



KRAJOWA IZBA
RADCÓW PRAWNYCH

00-478 Warszawa • Aleje Ujazdowskie 16 lok. 4
tel./fax: 022 622 05 08, 622 84 20;33 • e-mail: kirp@kirp.pl • NIP: 526-10-43-011

L. dz. 906

/OBSiL/2010/JS

Warszawa, 22 luty 2010 r.

**Szanowny Pan
Piotr Zientarski
Przewodniczący
Komisji Ustawodawczej
Senat Rzeczypospolitej Polskiej**

Szanowny Panie Przewodniczący

W nawiązaniu do przesłanego w ramach konsultacji społecznych Krajowej Radzie Radców Prawnych projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo upadłościowe i naprawcze (druk senacki nr 762) w załączeniu przesyłam opinię opracowaną w ramach Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych.

z uprzejmymi pozdrowieniami

Wiceprezes
Krajowej Rady Radców Prawnych

Robert Kamionowski
Robert Kamionowski

Radca prawny dr Przemysław Telenga,
adiunkt w Katedrze Postępowania Cywilnego
i Międzynarodowego Prawa Handlowego WPiA UMCS

**Opinia sporządzona na zlecenie Krajowej Rady Radców Prawnych, Ośrodka Badań,
Studiów i Legislacji
do
projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze
(druk senacki nr 762)**

I. Zakres przedmiotowy opinii.

II. Uwagi.

III. Konkluzja.

I.

Niniejsza opinia sporządzona została na podstawie projektu ustawy z uzasadnieniem (data publikacji 15-01-2010; druk senacki nr 762)

Opiniowany projekt ustawy dotyczy zmiany ustawy prawo upadłościowe i naprawcze w zakresie określenia badania przez sąd wniosku o ogłoszenie upadłości sporządzonego przez pełnomocnika będącego radcą prawnym lub adwokatem.

II.

Uzasadnienie opiniowanego projektu, a konkretnie proponowanej zmiany art. 28 ust. 1, wskazuje na konieczność zmiany przepisu wynikającą z obowiązku dostosowania obowiązującego prawa do treści wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 listopada 2009 r. (sygn. Akt P 88/089; OTK Z. U. Z 2009 r. Nr 10 A, poz. 146). Uzasadnienie to nie może być kwestionowane, a zatem opiniowany projekt zasługuje na aprobatę.

Przy okazji proponowanej zmiany warto jednak rozważyć, czy zmiana przepisu nie może być dokonana w szerszym zakresie.

Początkowo przepis miał następujące brzmienie:

„Art.28.1 Wniosek dłużnika o ogłoszenie upadłości nieodpowiadający wymogom określonym w ustawie lub nienależycie opłacony zwraca się bez wzywania o uzupełnienie lub opłacenie wniosku.

2. Przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio, jeżeli wniosek o ogłoszenie upadłości zgłasza wierzyciel reprezentowany przez adwokata lub radcę prawnego albo wierzyciel będący przedsiębiorcą.

Pomijając kwestię stwierdzonej niekonstytucyjności, przepis w powyższym był konsekwentny, ponieważ przewidywał, że w każdym przypadku wniosek o ogłoszenie upadłości nienależycie opłacony lub z brakami formalnymi podlegał zwrotowi.

W wyżej opisanym wyroku Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361) z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, ale tylko, „w zakresie odnoszącym się do dłużnika niekorzystającego z pomocy adwokata lub radcy prawnego”.

W wyniku opiniowanej zmiany, przepis art. 28 p.u.n. otrzyma brzmienie:

„Wniosek o ogłoszenie upadłości nieodpowiadający wymogom określonym w ustawie lub nienależycie opłacony zwraca się bez wzywania o uzupełnienie lub opłacenie wniosku, jeżeli został on zgłoszony przez wnioskodawcę reprezentowanego przez adwokata lub radcę prawnego”

Należy jednak zastanowić się, czy cały art. 28 ust. 1 nie powinien ulec uchyleniu z ustawy prawo upadłościowe i naprawcze.

Wątpliwość powyższa wynika stąd, że rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego nie jest bezdyskusyjne, czego dowodzi zgłoszone do wyroku zdanie odrębne sędziego TK Marka Kotlinowskiego do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 10 listopada 2009 r., o sygn. P 88/08.

Pan Sędzia Marek Kotlinowski uznał, że art. 28 ust. 1 p.u.n. narusza prawo do sądu **zarówno dłużnika samodzielnie składającego wniosek o ogłoszenie upadłości, jak i korzystającego z pomocy profesjonalnego pełnomocnika procesowego.**

W zgłoszonym zdaniu odrębnym Pan Sędzia Marek Kotlinowski w pierwszej kolejności polemizuje ze stanowiskiem składu orzekającego, co do zakresu przedmiotu kontroli w sprawie która rozstrzygał Trybunał Konstytucyjny. Stanowisko to może podlegać różnym ocenom jurydycznym. O ile jednak kwestia ta była kluczowa dla Trybunału Konstytucyjnego, to obecnie nie musi stanowić oceny opiniującego, gdyż przedmiotem opinii jest inicjatywa ustawodawca Senatu RP. Ustawodawca, z mocy Konstytucji RP, może dokonać własnej oceny stanu prawnego (aczkolwiek w granicach wyznaczonych Konstytucją) i zainicjować proces legislacyjny w odpowiednim zakresie, także przekraczającym zakres uprzedniej kontroli Trybunału Konstytucyjnego.

Stanowisko Pana Sędziego Marka Kotlinowskiego, w którym podnosi on ważne argumenty, że nie zachodzi konieczność różnicowania statusu strony zgłaszającej wniosek o ogłoszenie upadłości na podstawie kryterium posiadania lub nieposiadania pełnomocnika będącego radcą prawnym (adwokatem) wymaga rozważenia ustawodawcy.

Zdanie Pana Sędziego zasługuje na przytoczenie *in extenso*, ze szczególnym podkreśleniem kilku tez:

„Pogląd o konstytucyjnej dopuszczalności istnienia surowszego rygoru w odniesieniu do braków w sytuacji, gdy pismo procesowe jest wnoszone przez „podmiot fachowy” – adwokata lub radcę prawnego – wydaje się definitywnie zaakceptowany na gruncie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, ale jedynie w odniesieniu do braków fiskalnych. Wymogi formalne pism procesowych muszą być natomiast zawsze oceniane z punktu widzenia ich jednoznaczności interpretacyjnej oraz konsekwencji ich niedopełnienia dla uprawnień procesowych strony. Tak Trybunał stwierdził między innymi w wyrokach: z 20 maja 2008 r., sygn. P 18/07 (OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 61), dotyczącym odrzucenia apelacji z powodu braków formalnych, z 1 lipca 2008 r., sygn. SK 40/07 (OTK ZU nr 6/A/2008, poz. 101), dotyczącym odrzucenia wadliwej formalnie skargi kasacyjnej czy z 15 kwietnia 2009 r., sygn. SK 28/08 (OTK ZU nr 4/A/2009, poz. 48), dotyczącym odrzucenia sprzeciwu w postępowaniu gospodarczym z powodu nieuiszczenia opłaty wniesionego przez przedsiębiorcę reprezentowanego przez profesjonalnego pełnomocnika prawnego.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku o sygn. P 18/07, wskazał, że nie jest możliwe odpowiednie stosowanie założenia o znajomości przez podmioty profesjonalne regulacji proceduralnych w sytuacji, gdy warunki formalne zostały określone w sposób, który stwarza na tle praktyki pole do formułowania rozbieżnych ocen i pozbawia przewidywalności rozstrzygnięcia sądowe. Charakter wprowadzonej sankcji, jak podkreślił Trybunał w wyroku o sygn. SK 28/08, musi uwzględniać to, że także profesjonalni pełnomocnicy mogą popełniać błędy, skutkujące z mocy prawa surowymi dolegliwościami dla stron postępowania przez nich reprezentowanych.

Niekwestionowany jest fakt, że **obowiązki dłużnika towarzyszące złożeniu przezeń wniosku o ogłoszenie upadłości, to jest wymagania co do treści wniosku i dokumentów do niego dołączonych, są – na tle innych pism procesowych składanych w ogólnym postępowaniu cywilnym – wyjątkowo rozbudowane i szczegółowe. Nie wszystkie wymogi mają przy tym *sensu stricto* charakter prawniczy – liczne załączniki do wniosku obejmują dokumenty księgowe, rachunkowe, a w wypadku wniosku o ogłoszenie upadłości układowej – m.in. propozycje układowe wraz z propozycjami finansowania układu, czyli plan finansowy przedstawiający symulacyjne zestawienie zakładanych wpływów i wydatków w czasie wykonywania układu. Do przygotowania takich dokumentów potrzebna jest nie tylko wiedza prawnicza, ale przede wszystkim wiedza z zakresu ekonomii i przedsiębiorczości. Na przygotowanie całej niezbędnej dokumentacji i sporządzenie wniosku dłużnik ma dwa tygodnie od zaistnienia przyczyny uzasadniającej złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, pod rygorem dotkliwych skutków w postaci odpowiedzialności wobec wierzycieli za szkodę wyrządzoną wskutek niezłożenia wniosku w terminie (art. 21 ust. 3 p.u.n.) czy możliwości orzeczenia, na podstawie art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n., o pozbawieniu prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek (oraz pełnienia funkcji członka rady nadzorczej, reprezentanta lub pełnomocnika w spółce handlowej, przedsiębiorstwie państwowym, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszeniu) na okres od trzech do dziesięciu lat. Dla członków zarządu spółek z o. o. uchybienie terminowi grozi zaś**

odpowiedzialnością karną na podstawie art. 586 kodeksu spółek handlowych lub karnoskarbową na podstawie art. 116 § 1 ordynacji podatkowej.

Ustawodawca, stanowiąc rygor art. 28 ust. 1 p.u.n., nie pozostawił sądowi żadnego marginesu swobody – jakkolwiek brak formalny, niezależnie od rozmiaru i możliwości natychmiastowego usunięcia, powoduje automatyczny zwrot wniosku dłużnikowi. Nie ma wprawdzie przeszkód, by dłużnik składał kolejne wnioski o ogłoszenie upadłości, jednakże nie jest wówczas możliwe uniknięcie przez niego odpowiedzialności za nieterminowe złożenie wniosku.

P.u.n. nie różnicuje sytuacji dłużników, przewidując przykładowo ich surowsze bądź względniejsze traktowanie, w zależności od sposobu reprezentacji. Jeśli zatem wadliwy wniosek złoży reprezentujący dłużnika adwokat lub radca prawny, to wskazane wyżej konsekwencje zwrotu i złożenia kolejnego wniosku (co nastąpi już po dwutygodniowym terminie) poniesie i tak dłużnik. Dłużnik może oczywiście dochodzić odszkodowania od swego pełnomocnika za świadczoną przez niego pomoc prawną na drodze postępowania dyscyplinarnego – mówimy tu jednak o upadłym, a zatem podmiocie, który nie posiada środków i czasu na to, by wszczynać kolejną procedurę, zwłaszcza że to w żaden sposób nie odwróci konsekwencji złożenia wniosku po terminie. Zwłoka we wszczęciu postępowania upadłościowego ma negatywne skutki nie tylko dla dłużnika. W takim samym stopniu wpływa na położenie jego wierzycieli, gdyż nikła staje się szansa na zaspokojenie ich wierzytelności w jak najwyższym stopniu – co jest głównym założeniem prawa upadłościowego.

Konsekwencją niniejszego wyroku Trybunału będzie, między innymi, że wraz ze skorzystaniem przez dłużnika z pomocy prawnej profesjonalnego pełnomocnika będzie rosło ryzyko niepomyślnego dla niego zakończenia postępowania o ogłoszenie upadłości, którego nie będzie on w stanie zniwelować, nawet jeśli osobiście podejmie odpowiednią czynność. **Co więcej, może prowadzić to do wykształcenia się „patologicznej” praktyki, że dla wyeliminowania ryzyka odrzucenia wniosków dłużników o ogłoszenie upadłości, to nie pełnomocnicy będą je podpisywać, tylko sami dłużnicy, pomimo że wnioski sporządzane będą przez profesjonalistów. Istnienie takiej niepożądaney praktyki w odniesieniu do apelacji było istotną okolicznością rozstrzygnięcia Trybunału w sprawie o sygn. P 18/07 o niekonstytucyjności przepisu kodeksu postępowania cywilnego przewidującego odrzucenie apelacji sporządzonej przez profesjonalnego pełnomocnika ze względu na braki formalne.**

W związku z wejściem w życie 1 lipca 2009 r. nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego (ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 234, poz. 1571) zmienione zostały zasady uzupełniania braków formalnych pism procesowych, w tym w postępowaniu gospodarczym. Obecnie regułą w postępowaniu cywilnym jest wzywianie strony do uzupełnienia braków, tak formalnych, jak i fiskalnych. W sytuacji gdy pismo zostało wniesione przez profesjonalnego pełnomocnika i jest opatrzone brakami fiskalnymi, przewodniczący zwraca je bez wezwania do uiszczenia opłaty, jednakże w terminie tygodniowym od dnia doręczenia zarządzenia o zwrocie pisma strona może uiścić brakującą opłatę. Jeżeli opłata została wniesiona we właściwej wysokości, pismo wywołuje skutek od daty pierwotnego wniesienia, zgodnie z art. 130² k.p.c. Przepisy p.u.n. dotyczące braków

formalnych i fiskalnych nie zostały zmienione, uważam jednak, że wskazane zmiany systemowe – będące między innymi skutkiem działalności orzeczniczej Trybunału – nie pozostają bez znaczenia dla kontroli konstytucyjności w niniejszej sprawie.

Podsumowując, w mojej ocenie, art. 28 ust. 1 p.u.n jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji w zakresie, w jakim dotyczy dłużnika zarówno samodzielnie składającego wniosek o ogłoszenie upadłości, jak i korzystającego z pomocy adwokata lub radcy prawnego.”.

Na wstępie należy wyrazić opinię, że niektóre z wyżej opisanych argumentów Pana Sędziego Marka Kotlinowatego mają charakter polemiczny, jednakże powinny być one dostrzeżone i rozważone na obecnym etapie procesu legislacyjnego. Po pierwsze dlatego, że omawiane zagadnienia dotyczą bardzo ważnej dla obywateli kwestii, a po drugie, iż stanowisko Pana Sędziego dowodzi możliwości stworzenia normy prawnej, której zgodność z Konstytucją RP może w przyszłości zostać podważona.

Przeciwko stanowisku wyrażonego i bronionego przez Pana Sędziego może być podniesiony argument o przełamaniu spójności systemu prawa (w stosunku do norm zawartych w kodeksie postępowania cywilnego). Argument ten jednak nie jest przekonujący, ponieważ – jak słusznie zauważa Pan Sędzia Marek Kotlinowski - w kodeksie postępowania cywilnego ustawodawca różnicuje stronę reprezentowaną przez radcę prawnego zasadniczo jedynie w przepisach dotyczących wymogów fiskalnych (art. 130² k.p.c.), a co do wymogów braków formalnych pism, zasadniczo jedynie co do wymogu prawidłowego sporządzenia skargi kasacyjnej (por. art. 398⁶ § 2), przy czym, wskutek przytoczonego wyżej orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego (sygn. SK 40/07), nawet i w tym przypadku Trybunał Konstytucyjny dokonał częściowej liberalizacji przepisów dotyczących wymogów formalnych pisma, stwierdzając, że art. 398⁶ § 2 i 3 w związku z art. 398⁴ § 1 pkt 3 k.p.c. w zakresie, w jakim przewiduje odrzucenie - bez wezwania do usunięcia braków - skargi kasacyjnej niespełniającej wymagań określonych w art. 398⁴ § 1 pkt 3 k.p.c., jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji.

Zdecydowanie zaaprobować należy pogląd Pana Sędziego, że zróżnicowanie statusu wnioskodawcy reprezentowanego przez adwokata (radcę prawnego) w przepisie dotyczącym skutków wniesienia wadliwego wniosku o ogłoszenie upadłości doprowadzi do stworzenia normy prawnej, która będzie martwą w praktyce, gdyż można stwierdzić z przekonaniem graniczącym z pewnością, że doświadczeni pełnomocnicy procesowi przekonają swoich mocodawców o konieczności osobistego podpisania wniosku o ogłoszenie upadłości przygotowanego przez pełnomocnika. Nie jest zatem właściwe, aby ustawodawca kreował normę prawną, która prawdopodobnie będzie martwą w praktyce, a nadto która może być oceniona także jako norma niezgodna z Konstytucją RP.

Jeżeli natomiast ustawodawca uzna za konieczne uchylić cały art. 28 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze, wówczas kontrola wymogów formalnych wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 35 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze podlegać będzie przepisom kodeksu postępowania cywilnego.

Tak więc w przypadku nieuiszczenia opłaty stałej, której podlega wniosek o ogłoszenie upadłości (por. art. 74-75 ustawy dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w

sprawach cywilnych – Dz.U. z 2005 r., Nr 167, poz. 1398, ze zm.), zastosowanie znajdzie art. 130² § 1 i 2:

§1. Pismo wniesione przez adwokata, radcę prawnego lub rzecznika patentowego, które nie zostało należycie opłacone, przewodniczący zwraca bez wezwania o uiszczenie opłaty, jeżeli pismo podlega opłacie w wysokości stałej lub stosunkowej obliczonej od wskazanej przez stronę wartości przedmiotu sporu.

§2. W terminie tygodniowym od dnia doręczenia zarządzenia o zwrocie pisma z przyczyn określonych w § 1 strona może uiścić brakującą opłatę. Jeżeli opłata została wniesiona we właściwej wysokości, pismo wywołuje skutek od daty pierwotnego wniesienia. Skutek taki nie następuje w razie kolejnego zwrotu pisma z tej samej przyczyny.

Z kolei w przypadku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości z brakami formalnymi, strona zarówno reprezentowania przez radcę prawnego (adwokata), jak i działającą osobiście lub przez innego rodzaju pełnomocnika, będzie wzywana do uzupełnienia braków na podstawie art. 130 k.p.c i ze skutkami prawnymi opisanymi w tym przepisie.

III.

Reasumując, opiniowany projekt legislacyjny zasługuje na aprobatę. Należy jednak zaproponować dalej idącą zmianę legislacyjną w kierunku całkowitego uchylenia art. 28 ust. 1 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze.

Lublin – Warszawa, 19 lutego 2010 r.

dr Przemysław Telenga