

Sygn. akt III AUa 2108/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 maja 2015 r.

Sąd Apelacyjny - III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Gdańsku

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Małgorzata Gerszewska (spr.)
Sędziowie:	SSA Iwona Krzeczowska - Lasoń SSA Daria Stanek
Protokolant:	stażysta Damian Wawrzyniak

po rozpoznaniu w dniu 13 maja 2015 r. w Gdańsku

sprawy E. K.

z udziałem zainteresowanego (...) Spółki z o.o. w O.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G.

o przeniesienie odpowiedzialności za zobowiązania spółki

na skutek apelacji E. K.

od wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu- IV Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 10 października 2012 r., sygn. akt IV U 1722/11

I. zmienia zaskarżony wyrok oraz poprzedzającą go decyzję organu rentowego w ten sposób, że stwierdza, iż E. K. nie jest zobowiązany do zapłaty kwoty 2.542.663,05 (dwa miliony pięćset czterdzieści dwa tysiące sześćset sześćdziesiąt trzy 05/100) złotych z tytułu nieuregulowanych przez Spółkę (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w O. składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych;

II. zasądza od pozwanego na rzecz E. K. kwotę 9.060,00 (dziewięć tysięcy sześćdziesiąt 00/100) złotych zwrotu kosztów procesu.

Sygn.. akt III AUa 2108/14

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 1 kwietnia 2011 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. E. K. stwierdził, iż skarżący jako członek zarządu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O., odpowiada za zadłużenie powstałe w

wyniku nieopłacenia składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i FGŚP na łączną kwotę 2.542.663,05 zł.

W odwołaniu od powyższej decyzji wniósł o jej zmianę i ustalenie, że nie ponosi odpowiedzialności z tytułu nieopłaconych składek na poszczególne fundusze podnosząc, iż nie miał wiedzy o działalności spółki.

Organ rentowy w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie podtrzymując stanowisko zaprezentowane w zaskarżonej decyzji.

Postanowieniem z dnia 27 czerwca 2012r. Sąd wezwał do udziału w sprawie w charakterze zainteresowanego (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w O., która nie zajęła stanowiska w sprawie.

Sąd Okręgowy w Elblągu IV Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z dnia 19 października 2012 r. IV U 1722/11 oddalił odwołanie wskazując następujące motywy rozstrzygnięcia:

Aktem notarialnym z dnia 6 czerwca 2005 r. (Rep. A, nr (...)) zawiązano Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (...) z siedzibą w O.. Założycielką spółki była J. S. (urodzona dnia (...)), zaś organem uprawnionym do reprezentowania Spółki - zarząd. Do składania oświadczeń woli w imieniu Spółki upoważniony był samodzielnie każdy członek zarządu. Prezesem zarządu został ustanowiony E. K., zaś prokurentem samoistnym M. S.. W dniu 23 marca 2006 r. prezes zarządu Spółki – skarżący E. K. sporządził sprawozdanie z działalności spółki za okres obrotowy od 15 czerwca 2005 r. do 31 grudnia 2005 r., z którego wynikało, że Spółka nie prowadziła działalności gospodarczej w okresie od jej powstania do dnia 31 grudnia 2005 r., wobec czego nie osiągnęła dochodów. J. S. zmarła w dniu 8 kwietnia 2006 r.

Z ustaleń Sądu wynika, że pod adresem wskazanym jako siedziba spółki, spółka nigdy nie prowadziła żadnej działalności. Od lipca 2007 r. spółka zaczęła zatrudniać pracowników przy przetwórstwie warzyw i owoców. Miejscem świadczenia przez nich pracy była T..

Spółka (...) składała deklaracje podatkowe PIT-4R za 2007 i 2008 rok (podatek dochodowy od osób fizycznych) oraz VAT-7 za poszczególne okresy roku 2007 i 2008 (podatek od towarów i usług).

Skarżący jako prezes zarządu spółki, poza sprawozdaniem dotyczącym działalności spółki w 2005r., nie składał więcej dokumentów finansowych za kolejne lata. Nie posiadał wiedzy na temat działalności spółki, posiadanego przez nią majątku, czy też osiąganych dochodów. Ostatni kontakt odwołującego się z prokurentem spółki – (...), miał miejsce w czerwcu 2006 r. Dopiero na przełomie lat 2008/2009 dowiedział się od organów ścigania o działalności spółki, nieprawidłowościach w jej funkcjonowaniu, o posiadanym przez nią zadłużeniu na rzecz ZUS i US jak również o zgonie J. S.. Po uzyskaniu powyższych informacji odwołujący się podejmował kroki zmierzające do wykreślenia go z KRS jako prezesa zarządu spółki, nadto informował Komendę Powiatową Policji w (...), Prokuraturę Rejonową w N. L. oraz Urząd Skarbowy w S. o przestępczej działalności spółki.

Decyzją organu podatkowego z dnia 4 sierpnia 2011 r. (sprostowaną decyzją z dnia 24 stycznia 2012 r.) oraz z dnia 10 marca 2011 r. (sprostowana decyzją z dnia 26 lutego 2012 r.) orzeczono o odpowiedzialności podatkowej Spółki jako płatnika w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych. Decyzją z dnia 13 kwietnia 2012 r. UKS w G. określił wysokość należnego od spółki podatku od towarów i usług. Spółka nie uregulowała należności wskazanych ww. decyzjami.

Kolejną decyzją z dnia 10 lipca 2012 r. Naczelnik Urzędu Skarbowego w S. orzekł solidarną odpowiedzialność E. K. ze spółką (...) w O. za zaległości podatkowe tej Spółki, odsetki za zwłokę na dzień wydania decyzji i koszty egzekucyjne oraz umorzył wszczęte z urzędu postępowanie w sprawie orzekania odpowiedzialności solidarnej E. K. za zaległości podatkowe Spółki za okres od stycznia do listopada 2008 r. wobec wydania przez Dyrektora UKS w G. decyzji z dnia 18 maja 2012 r., z której wynikało, że w powyższym okresie zobowiązania podatkowe Spółki z o.o. (...) nie występowały.

Pozwany (...) Oddział w G. na przestrzeni lat 2007 – 2011 przeprowadził postępowanie, w wyniku którego wydał zaskarżoną decyzję z dnia 1 kwietnia 2011r., zobowiązującą E. K. - jako prezesa zarządu (...) Sp. z

o.o. z siedzibą w O. - do zapłaty kwoty 2.542.663,05 zł z tytułu nieuregulowanych przez spółkę składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, według następującego podziału:

- składki na ubezpieczenie społeczne za okres od 08/2007 do 06/2008 oraz od 08/2008 do 01/2009 w kwocie 1.424.326,43 zł oraz odsetki liczone od dnia wymagalności do dnia wydania decyzji;

- składki na ubezpieczenie zdrowotne za okres od 08/2007 do 01/2009 w kwocie 369.057,55 zł plus odsetki liczone od dnia wymagalności do dnia wydania decyzji;

- składki na Fundusz Pracy i FGŚP za okres od 08/2007 do 06/2008 oraz od 08/2008 do 01/2009 w kwocie 115.900,07 zł oraz odsetki liczone od dnia wymagalności do dnia wydania decyzji.

Powyższą decyzję zakwestionował skarżący podnosząc, iż nie miał żadnej wiedzy o działalności spółki, nie miał żadnego wpływu na tę działalność, nie miał dostępu do dokumentów spółki i tym samym nie miał żadnej możliwości złożenia wniosku o upadłość spółki we właściwym czasie.

Sąd Okręgowy uznał odwołanie skarżącego za niezasadne wskazując, że podstawą prawną ustalenia osobistej odpowiedzialności E. K. za zobowiązania z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenia zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) jest art. 116 Ordynacji podatkowej w związku z art. 83 ust. 1 pkt. 3 i art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. Nr 205, poz. 1585 z późn. zm.). §1 powołanego wyżej artykułu 116 Ordynacji podatkowej, w brzmieniu obowiązującym w całym okresie wskazanym w zaskarżonej decyzji, stanowił, iż za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej w organizacji odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu:

1) nie wykazał, że:

a) we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo

b) niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy;

2) nie wskazuje mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części.

§ 2 stanowił zaś, że odpowiedzialność członków zarządu, określona w § 1, obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu. Z dniem 1 stycznia 2009 r. ww. § 2 otrzymał brzmienie - odpowiedzialność członków zarządu obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu (...).

Zgodnie z powyższym do ustalenia odpowiedzialności członka zarządu po stronie pozwanego konieczne było nie tylko ustalenie pozytywnych jej przesłanek, czyli bezskuteczność egzekucji zaległości z tytułu składek oraz powstanie zobowiązania (wymagalność zobowiązania) w okresie pełnienia przez członka zarządu funkcji, ale także wykazanie, że nie zachodzą przesłanki wyłączające tę odpowiedzialność, tj. wykazanie, że we właściwym czasie nie został zgłoszony wniosek o ogłoszenie upadłości lub też nie wszczęto postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości, albo że nie zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło z winy członka zarządu, jak również wykazanie, że brak jest mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości z tytułu składek.

Sąd Okręgowy wskazał – po przeprowadzeniu postępowania dowodowego – że pozwany wykazał pozytywne przesłanki odpowiedzialności skarżącego za zobowiązania spółki, zaś odwołujący się nie wykazał istnienia żadnej z okoliczności,

która uwalniałaby go od solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania spółki. W sprawie bezspornym było, że egzekucja z majątku spółki okazała się w całości bezskuteczna i z tego też powodu postępowanie egzekucyjne zostało umorzone postanowieniem Naczelnika US w S. z dnia 11 września 2009 r. Skarżący, co podkreślał, nie posiadał żadnej wiedzy o majątku spółki i nie wskazał takiego majątku spółki, z którego możliwe byłoby przeprowadzenie egzekucji celem zaspokojenia wierzytelności, nie składał wniosku o ogłoszenie upadłości spółki ani też nie składał wniosku o wszczęcie postępowania układowego.

Skarżący domagał się wyłączenia własnej odpowiedzialności za zobowiązania Spółki w oparciu o przesłankę braku winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości spółki we właściwym czasie za czym przemawia fakt, iż nie posiadał on żadnej wiedzy o działalności spółki po 2005 r., działalność spółki była fikcyjna a jego nazwisko jedynie figurowało w dokumentach założycielskich spółki by spełnić zadość wszystkim wymogom formalnym. Podniósł nadto, przywołując treść art. 202 § 2 k.s.h., że jego mandat - jako członka zarządu spółki (...) - wygasł z mocy prawa z dniem 23 marca 2006 r., tj. z dniem odbycia pierwszego i ostatniego zgromadzenia wspólników zatwierdzającego sprawozdanie z działalności zarządu za 2005r. Dodatkowo powołując się na treść art. 5 k.c. wskazał, że sam pozwany, czy też Urząd Skarbowy, posiadając wiedzę o zadłużeniu spółki, mógł znacznie wcześniej wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości spółki, zamiast przerzucać ciężar odpowiedzialności za powstałe zobowiązania spółki i ciągle wzrost tych zobowiązań na niego.

Odnosząc się do argumentacji skarżącego, Sąd I instancji wskazał, że podstawową kwestią przy obciążeniu osoby trzeciej odpowiedzialnością za zaległości spółki z tytułu składek na ubezpieczenie w oparciu o art. 116 § 1 i § 2 ordynacji podatkowej jest jednoznaczne ustalenie, czy w danym okresie osoba ta pełniła funkcję członka zarządu. Art. 116 ordynacji podatkowej jedynie doprecyzowuje czasowe granice odpowiedzialności członków zarządu a nie ma na celu ograniczenia zakresu podmiotowego do tych, którzy „faktycznie” pełnili funkcje członka zarządu. Powoływany przez odwołującego się przepis art. 202 § 2 k.s.h. stanowi, że w przypadku powołania członka zarządu na okres dłuższy niż rok, mandat członka zarządu wygasa z dniem odbycia zgromadzenia wspólników, zatwierdzającego sprawozdanie finansowe za ostatni pełny rok obrotowy pełnienia funkcji członka zarządu, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Jak zauważył jednak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 października 2011 r., w razie powołania członka zarządu na czas nieoznaczony nie znajdują zastosowania przepisy art. 202 § 1-2 k.s.h., lecz § 4 tego przepisu (mandat członka zarządu wygasa również wskutek śmierci, rezygnacji albo odwołania ze składu zarządu), co oznacza, że członek zarządu powołany na czas nieoznaczony będzie pełnił swoją funkcję tak długo, dopóki nie spełni się którakolwiek z przesłanek wygaśnięcia mandatu w nim określona, w szczególności zaś, dopóki nie zostanie uchwałą wspólników odwołany (sygn. II CSK 29/11, LEX nr 1043996). Sąd podkreślił, że przepisy art. 202 § 1 i 2 k.s.h. mają charakter względnie obowiązujący, co oznacza, iż wspólnicy w umowie spółki mogą inaczej uregulować kwestię długości kadencji członka zarządu, jak również momentu wygaśnięcia mandatu. W ramach tej swobody mogą również zawrzeć zapis, że członkowie zarządu powoływani są na czas nieokreślony. W przypadku takiego ukształtowania postanowień umowy spółki określenie momentu wygaśnięcia mandatu powinno następować w pierwszej kolejności poprzez odwołanie się nie do przepisów art. 202 § 1 i 2 k.s.h., ale do samych postanowień umowy spółki. Skoro wspólnicy postanawiają w umowie spółki o powołaniu członków zarządu na czas nieokreślony, w rzeczywistości mają w zamiarze powołanie ich na okres, którego końca nie mogą aktualnie określić. Oznacza to, że w zamyśle wspólników mandat tych członków zarządu wygaśnie dopiero na skutek ich odwołania przez uprawniony do tego organ spółki, rezygnacji lub śmierci. Tym samym wspólnicy zmierzają do wyłączenia zastosowania ustawowej regulacji momentu wygaśnięcia mandatów członków zarządu zawartej w art. 202 k.s.h. (glosa K. Skrodzkiego do uchwały SN z dnia 21 lipca 2010 r., III CZP 23/10, Palestra 2012/3-4/183-188).

W świetle powyższego, jak również w świetle przyznania przez samego skarżącego, że został on powołany na członka zarządu na czas nieoznaczony, nie budziło wątpliwości Sądu Okręgowego, iż jego argumentacja dotycząca wygaśnięcia jego mandatu jako członka zarządu w oparciu o przesłanki z art. 202 § 2 k.s.h., jest chybiona.

Skoro zaś E. K. w okresie objętym zaskarżoną decyzją nie spełnił również przesłanek z § 4 art. 202 k.s.h., jako członek zarządu spółki odpowiadał za jej zobowiązania powstałe (wymagalne) w tym okresie.

Sąd I instancji wskazał dalej, że art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 175, poz. 1361) stanowi, że dłużnik jest obowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości. Gospodarczą przyczyną upadłości jest załamanie finansowe podmiotu gospodarczego, polegające w zasadzie na jego trwałej niewypłacalności, a więc braku możliwości zaspokojenia wszystkich wierzycieli. W orzecznictwie podkreśla się przy tym, iż nie chodzi o przypadki, w których dłużnik zaprzestał płacenia długów, jeżeli nie zapłacił jednego z większej liczby długów. Natomiast podstawą do ogłoszenia upadłości będzie taki stan, w którym dłużnik z braku środków płatniczych nie płaci przeważającej części swoich długów. Zaprzestanie płacenia długów jest podstawową i powszechną /obowiązującą wszystkie kategorie przedsiębiorców/ przesłanką upadłości. W stosunku do przedsiębiorców będących osobami prawnymi jest również taki stan, w którym majątek tych przedsiębiorców nie wystarcza na zaspokojenie długów.

Zdaniem Sądu Okręgowego okoliczności podnoszone przez skarżącego (bycie jedynie „figurantem” na stanowisku prezesa, brak wiedzy o działalności spółki po 2005r., podejmowanie wszelkich decyzji związanych z funkcjonowaniem i działalnością spółki przez prokurenta M. S.) w żaden sposób nie mogą być uznane za usprawiedliwienie nie złożenia przez niego wniosku o ogłoszenie upadłości spółki (która niewątpliwie spełniała ww. przesłanki) we właściwym czasie, tj. we wrześniu 2007 r., i tym samym stanowić podstaw do uznania braku jego odpowiedzialności za zadłużenia spółki z tytułu nieopłaconych składek. Odpowiedzialność skarżącego wynika bowiem z samego faktu piastowania stanowiska prezesa zarządu i bez znaczenia pozostaje okoliczność, czy faktycznie wykonywał on obowiązki prezesa, czy też był pozbawiony procesu decyzyjnego. Wnioskodawca od samego początku godząc się na powołanie na stanowisko prezesa spółki z rolą „figuranta”, a więc osoby, która tylko pozornie miała wpływ na procesy decyzyjne spółki, godził się jednocześnie na firmowanie wszelkich działań osób faktycznie zarządzających spółką. Tym samym akceptował wszystkie działania tych osób bez względu na to czy były to działania dla spółki korzystne czy też nie. Świadome i dobrowolne oddanie faktycznego zarządzania spółką osobie trzeciej, nie zwalnia członka zarządu z jego obowiązków wynikających z pełnienia funkcji w tym organie ani od odpowiedzialności za ich niedopełnienie. Z takiej odpowiedzialności nie zwalnia również członka zarządu umowa łącząca członków zarządu co do sposobu kierowania sprawami spółki, w szczególności ustalony umownie podział czynności, gdyż tego typu umowa ma znaczenie jedynie wewnątrzorganizacyjne. Pełnienie funkcji członka zarządu równoznaczne jest z istnieniem po jego stronie szeregu obowiązków, w tym monitorowania działalności spółki. Członek zarządu winien więc znać na bieżąco stan finansowy spółki by ocenić możliwość spłaty jej zobowiązań, zaś w sytuacji budzącej wątpliwość co do jej wypłacalności, podjąć działania zmierzające do zaspokojenia swoich wierzycieli, w tym zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie, co z kolei w przyszłości mogłoby dać podstawę do uwolnienia członka zarządu od odpowiedzialności za zobowiązania składkowe. Tak więc wina członka zarządu powinna być oceniana według miary podwyższonej staranności oczekiwanej od osoby pełniącej funkcję organu osoby prawnej prowadzącej działalność gospodarczą.

Sąd Okręgowy wskazał dalej, że E. K. z własnej nieprzymuszonej woli nie wykazywał żadnego zainteresowania sprawami spółki od czasu sporządzenia sprawozdania dotyczącego działalności spółki w 2005 r. Okoliczność, iż podjął czynności zmierzające do wykreślenia jego osoby jako prezesa zarządu spółki, czy też zawiadomienie prokuratury i innych organów o podejrzeniu nielegalnej działalności spółki, nie może stanowić o uwolnieniu go od odpowiedzialności, skoro czynności te podjął dopiero na przełomie lat 2008/2009, kiedy to został wezwany przez organy ścigania do złożenia wyjaśnień, zaś do tego czasu nie interesował się w ogóle sprawami spółki. Skarżący, jako członek zarządu spółki, nie wykazał należytego zainteresowania losami spółki, nie dołożył tym samym należytej staranności w dbałości zarówno o jej, jak i swoje interesy. Jego bierna postawa nie pozwala na uwolnienie się od odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Wręcz przeciwnie, uniemożliwia mu wykazanie jednej z przesłanek uwalniających od odpowiedzialności, o których mowa w art. 116 § 1 o.p. Skoro odwołujący się nie wykazywał zainteresowania sprawami spółki, trudno w ogóle odnieść brak działań z jego strony do zaistnienia właściwego momentu na złożenie wniosku o upadłość.

Odnosząc się zaś do stanowiska skarżącego w przedmiocie konieczności zastosowania regulacji wynikającej z art. 5 k.c., Sąd Okręgowy zauważył, że do złagodzenia rygorów prawa ubezpieczeń społecznych nie stosuje się ani art. 5 k.c., ani art. 8 k.p. albowiem w sprawach z ubezpieczeń społecznych nie mają zastosowania zasady współżycia społecznego

(zob. wyrok SN z dnia 4 kwietnia 2008 r., sygn.. I UK 294/07, LEX nr 465971; wyrok WSA z dnia 2 marca 2006 r., sygn. II SA/Wa 2141/05, www.nsa.gov.pl).

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy uznał, iż w sprawie nie zaszyły przesłanki wyłączające odpowiedzialność skarżącego wskazane w art. 116 § 1 ordynacji podatkowej. Tym samym decyzja pozwanego odpowiadała prawu, a co za tym idzie odwołanie skarżącego należało oddalić stosownie do art. 477¹⁴§ 1 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł ubezpieczony zaskarżając go w całości i zarzucając mu:

1. oparcie na niepełnym materiale dowodowym;
2. zebrane w sprawie dowody nie zostały wszechstronnie i obiektywnie rozważone;
3. nietrafnie przyjęto, że w przedmiotowej sprawie nie ma zastosowania przepis art. 5 k.c.;
4. wezwanie do udziału w sprawie w charakterze zainteresowanego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) mając wiedzę i świadomość, że spółka ta istnieje tylko i wyłącznie w aktach sądu rejestrowego.

W oparciu o powyższe zarzuty apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie powództwa ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji lub organowi rentowemu do ponownego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 31 lipca 2013 r. Sąd Apelacyjny w Gdańsku oddalił apelację E. K. podnosząc, że Sąd I instancji przeprowadził postępowanie w takim zakresie w jakim dowody zaoferowały strony procesowe reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników i uznał je za wyczerpujące. Sąd poddał zebrany materiał wszechstronnej logicznej i przekonującej ocenie z zachowaniem granic swobodnej oceny dowodów przewidzianej w art. 233 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne oraz rozważania prawne poczynione przez Sąd Okręgowy i przyjął za własne podkreślając, że w świetle powyższego zarzuty apelacji nie mogły prowadzić do zmiany bądź uchylenia zaskarżonego wyroku.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że w sprawie sporna okazała się kwestia, czy brak faktycznego sprawowania zarządu w spółce w spornym okresie objętym zaskarżoną decyzją może powodować wyłączenie odpowiedzialności jedynego członka zarządu za zobowiązania składkowe pracowników spółki i że dla jej rozstrzygnięcia właściwe były przepisy szczegółowo wskazane przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu orzeczenia. Sąd I instancji w sposób prawidłowy przyjął, że wnioskodawca nie wykazał przesłanek zwalniających go od odpowiedzialności za zobowiązania spółki, zaś podnoszony przez niego argument, iż w rzeczywistości pozbawiony był wpływu na jej zarządzanie, przemawia wyłącznie na jego niekorzyść. Mając bowiem świadomość pozorności swoich uprawnień kierowniczych w spółce, które przekazano w ramach udzielonej prokury M. S. (któremu przypisał odpowiedzialność za wszystkie nieprawidłowości w spółce), wnioskodawca mógł i powinien podjąć odpowiednie działania zmierzające do uregulowania nieprawidłowości w spółce w tym odwołać udzieloną prokurę w oparciu o art. 208 § 5 k.s.h. W świetle zaprezentowanych rozważań, argumentacja przedstawiona przez wnioskodawcę, iż jako członek zarządu nie miał żadnego wpływu na działalność spółki, nie zasługiwała na uwzględnienie. Zgodnie bowiem z poglądem wyrażonym w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który Sąd Apelacyjny w pełni podzielił, charakter prawny funkcji członka zarządu oznacza nie tylko obowiązek wykonywania czynności zarządzających (obowiązek wykonywania powierzonych zadań), ale też zwiększony zakres odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności za skutki działań kierowanej spółki, a więc i skutki działań osób dopuszczonych do faktycznego zarządzania spółką. (...) Inną natomiast kwestią jest to, czy brak możliwości faktycznego zarządzania spółką uznany być może za przesłankę uwalniającą członka zarządu od odpowiedzialności za zaległości składkowe. Co do zasady, na tak postawione pytanie można odpowiedzieć pozytywnie. W istocie jednak zasadnicze znaczenie będzie miała przyczyna, dla której członek zarządu w okresie, w którym powstała zaległość składkowa, ograniczał się do biernego piastowania funkcji w organie. Wina członka zarządu spółki prawa handlowego w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości powinna być oceniana według kryteriów prawa handlowego, czyli według miary podwyższonej staranności oczekiwanej od osoby pełniącej funkcje organu osoby prawnej prowadzącej

działalność gospodarczą, miary staranności uwzględniającej pewne (podwyższone) ryzyko (gospodarcze) związane z prowadzeniem tej działalności. Osoba, która (bez przymusu, groźby lub podstęp) wyraziła zgodę na powołanie do zarządu spółki ze świadomością, że pełnić będzie jedynie rolę "figuranta", a następnie godziła się na taki stan rzeczy, w pełni ponosi ryzyko działalności tej spółki i odpowiedzialność za nietrafne przedsięwzięcia gospodarcze czy też wręcz działania na szkodę spółki osób dopuszczonych za jej zgodą do faktycznego zarządzania spółką. W rezultacie zatem świadome i dobrowolne oddanie faktycznego zarządzania spółką osobie spoza zarządu nie zwalnia członka zarządu ani z jego obowiązków wynikających z pełnienia funkcji w tym organie, ani od odpowiedzialności za ich niedopełnienie. Jednym z takich obowiązków jest monitorowanie zadłużenia spółki pozwalające na zgłoszenie w odpowiednim czasie wniosku o upadłość lub wszczęcie postępowania układowego, co z kolei uwalnia go od odpowiedzialności za zaległości składkowe. Zatem w takim przypadku niezgłoszenie we właściwym czasie stosownego wniosku jest wynikiem zawinionego zaniechania obowiązków członka zarządu. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. II UK 174/10). Z powyższego wynika, że brak podejmowania przez wnioskodawcę działań mających na celu zapewnienie mu rzeczywistego egzekwowania praw i realizacji obowiązków przypisanych im z racji piastowanej funkcji, nie może stanowić okoliczności wyłączającej odpowiedzialność za zobowiązania składkowe spółki.

Zarzuty wnioskodawcy, co do naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów procesowych poprzez oddalenie jego wniosków dowodowych, zmierzających do wykazania istotnych okoliczności sprawy nie mogły odnieść skutku w świetle regulacji art. 162 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem strona mogą w toku posiedzenia, a jeżeli nie były na nim obecne, na najbliższym posiedzeniu, zwrócić uwagę sądu na uchybienie przepisom postępowania, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu, przy czym strona, która zastrzeżenia nie zgłosiła, traci prawo powoływania się na to uchybienie w dalszym toku postępowania, chyba że chodzi o przepisy postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu albo że strona uprawdopodobni, iż nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy. W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy na rozprawie w dniu 26 września 2012 r. w której uczestniczył wnioskodawca wraz ze swoim pełnomocnikiem, wydał postanowienie oddalające wnioski dowodowe o przesłuchanie świadków. Wnioskodawca reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika nie zgłosił zastrzeżeń w trybie art. 162 k.p.c., a zatem podniesienie w tym zakresie zarzutu na etapie postępowania apelacyjnego było bezskuteczne. Obowiązki dowodowe obciążały wnioskodawcę i to on powinien nie tylko złożyć takie wnioski ale też wskazać sposób ich przeprowadzenia. Nie mając wiedzy o miejscu pobytu czy zamieszkania wnioskowanych świadków powinien przedsięwziąć czynności zmierzające do pozyskania tej wiedzy i wskazania Sądowi adresu na jaki należy wezwać wskazanych świadków tudzież sposobu przeprowadzenia dowodu. Zaniechanie jakiegokolwiek inicjatywy w tej materii przez stronę reprezentowaną przez profesjonalnego pełnomocnika nie mogło skutkować przeniesieniem tych obowiązków na Sąd.

Za bezpodstawne uznał również Sąd Odwoławczy zarzuty niezastosowania w przedmiotowej sprawie przepisu art. 5 k.c. wskazując, że do tej kwestii tej odniósł się już Sąd Okręgowy, wyjaśniając, że do łagodzenia rygorów prawa ubezpieczeń społecznych nie stosuje się powołanego przepisu prawa.

Za prawidłowe uznał Sąd Apelacyjny wezwanie przez Sąd I instancji do udziału w sprawie Spółki (...) jako zainteresowanej, zaś podniesiony w tym zakresie zarzut za niezrozumiały - wnioskodawca reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika nie wyjaśnił do naruszenia jakich norm prawnych doszło przez wezwanie spółki jako zainteresowanej. Sąd Odwoławczy podkreślił, że brak wezwania spółki do udziału w sprawie w charakterze zainteresowanego prowadziłby do nieważności postępowania i za niezrozumiałą uznał dezaprobatę pełnomocnika apelującego dla czynności Sądu zapewniających przeprowadzenie ważnych i skutecznych czynności procesowych.

Uwzględniając powyższe rozważania, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację.

E. K. w skardze kasacyjnej wywiedzionej od wyroku Sądu Apelacyjnego zarzucił naruszenie przepisów postępowania, to jest:

- art. 378 § 1 k.p.c. i art. 386 § 2 k.p.c. przez nieuwzględnienie przez Sąd drugiej instancji nieważności postępowania toczącego się przed Sądem pierwszej instancji. W tym zakresie zwrócił uwagę na czynności tego Sądu pozorujące

spełnienie ustawowego wymogu określonego w art. 477¹¹ § 2 k.p.c., a polegającego na wezwaniu do uczestnictwa w sprawie (...) Spółki z o.o. w O.,

- art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c. przez zaakceptowanie w trakcie kontroli instancyjnej naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów, co spowodowało, że była ona rażąco wadliwa, gdyż przyjęto błędne założenie, iż Spółka faktycznie prowadziła działalność gospodarczą od lipca 2007 r., tyle, że pod innym adresem. W ramach tej podstawy skarżący wskazał, że Sąd drugiej instancji podzielił ocenę w zakresie niezgłoszenia przez E. K. we właściwym czasie wniosku o ogłoszenia upadłości bez jego winy, co uzasadniało jego odpowiedzialność z art. 116 Ordynacji podatkowej.

Odwołujący się E. K. zarzucił Sądowi Apelacyjnemu również naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- art. 202 § 2 k.s.h. przez jego niezastosowanie, mimo, że jego mandat jako członka zarządu wygasł z mocy prawa z dniem 23 marca 2006 r.;

- art. 5 k.c. przez jego niezastosowanie i przyjęcie założenia, że przepis ten nie ma zastosowania na gruncie ubezpieczeń społecznych (niezależnie od stanu faktycznego). Wskazując na powyższe podstawy wniósł o uchylenia zaskarżonego wyroku oraz wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu, zniesienia postępowania i przekazania sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, a także orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.

W uzasadnieniu skargi kasacyjnej pełnomocnik wnioskodawcy podnosił, że (...) Spółka z o.o. była podmiotem wykorzystywanym przez osoby trzecie w procedurze polegającym na nieuzasadnionym uzyskaniu podatku VAT. Zadaniem Spółki było wyłącznie stwarzanie pozorów istnienia, a w rzeczywistości nie prowadziła ona działalności gospodarczej. Transakcje po stronie sprzedaży i zakupu nie miały miejsca. Dlatego wezwanie przez Sąd Okręgowy spółki do udziału w sprawie miało charakter pozorny, naruszający przepis art. 386 § 2 k.p.c.

Kwestionował również ustalenie Sądu drugiej instancji, zgodnie z którym Spółka od lipca 2007 r. zaczęła zatrudniać pracowników przy przetwórstwie warzyw i owoców podnosząc, że Sąd pominął dowód w postaci pisma Naczelnika Urzędu Skarbowego z dnia 2 sierpnia 2012 r., w którym stwierdzono, że Spółka (...) w rzeczywistości nie prowadziła działalności gospodarczej, a transakcje rzekomo przez nią zawarte nie miały miejsca.

Skarżący nie podzielił stanowiska Sądu, według którego samo piastowanie funkcji prezesa zarządu uprawnia do przypisania odpowiedzialności za składki, zarzucając, że Sady nie badały, czy we właściwym czasie mógł zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości. Podkreślił, że po śmierci jedynego udziałowca i złożeniu do rejestru sądowego sprawozdania za rok 2005 mógł pozostawać w przekonaniu, że „spółka zmarła w sposób naturalny” oraz wskazał na uprawnienia organów podatkowych i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Odnosząc się do zarzutu opartego na art. 202 § 2 k.s.h. zaakcentował brak zgodności w orzecznictwie sądów - w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2010 r., III CZP 23/10, OSNC 2011 nr 1, poz. 6, przyjęto, że mandat członka zarządu wygasa w terminie określonym w art. 202 § 2 k.s.h. również wówczas, gdy powołanie na członka zarządu nastąpiło na czas nieokreślony. Co do klauzuli generalnej wyrażonej w art. 5 k.c. E. K. był zdania, że może mieć ona zastosowanie do relacji występujących w prawie ubezpieczeń społecznych.

Wyrokiem z dnia 9 października 2014 r. Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu pozostawiając mu rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy uznał skargę kasacyjną E. K. za uzasadnioną aczkolwiek nie wszystkie zgłoszone w niej zarzuty podzielił. Za niezasadny uznał zarzut naruszenia przepisu art. 378 § 1 k.p.c. i art. 386 § 2 k.p.c. podkreślając, że dotyczy on nieważności postępowania toczącego się przed sądem pierwszej instancji i że owa nieważność postępowania - nieuwzględniona przez sąd drugiej instancji z urzędu lub na zarzut strony - stanowi uzasadnioną podstawę skargi tylko wtedy, gdy miała znaczenie dla wyniku sprawy. Jako że skarga kasacyjna przysługuje od orzeczeń sądu drugiej instancji wyłączone jest bezpośrednie badanie w postępowaniu kasacyjnym naruszenia przepisów postępowania przez sąd pierwszej instancji, w tym prowadzących do nieważności postępowania. Wnioskodawca w skardze kasacyjnej wskazując na „czynności Sądu pozorujące spełnienie ustawowego obowiązku z art. 477¹¹ § 2 k.p.c.” nie podał sposobu,

który według niego spowodowałby prawidłową reprezentację spółki w procesie pomijając, że Sąd pierwszej instancji kierował się przepisem art. 133 § 2a k.p.c. (pisma procesowe dla przedsiębiorców, wpisanych do rejestru sądowego na podstawie odrębnych przepisów, doręcza się na adres podany w rejestrze, przy czym jeżeli ostatni wpisany adres został wykreślony jako niezgodny z rzeczywistym stanem rzeczy i nie zgłoszono wniosku o wpis nowego adresu, adres wykreślony jest uważany za adres podany w rejestrze). Uznając miarodajność tej reguły oczywiste jest że (...) Spółka z o.o. w O. nie została pozbawiona możliwości obrony swych praw.

Za nietrafny uznał Sąd Najwyższy zarzut oparty na art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c. podkreślając, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Sądu Najwyższego zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. ma w postępowaniu wywołanym skargą kasacyjną ograniczone znaczenie. Ocena dowodów podlega kontroli, jednak sąd kasacyjny władny jest ją podważyć tylko wówczas, gdy w świetle dyrektyw płynących z art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 398³ pkt 2 k.p.c. okazała się ona rażąco wadliwa lub w sposób oczywisty błędna. Postawienie w kasacji zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać na zaprezentowaniu własnych, korzystnych dla skarżącego ustaleń stanu faktycznego, dokonanych na podstawie własnej oceny dowodów. Skarżący może tylko wykazywać, posługując się wyłącznie argumentami jurydycznymi, że Sąd drugiej instancji rażąco naruszył ustanowione w tym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy. Nie jest bowiem dopuszczalne przenoszenie do postępowania kasacyjnego sporów dotyczących stanu faktycznego, gdyż jego ustalenie należy do sądów meriti, a Sąd Najwyższy, jako sąd kasacyjny, jest „sądem prawa” a nie „sądem faktu”. W niniejszej sprawie brak jest podstaw, aby ocenę dowodów przyjętą za podstawę zaskarżonego wyroku, uznać za wadliwą lub błędną, tym bardziej w stopniu rażącym.

Sąd Najwyższy wskazał dalej, że pełnomocnik wnioskodawcy powołując się na naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c. w istocie zakwestionował wykładnię art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej dokonaną przez Sąd drugiej instancji i do tej kwestii szczegółowo się odniósł wskazując na niejednolitość wykładni tego przepisu prawa w orzecnictwie. I tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2006 r., II UK 47/06, OSNP 2007 nr 19-20, poz. 296, wyrażono pogląd, zgodnie z którym posłużenie się w art. 116 § 2 Ordynacji podatkowej określeniem „pełnienie obowiązków” wskazuje, że chodzi o rzeczywiste (czynne, faktyczne) ich wykonywanie, a nie tylko o piastowanie (bierne) funkcji, z którą te obowiązki są związane. Pogląd ten został wyrażony w stanie faktycznym, w którym członek zarządu został przez władze spółki pozbawiony możliwości prowadzenia jej spraw, nie był informowany o sytuacji finansowej spółki i nie miał wglądu do jej dokumentów. Do innych wniosków dochodzono, gdy członek zarządu świadomie i dobrowolnie oddał faktyczny zarząd nad spółką osobie spoza zarządu. W tym wypadku orzecznictwo przyjmowało, że nie dochodzi do zwolnienia od odpowiedzialności z uwagi na brak winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2011 r., II UK 174/10, OSNP 2012 nr 5-6, poz. 73). Przedstawione stanowiska niekoniecznie pozostają względem siebie w opozycji bowiem przepis art. 116 § 2 Ordynacji podatkowej, posługujący się terminem „pełnienie obowiązków członka zarządu”, odnosi się do okresu za który można przypisać odpowiedzialność, a art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej koncentruje uwagę na przeżyciach psychicznych członka zarządu identyfikujących jego winę lub jej brak. Wykładnia zaproponowana przez Sąd Najwyższy w tych dwóch judykatach kładzie nacisk jednocześnie na aspekt generalny (przejawiający się w określeniu „pełnienie obowiązków członka zarządu”) i indywidualny (polegający na przypisaniu winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości). Oznacza to, że możliwe jest wyłączenie odpowiedzialności członka zarządu, gdy z przyczyn obiektywnych, całkowicie niezależnych, nie pełnił on obowiązków. Niezależnie od tego osoba ta może wykazać, że nie zgłosiła wniosku o ogłoszenie upadłości bez swojej winy. Przesłanka ta będzie aktualna, gdy członek zarządu miał możliwość (nawet niewielką) wpływania na istniejący stan rzeczy. Rozważania te mają znaczenie dla przedmiotowej sprawy, gdyż wnioskodawca w skardze kasacyjnej (odwołując się do przepisu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej) uważał, że nie miał obiektywnych możliwości złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. O ile można zgodzić się z Sądem drugiej instancji, że liczne zaniedbania wnioskodawcy (polegające na nieinteresowaniu się losami Spółki, niepodjęciu żadnych działań zmierzających do likwidacji niedziałającego podmiotu, nieskładanie wymaganych dokumentów do Krajowego Rejestru Sądowego, nieodwołanie udzielonej prokury) niweczą możliwość uznania, że z przyczyn obiektywnych nie miał on wpływu na pełnienie obowiązków członka zarządu, o tyle założenie, że skarżący nie spełnił przesłanki uwalniającej go od odpowiedzialności jest problematyczne (w ramach ustaleń

faktycznych poczynionych w sprawie). Sąd Najwyższy podkreślił, że na gruncie przepisu art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej zachodzi zależność między zawinieniem członka zarządu a niezgłoszeniem wniosku o ogłoszenie upadłości. W rezultacie bez znaczenia jest, czy zaległości składkowe powstały z przyczyn zawinionych czy też niezawinionych od członka zarządu (wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 18 marca 2010 r., II UK 303/09, Lex nr 603839, z dnia 17 października 2006 r., II UK 85/06, OSNP 2007 nr 21-22, poz. 328, z dnia 2 października 2008 r., I UK 39/08, „Monitor Prawa Pracy” 2009 nr 5, s. 272). Ocena wystąpienia przesłanki wskazanej w przepisie art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej powinna koncentrować się na relacji zachodzącej pomiędzy faktem niezgłoszenia wniosku o upadłość a winą członka zarządu. O ile pierwszy element tej zależności jest zdarzeniem nie budzącym wątpliwości o tyle wystąpienie zawinienia powinno być oceniane z perspektywy sytuacji istniejącej w czasie właściwym do wszczęcia postępowania upadłościowego, a nie z uwzględnieniem późniejszych zdarzeń. W tym kontekście Sąd drugiej instancji nie zajął stanowiska. Z ustaleń Sądu pierwszej instancji (zaakceptowanych przez Sąd Apelacyjny) wynika, że wnioskodawca nie wiedział o podjęciu działalności przez Spółkę od lipca 2007 r. Okoliczność ta wydaje się relewantna względem powinności członka zarządu. Przepis art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej ukierunkowuje na zindywidualizowany proces osądzenia. Ważne jest, czy według miary zawinienia, w realiach istniejących w roku 2007, na wnioskodawcy spoczywała powinność wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Winę wnioskodawcy Sąd drugiej instancji wywodzi ze świadomości skarżącego w zakresie pozorności swych uprawnień kierowniczych w spółce, wynikającej z udzielenia prokury M. S.. Argument ten byłby istotny w sytuacji, gdy konieczność zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości wystąpiłaby w roku 2005 lub na początku roku 2006 jednak nie jest w sytuacji, która miała miejsce w roku 2007 - podjęcie działalności przez Spółkę odbyło się bez wiedzy wnioskodawcy. Za wątpliwe uznał Sąd Najwyższy by zgoda skarżącego na rolę „figuranta” obejmowała działalność na tak dużą skalę, której jedynym celem było generowanie przez Spółkę kosztów (okoliczność ta nie była przedmiotem ustaleń) i podkreślił, że Sąd drugiej instancji skupił się na szerszym spektrum ocennym, odrywając się tym samym od przesłanki zawartej w art. 116 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej. Sąd Najwyższy podkreślił, że w świetle powyższej regulacji istotnym jest wykazanie relacji między „niezgłoszeniem wniosku o ogłoszenie upadłości” a winą członka zarządu. przytaczając liczne orzeczenia Sądu Najwyższego. Zawinienie identyfikowane jest przez powinność posiadania wiedzy o funkcjonującej spółce. Zaniedbania w tym zakresie osłabiają skuteczność powołania się na przesłankę określoną w art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej. Poglądy te jednak niekoniecznie są miarodajne dla określenia sytuacji członka zarządu, który kieruje spółką niedziałającą, a która to następnie bez jego, staraniem prokurenta, podejmuje aktywność, której celem jest wygenerowanie zaległości publicznoprawnych (w zakresie podatku i składek na ubezpieczenie społeczne). W obliczu takiej sytuacji pożądany stopień powinności członka zarządu ulega defragmentacji, co nie oznacza jednak, że w każdym wypadku możliwe jest przyjęcie braku winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości. Uprzywilejowanie członka zarządu, polegające na wyłączeniu jego odpowiedzialności za zobowiązania składkowe spółki kapitałowej, jest korelatem wielu czynników, które w całościowej perspektywie świadczą o winie (która jest zjawiskiem rozgrywającym się w obszarze decyzyjnym) lub jej braku. Wszelkie zatem zakłócenia występujące w sferze świadomości i woli mogą stanowić podstawę do powołania się przez członka zarządu na przesłankę określoną w art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu kasacyjnego Sąd Najwyższy podzielił stanowisko skarżącego dotyczące istnienia rozbieżność w wykładni przepisu art. 202 k.s.h. w orzecznictwie przywołując liczne orzeczenia Sądu Najwyższego, sądu apelacyjnego oraz sądów administracyjnych podkreślając jednocześnie, że bez względu na rodzaj przyjętej wykładni tego przepisu prawa nie da się wykazać tezy, że „mandat E. K. jako członka zarządu wygasł z mocy prawa z dniem 23 marca 2006 r.” zważywszy na treść umowy spółki. W § 12 ust. 2 umowy zapisano, że zarząd powołuje się na czas nieoznaczony. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 lipca 2010 r., na którą wskazuje wnioskodawca, stwierdził wprawdzie, że uchwała wspólników, powołująca członka zarządu na czas nieokreślony nie wystarcza do zniwelowania wygaśnięcia jego mandatu w sytuacji opisanej w art. 202 § 1 i 2 k.s.h., ale jednocześnie zastrzegł, że kadencyjność organu zarządzającego spółką może być wyłączona wyraźnym postanowieniem umowy spółki. Postanowienie zawarte w § 12 ust. 2 umowy spółki (aktu założycielskiego (...) Spółki z o.o. w O.) spełnia taką rolę, czego skarżący nie uwzględnił. Podstawa skargi kasacyjnej komunikująca niezastosowanie przepisu art. 202 § 2 k.s.h. okazała się w rezultacie nieadekwatna do ustroju obowiązującego w zainteresowanej Spółce.

Za niezasadny uznał Sąd Najwyższy zarzut kasacyjny niezastosowania przez Sąd drugiej instancji przepisu art. 5 k.c. wskazując, że w indywidualnych sporach między ubezpieczonym i organem rentowym nie ma on zastosowania. Relacje zachodzące między ubezpieczonym i organem rentowym nie są regulowane przez przepisy prawa cywilnego a prawo ubezpieczeń społecznych na charakter publicznoprawny, co wyklucza posiłkowanie się klauzulami generalnymi występującymi w prawie cywilnym.

Rozpoznając sprawę ponownie Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Wywiedziona apelacja okazała się zasadna aczkolwiek z innych względów niż w niej podniesionych.

Na wstępie wyjaśnić należy, że celem postępowania apelacyjnego jest ponowne rozpoznanie sprawy pod względem faktycznym i prawnym, przy czym prawidłowa ocena prawna, może być dokonana jedynie na podstawie właściwie ustalonego stanu faktycznego sprawy, którego kontrola poprzedzać musi ocenę materialno-prawną. Jeżeli bowiem Sąd I instancji błędnie ustali kluczowe dla rozstrzygnięcia fakty, to nawet przy prawidłowej interpretacji stosowanych przepisów prawa materialnego, wydany wyrok nie będzie odpowiadał prawu. Innymi słowy, subsumcja nieodpowiadających prawdzie, przedmiotowo istotnych ustaleń faktycznych skutkuje naruszeniem prawa materialnego. Przedmiotem postępowania apelacyjnego było to, czy E. K. - jako prezes zarządu spółki (...) z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. - odpowiada osobiście za należności tej spółki wobec organu rentowego za zaległe składki na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, Fundusz Ubezpieczenia Zdrowotnego, Fundusz Pracy i FGŚP objęte decyzją z dnia 1 kwietnia 2011 r.

Zgodnie z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t. j. Dz. U. z 2009 r., Nr 205, poz. 1585 ze zm.) do składek na ubezpieczenia społeczne mają odpowiednie zastosowanie enumeratywnie wymienione w tym przepisie przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t. j. Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.), w tym także przepisy regulujące odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe. Stosownie natomiast do art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych do składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, na ubezpieczenie zdrowotne w zakresie: ich poboru, egzekucji, wymierzania odsetek za zwłokę i dodatkowej opłaty, przepisów karnych, dokonywania zabezpieczeń na wszystkich nieruchomościach, ruchomościach i prawach zbywalnych dłużnika oraz stosowania ulg i umorzeń stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące składek na ubezpieczenia społeczne. Tak więc do składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i ubezpieczenie zdrowotne ma odpowiednie zastosowanie art. 31 tej ustawy, a w konsekwencji mają odpowiednie zastosowanie wymienione w nim przepisy Ordynacji podatkowej, w tym przepisy o odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania podatkowe (tak: w uchwałach Sąd Najwyższy z dnia 7 maja 2008 r., sygn. akt II UZP 1/08 oraz z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt II UZP 3/08, niepubl.).

Odpowiedzialność członków zarządu spółki kapitałowej za jej zaległości podatkowe uregulowana jest przede wszystkim w art. 116 Ordynacji podatkowej prawidłowo przywołanym przez Sąd I instancji. Powołany przepis zakreśla ramy normatywne osobistej odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej za składki ubezpieczeniowe, których spółka ta nie uregulowała. Przypomnieć należy, że zgodnie z powołanym przepisem za zaległości podatkowe m.in. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu nie wykazał, że: we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub nieszczęście postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy, nie wskazuje mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części.

Odpowiedzialność członków zarządu spółki określona w § 1 obejmuje zobowiązania podatkowe, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członków zarządu spółki (§ 2).

Rozważając, czy skarżący odpowiada za zobowiązania spółki mieć należy na uwadze nie tylko przepisy przywołanej wyżej ustawy Ordynacja podatkowa ale również przepisy ustawy z dnia 15 września 2000 r. kodeks spółek handlowych

(t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1030 ze zm.) zwłaszcza te dotyczące organów spółki kapitałowej, zasad reprezentacji spółki, praw i obowiązków członków zarządu. Zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest organem prowadzącym jej sprawy czyli zarządza spółką i ma w zasadzie wyłączną kompetencję do jej reprezentowania na zewnątrz. Z przepisów k.s.h. wynika, że jest jej organem obligatoryjnym powoływanym przed rejestracją spółki (art. 163 § 1 pkt 5 k.s.h.) – bez jego powołania nie jest możliwa rejestracja spółki. Zarząd spółki może być zarówno ciałem kolegiałnym jak i jednoosobowym. Odnośnie tego ostatniego wynika wprost z treści art. 201 § 2 k.s.h.

Stosownie do regulacji kodeksu spółek handlowych – art. 18 § 1 - członkiem zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej albo likwidatorem może być tylko osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych (tę nabywa się z chwilą uzyskania pełnoletności – art. 11 k.c.), a zatem zdolność do samodzielnego dokonywania czynności prawnych. Mimo posiadania pełnej zdolności do czynności prawnych dopuszczalność pełnienia funkcji organu podlega - na gruncie kodeksu spółek handlowych - pewnym ograniczeniom. Członek zarządu:

1/ nie może bez zezwolenia spółki uczestniczyć w konkurencyjnej spółce kapitałowej jako członek jej organów, albo jako tzw. wspólnik jawny spółki komandytowej – art. 211 k.s.h.;

2/ nie może być jednocześnie członkiem rady nadzorczej (art. 214 § 1 i 2 k.s.h.) albo komisji rewizyjnej (art. 217 k.s.h.) (dotyczy to także prokurenta, likwidatora i kierowników oddziału lub zakładu, głównego księgowego, radca prawnego albo adwokata lub innych osób podlegających bezpośrednio członkowi zarządu lub likwidatorowi);

3/ członkiem zarządu (a także rady nadzorczej, komisji rewizyjnej albo likwidatorem) nie może być osoba, która została skazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwa określone w przepisach rozdziałów XXXIII-XXXVII Kodeksu karnego tj. przeciwko ochronie informacji (art. 265-296 k.k.), przeciwko wiarygodności dokumentów (art. 270-277 k.k.), przeciwko mieniu (art. 278-295 k.k.), przeciwko obrotowi gospodarczemu (art. 296-309 k.k.), przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi (art. 310-316 k.k.) oraz w art. 585(6), art. 587, art. 590 i w art. 591 ustawy - art.18 § 2.

Zakazy wskazane w punkcie 2 i 3 mają charakter bezwzględny (zakaz wskazany w punkcie 1 ma charakter względny - spółka może na to zezwolić).

Regulacja art. 18 § 2 k.s.h. stanowi negatywną przesłanką dopuszczalności skutecznego powołania danej osoby na funkcje wskazane w § 1, wyłącza zdolność do ich pełnienia. Powołanie osoby skazanej za przestępstwa wymienione w tym przepisie prawa uznać należy za nieważne wobec sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa (art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 2 k.s.h.). Z dniem uprawomocnienia się wyroku mandat już pełniony wygasa. Przepis ten stanowi też podstawę utraty zdolności do dalszego wykonywania tych funkcji, jeżeli prawomocny wyrok skazujący zapadł w czasie ich wykonywania. Naruszenie zakazu z art. 18 § 2 k.s.h. skutkuje nieważnością powołania i nie wywołuje skutków prawnych. Ustaje on z upływem piątego roku od dnia uprawomocnienia się wyroku skazującego, jednakże nie może zakończyć się wcześniej niż z upływem trzech lat od dnia zakończenia okresu odbywania kary - § 3 art. 18 k.s.h. Przepisu § 4 art. 18 k.s.h. przyznaje skazanemu prawo wystąpienia o zwolnienie go z zakazu pełnienia funkcji lub o skrócenie czasu obowiązywania zakazu w terminie do trzech miesięcy od dnia uprawomocnienia się wyroku. Zwolnienie z zakazu, o ile zostanie uwzględnione przez sąd, działa na przyszłość (nie może niweczyć regulacji zawartej w § 2) i otwiera możliwość ponownego wyboru. Podkreślić należy, że mandat, który wygasł z chwilą uprawomocnienia się wyroku skazującego nie reaktywuje się w przypadku zwolnienia z zakazu.

Kryteria dopuszczalności pełnienia funkcji powinny być rozpatrywane zarówno przed dokonaniem wyboru, jak i w trakcie pełnienia funkcji. W tym ostatnim przypadku zaistnienie niektórych okoliczności (utrata zdolności do czynności prawnych przez ubezwłasnowolnienie całkowite lub częściowe albo ustanowienie doradcy tymczasowego, albo skazanie prawomocnym wyrokiem) jest przyczyną „nagłego” przerwania pełnienia funkcji (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2008 r., IV CSK 356/07 (OSNC 2009/3/43) oraz Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 19 września 2014 r., I ACa 51/14, LEX nr 1526954, w których wyrażono stanowisko, że utrata zdolności do pełnienia funkcji określonych w art. 18 § 1 k.s.h., w tym do pełnienia funkcji członka zarządu w spółce z ograniczoną

odpowiedzialnością, następuje z chwilą uprawomocnienia się wyroku za popełnione przestępstwo i skutek ten następuje ex lege, czyli bez orzekania o tym zakazie w wyroku skazującym sprawcę).

Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z 25 października 2007 r., I KZP 33/07 (OSNKW 2007, Nr 12, poz. 90) niedopuszczalność - z mocy prawa - pełnienia funkcji w organach spółek handlowych jest rozwiązaniem charakterystycznym dla ustawy kodeks spółek handlowych. Niekaralność jako warunek pełnienia funkcji stanowi swojego rodzaju ustawowe kryterium kwalifikacyjne do przejawiania aktywności w konkretnym obszarze i stanowi ograniczenie praw podmiotowych, ze względu na ważny interes publiczny. Regulacja art. 18 § 2, 3 i 4 k.s.h. jest przy tym rozwiązaniem specyficznym bowiem żadna inna ustawa niedopuszczająca do zajmowania stanowiska, czy prowadzenia określonej działalności przez osobę prawomocnie skazaną nie zawiera "własnego" unormowania dotyczącego obowiązywania w czasie takiego zakazu (art. 18 § 3 k.s.h.), ale i nie przewiduje dodatkowej możliwości ubiegania się przez skazanego o zwolnienie go z tego zakazu lub o skrócenie czasu jego obowiązywania (art. 18 § 4 k.s.h.). Sąd podkreślił przy tym, że utrata zdolności do pełnienia funkcji określonych w art. 18 § 1 k.s.h. nie jest sankcją karną, następuje ex lege w wyniku wydania wyroku skazującego z chwilą jego uprawomocnienia się, bez orzekania o tym zakazie w wyroku skazującym sprawcę. Nastęstwa skazania za przestępstwa określone w art. 18 § 2 k.s.h., zostały ograniczone w czasie i ustają z mocy ustawy, z chwilą upływu wskazanego w niej terminu.

Przypomnień należy, że zgodnie z art. 201 § 1, zarząd prowadzi sprawy spółki z o.o. i ją reprezentuje. Uprawnioną do sprawowania tej funkcji jest tylko osoba fizyczna (art. 18 § 1 k.s.h.) i może skutecznie to czynić tylko wówczas, gdy nie utraciła zdolności do pełnienia tych obowiązków. W niniejszej sprawie, co uszło uwadze zarówno organu rentowego jak i Sądów: Okręgowego w Elblągu i Apelacyjnego odwołujący się E. K. nie mógł pełnić funkcji prezesa zarządu spółki (...) z uwagi na jego karalność. Z ustaleń poczynionych przez Sąd Apelacyjny rozpoznający sprawę po jej uchyleniu przez Sąd Najwyższy wynika, że skarżący wyrokiem z dnia 31 grudnia 2004 r. wydanym w sprawie II K 113/03 przez Sąd Rejonowy w N. L. został skazany za przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., art. 297 § 1 k.k., art. 284 § 2 k.k., art. 300 § 1 k.k. na karę łączną 2 lat pozbawienia wolności w zawieszeniu na okres 4 lat oraz na karę łączną grzywny w liczbie 70 stawek dziennych po 40 zł każda. Wyrok uprawomocnił się dnia 8 stycznia 2005 r. (dowód: odpis wyroku k. 166 - 168 a.s.). Nadto wyrokiem z dnia 17 marca 2006 r. (który uprawomocnił się 25 marca 2006 r.) E. K. został skazany przez Sąd Rejonowy w N. L. za przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności (w zawieszeniu na 3 lata) oraz karę grzywny w liczbie 50 stawek dziennych po 20 zł każda (dowód: odpis wyroku w sprawie IIK 398/05 k. 165 - 165v a.s.). Powyższe oznacza, że już w dacie założenia spółki i powołania go na członka zarządu (jednoosobowego) nie mógł pełnić tej funkcji zgodnie z regulacją wskazaną w art. 18 § 2 k.s.h. Zakaz ten ustał z dniem 8 stycznia 2010 r. Jednocześnie z uwagi na wyrok wydany w sprawie IIK 398/05 kolejny zakaz ustał z dniem 25 marca 2011 r. (skarżący nie występował o zwolnienie go z zakazu pełnienia funkcji lub o skrócenie czasu obowiązywania zakazu). Skazanie E. K. na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby nie przedłużyło zakazu pełnienia funkcji. Wskazany wyżej przepis prawa posługuje się sformułowaniem "okres odbywania kary", jego "zakończenie", co na gruncie regulacji prawa karnego, odnosić należy do kary, którą faktycznie się odbywa. Skazany na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby, kary tej nie odbywa, lecz jest poddawany próbie (chyba, że zarządzono jej wykonanie). Za nierozszerzaniem pojęcia okresu odbywania kary na okres próby i doliczenia po jego pozytywnym zakończeniu 3 lat zakazu przemawiają również względy celowościowe. Zakaz, o którym mowa, stanowi szczególnego rodzaju sankcję związaną ze skazaniem za określone przestępstwa i ma eliminować związane z tym zagrożenia istotnych dóbr prawnie chronionych. Stanowić ma jednocześnie odczuwalną dolegliwość w związku ze skazaniem za przestępstwo. Niewątpliwie pięcioletni zakaz funkcję tę spełnia. Stanowisko to potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2008 r., IV CSK 356/07 (OSNC 2009, Nr 3, poz. 43).

Konkludując E. K. w okresie od 8 stycznia 2005 r. do 25 marca 2011 r. nie mógł pełnić funkcji prezesa zarządu spółki. Bez znaczenia jest w tym momencie to, czy odwołujący się miał świadomość tego, że funkcji takiej pełnić nie może i zataił to przed sądem rejestrowym, czy też świadomości tej nie miał. Na marginesie zauważyć należy, że by uniknąć problemów, jakie wiązały się z nieujawnianiem przez osoby powołane w skład organów spółek kapitałowych informacji o skazaniu ich prawomocnym wyrokiem za przestępstwa określone w komentowanym przepisie, ustawą z dnia 7

grudnia 2012 r. o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym oraz niektórych innych ustaw skłoniły ustawodawcę do zmiany ustawy o KRS wprowadzony został przepis art. 21a pkt 1 ustawy o KRS, zgodnie z którym sąd rejestrowy otrzymuje z Biura Informacyjnego Krajowego Rejestru Karnego, za pośrednictwem systemu teleinformatycznego, w odniesieniu do osób, do których ma zastosowanie art. 18 § 2 k.s.h., informacje o skazaniach za przestępstwa w nim określone. W niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny informację o karalności E. K. przesłał do SR Gdańsk – Północ w G. Wydziału Gospodarczego KRS celem podjęcia stosownych czynności (pismo k. 182 a.s.).

Z poczynionych przez Sąd Apelacyjny ustaleń wynika również i to, że prokurent spółki (...) był prawomocnie skazany m.in. za przestępstwa określone w przepisach rozdziałów XXXIII-XXXVII Kodeksu karnego (dowód: odpisy wyroków w sprawach: II K 55/03, IIK 363/05 SR w Świeciu, XI K 87/10 SR w Bydgoszczy koperta k. 175 i 177 a.s.).

Skoro zatem E. K. nie mógł pełnić funkcji prezesa zarządu spółki (...) z siedzibą w O. to nie mógł podejmować żadnych czynności w imieniu spółki, prowadzić jej spraw. Nie mógł tym bardziej złożyć wniosku o ogłoszenie upadłości spółki – czynności przez niego pozbawione byłyby skuteczności. W świetle powyższego zbędnym było prowadzenie postępowania mającego na celu ustalenie, czy zachodzą przesłanki z art. 116 ordynacji podatkowej – regulacja ta ma zastosowanie tylko do osób, które zostały skutecznie powołane w skład organu spółki, jakim jest zarząd, zaś apelujący do nich nie należy.

Dodatkowo podkreślić należy, że udzielenie przez E. K. prokury M. S. nie mogło wywołać skutków prawnych. Nie było również podstaw do jej odwołania w trybie art. 208 § 5 k.s.h.

Bez znaczenia dla niniejszej sprawy były przywoływane przez pełnomocnika odwołującego się orzeczenia tj: postanowienie Sądu Rejonowego w S. z dnia 21 kwietnia 2011 r. w sprawie II Ks 75/10 i postanowienie Sądu Rejonowego w Iławie w VII Zamiejscowym Wydziale Karnym w (...) z dnia 25 lutego 2015 r. w sprawie VII K 570/13, w których sądy umorzyły postępowania wobec E. K. wobec braku znamion czynu zabronionego czyli umyślności działania, zaniechania (przyjmując, że nie zajmował się sprawami spółki, nie miał świadomości w jaki sposób spółka działa, czy w związku z jej działalnością powstały określone obowiązki podatkowe, nie prowadził spraw gospodarczych w tym finansowych spółki - te scedował bowiem na prokurenta).

Nie zachodziła, w ocenie Sądu Apelacyjnego (w świetle ustaleń i rozważań poczynionych powyżej), konieczność przesłuchania wnioskowanych uprzednio przez pełnomocnika odwołującego świadków: M. S. (poszukiwany listem gończym został zatrzymany i osadzony w Zakładzie Karnym w P.), M. M. (obecnie B.) oraz samego skarżącego dla wykazania, że nie miał on żadnego wpływu na działania spółki.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny na mocy art. 386 § 1 k.p.c. orzekł jak w punkcie pierwszym sentencji wyroku.

O kosztach procesu Sąd Apelacyjny orzekł w punkcie drugim sentencji wyroku na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c., kierując się zasadami odpowiedzialności za wynik procesu, w ten sposób, że zasądził od pozwanego na rzecz wnioskodawcy łącznie kwotę 9.060 zł tytułem zwrotu kosztów procesu w tym koszty zastępstwa procesowego za drugą instancję w wysokości 5.400 zł (§ 2 ust. 1 i 2 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu - Dz. U. z 2002 r., Nr 163, poz.1349 ze zm., w postępowaniu przed Sądem Najwyższym 3.600 zł - § 12 ust. 4 pkt 2 cyt. Rozporządzenia) w stawkach minimalnych za dokonane czynności oraz kwotę 60 zł tytułem zwrotu opłaty za apelację i skargę kasacyjną.