

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

dr hab. Anna Hrycaj

***Wykonywanie uprawnień z licencji doradcy
restrukturyzacyjnego – jako działalność łączona z inną
aktywnością zawodową bądź realizowana wyłącznie***

Warszawa 2020

Spis treści

Wprowadzenie.....	1
Rozdział 1. Zawód doradcy restrukturyzacyjnego	2
1. Geneza zawodu doradcy restrukturyzacyjnego	2
2. Licencja doradcy restrukturyzacyjnego	3
2.1. Pojęcie licencji doradcy restrukturyzacyjnego.....	3
2.2. Procedura uzyskiwania licencji doradcy restrukturyzacyjnego	4
2.3. Tytuł kwalifikowanego doradcy restrukturyzacyjnego	6
2.4. Lista osób, którym przyznano licencję doradcy restrukturyzacyjnego.....	8
2.5. Cofnięcie licencji	9
2.6. Zawieszenie praw wynikających z licencji	10
2.7. Nadzór nad działalnością osób posiadających licencję doradcy restrukturyzacyjnego	11
2.8. Zakres uprawnień inkorporowanych w licencji doradcy restrukturyzacyjnego	12
2.8.1. Pełnienie funkcji syndyka, nadzorcy oraz zarządcy.....	13
2.8.1.1. Ewolucja poglądów dotyczących pozycji prawnej syndyka, nadzorcy sądowego i zarządcy	13
2.8.1.2. Syndyk	20
2.8.1.3. Nadzorca i zarządca	28
2.8.1.4. Zarządca w egzekucji przez zarząd przymusowy	31
2.8.2. Czynności doradztwa restrukturyzacyjnego	33
3. Zawód doradcy restrukturyzacyjnego jako wolny zawód, zawód regulowany oraz zawód zaufania publicznego	37
3.1. Pojęcie zawodu.....	37
3.2. Wolny zawód	38
3.3. Zawód regulowany.....	40
3.4. Zawód zaufania publicznego	41
Rozdział 2. Inne zawody regulowane i zawody zaufania publicznego podobne do zawodu doradcy restrukturyzacyjnego	44
1. Sędzia.....	44
1.1. Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez sędziego	44
1.2. Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu sędziego	46
2. Komornicy.....	46
2.1. Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez komornika.....	46
2.2. Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu komornika.....	49
3. Radca prawny.....	51
3.1. Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez radcę prawnego.....	51
3.2. Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu radcy prawnego.....	54
4. Adwokat.....	55

4.1.	Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez adwokata	55
4.2.	Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu adwokata	58
5.	Notariusz.....	60
5.1.	Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez notariusza.....	60
5.2.	Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu notariusza.....	61
6.	Doradca podatkowy	62
6.1.	Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez doradcę podatkowego	62
6.2.	Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu doradcy podatkowego	64
7.	Biegły rewident.....	65
7.1.	Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez biegłego rewidenta	65
7.2.	Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu biegłego rewidenta	66
8.	Rzeczoznawca majątkowy	67
8.1.	Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez rzeczoznawcę majątkowego.....	67
8.2.	Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu rzeczoznawcy majątkowego.....	68
9.	Inne zawody.....	69
Rozdział 3. Zakaz łączenia roli pozasądowego organu postępowania oraz innych ról		70
Rozdział 4. Analizy prawnoporównawcze		73
1.	Czechy	73
2.	Hiszpania	74
3.	Irlandia	74
4.	Łotwa	75
5.	Niemcy	75
6.	Węgry	76
7.	Wielka Brytania	77
8.	Włochy	78
Rozdział 5. Wyniki badań empirycznych		79
1.	Metodologia	79
2.	Wyniki badań	79
2.1.	Profil osoby badanej	79
2.2.	Wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego samodzielnie albo łącznie z inną aktywnością zawodową	83
3.	Kluczowe wnioski płynące z badania	88
Rozdział 6. Podsumowanie i postulaty <i>de lege ferenda</i>		90
Załącznik nr 1. Ankieta		93
Bibliografia.....		95

Wprowadzenie

Celem pracy jest analiza wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego jako działalności łączonej z inną aktywnością zawodową bądź realizowanej wyłącznie. W szczególności, w pracy zostanie podjęta próba udzielenie odpowiedzi na pytanie czy powinna zostać wykluczona możliwość jednoczesne wykonywania innego zawodu prawniczego bądź nieprawniczego przez osobę posiadającą licencję doradcy restrukturyzacyjnego. Realizacja tego celu wymaga w pierwszej kolejności dokonania analizy statusu osoby, która posiada licencję doradcy restrukturyzacyjnego jak i analizy statusu prawnego syndyka, nadzorcy sądowego oraz zarządcy czyli pozasądowych organów postępowania upadłościowego oraz restrukturyzacyjnego. W dalszej kolejności zostanie dokonana analiza regulacji dotyczących innych zawodów regulowanych w kontekście ewentualnych zakazów wykonywania danego zawodu jako działalności łączonej z inną aktywnością zawodową. Zidentyfikowanie takich zakazów umożliwi ustalenie istnienia przesłanek aksjologicznych, które uzasadniają ograniczenie wolności jednostki poprzez ograniczenie możliwości podejmowania innej aktywności zawodowej przez osobę, która posiada licencję doradcy restrukturyzacyjnego. Po ustaleniu charakteru prawnego licencji doradcy restrukturyzacyjnego, istoty zawodu doradcy, zakresu wykonywanych przez doradcę czynności oraz ustaleniu jakie zakazy dotyczą innych zawodów zostanie podjęta próba odpowiedzi na pytanie czy charakter prawny czynności wykonywanych przez doradcę restrukturyzacyjnego stoi na przeszkodzie łączeniu tego zawodu z inną aktywnością zawodową. Na zakończenie pracy zostaną przedstawione wyniki badań empirycznych oraz wnioski płynące z analizy prawnoporównawczej.

W pracy została zastosowana metoda dogmatycznoprawna oraz metoda komparatystyczna. Badania empiryczne zostały przeprowadzone metodą badań ankietowych.

Rozdział 1. Zawód doradcy restrukturyzacyjnego

1. Geneza zawodu doradcy restrukturyzacyjnego

Zawód doradcy restrukturyzacyjnego jako zawód regulowany powstał z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2016r. ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne¹, która w art. 440 zmieniła również ustawę z dnia 15 czerwca 2007 r. o licencji syndyka². W uzasadnieniu projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne³ wskazano, że „Zmiany w ustawie z dnia 15 czerwca 2007 r. o licencji syndyka uzasadnione są zmianą koncepcji funkcjonowania osób profesjonalnie przygotowanych do pełnienia funkcji w postępowaniach restrukturyzacyjnych i upadłościowych. /.../. Przede wszystkim osoba posiadająca licencję będzie miała również prawo wykonywania czynności doradztwa restrukturyzacyjnego (art. 2 ust. 2). Pod pojęciem tym należy rozumieć między innymi: udzielanie porad, opinii i wyjaśnień dotyczących przepisów prawa i możliwości restrukturyzacji, w tym rozwiązań przyjętych w p.r., udzielanie informacji o możliwościach ekonomicznych związanych z pozyskiwaniem nowego finansowania, w tym pomocy publicznej, doradztwo w zakresie wyboru właściwych kierunków działań naprawczych, jak również doradztwo w zakresie poszczególnych czynności zmierzających do poprawy ekonomicznej przedsiębiorstwa, wsparcia w negocjacjach z wierzycielami, pouczenia o odpowiedzialności cywilnej i karnej związanej z niezłożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie itd. Funkcjonowanie doradztwa restrukturyzacyjnego poza postępowaniami sądowymi powinno przynieść również efekt w postaci mniejszej liczby spraw wnoszonych do sądów i rozwiązywaniem problemów ekonomicznych przedsiębiorstwa na wcześniejszym etapie. W dłuższej perspektywie, w wyniku konkurencji rynkowej, bez wątpienia wykrystalizuje się rynek, w którym będą funkcjonować doradcy posiadający doświadczenie i uznanie przedsiębiorców, jak też pojawi się grupa doradców, którzy nie udźwigną ciężaru wykonywania zawodu. Zauważyć należy, że mając na uwadze ogromne możliwości wierzycieli i samego dłużnika wpływania na to, jaka osoba

¹ t.j. Dz.U.z 2020r., poz. 814; dalej jako p.r.

² Dz. U. z 2014 r. poz. 776.

³ <http://www.sejm.gov.pl/>, Sejm RP VII kadencji, nr druku: 2824.

będzie pełniła funkcję nadzorcy lub zarządcy w konkretnym postępowaniu, zawód ulegnie komercjalizacji i w znacznie mniejszym stopniu będzie zależał od uznaniowej decyzji sądów. Funkcję w postępowaniach restrukturyzacyjnych i upadłościowych powinny sprawować osoby pozytywnie postrzegane przede wszystkim przez samych przedsiębiorców, a niekoniecznie przez sądy.”.

Istotne zmiany w zakresie regulacji zawodu doradcy regulowanego zostały wprowadzone ustawą z dnia 4 kwietnia 2019 r. o zmianie ustawy o licencji doradcy restrukturyzacyjnego oraz niektórych innych ustaw⁴. Wprowadzono wówczas tytuł kwalifikowanego doradcy restrukturyzacyjnego oraz zwierzchni nadzór Ministra Sprawiedliwości nad działalnością doradców restrukturyzacyjnych.

2. Licencja doradcy restrukturyzacyjnego

2.1. Pojęcie licencji doradcy restrukturyzacyjnego

Zasady uzyskiwania oraz tryb przyznawania licencji doradcy restrukturyzacyjnego określa ustawa z dnia 15 czerwca 2007 r. o licencji doradcy restrukturyzacyjnego⁵.

Na wstępie dalszych rozważań konieczne jest ustalenie znaczenia zwrotu „licencja doradcy restrukturyzacyjnego”. Ustawa o licencji nie zawiera bowiem tak wyraźnej definicji jak przykładowo ustawa z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym⁶. Zgodnie z art. 4 pkt 17) ustawy o transporcie drogowym licencja jest to decyzja administracyjna wydana przez Głównego Inspektora Transportu Drogowego lub określony w ustawie organ samorządu terytorialnego, uprawniająca do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej w zakresie transportu drogowego. Wydaje się, że mimo braku wyraźnej definicji ustawowej w podobny sposób można skonstruować definicję licencji doradcy restrukturyzacyjnego. W tym celu konieczne jest sięgnięcie do dwóch regulacji, a mianowicie do art. 12 i do art. 2 ust. 1 i 2 ustawy o licencji. Zgodnie z art. 12. Minister Sprawiedliwości, w drodze

⁴ Dz. U. z 2019r., poz. 912.

⁵ t.j. Dz.U.2020r., poz. 242; dalej jako ustawa o licencji.

⁶ t.j. Dz. U. z 2019r.. poz. 2140.

decyzji administracyjnej, przyznaje licencję doradcy restrukturyzacyjnego, odmawia jej przyznania, cofa albo zawiesza prawa wynikające z licencji. Zgodnie z art. 2 ust. 1 licencja doradcy restrukturyzacyjnego uprawnia do wykonywania czynności:

- 1) syndyka na podstawie ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe oraz nadzorcy i zarządcy na podstawie ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne;
- 2) zarządcy w egzekucji przez zarząd przymusowy na podstawie ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego.

Zgodnie z art. 2 ust. 2 osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego może ponadto wykonywać czynności doradztwa restrukturyzacyjnego.

Można więc uznać, że ustawa o licencji posługuje się określeniem „licencja doradcy restrukturyzacyjnego” w znaczeniu decyzji administracyjnej wydanej przez Ministra Sprawiedliwości uprawniającej do pełnienia funkcji organów pozasądowych w postępowaniu upadłościowym i restrukturyzacyjnym oraz funkcji zarządcy w egzekucji przez zarząd przymusowy, a także do wykonywania czynności doradztwa restrukturyzacyjnego.

2.2. Procedura uzyskiwania licencji doradcy restrukturyzacyjnego

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o licencji, licencję doradcy restrukturyzacyjnego może uzyskać osoba fizyczna, która:

- 1) ma obywatelstwo państwa członkowskiego Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym;
- 2) zna język polski w zakresie niezbędnym do wykonywania czynności syndyka, nadzorcy lub zarządcy;
- 3) ma pełną zdolność do czynności prawnych;
- 4) ukończyła wyższe studia i uzyskała tytuł magistra lub równorzędny w państwie, o którym mowa w pkt 1;
- 5) posiada nieposzlakowaną opinię;

- 6) w okresie 15 lat przed złożeniem wniosku o licencję doradcy restrukturyzacyjnego przez co najmniej 3 lata zarządzała majątkiem upadłego, przedsiębiorstwem lub jego wyodrębnioną częścią w Rzeczypospolitej Polskiej lub państwie, o którym mowa w pkt 1;
- 7) nie była karana za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe;
- 8) nie jest podejrzana albo oskarżona o przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe;
- 9) nie jest wpisana do rejestru dłużników niewypłacalnych Krajowego Rejestru Sądowego;
- 10) złożyła z pozytywnym wynikiem egzamin przed Komisją Egzaminacyjną, powołaną przez Ministra Sprawiedliwości;

Licencję doradcy restrukturyzacyjnego przyznaje się na wniosek osoby ubiegającej się o licencję doradcy restrukturyzacyjnego, złożony nie później niż po upływie 2 lat od dnia złożenia egzaminu (art. 10 ust. 1 ustawy o licencji).

Licencja jest przyznawana w drodze decyzji administracyjnej przez Ministra Sprawiedliwości (art. 12 ustawy o licencji). Licencję doradcy restrukturyzacyjnego przyznaje się na czas nieoznaczony (art. 14 ustawy o licencji).

Osoba, której przyznano licencję doradcy restrukturyzacyjnego, składa wobec Ministra Sprawiedliwości, przed wpisem na listę osób posiadających licencję doradcy restrukturyzacyjnego, o której mowa w art. 17 ust. 1, ślubowanie według następującej roty: "Mając świadomość znaczenia moich słów i odpowiedzialności przed prawem, ślubuję uroczyście, że powierzone mi obowiązki w postępowaniu upadłościowym lub restrukturyzacyjnym będę wypełniać sumiennie i bezstronnie, dochowując tajemnic prawnie chronionych oraz kierując się w swym postępowaniu zasadami godności, uczciwości i etyki." (art. 15 ust. 1). Zgodnie z art. 15 ust. 1a do treści ślubowania, o której mowa w ust. 1, osoba, której przyznano licencję doradcy restrukturyzacyjnego, może dodać słowa "Tak mi dopomóż Bóg". Minister Sprawiedliwości może upoważnić do przyjęcia ślubowania prezesa sądu okręgowego właściwego dla miejsca zamieszkania osoby, która ma złożyć ślubowanie (art. 17 ust. 2).

2.3. Tytuł kwalifikowanego doradcy restrukturyzacyjnego

Zgodnie z art. 16a ust. 1 ustawy o licencji osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego uzyskuje tytuł kwalifikowanego doradcy restrukturyzacyjnego, w przypadku gdy wykáže, że:

- 1) w okresie ostatnich 7 lat przed złożeniem wniosku, o którym mowa w art. 16b ust. 2, przeprowadziła w całości co najmniej:
 - a) cztery postępowania upadłościowe przedsiębiorców zakończone prawomocnym postanowieniem o zakończeniu postępowania upadłościowego oraz dwa postępowania restrukturyzacyjne lub postępowania upadłościowe z możliwością zawarcia układu lub postępowania naprawcze zakończone prawomocnym zatwierdzeniem układu albo
 - b) sześć postępowań restrukturyzacyjnych lub postępowań upadłościowych z możliwością zawarcia układu lub postępowań naprawczych zakończonych prawomocnym zatwierdzeniem układu albo
- 2) w okresie ostatnich 7 lat przed złożeniem wniosku, o którym mowa w art. 16b ust. 2, zarządzała przez co najmniej 3 lata majątkiem przedsiębiorcy będącym co najmniej średnim przedsiębiorcą w rozumieniu art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców jako członek zarządu spółki handlowej, wspólnik ponoszący odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem lub jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą oraz przeprowadziła w całości co najmniej dwa postępowania restrukturyzacyjne lub postępowania upadłościowe z możliwością zawarcia układu lub postępowania naprawcze zakończone prawomocnym zatwierdzeniem układu, albo
- 3) w okresie ostatnich 3 lat przed złożeniem wniosku, o którym mowa w art. 16b ust. 2, przeprowadziła w całości co najmniej jedno postępowanie układowe lub sanacyjne zakończone prawomocnym zatwierdzeniem układu, w którym przyznanie ostatecznego wynagrodzenia nadzorcy lub zarządcy wynikało z ustalenia przez sąd, że w postępowaniu liczba wierzycieli będących uczestnikami postępowania była większa niż 100 oraz suma wierzytelności

przysługujących wierzycielom będącym uczestnikami postępowania była większa niż 10 000 000 zł.

Zgodnie z ust. 2 warunek przeprowadzenia w całości jednego z postępowań, o których mowa w ust. 1, uznaje się za spełniony również w przypadku, gdy takie postępowanie przeprowadziła w całości spółka handlowa, o której mowa w art. 157 ust. 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe lub w art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne, w której osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego była przez cały czas trwania tego postępowania wspólnikiem ponoszącym odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem albo członkiem zarządu reprezentującym spółkę.

Tytułu kwalifikowanego doradcy restrukturyzacyjnego nie przyznaje się osobie posiadającej licencję doradcy restrukturyzacyjnego, wobec której, w związku z pełnieniem funkcji nadzorcy, zarządcy lub syndyka w postępowaniach upadłościowych lub restrukturyzacyjnych, prawomocnie orzeczono:

- 1) jedną lub więcej grzywien lub jedno lub więcej odwołań z pełnienia funkcji nadzorcy, zarządcy lub syndyka, w okresie ostatnich 7 lat przed złożeniem wniosku, o którym mowa w art. 16b ust. 2, lub
- 2) dwa lub więcej upomnień w okresie ostatnich 2 lat przed złożeniem wniosku, o którym mowa w art. 16b ust. 2.

Tytułu kwalifikowanego doradcy restrukturyzacyjnego nie przyznaje się również osobie posiadającej licencję doradcy restrukturyzacyjnego, która była wspólnikiem ponoszącym odpowiedzialność bez ograniczenia całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki handlowej, o której mowa w art. 157 ust. 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe lub w art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne, albo była członkiem zarządu reprezentującym tę spółkę w chwili, gdy wobec tej spółki zostało wydane prawomocne orzeczenie upomnienia lub grzywny w związku z pełnieniem funkcji nadzorcy, zarządcy lub syndyka w postępowaniach upadłościowych lub restrukturyzacyjnych lub odwołania z pełnienia tych funkcji.

Tytuł kwalifikowanego doradcy restrukturyzacyjnego przyznaje lub odmawia jego przyznania w drodze decyzji administracyjnej Minister Sprawiedliwości (art. 16b).

2.4. Lista osób, którym przyznano licencję doradcy restrukturyzacyjnego

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy o licencji osobę, której przyznano licencję doradcy restrukturyzacyjnego, oraz osobę posiadającą decyzję o uznaniu kwalifikacji w zawodzie regulowanym doradcy restrukturyzacyjnego, wydaną na podstawie odrębnych przepisów, wpisuje się na listę osób posiadających licencję doradcy restrukturyzacyjnego, prowadzoną przez Ministra Sprawiedliwości.

Wpis na listę osób posiadających licencję doradcy restrukturyzacyjnego obejmuje:

- 1) imię i nazwisko, datę i miejsce urodzenia;
- 2) numer ewidencyjny PESEL, z wyłączeniem cudzoziemców, którzy tego numeru nie posiadają;
- 3) numer licencji i datę jej wystawienia, a w przypadku osoby posiadającej decyzję o uznaniu kwalifikacji w zawodzie regulowanym doradcy restrukturyzacyjnego, wydaną na podstawie odrębnych przepisów - numer decyzji i datę jej wydania;
- 4) informację o przyznaniu tytułu kwalifikowanego doradcy restrukturyzacyjnego i datę jego przyznania;
- 5) adres do korespondencji, numer telefonu oraz adres poczty elektronicznej;
- 6) sygnatury spraw restrukturyzacyjnych i spraw upadłościowych z nazwą sądu prowadzącego postępowanie, w których osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego pełni lub pełniła funkcję nadzorcy, zarządcy lub syndyka oraz w których spółka handlowa, w której osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego jest lub była współnikiem ponoszącym odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem albo członkiem zarządu reprezentującym spółkę, pełni lub pełniła funkcję nadzorcy, zarządcy lub syndyka, z zaznaczeniem spraw prawomocnie ukończonych.

Wpis na listę osób posiadających licencję doradcy restrukturyzacyjnego może również obejmować przedstawione przez osobę posiadającą licencję doradcy restrukturyzacyjnego informacje o jej dodatkowych kwalifikacjach, istotnych dla wykonywania czynności, o których mowa w art. 2 ust. 1.

Zgodnie z art. 17 ust 3 ustawy o licencji osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego jest obowiązana zgłaszać zmiany danych objętych wpisem na listę osób posiadających licencję doradcy restrukturyzacyjnego w terminie 30 dni od daty ich powstania.

Minister Sprawiedliwości udostępnia listę osób posiadających licencję doradcy restrukturyzacyjnego w Biuletynie Informacji Publicznej na swojej stronie podmiotowej.

2.5. Cofnięcie licencji

Cofnięcie licencji może mieć charakter obligatoryjny albo fakultatywny.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy o licencji Minister Sprawiedliwości cofa licencję doradcy restrukturyzacyjnego, w przypadku gdy osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego:

- 1) przestała spełniać którykolwiek z wymogów określonych w art. 3 ust. 1 pkt 1, 3, 9;
- 2) dwukrotnie została odwołana prawomocnym postanowieniem z powodu nienależytego pełnienia obowiązków, a w przypadku odwołania z powodu rażącego uchybienia - jednokrotnie;
- 3) wystąpiła z takim wnioskiem;
- 4) została skazana prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe;
- 5) dopuściła się uporczywego lub rażącego naruszenia przepisów prawa w związku z wykonywaniem czynności, o których mowa w art. 2 ust. 1 lub 2, stwierdzonego w ramach nadzoru, o którym mowa w art. 20b.

Zgodnie z art. 18 ust. 2 ustawy o licencji Minister Sprawiedliwości może cofnąć licencję doradcy restrukturyzacyjnego, w przypadku gdy osoba posiadająca licencję

syndyka została skazana prawomocnym wyrokiem za nieumyślne przestępstwo lub nieumyślne przestępstwo skarbowe, które miało związek z wykonaniem uprawnień wynikających z licencji doradcy restrukturyzacyjnego i rzutowało na jakość i sposób wykonywania tych uprawnień.

2.6. Zawieszenie praw wynikających z licencji

Zawieszenie praw wynikających z licencji, podobnie jak cofnięcie licencji, może mieć charakter obligatoryjny albo fakultatywny. Zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy o licencji Minister Sprawiedliwości zawiesza osobie posiadającej licencję doradcy restrukturyzacyjnego prawa wynikające z licencji, jeżeli:

- 1) wobec niej jest prowadzone postępowanie o częściowe lub całkowite ubezwłasnowolnienie, i ustanowiono dla niej doradcę tymczasowego;
- 2) przeciwko niej jest prowadzone postępowanie o umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego, z wyjątkiem spraw, w których oskarżycielem jest podmiot, o którym mowa w art. 55 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego lub umyślne przestępstwo skarbowe.

Zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy o licencji Minister Sprawiedliwości może zawiesić osobie posiadającej licencję doradcy restrukturyzacyjnego prawa wynikające z licencji, jeżeli przeciwko tej osobie jest prowadzone postępowanie:

- 1) nieumyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego, o nieumyślne przestępstwo skarbowe lub o umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego, w którym oskarżycielem jest podmiot, o którym mowa w art. 55 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, mając na uwadze charakter i wagę zarzucanego jej czynu oraz to, czy ma on związek z wykonaniem uprawnień wynikających z licencji doradcy restrukturyzacyjnego i rzuca na jakość i sposób wykonywania tych uprawnień;
- 2) w przedmiocie cofnięcia licencji doradcy restrukturyzacyjnego z przyczyn, o których mowa w art. 18 ust. 1 pkt 6, mając na uwadze potrzebę ochrony słusznym interesów uczestników postępowań restrukturyzacyjnych lub upadłościowych lub interes publiczny.

2.7. Nadzór nad działalnością osób posiadających licencję doradcy restrukturyzacyjnego

Zgodnie z art. 20b. ust. 1 ustawy o licencji nadzór nad działalnością osób posiadających licencję doradcy restrukturyzacyjnego sprawuje Minister Sprawiedliwości. Nadzór nie może wkraczać w ocenę zasadności czynności wykonanych bezpośrednio na polecenie, za zezwoleniem lub zgodą sądu albo sędziego-komisarza.

Zgodnie z art. 20 ust. 1a ustawy o licencji Minister Sprawiedliwości podejmuje czynności z zakresu nadzoru, o którym mowa w ust. 1, w przypadku uzyskania informacji o uchybieniach w wykonywaniu czynności przez osobę posiadającą licencję doradcy restrukturyzacyjnego, lub osobę współpracującą z osobą posiadającą licencję doradcy restrukturyzacyjnego lub gdy uzna to za konieczne dla zapewnienia prawidłowości lub poprawy jakości wykonywania czynności przez osobę posiadającą licencję doradcy restrukturyzacyjnego.

Uprawnienia nadzorcze Ministra Sprawiedliwości nad działalnością osób posiadających licencję doradcy restrukturyzacyjnego obejmują:

- 1) zawieszanie praw wynikających z licencji doradcy restrukturyzacyjnego;
- 2) cofanie licencji doradcy restrukturyzacyjnego;
- 3) podejmowanie lub zlecanie:
 - a) wizytacji obejmujących pełną działalność osoby posiadającej licencję doradcy restrukturyzacyjnego,
 - b) lustracji obejmujących wybrane zagadnienia z działalności osoby posiadającej licencję doradcy restrukturyzacyjnego;
- 4) żądanie:
 - a) przedstawienia dokumentacji wytworzonej przez osobę posiadającą licencję doradcy restrukturyzacyjnego w związku z pełnieniem funkcji nadzorcy, zarządcy lub syndyka wraz z wyjaśnieniami,
 - b) wglądu do akt zakończonych lub toczących się postępowań restrukturyzacyjnych lub upadłościowych, w których osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego wykonuje lub wykonywała czynności nadzorcy, zarządcy lub syndyka,

- c) przedstawienia ksiąg handlowych, w tym dokumentacji księgowej przedsiębiorców, wobec których były lub są prowadzone postępowania restrukturyzacyjne lub upadłościowe, w których osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego wykonuje lub wykonywała czynności nadzorcy, zarządcy lub syndyka.

Zgodnie z art. 20b ust. 5 ustawy o licencji jeżeli w wyniku przeprowadzenia wizytacji lub lustracji Minister Sprawiedliwości stwierdzi uchybienia w pełnieniu przez osobę posiadającą licencję doradcy restrukturyzacyjnego funkcji nadzorcy, zarządcy lub syndyka w toczących się postępowaniach restrukturyzacyjnych lub upadłościowych, informuje o tych uchybieniach właściwego sędziego-komisarza.

Zgodnie z art. 20 c ustawy o licencji jeżeli uzyskane przez Ministra Sprawiedliwości informacje o możliwych naruszeniach przepisów prawa lub innych uchybieniach w działalności osoby posiadającej licencję doradcy restrukturyzacyjnego dotyczą toczącego się postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego, Minister Sprawiedliwości może przekazać sprawę do załatwienia sędziemu-komisarzowi w ramach nadzoru sprawowanego na podstawie przepisów prawa upadłościowego albo przepisów prawa restrukturyzacyjnego, chyba że sprzeciwia się temu charakter, waga oraz okoliczności wystąpienia możliwych nieprawidłowości.

2.8. Zakres uprawnień inkorporowanych w licencji doradcy restrukturyzacyjnego

Jak wskazano wyżej licencja doradcy restrukturyzacyjnego uprawnia do wykonywania czynności:

- 1) syndyka na podstawie ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe oraz nadzorcy i zarządcy na podstawie ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne;
- 2) zarządcy w egzekucji przez zarząd przymusowy na podstawie ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego;
- 3) czynności doradztwa restrukturyzacyjnego.

Na gruncie tej regulacji wskazuje się w literaturze, że „do zetknięcia się jednostki z osobą posiadającą licencję doradcy restrukturyzacyjnego może dojść w trzech przypadkach. Pierwszy dotyczy sytuacji, w której doradca restrukturyzacyjny pełni określoną funkcję, do której został wyznaczony na mocy postanowienia właściwego organu lub na podstawie umowy zawartej z dłużnikiem. Drugi odnosi się do wykonywania przez doradcę na rzecz zainteresowanego podmiotu czynności doradztwa restrukturyzacyjnego i odpowiada typowej relacji usługodawca– klient. Trzeci ma z pozoru mieszany charakter i dotyczy przypadku, w którym doradca restrukturyzacyjny wykonujący na rzecz swojego klienta czynności doradztwa restrukturyzacyjnego jest następnie powołany przez sąd do pełnienia funkcji nadzorcy sądowego bądź zarządcy w postępowaniu restrukturyzacyjnym. Pozornie mieszany charakter tego przypadku polega na tym, że z dniem powołania do pełnienia funkcji doradcę i dłużnika przestaje wiązać relacja usługodawcy z klientem.”⁷.

2.8.1. Pełnienie funkcji syndyka, nadzorcy oraz zarządcy

2.8.1.1. Ewolucja poglądów dotyczących pozycji prawnej syndyka, nadzorcy sądowego i zarządcy

Historycznie analiza pozycji prawnej pozasądowych organów postępowania upadłościowego dotyczyła głównie pozycji prawnej syndyka. Wynikało to z tego, że syndyk był historycznie pierwszym organem, gdyż pierwotnie rozwiązywanie sytuacji niewypłacalnego dłużnika następowało wyłącznie poprzez postępowanie upadłościowe. Ewolucja rozwiązań prawnych dotyczących niewypłacalności oraz zagrożenia niewypłacalnością dłużnika wykształciła również inne organy pozasądowe tj. nadzorcę sądowego oraz zarządcę. Poglądy, które budowały pozycje prawną syndyka w określonym zakresie wpłynęły również na ukształtowanie pozycji prawnej nadzorcy sądowego, a w szczególności pozycji zarządcy, który jest organem konstrukcyjnie istotnie zbliżonym do syndyka.

⁷ M. Waberski, Tajemnica zawodowa doradcy restrukturyzacyjnego, Palestra, 2018, nr 7-8, s. 66-73.

Teorie dotyczące pozycji prawnej syndyka w większości ukształtowały się na gruncie niemieckiej ordynacji upadłościowej z 10 lutego 1877 r., która, w okresie przedwojennym, obowiązywała również w Polsce na Ziemiach Zachodnich oraz w górnośląskiej części województwa śląskiego (tj. z wyłączeniem polskiej części Śląska Cieszyńskiego, czyli powiatów bielskiego i cieszyńskiego, a od października 1939 r. także Zaolzia). Powstały wówczas dwie podstawowe teorie dotyczące pozycji prawnej syndyka, a mianowicie: teoria przedstawicielstwa (*Vertretungstheorie*) czyli zastępstwa bezpośredniego oraz teoria piastowanego urzędu (*Amtstheorie*). Teorie te nie były jednorodne i występowały w różnych odmianach. Ponadto, na gruncie założeń jednej i drugiej teorii, wykształciły się teorie mieszane.

Zastępstwo w szerokim tego słowa znaczeniu, obejmuje różnorodne sytuacje, w których jeden podmiot zastępuje w obrocie inny podmiot, działając na jego rachunek. Wśród różnych postaci zastępstwa odróżnia się zastępstwo bezpośrednie, oznaczające działanie w imieniu i ze skutkami dla reprezentowanego oraz zastępstwo pośrednie, zakładające działanie zastępcy we własnym imieniu choć w cudzym interesie. Zastępstwo bezpośrednie określane jest mianem przedstawicielstwa⁸.

Zwolennicy teorii przedstawicielstwa zgodnie uznają, że syndyk jako przedstawiciel ustawy podejmuje czynności w postępowaniu upadłościowym ze skutkiem bezpośrednio dla zastąpionego, ale różnią się między sobą określając kogo syndyk zastępuje. I tak, wskazuje się, że syndyk jest zastępcą upadłego, wierzycieli, wierzycieli i upadłego jednocześnie lub też zastępcą masy upadłości.

Teoria zastępstwa upadłego wskazuje, że syndyk jako ustawy zastępca upadłego swoje uprawnienie do zarządzania masą upadłości wywodzi z ustanowienia go przez sąd upadłościowy. W ten sposób syndyk wchodzi w miejsce upadłego i w jego zastępstwie spełnia czynności, do których przedtem uprawniony był upadły⁹. Teoria ta spotkała się z krytyką w literaturze. W szczególności, podniesiono, że czynności syndyka nie wynikają z prawa przelanego z osoby

⁸ M. Pazdan [w:] System prawa prywatnego, prawo cywilne- część ogólna tom 2, s. 465

⁹ Tak J. Petersen, G. Kleinfeller, *Konkursordnung für das deutsche Reich*, Berlin 1909, s. 172; por. podobnie co do charakteru prawnego zarządcy przymusowego, A. Szymański, *Stanowisko prawne zarządcy przymusowego*, PPC 1939, nr 7-8, s. 217 i nast.

upadłego dłużnika na osobę syndyka, ale z ustawy. Ponadto, czynności przekazane przez ustawę syndykowi wykraczają poza zakres uprawnień upadłego¹⁰. Teoria ta nie została również zaakceptowana w orzecznictwie¹¹.

Teoria zastępstwa wierzycieli wychodzi z założenia, że skoro syndyk musi dążyć do zaspokojenia należności wierzycieli to tym samym zastępuje i reprezentuje wolę wierzycieli¹². Niektórzy przedstawiciele tej teorii uznają syndyka za zastępcę specjalnej organizacji wierzycieli upadłościowych¹³. Teoria ta, podobnie jak teoria zastępstwa dłużnika, nie została zaakceptowana w literaturze i orzecznictwie¹⁴. Zwolennicy tej teorii wskazują, że syndyk jest jednocześnie zastępcą upadłego dłużnika jak i wierzycieli upadłościowych. Odmianą tej koncepcji są poglądy uznające syndyka przede wszystkim za zastępcę upadłego, a tylko w niektórych sytuacjach np. w procesach o uznania czynności upadłego za bezskuteczne- za zastępcę wierzycieli¹⁵. Z przyczyn już wyżej wskazanych, również ta teoria spotkała się z krytyką zarówno w literaturze jak i w orzecznictwie.

Czołowym przedstawicielem teorii syndyka jako zastępcy masy upadłości na gruncie prawa niemieckiego był K. Hellwig. Autor ten wyszedł z założenia, że masa upadłościowa jest samodzielnym podmiotem praw i obowiązków, a nad tą masą z chwilą ogłoszenia upadłości dłużnik utracił władzę na rzecz syndyka¹⁶. Późniejsza doktryna niemal jednogłośnie odrzuciła ten pogląd jako nieuzasadniony. W szczególności podnoszono, że masa upadłości nie może być samodzielnym

¹⁰ tak, B. Stelmachowski, Prawo upadłościowe ziem zachodnich, Poznań 1932., s. 13

¹¹ por. orzeczenie Sądu Rzeszy, tom 29, s. 31,36, cytowane za B. Stelmachowskim, Prawo upadłościowe i naprawcze ziem zachodnich, Poznań 1932, s. 13

¹² por. szerzej, rozważania co do charakteru prawnego zarządcy przymusowego, A. Szymański, Stanowisko prawne zarządcy przymusowego, PPC 1939, nr 7-8, s. 217 i nast.

¹³ tak, J. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891, § 65 i nast. oraz Leitfaden des deutschen Konkursrechts, Berlin 1903r., s. 107; J. W. Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, bez daty wydania, tom I, s. 211, tom II, s. 660.

¹⁴ por., B. Stelmachowski, Prawo upadłościowe ziem zachodnich, Poznań 1932., s. 13, orzeczenie Sądu Rzeszy, tom 29, s. 31,36, orzeczenie Sądu Rzeszy tom 80, s. 418

¹⁵ tak, E. Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 1916, § 6, A- uwaga 3, B- uwaga 18 i nast.

¹⁶ K. Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, Leipzig 1912, § 69

podmiotem praw skoro przez ogłoszenia upadłości nie przestaje ona należeć do dłużnika, jako do podmiotu, któremu przysługuje własność¹⁷.

Odmianą tej teorii jest koncepcja, która uznaje syndyka za ustawowego zastępcę masy upadłości, ale nie przyznaje masie upadłości osobowości prawnej¹⁸.

Zwolennicy teorii piastowanego urzędu uważają, że syndyk masy upadłości działa z mocy własnego prawa i w swoim imieniu, na podstawie zajmowanego urzędu. Syndyk nie jest więc niczym zastępcą, ale urzędem stworzonym w interesie publicznym, którego legitymacja wynika bezpośrednio z ustawy¹⁹. Teoria ta zyskała przeważającą akceptację w literaturze gdyż lepiej koresponduje z istotą postępowania upadłościowego²⁰. Należy również podkreślić, że podczas gdy zwolennicy teorii przedstawicielstwa tworzą model syndyka wykraczający poza ramy postępowania upadłościowego, to zwolennicy teorii zajmowanego urzędu zadowalają się opisem kompetencji i funkcji syndyka jako samodzielnego (urzędu) organu postępowania upadłościowego²¹.

Teoria ta nie jest jednolita. Jej odmianą jest teoria organu, w ramach której można wyróżnić poglądy uznające syndyka za organ państwa, organ sądu lub samodzielny organ postępowania upadłościowego.

W polskiej literaturze teoria urzędu ukształtowała się pod rządami niemieckiej ordynacji upadłościowej z 10 lutego 1877 r., a rozwinęła się na gruncie prawa upadłościowego z 1934 r.

Na gruncie prawa upadłościowego z 1934 r., zwolennikiem teorii zajmowanego urzędu był O. Buber, który uznawał syndyka za urząd swoistego rodzaju, którego wykonawca na podstawie mianowania przez sąd przestrzega

¹⁷ tak, B. Stelmachowski, *Prawo upadłościowe ziem zachodnich*, Poznań 1932., s. 13; A. Szymański, *Stanowisko prawne zarządcy przymusowego*, PPC 1939, nr 7-8, s. 217 i nast.

¹⁸ tak, H. Fitting, *Der Reichs-Civilproceß*, Berlin 1900, s. 32

¹⁹ F. Oetker, *Konkursrechtliche Grundbegriffe*, Stuttgart 1891, tom I, s. 25 i nast., s. 51, s. 112 i nast.; F. Mentzel, *Kommentar zur Reichskonkursordnung*, 1926r., § 6; A. Lehmann, *Kommentar zur osterreichischen konkurs*, Wien 1916, s. 538-544; B. Stelmachowski, *Prawo upadłościowe ziem zachodnich*, Poznań 1932., s. 13

²⁰ F. Zedler, *Prawo upadłościowe i układowe*, Toruń, s. 85

²¹ tak, F. Baur, R. Stürner, *Zwangsvollstreckungs-, Konkurs-und Vergleichsrecht*, Karlsruhe 1969, s. 230

interesu publicznego spełniając funkcje prywatnoprawne. Ze względu na prywatnoprawny charakter tych funkcji syndyk nie korzysta z ochrony prawnej przyznawanej organom władzy publicznej ani też nie podlega przepisom prawa normującym kary za naruszenie obowiązków związanych z urzędem publicznym. Autor ten wskazuje również, że chociaż syndyk zastępuje upadłego w zarządzaniu majątkiem, a wierzycieli w prawie zaskarżania czynności upadłego to te zastępcze czynności wykonuje we własnym imieniu i z mocy samego prawa na podstawie mianowania sądowego, na które ani upadły ani wierzyciele nie mają żadnego wpływu²².

Teorię zajmowanego urzędu, na gruncie prawa upadłościowego z 1934 r., aprobował również F. Zedler uznając, że syndyk jest podmiotem prywatnym, który w postępowaniu upadłościowym pełni funkcje urzędowe. Na uzasadnienie powyższego stanowiska autor ten przytaczał następujące argumenty:

- syndyk nie jest organem państwowym, lecz jest powoływany do konkretnego postępowania,
- podejmując działania w postępowaniu upadłościowym syndyk działa jako osoba urzędowa, której zakres działania wyznaczony jest ustawą,
- za szkody wyrządzone przez syndyka wyłącznie on ponosi odpowiedzialność,
- za swoją pracę syndyk otrzymuje wynagrodzenie, które jest integralnie związane z postępowaniem upadłościowym, w którym syndyk został powołany²³.

Jak wskazano wyżej, odmianą teorii zajmowanego urzędu jest teoria organu, która w skrajnej wersji przyjmuje, że syndyk jest organem państwa. Zwolennikiem tego poglądu, pod rządami prawa upadłościowego z 1934 r. był K. Korzan, który wskazał, że syndyk masy upadłości wykonuje swoje obowiązki w sposób władczy wykorzystując imperium władzy państwowej w granicach oznaczonych przez ustawę. Jest więc, zdaniem tego autora, podobnie jak komornik, organem państwa. Z tego powodu należy z nim łączyć przymiot funkcjonariusza państwowego co ma również znaczenie przy określaniu podstaw i zakresu jego odpowiedzialności za wyrządzoną

²² O. Buber, Polskie prawo upadłościowe, Warszawa 1936r., s. 98

²³ F. Zedler, Prawo upadłościowe i układowe, Toruń 1997r., s. 85

szkodę²⁴. Pogląd ten podzielił J. Pałys²⁵ oraz A. Pokora, który wskazał, że syndyk wszystkie czynności w postępowaniu upadłościowym podejmuje z pozycji funkcjonariusza publicznego i jako taki zobowiązany jest do realizacji imperium władzy państwa, która to realizacja przybiera postać egzekucji uniwersalnej²⁶.

Na gruncie prawa upadłościowego z 1934 r. zwolennikiem koncepcji uznania syndyka za organ państwa był również D. Czajka, który wskazał, że syndyk jest samoistnym organem postępowania upadłościowego pełniącym funkcje publicznoprawne. Swoje obowiązki, zdaniem cytowanego autora, syndyk wykonuje w sposób władczy, wykorzystując imperium władzy państwowej w granicach oznaczonych przez ustawę i sędziego komisarza. To prowadzi do wniosku, że syndyk, podobnie jak komornik, jest organem państwa. To stanowisko autor podtrzymał pod rządami ustawy – prawo upadłościowe i naprawcze²⁷.

W ramach teorii organu ukształtowały się również poglądy, według których syndyk jest organem sądu.

Do zwolenników tego poglądu, pod rządami prawa upadłościowego z 1934 r. należał J. Brol, który wskazał, że syndyka można uznać za organ sądu kompetentny z mocy ustawy do wykonywania zadań w interesie upadłego i wierzycieli. Autor ten wskazał również, że wykonywanie obowiązków przez syndyka odbywa się na podstawie szczególnego rodzaju stosunku prawnego podobnego do zlecenia²⁸.

Zwolennikiem teorii organu sądowego był również Z. Świeboda, który uważał, że syndyk jest jednoosobowym organem sądu. Autor ten wskazywał również, że

²⁴ K. Korzan, Stanowisko prawne syndyka masy upadłości i jego kwalifikacje, PPH 1993, nr 5, s. 8 i nast. Jednocześnie jednak autor ten wskazał, że stosunek między syndykiem, a sądem ma charakter stosunku pracowniczego, a powołanie syndyka kreuje stosunek pracy na czas określony.

²⁵ J. Pałys, Syndyk masy upadłości- pozycja ustrojowa, Pr.sp. 2000, nr 3, s. 37 i nast.

²⁶ A. Pokora, Stanowisko prawne syndyka masy upadłości, Rejent z 1997r., nr 7-8, s. 191 i nast.

²⁷ por., na gruncie prawa upadłościowego z 1934r., D. Czajka, Przedsiębiorstwo w kryzysie, upadłość lub układ, Warszawa 1999, s. 217 oraz na gruncie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, D. Czajka, Prawo upadłościowe, Warszawa 2004, s. 143

²⁸ J. Brol, Prawo upadłościowe w świetle praktyki sądowej, Warszawa 1995., s. 94

syndyka można uznać za pomocniczy organ sądu, do którego należy likwidacja masy upadłości i podkreślał, że syndyk nie jest funkcjonariuszem państwowym²⁹.

Teorię pomocniczego organu sądu rozwinął J. Jacyszyn, który uważał, że stosunek pomiędzy sądem, a syndykiem masy upadłości nie jest stosunkiem równorzędnych podmiotów. Jego zdaniem, syndyka można określić jako pomocnika sądu, który wykonuje określone czynności, których sąd sam nie może wykonać. Syndyk pełni więc, zdaniem autora, rolę publicznoprawną³⁰.

W ramach teorii organu, na gruncie prawa upadłościowego z 1934 r., pojawiły się również poglądy uznające syndyka za samoistny organ postępowania upadłościowego. Zwolennikiem takiej koncepcji był K. Piasecki³¹. Podobny pogląd prezentował J. Korzonek, który uważał, że syndyk jest „samoistnym organem postępowania upadłościowego, organem, mającym swoją prawną podstawę w przepisach ustawy i ustanowieniu go przez sąd, a niezależnym ani od woli upadłego ani od woli wierzycieli”³². Jednocześnie jednak autor ten wskazywał, że syndyk jako organ postępowania upadłościowego jest organem sądu mającym w toku postępowania dbać w równej mierze o interesy wierzycieli i upadłego³³.

Przedstawione wyżej teorie stały się podstawą różnych poglądów określanych mianem teorii mieszanych. Ich istota sprowadza się do przyjęcia, że syndyk jest organem powołanym przez sąd i jednocześnie zastępcą wszystkich zainteresowanych.

Na gruncie prawa upadłościowego z 1934 zwolennikiem takiej teorii był M. Allerhand, który uważał, że syndyk nie jest organem sądowym, a jedynie organem ustanowionym przez sąd w celu realizacji określonych obowiązków

²⁹ Z. Świeboda, Odpowiedzialność porządkowa i odszkodowawcza syndyka masy upadłości, PS 1997, nr 3, s. 20 i nast.

³⁰ J. Jacyszyn, Syndyk masy upadłości, Rejent z 1993r., nr 3-4, s. 38 i nast.

³¹ K. Piasecki, Prawo upadłościowe, Prawo o postępowaniu układowym, Bankowe postępowanie ugodowe wraz z komentarzami oraz ochrona roszczeń pracowniczych, międzynarodowe aspekty upadłości, Bydgoszcz 1994, s. 91

³² J. Korzonek, Prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowym Bydgoszcz, tom II, s. 9

³³ J. Korzonek, Prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowym Bydgoszcz, s. 38-39

publicznoprawnych. Jednocześnie jednak, zdaniem autora, syndyk jest zastępcą wszystkich osób zainteresowanych, a więc upadłego i ogółu wierzycieli³⁴.

Podobne poglądy prezentował P. Pogonowski. Zdaniem P. Pogonowskiego syndyk jest wiodącym, wykonawczym, sądowym organem postępowania upadłościowego powoływanym przez sąd upadłościowy. Jednocześnie jednak autor ten wskazuje, że „podejmując czynności procesowe za upadłego, syndyk działa jak jego przedstawiciel-zastępca pośredni, jest stroną w znaczeniu procesowym w tych postępowaniach i jest zbliżony w swej charakterystyce do kuratora procesowego”. Z kolei „podejmując działania dotyczące majątku upadłego, status syndyka, zbliża się do zarządcy (kuratora) wydzielonej masy majątkowej, jaką jest majątek wchodzący w skład masy upadłości, który realizuje zadania nałożone na niego przepisami prawa”³⁵.

Pod rządami ustawy – prawo upadłościowe i naprawcze większe poparcie w literaturze zyskała teoria organu. A. Świderek wskazuje, że „niewątpliwie aktualnie obowiązująca ustawa przyjmuje teorię organu poprzez kwalifikacje syndyka jako dokonującego czynności w sprawach dotyczących masy upadłości na rachunek upadłego tj. z bezpośrednimi skutkami dla upadłego, lecz w imieniu własnym (art. 160 ust. 1 p.u.n.)³⁶.

2.8.1.2. Syndyk

Dokonując obecnie analizy pozycji prawnej syndyka należy jednoznacznie stwierdzić, że jest ona określona w ustawie - prawo upadłościowe i jest ukształtowana przez przepisy dotyczące:

- powoływania i odwoływania syndyka,
- zakresu zadań syndyka i sposobu wykonywania tych zadań,
- wynagrodzenia syndyka,
- odpowiedzialności syndyka.

³⁴ M. Allerhand, Prawo upadłościowe, Komentarz, Bielsko–Biała 1991, s. 262-263

³⁵ P. Pogonowski, Organy postępowania upadłościowego, Warszawa 2001, s. 194-195

³⁶ A. Świderek [w:] Prawo upadłościowe i naprawcze pod redakcją D. Zienkiewicz, Komentarz, Warszawa 2004r., s. 296

Analiza tych przepisów i odniesienie ich do funkcjonujących w doktrynie teorii dotyczących pozycji prawnej syndyka pozwoli na podjęcie próby skonstruowania definicji teoretycznej wyjaśniającej istotę i charakter prawny syndyka. To z kolei pozwoli na ustalenie, jaki jest charakter funkcji, do wykonywania której uprawnia licencja doradcy restrukturyzacyjnego.

Istotne znaczenie dla określenia pozycji prawnej syndyka ma fakt, że podstawą wykonywania przez syndyka powierzonej mu funkcji urzędowej jest postanowienie sądu lub sędziego komisarza. Powołanie syndyka orzeczeniem sądu lub sędziego komisarza nie oznacza zawarcia umowy o pracę - brak jest bowiem jakiegokolwiek podległości służbowej czy zależności od kogokolwiek poza wyraźnie określonymi kompetencjami sądu lub sędziego komisarza³⁷. Syndyk w ramach sprawowanego urzędu nie jest pracownikiem sądu.

Powołanie syndyka nie oznacza również, nawet dorozumianego, zawarcia jakiegokolwiek innej umowy cywilnej. Do działalności syndyka nie można więc w drodze analogii stosować przepisów o umowie zlecenia, umowie o dzieło itd. Powołanie syndyka postanowieniem sądu wyklucza jakąkolwiek więź prawną pomiędzy syndykiem, a wierzycielami, upadłym lub masą upadłości. Syndyk nie podlega wierzycielom ani upadłemu i nie ma prawa pobierać od nich jakichkolwiek świadczeń³⁸.

Zgodnie z art. 156 ust 1 p.u. syndyka powołuje się w razie ogłoszenia upadłości, przy czym zgodnie z art. 51 ust. 1 pkt 6 p.u. wyznaczenie syndyka następuje w postanowieniu o ogłoszeniu upadłości. Jest to podstawowy sposób powołania syndyka. Powołanie na stanowisko syndyka następuje również w razie zmiany lub śmierci poprzedniego syndyka (art. 170 ust. 3 i 4 p.u.) oraz odwołania poprzedniego syndyka (art. 172 ust. 2 p.u.).

Syndykiem może zostać wyznaczony podmiot prywatny, który spełnia wskazane w prawie upadłościowym warunki. Zgodnie z art. 157 ust. 1 p.u. funkcję syndyka może pełnić osoba fizyczna, która posiada pełną zdolność do czynności

³⁷ Tak, pod rządami pr.upadł., nadal aktualnie, P. Pogonowski, *Czynności syndyka w postępowaniu upadłościowym. Zagadnienia wstępne*, Pr.sp. 2002, nr 9 s. 53 i nast. Przeciwny pogląd reprezentuje K. Korzan, *Stanowisko prawne syndyka masy upadłości i jego kwalifikacje*, PPH 1993, nr 5, s. 8 i nast.

³⁸ tak stanowczo, S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze, Komentarz*, Warszawa 2004r., s. 520

prawnych i licencję doradcy restrukturyzacyjnego. Funkcję syndyka może również pełnić spółka handlowa, której wspólnicy ponoszący odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem albo członkowie zarządu reprezentujący spółkę posiadają licencję, o której mowa w ust. 1 (ust. 2). Zgodnie z art. 157 ust. 6 p.u., jeżeli ustawa wymaga, aby osoba wyznaczona do pełnienia funkcji syndyka posiadała także tytuł kwalifikowanego doradcy restrukturyzacyjnego, funkcję syndyka może również pełnić spółka handlowa, której wspólnicy ponoszący odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem albo członkowie zarządu reprezentujący spółkę posiadają także tytuł kwalifikowanego doradcy restrukturyzacyjnego.

Powołanie syndyka postanowieniem sądu ma m.in. ten skutek, że z chwilą wydania postanowienia syndyk ma prawo i obowiązek wykonywania zadań powierzonych mu przez ustawę. Powołanie na stanowisko syndyka osoby, która nie spełnia wymaganych przepisami warunków jest ważne i skuteczne dopóki nie zostanie wzruszone w trybie procesowym.

Dla oceny charakteru prawnego syndyka najistotniejsze znaczenie ma ustalenie zakresu zadań przypisanych syndykowi przez prawo upadłościowe.

Zadania syndyka w postępowaniu upadłościowym w sposób ogólny określa art. 173 p.u., zgodnie z którym syndyk niezwłocznie obejmuje majątek upadłego, zarządza nim, zabezpiecza go przed zniszczeniem, uszkodzeniem lub zabránieniem przez osoby postronne oraz przystępuje do jego likwidacji.

Podstawowymi zadaniami syndyka jest więc zarządzanie majątkiem masy upadłości i likwidacja tego majątku³⁹ co pozwala określić syndyka jako zarządcę majątku upadłego.

Pojęcie „zarządu majątkiem” nie ma definicji ustawowej. W nauce i orzecznictwie przyjmuje się, że termin zarząd obejmuje wszystkie czynności dotyczące zarządzanego mienia. Są to nie tylko czynności prawne, ale również czynności faktyczne i czynności podejmowane w postępowaniach sądowych i

³⁹ Czynności likwidacji majątku masy upadłości, a więc rozporządzanie tym majątkiem mieszczą się w pojęciu zarządu, ale prawo upadłościowe i naprawcze wyraźnie je wyodrębnia jako osobną grupę czynności – por. szerzej rozdział IV, punkt I

administracyjnych⁴⁰. W ramach zarządu majątkiem wchodzącym w skład masy upadłości syndyk dokonuje więc szeregu czynności faktycznych, materialnoprawnych i procesowych. Czynności dotyczących masy upadłości syndyk dokonuje na rachunek upadłego ale w imieniu własnym (art. 160 ust. 1 p.u.). Podobne uregulowanie zawiera art. 144 ust. 2 p.u., zgodnie z którym postępowania sądowe i administracyjne dotyczące masy upadłości syndyk prowadzi na rzecz upadłego ale w imieniu własnym.

Zadania syndyka w postępowaniu upadłościowym nie ograniczają się jednak wyłącznie do zarządu i likwidacji masy upadłości, ale są szersze. W szczególności, należy zauważyć, że zmierzając do zrealizowania podstawowego celu postępowania upadłościowego jakim jest zaspokojenie wierzycieli, syndyk sporządza listę wierzytelności (art. 244 p.u.), a następnie sporządza i składa sędziemu komisarzowi plan podziału funduszy masy upadłości (art. 347 ust. 1 p.u.). Czynności te wykraczają poza zakres czynności zarządu majątkiem⁴¹. Syndyk dokonuje również czynności procesowych dotyczących funkcjonowania rady wierzycieli oraz zgromadzenia wierzycieli, zawiadamia o ogłoszeniu upadłości wierzycieli i instytucje, a po ukończeniu postępowania upadłościowego składa wnioski o wykreślenie upadłego z Krajowego Rejestru Sądowego.

Dodatkowo należy podkreślić, że syndyk może działać jako rzecznik interesu publicznego. Tak jest wówczas gdy syndyk, w trybie art. 376 ust. 1 p.u., składa wnioski o wszczęcie postępowania w przedmiocie orzeczenia wobec danej osoby pozbawienia na okres od jednego do dziesięciu lat prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek lub w ramach spółki cywilnej oraz pełnienia funkcji zarządcy sukcesyjnego, członka rady nadzorczej, członka komisji rewizyjnej, reprezentanta lub pełnomocnika osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą w zakresie tej działalności, spółki handlowej, przedsiębiorstwa państwowego, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszenia. Te czynności syndyka swoim

⁴⁰ Tak, uchwała SN z dnia 10 kwietnia 1991r., III CZP 76/90, OSNP z 1991r., nr 10-12, poz. 117, S. Rudnicki [w:] Komentarz do k.c. , księga II, s. 197

⁴¹ Tak, pod rządami prawa upadłościowego z 1934r., nadal aktualnie, J. Korzonek, Prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowym, Bydgoszcz, bez daty wydania, tom II, s. 10 oraz pod rządami ustawy – prawo upadłościowe i naprawcze S. Gurgul, Prawo upadłościowe i naprawcze, Komentarz, Warszawa 2004r., s. 521

charakterem są zbliżone do czynności prokuratora, działającego w postępowaniu w imieniu własnym, ale w interesie społecznym.

Syndyk nie jest więc wyłącznie zarządcą majątku wchodzącego w skład masy upadłości.

Jak wskazano wyżej, zgodnie z art. 160 ust. 1 i 144 ust. 2 p.u. w sprawach dotyczących masy upadłości syndyk dokonuje czynności na rachunek upadłego lecz w imieniu własnym. Stworzona w tym artykule konstrukcja prawna odpowiada konstrukcji zastępcy pośredniego. Należy więc rozważyć czy syndyk jest zastępcą pośrednim upadłego.

Zastępca pośredni to osoba, która dokonuje czynności prawnej we własnym imieniu ale na cudzy rachunek. To, że zastępca pośredni dokonuje czynności prawnej we własnym imieniu oznacza, że skutki tej czynności, polegające na nabyciu praw lub zaciągnięciu zobowiązań dotyczą jego sfery majątkowej. Działa on jednak na cudzy rachunek co oznacza, że w ostatecznym rozliczeniu skutki te powinny być przeniesione na inną osobę (zastąpionego). Z osobą tą zastępca pozostaje z reguły w oddzielnym stosunku umownym (stosunku wewnętrznym), na podstawie którego jest zobowiązany przenieść na tę osobę nabyte dla niej prawa, z kolei zaś ta osoba jest zobowiązana przejąć zaciągnięte zobowiązania⁴². W wyniku działania zastępcy jego kontrahent (osoba trzecia) może od razu nabyć prawo własności przysługujące do tej pory zastąpionemu. Zagadnienie to wyjaśnia koncepcja upoważnienia do wykonywania we własnym imieniu cudzego prawa majątkowego⁴³. W myśl tej koncepcji zastępca jest upoważniony do wykonywania we własnym imieniu prawa własności przysługującego zastąpionemu. Wykonując to upoważnienie zastępca doprowadza do utraty prawa własności przez zastąpionego i nabycia tego prawa przez jego kontrahenta. W ramach tej operacji nie dochodzi do powstania stosunku cywilnoprawnego pomiędzy zastąpionym, a kontrahentem zastępcy⁴⁴.

⁴² M. Pazdan [w:] System prawa cywilnego, Prawo cywilne, część ogólna, tom 2, pod redakcją Z. Radwańskiego, s. 466

⁴³ A. Kędzierska-Cieślak, Komis (Zagadnienia cywilnoprawne), Warszawa 1973., s 41 i nast.

⁴⁴ M. Pazdan [w:] System prawa cywilnego, Prawo cywilne, część ogólna, tom 2, pod redakcją Z. Radwańskiego, s. 466

Syndyk nie jest jednak typowym zastępcą pośrednim upadłego gdyż regulację art. 160 ust. 1 i 144 ust. 2 p.u. uzupełniają inne przepisy prawa upadłościowego, które mają pierwszeństwo przed ogólnymi zasadami. Zgodnie z art. 372 ust. 1 p.u. zmiany stosunków prawnych dokonane na podstawie przepisów ustawy obowiązują upadłego i drugą stronę również po umorzeniu lub zakończeniu postępowania upadłościowego. Zgodnie z art. 372 ust. 2 p.u. powyższą zasadę stosuje się również odpowiednio w razie uchylecia postępowania upadłościowego, z tym że :

- upadły może cofnąć wypowiedzenie umów dokonane przez syndyka albo zarządcę jeżeli nie upłynął termin wypowiedzenia,
- upadły może w terminie miesiąca od dnia ogłoszenia albo doręczenia postanowienia, którym uchylono postępowanie, odstąpić od umów zawartych przez syndyka albo zarządcę, jeżeli umowa przez nich zawarta nie została wykonana albo została wykonana częściowo.

Ponadto jak już wskazano wyżej, syndyk dokonuje również czynności, które nie dotyczą masy upadłości, np. syndyk składa wnioski o wykreślenie upadłego podmiotu z Krajowego Rejestru Sądowego, syndyk składa też wnioski o wszczęcie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności cywilnej (art. 373 i nast. p.u.).

Ze wskazanych wyżej powodów uważam, że nie można uznać syndyka wyłącznie za zastępcę pośredniego upadłego.

Przedstawione wyżej uregulowania dotyczące czynności syndyka, które określają syndyka jako nietypowego zastępcę pośredniego upadłego pozwalają zdecydowanie odrzucić pogląd, że syndyk jest przedstawicielem upadłego lub wierzycieli. Istota przedstawicielstwa sprowadza się bowiem do tego, że czynności prawnej dokonuje przedstawiciel składając własne oświadczenie woli, z tym że czyni to w imieniu i z bezpośrednimi skutkami dla reprezentowanego⁴⁵. Syndyk, jak wyżej wskazano, dokonuje czynności na rachunek upadłego ale w imieniu własnym (art. 160 ust. 1 p.u. i art. 144 ust. 2 p.u.).

Pogląd, że syndyk nie jest przedstawicielem upadłego potwierdzają również następujące uregulowania. Upadły nie ma żadnego wpływu na powołanie syndyka, a

⁴⁵ M. Pazdan [w:] System prawa prywatnego, Prawo cywilne- część ogólna, tom 2, pod redakcją Z. Radwańskiego, Warszawa 2004., s. 456

w zasadzie nie ma również wpływu na czynności podejmowane przez syndyka i wysokość jego wynagrodzenia (oprócz możliwości składania środków zaskarżenia). Czynności podejmowane przez syndyka mogą być sprzeczne z interesami upadłego, czego nie da się pogodzić z zasadą przedstawicielstwa. Zakres uprawnień syndyka jest szerszy niż zakres uprawnień przysługujących upadłemu przed ogłoszeniem upadłości gdyż syndyk m.in. może zaskarżać czynności prawne upadłego bądź złożyć wniosek o wszczęcie postępowania w przedmiocie orzeczenia o odpowiedzialności cywilnej upadłego (art. 373 i nast. p.u.).

Syndyk nie jest również przedstawicielem wierzycieli, mimo że zgodnie z art. 2 p.u. winien prowadzić postępowanie upadłościowe, tak aby interesy wierzycieli zostały zaspokojone w jak najwyższym stopniu. Po pierwsze, trudno przyjąć, że syndyk reprezentuje nieskonkretyzowany ogół wierzycieli. Po drugie, wierzyciele, podobnie jak upadły, nie zlecają syndykowi dokonania jakichkolwiek czynności, nie mają wpływu na powołanie syndyka ani na ustalenie wysokości jego wynagrodzenia (za wyjątkiem możliwości składania środków zaskarżenia).

Z oczywistych względów nie można również przyjąć aby syndyk był przedstawicielem masy upadłości. Masa upadłości nie ma osobowości prawnej. Jest to określona przepisami prawa upadłościowego i naprawczego część majątku upadłego, a reprezentowanym przez przedstawiciela może być jedynie podmiot, a nie przedmiot prawa⁴⁶.

Ustalenie, że syndyk nie jest wyłącznie zarządcą masy upadłości, nie jest przedstawicielem upadłego, wierzycieli ani przedstawicielem masy upadłości, jak również, że nie jest typowym zastępcą pośrednim wskazuje, że odpowiedzi na pytanie kim jest syndyk w postępowaniu upadłościowym należy szukać w ramach teorii zajmowanego urzędu, a ściślej – teorii organu.

Wyznaczenie określonej osoby na stanowisko syndyka powoduje, że osoba ta staje się podmiotem postępowania upadłościowego powołanym do realizacji zadań

⁴⁶ por. na temat braku podmiotowości prawnej masy upadłości – D. Pawłyszczko, Podmioty gospodarcze- zagadnienia procesowe (III), PPH 1993, nr 10-11, s. 23

określonych przepisami prawa⁴⁷. Z tego względu stosunek pomiędzy osobą powołaną na stanowisko syndyka, a pozostałymi podmiotami postępowania upadłościowego tj. sądowymi organami postępowania (sądem i sędzią komisarzem) i uczestnikami postępowania (upadłym i wierzycielami) jest stosunkiem procesowym o treści określonej w prawie upadłościowym i naprawczym⁴⁸.

Podmioty postępowania cywilnego można, zgodnie z teorią W. Broniewicza, podzielić na dwie zasadnicze grupy różniące się między sobą zainteresowaniem wynikiem postępowania, a mianowicie:

- podmioty zainteresowane wynikiem postępowania czyli uczestnicy postępowania,
- podmioty niezainteresowane tym wynikiem czyli organy postępowania⁴⁹.

Syndyk jest podmiotem, który nie jest zainteresowany wynikiem postępowania upadłościowego. Według przedstawionej wyżej teorii syndyk jest więc organem postępowania upadłościowego, a nie jego uczestnikiem.

Teza ta znajduje również potwierdzenie w systematyce ustawy – prawo upadłościowe.

Prawo upadłościowe zawiera ogólne regulacje dotyczące syndyka masy upadłości w dziale II tytułu IV części pierwszej ustawy. W dziale pierwszym tego tytułu zostały zamieszczone uregulowania dotyczące sądu i sędziego komisarza, a więc sądowych organów postępowania upadłościowego. W dziale trzecim tego tytułu zawarte są normy dotyczące uczestników postępowania, a więc upadłego i wierzycieli w tym również zgromadzenia wierzycieli i rady wierzycieli. Takie usystematyzowanie przepisów dotyczących syndyka wskazuje, że ustawodawca nie zaliczył syndyka masy upadłości do uczestników postępowania upadłościowego.

⁴⁷ Przez podmiot postępowania, zgodnie z koncepcją W. Broniewicza, rozumiem, podmiot uprawniony do dokonywania czynności procesowych w postępowaniu - tak W. Broniewicz, Postępowanie cywilne w zarysie, Warszawa 1983, s. 8

⁴⁸ Przez stosunek procesowy, zgodnie z teorią W. Berutowicza, rozumiem stosunki społeczne, które zachodzą pomiędzy podmiotami postępowania cywilnego oraz między tymi podmiotami, a innymi osobami uczestniczącymi w postępowaniu ze względu na współprzyczynianie się do osiągnięcia celu postępowania cywilnego w danej sprawie, a przez uregulowanie ich przepisami prawa procesowego nadają przebiegowi postępowania charakter zorganizowany – tak. W. Berutowicz, Postępowanie cywilne w zarysie, Warszawa 1984r., s. 211

⁴⁹ W. Broniewicz, Postępowanie cywilne w zarysie, Warszawa 1983, s. 8

Trzeba również zauważyć, że ustawodawca wyraźnie wyodrębnił syndyka od sądowych organów postępowania upadłościowego, a więc sądu i sędziego komisarza. Wynika to z zasadniczej różnicy pomiędzy tymi podmiotami. Syndyk wykonując funkcje organu postępowania upadłościowego nie posiada uprawnień władczych, jak również nie posiada uprawnień do samodzielnego wydawania orzeczeń wiążących uczestników postępowania.

2.8.1.3. *Nadzorca i zarządca*

Zgodnie z art. 23 p.r. postępowanie restrukturyzacyjne prowadzi się z udziałem nadzorca, którym jest nadzorca układu albo nadzorca sądowy, albo zarządcy.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 p.r. nadzorcą albo zarządcą może być osoba fizyczna, która posiada pełną zdolność do czynności prawnych i licencję doradcy restrukturyzacyjnego wydaną na zasadach i w trybie określonych w ustawie z dnia 15 czerwca 2007 r. o licencji doradcy restrukturyzacyjnego, albo spółka handlowa, której wspólnicy ponoszący odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem albo członkowie zarządu reprezentujący spółkę posiadają taką licencję. Zgodnie z ust. 2 nadzorcą albo zarządcą nie może być osoba fizyczna albo spółka handlowa, która jest:

- 1) wierzycielem lub dłużnikiem dłużnika;
- 2) małżonkiem, wstępnym, zstępnym, jednym z rodzeństwa, powinowatym dłużnika lub jego wierzyciela w tej samej linii czy stopniu;
- 3) osobą pozostającą z dłużnikiem w stosunku przysposobienia lub małżonkiem tej osoby albo osobą pozostającą z dłużnikiem w faktycznym związku, prowadzącą z nim wspólnie gospodarstwo domowe;
- 4) lub była zatrudniona przez dłużnika na podstawie stosunku pracy albo wykonywała pracę lub świadczyła usługi na rzecz dłużnika na podstawie innego stosunku prawnego, z wyjątkiem wykonywania na rzecz dłużnika czynności doradztwa restrukturyzacyjnego, o których mowa w ustawie o licencji doradcy restrukturyzacyjnego;

- 5) ub była członkiem organu, prokurentem lub pełnomocnikiem dłużnika albo jest lub w okresie dwóch lat przed dniem złożenia wniosku restrukturyzacyjnego była wspólnikiem albo akcjonariuszem dłużnika posiadającym udziały albo akcje w wysokości wyższej niż 5% kapitału zakładowego dłużnika lub wierzyciela;
- 6) lub była spółką powiązaną z dłużnikiem lub jest lub była członkiem organu, prokurentem lub pełnomocnikiem takiej spółki albo jest lub w okresie dwóch lat przed dniem złożenia wniosku restrukturyzacyjnego była wspólnikiem albo akcjonariuszem posiadającym udziały albo akcje w wysokości wyższej niż 5% kapitału zakładowego spółki powiązanej z dłużnikiem.

Zgodnie z art. 24 ust. 6 p.r. jeżeli ustawa wymaga, aby osoba wyznaczona do pełnienia funkcji nadzorcy albo zarządcy posiadała także tytuł kwalifikowanego doradcy restrukturyzacyjnego, funkcję nadzorcy albo zarządcy może również pełnić spółka handlowa, której wspólnicy ponoszący odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem albo członkowie zarządu reprezentujący spółkę posiadają także tytuł kwalifikowanego doradcy restrukturyzacyjnego.

Nadzorca układu jest podmiotem, który pełni funkcję organu postępowania o zatwierdzenie układu. Funkcję tą pełni na podstawie umowy zawartej z dłużnikiem. Zgodnie z art. 35 ust. 1 p.r. w postępowaniu o zatwierdzenie układu nadzorca układu jest wybierany przez dłużnika i pełni swoją funkcję na podstawie umowy zawartej z dłużnikiem. Zawarcie umowy z nadzorcą układu nie ogranicza dłużnika w zarządzie jego majątkiem (art. 36 ust. 1 p.r.).

Nadzorca sądowy jest podmiotem, który pełni funkcję organu postępowania w przyspieszonym postępowaniu układowym oraz w postępowaniu, układowym. Zgodnie z art. 38 ust. 1 p.r. nadzorca sądowy jest powoływany przez sąd w postanowieniu o otwarciu przyspieszonego postępowania układowego lub postępowania układowego. Zgodnie z art. 38 ust. 2 p.r. na wniosek dłużnika, do którego dołączono pisemną zgodę wierzyciela lub wierzycieli mających łącznie więcej niż 30% sumy wierzytelności, z wyłączeniem wierzycieli, o których mowa w art. 80 ust. 3 oraz art. 116, sąd, w postanowieniu o otwarciu przyspieszonego postępowania układowego lub postępowania układowego, powołuje do pełnienia funkcji nadzorcy

sądowego osobę spełniającą wymogi, o których mowa w art. 24, wskazaną przez dłużnika. Sąd może odmówić powołania wskazanej osoby, jeżeli zachodzą uzasadnione przyczyny, w szczególności jeżeli jest oczywiste, że wskazana osoba nie daje rękojmi należytego wykonywania obowiązków. Istotą funkcji nadzorcy sądowego jest fakt, że jego występowanie w postępowaniu ogranicza dłużnika w możliwości dokonywania czynności dotyczących majątku. Zgodnie z art. 39 ust. 1 p.r. po powołaniu nadzorcy sądowego dłużnik może dokonywać czynności zwykłego zarządu. Na dokonanie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu wymagana jest zgoda nadzorcy sądowego, chyba że ustawa przewiduje zezwolenie rady wierzycieli. Zgoda może zostać udzielona również po dokonaniu czynności w terminie trzydziestu dni od dnia jej dokonania. Czynność przekraczająca zakres zwykłego zarządu dokonana bez wymaganej zgody, jest nieważna. Można więc uznać, że nadzorca sądowy jest organem postępowania, który sprawuje nadzór nad sprawami i majątkiem dłużnika w szczególności poprzez wyrażanie zgody na dokonywanie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu.

Zarządca jest powoływany przez sąd w postanowieniu o otwarciu postępowania sanacyjnego. Zgodnie z art. 51 ust. 1a oraz 1b p.r. sąd powołuje zarządcę, biorąc pod uwagę liczbę spraw, w których osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego albo spółka handlowa pełni funkcję nadzorcy sądowego lub zarządcy w innych postępowaniach restrukturyzacyjnych lub syndyka w postępowaniach upadłościowych, a także jej doświadczenie i dodatkowe kwalifikacje.

Zgodnie z art. 51 ust. 2 p.r. na wniosek dłużnika, do którego dołączono pisemną zgodę wierzyciela lub wierzycieli mających łącznie więcej niż 30% sumy wierzytelności, z wyłączeniem wierzycieli, o których mowa w art. 80 ust. 3 oraz art. 116, sąd, w postanowieniu o otwarciu postępowania sanacyjnego, powołuje do pełnienia funkcji zarządcy osobę spełniającą wymogi, o których mowa w art. 24, wskazaną przez dłużnika. Sąd może odmówić powołania wskazanej osoby, jeżeli zachodzą uzasadnione przyczyny, w szczególności jeżeli jest oczywiste, że wskazana osoba nie daje rękojmi należytego wykonywania obowiązków.

Zakres czynności zarządcy określa art. 52 p.r. Zarządca niezwłocznie obejmuje zarząd masą sanacyjną, zarządza nią, sporządza spis inwentarza wraz z oszacowaniem oraz sporządza i realizuje plan restrukturyzacyjny.

Zgodnie z art. 53 ust. 1 p.r. w sprawach dotyczących masy sanacyjnej zarządca dokonuje czynności w imieniu własnym na rachunek dłużnika. Ponadto, zarządca nie odpowiada za zobowiązania zaciągnięte w sprawach dotyczących masy sanacyjnej (art. 53 ust. 2 p.r.). Powyższe regulacje wskazują, że pozycja prawna zarządcy w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest ukształtowana na wzór pozycji prawnej syndyka w postępowaniu upadłościowym. Zarządca jest więc pozasądowym organem postępowania restrukturyzacyjnego, który będą zastępcą pośrednim dłużnika zarządza masą sanacyjną oraz dokonuje innych czynności w postępowaniu.

2.8.1.4. Zarządca w egzekucji przez zarząd przymusowy

Osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego może również pełnić funkcję zarządcy ustanawianego w toku egzekucji przez zarząd przymusowy z przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego.

Zgodnie z art. 1064¹⁰ § 1 k.p.c. sąd powołuje na zarządcę osobę fizyczną lub prawną wskazaną przez strony spośród osób posiadających licencję doradcy restrukturyzacyjnego. W wypadku braku porozumienia stron zarządcę wyznacza samodzielnie sąd spośród osób posiadających licencję doradcy restrukturyzacyjnego. Zasady te stosuje się odpowiednio przy zmianie lub odwołaniu zarządcy.

Zgodnie z art. 1064¹ § 2 k.p.c. do omawianego zarządu stosuje się odpowiednio przepisy o zarządzie w toku egzekucji z nieruchomości.

Zgodnie ze stosowanym odpowiednio art. 934 k.p.c., po ustanowieniu zarządcy komornik wzywa wskazane przez wierzyciela osoby, aby przypadające od nich tak zaległe, jak i przyszłe świadczenia, które stanowią dochód z przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego uiszczają do rąk zarządcy. W wezwaniu należy uprzedzić, że uiszczenie do rąk dłużnika będzie bezskuteczne w stosunku do wierzyciela egzekwującego. Zarządca obowiązany jest wykonywać czynności

potrzebne do prowadzenia prawidłowej gospodarki. Ma on prawo pobierać zamiast dłużnika wszelkie pożytki z przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, spieniężać je w granicach zwykłego zarządu oraz prowadzić sprawy, które przy wykonywaniu takiego zarządu okażą się potrzebne. W sprawach wynikających z zarządu przedsiębiorstwem lub gospodarstwem rolnym zarządca może pozywać i być pozywany. Zarządcy wolno zaciągać tylko takie zobowiązania, które mogą być zaspokojone z dochodów z przedsiębiorstwa albo gospodarstwa rolnego i są gospodarczo uzasadnione. Czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu zarządca może wykonywać tylko za zgodą stron, a w razie jej braku - za zezwoleniem sądu, który przed wydaniem postanowienia wysłuchuje wierzyciela, dłużnika i zarządcę, chyba że zwłoka groziłaby szkodą (art. 935 k.p.c.).

Zarządca składa sądowi w wyznaczonych terminach, co najmniej raz w roku, oraz po ukończeniu zarządu sprawozdania ze swych czynności, a także udokumentowane sprawozdania rachunkowe. Sąd po wysłuchaniu wierzycieli, dłużnika i zarządcy oraz po rozpatrzeniu sprawozdań, a zwłaszcza przedstawionych w nich pozycji rachunkowych, zatwierdza sprawozdania zarządcy albo odmawia ich zatwierdzenia w całości lub w części (art. 937 k.p.c.).

Zarządca odpowiada za szkodę wyrządzoną na skutek nienależytego wykonywania obowiązków (art. 938 § 1 k.p.c.).

Zarządca może żądać wynagrodzenia oraz zwrotu wydatków, które w związku z zarządem poniósł z własnych funduszy. Wysokość wynagrodzenia sąd określa odpowiednio do nakładu pracy i dochodowości nieruchomości. Roszczeń o wynagrodzenie za sprawowanie zarządu i o zwrot poniesionych w związku z zarządem wydatków nie można dochodzić powództwem. Zarządca traci roszczenia, jeżeli ich nie zgłosił w ciągu miesiąca po ustąpieniu z zarządu lub po jego ustaniu (art. 939 k.p.c.).

Obowiązki zarządcy przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego są szersze niż obowiązki zarządcy nieruchomości w przypadku egzekucji z nieruchomości. W szczególności, zgodnie z art. 1064¹¹ § 1 k.p.c., w uzasadnionych wypadkach zarządca może sprzedać nieruchomości, ruchomości lub prawa wchodzące w skład zarządzanego przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego w części przekraczającej

zakres zwykłego zarządu oraz oddać je w najem lub dzierżawę wyłącznie za zgodą sądu. W razie zarządzenia sprzedaży sąd określa warunki sprzedaży. Do wyceny sprzedawanych składników majątkowych sąd może powołać biegłego. Przepis ten stosuje się również do rozwiązania umowy najmu lub dzierżawy oraz do obciążenia zarządzanego majątku hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym oraz przewłaszczeniem.

Ponadto, zgodnie z art. 1064¹³ § 1 k.p.c., zarządca sporządza plan podziału sumy uzyskanej z egzekucji. Zadania zarządcy przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego częściowo są więc zbliżone do zadań powierzonych syndykowi w postępowaniu upadłościowym oraz zadań zarządcy w postępowaniu restrukturyzacyjnym. Zasadnicza różnica polega na tym, że zadania syndyka i zarządcy w postępowaniu restrukturyzacyjnym są znacznie szersze (np. do zadań syndyka i zarządcy należy ustalenie listy wierzycieli bądź spisu wierzycieli, które po zatwierdzeniu przez sędziego-komisarza określają krąg wierzycieli uprawnionych do uczestniczenia w postępowaniu upadłościowym bądź postępowaniu restrukturyzacyjnym), a ich pozycja bardziej samodzielna i niezależna.

2.8.2. Czynności doradztwa restrukturyzacyjnego

Zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy o licencji osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego może ponadto wykonywać czynności doradztwa restrukturyzacyjnego. Zgodnie z art. 2 ust. 3 ustawy czynności doradztwa restrukturyzacyjnego obejmują udzielanie porad, opinii i wyjaśnień oraz świadczenie innych usług z zakresu restrukturyzacji i upadłości.

Czynności z zakresu doradztwa restrukturyzacyjnego są wykonywane na podstawie umowy pomiędzy doradcą restrukturyzacyjnym, a klientem. Ustawa posługuje się zwrotem „świadczenie usług”. Jest więc oczywiste, że naturalnym rodzajem umowy o wykonywanie czynności z zakresu doradztwa restrukturyzacyjnego będzie umowa o świadczenie usług, do której odpowiednio stosuje się przepisy o umowie zlecenia. Wydaje się, że charakter czynności wskazanych w art. 2 ust. 3 tj. udzielanie porad, opinii i wyjaśnień jasno wskazuje, że dla prawidłowego wykonywania tych czynności niezbędne jest zapewnienie doradcy

restrukturyzacyjnemu pełnej niezależności. Powoduje to, że konieczne jest postawienie pytania czy dopuszczalne jest wykonywanie czynności doradztwa restrukturyzacyjnego w ramach stosunku pracy. Mimo pewnych wątpliwości w tym zakresie należy opowiedzieć się za swobodą wyboru formy w jakiej będą wykonywane czynności doradcy restrukturyzacyjnego. Czynności w ramach stosunku pracy może wykonywać np. radca prawny, doradca podatkowy oraz biegły rewident. Kwestie te, co jest szczegółowo omówione w dalszej części opracowania, są wyraźnie uregulowane w ustawie. Jednocześnie ustawodawca w określony sposób gwarantuje tym podmiotom wymagany zakres niezależności. Należy uznać, że analogiczne regulacje powinny zostać przyjęte w ustawie o licencji doradcy restrukturyzacyjnego.

Zakres działań, które można określić jako czynności z zakresu doradztwa restrukturyzacyjnego jest bardzo szeroki. W literaturze w zasadzie nie wskazuje się chociaż przykładowego katalogu tych czynności.

Częściowo opis czynności doradztwa restrukturyzacyjnego został wskazany w § 18 (1) i (2) Kodeksu Etyki Doradcy Restrukturyzacyjnego przyjętym przez Krajową Izbę Doradców Restrukturyzacyjnych⁵⁰. Zgodnie z § 18 (1) „doradca restrukturyzacji świadczy pomoc prawną oraz techniczną w zakresie restrukturyzacji i upadłości. Pomoc prawną polega w szczególności na udzielaniu porad i konsultacji prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, badaniu stanu prawnego dłużnika, zastępstwie prawnym i procesowym w sprawach restrukturyzacyjnych i upadłościowych. Pomoc techniczna polega w szczególności na opracowywaniu planów restrukturyzacji, projektów regulaminów działań, zaleceń optymalizacyjnych dotyczących przedsiębiorstwa dłużnika. Zgodnie z § 18(2) doradca restrukturyzacyjny występuje w charakterze pełnomocnika w postępowaniu przed, sądami i organami orzekającymi w sprawach restrukturyzacyjnych i upadłościowych, z wyjątkiem występowania w charakterze pełnomocnika w postępowaniu karnym i postępowaniu karnym skarbowym

Przeгляд stron internetowych różnych, losowo, wybranych podmiotów, które określają się jako doradcy restrukturyzacyjni świadczący usługi z zakresu doradztwa

⁵⁰ <http://kidr.pl/wp-content/uploads/2016/01/KODEKS-ETYKI-Doradcy-Restrukturyzacyjnego.pdf>

restrukturyzacyjnego pozwala stworzyć listę czynności, które mieszczą się w pojęciu czynności doradztwa restrukturyzacyjnego. Są to m.in.:

- a) usługi analiz poprzedzających restrukturyzację: analiza finansowa, prawna oraz podatkowa;
- b) doradztwo w zakresie strategii restrukturyzacyjnej;
- c) audyt przedsiębiorstw (ustalenie obszarów zdolnych do restrukturyzacji);
- d) weryfikowanie przesłanek do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego lub ogłoszenie upadłości w tym przeprowadzenia przygotowanej likwidacji na podstawie ustawy Prawo upadłościowe;
- e) badanie negatywnych przesłanek restrukturyzacji (czynności bezskutecznych dłużnika);
- f) doradztwo w procedurze wyboru postępowania restrukturyzacyjnego spośród: postępowania o zatwierdzenie układu, przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego, postępowania sanacyjnego;
- g) przygotowanie wniosków o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego;
- h) przygotowanie planu restrukturyzacji obejmującego m.in.: opis spółki, opis rynku, analizę sytuacji finansowej dłużnika, proponowaną strategię, planowane środki restrukturyzacyjne i ich harmonogram, metody i źródła finansowania; opracowanie modelu finansowego zawierającego prognozy finansowe będące podstawą opracowania planu restrukturyzacyjnego;
- i) reprezentowanie uczestników w postępowaniach restrukturyzacyjnym i upadłościowym;
- j) tworzenie propozycji układowych, ocena możliwości wykonania określonych propozycji układowych;
- k) określanie kryteriów wyodrębnienia w układzie częściowym;
- l) sporządzenie testu prywatnego wierzyciela lub testu prywatnego inwestora;
- m) doradztwo w zakresie procedury ustalania planu spłat;
- n) doradztwo transakcyjne oraz pomoc w uzyskaniu finansowania i pomocy publicznej;
- o) pomoc w negocjacjach warunków restrukturyzacji wierzycieli instytucji finansowych i innych wierzycieli;
- p) negocjacje z bankami i innymi instytucjami finansowymi; wypracowanie kluczowych warunków stand-still;

- q) pomoc w poszukiwaniu nowych źródeł finansowania wspierających płynność spółki;
- r) wycena akcji, udziałów lub majątku przeznaczonego do sprzedaży;
- s) kontrola i okresowy monitoring działalności dłużnika;
- t) identyfikacja aktywów, które mogą być przeznaczone do sprzedaży;
- u) wykorzystanie procesu restrukturyzacji do ograniczenia potencjalnych zaległości podatkowych;
- v) pomoc w zbyciu składników majątkowych w sposób efektywny podatkowo;
- w) wsparcie ekonomiczno-prawne oraz procesowe dla tych wierzycieli, których dłużnik stał się niewypłacalny.

Wskazany wyżej, przykładowy, katalog czynności pokazuje, że czynności doradztwa restrukturyzacyjnego obejmują:

- a) czynności z zakresu pomocy prawnej,
- b) czynności z zakresu doradztwa podatkowego;
- c) czynności z zakresu rewizji finansowej;
- d) czynności z zakresu analizy majątku.

Ponadto, zgodnie z art. 87 § 1 k.p.c. osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego może być również pełnomocnikiem w postępowaniu sądowym w sprawach restrukturyzacji i upadłości. W ten sposób, ustawodawca wyraźnie wskazał, że doradca restrukturyzacyjny w zakresie doradztwa restrukturyzacyjnego może nie tylko wykonywać czynności pozasądowe ale może również być pełnomocnikiem w postępowaniach sądowych.

Tak więc, okazuje się, że w zakresie wykonywania czynności doradztwa restrukturyzacyjnego zawód doradcy restrukturyzacyjnego jest podobny do zawodu radcy prawnego, adwokata, doradcy podatkowego, biegłego rewidenta czy też rzeczoznawcy majątkowego. Co więcej, w istocie rzeczy zawód doradcy restrukturyzacyjnego wymaga łączenia umiejętności i wiedzy z zakresu różnych dziedzin prawa i ekonomii. Czynności doradztwa restrukturyzacyjnego są więc zdecydowanie szersze, bardziej wszechstronne niż czynności przedstawicieli innych zawodów, którzy są z reguły ograniczeni do doradztwa w zakresie jedynie jednej sfery działalności dłużnika (obsługa prawna, podatki, wycena majątku). Uzasadnia to

przede wszystkim postulat, aby dokonać analizy i weryfikacji przepisów regulujących zawód doradcy restrukturyzacyjnego dążąc do zapewnienia najwyższej jakości świadczonych usług. W tym celu niezbędne jest stworzenie samorządu zawodowego doradców restrukturyzacyjnych, który podobnie jak inne samorzady zawodowe będzie kształtował właściwe, najwyższe standardy wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego.

3. Zawód doradcy restrukturyzacyjnego jako wolny zawód, zawód regulowany oraz zawód zaufania publicznego

3.1. Pojęcie zawodu

„Zawód” jest to wyuczona umiejętność prowadzenia pewnej działalności, przynoszącej dochód materialny⁵¹. Zgodnie z art. 65 ust. 1 Konstytucji RP każdemu zapewnia się wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy. Wyjątki określa ustawa. „Treścią wolności wykonywania zawodu jest stworzenie sytuacji prawnej, w której: po pierwsze, każdy mieć będzie swobodny dostęp do wykonywania zawodu, uwarunkowany tylko talentem i kwalifikacjami; po drugie, mieć będzie rzeczywistą możliwość wykonywania swojego zawodu; po trzecie, nie będzie przy wykonywaniu zawodu poddany rygorom podporządkowania, które charakteryzują stosunek pracy”⁵². W konsekwencji, Konstytucja w art. 65 wyraźnie odróżnia „wykonywanie zawodu” od „pracy”.

Wskazane w tytule niniejszego rozdziału pojęcia „wolnego zawodu”, „zawodu regulowanego” oraz „zawodu zaufania publicznego” nie mają definicji ustawowej. W literaturze wskazuje się, że są to zawody polegające na wykonywaniu profesjonalnych usług, których wykonywanie wymaga posiadania specjalistycznej

⁵¹ P. Sarnecki [w:] L. Garlicki (red.), M. Zubik (red.), M. Derlatka, K. Działocha, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, J. Trzciński, M. Wiącek, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I, 2016, komentarz do art. 17.

⁵² wyrok TK z 19 października 1999 r., SK 4/99, pkt III.3; wyrok K 36/06, pkt III.2, wyrok z 23 czerwca 2005 r., K 17/04, pkt III.6.

wiedzy, potwierdzonej stosownymi certyfikatami zawodowymi oraz których wykonywanie nie jest związane z podwładnością służbową⁵³.

3.2. Wolny zawód

Pojęcie wolny zawód odnosi się do zawodu wykonywanego na podstawie odpowiedniego wykształcenia, samodzielnie i na własną odpowiedzialność w sposób niezależny zawodowo, w celu oferowania usług intelektualnych lub koncepcyjnych w interesie klienta lub w interesie publicznym⁵⁴. Innymi słowy, wolny zawód jest wyspecjalizowaną profesją, która wykonywana jest w określony sposób i tym m.in. różni się od innych zawodów. Jej specyfika nadaje wykonywanym czynnościom zawodowym indywidualny kształt, co powoduje, że może być ona uznawana za wyjątkową działalność zawodową. Ta wyjątkowość oznacza również, że wykonywanie wolnego zawodu należy do swego rodzaju "posłannictwa zawodowego", opartego na szczególnych wymogach w zakresie kwalifikacji zawodowych oraz cech charakteru osób wykonujących ten zawód⁵⁵.

W polskim prawie pojęcie wolnego zawodu po raz pierwszy pojawiło się w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks Handlowy. Artykuł 3 Kodeksu Handlowego stanowił bowiem, że wykonywanie zawodu wolnego samo przez się nie jest przedsiębiorstwem zawodowym. Obecnie pojęcie to występuje w art. 3 pkt 9) ordynacji podatkowej⁵⁶, zgodnie z którym wykonywanie wolnego zawodu stanowi działalność gospodarczą. Pojęcie wolny zawód występuje również w art. 86 § 1 k.s.h., zgodnie z którym spółką partnerską jest spółka osobowa, utworzona przez wspólników (partnerów) w celu wykonywania wolnego zawodu w spółce prowadzącej przedsiębiorstwo pod własną firmą. Zgodnie z art. 88 partnerami w spółce mogą być osoby uprawnione do wykonywania następujących zawodów: adwokata, aptekarza, architekta, inżyniera budownictwa,

⁵³ Tak, A. Krasnowolski, Zawody zaufania publicznego, zawody regulowane oraz wolne zawody. Geneva, funkcjonowanie i aktualne problemy, Kancelaria Senatu, Zespół Analiz i Opracowań Tematycznych, OT-625, listopad 2013, s. 3.

⁵⁴ Tak, A. Krasnowolski, Zawody zaufania publicznego, zawody regulowane oraz wolne zawody. Geneva, funkcjonowanie i aktualne problemy, Kancelaria Senatu, Zespół Analiz i Opracowań Tematycznych, OT-625, listopad 2013, s. 3.

⁵⁵ J. Jacyszyn, Wolny zawód w doktrynie prawa, Rejent 2016, nr 9, s. 112.

⁵⁶ T.j. Dz. U. z 2019r., poz. 900.

biegłego rewidenta, brokera ubezpieczeniowego, doradcy podatkowego, maklera papierów wartościowych, doradcy inwestycyjnego, księgowego, lekarza, lekarza dentystry, lekarza weterynarii, notariusza, pielęgniarki, położnej, fizjoterapeuty, radcy prawnego, rzecznika patentowego, rzeczoznawcy majątkowego i tłumacza przysięgłego. Nie oznacza to jednak, że art. 88 k.s.h. obejmuje zamknięty katalog wolnych zawodów.

Na gruncie prawa unijnego pojęcie wolnego zawodu pojawia się w pkt 43 Preambuły Dyrektywy 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych⁵⁷. Zgodnie z tym punktem dyrektywa dotyczy również wolnych zawodów, do których, zgodnie z niniejszą dyrektywą, należą zawody wykonywane osobiście na podstawie odpowiednich kwalifikacji zawodowych w sposób odpowiedzialny i zawodowo niezależny przez osoby świadczące usługi intelektualne i koncepcyjne w interesie klienta i w interesie publicznym. Wykonywanie zawodu może podlegać w Państwach Członkowskich, zgodnie z Traktatem, szczególnym ograniczeniom ustawowym zgodnie z prawem krajowym oraz uregulowaniom zawodowym przyjmowanym w tych ramach samodzielnie przez odpowiednie organizacje zawodowe, chroniącym i rozwijającym profesjonalizm oraz jakość usług, a także poufność w relacjach z klientem.

W Unii Europejskiej przedstawiciele wolnych zawodów posiadają istotną pozycję. Ich reprezentacją jest dobrowolne stowarzyszenie powstałe w 1974 - CEPLIS – European Council of the Liberal Professions⁵⁸.

Podsumowując powyższe rozważania, można przyjąć za A. Kidybą, że wolny zawód wyróżniają następujące cechy: jest wykonywany profesjonalnie, zawodowo przez świadczenie usług typowych, działalność jest wykonywana na własny rachunek, wymaga szczególnego wykształcenia lub umiejętności związanych z wykonywanym zawodem, działalność jest prowadzona samodzielnie i osobiście (przy ewentualnej pomocy osób podporządkowanych⁵⁹.

⁵⁷ Dz.Urz. UE L 255/22.

⁵⁸ <https://ceplis.org/>.

⁵⁹ A. Kidyba, Spółka partnerska w prawie niemieckim i projekcie prawa spółek handlowych, Pr. Sp. 1999, nr 9, s. 30.

Zawód doradcy restrukturyzacyjnego jest, w świetle wskazanej wyżej definicji, wolnym zawodem. Jest wykonywany samodzielnie i niezależnie z zastrzeżeniem jednak podporządkowania strukturalnego w ramach prowadzonych postępowań upadłościowych i restrukturyzacyjnych. Polega na świadczeniu usług, które nie tylko mają istotne znaczenie dla klienta czyli bezpośredniego odbiorcy tych usług ale również są istotne dla kontrahentów i pracowników klienta, a w szerszym aspekcie również dla obrotu gospodarczego i bezpieczeństwa w obrocie cywilnym. Tak to też zostało określone w § 1 pkt 4 Kodeksu Etyki Doradcy Restrukturyzacyjnego przyjętego przez Krajową Izbę Doradców restrukturyzacyjnych, zgodnie z którym „przez zawód doradcy restrukturyzacyjnego rozumie się „wolny zawód” regulowany w ustawie z dnia 15 czerwca 2007 r. o licencji doradcy restrukturyzacyjnego w tym sklasyfikowany pod pozycją nr 121104 w rozporządzeniu Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 8 grudnia 2004 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności dla potrzeb rynku pracy oraz zakresu jej stosowania (Dz.U.2004.265.2644)”.

3.3. Zawód regulowany

Zawód regulowany to zawód, którego wykonywanie wymaga posiadania określonych kwalifikacji i dopuszczalne jest dopiero po uzyskaniu zezwolenia/licencji, które można zdobyć tylko po spełnieniu wymogów określonych przepisami prawa. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt a) Dyrektywy 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych „zawód regulowany” jest to działalność zawodowa lub zespół działalności zawodowych, których podjęcie, wykonywanie, lub jeden ze sposobów wykonywania wymaga, bezpośrednio bądź pośrednio, na mocy przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych, posiadania specjalnych kwalifikacji zawodowych; w szczególności używanie tytułu zawodowego zastrzeżonego na mocy przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych dla osób posiadających odpowiednie kwalifikacje zawodowe stanowi sposób wykonywania działalności zawodowej. Dyrektywa ta została w Polsce implementowana ustawą z dnia 18 marca 2008 roku o zasadach uznawania kwalifikacji nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej⁶⁰. Zgodnie z art. 5 pkt 4 tej ustawy pojęcie zawód regulowany

⁶⁰ T.j. Dz. U. z 2020r., poz. 220.

oznacza zespół czynności zawodowych, których wykonywanie jest uzależnione od posiadania określonych w przepisach regulacyjnych formalnych kwalifikacji niezbędnych do wykonywania tych czynności zawodowych oraz, o ile jest to wymagane, od spełnienia innych warunków określonych w tych przepisach;

Nie ulega wątpliwości, że zawód doradcy restrukturyzacyjnego jest zawodem regulowanym. Jego wykonywanie jest dopuszczalne po uzyskaniu odpowiedniej licencji. Tryb uzyskiwania licencji, zasady cofania i zawieszania praw wynikających z licencji określa ustawa.

3.4. Zawód zaufania publicznego

Pojęciem zawodu zaufania publicznego posługuje się art. 17 Konstytucji, który stanowi, że w drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Jak słusznie zauważył Trybunał Konstytucyjny „Konstytucja w art. 17 ust. 1 posługuje się pojęciem "zawód zaufania publicznego", ale pojęcia tego nie definiuje. W związku z tym interpretacja tego pojęcia nastrocza trudności. Trybunał podzielił pogląd, że brak kryteriów przynależności do grupy zawodów zaufania publicznego albo bardzo szeroko zakreślone kryteria mogą prowadzić do deprecjacji etosu tych zawodów⁶¹. W skrajnym przypadku, "jeśli ustawodawca zwykły nie byłby ograniczony w swej swobodzie kwalifikowania zawodów jako zawodów zaufania publicznego, to otwarta byłaby droga do państwa korporacyjnego⁶².

Jak się wskazuje w literaturze zawód zaufania publicznego polega na zaspokajaniu istotnych osobistych potrzeb ludzkich, z czym wiąże się przetwarzanie informacji dotyczących życia osobistego⁶³. Drugim istotnym elementem charakteryzującym działalność wykonywaną w ramach zawodu zaufania publicznego jest obowiązek dotrzymywania tajemnicy zawodowej. W ramach wykonywania tych

⁶¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 marca 2015 r., K 19/14.

⁶² J. Hausner, D. Długosz, Tezy w sprawie zawodów zaufania publicznego, [w:] S. Legat, M. Lipińska, Zawody zaufania publicznego a interes publiczny - korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu, Warszawa 2002, s. 121

⁶³ Tak, P. Tuleja (red.), P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziewicz, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, 2019, komentarz do art. 17.

zawodów dochodzi bowiem do powierzenia osobie wykonującej zawód istotnych informacji z zakresu sfery prywatnej innych podmiotów albo też do powierzenia innym istotnych dla tych podmiotów dóbr. Stąd też słusznie wskazuje Trybunał Konstytucyjny, że zawody zaufania publicznego wymagają szczególnej ochrony odbiorców świadczonych w ich ramach usług⁶⁴.

Próbie skonstruowania definicji zawodu zaufania publicznego podjął Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 24 marca 2015r. wskazując, że do cech takiego zawodu należą:

- a) konieczność zapewnienia prawidłowego i zgodnego z interesem publicznym wykonywania zawodu, ze względu na znaczenie, jakie dana dziedzina aktywności zawodowej ma w społeczeństwie,
- b) udzielanie świadczeń i wchodzenie przez przedstawicieli omawianych zawodów w kontakty z osobami fizycznymi w razie wystąpienia potencjalnego lub realnego zagrożenia dóbr o szczególnym charakterze (np. życia, zdrowia, wolności, godności, dobrego imienia),
- c) staranność i dbałość przedstawicieli omawianych zawodów o interesy osób korzystających z ich usług, troska o ich osobiste potrzeby, a także zapewnienie ochrony gwarantowanych przez Konstytucję praw podmiotowych jednostek,
- d) wymaganie szczególnych kwalifikacji do wykonywania omawianych zawodów, obejmujących nie tylko odpowiednie, formalne wykształcenie, ale także nabyte doświadczenie oraz dawanie rękojmi należytego i zgodnego z interesem publicznym wykonywania zawodu, z uwzględnieniem szczególnych norm deontologii zawodowej,
- e) pozyskiwanie informacji osobistych i dotyczących życia prywatnego osób korzystających z usług przedstawicieli zawodu zaufania publicznego; informacje te stanowią tajemnicę zawodową, a zwolnienie z niej może nastąpić na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, ze zm.),
- f) względna samodzielność wykonywania zawodu.

⁶⁴ wyrok z 19 kwietnia 2006 r., K 6/06.

W konsekwencji, zawód zaufania publicznego jest zawodem, któremu powierza się zadania o szczególnym charakterze i znaczeniu dla interesu prywatnego i publicznego. Od osób wykonujących zawody zaufania publicznego oczekuje się zarówno kompetencji, skuteczności i racjonalności zachowania w wykonywaniu czynności, jak i zachowania w tajemnicy zawodowej powierzonych informacji oraz postępowania zgodnego z prawem i normami etyki zawodowej⁶⁵.

Na gruncie powyższych definicji pojęcia „zawód zaufania publicznego” należy stwierdzić, że zawód doradcy restrukturyzacyjnego jest zawodem zaufania publicznego. Tezy tej nie obala fakt, że ustawodawca nie przewidział samorządu zawodowego dla doradców restrukturyzacyjnych⁶⁶. Należy podzielić pogląd H. Izdebskiego, który słusznie wskazał, że dla jednych zawodów zaufania publicznego mogą istnieć z woli ustawodawcy samorządy zawodowe, z kolei inne zawody zaufania publicznego mogą nie mieć organizacji samorządowej⁶⁷. Doradca restrukturyzacyjny wykonuje zadania o szczególnym charakterze. Stwierdzenie to dotyczy nie tylko zadań wykonywanych w ramach pełnienia funkcji pozasądowego organu postępowania restrukturyzacyjnego albo upadłościowego ale również wykonywania czynności doradztwa restrukturyzacyjnego. Czynności doradztwa restrukturyzacyjnego są zbliżone w istocie rzeczy do świadczenia usług z zakresu obsługi prawnej, a w zasadzie mają nawet szerszy charakter. Doradztwo restrukturyzacyjne obejmuje bowiem zarówno udzielanie porad prawnych jak i ekonomicznych, zarządczych marketingowych, które łącznie mają rozwiązać sytuację kryzysową przedsiębiorcy.

⁶⁵ Tak, K. Lubiński, Zawód komornika sądowego wolnym zawodem?, PPE.2017, nr 4, s. 4.

⁶⁶ Aktualnie nie istnieje samorząd zawodowy doradców restrukturyzacyjnych w znaczeniu jakie temu pojęciu nadaje art. 17 Konstytucji. Krajowa Izba Doradców Restrukturyzacyjnych jest zrzeszeniem działającym na podstawie ustawy o Samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców z dnia 30 maja 1989r. Dz. U. Nr 35 póź. 194

⁶⁷ H. Izdebski, Uwarunkowania instytucjonalnoprawne ustanowienia zawodu pracownika socjalnego zawodem zaufania społecznego, W: Trzeci Sektor, Numer Specjalny 2012/2013, s. 77

Rozdział 2. Inne zawody regulowane i zawody zaufania publicznego podobne do zawodu doradcy restrukturyzacyjnego

1. Sędzia

1.1. Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez sędziego

Sędzia jest osobą powołaną do wykonywania czynności orzeczniczych w ramach działalności sądów. Zgodnie z art. 178 ust. 1 Konstytucji RP sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawisli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom. Status prawny sędziego jest określony w ustawie z dnia 27 lipca 2001 r. - Prawo o ustroju sądów powszechnych⁶⁸.

Zgodnie z art. 55 § 1 u.s.p. sędzią sądu powszechnego jest osoba powołana na to stanowisko przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, która złożyła ślubowanie wobec Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z art. 65 § 1 u.s.p. stosunek służbowy sędziego nawiązuje się po doręczeniu mu aktu powołania.

Zgodnie z art. 86 § 1 u.s.p. sędzia nie może podejmować dodatkowego zatrudnienia, z wyjątkiem zatrudnienia na stanowisku dydaktycznym, naukowo-dydaktycznym lub naukowym w łącznym wymiarze nieprzekraczającym pełnego wymiaru czasu pracy pracowników zatrudnionych na tych stanowiskach, jeżeli wykonywanie tego zatrudnienia nie przeszkadza w pełnieniu obowiązków sędziego. Zgodnie z § 2 cytowanego artykułu sędziemu nie wolno także podejmować innego zajęcia ani sposobu zarobkowania, które przeszkadzałoby w pełnieniu obowiązków sędziego, mogło osłabiać zaufanie do jego bezstronności lub przynieść ujmę godności urzędu sędziego. W szczególności, zgodnie z § 3, sędzia nie może:

- 1) być członkiem zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej spółki prawa handlowego;

⁶⁸ T.j. Dz. U. z 2020r., poz. 365; dalej jako u.s.p.

- 2) być członkiem zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej spółdzielni;
- 3) być członkiem zarządu fundacji prowadzącej działalność gospodarczą;
- 4) posiadać w spółce prawa handlowego więcej niż 10% akcji lub udziały przedstawiające więcej niż 10% kapitału zakładowego;
- 5) prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem bądź pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności.

Zgodnie z art. 86 § 4 u.s.p. o zamiarze podjęcia dodatkowego zatrudnienia, o którym mowa w § 1, a także o podjęciu innego zajęcia lub sposobu zarobkowania, sędzia sądu apelacyjnego oraz sędzia sądu okręgowego zawiadamia prezesa właściwego sądu, a prezesi tych sądów - Ministra Sprawiedliwości. Sędzia sądu rejonowego kieruje zawiadomienie, o którym mowa w zdaniu pierwszym, do prezesa właściwego sądu okręgowego. Zgodnie z § 5 omawianego artykułu prezes właściwego sądu w stosunku do sędziego, a Minister Sprawiedliwości w stosunku do prezesa sądu apelacyjnego i prezesa sądu okręgowego, wydaje decyzję o sprzeciwie wobec zamiaru podjęcia zatrudnienia na stanowisku dydaktycznym, badawczo-dydaktycznym lub badawczym w szkole wyższej, jeżeli uzna, że będzie ono przeszkadzało w pełnieniu obowiązków sędziego, oraz wobec podejmowania lub kontynuowania innego zajęcia, które przeszkadza w pełnieniu obowiązków sędziego, osłabia zaufanie do jego bezstronności lub przynosi ujmę godności urzędu sędziego.

Zgodnie z art. 88a. § 1 sędzia jest obowiązany do złożenia pisemnego oświadczenia o:

- 1) członkostwie w zrzeszeniu, w tym w stowarzyszeniu - ze wskazaniem nazwy i siedziby zrzeszenia, pełnionych funkcji oraz okresu członkostwa;
- 2) funkcji pełnionej w organie fundacji nieprowadzącej działalności gospodarczej - ze wskazaniem nazwy i siedziby fundacji oraz okresu pełnienia funkcji;
- 3) członkostwie w partii politycznej przed powołaniem na stanowisko sędziego, a także w okresie sprawowania urzędu przed dniem 29 grudnia 1989 r. - ze wskazaniem nazwy partii, pełnionych funkcji oraz okresu członkostwa.

1.2. *Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu sędziego*

Zawód doradcy restrukturyzacyjnego może być rozważany w kategoriach podobieństwa do zawodu sędziego jedynie w zakresie wykonywania przez doradcę restrukturyzacyjnego funkcji organów postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego. Syndyk, nadzorca sądowy oraz zarządca, jak wskazano we wcześniejszych rozważaniach, są organami postępowań restrukturyzacyjnych i upadłościowych. Mają charakter organów pozasądowych. Charakteryzują się co prawda dużą niezależnością, ale jednak podlegają nadzorowi ze strony organów sądowych, Nadzór ten jest sprawowany albo w sposób permanentny przez sędziego komisarza albo w drodze rozpoznawania skarg na czynności syndyka. Poza tym, syndyk, nadzorca sądowy i zarządca nie dokonują czynności orzeczniczych. Jedyną formą decyzji orzeczniczej podejmowanej przez te organy jest zwrot zgłoszenia wierzytelności, który podlega zaskarżeniu skargą na czynności syndyka. Do zakresu zadań wykonywanych przez syndyka, nadzorcę i zarządcę nie wchodzi rozstrzygnięcie spraw cywilnych, co jest zadaniem sądów wykonywanym przez niezawisłych sędziów.

Z uwagi na powyższe, o ile znaczne ograniczenia sędziów w swobodzie podejmowania dodatkowego zatrudnienia, zajęcia oraz przynależności do organizacji i stowarzyszeń są uzasadnione ich szczególną, konstytucyjną rolą w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, o tyle ograniczenia takie nie mają żadnego uzasadnienia w przypadku doradców restrukturyzacyjnych.

2. Komornicy

2.1. *Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez komornika*

Status prawny komorników jest określony w ustawie z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych⁶⁹.

⁶⁹ T.j. Dz. U. z 2020r., poz. 121.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 tej ustawy komornik jest funkcjonariuszem publicznym działającym przy sądzie rejonowym. Komornik podlega nadzorowi sądu oraz nadzorowi odpowiedzialnemu prezesa sądu rejonowego, przy którym działa (ust. 2). Zgodnie z ust. 3 cytowanego artykułu komornik przy wykonywaniu zadań kieruje się dobrem wymiaru sprawiedliwości oraz interesem publicznym.

Z punktu widzenia analizy porównawczej komornika oraz doradcy restrukturyzacyjnego istotna jest regulacja art. 3 ust. 1, zgodnie z którym komornik jest organem władzy publicznej w zakresie wykonywania czynności w postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym.

Zakres czynności komorników określa art. 3 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym komornikom powierza się następujące zadania:

- 1) wykonywanie orzeczeń sądowych w sprawach o roszczenia pieniężne i niepieniężne oraz zabezpieczenie roszczeń, w tym europejskich nakazów zabezpieczenia na rachunku bankowym, z uwzględnieniem wyjątków przewidzianych w ustawie z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego;
- 2) wykonywanie innych tytułów wykonawczych oraz tytułów egzekucyjnych, które podlegają wykonaniu w drodze egzekucji sądowej bez zaopatrywania ich w klauzulę wykonalności;
- 3) wykonywanie postanowień o zabezpieczeniu spadku lub sporządzanie spisu inwentarza;
- 4) wykonywanie zadań określonych w innych ustawach.

Poza zadaniami określonymi wyżej komornik wykonuje następujące czynności:

- 1) na zlecenie sądu albo wniosek powoda zobowiązanego przez sąd na podstawie art. 139(1) § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego - osobiście doręcza bezpośrednio adresatowi zawiadomienia sądowe, pisma procesowe oraz inne dokumenty sądowe za potwierdzeniem odbioru i oznaczeniem daty, albo stwierdza, że adresat pod podanym adresem nie zamieszkuje;

- 2) na zlecenie podmiotu, o którym mowa w pkt 1, podejmuje czynności zmierzające do ustalenia aktualnego adresu zamieszkania adresata;
- 3) sporządza protokół stanu faktycznego;
- 4) na wniosek organizatora licytacji - sprawuje urzędowy nadzór nad dobrowolnymi publicznymi licytacjami, z przybiciem najniższej lub najwyższej oferty.

Zgodnie z art. 33 ust. 1 ustawy komornik nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów regulujących podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej, a zgodnie z ust. 2 tego artykułu komornik nie może prowadzić działalności gospodarczej.

Ponadto, zgodnie z art. 33 ust. 4 komornik nie może:

- 1) być członkiem zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej spółki prawa handlowego;
- 2) być członkiem zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej spółdzielni;
- 3) być członkiem zarządu fundacji prowadzącej działalność gospodarczą;
- 4) posiadać w spółce prawa handlowego więcej niż 10% akcji lub udziałów przedstawiających więcej niż 10% kapitału zakładowego.

Zgodnie z art. 34 ust. 1 ustawy komornik nie może podejmować dodatkowego zatrudnienia, z wyjątkiem zatrudnienia na stanowisku dydaktycznym, naukowo-dydaktycznym lub naukowym w szkole wyższej w łącznym wymiarze nieprzekraczającym pełnego wymiaru czasu pracy pracowników zatrudnionych na tych stanowiskach, o ile wykonywanie tego zatrudnienia nie przeszkadza w pełnieniu obowiązków komornika. Komornik nie może również podejmować innego zajęcia ani sposobu zarobkowania, które przeszkadzałoby w pełnieniu obowiązków komornika, mogło osłabiać zaufanie do jego bezstronności lub przynieść ujmę godności urzędu komornika. O zamiarze podjęcia lub kontynuowania dodatkowego zatrudnienia na stanowisku dydaktycznym, naukowo - dydaktycznym lub naukowym w szkole wyższej oraz zamiarze podjęcia lub kontynuowania innego zajęcia lub sposobu zarobkowania komornik zawiadamia prezesa właściwego sądu rejonowego. Prezes właściwego sądu rejonowego, w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, wydaje decyzję o sprzeciwie wobec zamiaru podjęcia lub kontynuowania przez

komornika zatrudnienia na stanowisku dydaktycznym, naukowo-dydaktycznym lub naukowym w szkole wyższej, jeżeli uzna, że będzie ono przeszkadzało w pełnieniu obowiązków komornika, oraz decyzję o sprzeciwie wobec zamiaru podjęcia lub kontynuowania przez komornika innego zajęcia lub sposobu zarobkowania, które przeszkadzałyby w pełnieniu obowiązków komornika, mogło osłabiać zaufanie do jego bezstronności lub przynieść ujmę godności urzędu komornika.

2.2. Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu komornika

Podobnie jak w przypadku zawodów sędziego, zawód doradcy restrukturyzacyjnego może być rozważany w kategoriach podobieństwa do zawodu komornika jedynie w zakresie wykonywania przez doradcę restrukturyzacyjnego funkcji organów postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego.

W literaturze, pod rządami prawa upadłościowego z 1934 r., wskazywano na istotne podobieństwo pozycji prawnej syndyka i pozycji prawnej komornika⁷⁰. W rzeczywistości pomiędzy tymi podmiotami występują określone podobieństwa, ale istotniejsze są zasadnicze różnice dotyczące istoty i charakteru prawnego komornika i syndyka. Dotyczy to również nadzorca sądowego i zarządcy, którzy występują w postępowaniach restrukturyzacyjnych.

Najistotniejszym podobieństwem pomiędzy komornikiem a syndykiem jest to, że oba te podmioty wykonują czynności w zakresie sądowego postępowania cywilnego. Komornik jest organem postępowania egzekucyjnego, a syndyk, nadzorca sądowy oraz zarządca pełnią funkcje organów postępowania restrukturyzacyjnego i upadłościowego. Relacje komornika i syndyka, nadzorca sądowego oraz zarządcy oraz stron i uczestników postępowania nie są relacjami podmiotów równorzędnych, ale relacjami pomiędzy organem postępowania a jego uczestnikami⁷¹.

⁷⁰ J. Jamiołkowski, *Status publicznoprawny syndyka masy upadłości*, PPE 2003, nr 2-3, s. 5 i n.

⁷¹ Por. pogląd SN na temat charakteru prawnego stosunków pomiędzy komornikiem jako organem egzekucyjnym a wierzycielem jako uczestnikiem postępowania egzekucyjnego - uchwała SN z dnia 22 października 2002 r., III CZP 65/02, OSNC 2003, nr 7-8, poz. 100; por. również wyrok TK z dnia 3 grudnia 2003 r. (K5/02, OTK-A 2003, nr 9, poz. 98), w którym Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „komornika i strony postępowania egzekucyjnego (wierzyciela i dłużnika) nie łączy stosunek o charakterze prywatnoprawnym, ale o charakterze publicznoprawnym”.

Pozostałe podobieństwa pomiędzy tymi podmiotami są następujące.

Podstawą stosunku komornika do stron nie jest umowa zlecenia ani żadna inna umowa cywilnoprawna, ale stanowisko publicznoprawne komornika jako organu postępowania egzekucyjnego⁷². Podobnie powołanie na stanowisko syndyka, nadzorcy sądowego albo zarządcy nie powoduje nawiązania stosunku pracy ani też nie kreuje żadnej umowy cywilnoprawnej.

Podejmowanie przez komornika czynności w toku postępowania egzekucyjnego i podejmowanie czynności przez syndyka w toku postępowania upadłościowego oraz podejmowanie czynności nadzorcy sądowego i zarządcy w toku postępowania restrukturyzacyjnego jest wykonywaniem funkcji urzędowej powierzonej tym podmiotom przez ustawę.

Wynagrodzenie komornika i wynagrodzenie syndyka, nadzorcy sądowego oraz zarządcy jest wynagrodzeniem procesowym przyznawanym w toku postępowania.

Najistotniejsza różnica pomiędzy komornikiem a syndykiem, nadzorcą sądowym oraz zarządcą sprowadza się to tego, że komornik, w przeciwieństwie do syndyka, nadzorcy sądowego oraz zarządcy posiada uprawnienia władcze. O tym zróżnicowaniu świadczy m.in. art. 174 p.u., zgodnie z którym - jeżeli syndyk napotyka przeszkody przy obejmowaniu majątku upadłego - wprowadzenia syndyka w posiadanie majątku dokonuje komornik sądowy.

Dalsze różnice są następujące.

Komornik posiada uprawnienia do dokonywania czynności orzekania, np. wydaje postanowienia o ukaraniu grzywną, o kosztach postępowania egzekucyjnego, o zawieszeniu lub umorzeniu postępowania. Uprawnienia syndyka, nadzorcy sądowego i zarządcy do wydawania orzeczeń są ograniczone (lista i spis wierzycieli oraz plan podziału sporządzony przez te organy wymagają zatwierdzenia przez sędziego-komisarza).

⁷² K. Lubiński, *Status publicznoprawny komornika sądowego*, [w:] idem (red.), *Analiza i ocena ustawy o komornikach sądowych i egzekucji*, Sopot 2000, s. 26.

Komornik w zakresie powierzonych mu obowiązków jest samodzielny, chociaż podlega nadzorowi judykacyjnemu sądu egzekucyjnego. Syndyk, nadzorca sądowy oraz zarządca aczkolwiek pełnią funkcje organów postępowania restrukturyzacyjnego bądź upadłościowego, w znacznym stopniu podlegają nadzorowi sędziego-komisarza i rady wierzycieli. Nadzór ten przejawia się nie tylko w bieżącej kontroli ich działalności, ale również w obowiązku uzyskiwania zgody rady wierzycieli lub sędziego-komisarza na dokonywanie większości istotnych czynności.

Dokonane wyżej porównanie wskazuje na istnienie wielu zasadniczych różnic pomiędzy komornikiem a syndykiem, nadzorcą sądowym i zarządcą. Różnice te powodują, że o ile znaczne ograniczenia komorników w swobodzie podejmowania dodatkowego zatrudnienia, zajęcia oraz prowadzenia działalności gospodarczej są uzasadnione ich szczególną rolą jako podmiotów wykonujących władzę państwową, o tyle ograniczenia takie nie mają żadnego uzasadnienia w przypadku doradców restrukturyzacyjnych.

3. Radca prawny

3.1. Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez radcę prawnego

Wykonywanie zawodu radcy prawnego reguluje ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych⁷³, która określa zasady wykonywania zawodu radcy prawnego oraz zasady organizacji i działania samorządu radców prawnych.

Zgodnie z art. 4 ustawy wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej, a zgodnie z art. 2 pomoc prawna świadczona przez radcę prawnego ma na celu ochronę prawną interesów podmiotów, na których rzecz jest wykonywana. Zgodnie z art. 6 ust. 1 świadczenie pomocy prawnej przez radcę prawnego polega w szczególności na udzielaniu porad i konsultacji prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed urzędami i sądami w charakterze pełnomocnika lub obrońcy.

⁷³ T.j. Dz. U. z 2020r., poz. 75.

Radca prawny ma obowiązek wykonywać zawód ze starannością wynikającą z wiedzy prawniczej oraz zasad etyki radcy prawnego (art. 3 ust. 2).

Ustawodawca dużą wagę przywiązuje do tajemnicy zawodowej radcy prawnego. Zgodnie z art. 3 ust. 3 radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej. Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie (art. 3 ust. 4), a radca prawny nie może być zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę (art. 3 ust. 5). Ustawa wprowadza nieliczne wyjątki od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Zgodnie z art. 3 ust. 6 obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie dotyczy informacji:

- 1) udostępnianych na podstawie przepisów o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu,
- 2) przekazywanych na podstawie przepisów rozdziału 11a działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa.
 - w zakresie określonym tymi przepisami.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 radcowie prawni zorganizowani są na zasadach samorządu zawodowego.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 radca prawny wykonuje zawód w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w spółce:

- 1) cywilnej lub jawnej, w której współnikami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej⁷⁴;
- 2) partnerskiej, w której partnerami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą

⁷⁴ Dz. U. z 2016 r. poz. 1874 oraz z 2019 r. poz. 730.

- praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej;
- 3) komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, w której komplementariuszami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej.

Z punktu widzenia przedmiotu niniejszej pracy istotna jest regulacja art. 8 ust. 2, zgodnie z którą wyłącznym przedmiotem działalności spółek, o których mowa w ust. 1, jest świadczenie pomocy prawnej.

Ponadto, zgodnie z art. 26 osoby, które wykonują zawód sędziego, asesora sądowego, prokuratora, notariusza, komornika, asesora prokuratorskiego i notarialnego bądź odbywają aplikację sądową, prokuratorską lub notarialną, nie mogą jednocześnie zostać wpisane na listę radców prawnych ani wykonywać zawodu radcy prawnego. W wyroku z dnia 29 stycznia 1991 r. Naczelny Sąd Administracyjny uznał, iż przepisy ustawy o radcach prawnych nie tylko nie przewidują możliwości łączenia funkcji radcy prawnego z wykonywaniem innego zawodu prawniczego, lecz wręcz wykluczają łączenie takich funkcji⁷⁵. Z kolei, w uchwale z 25 marca 1992 r.⁷⁶. Trybunał Konstytucyjny wskazał, że z art. 23 ust. 1, art. 26 i art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych wynika niedopuszczalność wpisania na listę radców prawnych osoby wykonującej zawód sędziego lub prokuratora.

Zgodnie z art. 28 ust. 1 wykonywanie niektórych zawodów prawniczych spowoduje zawieszenie prawa do wykonywania zawodu radcy prawnego. I tak, zawieszenie prawa do wykonywania zawodu radcy prawnego następuje w wypadku:

- 1) wykonywania zawodu adwokata;
- 2) podjęcia pracy w organach wymiaru sprawiedliwości, w organach ścigania lub kancelarii notarialnej;

⁷⁵ IV SA 1167/90.

⁷⁶ W 2/92.

- 3) podjęcia zatrudnienia na stanowisku Prezesa Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, jej wiceprezesa, radcy lub referendarza.

3.2. *Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu radcy prawnego*

Zawód doradcy restrukturyzacyjnego może być rozważany w kategoriach podobieństwa do zawodu radcy prawnego jedynie w zakresie wykonywania przez doradcę restrukturyzacyjnego czynności doradztwa restrukturyzacyjnego. W pozostałym zakresie nie ma żadnych podobieństw gdyż radca prawny nie może pełnić funkcji organów postępowania upadłościowego, restrukturyzacyjnego ani postępowania egzekucyjnego.

W zakresie wykonywania czynności doradztwa restrukturyzacyjnego zawód doradcy restrukturyzacyjnego jest podobny do zawodu radcy prawnego gdyż obejmuje świadczenie usług na rzecz klientów. W przypadku radcy prawnego są to usługi doradztwa prawnego, a w przypadku doradcy restrukturyzacyjnego usługi doradztwa restrukturyzacyjnego. Charakter doradztwa jest też dość podobny. W szczególności, pomoc prawna świadczona przez doradcę restrukturyzacyjnego, zgodnie z § 18(1) Kodeksu Etyki Doradcy Restrukturyzacyjnego polega w szczególności na udzielaniu porad i konsultacji prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, badaniu stanu prawnego dłużnika, zastępstwie prawnym i procesowym w sprawach restrukturyzacyjnych i upadłościowych. Poza tym, doradca restrukturyzacyjny występuje w charakterze pełnomocnika w postępowaniu przed, sądami i organami orzekającymi w sprawach restrukturyzacyjnych i upadłościowych.

Wobec powyższego, wymaga rozważenia czy nie byłoby uzasadnione przyjęcie w ustawie o licencji doradcy restrukturyzacyjnego rozwiązania analogicznego do art. 26 ustawy o radcach prawnych tj. wyraźne uregulowanie, że osoby, które wykonują zawód sędziego, asesora sądowego, prokuratora, notariusza, komornika, asesora prokuratorskiego i notarialnego bądź odbywają aplikację sądową, prokuratorską lub notarialną, nie mogą jednocześnie zostać wpisane na listę doradców restrukturyzacyjnych ani wykonywać zawodu doradcy restrukturyzacyjnego. Co prawda, niewątpliwie zakaz ten nie wynika ze specyfiki

zawodu radcy prawnego ale raczej ze specyfiki zawodu sędziego, prokuratora, komornika i notariusza i jest podyktowany zakazami, które dotyczą tych grup zawodowych ale dla spójności systemu być może takie rozwiązanie powinno się znaleźć również w ustawie o licencji doradcy restrukturyzacyjnego.

Z podobnych względów wydaje się celowe inkorporowanie do ustawy o licencji doradcy restrukturyzacyjnego rozwiązania z art. 28 ust. 1 ustawy o radcach prawnych tzn. wskazanie, że zawieszenie praw z licencji następuje również w wypadku:

- a) podjęcia pracy w organach wymiaru sprawiedliwości, w organach ścigania lub kancelarii notarialnej;
- b) podjęcia zatrudnienia na stanowisku Prezesa Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, jej wiceprezesa, radcy lub referendarza.

Nie wydaje się jednak uzasadnione jakiegokolwiek ograniczanie możliwości jednoczesnego wykonywania zawodu radcy prawnego i doradcy restrukturyzacyjnego. Ograniczenie takie nie wynika bowiem ze specyfiki ani jednego ani drugiego zawodu. Ograniczenie takie nie miałyby również uzasadnienia celowościowego. Nie zostały bowiem zidentyfikowane żadne przeszkody ani konflikty interesów w zakresie jednoczesnego wykonywania zawodu radcy prawnego i zawodu doradcy restrukturyzacyjnego. Należy przy tym podkreślić, że zupełnie odrębnym zagadnieniem jest wykonywanie funkcji syndyka, nadzorcy sądowego oraz zarządcy w konkretnym postępowaniu i związane z tym ograniczenia w pełnieniu innych ról procesowych.

4. Adwokat

4.1. Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez adwokata

Wykonywanie zawodu adwokata reguluje ustawa z 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze⁷⁷. Zgodnie z art. 1 ust. 1 tej ustawy adwokatura powołana jest do

⁷⁷ T.j. Dz. U. z 2019r., poz. 1513.

udzielania pomocy prawnej, współdziałania w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa. Adwokatura zorganizowana jest na zasadach samorządu zawodowego (art. 1 ust. 2).

Zgodnie z art. 4 ust. 1 zawód adwokata polega na świadczeniu pomocy prawnej, a w szczególności na udzielaniu porad prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed sądami i urzędami.

Zgodnie z art. 4a ust. 1 adwokat wykonuje zawód w kancelarii adwokackiej, w zespole adwokackim oraz w spółce:

- 1) cywilnej lub jawnej, w której współnikami są adwokaci, radcowie prawni, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej⁷⁸;
- 2) partnerskiej, w której partnerami są adwokaci, radcowie prawni, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej;
- 3) komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, w której komplementariuszami są adwokaci, radcowie prawni, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej.

Podobnie jak w przypadku radców prawny, wyłącznym przedmiotem działalności spółek, o których mowa wyżej, może być świadczenie pomocy prawnej.

Zgodnie z art. 72 ust. 1 okręgowa rada adwokacka skreśla adwokata z listy w wypadku:

- 1) śmierci;
- 2) wystąpienia z adwokatury;

⁷⁸ Dz. U. z 2016 r. poz. 1874 oraz z 2019 r. poz. 730.

- 3) przeniesienia siedziby zawodowej do innej izby adwokackiej;
- 4) objęcia stanowiska w organach wymiaru sprawiedliwości, organach ścigania lub rozpoczęcia wykonywania zawodu notariusza;
- 4a) podjęcia zatrudnienia na stanowisku Prezesa Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, jej wiceprezesa, radcy lub referendarza;
- 5) powołania do wojskowej służby zawodowej;
- 6) utraty z mocy wyroku sądowego praw publicznych lub prawa wykonywania zawodu.

W ustawie o adwokaturze nie ma odpowiednika art. 26 ustawy o radcach prawnych, zgodnie z którym osoby, które wykonują zawód sędziego, asesora sądowego, prokuratora, notariusza, komornika, asesora prokuratorskiego i notarialnego bądź odbywają aplikację sądową, prokuratorską lub notarialną, nie mogą jednocześnie zostać wpisane na listę radców prawnych ani wykonywać zawodu radcy prawnego. Można uznać, że ta regulacja częściowo zawiera się w regulacji art. 4b ust. 1, zgodnie z którą adwokat nie może wykonywać zawodu jeżeli pozostaje w stosunku pracy. Trzeba jednak zauważyć, że nie dotyczy to wykonywania zawodu komornika, notariusza albo odbywania aplikacji.

Kwestia ta była analizowana w sprawie rozstrzygniętej w wyroku NSA z 9.1.2020 r⁷⁹. W sprawie tej A.G. złożył wniosek o wpis na listę adwokatów Okręgowej Rady Adwokackiej w K., powołując się na zajmowanie stanowiska komornika sądowego przy Sądzie Rejonowym w B. Okręgowa Rada Adwokacka w K. odmówiła uwzględnienia wniosku, zaś Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej utrzymało w mocy zaskarżoną uchwałę. Organ odwoławczy wskazał, że zgodnie z art. 72 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo o adwokaturze, okręgowa rada adwokacka skreśla adwokata z listy m.in. w wypadku objęcia stanowiska w organach wymiaru sprawiedliwości. W ocenie Naczelnej Rady Adwokackiej z wykładni celowościowej tej regulacji wynika, że ustawodawca zamierzał przeciwdziałać sytuacji, w której jedna osoba łączyłaby zajmowanie stanowiska w organach wymiaru sprawiedliwości ze statusem adwokata, bez względu na kolejność nabycia uprawnień do wykonywania obydwu zawodów oraz sam fakt ich wykonywania. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie uchylił zaskarżoną decyzję oraz uchwały organów samorządu adwokackiego stwierdzając, że okręgowa rada adwokacka może odmówić wpisu na

⁷⁹ II GSK 3666/17.

listę adwokatów wyłącznie wtedy, gdy wpis naruszyłby przepisy art. 65 pkt 1-3 ustawy – Prawo o adwokaturze. W ocenie Sądu wpis na listę adwokatów nie rodzi obowiązku wykonywania zawodu adwokata, dlatego złożenie wniosku o wpis nie stwarza obowiązku zrzeczenia się swojego dotychczasowego stanowiska przez komornika sądowego. W ocenie sądu, art. 72 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo o adwokaturze ma zastosowanie do osoby posiadającej już status adwokata, a nie do osoby, która dopiero ubiega się o wpis na listę adwokatów.

Naczelny Sąd Administracyjny oddalił skargi kasacyjne Ministra Sprawiedliwości i Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej. Naczelny Sąd Administracyjny wyjaśnił, że w art. 68 ust. 4 ustawy – Prawo o adwokaturze określono zamknięty katalog przesłanek odmowy wpisu na listę adwokatów, zaś art. 72 ust. 1 pkt 4 nie ma zastosowania w sytuacji, gdy osoba pełniąca stanowisko w organach wymiaru sprawiedliwości ubiega się o wpis na listę adwokatów.

4.2. *Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu adwokata*

Podobnie jak w przypadku radcy prawnego, zawód doradcy restrukturyzacyjnego może być rozważany w kategoriach podobieństwa do zawodu radcy adwokata jedynie w zakresie wykonywania przez doradcę restrukturyzacyjnego czynności doradztwa restrukturyzacyjnego. W pozostałym zakresie nie ma żadnych podobieństw gdyż adwokat nie może pełnić funkcji organów postępowania upadłościowego, restrukturyzacyjnego ani postępowania egzekucyjnego.

W zakresie wykonywania czynności doradztwa restrukturyzacyjnego zawód doradcy restrukturyzacyjnego jest podobny do zawodu adwokata. Obejmuje świadczenie usług na rzecz klientów. W przypadku adwokata są to usługi doradztwa prawnego, a w przypadku doradcy restrukturyzacyjnego usługi doradztwa restrukturyzacyjnego. Charakter doradztwa jest też dość podobny.

Wobec powyższego, wydaje się celowe inkorporowanie do ustawy o licencji doradcy restrukturyzacyjnego rozwiązania z art. 72 ust. 1 pkt 4 i 4a ustawy – Prawo o

adwokaturze tzn. wskazanie, że zawieszenie praw z licencji następuje również w wypadku:

- a) podjęcia pracy w organach wymiaru sprawiedliwości, w organach ścigania lub kancelarii notarialnej;
- b) podjęcia zatrudnienia na stanowisku Prezesa Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, jej wiceprezesa, radcy lub referendarza.

Szczególnego rozważenia wyłączenie możliwości wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego przez osobę, która pozostaje w stosunku pracy. Jest to ograniczenie, które wynika z ustawy – Prawo o adwokaturze i dotyczy adwokatów. Takiego ograniczenia nie ma w odniesieniu do radców prawnych. Wprowadzenie takiego ograniczenia w stosunku do doradców restrukturyzacyjnych z całą pewnością ograniczyłoby możliwość wykonywania tego zawodu przez tych radców prawnych, którzy pozostają w stosunku pracy. Nie byłoby to też uzasadnione samym charakterem czynności doradztwa restrukturyzacyjnego wykonywanych przez doradców restrukturyzacyjnych poza wykonywaniem funkcji pozasądowych organów postępowania. Być może więc lepszym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie zarówno do prawa upadłościowego jak i prawa restrukturyzacyjnego dodatkowej przeszkody do pełnienia funkcji syndyka, nadzorcy sądowego albo zarządcy w postaci pozostawania w stosunku pracy⁸⁰. Taka przeszkoda byłaby uzasadniona koniecznością zagwarantowania niezbędnej niezależności osoby, która pełni funkcję organu postępowania.

Nie wydaje się uzasadnione jakiegokolwiek ograniczanie możliwości jednoczesnego wykonywania zawodu adwokata i doradcy restrukturyzacyjnego. Ograniczenie takie nie wynika bowiem ze specyfiki ani jednego ani drugiego zawodu. Ograniczenie takie nie miałoby również uzasadnienia celowościowego. Nie zostały bowiem zidentyfikowane żadne przeszkody ani konflikty interesów w zakresie jednoczesnego wykonywania zawodu adwokata i zawodu doradcy restrukturyzacyjnego. Należy przy tym podkreślić, że zupełnie odrębnym zagadnieniem jest wykonywanie funkcji syndyka, nadzorcy sądowego oraz zarządcy

⁸⁰ Obecnie taka przeszkoda dotyczy wyłącznie pozostawania (aktualnie lub w przeszłości) w stosunku pracy z dłużnikiem.

w konkretnym postępowaniu i związane z tym ograniczenia w pełnieniu innych ról procesowych.

5. Notariusz

5.1. Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez notariusza

Zgodnie z art. 1 § 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie⁸¹ notariusz jest powołany do dokonywania czynności, którym strony są obowiązane lub pragną nadać formę notarialną (czynności notarialnych). Artykuł 2 Prawa o notariacie wyraźnie wskazuje, że notariusz w zakresie swoich uprawnień, o których mowa w art. 1, działa jako osoba zaufania publicznego, korzystając z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym.

Zgodnie z art. 19 § 1 Prawa o notariacie notariusz nie może podejmować zatrudnienia bez uzyskania uprzedniej zgody rady właściwej izby notarialnej, z wyjątkiem zatrudnienia w charakterze pracownika naukowo-dydaktycznego, dydaktycznego lub naukowego, chyba że wykonywanie tego zatrudnienia przeszkadza w pełnieniu jego obowiązków. Zgodnie z § 2 notariuszowi nie wolno także podejmować zajęcia, które by przeszkadzało w pełnieniu obowiązków albo mogło uchybiać powadze wykonywanego zawodu. Nie wolno mu w szczególności zajmować się handlem, przemysłem, pośrednictwem i doradztwem w interesach.

Zgodnie z § 3 o zamiarze podjęcia zatrudnienia lub zajęcia notariusz jest obowiązany zawiadomić prezesa rady właściwej izby notarialnej. Rada rozstrzyga, czy podjęcie zatrudnienia lub zajęcia nie uchybia obowiązkom notariusza albo powadze wykonywanego zawodu. Jeżeli rada nie wyrazi zgody na zatrudnienie lub zajęcie, o których mowa w § 1 i 2, sprawę, na wniosek notariusza, rozstrzyga Krajowa Rada Notarialna, której decyzja jest ostateczna.

⁸¹ t.j. Dz.U.2019, poz. 540.

5.2. Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu notariusza

W zasadzie trudno znaleźć podobieństwa pomiędzy zawodem notariusza w zakresie dokonywanych przez notariusza czynności notarialnych, a zawodem doradcy restrukturyzacyjnego w zakresie świadczenia usług doradztwa restrukturyzacyjnego. Usługi świadczone przez notariusza mają specyficzny charakter. W literaturze słusznie się wskazuje, że pozycja notariusza różni się niewątpliwie od podmiotów świadczących typowe usługi prawnicze: adwokatów, radców prawnych czy doradców podatkowych. Notariusz jest nie tylko osobą zaufania publicznego, lecz także pełni jednocześnie funkcje pomocnicze w stosunku do wymiaru sprawiedliwości⁸². Oczywiście, funkcje pomocnicze w stosunku do wymiaru sprawiedliwości pełni również doradca restrukturyzacyjny wówczas gdy zostanie powołany do pełnienia funkcji pozasądowego organu postępowania upadłościowego albo restrukturyzacyjnego ale pełnienie funkcji nie jest świadczeniem usług. Tymczasem działania notariusza, niezależnie od ich urzędowego charakteru są cały czas działaniami wykonywanymi w ramach świadczenia usług. Niewątpliwie, obligatoryjny charakter wielu czynności dokonywanych z udziałem notariusza, szczególny walor dowodowy czynności notarialnych i doniosłość związanych z tymi czynnościami skutków prawnych sprawiają, że zawód notariusza ma specyficzny, niepowtarzalny charakter⁸³.

Z uwagi na powyższe nie wydaje się celowe inkorporowanie jakichkolwiek rozwiązań z ustawy – Prawo o notariacie dotyczących ograniczenia notariusza w możliwości podejmowania dodatkowego zatrudnienia albo zajęcia do regulacji dotyczących doradców restrukturyzacyjnych.

⁸² A. Oleszko, Prawo o notariacie. Komentarz. Tom 1. Ustrój notariatu, komentarz do art. 2.

⁸³ Por. uzasadnienie wyroku TK z 10 grudnia 2003 r., K 49/01, OTK-A 2003, nr 9, poz. 101.

6. Doradca podatkowy

6.1. Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez doradcę podatkowego

Warunki i zasady wykonywania doradztwa podatkowego, organizację samorządu doradców podatkowych oraz zasady jego działania określa ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym⁸⁴. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy czynności doradztwa podatkowego obejmują:

- 1) udzielanie podatnikom, płatnikom i inkasentom, na ich zlecenie lub na ich rzecz, porad, opinii i wyjaśnień z zakresu ich obowiązków podatkowych i celnych oraz w sprawach egzekucji administracyjnej związanej z tymi obowiązkami;
- 2) prowadzenie, w imieniu i na rzecz podatników, płatników i inkasentów, ksiąg rachunkowych, ksiąg podatkowych i innych ewidencji do celów podatkowych oraz udzielanie im pomocy w tym zakresie;
- 3) sporządzanie, w imieniu i na rzecz podatników, płatników i inkasentów, zeznań i deklaracji podatkowych lub udzielanie im pomocy w tym zakresie;
- 4) reprezentowanie podatników, płatników i inkasentów w postępowaniu przed organami administracji publicznej i w zakresie sądowej kontroli decyzji, postanowień i innych aktów administracyjnych w sprawach wymienionych w pkt 1.

Zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy doradca podatkowy wykonuje ten zawód jako:

- 1) osoba fizyczna prowadząca działalność we własnym imieniu i na własny rachunek lub jako uczestnik spółki niemającej osobowości prawnej;
- 2) osoba pozostająca w stosunku pracy.

W celu zapewnienia niezbędnej niezależności doradcy podatkowego ustawa stanowi, że doradca podatkowy wykonujący zawód w ramach stosunku pracy, o

⁸⁴ Dz. U. z 2020r., poz. 130.

którym mowa w art. 27 ust. 1 pkt 2 lit. b, zajmuje samodzielne stanowisko podległe bezpośrednio kierownikowi podmiotu, w którym jest zatrudniony (art. 31 ust. 1a) oraz nie jest związany poleceniem co do treści udzielanych porad, opinii lub wyjaśnień (art. 31 ust. 1b).

Ustawa określa ograniczenia w możliwości prowadzenia innej działalności gospodarczej albo wykonywania innych funkcji przez doradców podatkowych. Zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy doradca podatkowy wykonujący ten zawód może prowadzić działalność gospodarczą lub być zatrudniony, jeżeli jej wykonywanie lub to zatrudnienie:

- 1) nie powoduje konfliktu interesów i niezgodności między poszczególnymi rodzajami działalności lub zatrudnienia;
- 2) nie narusza niezależności i bezstronności doradcy podatkowego;
- 3) nie pozostaje w sprzeczności z zasadami etyki zawodowej doradcy podatkowego.

Zgodnie z art. 31 ust. 3 ustawy doradca podatkowy jest obowiązany do pisemnego zawiadomienia Krajowej Rady Doradców Podatkowych o rozpoczęciu prowadzenia działalności gospodarczej lub zatrudnienia wykraczających poza zakres czynności określonych w art. 2, z podaniem rodzajów prowadzonej działalności lub rodzajów zatrudnienia, oraz o wszelkich zmianach dotyczących zakresu tej działalności lub tego zatrudnienia, w terminie 30 dni, odpowiednio od dnia rozpoczęcia jej prowadzenia, rozpoczęcia zatrudnienia lub zaistnienia zmian.

Kolizję interesów rozstrzyga art. 32 ustawy stanowiąc, że doradca podatkowy, w ciągu 2 lat od dnia wpisu na listę, nie może wykonywać doradztwa podatkowego na rzecz osób, których sprawy rozstrzygał w ciągu ostatnich 3 lat przed ustaniem zatrudnienia lub pełnienia funkcji. Zgodnie z ust. 2 przez rozstrzygnięcie spraw, o których mowa w ust. 1, rozumie się przeprowadzanie kontroli podatkowej, celno-skarbowej, wydawanie decyzji administracyjnych w sprawach podatkowych oraz uznawanie złożonych zeznań i deklaracji za prawidłowe. Ponadto, zgodnie z art. 33 ustawy doradca podatkowy nie może prowadzić spraw podatnika, płatnika i inkasenta, jeżeli małżonek tego doradcy jest zatrudniony lub pełni służbę w organie podatkowym, organie celnym, lub w urzędzie obsługującym ministra właściwego do

spraw finansów publicznych na stanowisku, na którym wykonuje obowiązki w zakresie przygotowywania rozstrzygnięć w sprawach związanych z ustalaniem lub określaniem zobowiązań podatkowych lub celnych lub poborem podatków lub ceł od tego podatnika, płatnika i inkasenta.

6.2. *Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu doradcy podatkowego*

W zakresie świadczenia przez doradcę restrukturyzacyjnego usług doradztwa restrukturyzacyjnego należy zauważyć istotne podobieństwa ze świadczeniem usług przez doradcę podatkowego. Zarówno usługi doradztwa restrukturyzacyjnego jak i usługi doradztwa podatkowego są zindywidualizowaną przedmiotowo kategorią usług doradczych świadczonych na rzecz klientów. Charakter świadczonych usług wymaga dużej niezależności, specjalizacji i samodzielności podmiotu wykonującego zawód doradcy podatkowego oraz doradcy restrukturyzacyjnego. Wobec tego zasadne wydaje się rozważenie przyjęcia w ustawie o licencji doradcy restrukturyzacyjnego uregulowania analogicznego do art. 31 ust. 1 ustawy o doradztwie podatkowych i wprowadzenie regulacji zgodnie z którą doradca restrukturyzacyjny mógłby prowadzić działalność gospodarczą lub być zatrudniony, jeżeli jej wykonywanie lub to zatrudnienie:

1. nie powoduje konfliktu interesów i niezgodności między poszczególnymi rodzajami działalności lub zatrudnienia;
2. nie narusza niezależności i bezstronności doradcy restrukturyzacyjnego;
3. nie pozostaje w sprzeczności z zasadami etyki zawodowej doradcy restrukturyzacyjnego.

Podobnie konieczność zapewnienia niezależności w zakresie wykonywania czynności z zakresu doradztwa restrukturyzacyjnego widzą organy zrzeszenia samorządu zawodowego doradców restrukturyzacyjnych. Zgodnie z § 18 (3) Kodeksu Etyki Doradcy Restrukturyzacyjnego przyjętego przez Krajową Izbę Doradców Restrukturyzacyjnych doradca restrukturyzacyjny nie może być związany poleceniem służbowym, co do treści wydawanej opinii lub porady.

7. Biegły rewident

7.1. Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez biegłego rewidenta

Zasady uzyskiwania uprawnień do wykonywania zawodu biegłego rewidenta i wykonywania tego zawodu określa ustawa z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym⁸⁵.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy zawód biegłego rewidenta polega na:

- 1) wykonywaniu czynności rewizji finansowej,
- 2) świadczeniu usług atestacyjnych innych niż czynności rewizji finansowej, niezastrzeżonych do wykonywania przez biegłych rewidentów,
- 3) świadczeniu usług pokrewnych
 - zgodnie z krajowymi standardami wykonywania zawodu.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 biegły rewident może wykonywać zawód jako:

- 1) osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą we własnym imieniu i na własny rachunek, lub
- 2) wspólnik firmy audytorskiej,
- 3) osoba fizyczna pozostająca w stosunku pracy z firmą audytorską, lub
- 4) osoba fizyczna, w tym osoba prowadząca działalność gospodarczą, inna niż osoba, o której mowa w art. 46 pkt 1, która zawarła umowę cywilnoprawną z firmą audytorską, o której mowa w art. 46.

Zgodnie z art. 3 ust. 3 ustawy biegły rewident wykonuje zawód w imieniu firmy audytorskiej.

Niezależność biegłego rewidenta jest zapewniona poprzez regulację art. 75 ustawy, zgodnie z którym właściciel, wspólnicy ani członkowie zarządu oraz organów nadzorczych firmy audytorskiej lub podmiotu powiązanego z tą firmą audytorską nie mogą ingerować w przeprowadzanie przez biegłego rewidenta badania

⁸⁵ Dz. U. z 2019r., poz. 1421.

sprawozdania finansowego w sposób zagrażający jego niezależności i obiektywizmowi.

Ustawa zawiera również przepisy, których celem jest rozstrzygnięcie konfliktów interesów. Zgodnie z art. 76 ust. 1 ustawy kluczowy biegły rewident oraz biegli rewidenci przeprowadzający badanie ustawowe w imieniu firmy audytorskiej, przed upływem co najmniej roku od dnia zaprzestania działalności w charakterze biegłego rewidenta lub kluczowego biegłego rewidenta lub wzięcia bezpośredniego udziału w badaniu danej jednostki, nie mogą w badanej jednostce:

- 1) należeć do kadry kierowniczej wyższego szczebla, w tym obejmować funkcji członka zarządu lub innego organu zarządzającego;
- 2) obejmować funkcji członka komitetu audytu lub organu pełniącego jego funkcje;
- 3) obejmować funkcji członka organu nadzorczego.

W przypadku przeprowadzania badań jednostek zainteresowania publicznego okres, o którym mowa w ust. 1, wynosi co najmniej 2 lata (ust. 2 cytowanego przepisu).

Zgodnie z art. 76 ust. 3 przed upływem co najmniej roku od dnia wzięcia bezpośredniego udziału w badaniu zajmować stanowisk lub obejmować funkcji, o których mowa w ust. 1, nie mogą:

- 1) pracownicy firmy audytorskiej oraz osoby należące do kadry kierowniczej wyższego szczebla niebędące kluczowymi biegłymi rewidentami,
- 2) osoby fizyczne, z których usług korzysta lub które nadzoruje dany biegły rewident lub firma audytorska
 - jeżeli są biegłymi rewidentami.

7.2. Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu biegłego rewidenta

Zawód doradcy restrukturyzacyjnego jest w określonym zakresie zbliżony do zawodu biegłego rewidenta. Dotyczy to tej części zawodu doradcy restrukturyzacyjnego, która obejmuje wykonywanie czynności doradztwa restrukturyzacyjnego. W szczególności, doradca restrukturyzacyjny jak i biegły rewident powinien mieć zagwarantowaną niezależność w zakresie wykonywania swoich czynności. Wobec tego należy zaproponować przyjęcie w ustawie o licencji doradcy restrukturyzacyjnego uregulowania, zgodnie z którym doradca restrukturyzacyjny mógłby prowadzić działalność gospodarczą inną niż świadczenie usług doradztwa restrukturyzacyjnego lub być zatrudniony, jeżeli wykonywanie działalności gospodarczej lub zatrudnienie nie narusza niezależności i bezstronności doradcy restrukturyzacyjnego.

8. Rzeczoznawca majątkowy

8.1. Uwagi ogólne o zakazie wykonywania innych zawodów i funkcji przez rzeczoznawcę majątkowego

Wykonywanie zawodu rzeczoznawcy majątkowego reguluje ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami⁸⁶.

Zgodnie z art. 174 ust. 1 ustawy rzeczoznawstwo majątkowe jest działalnością zawodową wykonywaną przez rzeczoznawców na zasadach określonych w niniejszej ustawie. Zgodnie z ust. 2 rzeczoznawcą majątkowym jest osoba fizyczna posiadająca uprawnienia zawodowe w zakresie szacowania nieruchomości. Zgodnie z ust. 3 rzeczoznawca majątkowy dokonuje określania wartości nieruchomości, a także maszyn i urządzeń.

Ustawa reguluje również sytuacje, w których mogą wystąpić konflikty interesów, stanowiąc w art. 176, że rzeczoznawca majątkowy podlega wyłączeniu od udziału w szacowaniu nieruchomości, jeżeli zachodzą przesłanki wymienione w art. 24 Kodeksu postępowania administracyjnego. W konsekwencji rzeczoznawca majątkowy podlega wyłączeniu od udziału w postępowaniu w sprawie:

⁸⁶ Dz. U. z 2020r., poz. 65.

- 1) w której jest stroną albo pozostaje z jedną ze stron w takim stosunku prawnym, że wynik sprawy może mieć wpływ na jego prawa lub obowiązki;
- 2) swego małżonka oraz krewnych i powinowatych do drugiego stopnia;
- 3) osoby związanej z nim z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli;
- 4) w której był świadkiem lub biegłym albo był lub jest przedstawicielem jednej ze stron, albo w której przedstawicielem strony jest jedna z osób wymienionych w pkt 2 i 3;
- 5) w której brał udział w wydaniu zaskarżonej decyzji;
- 6) z powodu której wszczęto przeciw niemu dochodzenie służbowe, postępowanie dyscyplinarne lub karne;
- 7) w której jedną ze stron jest osoba pozostająca wobec niego w stosunku nadrzędności służbowej.

Zgodnie z art. 174 ust. 7 ustawy rzeczoznawca majątkowy wykonuje zawód:

- 1) prowadząc we własnym imieniu działalność gospodarczą jednoosobowo lub w ramach spółki osobowej w zakresie szacowania nieruchomości, lub
- 2) w ramach stosunku pracy lub umowy cywilnoprawnej u podmiotu prowadzącego działalność w zakresie szacowania nieruchomości.

Zgodnie z art. 191 ust. 1 ustawy uprawnienia zawodowe w zakresie szacowania nieruchomości nadaje Minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa.

8.2. *Podobieństwa i różnice zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i zawodu rzeczoznawcy majątkowego*

Zawód doradcy restrukturyzacyjnego nie jest zbliżony do zawodu rzeczoznawcy majątkowego. Jedynie w tej części zawodu doradcy restrukturyzacyjnego, która obejmuje wykonywanie czynności doradztwa restrukturyzacyjnego doradca restrukturyzacyjny jak i rzeczoznawca majątkowy powinien mieć zagwarantowaną niezależność w zakresie wykonywania czynności doradcy restrukturyzacyjnego. Sam charakter wykonywanych czynności, a więc w istocie rzeczy świadczonych usług jest odmienny. Nie ma więc uzasadnienia dla dostosowywania regulacji dotyczącej rzeczoznawcy majątkowego do regulacji

9. Inne zawody

W obrocie gospodarczym występuje również szereg innych zawodów, które polegają na świadczeniu usług prawnych (doradca prawny⁸⁷) albo zbliżonych do usług prawnych, bądź też z pogranicza usług prawnych, zarządczych i ekonomicznych (pośrednik w obrocie nieruchomościami, zarządca nieruchomości⁸⁸). Analiza tych zawodów ma mniejsze znaczenie dla rozważań porównawczych dotyczących doradcy restrukturyzacyjnego. Wynika to, w szczególności z tego, że te zawody są mniej podobne do zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i są bardziej ograniczone do określonej, dość wąskiej, kategorii czynności.

⁸⁷ Status doradcy prawnego nie jest uregulowany prawnie, zaś podstawą prawną świadczenia usług jest ustawa z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2019r., poz. 1292). Po raz pierwszy, pogląd, o tym że obowiązujące w Polsce przepisy pozwalają osobom z wyższym wykształceniem prawniczym prowadzić działalność prawniczą na własny rachunek został wyrażony w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 listopada 2003 r. (SK 22/02). Konsekwencją wyroku było prawne usankcjonowanie działalności tzw. biur doradztwa prawnego prowadzonych przez osoby, które ukończyły studia prawnicze, ale nie posiadają uprawnień radcy prawnego ani adwokata

⁸⁸ Zarządca nieruchomości to przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą z zakresu zarządzania nieruchomościami. Zarządzanie nieruchomością polega na podejmowaniu decyzji i dokonywaniu czynności mających na celu zapewnienie racjonalnej gospodarki nieruchomością, a w szczególności:

- 1) właściwej gospodarki ekonomiczno-finansowej nieruchomości;
- 2) bezpieczeństwa użytkowania i właściwej eksploatacji nieruchomości;
- 3) właściwej gospodarki energetycznej w rozumieniu przepisów prawa energetycznego;
- 4) bieżące administrowanie nieruchomością;
- 5) utrzymanie nieruchomości w stanie nie pogorszonym zgodnie z jej przeznaczeniem;
- 6) uzasadnione inwestowanie w nieruchomość.

Rozdział 3. Zakaz łączenia ról pozasądowego organu postępowania oraz innych ról

Zakaz łączenia ról pozasądowego organu postępowania oraz innych ról, funkcji czy też zawodów jest określony w odpowiednich przepisach Prawa upadłościowego i Prawa restrukturyzacyjnego.

Zgodnie z art. 157a ust. 1 p.u. syndykiem nie może być osoba fizyczna lub spółka handlowa, która:

- 1) jest wierzycielem lub dłużnikiem upadłego, małżonkiem, wstępnym, zstępnym, rodzeństwem, powinowatym upadłego lub jego wierzyciela w tej samej linii czy stopniu, osobą pozostającą z nim w stosunku przysposobienia lub małżonkiem tej osoby albo osobą pozostającą z upadłym w faktycznym związku, prowadzącą z nim wspólnie gospodarstwo domowe;
- 2) jest lub była zatrudniona przez upadłego na podstawie stosunku pracy albo wykonywała pracę lub świadczyła usługi na rzecz upadłego na podstawie innego stosunku prawnego;
- 3) jest lub była członkiem organu, prokurentem lub pełnomocnikiem upadłego, albo jest lub w okresie dwóch lat przed dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości była wspólnikiem albo akcjonariuszem posiadającym udziały albo akcje w wysokości wyższej niż 5% kapitału zakładowego dłużnika lub wierzyciela;
- 4) jest lub była spółką powiązaną z upadłym lub jest lub była członkiem organu, prokurentem lub pełnomocnikiem takiej spółki albo jest lub w okresie dwóch lat przed dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości była wspólnikiem albo akcjonariuszem posiadającym udziały albo akcje w wysokości wyższej niż 5% kapitału zakładowego spółki powiązanej z dłużnikiem;
- 5) pełniła funkcję nadzorcy lub zarządcy w prowadzonym wcześniej wobec upadłego postępowaniu restrukturyzacyjnym.

Z punktu widzenia przedmiotu niniejszego opracowania istotne jest wyłączenie możliwości pełnienia funkcji syndyka przez osoby, które wcześniej lub obecnie były zatrudnione przez upadłego albo wykonywały na jego rzecz usługi, w tym również

usługi doradztwa restrukturyzacyjnego oraz które pełniły funkcje pozasądowych organów w postępowaniu restrukturyzacyjnym dłużnika.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 p.r. nadzorcą albo zarządcą nie może być osoba fizyczna albo spółka handlowa, która jest:

- 1) wierzycielem lub dłużnikiem dłużnika;
- 2) małżonkiem, wstępnym, zstępnym, jednym z rodzeństwa, powinowatym dłużnika lub jego wierzyciela w tej samej linii czy stopniu;
- 3) osobą pozostającą z dłużnikiem w stosunku przysposobienia lub małżonkiem tej osoby albo osobą pozostającą z dłużnikiem w faktycznym związku, prowadzącą z nim wspólnie gospodarstwo domowe;
- 4) lub była zatrudniona przez dłużnika na podstawie stosunku pracy albo wykonywała pracę lub świadczyła usługi na rzecz dłużnika na podstawie innego stosunku prawnego, z wyjątkiem wykonywania na rzecz dłużnika czynności doradztwa restrukturyzacyjnego, o których mowa w ustawie o licencji doradcy restrukturyzacyjnego;
- 5) lub była członkiem organu, prokurentem lub pełnomocnikiem dłużnika albo jest lub w okresie dwóch lat przed dniem złożenia wniosku restrukturyzacyjnego była wspólnikiem albo akcjonariuszem dłużnika posiadającym udziały albo akcje w wysokości wyższej niż 5% kapitału zakładowego dłużnika lub wierzyciela;
- 6) lub była spółką powiązaną z dłużnikiem lub jest lub była członkiem organu, prokurentem lub pełnomocnikiem takiej spółki albo jest lub w okresie dwóch lat przed dniem złożenia wniosku restrukturyzacyjnego była wspólnikiem albo akcjonariuszem posiadającym udziały albo akcje w wysokości wyższej niż 5% kapitału zakładowego spółki powiązanej z dłużnikiem.

Podobnie, jak w przypadku syndyka również w odniesieniu do nadzorcy sądowego i zarządcy istotne jest wyłączenie możliwości pełnienia tych funkcji przez osoby, które wcześniej lub obecnie były zatrudnione przez upadłego albo wykonywały na jego rzecz usługi, z tym że nie dotyczy to wykonywania na rzecz dłużnika czynności doradztwa restrukturyzacyjnego, o których mowa w ustawie o licencji doradcy restrukturyzacyjnego. Jest to rozwiązanie słuszne, które pozwala na zapewnienie dłużnikowi pełnej obsługi prawno-ekonomicznej w zakresie

podejmowania działań restrukturyzacyjnych. Rozwiązanie to koresponduje z regulacją art. 38 ust. 2 p.r. oraz art. 51 ust. 2 p.r. Zgodnie z tym przepisami na wniosek dłużnika, do którego dołączono pisemną zgodę wierzyciela lub wierzycieli mających łącznie więcej niż 30% sumy wierzytelności, z wyłączeniem wierzycieli, o których mowa w art. 80 ust. 3 oraz art. 116, sąd, w postanowieniu o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego, powołuje do pełnienia funkcji nadzorca sądowego albo zarządcy osobę spełniającą wymogi, o których mowa w art. 24, wskazaną przez dłużnika. Sąd może odmówić powołania wskazanej osoby, jeżeli zachodzą uzasadnione przyczyny, w szczególności jeżeli jest oczywiste, że wskazana osoba nie daje rękojmi należytego wykonywania obowiązków.

Należy wyraźnie podkreślić, że zakaz pełnienia funkcji pozasądowego organu postępowania oraz innych ról, funkcji czy też zawodów wykracza poza rozważania dotyczące wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego jako działalności wyłącznej albo też łączonej z inną aktywnością zawodową. Aksjologicznie są to dwie zupełnie odmienne instytucje. Zakaz łączenia funkcji organu pozasądowego postępowania restrukturyzacyjnego albo postępowania upadłościowego z inną aktywnością jest podyktowany zupełnie innymi względami i ma swoje uzasadnienie w konieczności zapewnienia niezależności i suwerenności organów postępowania.

Rozdział 4. Analizy prawnoporównawcze

Badania prawnoporównawcze zostały przeprowadzone na podstawie analizy odpowiednich aktów prawa obcego, a także na podstawie wywiadów z członkami Judicial Wing of Insol Europe – organizacji zrzeszającej europejskich sędziów upadłościowych i restrukturyzacyjnych. W ramach wywiadów członkowie Judicial Wing zostali poproszeni o udzielenie odpowiedzi na cztery pytania, które miały na celu zidentyfikowanie zarówno odpowiednich regulacji prawnych jak i uzyskanie informacji na temat praktyki wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego⁸⁹.

1. Czechy

W Czechach nie ma żadnych zakazów łączenia zawodu doradcy restrukturyzacyjnego⁹⁰ z innymi zawodami. W Czechach działa około 600 doradców restrukturyzacyjnych. Mniej więcej 70% z nich posiada wykształcenie prawnicze, około 20% wykształcenie ekonomiczne, a 10% posiada zarówno wykształcenie prawnicze jak i ekonomiczne.

⁸⁹ Pytania zostały skonstruowane w sposób następujący:

1. Is the simultaneous practicing of the profession of lawyer and insolvency practitioner forbidden in your country? If so, what regulations govern it (please provide *the name of the legal act, number of the article*

and, if applicable; link to the Internet version of this act or please copy the corresponding provisions in native language).

2. Are insolvency practitioners usually lawyers? Are there any statistical studies available in this regard? Are there any articles concerning this problem?

3. What education do the insolvency practitioner have most often? Are there any statistical studies available in this area?

4. Are there legal regulations that limit the ability of the insolvency practitioner to engage in any other profession?

⁹⁰ Insolvenční správc. Kwestie kwalifikacji doradców restrukturyzacyjnych w Czechach reguluje czeska ustawa o doradcach restrukturyzacyjnych nr 312/2006.

2. Hiszpania

W prawie hiszpańskim nie ma żadnych zakazów łączenie wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego z inną aktywnością zawodową. Zgodnie z art. 27 ust. 1 hiszpańskiego prawa upadłościowego zarządca upadłościowym może być:

- a) Adwokat posiadający pięcioletnie doświadczenie i ukończony kurs z zakresu prawa upadłościowego;
- b) ekonomista albo biegły rewident posiadający pięcioletnie doświadczenie i udokumentowaną specjalizację w zakresie postępowań upadłościowych;
- c) osoba prawna, która jest stworzona przez co najmniej jednego praktykującego prawnika i ekonomistę albo biegłego rewidenta i gwarantuje niezbędną niezależność i prawidłowe wypełnienia obowiązków w postępowaniu upadłościowym.

W praktyce około 50% doradców restrukturyzacyjnych jest prawnikami. W pozostałym zakresie doradcy restrukturyzacyjni posiadają zazwyczaj wykształcenie ekonomiczne albo rachunkowe.

3. Irlandia

W Irlandii nie ma ograniczeń co do możliwości wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego czy też pełnienia funkcji syndyka albo zarządcy w postępowaniach przez osoby, które wykonują inne zawodu prawnicze. Wręcz przeciwnie, ustawodawstwo irlandzkie wyraźnie wskazuje, że szczególnie kwalifikowani do pełnienia funkcji doradcy restrukturyzacyjnego są księgowi/rewidenci oraz prawnicy. Kwestie kwalifikacji do wykonywania czynności syndyka w postępowaniach dotyczących spółek reguluje art. 633 i n. ustawy – Prawo spółek z 2014 r.⁹¹. Zgodnie z art. 633 funkcję syndyka⁹² może pełnić osoba, która spełnia następujące wymagania:

⁹¹ Companies Act 2014, <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2014/act/38/section/633/enacted/en/html>

⁹² Dodatkowo, zgodnie z art. 634 Companies Act do pełnienia funkcji syndyka konieczne jest posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej

- a) jest członkiem określonego organu rachunkowego, posiada aktualne uprawnienia do wykonywania zawodu księgowego, nie została skazana na karę, której istotą jest wyłączenie możliwości pełnienia funkcji syndyka, lub
- b) jest adwokatem, posiada aktualne uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata, nie została skazana na karę, której istotą jest wyłączenie możliwości pełnienia funkcji syndyka, lub
- c) jest członkiem takiego organu zawodowego, który organ nadzoru nad syndykami może okresowo uznawać za uprawniający do kwalifikowania do pełnienia funkcji syndyka, posiada uprawnienia do wykonywania zawodu określone przez dedykowany do tego organ zawodowy, nie została skazana na karę, której istotą jest wyłączenie możliwości pełnienia funkcji syndyka.

4. Łotwa

Na Łotwie funkcję syndyka może pełnić osoba fizyczna⁹³. W prawie łotewskim nie ma zakazu jednoczesnego pełnienia funkcji syndyka ani wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i wykonywania innych zawodów, w tym zawodów prawniczych. W praktyce, bardzo wielu prawników działa jako doradcy restrukturyzacyjni i pełni funkcje organów w postępowaniach upadłościowych i restrukturyzacyjnych. W istocie rzeczy, regulacja, dotycząca kwalifikacji wymaganych od osób, które mogą pełnić w postępowaniach funkcję syndyka albo zarządcy preferuje osoby z wykształceniem prawniczym wskazując jako konieczne wymaganie ukończenie studiów drugiego stopnia z zakresu prawa⁹⁴.

5. Niemcy

W Niemczech dopuszczalne jest łączenie zawodu prawnika oraz doradcy restrukturyzacyjnego, aczkolwiek w praktyce niektóre sądy preferują doradców, którzy nie wykonują jednocześnie zawodu prawnika. Jest powszechną praktyką to, że duże kancelarie prawnicze tworzą wyspecjalizowane departamenty, które

⁹³ Art. 9 ust. 1 łotewskiego prawa upadłościowego (Maksātnespējas likums z 26.07.2010r., opublikowana Latvijas Vēstnesis, 124 z 06.08.2010r., <https://likumi.lv/ta/en/en/id/214590-insolvency-law>)

⁹⁴ Art. 13 ust. 1 pkt 2) łotewskiego prawa upadłościowego.

zatrudniają prawników specjalizujących się w doradztwie restrukturyzacyjnym i pełniących funkcje organów w postępowaniach upadłościowych i restrukturyzacyjnych. Zdecydowana większość syndyków i zarządców posiada wykształcenie prawnicze⁹⁵. W pozostałym zakresie syndycy z reguły mają wykształcenie ekonomiczne albo finansowe⁹⁶.

6. Węgry

Na Węgrzech funkcję syndyka może pełnić wyłącznie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ujęta na oficjalnej liście. Zgodnie z art. 27/C § 3 ustawy – Prawo upadłościowe i likwidacyjne⁹⁷ spółka taka nie może działać jako pośrednik obrotu nieruchomościami, pożyczkodawca i faktorant oraz nie może posiadać większości udziałów w innej spółce, która prowadzi taką działalność⁹⁸.

Wybór syndyka w danej sprawie jest dokonywany za pośrednictwem systemu informatycznego (spółka, która będzie pełniła funkcję syndyka jest wybierana w drodze losowania). Po wylosowaniu spółki, która będzie pełniła funkcję syndyka w danej sprawie, spółka ta wskazuje osobę spośród swoich pracowników albo podmiotów współpracujących na podstawie umów cywilnoprawnych, która będzie wykonywała faktyczne czynności syndyka w sprawie. Z uwagi na powyższą regulację węgierskie prawo upadłościowe nie zawiera obecnie żadnych regulacji dotyczących zakazu łączenia zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i innych zawodów. Taki zakaz był jednak wskazany w obowiązującej poprzednio ustawie o działalności prawniczej⁹⁹, która jasno określała zakaz jednoczesnego wykonywania zawodu

⁹⁵ W ankiecie wskazano na 95% wskazując jednak, że nie ma w tym zakresie oficjalnych statystyk.

⁹⁶ E. Braun, A. Frank, Discontinued model of legal insolvency administrators? NZI 2020, 1; R. Ganter: The profession of insolvency administrator between all chairs? NZI 2018, 137; H. Vallender: Introduction of a Chamber of Insolvency Administrators as the responsible body for the professional supervision of insolvency administrators NZI 2017, 777

⁹⁷ Ustawa XLIX z 1991r.

⁹⁸ 27/C. § (3) A felszámoló addig, amíg a felszámolói névjegyzékben szerepel:

a) nem folytathat ingatlanközvetítő, kölcsön- és faktoringtevékenységet,
(együtt: összeférhetetlen tevékenység),

b) nem rendelkezhet többségi befolyással összeférhetetlen tevékenységeket
folytató másik jogi személyben

⁹⁹ ustawa XI z 1998r.

prawnika oraz prowadzenia działalności gospodarczej. Naruszenie tego zakazu skutkowało odpowiedzialnością dyscyplinarną¹⁰⁰. Obecnie obowiązująca ustawa¹⁰¹ nie wprowadza tak jednoznacznie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej i nie odnosi się w żadnej sposób do pełnienia funkcji syndyka, chociaż wyraźnie wskazuje, że prawnik może pełnić funkcję likwidatora¹⁰².

W praktyce niektóre osoby, które są powoływane do faktycznego wykonywania czynności syndyka w postępowaniu przez spółki, które pełnią funkcję syndyka są prawnikami. Jednakże zarówno wykształcenie jak i zawody tych osób są bardzo zróżnicowane.

7. Wielka Brytania

W Wielkiej Brytanii, przed wejściem w życie Ustawy o niewypłacalności z 1986 r. („IA 1986”) nie było żadnych wymogów dotyczących formalnych kwalifikacji osoby, która w postępowaniu miała pełnić funkcję syndyka albo zarządcy. W znacznej liczbie przypadków postępowania związane z niewypłacalnością spółki były więc nadużywane przez członków zarządów spółek oraz przez osoby, które wykorzystywały postępowania upadłościowe dla osiągnięcia partykularnych korzyści. Stosunkowo często zdarzały się więc skargi dotyczące sprzedaży majątku po zaniżonych cenach oraz skargi dotyczące błędów w zarządzaniu masą upadłości. W odpowiedzi na niezadowolenie z poprzednio obowiązującego systemu IA 1986 wprowadziła system licencjonowania mający na celu zapewnienie kompetencji zawodowych i umiejętności praktyków zajmujących się niewypłacalnością zarówno w przypadku niewypłacalności indywidualnej, jak i niewypłacalności spółek i innych organizacji. Wprowadzono wówczas zasadę, zgodnie z którą funkcję syndyka mogła pełnić tylko osoba fizyczna. Jedynym właściwym organem do udzielania odpowiednich licencji był Sekretarz Stanu. Od 1 października 2015 r. wraz z uchyceniem IA 1986, ustawą Deregulation Act 2015, Sekretarz Stanu nie jest już właściwy do udzielania licencji do działania w charakterze syndyka masy upadłości. Zmiany, który nastąpiły w tym zakresie w prawie brytyjskim pokazują na ścisłe

¹⁰⁰ <http://www.bpugyvedikamara.hu/szabalyozas/buk-hatarozatok/a-fegyelmi-tanacs-hatarozatai/>

¹⁰¹ Ustawa LXXVIII z 2017.

¹⁰² Art. 24 § 1 pkt k).

powiązanie pomiędzy wykonywaniem zawodu doradcy restrukturyzacyjnego a wykonywaniem innych wolnych i regulowanych zawodów. Obecnie bowiem, uzyskanie upoważnienia do pełnienia funkcji syndyka albo zarządcy następuje na podstawie zezwolenia od jednego z organów zawodowych uznanych w tym celu przez Sekretarza Stanu.

Organizacjami, które mogą potwierdzać kwalifikacje do pełnienia funkcji syndyka albo zarządcy są:

- (a) The Chartered Association of Certified Accountants;
- (b) The Insolvency Practitioners Association;
- (c) The Institute of Chartered Accountants in England and Wales;
- (d) The Institute of Chartered Accountants in Ireland;
- (e) The Institute of Chartered Accountants of Scotland.

8. Włochy

Większość syndyków oraz zarządców we włoskich postępowaniach upadłościowych i restrukturyzacyjnych jest prawnikami, ekonomistami albo menadżerami. Obecnie, włoskie prawo nie zawiera szczególnych regulacji określających wymagania, które musi spełnić osoba powołana do pełnienia funkcji syndyka albo zarządcy w postępowaniu upadłościowym albo restrukturyzacyjnym. W konsekwencji, w prawie włoskim nie ma odpowiednika zawodu doradcy restrukturyzacyjnego rozumianego jako podmiot, który nie tylko wykonuje czynności doradztwa restrukturyzacyjnego ale również posiada wyłączne kompetencje do pełnienia funkcji pozasądowego organu postępowania prowadzonych wobec niewypłacalnych i zagrożonych niewypłacalnością dłużników.

Rozdział 5. Wyniki badań empirycznych

1. Metodologia

W ramach badań empirycznych przeprowadzono ankietę¹⁰³ wśród osób, które posiadają licencję doradcy restrukturyzacyjnego. Ankieta została przesłana doradcom restrukturyzacyjnym za pośrednictwem Stowarzyszeń Doradców Restrukturyzacyjnych. W ten sposób mogła trafić do osób, które aktywnie wykonują zawód doradcy restrukturyzacyjnego, a nie tylko uzyskały licencję¹⁰⁴. Celem ankiety było ustalenie ile osób spośród aktywnie wykonujących zawód doradcy restrukturyzacyjnego wykonuje jednocześnie inne zawody i w jaki sposób oceniają takie łączenie aktywności zawodowych.

2. Wyniki badań

2.1. Profil osoby badanej

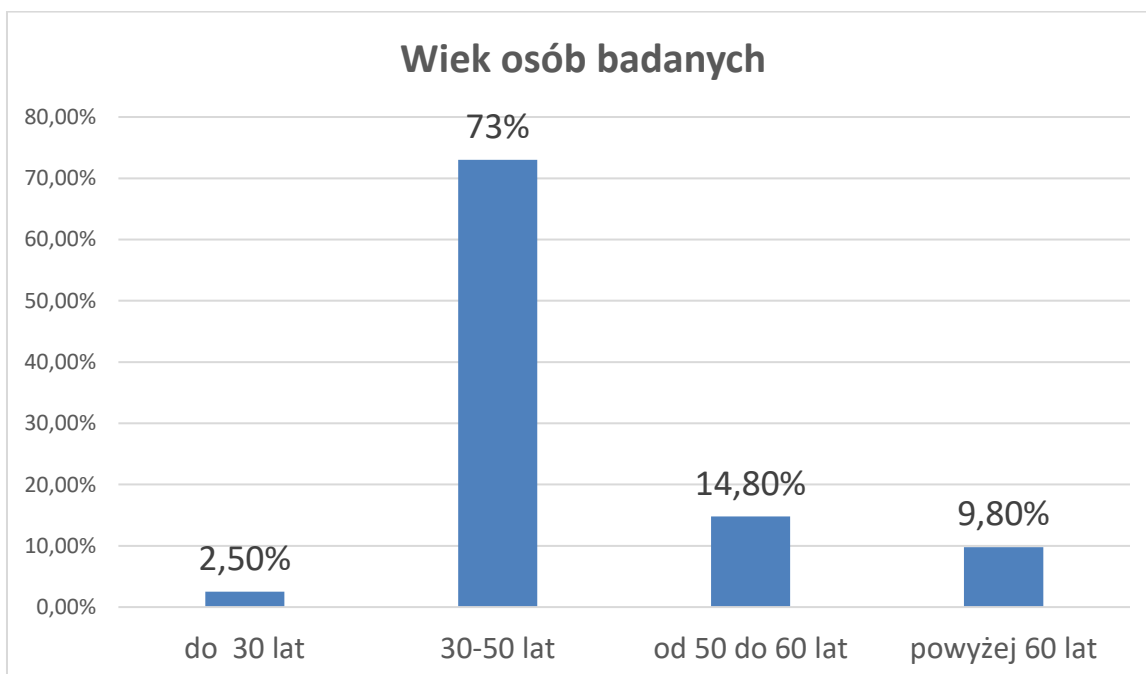
W badania wzięły udział 122 osoby, z czego 85 mężczyzn, 27 kobiet i 10 osób, które w ankiecie nie określiły odpowiedzi określającej płeć. Podział procentowy osób badanych ze względu na płeć wygląda następująco:

¹⁰³ Ankieta stanowi załącznik nr 1 do opracowania.

¹⁰⁴ W tym zakresie przyjęto założenie, że osoby, które są członkami stowarzyszeń doradców restrukturyzacyjnych rzeczywiście wykonują (albo zamierzają wykonywać) zawód doradcy restrukturyzacyjnego.

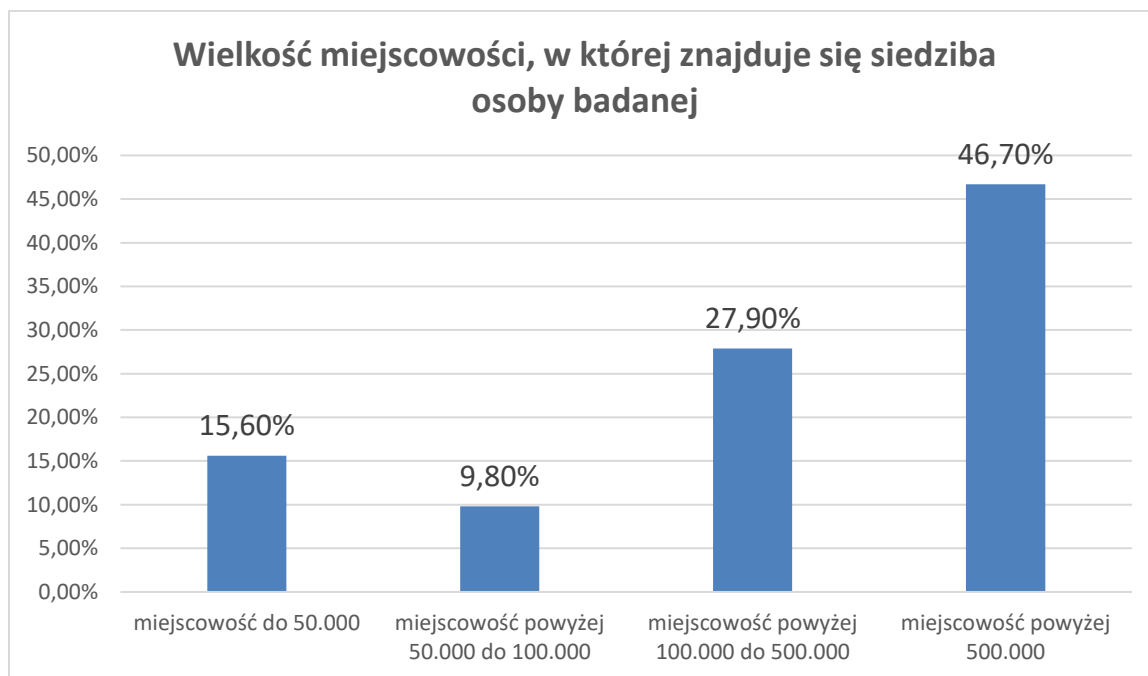


Zdecydowana większość badanych osób (89) była w wieku od 30 do 50 lat czyli w wieku największej aktywności zawodowej. 3 osoby miały poniżej 30 lat, 18 osób było w przedziale od 50 do 60 lat i 12 osób było w wieku powyżej 60 lat. Podział procentowy osób badanych ze względu na wiek wygląda następująco:

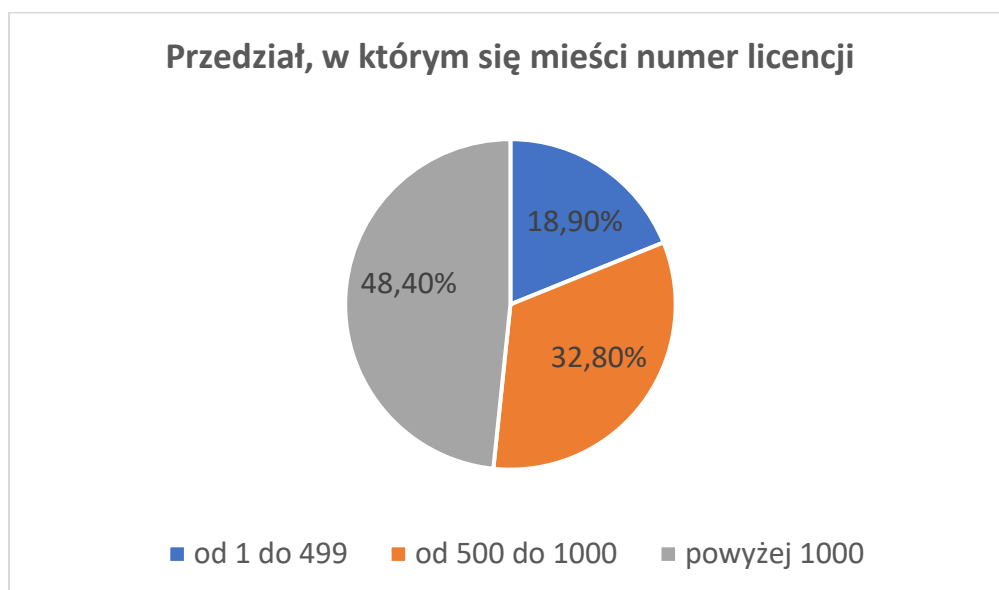


Najwięcej badanych osób ma siedzibę swojej kancelarii w miejscowości powyżej 500.000 mieszkańców (57 osób). 34 osoby mają siedzibą w miejscowości od 100.000 do 500.000 mieszkańców, 19 osób w miejscowości do 50.000

mieszkańców, a najmniej czyli 12 osób w miejscowości od 50.000 do 100.000 mieszkańców. Podział procentowy osób badanych ze względu na wielkość miejscowości, w której znajduje się siedziba doradcy restrukturyzacyjnego wygląda następująco:

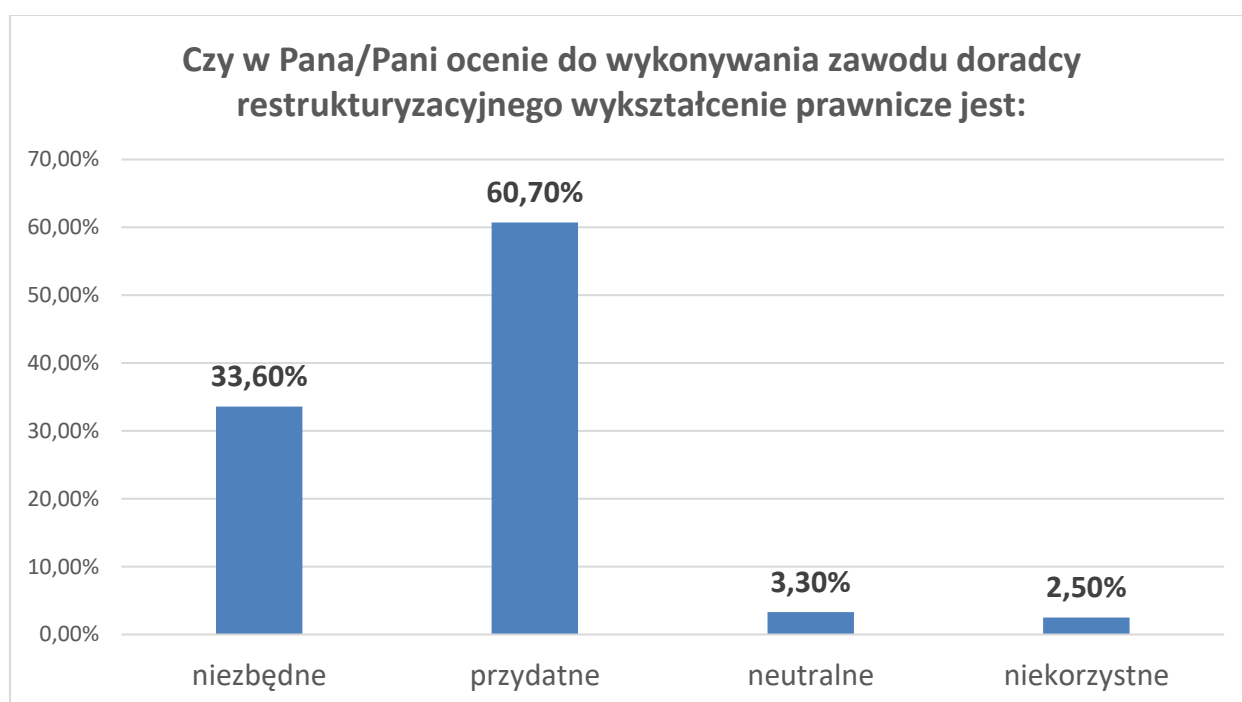


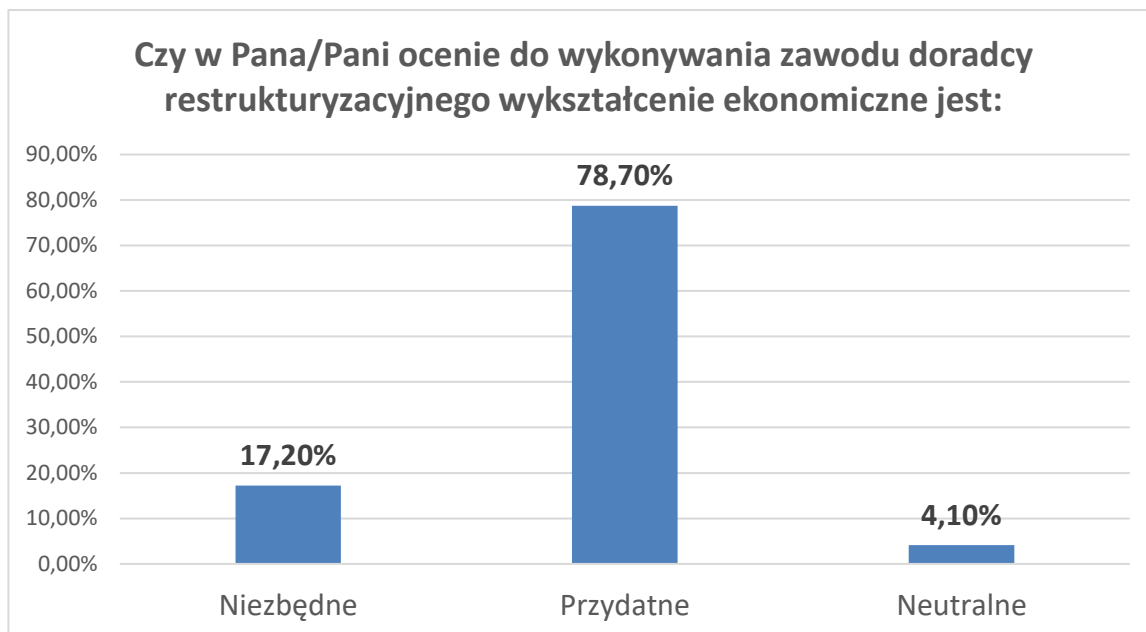
Największa liczba badanych osób (59) miała numer licencji powyżej 1000. Oznacza to, że osoby te stosunkowo niedawno uzyskały uprawnienia doradcy restrukturyzacyjnego. 40 osób posiada numer licencji w przedziale od 500 do 1000, a 23 osoby w przedziale od 1 do 499.



64,8% osób badanych zaznaczyło, że posiada wykształcenie prawnicze, a 32% wskazało na posiadanie wykształcenia ekonomicznego. Pojedyncze osoby wskazywały na inne wykształcenie (administracja, zarządzanie, windykacja, wykształcenie elektroniczne, inżynier mechanik, inżynier, pedagog, politolog), z czego na wykształcenie techniczne i inżynierskie wskazało 10 osób.

Osoby badane zostały również zapytane o ocenę tego czy do wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego potrzebne jest posiadanie wykształcenia prawniczego albo ekonomicznego. Procentowy podział odpowiedzi wyglądał następująco:



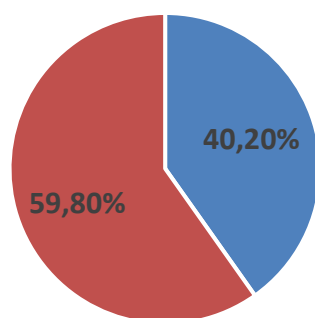


Na podstawie wskazanych wyżej danych można wskazać, że najczęściej osoba badana była mężczyzną z wykształceniem prawniczym, w wieku od 30 do 50 lat, posiadającym siedzibę w dużej miejscowości (powyżej 500.000 mieszkańców). Na tej podstawie nie można stworzyć profilu doradcy restrukturyzacyjnego ale można określić profil osoby badanej. W tym zakresie istotne jest ustalenie, że zdecydowana większość osób badanych to osoby, które może określić jako pozostające w sferze największej aktywności zawodowej (mężczyźni w wieku od 30 do 50 lat z dużych miast).

2.2. Wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego samodzielnie albo łącznie z inną aktywnością zawodową

Większość badanych osób wykonuje zawód doradcy restrukturyzacyjnego łącznie z inną wykonywaną aktywnością zawodową (73 osoby na 122 osoby badane). Podział procentowy osób, które wykonują zawód doradcy restrukturyzacyjnego samodzielnie albo łącznie z inną aktywnością zawodową wygląda w sposób następujący:

**Czy wykonuje Pan/Pani zawód doradcy
restrukturyzacyjnego**



- samodzielnie
- łącznie z innym wykonywanym aktywnie zawodem

Podział zawodów, które są wykonywane przez doradców restrukturyzacyjnych jest przedstawiony w tabeli. Tabela ta obejmuje wyłącznie 73 osoby, które wskazały w ankiecie, że wykonują jeszcze inny zawód. Jednakże z uwagi na to, że osoby, które wykonują jeszcze inny zawód często wykonują więcej niż jeden zawód i tak to zaznaczały w ankiecie to suma liczb w kolumnie zatytułowanej „liczba” jest większa niż 73. Zawody zaznaczone pogrubioną czcionką zostały wskazane w ankiecie. Pozostałe zawody były wskazywane przez osoby ankietowane w rubryce: inne.

zawód	liczba	procent¹⁰⁵
radca prawny	27	22,1
adwokat	11	9
doradca prawny	9	7,4
ekonomista	9	7,4
księgowy	5	4,1
doradca podatkowy	3	2,5
rzecznawca majątkowy	3	2,5
pracownik dydaktyczny uczelni wyższej	3	2,5
Biegły	2	1,6
analityk finansowy	1	0,8

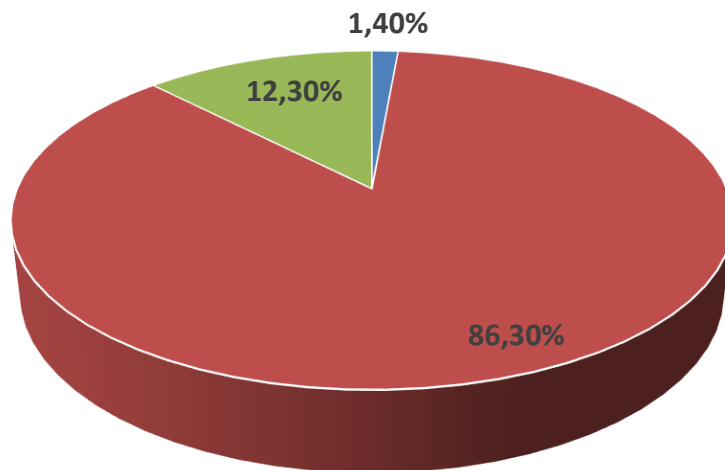
¹⁰⁵ Procent odnosi się do liczby osób, które w ankiecie wskazały, że wykonują jeszcze inny zawód.

agent celny	1	0,8
członek zarządu spółdzielni mieszkaniowej	1	0,8
doradca biznesowy	1	0,8
Doradca d/s restrukturyzacji	1	0,8
doradztwo w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej	1	0,8
Działalność gospodarcza	1	0,8
Działalność transportowa	1	0,8
interim manager	1	0,8
konsulting	1	0,8
Obszar ryzyka kredytowego	1	0,8
Pośrednik	1	0,8
prezes zarządu	1	0,8
przedsiębiorca	1	0,8
Przedsiębiorca / CEO	1	0,8
Urzędnik samorządowy	1	0,8
windykacja należności	1	0,8
Zarząd	1	0,8
zarządca nieruchomości	1	0,8

Żadna z badanych osób nie wykonuje zawodu komornika, biegłego rewidenta, doradcy kredytowego ani pracownika naukowego uczelni wyższej,

W ocenie osób badanych wykonywanie innego zawodu nie utrudnia wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego. W istocie rzeczy tylko jedna osoba wskazywała, że odczuwa takie utrudnienie. Co ciekawe, 63 osoby wskazały, że wykonywanie innego zawodu ułatwia wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego. Dla 9 osób łączenie zawodów ma charakter neutralny. 49 osób nie udzieliło odpowiedzi na to pytanie. Podział procentowy ważnych odpowiedzi przedstawi się następująco:

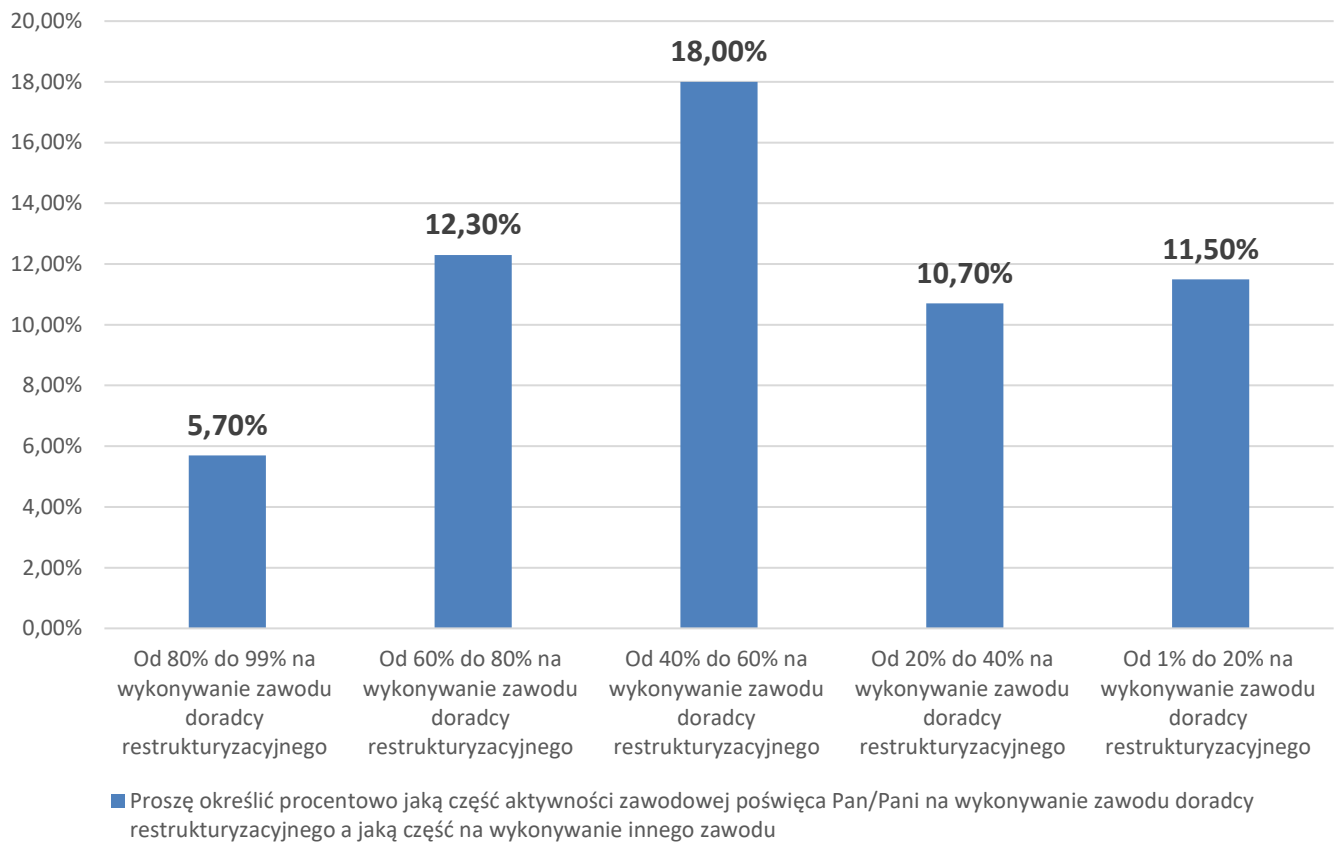
Czy inny zawód, który Pan/Pani wykonuje



- utrudnia wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego
- ułatwia wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego
- nie ma znaczenia dla wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego

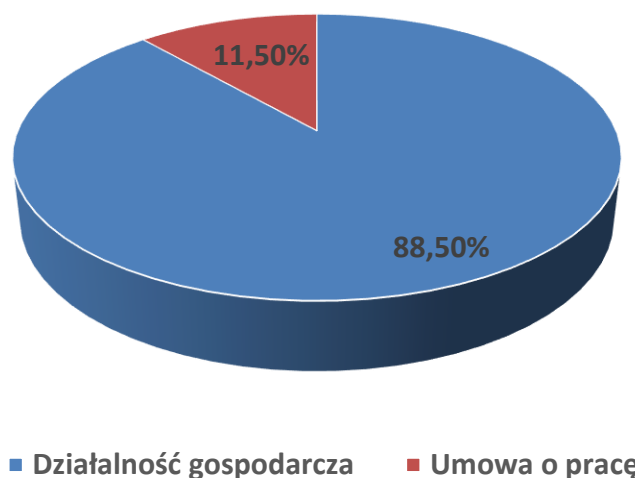
Łączenie różnych aktywności zawodowych oznacza konieczność podziału czasu pracy pomiędzy różne, łącznie wykonywane aktywności. Podział ten wygląda następująco:

Proszę określić procentowo jaką część aktywności zawodowej poświęca Pan/Pani na wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego a jaką część na wykonywanie innego zawodu



Spośród badanych osób 92 osoby prowadzą działalność gospodarczą, a 12 osób jest zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. 18 osób nie udzieliło odpowiedzi na to pytanie. Podział procentowy ważnych odpowiedzi wygląda następująco:

Łączenie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego z działalnością gospodarczą albo umową o pracę



Pojedyncze osoby wskazywały na następujące formy działalności (emerytura(1), wspólnik spółki kapitałowej innej branży (2), umowa zlecenie (1)).

3. Kluczowe wnioski płynące z badania

Większość doradców restrukturyzacyjnych wykonuje zawód doradcy łącząc jego wykonywanie z inną aktywnością zawodową (59,8%), z czego ponad 20% wykonuje jednocześnie zawód radcy prawnego, 9% zawód adwokata, a po 7,4% zawód doradcy prawnego i ekonomisty. Jest to zgodne z regulacjami oraz praktyką w państwach Unii Europejskiej, gdzie również najczęściej syndykami i zarządcami są osoby posiadające wykształcenie prawnicze albo wykształcenie ekonomiczne, które często jednocześnie wykonują dwa zawody. Co bardzo istotne, doradcy restrukturyzacyjni nie odczuwają żadnego utrudnienia wynikającego z łącznego wykonywania różnych zawodów, a zdecydowana większość z nich oceniła, że łączne wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego i innego zawodu ułatwia wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego (86,3%). Osoby badane w miarę równo dzielą swój czas pomiędzy różne aktywności zawodowe. Najwięcej, bo 18%, poświęca na wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego od 40% do 60% swojego czasu. Należy przy tym zauważyć również niekorzystne zjawisko polegające na tym, że 11,5% traktuje wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego

marginalnie gdyż przeznaczają na jego wykonywanie jedynie od 1% do 20% swojego czasu pracy. Wydaje się, że taka proporcja nie pozwala na zdobycie kwalifikacji i doświadczenia, które są niezbędne dla zapewnienia najwyższego poziomu świadczonych usług. Co prawda, nie można wykluczyć, że osoby, które zaznaczyły tę odpowiedź to osoby, które stosunkowo niedawno uzyskały licencję i stąd w dalszym ciągu jeszcze więcej czasu poświęcają na wykonywanie innego zawodu niż zawód doradcy restrukturyzacyjnego. Niemniej jednak, tę tendencję należy wnikliwie obserwować gdyż najbardziej właściwe połączenie wydaje się być takie, w którym osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego poświęca na wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego od 60% do 80% swojego czasu pracy. Aktualnie taką odpowiedź zaznaczyło 12,3% badanych. W ramach dążenia do zwiększenia tej liczby celowe byłoby przeprowadzenie badań jakie czynniki wpływają na obniżenie atrakcyjności zawodu doradcy restrukturyzacyjnego oraz jakie okoliczności powodują, że zawód ten jest traktowany jako działalność uboczna. Być może uda się zidentyfikować okoliczności, które powodują, że samodzielne wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego jest nieatrakcyjne, albo wręcz nieopłacalne. Należy dążyć do eliminowania tych okoliczności. O ile jakiegokolwiek zakazy łączenia zawodu doradcy restrukturyzacyjnego z inną aktywnością zawodową są absolutnie nieuzasadnione o tyle dążenie do tego aby osoby, które wykonują zawód doradcy restrukturyzacyjnego traktowały ten właśnie zawód jako swoją główną aktywność zawodową powinno być priorytetem zarówno ustawodawcy jak i Ministra Sprawiedliwości jako organu, który sprawuje zwierzchni nadzór nad doradcami restrukturyzacyjnymi.

Rozdział 6. Podsumowanie i postulaty *de lege ferenda*

Przeprowadzone wyżej analizy pozwalają na wysnucie następujących wniosków:

- 1) Większość doradców restrukturyzacyjnych łączy wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego z inną aktywnością zawodową;
- 2) Łączenie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego z jednoczesnym wykonywaniem innego zawodu jest dopuszczalne i nie utrudnia wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego;
- 3) Z nielicznymi wyjątkami, które zostaną przedstawione niżej w ramach postulatów *de lege ferenda* nie ma żadnego uzasadnienia aby ograniczać dopuszczalność łączenia zawodu doradcy restrukturyzacyjnego z inną aktywnością zawodową;
- 4) W państwach Unii Europejskiej nie ma zakazów wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego przez osoby, które jednocześnie wykonują inne zawody;
- 5) Należy dążyć do tego, aby zawód doradcy restrukturyzacyjnego stawał się coraz bardziej atrakcyjny. W tym celu pierwszym koniecznym działaniem jest utworzenie regulowanego samorządu zawodowego doradców restrukturyzacyjnych. Jak wskazano w pracy zawód doradcy restrukturyzacyjnego jest wolnym, regulowanym zawodem zaufania publicznego. Dla spójnego, kompleksowego i efektywnego rozwoju tego zawodu konieczne jest utworzenie samorządu zawodowego.

Na podstawie przeprowadzonych wyżej rozważań należy zgłosić następujące postulaty *de lege ferenda*:

- 1) Przyjęcie w ustawie o licencji doradcy restrukturyzacyjnego rozwiązania analogicznego do art. 26 ustawy o radcach prawnych, tj. uregulowanie, że osoby, które wykonują zawód sędziego, asesora sądowego, prokuratora, notariusza, komornika, asesora prokuratorskiego i notarialnego bądź odbywają aplikację sądową, prokuratorską lub notarialną, nie mogą jednocześnie zostać wpisane na listę doradców restrukturyzacyjnych ani

wykonywać zawodu doradcy restrukturyzacyjnego. Co prawda, jak już wskazano wyżej, zakaz ten nie wynika ze specyfiki zawodu doradcy restrukturyzacyjnego ale raczej ze specyfiki zawodu sędziego, prokuratora, komornika i notariusza i jest podyktowany zakazami, które dotyczą tych grup zawodowych ale dla spójności systemu być może takie rozwiązanie powinno się znaleźć również w ustawie o licencji doradcy restrukturyzacyjnego;

- 2) Inkorporowanie do ustawy o licencji doradcy restrukturyzacyjnego rozwiązania z art. 28 ust. 1 ustawy o radcach prawnych oraz z art. 72 ust. 1 pkt 4 i 4a ustawy – Prawo o adwokaturze, tzn. wskazanie, że zawieszenie praw z licencji następuje również w wypadku:
 - a) podjęcia pracy w organach wymiaru sprawiedliwości, w organach ścigania lub kancelarii notarialnej;
 - b) podjęcia zatrudnienia na stanowisku Prezesa Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, jej wiceprezesa, radcy lub referendarza.
- 3) Przyjęcie w ustawie o licencji doradcy restrukturyzacyjnego uregulowania analogicznego do art. 31 ust. 1 ustawy o doradztwie podatkowych i wprowadzenie regulacji zgodnie z którą doradca restrukturyzacyjny mógłby prowadzić działalność gospodarczą inną niż świadczenie usług doradztwa restrukturyzacyjnego lub być zatrudniony, jeżeli jej wykonywanie lub to zatrudnienie:
 - a) nie powoduje konfliktu interesów i niezgodności między poszczególnymi rodzajami działalności lub zatrudnienia;
 - b) nie narusza niezależności i bezstronności doradcy restrukturyzacyjnego;
 - c) nie pozostaje w sprzeczności z zasadami etyki zawodowej doradcy restrukturyzacyjnego.

W tym miejscu należy ponownie zauważyć, że bez powołania samorządu zawodowego doradców restrukturyzacyjnych przyjęcie zaproponowanego rozwiązania nie będzie możliwe. Nie ma bowiem zasad etyki zawodowej doradców restrukturyzacyjnych jako całej grupy zawodowej. Zasady etyki są bowiem przyjmowane przez organy samorządu zawodowego, a takiego samorządu dla doradców restrukturyzacyjnych nie ma.

- 4) Przyjęcie regulacji, zgodnie z którą doradca restrukturyzacyjny pozostający w stosunku zatrudnienia nie może być związany poleceniem służbowym, co do treści wydawanej opinii lub porady.

Nie wydaje się niczym uzasadnione jakiegokolwiek ograniczanie możliwości jednoczesnego wykonywania zawodu radcy prawnego, adwokata, doradcy podatkowego, biegłego rewidenta, rzeczoznawcy majątkowego lub jakiegokolwiek innego zawodu i zawodu doradcy restrukturyzacyjnego. Ograniczenie takie nie wynika bowiem ze specyfiki zawodu doradcy restrukturyzacyjnego. Ograniczenie takie nie miałyby również uzasadnienia celowościowego. Nie zostały bowiem zidentyfikowane żadne przeszkody ani konflikty interesów w zakresie jednoczesnego wykonywania wskazanych wyżej zawodów i zawodu doradcy restrukturyzacyjnego. Należy przy tym podkreślić, że zupełnie odrębnym zagadnieniem jest wykonywanie funkcji syndyka, nadzorcy sądowego oraz zarządcy w konkretnym postępowaniu i związane z tym ograniczenia w pełnieniu innych ról procesowych.

Szczególnego rozważenia wyłączenie możliwości wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego przez osobę, która pozostaje w stosunku pracy. Jest to ograniczenie, które wynika z ustawy – Prawo o adwokaturze i dotyczy adwokatów. Takiego ograniczenia nie ma w odniesieniu do radców prawnych. Wprowadzenie takiego ograniczenia w stosunku do doradców restrukturyzacyjnych z całą pewnością ograniczyłoby możliwość wykonywania tego zawodu przez tych radców prawnych, którzy pozostają w stosunku pracy. Nie byłoby to też uzasadnione samym charakterem czynności doradztwa restrukturyzacyjnego wykonywanych przez doradców restrukturyzacyjnych poza wykonywaniem funkcji pozasądowych organów postępowania. Być może więc lepszym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie zarówno do prawa upadłościowego jak i prawa restrukturyzacyjnego dodatkowej przeszkody do pełnienia funkcji syndyka, nadzorcy sądowego albo zarządcy w postaci pozostawania w stosunku pracy¹⁰⁶. Taka przeszkoda byłaby uzasadniona koniecznością zagwarantowania niezbędnej niezależności osoby, która pełni funkcję organu postępowania. Z oczywistych względów, ten zakaz nie powinien dotyczyć stosunku pracy ze spółką, o której mowa w art. 157 ust. 2 p.u. oraz art. 24 ust. 1 p.r.

¹⁰⁶ Obecnie taka przeszkoda dotyczy wyłącznie pozostawania (aktualnie lub w przeszłości) w stosunku pracy z dłużnikiem, ale np. nie obejmuje pozostawania w stosunku pracy z wierzycielem.

Załącznik nr 1. Ankieta

Ankieta

Wykonywanie uprawnień z licencji doradcy restrukturyzacyjnego – jako działalność łączona z inną aktywnością zawodową bądź realizowana wyłącznie

1. Płeć (kobieta, mężczyzna)
2. Wiek (do 30lat, od 30 do 50 lat, od 50 do 60 lat, powyżej 60 lat)
3. Miejscowość siedziby kancelarii doradcy restrukturyzacyjnego (miejscowość do 50.000 mieszkańców, od 50.000 do 100.000 mieszkańców, od 100.000 do 500.000, powyżej 500.000)
4. Przedział w którym mieści się numer licencji (od 1 do 500, od 500 do 1000, powyżej 1000)
5. Wykształcenie:
 - a) Prawnicze
 - b) Ekonomiczne
 - c) Inne (jakie? Pole tekstowe)
6. Czy w Pana/Pani ocenie do wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego wykształcenie prawnicze jest:
 - a) Niezbędne
 - b) Przydatne
 - c) Neutralne
 - d) Niekorzystne
7. Czy w Pana/Pani ocenie do wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego wykształcenie ekonomiczne jest:
 - a) Niezbędne
 - b) Przydatne
 - c) Neutralne
 - d) Niekorzystne
8. Czy wykonuje Pan/Pani zawód doradcy restrukturyzacyjnego:
 - a) Samodzielnie
 - b) Łącznie z innym wykonywanym aktywnie zawodem
9. Jeżeli w pkt 8b) odpowiedź tak to:
 - 9.1. Zaznacz inny wykonywany zawód
 - a) Radca prawny
 - b) Adwokat
 - c) Komornik
 - d) Doradca prawny
 - e) Doradca podatkowy
 - f) Biegły rewident
 - g) Rzeczoznawca majątkowy
 - h) Ekonomista
 - i) Księgowy
 - j) Doradca kredytowy
 - k) Analityk finansowy
 - l) Pracownik naukowy uczelni wyższej
 - m) Pracownik dydaktyczny uczelni wyższej

- n) inne
- 9.2. Czy inny zawód, który Pan/Pani wykonuje:
- a) Utrudnia wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego
 - b) Ułatwia wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego
 - c) Nie ma znaczenia dla wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego
- 9.3. Proszę określić procentowo jaką część aktywności zawodowej poświęca Pan/Pani na wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego a jaką część na wykonywanie innego zawodu
- a) Od 80% do 99% na wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego (od 1% do 20% na wykonywanie innego zawodu);
 - b) Od 60% do 80% na wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego (od 20% do 40% na wykonywanie innego zawodu);
 - c) Od 40% do 60% na wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego (od 40% do 60% na wykonywanie innego zawodu);
 - d) Od 20% do 40% na wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego (od 60% do 80% na wykonywanie innego zawodu);
 - e) Od 1% do 20% na wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego (od 80% do 99% na wykonywanie innego zawodu).
10. Czy poza wykonywaniem zawodu doradcy restrukturyzacyjnego:
- a) Prowadzi Pan/Pani działalność gospodarczą;
 - b) Jest Pan/Pani zatrudniony/zatrudniona na podstawie umowy o pracę.

Bibliografia

1. M. Allerhand, Prawo upadłościowe, Komentarz, Bielsko – Biała 1991
2. F. Baur, R. Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs-und Vergleichsrecht, Karlsruhe 1969
3. W. Berutowicz, Postępowanie cywilne w zarysie, Warszawa 1984r
4. E. Braun, A. Frank, Discontinued model of legal insolvency administrators? NZI 2020, 1
5. J. Brol, Prawo upadłościowe w świetle praktyki sądowej, Warszawa 1995
6. W. Broniewicz, Postępowanie cywilne w zarysie, Warszawa 1983
7. O. Buber, Polskie prawo upadłościowe, Warszawa 1936
8. D. Czajka, Przedsiębiorstwo w kryzysie, upadłość lub układ, Warszawa 1999
9. D. Czajka, Prawo upadłościowe, Warszawa 2004
10. H. Fitting, Der Reichs-Civilproceß, Berlin 1900
11. R. Ganter: The profession of insolvency administrator between all chairs? NZI 2018, 137
12. S. Gurgul, Prawo upadłościowe i naprawcze, Komentarz, Warszawa 2004r
13. J. Hausner, D. Długosz, Tezy w sprawie zawodów zaufania publicznego, [w:] S. Legat, M. Lipińska, Zawody zaufania publicznego a interes publiczny - korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu, Warszawa 2002,
14. K. Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, Leipzig 1912
15. H. Izdebski, Uwarunkowania instytucjonalnoprawne ustanowienia zawodu pracownika socjalnego zawodem zaufania społecznego, W: Trzeci Sektor, Numer Specjalny 2012/2013
16. J. Jacyszyn, Syndyk masy upadłości, Rejent z 1993r., nr 3-4
17. J. Jacyszyn, Wolny zawód w doktrynie prawa, Rejent 2016, nr 9
18. E. Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 1916
19. J. Jamiołkowski, Status publicznoprawny syndyka masy upadłości, PPE 2003, nr 2-3
20. A. Kędzierska- Cieślak, Komis (Zagadnienia cywilnoprawne), Warszawa 1973

- 21.A. Kidyba, Spółka partnerska w prawie niemieckim i projekcie prawa spółek handlowych, Pr. Sp. 1999, nr 9
- 22.J. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891
- 23.J. Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, Berlin 1903
- 24.K. Korzan, Stanowisko prawne syndyka masy upadłości i jego kwalifikacje, PPH 1993, nr 5
- 25.J. Korzonek, Prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowym Bydgoszcz, tom II
- 26.A. Krasnowolski, Zawody zaufania publicznego, zawody regulowane oraz wolne zawody. Geneza, funkcjonowanie i aktualne problemy, Kancelaria Senatu, Zespół Analiz i Opracowań Tematycznych, OT-625, listopad 2013
27. Lehmann, Kommentar zur osterreichischen konkurs, Wien 1916
- 28.K. Lubiński, Zawód komornika sądowego wolnym zawodem?, PPE.2017, nr 4,
- 29.K. Lubiński, Status publicznoprawny komornika sądowego, [w:] K. Lubiński (red.), Analiza i ocena ustawy o komornikach sądowych i egzekucji, Sopot 2000
- 30.F. Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung, 1926r
- 31.F. Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, Stuttgart 1891, tom I,
- 32.A. Oleszko, Prawo o notariacie. Komentarz. Tom 1. Ustrój notariatu
- 33.J. Pałys, Syndyk masy upadłości- pozycja ustrojowa, Pr.sp. 2000, nr 3,
- 34.D. Pawłyszczko, Podmioty gospodarcze- zagadnienia procesowe (III), PPH 1993, nr 10-11
- 35.M. Pazdan [w:] System prawa prywatnego, prawo cywilne- część ogólna tom 2, s. 465
- 36.J. Petersen, G. Kleinfeller, Konkursordnung für das deutsche Reich, Berlin 1909
- 37.K. Piasecki, Prawo upadłościowe, Prawo o postępowaniu układowym, Bankowe postępowanie ugodowe wraz z komentarzami oraz ochrona roszczeń pracowniczych, międzynarodowe aspekty upadłości, Bydgoszcz 1994r
- 38.J. W. Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, bez daty wydania, tom I
- 39.P. Pogonowski, Organy postępowania upadłościowego, Warszawa 2001

40. P. Pogonowski, Czynności syndyka w postępowaniu upadłościowym. Zagadnienia wstępne, Pr.sp. 2002, nr 9
41. A. Pokora, Stanowisko prawne syndyka masy upadłości, Rejent z 1997r., nr 7-8
42. P. Sarnecki [w:] L. Garlicki (red.), M. Zubik (red.), M. Derlatka, K. Działocha, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, J. Trzciniński, M. Wiącek, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I, 2016
43. Stelmachowski, Prawo upadłościowe ziem zachodnich, Poznań 1932
44. A. Szymański, Stanowisko prawne zarządcy przymusowego, PPC 1939, nr 7-8
45. Świderek [w:] Prawo upadłościowe i naprawcze pod redakcją D. Zienkiewicz, Komentarz, Warszawa 2004r
46. Z. Świeboda, Odpowiedzialność porządkowa i odszkodowawcza syndyka masy upadłości, PS 1997, nr 3
47. P. Tuleja (red.), P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziejewicz, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, 2019,
48. H. Vallender: Introduction of a Chamber of Insolvency Administrators as the responsible body for the professional supervision of insolvency administrators NZI 2017, 777
49. M. Waberski, Tajemnica zawodowa doradcy restrukturyzacyjnego, Palestra, 2018, nr 7-8, s. 66-73.
50. F. Zedler, Prawo upadłościowe i układowe, Toruń 1997.