

Sygn. akt XI U 2126/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 lutego 2013r.

Sąd Okręgowy – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Katowicach

Wydział XI (...)

w składzie:

Przewodniczący **SSO Ewa Wyrwas - Wystrychowska**

Protokolant Patrycja Bortlik

po rozpoznaniu w dniu 21 lutego 2013r. w Katowicach

sprawy **K. G. (K. G.)**

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w **R.**

przy udziale zainteresowanych (...) **spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w T.**

o odpowiedzialność osób trzecich za składki

na skutek odwołania **K. G.**

od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w **R.**

z dnia 21 maja 2012 r. Nr (...) -Ty/C. Z../BK

**oddala odwołanie**

Sygn. akt XI U 2126/12

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 21 maja 2012 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w R. na zasadzie art. 116 w związku z art. 108 ustawy - Ordynacja podatkowa oraz art. 83 ust.1 pkt 3, art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, obciążył K. G. jako członka zarządu spółki z o.o. (...) w T. odpowiedzialnością za zaległości z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne w kwocie 104 074,61 zł za okres od 02/2008 -08/2008, (...), w tym należne odsetki w kwocie 29 566,00 zł, na ubezpieczenia zdrowotne w kwocie 28 531,80 zł za okres od 02/2008 do 06/2010, w tym należne odsetki w kwocie 8 197,00 zł oraz na Fundusz Pracy i FGŚP w kwocie 4 875,03 zł za okres 03/2008 do 11/2008, (...), (...) do (...), w tym należne odsetki w kwocie 1387,00 zł, a w łącznej kwocie 137 481,44 zł za okres od 02/2008 do 06/2010, w tym należne odsetki za zwłokę liczone na dzień wydania decyzji, t.j. 21.05.2012 r. w kwocie 39 150,00 zł. Jednocześnie organ rentowy wskazał w decyzji, że odpowiedzialność ta – w oparciu o przepisy Ordynacji Podatkowej – ma charakter odpowiedzialności solidarnej z (...) Spółką z o.o. w T. - dalej Spółka .

W uzasadnieniu organ rentowy podał, że ubezpieczony był prezesem zarządu Spółki w okresie od 19.05. 2006 r. do 29.07.2010 r. a Spółka nie dopełniła ustawowego obowiązku obliczania i opłacenia składek na ubezpieczenia należnych za objęte decyzją miesiące, co skutkowało powstaniem zaległości.

Egzekucja z majątku Spółki okazała się bezskuteczna, albowiem Spółka nie prowadzi od lipca 2010 r. działalności pod wskazanym na drukach (...) adresem w T. ul. (...) nowego adresu nie zgłosiła do (...) ani do KRS i Urzędu Skarbowego. Wobec braku środków na rachunkach bankowych Spółki zostały zlikwidowane rachunki w (...) Bank S.A. i w (...) S.A. a w (...) Bank S.A. brak obrotów. Spółka nie ma kont w innych bankach, nie ma wymagalnych wierzytelności i żadnego mienia ruchomego lub nieruchomego, nie figuruje w rejestrach (...) i Urzędu Miejskiego w T. Wydział Geodezji. W związku z powyższym Postanowieniem z dnia 17.05.2011 r. Naczelnik Urzędu Skarbowego umorzył postępowanie egzekucyjne wobec majątku Spółki, albowiem była bezskuteczna.

Ubezpieczony nie wykazał, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości i niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości nastąpiło bez jego winy, nie wskazał mienia Spółki, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości Spółki w znacznej części.

W odwołaniu od tej decyzji K. G. wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości i zasądzenie kosztów oraz podniósł zarzut wadliwości decyzji ze względu na to, że :

- organ rentowy nie objął jedną decyzją wszystkich ponoszących odpowiedzialność za składki członków zarządu;
- egzekucja nie była prawidłowa, albowiem nie ustalono wszystkich składników majątku, w szczególności Spółka ma wierzytelność z tytułu odszkodowania do (...) S.A. i postępowanie toczy się przed Sądem Okręgowym w Bielsku-B. sygn. akt V GC 35/09, a ZUS nie wystąpił o wyjawienie majątku;
- organ rentowy nie wystąpił o opinię biegłego na okoliczność, czy istniały podstawy do zgłoszenia upadłości w czasie sprawowania funkcji członka zarządu przez odwołującego i czasu właściwego na zgłoszenie tego wniosku.

W odpowiedzi na odwołanie organ rentowy wniósł o oddalenie decyzji oraz wywodził jak w zaskarżonej decyzji. Ponadto wskazał, że decyzjami z dnia 21.05.2012 r. ustalił odpowiedzialność za zaległości składkowe Spółki również pozostałych członków zarządu M. K. i K. S..

Postanowieniem z dnia 21.08.2012 r. r. (k. 12 a.s.) Sąd wezwał do udziału w sprawie zainteresowanych (...) Spółkę z o.o. w T..

Zainteresowani nie zajęli stanowiska w sporze.

### **Sąd ustalił, co następuje :**

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą przy ul. (...) w T. została wpisana do KRS w dniu 29.05. 2001r. Przedmiotem działalności Spółki było świadczenie usług w zakresie robót budowlanych, wykonywania instalacji elektrycznych budynków i budowli, usługi porządkowe i odśnieżania, handel materiałami budowlanymi i akcesoriami komputerowymi ( dowód : sprawozdania z działalności Spółki za okres 2008-2009 w aktach ZUS, odpis z KRS k. 18-30 a.s.).

Do reprezentacji spółki byli uprawnieni członkowie zarządu :

- 1) działający samodzielnie jako prezes zarządu K. G. od 19.05.2006 r. do 28.09.2010 r. ( wpis w KRS) a faktycznie odwołany z tej funkcji Uchwałą Zgromadzenia Wspólników Spółki z dnia 29.07.2010 r.
- 2) drugi członek zarządu, wpisany w KRS jako vice prezes zarządu w okresie od 19.05.2006 r. do dnia 28.09.2010 r. M. K. , odwołany z tej funkcji Uchwałą Zgromadzenia Wspólników Spółki z dnia 29.07.2010 r.

Obecnie osobą upoważnioną do reprezentowania Spółki jest Prezes Zarządu K. S. - powołany do tej funkcji Uchwałą Zgromadzenia Wspólników z dnia 29.07.2010 r.

(dowód : uchwała (...) z 29.07.2010 r. i odpis z KRS w aktach ZUS i k. 18a.s.).

(...) Sp. z o.o. w T. nie opłacała składek do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych za objęte zaskarżoną decyzją okresy z powodu braku środków finansowych. Stan zaległości składkowych Spółki do lipca 2010 r. w kwotach wskazanych w zaskarżonej decyzji był w sprawie bezsporny, jak i to, że odwołujący nie wskazał żadnego majątku Spółki, z którego zaspokojenie należności ZUS byłoby możliwe ( v. oświadczenie odwołującego na rozprawie k. 36 a.s. ).

Wobec majątku zainteresowanej Spółki prowadzone były liczne egzekucje, których prowadzenie z dniem 31.12.2008 r. przejął Naczelnik Urzędu Skarbowego w T.. Postępowanie egzekucyjne zaległości składkowych okazało się bezskuteczne wobec braku jakiegokolwiek majątku Spółki i zlikwidowania siedziby Spółki bez wskazania nowego adresu (v. Postanowienie z dnia 17.05.2011 r. Naczelnika Urzędu Skarbowego w T. o umorzeniu postępowania egzekucyjnego w aktach ZUS).

Zaskarżoną decyzją z dnia 21.05.2012 r. ZUS ustalił odpowiedzialność odwołującego za długi składkowe Spółki powstałe w okresie pełnienia przez niego funkcji w zarządzie, drugą decyzją z tej samej daty ustalił odpowiedzialność za te długi składkowe również zainteresowanego M. K. a trzecią decyzją z tej samej daty odpowiedzialność K. S. za kolejny miesiąc - lipiec 2010 r. ( od chwili objęcia funkcji w zarządzie po odwołaniu w/w/) - (v. decyzje w aktach ZUS).

W stosunku do spółki nie toczyło się postępowanie o ogłoszenie upadłości lub postępowanie układowe i jest ona nadal wpisana do KRS z siedzibą w T. przy ul. (...) chociaż faktycznie nie prowadzi tam żadnej działalności i nie ma tam jej siedziby . Spółka nie złożyła sprawozdań finansowych do KRS za 2010 r. i lata następne. Nie wiadomo, gdzie znajduje się jej dokumentacja i zarząd. Obecny prezes zarządu zainteresowanej K. S. nie podejmuje również korespondencji pod adresem podanym w KRS (v.k.116 a.s. i k. 139 a.s.).

Już w maju 2009 r. zainteresowana Spółka znajdowała się w wyjątkowo trudnej sytuacji finansowej spowodowanej słabą koniunkturą na rynku budowlanym oraz zatorami płatniczymi i niesolidnością kontrahentów, co doprowadziło do poważnego zachwiania stabilności gospodarczej Spółki. Prowadzona działalność nie przynosiła zysku, z trudem dokonywała wypłat wynagrodzeń dla pracowników i zalegała z płatnościami składek do ZUS. Odzyskiwanie stale narastających należnych wierzytelności od dłużników w większości było nieskuteczne a postępowania długotrwałe. Prowadzone przeciwko Spółce liczne egzekucje były umarzone ze względu na ich bezskuteczność ( dowód : uzasadnienie wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych z dnia 14.04.2009 r. w aktach sprawy Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej sygn. akt VGC 35/09 k. 11-12 i powołane tam dokumenty).

Finansowanie działalności Spółki odbywało się na kredyt, przy czym stopień zadłużenia finansowania działalności w okresie od 2007 r. do 2009 r. pogarszał się i jednocześnie znacznie przewyższał poziom uznawany za bezpieczny. Spółka nie miała płynności finansowej ( v. opinia biegłego sądowego J. J. k.55- 56 a.s.).

Majątek Spółki w znaczącej większości stanowiły należności dochodzone na drodze sądowej, w tym kwota 1.000.511,00 zł dochodzona z tytułu utraconych korzyści wskutek odstąpienia od umowy w lipcu 2007 r. przez (...) S.A. Należności te powiększyły majątek Spółki w grudniu 2008 r. , podczas gdy z pozwem o zapłatę Spółka wystąpiła w połowie maja 2009 r. w czasie, gdy z powództwa (...) S.A. przeciwko Spółce od 27.11.2007 r. w toku było postępowanie sądowe i zabezpieczające o zwrot zaliczki i kary umowne w kwocie 341.550,00 zł. Gdyby Spółka nie zaksięgowała tej należności w grudniu 2008 r. to już na koniec 2008 r. odnotowałyby znaczącą nadwyżkę swoich zobowiązań nad majątkiem. Tylko dzięki zabiegowi technicznemu z księgowaniem udało jej się tego uniknąć.

Wziąwszy pod uwagę, że już w tym czasie Spółka nie miała środków nawet na koszty sądowe ( co wykazała w uzasadnieniu wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych w sprawie VGC 35/09), egzekucje komornicze z jej majątku były umarzone ze względu na bezskuteczność, Spółka nie spłacała swoich wymagalnych zobowiązań, w tym od lutego 2008 r. nie opłacała składek do ZUS i nadal nie miała środków na ich uregulowanie, niewykonywanie wymagalnych zobowiązań przez Spółkę nie miało zatem przejściowego charakteru a wartość jej majątku ( z uwzględnieniem wszystkich spornych należności ) tylko o 92,8 tys. zł przewyższała zobowiązania a Spółka nie mogła mieć żadnych uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że uzyskanie kwoty 1.000.511,00 zł od (...) S.A. jest w ogólnie możliwe, albo chociażby jest możliwe w jakimś bliżej określonym czasie - to obiektywnie uzasadnione jest przyjęcie, że

już wtedy- na początku 2009 r. zarząd Spółki powinien wnieść o ogłoszenie upadłości Spółki, albowiem istniała jeszcze realnie uzasadniona podstawa do przyjęcia, że wierzyciele będą mogli być zaspokojeni chociażby w części z jej majątku. Zaniechanie tego kroku doprowadziło w efekcie do pogorszenia wszystkich parametrów finansowych działalności Spółki, wskazujących na pogłębienie się zagrożenia bankructwem i najpóźniej z dniem 31.12.2009 r. Spółka zanotowała nadwyżkę zobowiązań nad jej majątkiem. Natomiast w dniu 22.02.2011 r. powództwo Spółki o zapłatę tej należności zostało prawomocnie oddalone.

Ubezpieczony jako prezes zarządu znał sytuację finansową Spółki i powinien wszcząć postępowanie w sprawie ogłoszenia upadłości najpóźniej do dnia 14.04.2010 r., zatem niezwłocznie po ujawnieniu, że długi Spółki przekroczyły wartość jej majątku ( dowód : sprawozdania finansowe Spółki za lata 2008 i 2009 w aktach ZUS, zestawienie należności Spółki, wartość majątku i zobowiązań Spółki v. opinia biegłego sądowego k. 45-66 a.s. , akta Sądu Okręgowego w Bielsku Białej sygn. akt VGC 35/09, zeznania odwołującego k. 141-142 a.s. ).

Sąd nie dał wiary zeznaniom ubezpieczonego , że w 2009 r. Spółka miała zawarte kontrakty i spłacała zobowiązania, wszak sam przyznał, że Spółka nie miała środków na spłatę zobowiązań składkowych do ZUS a konta Spółki były zajęte przez wierzycieli. Zważywszy na rosnące od początku 2008 r. zadłużenie majątku Spółki nie można podzielić wiary odwołującego, iż wystarczyło, aby Spółka zrealizowała w tej sytuacji jeden kontrakt i wystarczyłoby to na spłatę wszystkich długów. Odwołujący mija się również z prawdą co do przyczyn sporu z (...) S.A. Wszak to nie Spółka (...) odstąpiła od umowy z powodu braku płatności przez MURATOR a przeciwnie (...) S.A. odstąpiła od umowy, albowiem Spółka (...) nie wywiązywała się z terminów umownych (v. pozew w aktach sprawy Sądu Okręgowego w Bielsku Białej sygn. akt VGC 35/09).

Opinia biegłego nie była kwestionowana przez strony, została opracowana na podstawie materiału dowodowego zebranego w sprawie i w ocenie Sądu stanowi dostateczną podstawę do rozstrzygnięcia sprawy, chociaż nie ze wszystkimi wnioskami biegłego można się zgodzić.

Można podzielić stanowisko biegłego, że precyzyjne określenie czasu, w którym Spółka zaprzestała spłaty przeważającej części swoich wymagalnych zobowiązań nie jest możliwe w tej sprawie, jednakże nie może być wątpliwości, że Spółka z braku środków finansowych nie spłacała swoich długów od 2008 r. Świadczy o tym poziom zadłużenia z tytułu składek do ZUS od lutego 2008 r., czy egzekucje z majątku Spółki umarzone ze względu na bezskuteczność egzekucji w 2008 r. i 2009 r., jak i poziom wskaźnika zadłużenia działalności Spółki , który nie powinien być wyższy niż 3,0 a w przypadku zainteresowanej Spółki wzrastał od poziomu 16,27 na koniec 2008 r. do 32, 96 na koniec 2009 r. Nie może być zatem wątpliwości, że Spółka w 2009 r. już nie spłacała przeważającej części swoich wymagalnych zobowiązań skutkiem czego rosło jej zadłużenie. Niewykonywanie zobowiązań miało charakter trwały i spowodowane było brakiem majątku (v. wartość majątku Spółki na koniec 2008 r. i 2009 r. k. 60 a.s.). Istnienie spornej wierzytelności względem (...) S.A. od grudnia 2008 r. w żadnym wypadku nie uzasadnia przyjęcia, że przesłanka niewypłacalności nie zaistniała najpóźniej do 14.04.2010 r. , zważywszy na wielkość tej należności w stosunku do pozostałego majątku Spółki i wielkości jej zobowiązań w stosunku do majątku, i to już na koniec 2008 r., jak również ze względu na sporny charakter tej należności i oczywiste trudności z uzyskaniem jej zapłaty w ogóle lub chociażby w jakimś bliżej określonym terminie.

Istnienie takiej wątpliwej należności nie stoi na przeszkodzie ocenie, że czasem właściwym na zgłoszenie upadłości najpóźniej był dzień 14.04.2010 r.

Brak również racjonalnie uzasadnionych przesłanek do przyjęcia , że nawet pozytywny dla Spółki wynik procesu sądowego pozwoliłby z uzyskanych odsetek ustawowych na zwiększenie jej aktywów w takim stopniu, że majątek Spółki przekraczałby jej zobowiązania. W tym zakresie biegły sądowy pominął w całości wielkość zadłużenia majątku Spółki na koniec 2009 r. i nie uwzględnił, że zobowiązania również podlegają zwiększeniu o odsetki za okres opóźnienia ich zapłaty i zwiększają pasywa Spółki. W tym zakresie zatem Sąd nie podzielił opinii biegłego sądowego.

Tym bardziej bezzasadne w ocenie Sądu były twierdzenia odwołującego, że wierzytelność, której Spółka dochodziła od (...) S.A. pozwoliłaby na spłatę wszystkich jej zobowiązań i jeszcze na wygenerowanie zysku.

**Sąd zważył, co następuje :**

Zgodnie z treścią przepisu art. 116 Ordynacji podatkowej, który był podstawą orzekania przez organ rentowy w tej sprawie :

§ 1. 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. Odpowiedzialność członków zarządu, określona w § 1, obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu.

§ 3. W przypadku gdy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji lub spółka akcyjna w organizacji nie posiada zarządu, za zaległości podatkowe spółki odpowiada jej pełnomocnik albo odpowiadają wspólnicy, jeżeli pełnomocnik nie został powołany. Przepisy § 1 i 2 stosuje się odpowiednio.

§ 4. Przepisy § 1-3 stosuje się również do byłego członka zarządu oraz byłego pełnomocnika lub wspólnika spółki w organizacji.

Na organie rentowym spoczywa zatem obowiązek wykazania przesłanek pozytywnych, tj. pełnienia obowiązków członka zarządu w czasie powstania zobowiązania składkowego, które przerodziło się w dochodzoną zaległość składkową spółki oraz bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce, natomiast ciężar wskazania jakiegokolwiek okoliczności uwalniającej od odpowiedzialności (przesłanki negatywnej) spoczywa na członku zarządu.

Wobec ustaleń faktycznych w tej sprawie stało się bezsporne, że odwołujący K. G. pełnił obowiązki członka zarządu zainteresowanej Spółki w czasie powstania zaległości składkowych objętych zaskarżoną przez niego decyzją.

Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie, że organ rentowy nie wykazał bezskuteczności egzekucji w stosunku do zainteresowanej Spółki.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 kwietnia 2010 r. w sprawie III UK 83/09 (LEX nr 602074) potwierdził stanowisko, iż o bezskuteczności egzekucji mówić można w sytuacji, w której nie ma jakichkolwiek wątpliwości, iż nie zachodzi żadna możliwość zaspokojenia egzekwowanej wierzytelności z jakiegokolwiek części majątku spółki. Art. 116 Ordynacji podatkowej stanowi *expressis verbis* o bezskuteczności egzekucji także "w części", co oznacza, że egzekucja może być bezskuteczna także w sytuacji częściowego zaspokojenia wierzytelności. W takim bowiem wypadku egzekucja jest bezskuteczna co do tych roszczeń, które zostały niezaspokojone. Za tę część odpowiedzialność może i powinien ponosić członek zarządu, który doprowadził swym działaniem lub zaniechaniem do powstania zaległości.

Przenosząc powyższe na płaszczyznę niniejszego sporu należy stwierdzić, że Zakład Ubezpieczeń Społecznych, jako wierzyciel działający w interesie Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, podjął inicjatywę zmierzającą do zaspokojenia wierzytelności składkowych w drodze postępowania egzekucyjnego jednakże okazała się ona w całości bezskuteczna.

Również wskazany w odwołaniu majątek Spółki w postaci wierzytelności wobec (...) S.A. nie istniał nie tylko w dacie wydania zaskarżonej decyzji z dnia 21.05.2012 r., lecz także w momencie wydania postanowienia przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w T. z dnia 17.05.2011 r. o umorzeniu postępowania egzekucyjnego, gdyż prawomocnym już w dniu 15.04.2011 r. wyrokiem z dnia 22.02.2011 r. sygn. akt VGC 35/09 Sąd Okręgowy w Bielsku Białej oddalił powództwo (...) Spółki z o.o.

Sumując powyższe rozważania należy podzielić stanowisko organu rentowego w kwestii zaistnienia w niniejszej sprawie tej przesłanki odpowiedzialności odwołującego, jako członka zarządu spółki za powstałą zaległość składkową, jaką jest bezskuteczność egzekucji tejże zaległości.

W kwestii zasadności zarzutu odwołującego odnoszącego się do nieobjęcia jedną decyzją wszystkich osób ponoszących odpowiedzialność należy wskazać, że organ rentowy prowadził postępowanie z udziałem wszystkich osób, wobec których mogła być orzeczona solidarność za zaległości składkowe Spółki (...). Decyzje dotyczące przeniesienia odpowiedzialności na wszystkich ponoszących odpowiedzialność członków zarządu zostały wydane jednego dnia 21.05.2012 r., a w toku postępowania sądowego adresaci tych decyzji byli stronami postępowania co w ocenie Sądu nie daje podstaw do kwestionowania wydanych decyzji. Decyzje zawierają określenia, że odwołujący i zainteresowany M. K. ponoszą odpowiedzialność solidarną ze Spółką za zobowiązania tej Spółki. Decyzje te mają charakter konstytutywny a solidarność członków zarządu między sobą wynika z przepisów ustawy (art. 116 § 1 ordynacji podatkowej). Wbrew stanowisku odwołującego nie było zatem konieczne wydanie jednej wspólnej decyzji w stosunku do obydwu członków zarządu ( odwołującego i zainteresowanego) i określenie w niej, iż ich odpowiedzialność jest solidarna. Zgodnie z tezą 2 uchwały Sądu Najwyższego, zapadłej w składzie siedmiu sędziów z dnia 15 października 2009 r. - I UZP 3/09, "Decyzja, o której mowa w punkcie 1, czyli o przeniesieniu odpowiedzialności za składki na członków zarządu, powinna być wydana wobec wszystkich członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością". Oznacza to, zdaniem Sądu tylko to, że postępowanie w sprawie przeniesienia odpowiedzialności na członków zarządu winno być prowadzone przeciwko wszystkim, a nie jedynie wybranym członkom zarządu, co jest związane z możliwością regresu osoby, która wykonała zobowiązanie wobec innych członków zarządu, a ponadto daje możliwość wykazywania przez wszystkich członków zarządu przesłanek egzoneracyjnych.

Fakt, że zaległości z tytułu składek, których z powodu braku majątku Spółki nie można było wyegzekwować, powstały z przyczyn niezależnych od członka zarządu, nie zwalnia go od odpowiedzialności przewidzianej w tym przepisie. Od odpowiedzialności tej członek zarządu może się uwolnić tylko w przypadku wykazania jednej z następujących okoliczności: 1) we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo 2) niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy; 3) istnieje mienie spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części.

O. powoływał się na drugą z tych okoliczności twierząc, że w okresie , w którym pełnił funkcję w zarządzie stan finansowy Spółki nie uzasadniał wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości

Jeśli chodzi o okoliczność braku winy osoby trzeciej, to odnosi się ona do obowiązku, spoczywającego na zarządzie jako organie wykonawczym osoby prawnej, który polega na zgłoszeniu w terminie wniosku o upadłość lub wszczęcia postępowania układowego. Podstawy prowadzenia tych postępowań po dniu 30 września 2003 r. reguluje ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 60, poz. 535 z późn. zm.).

Pojęcie „właściwego czasu” do złożenia wniosku o upadłość nie może być utożsamiane z terminem wynikającym z art. 5 Prawa upadłościowego (rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24.10.1934 r. – Prawo

upadłościowe, j.t : Dz. U. z 1991 r., poz.512 ze zm.), obowiązującego do 30.09.2003 r. , czy z art.21 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 60, poz. 535 z późn. zm.) obowiązującej obecnie. Termin ten może służyć jedynie pomocniczo dla ustalenia spełnienia przesłanki uwolnienia od odpowiedzialności wymienionej w art.116§1 ordynacji podatkowej. Pomocne może być ustalenie, czy zgłoszenie wniosku nastąpiło w okolicznościach wymienionych w tym przepisie, odnoszących się do sytuacji finansowej spółki. Ważne jest także zachowanie terminu dla zapewnienia celu postępowania upadłościowego, jakim jest choćby częściowe zaspokojenie wierzycieli spółki w proporcjach i kolejności wynikających z prawa upadłościowego. Proste przeniesienie terminu z Prawa upadłościowego do treści normy zawartej w Ordynacji podatkowej byłoby możliwe tylko w razie odpowiedniego odesłania, którego w treści art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej nie ma. W przepisie tym nie uregulowano terminu na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości ani wprost ani przez odesłanie. Zatem termin „ właściwego czasu” jest niedookreślony. Organy stosujące prawo upoważnione są zatem do dokonania oceny, czy zgłoszenie wniosku o upadłość nastąpiło w czasie , który w okolicznościach konkretnej sprawy należy uznać za właściwy, czy też po jego upływie. Nie oznacza to całkowitej swobody w ocenie tego jaki czas na zgłoszenie wniosku jest właściwy. Przeciwnie ocena powinna być wszechstronna i uwzględniać wszystkie istotne okoliczności (v. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.09.2009 r. sygn. Akt I UK 277/08, wyrok Sadu Najwyższego z dnia 22.06.2006 r sygn. I UK 364/05 LEX 376439 i Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 05.05.2005 r. (...) LEX 171368).

Zgodnie z przeważającym poglądem opartym na licznych orzeczeniach nie tylko izby Pracy, (...) i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego , ale także Izby Cywilnej tego Sądu „ czas właściwy na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania układowego , to czas, w którym zarząd spółki winien podjąć te działania , nie będąc już w stanie realizować zobowiązań względem wszystkich wierzycieli spółki , aby w ten sposób chronić ich interesy. Czasem właściwym do zgłoszenia upadłości jest zatem czas , w którym wszczęte postępowanie upadłościowe może doprowadzić do równomiernego zaspokojenia wszystkich wierzycieli , nie zaś czas , kiedy spółka nie posiada już majątku nawet na pokrycie kosztów postępowania egzekucyjnego. Czas właściwy do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości to czas w jakim zarząd spółki , który nie może na bieżąco realizować swoich zobowiązań wobec wszystkich wierzycieli składa wniosek o ogłoszenie upadłości w sposób pozwalający chronić interesy wszystkich wierzycieli, którzy po ogłoszeniu upadłości będą mogli liczyć na równomierne zaspokojenie , by nie dopuścić do zaspokojenia niektórych wierzycieli ze szkodą dla innych. Termin na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości należy liczyć od momentu, kiedy członkowie zarządu mogą stwierdzić, że zachodzą okoliczności uzasadniające wystąpienie z takim wnioskiem. Tylko takie stanowisko nie szkodzi wierzycielom. W warunkach konkretnej sprawy należy ocenić, czy przesłanka ta została spełniona, biorąc pod uwagę zarówno samo zaistnienie przesłanek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, jak i to, że z punktu widzenia realizacji celu postępowania upadłościowego i art.116 Ordynacji podatkowej wniosek o ogłoszenie upadłości powinien być zgłoszony w takim czasie, żeby wszyscy wierzyciele mieli możliwość uzyskania równomiernego zaspokojenia z majątku dłużnika. Przy ocenie tej przesłanki, należy uwzględnić cel jakiego uregulowanie art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej ma służyć , którym jest ochrona należności publiczno prawnych , a także co do należności składkowych ochrona Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Przesłanka ta jest spełniona w szczególności wówczas, gdy członek zarządu po objęciu swej funkcji i ustaleniu, że stan finansowy spółki uzasadnia złożenie wniosku o upadłość niezwłocznie złoży taki wniosek. (v. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 09.07.2009 r. II UK 374/08 LEX 533104), wyrok Sądu najwyższego z dnia 01.09.2009 I UK 95/09 LEX 551001).

Artykuł 11 ust. 1 prawa upadłościowego i naprawczego określa niewypłacalność jako niewykonywanie przez dłużnika jego wymagalnych zobowiązań. Z istoty porządku prawnego wynika, że każdy powinien wykonywać swe wymagalne zobowiązania w terminie. Zasada ta obowiązuje wszystkich. Tym bardziej musi obowiązywać przedsiębiorców. Jeżeli zatem dłużnik nie wykonuje ciężących na nim wymagalnych zobowiązań, wówczas jest niewypłacalny, co stwarza podstawę ogłoszenia go upadłym. Przy czym nieistotne jest, czy nie wykonuje wszystkich zobowiązań czy też tylko niektórych z nich.

Dla określenia, czy dłużnik jest niewypłacalny nieistotne jest też, czy nie wykonuje wymagalnych zobowiązań pieniężnych czy też niepieniężnych. Niewykonywanie zarówno jednych, jak i drugich powoduje, że dłużnik jest niewypłacalny w rozumieniu art. 11 ust. 1. Nieistotny też jest rozmiar niewykonywanych przez dłużnika zobowiązań.

Nawet niewykonywanie zobowiązań o niewielkiej wartości oznacza jego niewypłacalność w rozumieniu art. 11. Co najwyżej można w takim przypadku oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 12 (Jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań nie przekracza trzech miesięcy, a suma niewykonanych zobowiązań nie przekracza 10% wartości bilansowej przedsiębiorstwa dłużnika co nie dotyczy jednak sytuacji, gdy niewykonanie zobowiązań ma charakter trwały albo gdy oddalenie wniosku może spowodować pokrzywdzenie wierzycieli).

Dla określenia stanu niewypłacalności bez znaczenia też jest przyczyna niewykonywania zobowiązań. Niewypłacalność istnieje więc nie tylko wtedy, gdy dłużnik nie ma środków, lecz także wtedy, gdy dłużnik nie wykonuje zobowiązań z innych przyczyn, np. nie wykonuje zobowiązań w celu doprowadzenia swego kontrahenta do stanu niewypłacalności albo też nie wykonuje zobowiązań z przyczyn irracjonalnych.

Przepis art. 11 ust. 2 reguluje drugą postać niewypłacalności. Dotyczy on osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, ale którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, takich jak: spółka jawna, spółka komandytowa, spółka komandytowo-akcyjna i spółka partnerska. Te podmioty są niewypłacalne także wtedy, gdy ich zobowiązania przekroczą wartość ich aktywów i to nawet wtedy, gdy na bieżąco wykonują swoje zobowiązania. Taka regulacja jest uzasadniona konsekwencjami prawnymi ogłoszenia upadłości oraz przeprowadzenia postępowania upadłościowego wobec osób prawnych oraz wspomnianych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, ale posiadających zdolność prawną. Po przeprowadzeniu postępowania upadłościowego obejmującego ich likwidację podmioty te kończą swój byt (por. np. art. 85, 98, 148, 289, 477 k.s.h.). Dlatego też dla ochrony praw wierzycieli osób prawnych oraz wspomnianych jednostek organizacyjnych niezbędne jest, by zadłużenie tych podmiotów nie przekraczało wartości ich aktywów. W przeciwnym wypadku wierzyciele nie mogliby zostać zaspokojeni z ich majątku w postępowaniu upadłościowym.

Zgodnie z Art. 21 prawa upadłościowego i naprawczego 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. Jeżeli dłużnikiem jest osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, obowiązek, o którym mowa w ust. 1, spoczywa na każdym, kto ma prawo go reprezentować sam lub łącznie z innymi osobami. Osoby te ponoszą odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną wskutek niezłożenia wniosku w terminie .

Na gruncie tej sprawy Spółka z o.o. (...) w T. z pewnością była niewypłacalna już w 2009 r., albowiem jej zobowiązania przewyższyły aktywa. Z mocy art.21 prawa upadłościowego zarząd zobowiązany był zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości w terminie 14 dni od tej daty a najpóźniej czasem właściwym na zgłoszenie tego wniosku przez odwołującego w okolicznościach faktycznych tej sprawy był dzień 14.04.2010 r.

Jednocześnie nie ma żadnych przesłanek do uznania, że wniosek taki byłby przedwczesny. Takie twierdzenia odwołującego muszą być uznane za gołosłowne, bowiem nie znajdują żadnego oparcia w ustaleniach faktycznych poczynionych w tej sprawie. Funkcja przepisu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej polega zaś na ochronie interesów wierzycieli, w szczególności w sytuacji, gdy jest już wiadomym, że dłużnik nie będzie w stanie wszystkich zaspokoić w całości.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne i prawne Sąd oddalił odwołanie jako bezzasadne na podstawie art. 477<sup>14</sup>§ 1 kpc.

**SSO Ewa Wyrwas-Wystrychowska**