Autor modelu	Funkcja dyskryminacyjna
		X_9 – logarytm EBIT do odsetek. Interpretacja: $Z_F < 0$ bardzo wysoka możliwość niewypłacalności
4.	Model E. Mączyńskiej (1994)	$W = 1,5X_1 + 0,08X_2 + 10X_3 + 5X_4 + 0,3X_5 + 0,1X_6$ gdzie: X_1 – zysk brutto plus amortyzacja do zobowiązań ogółem, X_2 – aktywa ogółem do zobowiązań ogółem, X_3 – zysk brutto do aktywów ogółem, X_4 – zysk brutto do obrotów, X_5 – zapasy do obrotów, X_6 – obroty do aktywów ogółem. Interpretacja: $W < 0$ bardzo wysoka możliwość niewypłacalności $0 < W < 1$ nieokreślona możliwość niewypłacalności $1 \leq W < 2$ niewielka możliwość niewypłacalności

Źródło: opracowanie własne.

Możliwa jest tradycyjna, wielopłaszczyznowa¹³, analityczna analiza zagrożeń dla płynności dłużnika, obejmującą badanie m.in.:

- 1) przewidywanej struktury czasowej wykonywania zobowiązań pieniężnych przez dłużnika, w podziale na poszczególne okresy;
- 2) przewidywanej struktury finansowania dłużnika;
- 3) przewidywania zabezpieczeń na składnikach majątku dłużnika, itp.

Pewne znaczenie z punktu widzenia przewidywania niewypłacalności mogą mieć standardy rewizji finansowej. W piśmiennictwie wskazuje się na znaczenie krajowych i międzynarodowych standardów rewizji finansowej¹⁴.

¹³ M. Kubiczek, B. Sokół, Metodyka badania płynnościowej, s. 104 i n.

¹⁴ P. Filipiak, w: System PrHandl, t. 6, 2000, s. 685.

Zgodnie z pkt 49 Krajowego standardu rewizji finansowej¹⁵: „biegły rewident przeprowadzający badanie sprawozdania finansowego jednostki, której kontynuacja działalności nie jest ustawowo zapewniona, ma obowiązek ocenić wiarygodność deklaracji kierownika jednostki – zawartej we wprowadzeniu do tego sprawozdania – o zdolności kontynuowania przez jednostkę działalności w niezmnieszonej istotnie zakresie w dającej się przewidzieć przyszłości, tj. w okresie przynajmniej 12 miesięcy od dnia bilansowego. (...) W przypadku stwierdzenia zagrożeń dla kontynuacji działalności przez jednostkę, czego znakami mogą być m.in.: a) znaczne trudności finansowe (brak płynności, wypowiedzenie umów kredytowych), b) negatywne główne wskaźniki finansowe, c) odejście kluczowego personelu kierowniczego, d) utrata podstawowego rynku, licencji, głównego dostawcy, e) toczące się przeciwko jednostce postępowanie sądowe lub administracyjne, które w przypadku niekorzystnego rozstrzygnięcia spowoduje powstanie zobowiązań, jakich jednostka nie zdoła zaspokoić – biegły rewident powinien wnikliwie rozpatrzyć uzasadnienie deklaracji kierownika jednostki o możliwości kontynuacji przez nią działalności, a zwłaszcza ocenić realność przesłanek i planów leżących u podstaw tej deklaracji.”. Przeprowadzone zostały badania nad wykorzystaniem sztucznych sieci neuronowych do prognozowania zagrożenia upadłością. Innymi słowy, możliwe jest wykrywanie zagrożenia upadłością przy wykorzystaniu sztucznej inteligencji¹⁶. Publikowane wyniki badań wyglądają obiecująco. Predykcja upadłości dzięki takim narzędziom zapewne będzie jeszcze bardziej dokładna. Tutaj też należy dopatrywać się dużej skuteczności tego typu metod. Powszechne zastosowanie sztucznej inteligencji dla przewidywania niewypłacalności miałyby olbrzymie znaczenie także dla całej gospodarki. Upowszechnienie kultury restrukturyzacji opartej na przewidywaniu trudności finansowych pozwoliłoby na ograniczenie statystyki postępowań upadłościowych prowadzących do przymusowej likwidacji majątku dłużnika.

¹⁵ Krajowy standard rewizji finansowej Nr 1. Ogólne zasady badania sprawozdań finansowych (zał. Nr 1 do uchwały Nr 1608/38/2010 KRB R z 16.2.2010 r.), <https://www.pibr.org.pl/assets/file/1142,KSRF-1-2-3.pdf> (dostęp: 5.3.2021 r.).

¹⁶ T. Korol, B. Prusak, Upadłość przedsiębiorstw, s. 145 i n.; E. Gately, Sieci neuronowe, *passim*.

§ 4. Zapewnienie dostępu do informacji o narzędziach wczesnego ostrzegania i dostępu do postępowań restrukturyzacyjnych w przypadku zagrożenia niewypłacalnością

I. Regulacja Dyrektywy 2019/1023 w zakresie dostępu do postępowań restrukturyzacyjnych w przypadku zagrożenia niewypłacalnością

W kontekście wczesnego ostrzegania, zgodnie z art. 3 ust. 3 Dyrektywy 2019/1023, państwa członkowskie zapewniają, aby dłużnicy mieli dostęp do środków dotyczących restrukturyzacji i umorzenia długów. Dyrektywa 2019/1023 wymaga zatem, aby każdy krajowy system prawny przewidywał procedury na wypadek zagrożenia niewypłacalnością.

II. Regulacja prawa polskiego w zakresie zagrożenia niewypłacalnością

W myśl art. 6 PrRestr postępowanie restrukturyzacyjne może być prowadzone wobec dłużnika niewypłacalnego lub zagrożonego niewypłacalnością, przy czym przez dłużnika niewypłacalnego należy rozumieć dłużnika niewypłacalnego w rozumieniu art. 10 i 11 PrUpad. Z kolei przez dłużnika zagrożonego niewypłacalnością należy rozumieć dłużnika, którego sytuacja ekonomiczna wskazuje, że w niedługim czasie może stać się niewypłacalny¹⁷.

Można przyjąć, że dłużnik jest zagrożony niewypłacalnością, jeżeli pomimo wykonywania swoich zobowiązań i posiadania zdolności do ich wykonywania, wg rozsądnej i obiektywnej oceny jego sytuacji ekonomicznej, należy przewidywać, że w niedługim czasie stanie się niewypłacalny. Dłużnik może przewidywać swoją niewypłacalność zarówno w związku z brakiem możliwości wykonania zobowiązań pieniężnych jak i niepieniężnych, które może skutkować

¹⁷ Zob. R. Adamus, Przedmiotowe przesłanki otwarcia, s. 19; M. Kubiczek, B. Sokół, Przesłanki prowadzenia postępowania, s. 24 i n.; J. Kruczałak-Jankowska, Funkcje art. 233 i 397 k.s.h., w: J. Frąckowiak (red.), Kodeks spółek handlowych, s. 529 i n.; Z. Miczek, Nowe regulacje, s. 64 i n.; R. Adamus, Tendencje reformatorskie, w: J. Olszewski (red.), Tendencje reformatorskie, s. 69 i n.; F. Zedler, Ogólna ocena prawa, s. 11.

naliczeniem kar umownych czy powstaniem roszczeń odszkodowawczych. Na przykład przedsiębiorca budowlany, z uwagi na brak środków, wzrost cen usług podwykonawców i materiałów, popełnione błędy przy kosztorysie stanowiącym podstawę dla wynagrodzenia ryczałtowego, nie jest w stanie wykonać całości przedmiotu umowy. Niewykonanie zobowiązania niepieniężnego może, z mocy ogólnych przepisów prawa cywilnego, skutkować powstaniem roszczeń o charakterze pieniężnym. Przyczyny przewidywanej niewypłacalności mogą być różne: dekoniunktura w branży, w której działa dłużnik, utrata głównego odbiorcy towarów lub usług, zanik rynków zbytu (wobec zmiany upodobań klienteli, starzenia się wyrobów, pojawienia się substytutów, itp.), nagłe cofnięcie dotacji, utrata zezwolenia na prowadzoną działalność, zmiana przepisów prawa wpływająca negatywnie na koszty produkcji, nagła utrata otrzymywanych kredytów kupieckich, itp. Ustawodawca nie wymaga, aby stan zagrożenia niewypłacalnością był wywołany przyczynami obiektywnymi i zewnętrznymi. Mogą to być także przyczyny wewnętrzne, np. przerost zatrudnienia, balast nieproduktywnego majątku, przestarzały i energochłonny park maszynowy.

III. Zapewnienie łatwego dostępu do informacji

Dyrektywa 2019/1023 bardzo poważnie akcentuje obowiązek edukacyjny. Upowszechnienie wśród przedsiębiorców wiedzy o narzędziach wczesnego ostrzeżenia i ich masowe stosowanie w praktyce może w przyszłości istotnie zmienić obraz gospodarki w wymiarze makroekonomicznym. Wczesne reagowanie na problemy finansowe pozwala na łatwiejszą i bardziej skuteczną restrukturyzację. Upadłość przedsiębiorcy, wobec szczelnych powiązań gospodarczych, często wywołuje efekt domina. Z kolei lawina upadłości staje się zjawiskiem bardzo niekorzystnym dla rynku.

Zgodnie z art. 3 ust. 3 Dyrektywy 2019/1023 Państwa członkowskie zapewniają, aby dłużnicy i przedstawiciele pracowników mieli dostęp do stosownych i aktualnych informacji dotyczących dostępności narzędzi wczesnego ostrzeżenia, a także postępowań i środków dotyczących restrukturyzacji i umorzenia długów. W myśl art. 3 ust. 4 Dyrektywy 2019/1023 Państwa członkowskie zapewniają, aby informacje dotyczące dostępu do narzędzi wczesnego ostrzeżenia były dostępne *online* oraz aby informacje te były łatwo dostępne i przedstawione w sposób przyjazny dla użytkownika, w szczególności dla MŚP. W motywie 22 preambuły Dyrektywy 2019/1023 wskazano, że państwa członkowskie powinny udostępniać informacje o narzędziach wczesnego ostrzeżenia *online*,

np. na specjalnym portalu lub stronie internetowej. Dyrektywa 2019/1023 wymaga zatem prowadzenia przez państwo stałej kampanii informacyjnej.

IV. Możliwość wsparcia dla przedstawicieli pracowników dla oceny sytuacji ekonomicznej dłużnika

Niektóre systemy prawne, w przypadku przedsiębiorców zatrudniających określoną wielkość pracowników, przewidują pewne instrumenty współdziałania pracowników w zarządzaniu. Zgodnie z art. 3 ust. 5 Dyrektywy 2019/1023 Państwa członkowskie mogą przewidzieć wsparcie dla przedstawicieli pracowników w zakresie oceny sytuacji ekonomicznej dłużnika. Funktor normotwórczy „może” wskazuje na brak obowiązku w implementacji tych zasad.

§ 5. Kierunki implementacji Dyrektywy 2019/1023

Przed wszystkim państwo członkowskie powinno zapewnić dostęp do jednego lub większej liczby narzędzi wczesnego ostrzegania. W tej płaszczyźnie można w szczególności wskazać na następujące kierunki implementacji:

- 1) jako narzędzia wczesnego ostrzegania mogą zostać wykorzystane publiczne rejestry, w tym prowadzone w systemie teleinformatycznym, informujące wszystkich zainteresowanych o istniejących zaległościach publicznoprawnych, jak i prywatnoprawnych dłużnika; informacja kierowana do dłużnika o wpisie zaległości do takiego rejestru może ponadto powiadamiać o ryzyku niewypłacalności, w szczególności biorąc pod uwagę wielkość zadłużenia i czas opóźnienia w zapłacie;
- 2) narzędziem wczesnego ostrzegania może być informacja o ryzyku niewypłacalności, stanowiąca element wezwania do zapłaty zaległości podatkowej lub zaległości z tytułu ubezpieczeń społecznych, w przypadku rozpoznania symptomów finansowania działalności dłużnika długiem publicznym;
- 3) ustandaryzowany test ryzyka niewypłacalności w przyszłości może być obowiązkowym załącznikiem do sprawozdania finansowego i sprawozdania z działalności jednostki, podlegającym zatwierdzeniu przez organ stanowiący i przekazaniu do publicznego repozytorium;
- 4) ustawodawca krajowy może nałożyć obowiązek informowania dłużnika o ryzykach związanych z zagrożeniem niewypłacalnością, w szczególności na:

- a) banki i instytucje finansowe odmawiające udzielenia finansowania, z tytułu kredytu, pożyczki, faktoringu, akredytywy, gwarancji, itp.,
 - b) zakłady ubezpieczeń odmawiające udzielenia ubezpieczenia, gwarancji ubezpieczeniowej, itp. z uwagi na sytuację ekonomiczną,
 - c) organy administracji odmawiające udzielenia pomocy publicznej lub nakazujące jej zwrot,
 - d) inspekcje pracy prowadzące sprawy z tytułu niewypłacania wynagrodzeń pracowniczych,
 - e) organy administracji cofające koncesję, zezwolenie, zgodę na prowadzenie działalności gospodarczej albo ograniczające jej zakres czy wydające decyzję o wykreśleniu przedsiębiorcy z rejestru działalności regulowanej,
 - f) organy administracji publicznej i sądy zakazujące prowadzenia działalności gospodarczej lub ograniczające jej prowadzenie,
 - g) biegłych rewidentów badających sprawozdania finansowe czy sprawozdania przedsiębiorców dla celów transformacji gospodarczych,
 - h) osoby świadczące usługi księgowe i przygotowujące deklaracje podatkowe,
 - i) głównych księgowych jednostek podlegających przepisom o rachunkowości,
 - j) sądy rozpoznające sprawy o zwolnienie od kosztów sądowych, jeżeli dostarczone dane finansowe mogą prowadzić do niewypłacalności,
 - k) organy egzekucyjne, w szczególności w przypadku zbiegu postępowań egzekucyjnych;
- 5) utworzenie powszechnie dostępnego internetowego testu ryzyka niewypłacalności, dostępnego na stronach rządowych, umożliwiającego wstępną predykcję niewypłacalności po wprowadzeniu przez zainteresowanego niezbędnych danych finansowych i innych;
- 6) w oparciu o dostępne dane statystyczne i makroekonomiczne odpowiednie jednostki władzy publicznej powinny wydawać publiczne komunikaty o możliwych strukturalnych zagrożeniach niewypłacalnością w poszczególnych branżach czy regionach gospodarczych, w oparciu o opracowaną skalę.

Ponadto, co równie istotne, państwo członkowskie powinno zapewnić dostęp do stosownych i aktualnych informacji dotyczących dostępności narzędzi wczesnego ostrzegania. Informacja taka powinna być stale dostępna na rządowych stronach internetowych oraz winna być przekazywana jako syntetyczne pouczenie wraz z rejestracją działalności gospodarczej.

I wreszcie państwo członkowskie powinno zapewnić dostęp do postępowań i środków dotyczących restrukturyzacji i umorzenia długów.