

Sygn. akt III AUa 2697/11

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 listopada 2012 r.

**Sąd Apelacyjny w Katowicach** III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący	SSA Antonina Grymel (spr.)
Sędziowie	SSA Marek Procek SSA Lena Jachimowska
Protokolant	Ewa Bury

po rozpoznaniu w dniu 6 listopada 2012r. w Katowicach

sprawy z odwołania A. M. (A. M. )

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w C.

o składki

na skutek apelacji ubezpieczonego A. M.

od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w Katowicach

z dnia 28 września 2011r. sygn. akt X U 93/11

- 1. zmienia zaskarżony wyrok w całości, zaś poprzedzającą ten wyrok decyzję organu rentowego o tyle, że ustala, iż A. M. jako prezes zarządu i likwidator Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w likwidacji w M. nie jest odpowiedzialny za zobowiązania Spółki z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne za okres od listopada 2000r. do grudnia 2001r. i od marca do maja 2002r. w części finansowanej przez Spółkę jako płatnika składek, oddalając odwołanie w pozostałej części,**
- 2. oddala apelację w pozostałym zakresie,**
- 3. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania.**

/-/SSA M.Procek /-/SSA A.Grymel /-/SSA L.Jachimowska

Sędzia Przewodniczący Sędzia

Sygn. akt III AUa 2697/11

# UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 31 marca 2004r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w C. ustalił, iż A. M. jako prezes zarządu i likwidator Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w M. jest odpowiedzialny za zobowiązania Spółki z tytułu nieopłaconych składek:

- na ubezpieczenie społeczne za okres 11/2000-12/2001, 03/2002-05/2002 w kwocie 206.311,51 zł wraz z odsetkami,

- na ubezpieczenie zdrowotne za okres 11/2000-12/2001, 03/2002-05/2002 w kwocie 41.206,84 zł wraz z odsetkami,

- na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres 11/2000-12/2001, 03/2002-05/2002 w kwocie 11.512,22 zł wraz z odsetkami.

W odwołaniu od powyższej decyzji A. M. domagał się jej zmiany poprzez ustalenie, że nie odpowiada za wymienione zobowiązania Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w M., ewentualnie o umorzenie należności z tytułu składek na zasadzie art. 28 ust. 3 pkt 2 i 3, jak również zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

Wskazał, iż w dniu 3 grudnia 2001r., tj. we właściwym czasie, złożył wniosek o ogłoszenie upadłości, albowiem do dnia 30 listopada 2001r. Spółka regulowała należności wobec swoich wierzycieli. Wniosek ten został oddalony w dniu 28 lutego 2002r., albowiem w tym czasie Spółka nie posiadała, oprócz podanych kaucji, wystarczających środków na przeprowadzenie postępowania upadłościowego. Podniósł również, iż w toczącym się z urzędu postępowaniu w sprawie pozbawienia go prawa prowadzenia działalności gospodarczej Sąd Rejonowy w Katowicach ustalił brak przesłanek, o których mowa w art. 5 § 1 i 2 rozporządzenia prawo upadłościowe, w związku z czym należy przyjąć, że spełnione są przesłanki z art. 116 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej uwalniające odwołującego od odpowiedzialności za zobowiązania Spółki.

Organ rentowy wniósł o oddalenie odwołania powołując się na okoliczności przytoczone w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji.

Sąd Okręgowy – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Katowicach wyrokiem z dnia 18 września 2008r. zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że stwierdził, iż odwołujący odpowiada za zaległości składkowe Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w M. w likwidacji jako prezes jej zarządu za okres od listopada 2000r. do sierpnia 2001r. z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne w kwocie 99.297,77 zł z ustawowymi odsetkami, oddalając odwołanie w pozostałej części.

Na skutek apelacji obu stron, Sąd Apelacyjny w Katowicach wyrokiem z dnia 12 maja 2009r. uchylił powyższy wyrok i znosząc postępowanie w zakresie wyrokowania i rozprawy poprzedzającej wydanie wyroku przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu – Sądowi Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Katowicach do ponownego rozpoznania.

W motywach swojego rozstrzygnięcia Sąd Apelacyjny wskazał, iż wskutek naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów procedury, A. M. został pozbawiony możliwości obrony swoich praw w rozumieniu art. 379 pkt 5 kpc, co niezależnie od merytorycznej oceny prawidłowości kontrolowanego wyroku, powodowało konieczność – na podstawie art. 386 § 2 kpc uchylenia tegoż wyroku, zniesienia postępowania w zakresie wyrokowania i rozprawy poprzedzającej wyrokowanie oraz przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania. W sytuacji, gdy Sąd II instancji stwierdził nieważność postępowania przed Sądem I instancji, zarzuty apelacyjne stron nie mogły bowiem być rozpoznane, ponieważ ustalenia tego Sądu zostały dokonane na podstawie wyników postępowania dotkniętego nieważnością, a zatem należało uznać je za nieistniejące.

Sąd Apelacyjny wskazał jednak, iż nie sposób nie zwrócić uwagi na oczywistą rozbieżność pomiędzy sentencją zaskarżonego wyroku a jego uzasadnieniem. Inicjującą niniejsze postępowanie decyzją organ rentowy orzekł o odpowiedzialności odwołującego za zobowiązania Przedsiębiorstwa (...)

Spółki z o.o. w M. z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za wymienione okresy i we wskazanej wysokości. Mimo, iż w kontrolowanym wyroku Sąd I instancji dokonał częściowej zmiany powyższej decyzji – korygując okres i wysokość składek na ubezpieczenie społeczne, oddalając odwołanie w pozostałej części, w uzasadnieniu stwierdził natomiast, iż w jego ocenie brak jest podstaw prawnych do przeniesienia na ubezpieczonego odpowiedzialności za zobowiązania Spółki z tytułu składek na ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, co faktycznie oznacza uwzględnienie odwołania w tym pozostałym zakresie.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Katowicach wyrokiem z dnia 21 grudnia 2009r. oddalił odwołanie.

W wyniku apelacji A. M., Sąd Apelacyjny w Katowicach wyrokiem z dnia 9 listopada 2010r. uchylił powyższy wyrok i po raz kolejny znosząc postępowanie w zakresie wyrokowania i rozprawy poprzedzającej wydanie wyroku przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu – Sądowi Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Katowicach do ponownego rozpoznania.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny stwierdził, iż skład Sądu I instancji był sprzeczny z przepisami, co powodowało po myśli art. 379 pkt 4 kpc ponownie nieważność postępowania przed tym Sądem, skutkującą uchynieniem wyroku, zniesieniem postępowania w zakresie wyrokowania i rozprawy poprzedzającej wyrokowanie oraz przekazaniem sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Ponadto Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, iż przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy ustalając zakres stanowiącej przedmiot sporu odpowiedzialności skarżącego winien mieć na względzie fakt częściowego umorzenia – na mocy wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 sierpnia 2006r. w sprawie sygn. akt III AUa 757/05, Przedsiębiorstwu (...) Spółce z o.o. w M. należności z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenie społeczne za okres od listopada 2000r. do grudnia 2001r. oraz od marca do maja 2002r. w części finansowanej przez płatnika składek. Wskazał także – nie przesądzając z oczywistych względów trafności stanowiska odnośnie omawianej odpowiedzialności apelującego jako likwidatora Spółki, iż dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy niezbędnym jest również poczynienie stosownych ustaleń dotyczących istnienia podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki w okresie pełnienia przez odwołującego funkcji prezesa jej zarządu, tj. do dnia 21 sierpnia 2001r.

Po kolejnym rozpoznaniu sprawy wyrokiem z dnia 28 września 2011r. Sąd Okręgowy – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Katowicach zmienił zaskarżoną decyzję stwierdzając, iż A. M. odpowiada za zaległości składkowe Przedsiębiorstwa (...) Spółka z o.o. w M.

w likwidacji jako prezes zarządu tej Spółki z tytułu składek: na ubezpieczenia społeczne za okres od listopada 2000r. do sierpnia 2001r. w części finansowanej przez ubezpieczonych pracowników wraz z odsetkami, na ubezpieczenie zdrowotne za okres od listopada 2000r. do sierpnia 2001r. wraz z odsetkami, na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od listopada 2000r. do sierpnia 2001r. wraz z odsetkami (pkt 1), oddalił odwołanie w pozostałej części (pkt 2) oraz zniósł wzajemnie między stronami koszty procesu (pkt 3).

Z ustaleń Sądu Okręgowego ponownie wynika, iż Przedsiębiorstwo (...) Spółka z o.o. w M. powstało na mocy umowy spółki z dnia 10 maja 2000r. Kapitał zakładowy Spółki określono na kwotę 4.000 zł i podzielono na 80 udziałów po 50 zł każdy. Udziałowcami Spółki byli: A. M.

(27 udziałów), E. P. (11 udziałów) oraz (...) Przedsiębiorstwo (...) – Holding S.A. w M. (42 udziały). A. M. został jedynym członkiem zarządu Spółki, która powstała z inspiracji (...) Przedsiębiorstwa (...) – Holding S.A.

w M. posiadającego 51% udziałów i będącego udziałowcem strategicznym, zrzeszającym kilka spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, będąc ich strategicznym udziałowcem, którym przekazywał zlecenia na określone prace.

Przedsiębiorstwo (...) Spółka z o.o. powstało w celu dokończenia dwóch rozpoczętych budów o wartości 3.000.000 zł. Spółka, która te prace rozpoczęła została zlikwidowana. Odwołujący był w tej spółce zatrudniony jako kierownik budowy. Całością obsługi finansowo – księgowej zajmowali się pracownicy Holdingu.

Przedsiębiorstwo (...) Spółka z o.o. w większości przejęło pracowników zlikwidowanej spółki.

Prace na wymienionych budowach zostały zakończone, zaś należne z tego tytułu należności wpływały do Holdingu, który zawierał umowy z inwestorami. Holding przekazywał pieniądze podwykonawcom, ale nieterminowo.

Przez pierwsze pół roku działalności Spółka funkcjonowała dość dobrze, dopiero pod koniec I półrocza 2001r. zaczęły narastać trudności finansowe w regulowaniu zobowiązań. Składki na ubezpieczenia społeczne Spółka przestała regulować od początku 2001r.

Odwołujący, jako prezes zarządu Spółki podejmował decyzje dotyczące rozdysponowania wpływających środków pieniężnych. Ceny wynegocjowane w zawieranych umowach nie odpowiadały realiom. Spółka otrzymywała pewne rekompensaty, które nie pokryły strat. Rok 2000 zamknął się stratą ok. 200.000 zł, co było spowodowane m. in. faktem, iż Urząd Miejski w K. oraz Urząd Miejski w K. nie uregulowały w 2000r. części należności za wykonane prace. Płatności uregulowano dopiero w marcu 2001r.

W listopadzie 2000r. Holding przekazał Spółce zlecenie wykonania fundamentu pod budynek mieszkalny wielorodzinny w S.

o wartości ponad 800.000 zł, z możliwością rozszerzenia robót. Po otrzymaniu w lutym 2001r. całości dokumentacji Spółka nie przyjęła dalszego zlecenia, ponieważ odwołujący uznał, iż koszty przekroczą wartość inwestycji.

Spółka na stałe zatrudniała 22 pracowników budowlanych, których liczba w sezonie wzrastała do 50 osób.

W okresie od stycznia do sierpnia 2001r. Holding uczestniczył w 90 przetargach budowlanych, nie wygrywając żadnego z nich.

Sąd I instancji podał także, iż w dniu 1 lipca 2000r. Spółka zawarła z (...) Przedsiębiorstwem (...) S.A. porozumienie do realizacji umowy o współpracy, w którym strony postanowiły, że w ramach prowadzonej działalności gospodarczej dopuszczają regulowanie wzajemnych zobowiązań w postaci cesji należności, porozumień kompensacyjnych i przelewów kompensacyjnych. Kompensaty wielostronne i cesje miały być wystawiane po każdorazowym wzajemnym uzgodnieniu ich zakresu i kwoty. Kompensaty dwustronne pomiędzy spółkami Holdingu a Spółką Akcyjną mogły być przeprowadzone automatycznie po zakończeniu miesiąca.

W okresie od 30 lipca 2001r. do 30 listopada 2001r. Spółka spłaciła 47 wierzycieli na kwotę 822.063,18 zł, co nastąpiło w drodze kompensat i przelewu wierzytelności, natomiast w okresie od czerwca do listopada 2001r. spłacono wierzytelności łącznie na rzecz 72 wierzycieli na kwotę 1.298.528,19 zł. Ostatnia płatność – w formie kompensaty, miała miejsce w dniu 30 listopada 2001r. na rzecz (...) Sp. z o.o. na kwotę 1.571,40 zł.

W dniu 21 sierpnia 2001r. zostało zwołane Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników. Na mocy podjętej wówczas uchwały nr 2 postanowiono wszcząć likwidację Spółki, na jej likwidatora powołując dotychczasowego prezesa zarządu, którego wynagrodzenie ustalono na kwotę 4.000 zł. Likwidacja została zakończona dnia 30 kwietnia 2002r. Pomimo likwidacji Spółka nie została wykreślona z rejestru handlowego.

W dniu 3 grudnia 2001r. odwołujący jako likwidator Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. wystąpił do Sądu Rejonowego w Katowicach z wnioskiem

o ogłoszenie upadłości, w uzasadnieniu którego wskazał, iż spółka utraciła płynność finansową na przestrzeni I półrocza 2001r., co było spowodowane brakiem w 2001r. jakichkolwiek zleceń na roboty ogólnobudowlane. Wskazano również, iż majątek trwały Spółki praktycznie nie istnieje. Istnieją natomiast wierzytelności, w stosunku do których toczą się postępowania sądowe. Zobowiązania Spółki na dzień sporządzenia bilansu, tj. na dzień zamknięcia działalności gospodarczej i otwarcia likwidacji wynoszą 1.431.762,90 zł. Do wniosku dołączono spis wierzycieli Spółki na dzień

30 listopada 2001r. zawierający 42 wierzycieli, wykazujący wierzytelności na łączną kwotę 850.153,10 zł. W oddzielnej pozycji wykazano zadłużenie wobec organu rentowego na kwotę 243.584,20 zł.

Postanowieniem z dnia 28 lutego 2002r. Sąd Rejonowy w Katowicach w sprawie sygn. akt X U 531/01/5 oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości.

W uzasadnieniu postanowienia wskazano, iż z bilansu sporządzonego na dzień 31 grudnia 2001r. wynika, iż aktywa Spółki wynoszą 345,65 zł, zaś jej pasywa – 1.333.277 zł. Należności długoterminowe na kwotę 79.693,30 zł to kaucja gwarancyjna, z których pierwsza będzie płatna po lipcu 2003r., a następne jeszcze później. Kwotę 8.100 zł stanowi program komputerowy – praktycznie niesprzedawalny. Kwota 356 zł jest nieściągalna, zaś kwota 2.588 zł stanowiąca nadpłatę podatku VAT ma zostać rozliczona w styczniu. W kasie i na rachunku brak środków finansowych. Spółka zatrudnia jedną osobę z wynagrodzeniem miesięcznym 4.000 zł brutto. Miesięczny koszt utrzymania Spółki zamykał się kwotą 7.200 – 7.500 zł. W tej sytuacji Sąd Rejonowy uznał, iż na dzień złożenia wniosku Spółka nie posiada środków finansowych na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego, co w oparciu o art. 13 prawa upadłościowego uzasadniało oddalenie wniosku.

Postanowieniem z dnia 19 listopada 2001r. Sąd Rejonowy w Katowicach w sprawie sygn. akt X Uns 96/02/9 umorzył postępowanie o pozbawienie A. M. prawa prowadzenia działalności gospodarczej z uwagi na nie stwierdzenie przesłanek wynikających z art. 17<sup>2</sup> § 1 w związku z art. 5 § 1 i 2 prawa upadłościowego.

Decyzją z dnia 5 listopada 2001r. organ rentowy ustalił, że na dzień 23 października 2001r. zadłużenie Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w likwidacji w M. wynosi ogółem 243.584,20 zł oraz odsetki, w tym:

- z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne za okres od 1 listopada 2000r. do 31 sierpnia 2001r. – 193.543,36 zł oraz odsetki,

- z tytułu składek na ubezpieczenie zdrowotne za okres od 1 listopada 2000r. do 31 sierpnia 2001r. – 39.395,25 zł oraz odsetki,

- na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych – 10.645,59 zł oraz odsetki.

Sąd I instancji ustalił również, iż egzekucja należności prowadzona z wniosku organu rentowego przeciwko Spółce przez Komornika Sądowego Rewiru I w M. w sprawie sygn. akt I KM 1505/05 okazała się bezskuteczna. Pismem z dnia 3 października 2002r. organ rentowy w odpowiedzi na pismo Komornika z dnia 18 września 2002r., którym poinformował wierzyciela o stanie egzekucji, złożył wniosek o umorzenie egzekucji w oparciu o art. 825 pkt 1 kpc wskazując, że na dzień złożenia wniosku nie zna innego, niż podany przez Komornika majątku dłużnika, do którego można skierować egzekucję. Postępowanie egzekucyjne zostało umorzone.

W dniu 25 października 2002r. organ rentowy wystąpił do Sądu Rejonowego w Mysłowicach z wnioskiem o wyjawienie majątku Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w M..

Zaskarżoną decyzją z dnia 31 marca 2004r. organ rentowy ustalił, iż A. M., jako prezes i likwidator Przedsiębiorstwa (...) Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością w likwidacji w M., jest odpowiedzialny za zobowiązania tej Spółki z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okresy i w kwotach wskazanych w decyzji.

Wyrokiem z dnia 29 sierpnia 2006r. w sprawie sygn. akt III AUa 757/05 Sąd Apelacyjny w Katowicach zmienił wyrok Sądu Okręgowego – Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Katowicach z dnia 14 grudnia 2004r. w sprawie sygn. akt X U 1727/04 i umorzył Przedsiębiorstwu (...) Spółce z o.o. w likwidacji w M. należności z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenie społeczne za okres od listopada 2000r. do grudnia 2001r. i od marca 2002r. do maja 2002r. w części finansowanej przez Spółkę, jako płatnika składek, oddalając jej apelację w pozostałej części.

Po umorzeniu powyższych należności, zaległości Spółki z tytułu składek za okres od listopada 2000r. do grudnia 2001r. oraz od marca do maja 2002r. wynoszą łącznie 157.043,72 zł + odsetki, tj.:

- na ubezpieczenia społeczne 104.324,66 zł + odsetki,

- na ubezpieczenie zdrowotne 41.206,84 zł + odsetki,

- na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych 11.512,22 zł + odsetki.

Powołując się na zeznania świadka S. K. – byłego dyrektora i prezesa (...) Przedsiębiorstwa (...) – Holding S.A. Sąd Okręgowy wskazał również, iż odwołujący nie musiał uzyskiwać zgody Spółki Akcyjnej by ogłosić upadłość kierowanej przez niego Spółki,

w odniesieniu do której po półtora roku jej działalności zaistniały przesłanki upadłości, czego przyczyną była okoliczność, iż główny udziałowiec Holdingu S.A. – K., będący jednocześnie głównym zleceniodawcą robót wykonywanych przez Spółkę, wstrzymał na początku 2001r. płatności, przy braku innych zleceń. W czerwcu 2003r. zostało otwarte postępowanie układowe spółki matki, zaś we wrześniu 2003r. złożono wniosek o ogłoszenie jej upadłości.

Sąd I instancji podał także, iż realizując wytyczne Sądu Apelacyjnego zawarte w uzasadnieniu orzeczenia wydanego w sprawie sygn. akt III AUa 747/10 dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu ekonomii i finansów, celem ustalenia właściwego czasu do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M..

W oparciu o opinię biegłego sądowego z zakresu ekonomii i finansów oraz wyceny zdolności upadłościowej i układowej J. J. z dnia 20 czerwca 2011r. Sąd ustalił, iż ostatecznym dniem na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki lub wniosku o otwarcie postępowania układowego był dzień 14 kwietnia 2001r. bowiem wówczas zarząd Spółki powinien dowiedzieć się o zaistniałej przesłance wskazującej na niewypłacalność ostatecznie w dniu 31 marca 2001r. Spółka praktycznie od początku istnienia prowadziła nierentowną działalność, gdzie koszty funkcjonowania przewyższały osiągnięte przychody ze sprzedaży. Generowane od początku istnienia Spółki straty pogłębiały stan przewyższenia zaciągniętych zobowiązań nad wartością jej majątku.

Do opinii biegłego strony nie zgłaszały zastrzeżeń, przy czym ubezpieczony w piśmie procesowym z dnia 15 lipca 2011r. podkreślił, że jego intencją jako prezesa zarządu Spółki było wyprowadzenie jej z kryzysu a udziałowiec strategiczny Spółki Holding S. A. nie wyprowadził go z błędnego założenia, że jest to możliwe. Zaznaczył, że Spółka realizowała swe należności w myśl porozumienia z Holdingiem, wszystkie zlecenia na roboty otrzymywała z Holdingu i płaciła 12% prowizję niezależnie od swych własnych wyników finansowych.

W oparciu o powyższe ustalenia Sąd ten uznał, iż odwołanie A. M. zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Przypomniał, iż zgodnie z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998r.

o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2009r. nr 205, poz. 1585 ze zm.) do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio

art. 108 § 1 i 4 oraz art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa (tekst jednolity: Dz. U. z 2005r. nr 8, poz. 60 ze zm.). Stosownie do regulacji zawartej w art. 116 Ordynacji podatkowej 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)

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.

Po myśli § 2 powołanego przepisu odpowiedzialność członków zarządu, określona w § 1, obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu.

Kwestii spornej w niniejszej sprawie Sąd I instancji upatrywał w ustaleniu, czy spełnione zostały warunki do przeniesienia odpowiedzialności za objęte sporem zaległości składkowe Przedsiębiorstwa (...)Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w likwidacji w M. na odwołującego pełniącego funkcję prezesa jej zarządu, a następnie likwidatora Spółki.

Zauważył, iż organ rentowy w zasadzie zobowiązany jest wykazać jedynie okoliczność pełnienia obowiązków członka zarządu w okresie powstania zobowiązania podatkowego, które przerodziło się w dochodzoną zaległość składkową Spółki oraz bezskuteczność egzekucji przeciwko Spółce, gdyż ciężar wykazania jakiegokolwiek okoliczności uwalniającej od odpowiedzialności spoczywa na członku zarządu.

Sąd Okręgowy podkreślił, iż dochodzenie od członków zarządu odpowiedzialności przewidzianej w art. 116 Ordynacji podatkowej jest niedopuszczalne bez przeprowadzenia egzekucji zakończonej niezaspokojeniem wierzyciela. Bezskuteczność egzekucji, o której mowa w cytowanym przepisie ma miejsce wówczas, gdy egzekucja dotyczyła całego ujawnionego za pomocą odpowiednich procedur majątku spółki, a wierzyciel wyczerpał wszelkie sposoby egzekucji, jednak cel jakim jest wyegzekwowanie wszystkich zaległości składkowych nie został osiągnięty. Dla porównania Sąd powołał się na pogląd prezentowany

w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 22 lutego 2005r. (III SA 2984/03, LEX nr 167996).

W ocenie Sądu, w przedmiotowej sprawie przesłanka bezskuteczności egzekucji została wykazana postanowieniem Sądu Rejonowego w Katowicach Wydział X Gospodarczy z dnia 28 lutego 2002r. (sygn. akt X U 531/01/5), którym oddalono wniosek o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 rozporządzenia Prezydenta RP – prawo upadłościowe. Oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości

z powodu braku majątku na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego jest bowiem okolicznością jednoznacznie wykazującą brak możliwości prowadzenia skutecznej egzekucji, co oznacza, iż organ rentowy udowodnił, iż za zaległości Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne w trybie omawianego przepisu Ordynacji podatkowej może odpowiadać całym swoim majątkiem prezes zarządu Spółki – A. M..

Aby uwolnić się od odpowiedzialności, odwołujący musiałby udowodnić zatem, że istnieją przesłanki wyłączające odpowiedzialność posiłkową osób trzecich za zobowiązania spółki. W przedmiotowej sprawie, ubezpieczony wskazywał, iż

z omawianej odpowiedzialności zwalnia go fakt zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym terminie.

Sąd Okręgowy ustalił jednak, iż powyższa okoliczność nie została wykazana. Zgodnie, bowiem z art. 5 § 1 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej

z dnia 24 października 1934r. (Dz. U. z 1991r., nr 118, poz. 512) przedsiębiorca jest zobowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia zaprzestania płacenia długów, zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości. § 2 cytowanego przepisu stanowi, iż reprezentant przedsiębiorcy, o którym mowa w art. 1 § 2, jest zobowiązany zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów, chyba że wcześniej rozpoczął się bieg terminu określonego w § 1.

W oparciu o opinię biegłego Sąd I instancji ustalił, iż stan niewypłacalności Spółki nastąpił na dzień 31 marca 2001r. i już wówczas odwołujący powinien był rozważyć podjęcie decyzji o wystąpieniu z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Sąd zaznaczył przy tym, iż decyzja o wystąpieniu z wnioskiem o ogłoszenie upadłości nie jest w żaden sposób uzależniona od zgody Zgromadzenia Wspólników i należy ona do kompetencji członków zarządu, na których ustawodawca nałożył taki obowiązek, jak również odpowiedzialność, w przypadku braku jego realizacji.

Wobec powyższych ustaleń, zdaniem Sądu Okręgowego, nie sposób przyjąć, iż odwołujący nie ponosi winy w niezłożeniu w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości. Fakt wystąpienia z przedmiotowym wnioskiem w dniu 3 grudnia 2001r. nie może w żaden sposób wyłączyć jego odpowiedzialności. Skoro bowiem w dniu zgłoszenia wniosku stan majątkowy Spółki był tak zły, że nie wystarczał nawet na przeprowadzenie postępowania upadłościowego, to zasadnym jest uznanie zgłoszenia upadłości za dokonane z przekroczeniem właściwego czasu wynikającego z dyspozycji art. 5 Prawa upadłościowego (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 30 czerwca 2005r. III SA/Wa 629/04 LEX nr 181425).

W ocenie Sądu I instancji, nie sposób również zaakceptować twierdzeń odwołującego, iż przyczyną spóźnionego wystąpienia przez niego z wnioskiem

o ogłoszenie upadłości była nieznajomość faktycznego stanu finansowego Spółki – do jego obowiązków jako członka zarządu należało stałe kontrolowanie tego stanu

i ewentualne stwierdzenie okoliczności zaprzestania płacenia długów. "Czas właściwy" do zgłoszenia upadłości, o jakim mowa w art. 116 Ordynacji podatkowej, to czas w jakim zarząd spółki nie będący w stanie zrealizować zobowiązań względem wszystkich jej wierzycieli, winien złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości, aby w ten sposób chronić zagrożone interesy wszystkich wierzycieli, którzy po ogłoszeniu upadłości mogą liczyć na równomierne zaspokojenie. Jeżeli zatem członek zarządu spółki zgłasza wniosek o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie, to oznacza, że uczynił ze swej strony wszystko, by nie dopuścić do zaspokajania niektórych wierzycieli ze szkodą dla innych. Jeżeli natomiast wniosek zgłoszony jest wtedy, gdy majątek spółki nie wystarcza nawet na koszty postępowania upadłościowego, to nie może być mowy o zaspokojeniu jakichkolwiek wierzycieli. Ogłoszenie upadłości jest wówczas bezcelowe (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 lutego 2000r., I Ca 620/00, Pr. Gosp. 2002/4/49).

Sąd ten podkreślił nadto, iż fakt, że postanowieniem z dnia 19 listopada 2002r. Sąd Rejonowy w Katowicach Wydział X Gospodarczy umorzył postępowanie

w przedmiocie pozbawienia odwołującego prawa prowadzenia działalności gospodarczej z uwagi na niestwierdzenie przesłanek wynikających z art. 17 § 1

w związku z art. 5 § 1 i 2 Prawa upadłościowego, nie wpływa na odpowiedzialność odwołującego za długi Spółki. Postępowanie o pozbawienie prawa prowadzenia działalności gospodarczej jest odrębnym postępowaniem, opartym na odmiennych przesłankach i nie może automatycznie wpływać na postępowanie dotyczące odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania spółki.

W konsekwencji Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż skoro stan niewypłacalności Spółki nastąpił na dzień 31 marca 2001r. i odwołujący nie złożył wniosku o ogłoszenie upadłości, jak również w okresie poprzedzającym nastąpienie stanu niewypłacalności nie podjął stosownych działań zmierzających do uregulowania zadłużenia składkowego Spółki, to w pełni zasadnym jest uznanie, iż za zadłużenie składkowe Spółki zaistniałe w okresie od listopada 2001r. do sierpnia 2001r. ponosi on odpowiedzialność subsydiarną. Ustalając datę końcową odpowiedzialności skarżącego za zobowiązania składkowe Spółki Sąd uznał jednak brak podstaw do obciążenia go odpowiedzialnością za nieopłacone składki za okres, gdy nie pełnił on już funkcji prezesa zarządu, a został powołany na stanowisko likwidatora Spółki. Art. 116 ustawy Ordynacja podatkowa stanowi bowiem wyraźnie, 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. Nie można zatem obciążyć osoby, która nie pełniła funkcji członka zarządu, a była likwidatorem.

Jednocześnie z uwagi na fakt, że Sąd Apelacyjny w Katowicach wyrokiem z dnia 29 sierpnia 2006r. wydanym w sprawie o sygn. akt III AUa 757/05 umorzył Przedsiębiorstwo (...) Spółce z o.o. w likwidacji w M. należności z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne za okres od listopada 2000r. do grudnia 2001r. i od marca do maja 2002r., w części finansowanej przez Spółkę jako płatnika składek, odpowiedzialność odwołującego rozciąga się tylko na zaległości składkowe na ubezpieczenia społeczne w części finansowanej przez pracowników.

Mając powyższe na uwadze Sąd I instancji na mocy art. 477<sup>14</sup> § 2 kpc orzekł jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Podkreślił także, iż nie ulega wątpliwości, że członkowie zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością mogą na podstawie art. 116 Ordynacji podatkowej w związku z art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz w związku z art. 31 tej ustawy zostać obciążeni odpowiedzialnością za niezapłacone w terminie przez tę spółkę składki na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i na ubezpieczenie zdrowotne (wyrok Sądu Najwyższego z dnia

11 maja 2010r., II UK 321/08 LEX nr 785916), wobec czego żądania odwołującego w zakresie składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i na ubezpieczenie zdrowotne nieregulowanych w okresie od listopada 2000r. do sierpnia 2001r. przez Spółkę są niezasadne. Składki te nie zostały bowiem umorzone, a za ich nieopłacanie w okresie do ustanowienia go likwidatorem Spółki odwołujący odpowiada z przyczyn wyżej wywiedzionych,

w związku z czym, w tym zakresie Sąd na mocy art. 477<sup>14</sup> § 1 kpc orzekł jak w pkt 2 sentencji wyroku.

Jako podstawę rozstrzygnięcia o kosztach powołano art. 100 kpc.

Apelację od przedstawionego orzeczenia wywiódł odwołujący, zaskarżając wyrok w całości.

Powołując się na zarzut:

1) naruszenia przepisów prawa procesowego, mających wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a to:

- art. 386 § 2 kpc i art. 236 kpc w związku z art. 316 kpc, poprzez wydanie orzeczenia w oparciu o dowody, co do których nie zostało wydane

postanowienie w przedmiocie ich przeprowadzenia;

- art. 278 kpc w związku z art. 233 § 1 kpc, poprzez powołanie biegłego na okoliczność ustalenia "jaki był właściwy czas dla zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości" jako, że jest to kwestia prawna, którą władny rozstrzygnąć jest jedynie Sąd, a co skutkowało faktycznym ustaleniem treści wyroku tylko przez biegłego, z pominięciem innych dowodów;
- art. 279 kpc, poprzez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego bez uprzedniego wysłuchania stron i jeszcze przed wywołaniem sprawy;
- art. 233 kpc w związku z art. 366 kpc, poprzez odmowę przyznania wartości dowodowej dowodowi – postanowieniu o umorzeniu postępowania z art. 172 § 1 Prawa upadłościowego wobec "niestwierdzenia przesłanek wynikających z art. 172 § 1 w związku z art. 5 § 1 i 5 Prawa upadłościowego" w sytuacji, w której są tożsame przesłanki do umorzenia postępowania oraz przesłanki egzoneracyjne dotyczące odpowiedzialności zarządu za zobowiązania spółki;

2) sprzeczności istotnych ustaleń faktycznych z zebrany materiał dowodowy poprzez przyjęcie, że w okresie kiedy pełnił funkcję członka zarządu Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. zaistniał stan niewypłacalności Spółki – oraz z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów:

3) naruszenia przepisów prawa materialnego, a to:

- art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej oraz art. 17<sup>2</sup> § 1 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 24 października 1934r. Prawo upadłościowe (Dz. U. z 1991r. nr 118, poz. 512) poprzez błędne uznanie, że przesłanki odpowiedzialności za zobowiązania spółki kapitałowej oraz przesłanki egzoneracyjne przewidziane powyższymi przepisami różnią się;
- art. 1 i 5 w związku z art. 2 Prawa upadłościowego poprzez uznanie, iż sam fakt, że majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów tego przedsiębiorcy jest wystarczającą podstawą do ogłoszenia upadłości spółki w rozumieniu przepisów Prawa upadłościowego,

skarżący wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, względnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutów podniesionych w pkt 1 i 2 apelacji – o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie odwołania w całości.

W uzasadnieniu podniósł, iż wydany w sprawie wyrok był już trzecim z kolei zapadłym w niniejszej sprawie dotyczącym kwestii jego odpowiedzialności za zobowiązania wskazanej Spółki. Pomimo obszernego materiału zebranego w sprawie, wydanego przez Sąd rozstrzygnięcia nie można jednak uznać za trafne.

Zaznaczył, iż podstawy, na jakich Sąd oparł swoje rozstrzygnięcie (oraz, które służyły za podstawę do sporządzenia opinii biegłego), nie zostały ujawnione na rozprawie ani dopuszczone jako dowód w trakcie postępowania, stosownie do wymogów przepisów art. 236 kpc i 316 kpc. Faktycznie, wnioski dowodowe zgłaszane przez strony w trakcie pierwszego postępowania nie zostały bowiem nigdy rozpatrzone.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 maja 2009r. w sprawie sygn. akt III AUa 230/09, w której po raz pierwszy kontrolowano zasadność orzeczenia w niniejszej sprawie, zniósł postępowanie w zakresie wydania wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 18 września 2008r. oraz rozprawy poprzedzającej jego wydanie, co spowodowane było niewłaściwym zawiadomieniem pełnomocnika oraz odwołującego o jej terminie, stanowiącym podstawę do stwierdzenia nieważności postępowania. Na rozprawie w dniu 18 września 2008r., co do której postępowanie zostało zniesione, Sąd wydał szereg postanowień dowodowych zawnioskowanych wcześniej przez strony, które były podstawą do wydania zaskarżonego wówczas orzeczenia i służyły za podstawę ustalenia przyjętego w nim stanu faktycznego.

W świetle wymogów art. 386 § 2 kpc wydane orzeczenie nie ma podstaw dowodowych. Wskutek bowiem zniesienia rozprawy z dnia 18 września 2008r. czynności w zakresie dopuszczenia przedmiotowych dowodów należy uznać za niebyłe. Nadto, nie zostały one później powtórzone w trakcie postępowania oraz brak było zgody stron na zaniechania powtórzenia postępowania dowodowego w tym zakresie.

Odwołujący zauważył, iż biorąc pod uwagę skutki zniesienia postępowania, nie można uznać, że powołane w uzasadnieniu dowody zostały przeprowadzone na rozprawie, i mogą być podstawą orzekania. Powołanie dowodów na rozprawie, na której skarżącemu nie zapewniono nawet możliwości uczestnictwa nie może zostać uznane za wystarczające. Znosząc postępowanie w sprawie, Sąd Apelacyjny nakazał powtórzyć wszystkie czynności, jakie zostały na rozprawie objętej nieważnością poczynione i tylko zgodna wola stron pozwala na zaniechanie przeprowadzenia postępowania dowodowego ponownie (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 grudnia 1967r., I PR 385/67). Ani organ rentowy, ani co ważniejsze – odwołujący, takiej zgody nigdy nie wyrażali. Oświadczenie złożone przez nich na rozprawie wydanej już po uchyleniu wspomnianego wyżej wyroku dotyczyło braku innych wniosków dowodowych, ale nie odnosiło się do zaprzestania popierania wcześniej złożonych wniosków. Tym samym brak było nawet formalnych podstaw do uznania sprawy za wyjaśnioną i wydania orzeczenia w zawisłej sprawie.

Apelujący podniósł nadto, iż w niniejszej sprawie Sąd dokonał niewłaściwego powołania biegłego zarówno co do zakresu opinii, jak i procedury jego powołania.

Przedmiotowe postanowienie dowodowe zostało bowiem wydane na posiedzeniu niejawnym, bez wysłuchania stron – czego wymaga w swojej treści przepis art. 279 kpc oraz jeszcze przed wywołaniem sprawy. W takiej sytuacji, odwołujący jeszcze przed faktycznym wszczęciem dla niego postępowania nie miał możliwości ustosunkowania się do zasadności powołania dowodu z opinii biegłych oraz do jej zakresu.

Wskazał także, iż zakres, jaki obejmuje dopuszczona przez Sąd opinia, nie licuje z wymogami przepisu art. 278 kpc w związku z art. 233 kpc. Opinia ta została bowiem dopuszczona na okoliczność ustalenia właściwego momentu dla ogłoszenia przez niego upadłości Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. Opinia biegłego w niniejszej sprawie niewątpliwie była konieczna, jednak o ile do zakresu wiadomości specjalnych należy ustalenie kondycji finansowej przedsiębiorstwa, to kwestią prawną jest ustalenie właściwego momentu dla ogłoszenia upadłości przez spółkę – stosując właściwe przepisy prawa upadłościowego. W niniejszej sprawie, dopuszczając taką opinię Sąd powierzył biegłemu dokonanie ustaleń prawnych i faktycznych w sprawie oraz niejako "oddal" mu prawo do orzeczenia o istocie sprawy.

Odwołujący zarzucił również, iż Sąd nie dokonał też oceny istotnego dowodu w sprawie, jakim jest postanowienie z dnia 19 listopada 2002r. o umorzeniu postępowania w przedmiocie pozbawienia A. M. prawa prowadzenia działalności gospodarczej.

Podkreślił, iż na gruncie przepisów art. 17<sup>2</sup> § 1 prawa upadłościowego oraz art. 116 Ordynacji podatkowej mamy do czynienia z takimi samymi przesłankami wyłączającymi odpowiedzialność strony. Tym samym orzeczenia zapadłe w takich sytuacjach winny być co do zasady tożsame. Nawet przy uznaniu, że postanowienie wydane w przytoczonej sprawie nie jest prejudykatem ani bezpośrednio nie wiąże Sądu, to treść art. 366 kpc, jak i zasady z art. 233 kpc wymagają, aby Sąd dokładnie

i precyzyjnie wskazał, dlaczego w takim samym stanie faktycznym, wobec tej samej osoby, na gruncie takich samych przesłanek zapadają dwa całkowicie odmienne orzeczenia. Pewność prawa jak i elementarne zasady praworządności wymagają dokładnego określenia i podania motywów takiego rozstrzygnięcia oraz (w szczególności) wskazania podstaw dla jakich zapada skrajnie inne orzeczenie.

Zwrócił przy tym uwagę na fakt, iż postanowienie z dnia 19 listopada 2002r. w swej sentencji zawiera stwierdzenie, iż przyczyną umorzenia nie były przeszkody formalne, ale brak podstaw merytorycznych – ”niestwierdzenie przesłanek wynikających z art. 17<sup>2</sup> § 1 w związku z art. 5 § 1 i 2 prawa upadłościowego”. Tym samym istnieje konieczność, aby Sąd ustosunkował się merytorycznie do wydanego postanowienia, w szczególności, że akta tego postępowania zostały dołączone do akt niniejszej sprawy.

Aktualnie zawarte w uzasadnieniu lapidarne stwierdzenie, uniemożliwia jakąkolwiek kontrolę instancyjną i polemikę ze stanowiskiem Sądu co do wskazanych wyżej okoliczności.

Odnosnie zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych związanych z kwestią naruszenia przez Sąd prawa materialnego, co do zaistnienia podstaw upadłości Spółki, których jedynie łączne rozpoznanie daje pełną możliwość ustalenia, czy ponosi winę w niezłożeniu na czas właściwego wniosku o ogłoszenie upadłości, odwołujący stwierdził, iż jak wynika z treści art. 1 w związku z art. 2 prawa upadłościowego nie każde, ale jedynie trwałe i zupełne zaprzestanie regulowania zobowiązań przez spółkę uzasadnia ogłoszenie jej upadłości (tak: K. Piasecki, Prawo upadłościowe. Prawo o postępowaniu układowym. Komentarz, Bydgoszcz-Warszawa 1999, str. 16). Powołany przepis art. 2 stoi na stanowisku, iż dopóki możliwe jest racjonalne założenie, że dłużnik w toku prowadzonej działalności gospodarczej uzyska środki na spłatę wierzytelności, to nie można mówić o powstaniu stanu niewypłacalności przedsiębiorstwa (tak: M. Allerhand, Prawo upadłościowe. Komentarz, Bielsko-Biała 1991, str. 32).

Dopuszczając się naruszenia przepisów prawa materialnego Sąd tymczasem błędnie uznał, iż sam fakt, że majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów tego przedsiębiorcy jest wystarczającą podstawą do ogłoszenia upadłości spółki w rozumieniu przepisów prawa upadłościowego z 1934r. Wspomniany art. 2 prawa upadłościowego wprost stanowi natomiast, iż krótkotrwale wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą do ogłoszenia upadłości. Jak wskazuje orzecznictwo, dla stwierdzenia stanu upadłości przedsiębiorstwa konieczne jest ustalenie, że dłużnik nie tylko nie płaci długów w obecnej sytuacji ale też nie ma podstaw do założenia aby mógł dokonać tego w przyszłości.

W niniejszej sprawie, przy ustaleniu powołanych wyżej przepisów jak i zebranego materiału dowodowego, brak jest podstaw do uznania, że aż do końca sierpnia 2001r. miał podstawy do składania wniosku o ogłoszenie upadłości.

Odwołujący zaznaczył przy tym, iż Przedsiębiorstwo (...) Spółka z o.o. było spółką – córką (...) Przedsiębiorstwa Holding S.A.

w M. i w zależności od jego kondycji pozyskiwało nowe roboty i fundusze na działalność lub też nie. Dopóki, spółka – matka udzielała gwarancji i dawała podstawy do uznania, że pozyska nowych klientów dla Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o., to brak było podstaw do ogłaszania upadłości Spółki.

W okresie sprawowania przez niego funkcji członka zarządu, aż do sierpnia 2001r. brak było podstaw przypuszczać, że (...) Przedsiębiorstwo Holding S.A. nie będzie w stanie pozyskiwać nowych klientów dla kierowanej przez niego Spółki.

Zauważył, iż treść opinii wskazuje, że w miesiącach czerwiec - listopad 2001r. Spółka dokonała spłaty swoich zobowiązań na sumę 1.289.528,19 zł przy zobowiązaniach wynoszących kwotę 1.404.200 zł w miesiącu sierpniu 2001r. Okoliczność ta wskazuje na to, że stan finansowy Spółki mógł ulec poprawie – w zależności od uzyskania kolejnych zleceń. Zwrócił przy tym uwagę, iż w okresie 2001r. Spółka otrzymywała wynagrodzenia z tytułu wcześniej wykonanych robót, które nie z jej winy nie zostały wcześniej zapłacone.

Także sam Sąd przyznaje w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż w okresie od 30 lipca 2001r. do 30 listopada 2001r. Spółka spłaciła łącznie 47 wierzycieli na kwotę 822.063,18 zł. Natomiast w całym okresie od czerwca do listopada

2001r. spłacono wierzytelności łącznie na rzecz 72 wierzycieli na kwotę 1.289.528,19 zł. Ostatnia płatność nastąpiła w dniu 30 listopada 2001r. na rzecz (...) Sp. z o.o. na kwotę 1.571,40 zł w drodze kompensaty. Istotne jest przy tym, iż jeszcze w końcu października 2001r. dokonano płatności gotówkowych na rzecz wierzycieli (płatność na rzecz (...) w M. z dnia 26 października 2001r. – poz. 70 z zestawienia płatności za okres czerwiec - listopad 2001r.).

Na marginesie dodał, iż w świetle treści art. 498 § 1 kpc brak jest podstaw do różnicowania sposobu dokonania zapłaty na dokonywane przez potrącenie i dokonywane gotówkowo, dlatego rozróżnienie dokonane tutaj przez biegłego i przyjmowanie z tego powodu negatywnej sytuacji finansowej Spółki, nie może być uzasadnione.

Nadto odnosząc się do zestawienia aktywów i pasywów Spółki, skarżący podniósł, iż jej sytuacja finansowa doznała zapaści dopiero w okresie sierpień – grudzień 2001r., a więc jej wcześniejsza sytuacja była w miarę stabilna. W okresie styczeń – sierpień 2001r. Spółka zanotowała wzrost zysków ze sprzedaży z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej. Bieżąca działalność Spółki była prowadzona do końca października, a przynajmniej września 2001r., za którą miała otrzymać płatności niezbędne na spłatę długów, w związku z czym uzasadnione było przekonanie, że możliwe będzie uregulowanie zobowiązań wobec wszystkich wierzycieli.

Powyższe okoliczności pozostają spójne także z zeznaniami świadków oraz wyjaśnieniami odwołującego, który wskazał, iż dopóki strategiczny udziałowiec zapewniał go o możliwości zapewnienia klientów, nie miał podstaw do składania wniosku o ogłoszenie upadłości.

Wskazał również, iż o niewypłacalności bynajmniej nie świadczy fakt zaprzestania płacenia składek na rzecz organu rentowego w pierwszej połowie 2001r., albowiem Spółka zaprzestała ich płacenia, gdyż taką decyzję, z różnych względów, podjął zarząd, a nie dlatego, że Spółka nie była w stanie dokonać tych płatności. O tym, że ciężar tych płatności mogła Spółka ponieść najdobitniej świadczy okoliczność, że do jesieni 2001r. spłaciła wierzytelności na kwotę przekraczającą milion zł. Z pewnością zatem była w stanie spłacić wiosną 2001r. zaległości wobec organu rentowego liczone w dziesiątkach tysięcy złotych, czy też w najgorszym razie oscylujące wokół 200.000 zł. W takim razie nie zachodzi stan niewypłacalności, co potwierdza chociażby wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 lutego 2006r. (I FSK 114/05), zgodnie z którym, jeżeli w momencie, gdy członek zarządu spółki z o.o. przestał pełnić tę funkcję, istniały zaległości podatkowe spółki, lecz jej kondycja finansowa nie dawała podstaw do zgłaszania wniosku o ogłoszenie upadłości (...), co uległo zmianie w czasie, kiedy nie pełnił on już tejże funkcji i nie miał wpływu na podjęcie tych działań, spełniona jest w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej przesłanka wykazania braku winy tego członka za niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości (...). Jak wynika z powyższego, nie można mówić o stanie niewypłacalności wtedy, kiedy zaniechanie spłaty zobowiązań nie jest podyktowane faktyczną niemożnością ich spłaty wskutek złej kondycji finansowej spółki, z związku z czym nie można przyjąć, iż odwołujący ze swojej winy nie zgłosił wniosku o ogłoszenie upadłości Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w terminie. Aż do sierpnia 2001r. Spółka dokonywała bowiem spłat swoich wierzycieli (a nawet do listopada), zwiększała przychody z tytułu prowadzonej działalności oraz realizowała zamówione wcześniej inwestycje, wobec czego miała podstawy do założenia, że otrzyma odpowiednie zyski. Stąd też skarżący miał pełne podstawy przypuszczać, iż Spółka w dalszym ciągu prowadząc działalność będzie w stanie pokryć zadłużenie oraz osiągać zyski z tytułu prowadzonej działalności.

Apelujący stwierdził także, iż Sąd I instancji błędnie przyjął, że postępowanie o pozbawienie prawa prowadzenia działalności gospodarczej jest odrębnym postępowaniem, opartym na odmiennych przesłankach i nie może automatycznie wpływać na postępowanie dotyczące odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania spółki. Nieprawdą jest tutaj, jakoby postępowania oparte na art. 116 Ordynacji podatkowej oraz na art. 17<sup>2</sup> § 1 Prawa upadłościowego oparte były na "odmiennych przesłankach", bowiem przesłanki te są identyczne. W obu postępowaniach chodzi o terminowość złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz ewentualnie brak winy w nieterminowym złożeniu tegoż wniosku. Twierdzenie to, wynikające z literalnego brzmienia przepisów, znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku NSA z dnia 25 maja 2006r. (I FSK 973/05) stanowiącym, iż zarówno art. 116 § 1

pkt 1 lit. "b" Ordynacji podatkowej oraz art. 17<sup>2</sup> Prawa upadłościowego, jako przesłankę negatywną odpowiednio: rozstrzygnięcia o odpowiedzialności bądź orzeczenia zakazu, przewidują terminowe złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości względnie brak winy w jego nieterminowym zgłoszeniu (...).

Powyższe okoliczności, w ocenie odwołującego, nie pozwalają na utrzymanie zaskarżonego wyroku. Konieczne jest uprzednie należyte przeprowadzenie postępowania i oparcie kolejnego wyroku na dopuszczonych w sprawie dowodach,

a nie pozostawienie wniosków stron bez rozpoznania, w warunkach nieważności postępowania. Nadto zaznaczył, iż Sąd nie może ograniczyć się jedynie do prostego "przepisania" opinii biegłego, a powinien samodzielnie dokonać ustaleń faktycznych

i prawnych w sprawie (w szczególności co do przesłanek ogłoszenia upadłości)

w oparciu o cały materiał dowodowy – w tym ewentualną opinię biegłego. Jednocześnie, błędne ustalenia w zakresie prawa materialnego jakie zostały dokonane przez Sąd, czynią zaskarżony wyrok wadliwym i niemożliwym do przyjęcia.

Sąd pominął bowiem kwestie wcześniejszych ustaleń dotyczących odwołującego

w zakresie spełnienia przesłanek egzoneracyjnych, błędnie też dokonał ustalenia przesłanek do ogłoszenia upadłości w rozumieniu odpowiednich przepisów rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934r.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Jakkolwiek Sąd Apelacyjny zasadniczo nie podziela zarzutów odwołującego, jego apelacja zasłużyła na częściowe uwzględnienie.

Na wstępie rozważań ponownie należy przypomnieć, iż stosownie do treści art. 378 § 1 kpc Sąd II instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji, co oznacza, że jest wprawdzie związany apelacją w aspekcie przedmiotowym, jednakże równocześnie nie wiążą go zarzuty apelacyjne, bowiem nie wyznaczają one granic apelacji.

Sąd II instancji, kontrolując prawidłowość zaskarżonego orzeczenia, pełni także funkcję Sądu merytorycznego. Może więc rozpoznać sprawę od początku, uzupełnić materiał dowodowy oraz poczynić samodzielne ustalenia na podstawie materiału zebranego w postępowaniu przed Sądem I instancji. Może także brać pod uwagę z urzędu naruszenie prawa materialnego i naruszenie przepisów postępowania, usuwając ewentualne braki wynikające z błędów popełnionych przez Sąd I instancji.

Poza sporem pozostaje, iż inicjującą niniejsze postępowanie decyzją z dnia

31 marca 2004r. organ rentowy orzekł o odpowiedzialności A. M., jako prezesa zarządu i likwidatora, za zobowiązania Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w M. z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za wymienione okresy i we wskazanej wysokości.

Bez wątplenia, w przypadku składek na ubezpieczenie społeczne powyższa decyzja obejmuje należności zarówno w części finansowanej przez Spółkę jako płatnika składek, jak i przez samych ubezpieczonych.

Mimo, iż z sentencji kontrolowanego obecnie wyroku wynika, iż w jego pkt 1 dokonano zmiany zaskarżonej decyzji stwierdzając, iż A. M., jako prezes zarządu Spółki odpowiada za zaległości składkowe Przedsiębiorstwa (...) Spółka z o.o. w M. w likwidacji z tytułu składek:

na ubezpieczenia społeczne za okres od listopada 2000r. do sierpnia 2001r. w części finansowanej przez ubezpieczonych pracowników wraz z odsetkami,

na ubezpieczenie zdrowotne za okres od listopada 2000r. do sierpnia 2001r. wraz

z odsetkami, na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od listopada 2000r. do sierpnia 2001r. wraz z odsetkami, zaś treść uzasadnienia tegoż wyroku wskazuje, iż intencją Sądu Okręgowego było

zwolnienie odwołującego z przedmiotowej odpowiedzialności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne w części finansowanej przez Spółkę, jako płatnika składek za okres od listopada 2000r. do sierpnia 2001r., jak również za zobowiązania z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy

i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od września do grudnia 2001r. i od marca do maja 2002r., tj. za okres pełnienia funkcji likwidatora Spółki, oddalenie przez Sąd Okręgowy w pkt 2 omawianego wyroku odwołania

w pozostałej części, w ocenie Sądu Apelacyjnego oznacza, iż Sąd I instancji istotnie nie dokonał jakiegokolwiek zmiany zakresu odpowiedzialności skarżącego, co przy uwzględnieniu wspomnianych na wstępie zasad charakteryzujących postępowanie przed Sądem II instancji oraz zaskarżeniu przez odwołującego wyroku Sądu Okręgowego w całości, nakazywało Sądowi Apelacyjnemu rozpoznanie sprawy od początku. Dodatkowo także umożliwiło usunięcie, trafnie wskazywanego przez apelującego, naruszenia przez Sąd I instancji przepisów postępowania polegającego na zaniechaniu przez ten Sąd powtórzenia przeprowadzenia dowodów (przyjętych później za podstawę zaskarżonego rozstrzygnięcia), które dopuszczone zostały na rozprawie w dniu 9 grudnia 2009r., w odniesieniu do której Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 9 listopada 2010r. stwierdził nieważność postępowania, czemu Sąd Apelacyjny dał wyraz na rozprawie apelacyjnej w dniu 2 października 2012r.

Przystępując do oceny zasadności żądania odwołującego podkreślić wypada, iż istota sporu w rozpatrywanej sprawie sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii, czy A. M., jako członek zarządu i likwidator Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M., ponosi odpowiedzialność za bezspornie obciążające wskazaną Spółkę zaległości składkowe. Kwestia ta musiała być oceniana przez pryzmat art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa (tekst jednolity: Dz. U. z 2012r. poz. 749 ze zm.), który w odniesieniu do należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne znajduje zastosowanie na podstawie art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2009, nr 205, poz. 1585 ze zm.), zaś w oparciu o art. 32 tej samej ustawy – także do należności z tytułu składek na ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2009r., II UZP 3/09, Biul. SN 2009, nr 10, poz. 28).

Wskazany przepis Ordynacji podatkowej – w brzmieniu obowiązującym w spornym okresie w § 1 stanowił, iż za zaległości podatkowe m.in. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, chyba że członek zarządu wykaże, że we właściwym czasie zgłoszono upadłość lub wszczęto postępowanie układowe albo że niezgłoszenie upadłości oraz brak postępowania układowego nastąpiły nie z jego winy, bądź też wskaże on mienie, z którego egzekucja jest możliwa, zaś § 2 tego samego przepisu przewidywał, iż odpowiedzialność członków zarządu spółki określona w § 1 obejmuje zobowiązania podatkowe, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członków zarządu spółki.

W tym miejscu wypada wskazać, iż wynikającą z cytowanego przepisu art. 116 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych odpowiedzialność za zobowiązania z tytułu omawianych składek członkowie zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ponoszą także wówczas, gdy decyzja Zakładu Ubezpieczeń Społecznych orzekającą o tej odpowiedzialności została wydana po wykreśleniu spółki z Krajowego Rejestru Sądowego (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2009r., I UZP 3/09, Biul. SN 2009, nr 10, poz. 27).

Treść powołanego art. 116 Ordynacji podatkowej wskazuje, iż zawiera on dwie pozytywne przesłanki obciążenia odpowiedzialnością członków zarządu spółki za jej zobowiązania oraz trzy przesłanki negatywne, z tym, iż o ile ciężar udowodnienia przesłanek pozytywnych spoczywa na organie rentowym, o tyle w odniesieniu do przesłanek negatywnych ciężar dowodu spoczywa na podmiotach potencjalnie odpowiedzialnych jako osoby trzecie.

Pierwsza pozytywna przesłanka to nieskuteczna egzekucja z majątku spółki. W świetle utrwalonych poglądów judykatury, przedmiotową bezskuteczność egzekucji odnosić należy do całego majątku spółki, a nie tylko do jej części (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2006r., I UK 271/05, OSNAPiUS 2007, nr 9-10, poz. 142). Jednocześnie, bezskuteczność egzekucji z majątku spółki może być stwierdzona wyłącznie w postępowaniu w sprawie egzekucji należności

z tytułu składek, poprzedzającym wydanie decyzji o odpowiedzialności członka zarządu spółki za te należności (por. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego

z dnia 13 maja 2009r., I UZP 4/09, OSNAPiUS 2009, nr 23-24, poz. 319), przy czym tak rozumiana bezskuteczność egzekucji, obok przypadku, w którym wierzyciel dysponuje postanowieniem o umorzeniu postępowania egzekucyjnego ze względu na jego bezskuteczność, występuje także, gdy wierzyciel dysponuje postanowieniem o umorzeniu postępowania upadłościowego czy odmowie jego wszczęcia.

Druga pozytywna przesłanka dotyczy wykazania przez organ rentowy, iż zaległości dotyczą zobowiązań powstałych w czasie pełnienia obowiązków przez członków zarządu, przy czym w odniesieniu do ich powołania i odwołania decydujące znaczenie ma ważnie powzięta uchwała uprawnionego organu. Zatem to data wynikająca z uchwały o odwołaniu albo też data rezygnacji z pełnienia funkcji członka zarządu, a nie wpis tych zdarzeń w rejestrze, który ma wyłącznie charakter deklaratoryjny, powinny być brane pod uwagę przy ustalaniu zakresu odpowiedzialności osób trzecich wskazanych w omawianym przepisie (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 września 2002r., I SA/Ka 1259/01, POP 2004, z. 1, poz. 5).

Przesłanki negatywne orzeczenia o odpowiedzialności członków zarządu, to z kolei wykazanie przez nich, że we właściwym czasie zgłosili wniosek o ogłoszenie upadłości lub wskutek ich działań nastąpiło postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe), że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło bez ich winy bądź wskazanie przez nich mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie przedmiotowych należności.

W judykaturze brak pełnej zgodności co do sposobu rozumienia użytego w komentowanym przepisie Ordynacji podatkowej sformułowania: "we właściwym czasie". I tak, w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 października 2006r. (II UK 85/06, OSNAPiUS 2007, nr 21-22, poz. 328) Sąd Najwyższy odwołał się do określonego

w art. 5 § 1 Prawa upadłościowego terminu dwóch tygodni od dnia zaprzestania płacenia długów oraz do wynikającego z § 2 tego samego przepisu terminu dwóch tygodni od dnia, w którym majątek spółki nie wystarcza na zaspokojenie długów.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 czerwca 2006r. (I UK 324/05, OSNAPiUS 2007, nr 13-14, poz. 200) Sąd Najwyższy stwierdził, iż nie jest trafne stanowisko, że między uregulowaniami Ordynacji podatkowej oraz Prawa upadłościowego zachodzi bezpośredni związek, w tym znaczeniu, że pojęcie "we właściwym czasie" użyte

w art. 116 § 1 pkt 1a Ordynacji podatkowej należy rozumieć wprost jako termin złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przewidziany w art. 5 Prawa upadłościowego. Przede wszystkim, bowiem trzeba zauważyć, że przepisy Ordynacji podatkowej nie odsyłają wprost do Prawa upadłościowego, w związku z czym brakuje dogmatycznej podstawy do przyjmowania takiego bezpośredniego związku między wymienionymi uregulowaniami. Ponadto, różny jest przedmiot regulacji wymienionych aktów prawnych, a w związku z tym również ich cel i funkcja. Ze względu zaś na cel i funkcję uzasadnione jest odwołanie się do zasad odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki, na których zresztą wzorowano się formułując treść art. 116 Ordynacji podatkowej. W myśl art. 299 Kodeksu spółek handlowych (art. 298 Kodeksu handlowego), jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, członkowie zarządu odpowiadają solidarnie za jej zobowiązania. Członek zarządu może się uwolnić od odpowiedzialności, jeżeli wykáže, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek

o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe albo, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło bez jego winy. Przepis art. 116 Ordynacji podatkowej przewiduje przy tym zastrzone, w porównaniu do Kodeksu spółek handlowych warunki odpowiedzialności członków zarządu. Na gruncie art. 298 Kodeksu handlowego ukształtowana została wykładnia pojęcia "właściwego czasu" zgłoszenia wniosku

o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania układowego, która zdaniem Sądu Najwyższego powinna zostać uwzględniona przy wykładni tego pojęcia użytego w art. 116 Ordynacji podatkowej. Nawiązując do wyroków Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 1997r. (III CKN 65/97, OSNC 1997, nr 11, poz. 181) oraz z 11 października 2000r. (III CKN 252/00) Sąd Najwyższy stwierdził nadto, iż na uwzględnienie zasługuje pogląd, według którego nie

ma uzasadnienia dla mechanicznego przenoszenia do wykładni tego pojęcia użytego w Kodeksie handlowym, unormowania art. 5 Prawa upadłościowego określającego, że wniosek o ogłoszenie upadłości powinien zostać zgłoszony w ciągu 2 tygodni od dnia ujawnienia, że majątek spółki nie wystarcza na zaspokojenie długów. Nie powinien być uznany za "właściwy" czas zgłoszenia, w którym stan majątkowy spółki kwalifikuje ją już jako bankruta, bowiem niweczyłoby to cały sens postępowania upadłościowego, pozbawiając wszystkich wierzycieli jakiegokolwiek ochrony prawnej ich interesów. Na koniec Sąd Najwyższy przyjął, iż nie jest, zatem czasem właściwym w rozumieniu art. 116 Ordynacji podatkowej zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości w momencie, kiedy majątek spółki nie wystarczał nawet na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego na uznanie zasługuje drugi z przedstawionych sposobów rozumienia omawianego pojęcia "we właściwym czasie" użytego w art. 116 § 1 pkt 1a Ordynacji podatkowej. Jest to zresztą pogląd przeważający, oparty na licznych orzeczeniach zarówno Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego, jak również Izby Cywilnej tego Sądu. Pozwala on na przyjęcie, że "czas właściwy" do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania układowego, to czas, w którym zarząd spółki winien podjąć te działania, nie będąc już w stanie realizować zobowiązań względem wszystkim wierzycieli spółki, aby w ten sposób chronić ich interesy. "Właściwy czas" należy przy tym oceniać z punktu widzenia interesów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a określenie tej chwili powinno być ujmowane elastycznie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, bowiem właściwy czas do zgłoszenia wniosku

o ogłoszenie upadłości jest przesłanką obiektywną, ustalaną w oparciu o okoliczności faktyczne każdej sprawy, dla określenia której nie ma znaczenia subiektywne przekonanie członków zarządu spółki (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia

18 stycznia 2012r., II UK 109/11, LEX nr 1130391).

Co do drugiej ze wskazanych wcześniej przesłanek negatywnych Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że bez znaczenia dla jej ewentualnego wystąpienia pozostają przyczyny powodujące konieczność zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki lub wszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu jej upadłości. Przewidziana w art. 116 Ordynacji podatkowej odpowiedzialność członków zarządu jest, bowiem niezależna od tego, czy niewypłacalność spółki, spowodowana zaciąganiem zobowiązań przekraczających jej możliwości płatnicze, była zawiniona przez zarząd, czy też powstała z przyczyn leżących po stronie innych organów spółki, jej wspólników bądź z przyczyn obiektywnych (por. powołany już wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2006r., II UK 85/06). Możliwość uwolnienia się przez członków zarządu od odpowiedzialności przewidzianej w omawianym przepisie uzależniona jest natomiast od wykazania przez nich, że bez ich winy nie doszło do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub nie zostało wszczęte postępowanie układowe. Rozważając zaś kryterium braku winy, należy mieć na uwadze obiektywny miernik staranności, jakiej można wymagać od strony należycie dbającej o swoje interesy. Członek zarządu winien zatem wykazać brak winy, czyli udowodnić swoją staranność oraz fakt, że uchybienie obowiązkowi określonymu w art. 116 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej było od niego niezależne.

Jednocześnie nie budzi jakiegokolwiek wątpliwości, iż jeżeli w momencie, gdy członek zarządu spółki przestał pełnić tę funkcję, istniały zaległości podatkowe (składkowe), lecz jej kondycja finansowa nie dawała podstaw do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania układowego, co uległo zmianie w czasie, kiedy nie pełnił on już tejże funkcji i nie miał wpływu na podjęcie tych działań – spełniona jest w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej przesłanka wykazania braku winy tego członka za niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego we właściwym ku temu czasie (por. Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 listopada 2005r., I FSK 266/05, LEX nr 172159).

W okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy poza sporem pozostaje fakt wykazania przez organ rentowy bezskuteczności egzekucji przedmiotowych należności z majątku Spółki, na co wskazuje przede wszystkim treść postanowienia Sądu Rejonowego w Katowicach z dnia 28 lutego 2002r. w sprawie sygn. akt X U 531/01 oddalającego wniosek Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o.

w likwidacji w M. o ogłoszeniu upadłości, ponieważ Spółka nie dysponowała majątkiem na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego. Bezskuteczność egzekucji – jako przesłanka odpowiedzialności na podstawie wspomnianego art. 116 Ordynacji podatkowej – występuje tymczasem nie tylko w sytuacji umorzenia postępowania egzekucyjnego, ale również w razie umorzenia postępowania upadłościowego, a także odmowy jego wszczęcia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 2010r., I UK 77/10, LEX nr 653666).

Faktem jest także, iż A. M. do dnia 21 sierpnia 2001r., tj. do dnia podjęcia przez Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników Spółki uchwały w sprawie jej likwidacji i powołania go na likwidatora, pełnił funkcję prezesa zarządu Spółki.

Jakkolwiek omawiany przepis art. 116 Ordynacji podatkowej statuuje odpowiedzialność za objęte sporem należności składkowe członków zarządu spółek kapitałowych, Sąd Apelacyjny w pełni podziela jednak pogląd prezentowany przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 lipca 2008r. (II UK 341/07, OSNP 2009, nr 23-24, poz. 322), zgodnie z którym odpowiedzialność związaną z bezskutecznością egzekucji składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych należnych w czasie likwidacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ponosi także były członek zarządu powołany na jej likwidatora.

Odwołując się bowiem do zasad odpowiedzialności przewidzianej art. 298 Kodeksu handlowego (obecnie art. 299 Kodeksu spółek handlowych) Sąd

Najwyższy stwierdził, iż przewidziane w powołanych uregulowaniach konstrukcje odpowiedzialności są identyczne, a brzmienie obu tych przepisów różni się nieznacznie; na wypadek bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce z ograniczoną odpowiedzialnością członkowie jej zarządu odpowiadają osobiście i solidarnie za jej zobowiązania, a uwalnia od tej odpowiedzialności zgłoszenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego), albo wykazanie, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez winy zarządcy. Pozostałe przesłanki wyłączające odpowiedzialność nie mają znaczenia; istotna jest jednolita podstawa odpowiedzialności, a więc że członkowie zarządu spółki nie odpowiadają tak jak spółka za to, że nie wywiązali się z obowiązku płacenia składek, lecz ponoszą odpowiedzialność za szkodę wynikłą z braku wpływów na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z tytułu składek, jako następstwo zawinionej przez nich utraty "zdolności majątkowej" spółki, powodującej bezskuteczność egzekucji przeciwko spółce (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2003r., IV CK 219/02, niepublikowany). Najważniejsze jednak, z punktu widzenia wykładni systemowej, było umieszczenie w art. 298 Kodeksu handlowego przepisu oznaczonego § 3, stwierdzającego, że "przepisy artykułu niniejszego nie naruszają przepisów, ustanawiających dalej idącą odpowiedzialność członków zarządu". Skoro tak, to art. 116 Ordynacji podatkowej nie może być interpretowany w sposób ograniczający tę odpowiedzialność; odpowiedzialność podatkowa nie może być mniejsza podmiotowo ani przedmiotowo od odpowiedzialności zakreślonej przez prawo spółek handlowych. Odmienne stanowisko prowadziłoby do pominięcia najważniejszego argumentu, mającego uwypuklany w solidaryzmie ubezpieczeń społecznych aspekt "sprawiedliwościowy"; członek zarządu, który doprowadził do faktycznej niewypłacalności spółki i postawił ją w stan likwidacji, a zwlekał

z wnioskiem o ogłoszenie upadłości, uniknąłby, jako likwidator, nie tylko sankcji odszkodowawczej za nieprawidłowe kierowanie spółką, lecz przede wszystkim doprowadziłby do przerzucenia obciążenia kosztami ubezpieczenia pracowników spółki – ubezpieczonych także w czasie jej likwidacji – na fundusz tworzony ze składek innych podmiotów. Z całą pewnością taka sytuacja jest nie do zaakceptowania zarówno w odniesieniu do członków zarządu, jak i likwidatorów spółki, niezależnie od istniejących między nimi różnic w podstawach reprezentacji.

Akceptacja dla przedstawionego wyżej stanowiska Sądu Najwyższego oznacza tym samym, iż trafnie zaskarżoną decyzją organ rentowy stwierdził odpowiedzialność A. M. za zobowiązania Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. w likwidacji w M. z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenia zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych również za okres, w którym pełnił funkcję jej likwidatora (uprzednio

jedynego członka zarządu Spółki), z tym jednak zastrzeżeniem, iż zakres owej odpowiedzialności nie może przewyższać zakresu odpowiedzialności samej Spółki.

Skoro zatem wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 sierpnia 2006r. w sprawie sygn. akt III AUa 757/06 umorzono Przedsiębiorstwu (...) Spółce z o.o. w likwidacji w M. należności z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, za okres od listopada 2000r. do grudnia 2001r. i od marca do maja 2002r., w części finansowanej przez Spółkę jako płatnika składek, w związku ze stwierdzeniem ich całkowitej nieściągalności (co dodatkowo wzmocnia tezę o całkowitej bezskuteczności egzekucji należności w stosunku do Spółki), oczywistym jest, iż brak podstaw do orzeczenia odpowiedzialności odwołującego odnośnie powyższych składek, co jedynie w tej części czyniło zasadnym jego odwołanie.

Sąd Apelacyjny stoi bowiem na stanowisku, iż A. M. nie wykazał żadnej z przesłanek egzoneracyjnych uwalniających go od przedmiotowej odpowiedzialności.

Wspomniane oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości z powodu braku po stronie Spółki środków finansowych na przeprowadzenie postępowania upadłościowego, bezsprzecznie oznacza wszak, iż wniosek o ogłoszenie upadłości nie został zgłoszony we właściwym czasie.

W tym miejscu podkreślić należy, iż profesjonalizm wymagany od członków zarządu spółki kapitałowej, a także wynikająca z niego podwyższona staranność (art. 355 § 2 kc), pozwala na przyjęcie, iż każdy członek zarządu obowiązany jest kontrolować sytuację w spółce przynajmniej z taką uwagą, która pozwala na zorientowanie się, że jest ona niewypłacalna i że należy wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2008r., II UK 381/07, LEX nr 785534).

Uzasadnienie dla przyjęcia, iż wniosek o ogłoszenie upadłości nie został złożony we właściwym czasie w okresie pełnienia przez apelującego funkcji prezesa zarządu, a następnie likwidatora Spółki, stanowią – w ocenie Sądu Apelacyjnego, również dalsze poniższe okoliczności, niezależnie od wniosków końcowych zasięgniętej przez Sąd I instancji opinii biegłego sądowego z zakresu ekonomii i finansów oraz wyceny zdolności upadłościowej i układowej.

Otóż już na Zwyczajnym Walnym Zgromadzeniu Wspólników Spółki odbytym w dniu 27 czerwca 2001r., na którym zatwierdzono bilans sporządzony na dzień 31 grudnia 2000r. zamykający się po stronie aktywów i pasywów sumą w wysokości 335.750,46 zł oraz rachunkiem zysków i strat zamykającym się stratą w kwocie 448.015 zł, prezes zarządu – A. M. przedstawił sprawozdanie z działalności Spółki za okres od 13 czerwca 2000r. do 31 grudnia 2000r., z którego jednoznacznie wynika, iż Spółka zanotowała straty na każdej prowadzonej budowie, zaś ogólnie bardzo zła koniunktura w budownictwie nie rokuję większych nadziei na poprawę sytuacji ekonomicznej Spółki, a w perspektywie na jej utrzymanie się na rynku bez pozyskania udziałowca strategicznego. Złą kondycję Spółki omówiono w dyskusji, określając sytuację na rynku inwestycyjno-budowlanym jako bardzo niekorzystną. Wyrażono także obawę co do losów Spółki w najbliższej przyszłości (por. dokumenty na k. 238 a.s.).

Nie budzi wątpliwości Sądu Apelacyjnego, iż właśnie z uwagi na dalej pogarszającą się kondycję finansową Spółki, na zwołanym na dzień 21 sierpnia 2001r. Nadzwyczajnym Walnym Zgromadzeniu Wspólników Spółki podjęto uchwałę o jej likwidacji, powołując likwidatora w osobie skarżącego.

Już te okoliczności, zdaniem Sądu Apelacyjnego, obliowały odwołującego do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości Spółki, niezależnie od tego, iż w okresie do listopada 2001r. Spółka regulowała jeszcze pewne zobowiązania, głównie w formie potrąceń i kompensat.

Zarówno bowiem we wniesionym w dniu 3 grudnia 2001r. wniosku

o ogłoszenie upadłości sam A. M. podał, iż Spółka utraciła płynność finansową już na przestrzeni I półrocza 2001r., co spowodowane było brakiem

w 2001r. jakichkolwiek zleceń na roboty budowlane, jak z jego wyjaśnień złożonych na rozprawie w dniu 16 września 2004r. jednoznacznie wynika, iż jedynie złożony przez niego w sierpniu 2001r. wniosek o likwidację Spółki zapewniał zatrudnionym

w niej pracownikom uzyskanie środków pieniężnych z Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, albowiem w tym czasie Spółka ponosiła wyłącznie straty, a on sam miał świadomość, iż zysków już nie będzie, z uwagi na brak możliwości pozyskania zleceń mogących uzdrowić finanse Spółki (por. wyjaśnienia odwołującego k. 18 a.s.).

Również zeznania skarżącego złożone na rozprawie w dniu 19 listopada 2002r. w sprawie toczącej się przed Sądem Rejonowym w Katowicach pod sygn.

X UNs 96/02 potwierdzają, iż w pierwszym półroczu 2001r. Spółka nie pozyskała żadnego zlecenia. Roboty wykonywane w oparciu o wcześniejsze zlecenia były wykonywane do końca sierpnia 2001r. W maju 2001r. odbyło się walne zgromadzenie, na którym przedstawił sytuację Spółki wraz informacją, iż brak zleceń spowoduje całkowitą utratę płynności finansowej (por. zeznania k. 24 akt sygn.

X UNs 96/02).

W tej sytuacji, twierdzenia apelującego o braku jego winy w niezgłoszeniu

w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości uznać należy za chybione, zwłaszcza, iż szczególnie jako członek zarządu Spółki, w podjęciu decyzji dotyczącej złożenia przedmiotowego wniosku, nie był uzależniony od stanowiska jakiegokolwiek innego organu Spółki.

Bez znaczenia pozostaje także okoliczność, iż kierowana przez niego Spółka była spółką – córką (...) Przedsiębiorstwa Holding S.A. w M.

i w zależności od jego kondycji pozyskiwała nowe zlecenia i fundusze na działalność. Wynikające z relacji gospodarczych ze spółką dominującą, przekonanie członka zarządu spółki zależnej o niemożliwości zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania układowego, nie zwalnia go bowiem od odpowiedzialności za zaległości spółki zależnej z tytułu składek (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2009r., II UK 373/08, OSNP 2011, nr 3-4, poz. 40). Tym bardziej, iż także subiektywne przekonanie członka zarządu, że mimo niepłacenia długów spółce uda się jeszcze poprawić kondycję, a więc przekonanie, że niespłacanie długów jest spowodowane przejściowymi trudnościami, nie ma znaczenia dla oceny przesłanki egzoneracyjnej członka zarządu od odpowiedzialności, jeżeli nie jest poparte obiektywnymi faktami uzasadniającymi ocenę, że spółka rzeczywiście miała szansę, w możliwym do przewidzenia, krótkim czasie, uzyskać środki na spłatę długów, co uzasadniałoby wstrzymanie się

z wnioskiem o upadłość (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2011r., I UK 422/10, LEX nr 1084705).

Przedstawione okoliczności, niewątpliwie wskazujące, iż A. M. istotnie nie wykazał, iż nie ponosi winy za niezłożenie w terminie wniosku

o ogłoszenie upadłości Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o., potwierdza nadto zasięgnięta przez Sąd Okręgowy opinia biegłego podanej wyżej specjalności J. J., chociaż jednocześnie, w świetle tych samych okoliczności, uzyskanie przedmiotowej opinii, w ocenie Sądu Apelacyjnego, nie było niezbędne dla rozstrzygnięcia omawianej sprawy. Zwłaszcza, iż jak słusznie zarzuca skarżący, sformułowana przez Sąd I instancji teza dowodowa, może prowadzić do wniosku, iż w sposób nieuprawniony biegłemu faktycznie zlecono dokonanie oceny stanu faktycznego (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 10 lutego 2009r., III AUa 3278/08, LEX nr 552004), co pozostaje jednak bez wpływu na wynik niniejszego postępowania.

Jednocześnie Sąd Apelacyjny nie podziela jednak zarzutu apelującego, iż dowód z opinii biegłego został wydany na posiedzeniu niejawnym, bez wysłuchania stron, jeszcze przed wywołaniem sprawy.

Stosownie do treści art. 279 kpc dopuszczenie dowodu z opinii biegłych może nastąpić na posiedzeniu niejawnym, zaś przesłuchanie odwołującego miało miejsce już na wspomnianej rozprawie w dniu 16 września 2004r.

Odnosząc się natomiast do zarzutu A. M. dotyczącego pominięcia przez Sąd I instancji postanowienia z dnia 19 listopada 2002r. zapadłego w sprawie toczącej się przed Sądem Rejonowym w Katowicach pod sygn. X UNs 96/02 – z urzędu, którym umorzono postępowanie o pozbawienie go prawa prowadzenia działalności gospodarczej z uwagi na niestwierdzenie przesłanek wynikających

z art. 17<sup>2</sup> § 1 w związku z art. 5 § 1 i 2 Prawa upadłościowego, również zdaniem Sądu Apelacyjnego, cytowane orzeczenie pozostaje bez wpływu na ocenę zasadności zaskarżonej decyzji.

Przede wszystkim podkreślić trzeba, iż wobec braku uzasadnienia powołanego postanowienia nieznane są motywy tego rozstrzygnięcia. Jednakże nawet przy przyjęciu, iż postępowanie zostało umorzone nie z przyczyn formalnych, lecz merytorycznych, po uznaniu, że wniosek o upadłość został zgłoszony

w terminie, czy też że niedotrzymanie terminu nastąpiło bez winy wnioskodawcy, to ustalenie to nie jest w żadnym stopniu wiążące w niniejszym postępowaniu. Inny jest bowiem przedmiot tego postępowania i toczy się ono między innymi stronami. Wierzyciele Spółki, między innymi Zakład Ubezpieczeń Społecznych, nie byli stronami w tym postępowaniu. Ustalenia dokonane w postępowaniu cywilnym zakończonym umorzeniem postępowania nie są wiążące w innym postępowaniu.

W postępowaniu cywilnym sąd jest związany jedynie ustaleniami wyroku karnego skazującego (art. 11 kpc), natomiast w przypadku wyroku uniewinniającego lub umorzenia postępowania karnego w sprawie cywilnej sąd dokonuje samodzielnie ustaleń faktycznych, także co do winy, które mogą być odmienne od ustaleń

w sprawie karnej. Tym bardziej w sprawie o ustalenie odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej na podstawie art. 116 Ordynacji podatkowej nie są wiążące ustalenia dokonane w postanowieniu umarzającym postępowanie

o pozbawienie go prawa prowadzenia działalności gospodarczej. Ustaleń w zakresie istnienia przesłanek do takiej odpowiedzialności sąd dokonuje samodzielnie

(por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2006r., II UK 53/06, OSNP 2007, nr 19-20, poz. 297, a także wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego

w Warszawie z dnia 9 lipca 2009r., I FSK 667/08, LEX nr 552168 oraz I FSK 1305/08, LEX nr 552140).

Jedynie dla porządku należy nadto zwrócić uwagę, iż odwołujący nie wskazywał również mienia, z którego egzekucja spornych należności jest możliwa.

Kierując się przedstawionymi motywami, Sąd Apelacyjny na mocy art. 386 § 1 kpc zmienił zaskarżony wyrok oraz poprzedzającą go decyzję organu rentowego orzekając jak w pkt 1 wyroku, oddalając – po myśli art. 385 kpc dalej idącą apelację jako bezzasadną, stosownie do pkt 2 wyroku.

O kosztach rozstrzygnięto w oparciu o art. 100 kpc.

/-/SSA M.Procek /-/SSA A.Grymel /-/SSA L.Jachimowska

Sędzia Przewodniczący Sędzia

JR