

Sygn. akt **III AUa 1954/16**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 grudnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący: SSA Marta Sawińska (spr.)

Sędziowie: SSA Małgorzata Woźniak-Zendran

del. SSO Renata Pohl

Protokolant: st. sekr. sądowy Emilia Wielgus

po rozpoznaniu w dniu 5 grudnia 2017 r. w Poznaniu

sprawy **L. B.**

przeciwko **Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w P.**

o przeniesienie odpowiedzialności za zobowiązania składkowe spółki wobec ZUS

na skutek apelacji L. B.

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 27 czerwca 2016 r. sygn. akt VIII U 2366/15

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Poznaniu do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania w instancji odwoławczej.

del. SSO Renata Pohl	SSA Marta Sawińska	SSA Małgorzata Woźniak-Zendran
----------------------	--------------------	--------------------------------

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 12 czerwca 2015 roku, nr (...) - (...), Zakład Ubezpieczeń Społecznych, I Oddział w P., działając na podstawie art. 107§1 i §2 pkt 2 i 4, art. 108§1, art. 116§1, 2 i 4 oraz art. 118§1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 749 ze zm.) w związku z art. 23 ust. 1, art. 31 oraz art. 32 ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 121) stwierdził, że **L. B.** jako były prezes zarządu odpowiada całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki (...) z siedzibą w P. (NIP (...)), powstałe wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w P., w łącznej kwocie **72.181,69 zł** z tytułu nieopłaconych składek na: ubezpieczenia społeczne w wysokości 24806,06 zł za okres od stycznia 2010 r. do września 2010 r. i od stycznia 2011 r. do kwietnia 2011 r. wraz z kosztami egzekucyjnymi w wysokości 232,20 zł; na ubezpieczenia zdrowotne w wysokości 35686,84 zł za okres od grudnia 2009 r. do kwietnia 2011 r. wraz z kosztami egzekucyjnymi w wysokości 62,20 zł oraz na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych w wysokości

11688,79 zł za okres od grudnia 2009 r. do kwietnia 2011 r. wraz z kosztami egzekucyjnymi w wysokości 20,40 zł . W kwotach należności ujęto odsetki liczone na dzień 12 czerwca 2015 r.

Od powyższej decyzji, w ustawowym terminie do Sądu Okręgowego w Poznaniu, odwołał się L. B., reprezentowany przez r.pr. M. D., wnosząc o uwzględnienie odwołania i umorzenie postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie organ rentowy wniósł o jego oddalenie oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 27czerwca 2016 r. odwołanie oddalono (punkt1.), zasądzając od odwołującego na rzecz pozwanego kwotę 3600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

U podstaw powołanego rozstrzygnięcia legły następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w P. (NIP (...)) została zawiązana umową zawartą w formie aktu notarialnego nr rep. (...)w dniu 05.04.1990 r. W dniu 07.05.1990 r. została wpisana do Rejestru Handlowego (...) pod nr (...), a następnie 10.03.2005 r. uzyskała wpis w Krajowym Rejestrze Sądowym pod nr (...), z którego została wykreślona w dniu 09.09.2013 r.

W okresie swojej działalności płatnik nie dopełnił obowiązku opłacania składek, co w konsekwencji spowodowało powstanie zadłużenia wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w P. Inspektoratu w P. z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne za okres: 04/2009 - 10/2009, 01/2010 - 09/2010, 01/2011 - 04/2011 i ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres: 04/2009 – 04/2011 w kwocie 200.063,61 zł (należność główna, odsetki naliczone na dzień 20.02.2014 r., koszty upomnień i koszty egzekucyjne).

W okresie powstania powyższego zadłużenia funkcję członka zarządu płatnika - w okresie: 12.18.1997 r. – 18.02.2005 r. i 27.06.2007 r. - 09.09.2013 r. pełnił L. B..

Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w P. Inspektorat w P. wystawił tytuły wykonawcze z dnia 21.04.2011 r. za okres: 04/2009 - 03/2010, na podstawie których Dyrektor I Oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w P. dokonał zajęcia rachunku bankowego dłużnika w (...) Bank (...) S.A. Pismem z dnia 13.02.2012 r. bank poinformował, że nie prowadzi rachunku bankowego dla Spółki. W związku z ogłoszeniem upadłości Spółki postanowieniem Sądu Rejonowego Poznań - Stare Miasto w P., XI Wydział Gospodarczy do Spraw Upadłościowych i Naprawczych z dnia 22.11.2011 r. (sygn. akt XI GU 197/11) postępowanie egzekucyjne zostało zawieszono, a po uprawomocnieniu się postanowienia - umorzone na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 1112 ze zm.). Postępowanie upadłościowe zakończone postanowieniem Sądu z dnia 28.01.2013 r. (sygn. akt: XI GUp 63/11), nie doprowadziło do spłaty całości zadłużenia wobec Zakładu - ze zgłoszonej wierzytelności w łącznej kwocie 242.130,57 zł Zakład uzyskał kwotę 70.752,73 zł.

Zakład opierając się na dokumentach zawartych w aktach postępowania upadłościowego ustalił, że wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony przez prezesa zarządu Spółki w dniu 25.07.2011 r. W uzasadnieniu podano, że płatnik prowadzi działalność w zakresie spedycji międzynarodowej. W okresie 2005 - 2008 nastąpił rozwój działalności, a Spółka osiągała coraz lepsze wyniki finansowe. Ze względu na fakt, iż Spółka otrzymywała od zagranicznych klientów płatności w euro, a swoje zobowiązania wobec krajowych dostawców płaciła w złotych, w dniu 30.10.2006 r. zawarła z (...) Bank S.A. umowę ramową dotyczącą transakcji walutowych, terminowych i pochodnych. W dniu 25.04.2007 r. podpisała z w/w bankiem umowę kredytu na 100.000,00 zł. Jesienią 2008 r. zmieniła się sytuacja makroekonomiczna, co wpłynęło negatywnie na Spółkę, która jednak mimo to nie utraciła zyskowności i pozyskiwała nowe zamówienia. Zakontraktowane transakcje walutowe doprowadziły do znacznych strat finansowych przez załamanie kursu złotego do euro i w okresie 7/2008 - 7/2009 zmianę kursu euro do złotego o około 40%. Spółka otrzymywała coraz mniej zleceń.

W piśmie z dnia 14.07.2011 r. (...) Bank (...) S.A. wskazał zadłużenie Spółki z tytułu rozliczenia transakcji opartej na w/w umowie ramowej na 1.835.550 zł i odsetki 470.929,41 zł, natomiast zadłużenie z tytułu kredytu z dnia 25.04.2007 r.: 80.320,99 zł i odsetki 13.382,83 zł. Spółka posiadała również zadłużenie w kwocie 79.440,63 zł z tytułu kredytu krótkoterminowego z (...) Banku (...) S.A. z dnia 06.06.2008 r., którego termin płatności upłynął 15.10.2010 r. Spółka nie wykonywała swoich zobowiązań, których łączna wysokość 15.07.2011 r. wynosiła 2.636.651,02 zł.

Na majątek Spółki składały się: wyposażenie biura o wartości 2.110,00 zł i środki pieniężne w N. w kwocie 116.991,64 zł.

Wobec zagrażającej niewypłacalności Spółki w pierwszej połowie 2009 r. Prezes Zarządu Spółki L. B. zwrócił się o udzielenie pomocy prawnej do radcy prawnego - P. J. (1) w zakresie przygotowania wniosku o ogłoszenie upadłości spółki oraz jej reprezentowania w postępowaniu upadłościowym. Radca prawny P. J. (1) przyjął sprawę i w dniu 10 czerwca 2009 r. złożył w Sądzie Rejonowym Poznań-Stare Miasto w P. wniosek o ogłoszenie upadłości. Za swoje usługi wystawił fakturę na kwotę 8.540,00 zł. Odwołujący, jako ówczesny Prezes Zarządu został wówczas zapewniony przez w/w radcę prawnego o złożeniu wniosku, o tym że spawa jest w toku i zmierza do rozstrzygnięcia, zgodnie z treścią zawartego w nim żądania. Na dowód tego radca prawny P. J. (1) przedłożył L. B. wniosek wraz z prezentatą sądu, a następnie na przestrzeni kilkunastu miesięcy przedstawiał Prezesowi Zarządu Spółki dowody swojej aktywności w sprawie, zapewniając go o jej właściwym przebiegu. W tym czasie przedstawił m.in. postanowienie Sądu Rejonowego Poznań Stare Miasto w P. z dnia 10 lutego 2010 r., sygn. akt XI GUp 199/09 oraz postanowienie Sądu Rejonowego Poznań Stare Miasto w P. z dnia 9 września 2010 roku sygn. akt XI GUp 199/09, stwierdzające podjęcie przez sąd upadłościowy działań w sprawie.

Wobec przedłużającego się postępowania upadłościowego w czerwcu 2011 roku odwołujący postanowił osobiście zbadać sprawę i w tym celu udał się do Sądu, aby zapoznać się z jej stanem przy udziale innego prawnika. Dopiero wówczas dowiedział się, że rzekomo wszczęte postępowanie upadłościowe względem Spółki (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wcale się nie toczy, a także że radca prawny P. J. (1) nie tylko nie prowadzi jakiegokolwiek sprawy, lecz również dopuścił się podrobienia ww. dokumentów sądowych, które następnie okazywał L. B.

W dniu 13 lipca 2011 roku Spółka (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zawiadomiła prokuraturę o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 270 k.k. Postanowieniem z dnia 13 stycznia 2012 roku, sygn. 3 Ds. 2755/11/12 Prokurator Prokuratury Rejonowej P. w P. umorzył śledztwo w tej sprawie. W postępowaniu przygotowawczym potwierdziły się wszystkie w/w przedstawione okoliczności dotyczące radcy prawnego P. J. (1), a w szczególności, podrobienia przez niego dokumentów sądowych. Jednocześnie Prokurator uznał, że radca prawny jest osobą chorą psychicznie, a zatem nie popełnił on przestępstwa w myśl art. 31§1 k.k.

Niezwłocznie po ujawnieniu się w/w okoliczności został złożony wniosek o ogłoszenie upadłości w Sądzie Rejonowym Poznań - Stare Miasto w P. w dniu 25 lipca 2011 roku. Stosownie do tego wniosku postanowieniem z dnia 22 listopada 2011 roku, sygn. akt XI GU 197/11/N ogłoszono upadłość przedmiotowej Spółki.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w P. Inspektorat w P. pismem z dnia 20 września 2013 roku, znak: (...) (...) zawiadomił odwołującego o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie odpowiedzialności L. B. za zobowiązania spółki (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w P. Inspektorat w P. z tytułu niepłaconych składek na podstawie art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku - Ordynacja podatkowa. Pismem z dnia 27 września 2013 roku Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w P. Inspektorat w P. zawiadomił stronę o zebraniu materiałów i dowodów niezbędnych do wydania decyzji, informując o możliwości zapoznania się z nimi i wypowiedzenia się co do nich. W odpowiedzi na powyższe, pełnomocnik L. B. pismem z dnia 3 października 2013 roku wniósł o umorzenie postępowania w sprawie z uwagi na zaistnienie przesłanek wyłączających odpowiedzialność strony. W piśmie przytoczono w/w okoliczności sprawy, łącznie z dopuszczeniem się przez pełnomocnika profesjonalnego - radcę prawnego P. J. (1) czynu podrobienia postanowień Sądu oraz umorzenia postępowania przygotowawczego w związku z faktem ujawnienia choroby afektywnej dwubiegunowej podejrzanego, który w czasie czynu miał zniesioną zdolność rozpoznawania znaczenia zarzucanych mu czynów i kierowania swoim postępowaniem.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w P. Inspektorat w P. wydał decyzję w dniu 12 czerwca 2015 roku, doręczoną w dniu 18 czerwca 2015 roku, w której orzekł, iż L. B. jako były prezes zarządu odpowiada całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. za powstałe wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w P. Inspektoratu w P. w łącznej kwocie 72.181.69 zł, na którą składają się należności z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami od tych należności głównych oraz kosztami egzekucyjnymi.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie:

- dokumentów na k. 49 akt, a pochodzące z akt 3 Ds. 2755/11/12,
- dokumentów zgromadzonych na kartach akt niniejszej sprawy, w szczególności na k. 21-27 akt,
- dokumentów zawartych w załączonych aktach organu rentowego,
- zeznań świadka P. W. (k. 43-43v),
- zeznań odwołującego L. B. (k. 43v-44)

Sąd dał wiarę zebranych w sprawie dokumentom. Dokumenty urzędowe Sąd uznał za wiarygodne i miarodajne, albowiem sporządzone zostały przez organy do tego uprawnione z zachowaniem wymaganej formy. Za wiarygodne Sąd uznał także dokumenty prywatne stanowiące zgodnie z art. 245 k.p.c. dowód tego, że osoba która je podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Ich wiarygodność nie była przez strony kwestionowana, a Sąd nie znalazł podstaw, by czynić to z urzędu. Za wiarygodne Sąd uznał zeznania odwołującego L. B. oraz świadka P. W.. Sąd dał wiarę ich zeznaniom w tej części, w której opisywali okoliczności związane z funkcjonowaniem spółki i ogłoszeniem upadłości. Nadanie tym zeznaniom przymiotu wiarygodności nie oznacza jednak, iż Sąd podzielił wyrażany przez nich pogląd, co braku odpowiedzialności za zobowiązania upadłej spółki.

W tak ustalonym stanie faktycznym sąd uznał, że odwołanie L. B. nie zasługuje na uwzględnienie. Przedmiotem zarzutów ZUS był fakt, iż wniosek o ogłoszenie upadłości przedsiębiorstwa został złożony zbyt późno, co skutkowało tym, iż przedsiębiorstwo stało się niewypłacalne w większym stopniu, niż było w roku 2009. Odwołujący przyznał, że wniosek o ogłoszenie upadłości spółki nie został zgłoszony we właściwym terminie, jednak wskazywał, że stało się tak z uwagi na chorobę psychiczną pełnomocnika prowadzącego sprawę w zakresie postępowania upadłościowego, o czym odwołujący dowiedział się dopiero w 2011 roku.

Przepis art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 r., Nr 205, poz. 1585 ze zm.) – dalej ustawa systemowa, stanowi, iż do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja Podatkowa (Dz. U. Nr 137. poz. 926 ze zm.) – w dalszej części ordynacja podatkowa, w tym m.in. art. 116. Przepis ten przewiduje, iż członkowie zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością odpowiadają za jej zobowiązania solidarnie całym swoim majątkiem, jeśli egzekucja przeciwko spółce okaże się w całości lub w części bezskuteczna. Wyłączenie odpowiedzialności mogło nastąpić jedynie w sytuacji, gdy członek zarządu wykazał, że wniosek o ogłoszenie upadłości zgłoszono we właściwym czasie lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo gdy niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego), nastąpiło bez jego winy, bądź też wskaże mienie, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części. Powyższa odpowiedzialność obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu. Przedstawione regulacje odnoszą się także do byłych członków zarządu.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, które w pełni podzielił Sąd Okręgowy, w celu prawidłowego obciążenia członka zarządu odpowiedzialnością za zobowiązania spółki z tytułu podatków lub składek na ubezpieczenia

społeczne, niezbędne jest również wykazanie, że bezskuteczna okazała się egzekucja do całego majątku spółki, a wierzyciel wyczerpał wszelkie sposoby egzekucji, jednak cel egzekucji, jakim jest wyegzekwowanie wszystkich zaległości podatkowych, nie został osiągnięty (por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 8.01.2008r., I UK 172/07, lex nr 447258, wyrok SN z 8 kwietnia 1999 r., II CKN 261/98, niepubl., a także wyrok SN z 19 stycznia 2000 r., II CKN 682/98, LEX nr 51055; wyrok s. apel. w Warszawie z 25 maja 2004 r., III AUa 1201/03, OSA 2005, nr 1, poz. 3; wyrok SN z 20 października 2005 r., II CK 152/05, OSNC 2006, nr 7-8, poz. 134). Egzekucja tylko z części majątku lub przeprowadzona z wykorzystaniem tylko jednego ze sposobów egzekucji nie uzasadnia przyjęcia bezskuteczności egzekucji jako przesłanki odpowiedzialności członka zarządu spółki handlowej za dług tej spółki jako płatnika składek na ubezpieczenie społeczne (zob. wyrok SN z 11 maja 2006 r., I UK 271/05, niepubl.). Ciężar wykazania bezskuteczności egzekucji spoczywa na organie podatkowym (organie rentowym) (np. wyrok NSA z 6 marca 2003 r., SA/Bd 85/03, POP 2003, z. 4, poz. 93; cyt. wyżej wyrok WSA w Olsztynie z 24 marca 2005).

W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2009 r., sygn. I UZP 4/09, OSNP 2009/23-24/319, Sąd Najwyższy w składzie 7 sędziów stwierdził, że bezskuteczność egzekucji z majątku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, o której mowa w art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.) w związku z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2007 r. Nr 11, poz. 74 ze zm.), może być stwierdzona wyłącznie w postępowaniu w sprawie egzekucji należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, poprzedzającym wydanie decyzji o odpowiedzialności członka zarządu spółki za te należności. W uzasadnieniu tej uchwały Sąd Najwyższy stwierdził m.in., że bezskuteczność egzekucji w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji wiąże się z brakiem możliwości przymusowego zaspokojenia wierzyciela poprzez wszczęcie i przeprowadzenie przez organ egzekucyjny egzekucji skierowanej do majątku spółki. Bezskuteczność egzekucji w takim rozumieniu występuje wówczas, gdy sam wierzyciel dysponuje postanowieniem o umorzeniu postępowania egzekucyjnego ze względu na jego bezskuteczność. Są to również postanowienia o umorzeniu postępowania upadłościowego (art. 361 pkt 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze, Dz. U. Nr 60, poz. 535 ze zm.), względnie o oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości (art. 13 ust. 1 i 2 Prawa upadłościowego i naprawczego), czy też o ukończeniu postępowania upadłościowego. Upadłość określana w nauce prawa jako egzekucja uniwersalna, w odróżnieniu od egzekucji singularnej (prowadzonej przez poszczególnych wierzycieli na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego albo ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, jednolity tekst: Dz. U. z 2005 r. Nr 229, poz. 1954 ze zm., powoływanej dalej jako „ustawa o postępowaniu egzekucyjnym”), ma na celu równomierne, choćby częściowe zaspokojenie wszystkich wierzycieli poprzez zrealizowanie całego majątku niewypłacalnego dłużnika, w trybie i na zasadach uregulowanych w Prawie upadłościowym. Niemożliwość realizacji tego celu z uwagi na to, że majątek dłużnika nie wystarczy nawet na zaspokojenie kosztów postępowania, jest równoznaczna z bezskutecznością egzekucji uniwersalnej, co odnosi się do wszystkich zobowiązań niewypłacalnego dłużnika i wszystkich jego wierzycieli.

Jak wskazano wyżej – Sąd Rejonowy w Poznaniu postanowieniem z dnia 28.01.2013 r. w sprawie XI GUp 63/11 ukończył postępowanie upadłościowe spółki (...) Sp. z o.o. Ze zgłoszonej wierzytelności w łącznej kwocie 242.130,57 zł Zakład Ubezpieczeń Społecznych uzyskał kwotę 70.752,73 zł. Na tej podstawie można zatem stwierdzić, że egzekucja (uniwersalna) prowadzona przeciwko Spółce okazała się bezskuteczna.

Sąd zwrócił uwagę - za Sądem Najwyższym (wyrok SN z dnia 10.09.2009 r., III UK 51/09)- że istnienie lub nieistnienie przesłanek wyłączających odpowiedzialność członka zarządu na podstawie art. 116§1 pkt 1 i 2 o.p. nie ma charakteru okoliczności uzupełniającej, lecz jest okolicznością zasadniczą, która podlega badaniu na etapie postępowania zakończonych decyzją organu rentowego, a następnie jest w postępowaniu sądowym kontrolowana, zaś ciężar dowodu ich istnienia spoczywa wyłącznie na członku zarządu. Zwrot przez sąd wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z powodu nieuzupełnienia jego braków formalnych jest równoznaczny z brakiem takiego wniosku. Zatem zwolnienie członka zarządu od odpowiedzialności za zobowiązania spółki zależy od wykazania, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło bez jego winy.

W przedmiotowej sprawie skutki prawne wywołał dopiero wniosek o ogłoszenie upadłości (...) Sp. z o.o. złożony w dniu 25.07.2011 r. Wniosek z dnia 10.06.2009 r. złożony przez radcę prawnego P. J. (1) został zwrócony z powodu braków

formalnych. Nie spowodował zatem ogłoszenia upadłości spółki. Należy przy tym podkreślić, że dopełnienie wymogu formalnego w postaci wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości lub też o wszczęcie postępowania układowego nie może być uznane za wystarczające do zwolnienia się przez członka zarządu z odpowiedzialności podatkowej za zaległości spółki. Jak zauważa się w doktrynie, kluczowe dla efektywnego zdjęcia ciężaru odpowiedzialności jest podjęcie wszystkich czynności procesowych, które zmierzają do zainicjowania postępowania i jego kontynuowania (zob. Gratka K., Kalemba P., Plichta A., Odpowiedzialność członków zarządu za zaległości podatkowe i składkowe nie jest oczywista, Teza nr 3, Pr. i P.-WS.2013.23.1, 172734-3).

Złożenie nieprawidłowego wniosku o ogłoszenie upadłości przez profesjonalnego pełnomocnika nie może zostać uznana za okoliczność wystarczającą do stwierdzenia występowania podstawy uwalniającej L. B. od odpowiedzialności za zadłużenie (...) Sp. z o.o. z tytułu nieopłaconych składek.

Zgodnie z art. 95§ 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U z 2014 r., poz. 121 ze zm.) czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Natomiast zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 22.03.1999 r., sygn. akt: III CKN 76/99 ryzyko następstw niestaranego działania profesjonalnego pełnomocnika obciąża mocodawcę.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 06.03.2003 r., sygn. S.A./Bd 8503 (pop 2003/4/93) wyjaśnił, że do orzeczenia o odpowiedzialności członka zarządu spółki z o. organ podatkowy jest zobowiązany wykazać jedynie okoliczność pełnienia obowiązków członka zarządu w czasie powstawania zobowiązania podatkowego, które przerodziło się w dochodzoną zaległość podatkową spółki, oraz bezskuteczność egzekucji przeciwko spółce, bowiem ciężar wykazania którejkolwiek okoliczności uwalniającej od odpowiedzialności spoczywa na członku zarządu.

W ustalonym stanie faktycznym Sąd uznał przesłankę braku winy L. B. w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie za niewykazaną.

Zgodnie z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio wskazane w podstawie prawnej niniejszej decyzji przepisy ustawy - Ordynacja podatkowa. Zgodnie z art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych do składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, na ubezpieczenie zdrowotne w zakresie: ich poboru, egzekucji, wymierzania odsetek za zwłokę i dodatkowej opłaty, przepisów karnych, dokonywania zabezpieczeń na wszystkich nieruchomościach, ruchomościach i prawach zbywalnych dłużnika oraz stosowania ulg i umorzeń stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące składek na ubezpieczenia społeczne. W myśl art. 107§1 Ordynacji podatkowej, za zaległości podatkowe podatnika odpowiadają całym swoim majątkiem solidarnie z podatnikiem osoby trzecie. Osoby trzecie odpowiadają również za odsetki za zwłokę od zaległości podatkowych i koszty egzekucyjne, w myśl art. 107 § 2 pkt 2 i 4 Ordynacji podatkowej. O odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej organ podatkowy orzeka w drodze decyzji (art. 108§1 Ordynacji podatkowej).

W myśl z art. 23 ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, od nieopłaconych w terminie składek należne są od płatnika składek odsetki za zwłokę, na zasadach i w wysokości określonych w Ordynacji podatkowej. Według art. 53§1 Ordynacji podatkowej od zaległości podatkowych naliczane są odsetki za zwłokę. Odsetki za zwłokę nalicza podatnik, płatnik, inkasent, następca prawny lub osoba trzecia odpowiadająca za zaległości podatkowe (art. 53§3 Ordynacji podatkowej). Odsetki za zwłokę naliczone są od dnia następującego po dniu upływu terminu płatności podatku lub terminu, w którym płatnik lub inkasent był obowiązany dokonać wpłaty podatku na rachunek organu podatkowego (art. 53 § 4 Ordynacji podatkowej). Zgodnie z art. 56 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa stawka odsetek za zwłokę jest równa sumie 200 % podstawowej stopy oprocentowania kredytu lombardowego, ustalonej zgodnie z przepisami o Narodowym Banku Polskim, i 2 %, z tym że stawka ta nie może być niższa niż 8 %. W myśl art. 55 wyżej wymienionej ustawy odsetki za zwłokę wpłacane są bez wezwania organu podatkowego. Jeżeli dokonana wpłata nie pokrywa kwoty zaległości podatkowej wraz z odsetkami za zwłokę, wpłatę tę zalicza się proporcjonalnie na poczet kwoty zaległości podatkowej oraz kwoty odsetek za zwłokę w stosunku, w jakim w dniu wpłaty, pozostaje kwota zaległości podatkowej do kwoty odsetek za zwłokę. W myśl art. 63 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa podstawy opodatkowania,

kwoty podatków, odsetki za zwłokę, opłaty prolongacyjne, oprocentowanie nadpłat oraz wynagrodzenia przysługujące płatnikom i inkasentom zaokrągliła się do pełnych złotych w ten sposób, że końcówki kwot wynoszące mniej niż 50 groszy pomija się, a końcówki kwot wynoszące 50 i więcej groszy podwyższa się do pełnych złotych, z zastrzeżeniem § 1a i 2.

Jak wynika z zeznań świadka, odwołujący jako członek zarządu miał swobodny dostęp do dokumentacji związanej z prowadzeniem spraw spółki. Miał także świadomość jej trudności finansowych. W tej sytuacji posiadał realne możliwości podejmowania działań służących zabezpieczeniu interesów spółki, w tym kontroli jej sytuacji finansowej.

Zatem za udowodnione w przedmiotowej sprawie należy uznać dwie przesłanki, których wykazanie leżało po stronie ZUS, a mianowicie, iż odwołujący pełnił funkcję członka zarządu spółki (...) sp. z o.o. w okresach wskazanych w zaskarżonej decyzji oraz przesłankę bezskuteczności egzekucji.

Odwołujący nawet nie próbował wykazywać w niniejszej sprawie, że wniosek o ogłoszenie upadłości zgłoszono we właściwym czasie lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) i że wskazał mienie, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części. Powoływał się jedynie na to, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego), nastąpiło bez jego winy.

W ocenie Sądu ten argument nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zaniechania ustanowionego przez niego pełnomocnika w osobie radcy prawnego - P. J. (1) obciążają odwołującego.

Odwołujący, powierzając osobie trzeciej wykonanie ciężącego na nim obowiązku wszczęcia postępowania upadłościowego zaufał tej osobie na własne ryzyko. Ponosi odpowiedzialność za działania i zaniechania tej osoby, ale co więcej w ocenie Sądu odwołujący nie wykazał, że zrobił wszystko co w jego mocy, by uniknąć i zapobiec temu co się stało. Wyjaśnienia odwołującego wskazują, że ponieważ powierzył prowadzenie sprawy upadłości fachowemu pełnomocnikowi, to czuł się zwolniony z bieżącego monitorowania tej sprawy i całkowicie zrezygnował z kontrolowania i nadzorowania pełnomocnika. To właśnie zaniechanie, zawinione przez odwołującego sprawiło, że o tym, iż wniosek o ogłoszenie upadłości kierowanego przez niego podmiotu został zwrócony jeszcze w 2009 r. dowiedział się dopiero w 2011 r. Odwołujący całkowicie polegał na pełnomocniku, a przecież mógł i powinien był osobiście zasięgać informacji w sądzie na temat przebiegu postępowania upadłościowego. Zrobił to w czerwcu 2011 r. tymczasem mógł i powinien był upewnić się, że wniosek o ogłoszenie upadłości został przyjęty i jest rozpoznawany przez sąd jeszcze w 2009 r. Nie zrobił tego przez prawie 2 lata i ta okoliczność czyni go winnym niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym terminie, tj. nie później niż w lipcu 2009 r. Odwołujący wskazał bowiem, że jego zdaniem wniosek o ogłoszenie upadłości powinien być zgłoszony przed datą zapadalności należności wobec (...) Bank (...) S.A.tj. przed 30 lipca 2019 r., ponieważ dopiero z tą chwilą przewidywał zaistnienie stanu niewypłacalności spółki, gdyż spółka nie byłaby w stanie wywiązać się z umowy zawartej z tym Bankiem.

Mając powyższe na uwadze, Sąd na podstawie art. 477¹⁴§1 k.p.c. w punkcie 1 wyroku oddalił wniesione odwołanie. O kosztach zastępstwa procesowego objętych punktem 2 wyroku, należnych organowi rentowemu, orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z §6 ust 6 i 7 w związku z §2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.) i zasądzono od odwołującego L. B. kwotę 3.600,00 zł na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, I Oddział w P., tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Apelację od powołanego rozstrzygnięcia wywiódł L. B. domagając się zmiany wyroku i uwzględnienia odwołania przy zasądzeniu od strony przeciwnej kosztów procesu za I i II instancję.

Zarzuty apelacji objęły:

-naruszenie art.233§1 k.p.c. poprzez błędną, sprzeczną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenę zeznań świadka P. W. i odwołującego oraz dokumentów zebranych w aktach sprawy 3Ds 2755/11/12 i pisma P. J. (1) do odwołującego z dnia 17 lipca 2011 r.

-naruszenie art.232 k.p.c. poprzez uznanie przez sąd orzekający, że odwołujący nie wykazał braku po swej stronie winy w niezgłoszeniu wniosku o upadłość we właściwym terminie na co wskazują dowody naprowadzone wyżej,

-naruszenie art.116§1 pkt 1b ustawy Ordynacja podatkowa poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że sytuacja opisana w stanie faktycznym jest równoznaczna z akceptacją zaniedbań ustanowionego pełnomocnika i brakiem reakcji mocodawcy, podczas gdy ustanowiony pełnomocnik był profesjonalistą, celowo wprowadzał odwołującego w błąd przy czym dodatkowo działał w stanie zniesionej zdolności do rozpoznania znaczenia swych czynów i pokierowania swoim postępowaniem , czego odwołujący nie wiedział i nie mógł podejrzewać.

Pozwany organ rentowy wniosł o oddalenie apelacji oraz zasądzenie od przeciwnika procesowego na swą rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja L. B. jest zasadna. Prowadzi do uchylecia zaskarżonego orzeczenia i przekazania sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania z uwagi na nierozpoznanie istoty sporu.

Na wstępie Sąd Apelacyjny wskazuje, że akceptuje ustalenia stanu faktycznego poczynione na etapie postępowania pierwszo instancyjnego, z tym uzupełnieniem, że na podstawie akt sprawy Sądu Rejonowego Poznań Stare Miasto w P. XIGU 166/09 oraz XIGU 191/09 ustalono, że w dniu 10 czerwca 2009 r. działający z upoważnienia odwołującego radca prawny P. J. (1) złożył wniosek o ogłoszenie upadłości (...) sp. z o.o. w P.. Do wniosku przedłożono : wypis KRS spółki, wezwanie do spłaty przez spółkę wymagalnego zadłużenia ze strony (...) Bank (...) SA z 28 maja 2009 r., wykaz majątku spółki, aktualne sprawozdanie finansowe, bilans, zestawienie zobowiązań publiczno-prawnych spółki, kredytów i zobowiązań wobec pracowników, oświadczenie o spłatach wierzytelności, zestawienie wierzytelności rozliczonych, spis wierzytelności spółki, informacje o prowadzonych wobec spółki postępowaniach oraz danych reprezentantów spółki i tytułów wykonawczych. Zarządzeniem z 16 czerwca 2009 r. sąd zwrócił wniosek z uwagi na brak prawidłowego spisu wierzycieli, brak prawidłowego spisu podmiotów zobowiązanych majątkowo wobec dłużnika przy braku podania przyczyn niedołączenia tych dokumentów przy wniosku. Odpis zarządzenia doręczono r.pr.P. J. w dniu 23 czerwca 2009 r.

W dniu 7 lipca 2009 r. pełnomocnik odwołującego złożył do sądu „wniosek o wpisanie sprawy na nowo” wskazując na dołączenie przy wniosku pisma z uzupełnionymi brakami (brak wskazanych : spisu wierzycieli oraz spisu podmiotów zobowiązanych majątkowo wobec dłużnika). Zarządzeniem z 27 lipca 2009 r. wniosek zwrócono, odpis zarządzenia doręczono r.pr.P. J. z dacie 10 sierpnia 2009 r.

Powyzsze ustalenia poczyniono na podstawie dokumentów urzędowych w aktach wymienionych wyżej spraw sądowych.

W uznaniu Sądu II instancji prawidłowo zdefiniował sąd I instancji podstawy materialnoprawne zaskarżonej decyzji i późniejszego rozstrzygnięcia sądowego.

Zgodnie z brzmieniem art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 r., Nr 205, poz. 1585 ze zm.) – dalej ustawa systemowa, do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja Podatkowa (Dz. U. Nr 137. poz. 926 ze zm.) – w dalszej części ordynacja podatkowa, w tym m.in. art. 116. Przepis ten przewiduje, iż członkowie zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością odpowiadają za jej zobowiązania solidarnie całym swoim majątkiem, jeśli egzekucja przeciwko spółce okaże się w całości lub w części bezskuteczna. Wyłączenie odpowiedzialności może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy członek zarządu wykaże, że wniosek o ogłoszenie upadłości zgłoszono we

właściwym czasie lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo gdy niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego), nastąpiło bez jego winy, bądź też wskaże mienie, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części. Powyższa odpowiedzialność obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu, przy czym regulacje te odnoszą się także do byłych członków zarządu.

W opinii Sądu Apelacyjnego – dzieląc w tej mierze zarzuty apelacji – w sprawie dokonano nieprawidłowej subsumcji przywołanej normy prawnej do ustalonego w sprawie stanu faktycznego .

Sąd Okręgowy przyjął, że wniosek o upadłość zgłoszony skutecznie 25 lipca 2011 r. był wnioskiem spóźnionym , zaś linia obrony odwołującego polegająca na powoływaniu argumentu, iż wcześniejsze wnioski nie zostały skutecznie złożone bez jego winy nie może być skuteczna. Przemawiać ma za tym przyjęcie przez sąd, że zaniechania ustanowionego przez odwołującego pełnomocnika w osobie P. J. (1) obciążają wprost samego odwołującego.

Takie stanowisko sądu I instancji nie zasługuje na akceptację.

Na wstępie przywołać należy, że art.116 Ordynacji podatkowej definiuje dwie płaszczyzny badania przesłanek ekskulacji członka zarządu.

Po pierwsze – członek zarządu może wykazać, że zgłoszenie wniosku o upadłość nastąpiło we właściwym czasie, po drugie – że niezgłoszenie wniosku o upadłość nie obciąża jego osoby pod kątem winy za zaniechanie w jego złożeniu. Reasumując: gdy został zgłoszony wniosek o upadłość obrona polega na wykazywaniu jego zgłoszenia we właściwym czasie, podczas gdy brak winy może być badany wyłącznie w wypadku braku zgłoszenia wniosku o upadłość.

Z zasad przywołanych wyżej dla rozpoznawanej sprawy wynikałoby zatem w uznaniu Sądu Apelacyjnego co do zasady konieczność badania, czy wniosek z 25 lipca 2011 r. został zgłoszony we właściwym czasie. Jednakże zauważyć trzeba, że z akt sprawy wynika, iż pozwany zaskarżył się z masy upadłości na kwotę 70752,73 zł przy zgłoszonej wierzytelności w wysokości 242130,57 zł . Wobec tego faktu przyjąć można że wniosek ten został zgłoszony z opóźnieniem. Takie założenie poczynił zresztą sąd I instancji wskazując na postawę samego odwołującego, który nie podnosił, iż zgłosił we właściwym czasie przedmiotowy wniosek.

Stwierdzenie to nie zamyka jednak zdaniem sądu II instancji możliwości udowodnienia drugiej przesłanki uwalniającej od odpowiedzialności, to jest braku winy w niezgłoszeniu wniosku. Błędnie w konsekwencji uznał sąd I instancji, że odwołujący nie może skutecznie bronić się tym, iż nie ponosi winy za zaniechania swego pełnomocnika .

Wskazać należy, że przesłanką odpowiedzialności członka zarządu z art.116 Ordynacji podatkowej jest wina polegająca na nieprawidłowym prowadzeniu spraw spółki i doprowadzenie do utraty „zdolności majątkowej” spółki, powodującej bezskuteczność egzekucji przeciwko niej (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2003 r., IV CK 219/02, niepublikowany oraz z dnia 13 lipca 2005 r., I UK 292/04, OSNP z 2006 r., nr 5-6, poz. 100).

Członek zarządu niewypłacalnej spółki może więc uwolnić się od odpowiedzialności, chociaż dług nie zostanie spłacony, jeżeli - mimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie - wykaże należyte pełnienie swych obowiązków. Profesjonalizm wymagany od członków zarządu spółki kapitałowej, a także wynikająca z niego podwyższona staranność (art. 355 § 2 KC), pozwala na przyjęcie, że każdy członek zarządu obowiązany jest kontrolować sytuację w spółce przynajmniej z taką uwagą, która pozawala na zorientowanie się, iż jest ona niewypłacalna i że należy wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Takiej kontroli dokonał odwołujący wiosną 2009 roku i zdecydował o powierzeniu spraw związanych z wnioskiem o upadłość profesjonalnemu pełnomocnikowi. Z uznanych przez sąd I instancji zeznań świadka P. W. wprost wynika, że odwołujący przewidywał (wobec rosnących kursów walutowych) niemożliwość zaspokojenia (...) Bank SA a przez to wzrost ryzyka gospodarczego funkcjonowania spółki. Wymagalność opcji walutowych przypadała na lipiec, stąd decyzja o powierzeniu prowadzenia sprawy upadłościowej fachowemu pełnomocnikowi. Sam świadek przed czerwcem 2009 kilkakrotnie konsultował się z r.pr.

P. J. . Okazywane następnie przez niego postanowienia sądu upadłościowego nie wzbudzały jakichkolwiek podejrzeń, nawet u urzędnika skarbowego który na ich podstawie odstąpił od czynności.

Jak wynika ze stanu sprawy (akta Prokuratury Rejonowej P. 3Ds 2755/11/12) radca prawny P. J. (1) w okresie od marca 2009 r. do 13 lipca 2011 r. działając z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w kwocie 8540 zł otrzymanej jako wynagrodzenie za doradztwo prawne w zakresie postępowania upadłościowego (...) sp.z o.o. w P. wprowadził w błąd zarząd spółki (odwołującego) co do faktu prowadzenia postępowania upadłościowego , przedkładając jako autentyczne uprzednio przez siebie podrobione odpisy postanowień Sądu Rejonowego Poznań Stare Miasto Wydział XI Gospodarczy w sprawie XIGUp 199/09 z dnia 9 września 2010 r. i w sprawie XIGUp 199/09 z dnia 10 lutego 2010 r. P. J. (1) w prowadzonym postępowaniu przygotowawczym przyznał się do przedłożenia odwołującemu opisanych wyżej podrobionych dokumentów . W okresie wskazanym wyżej miał on jednak znieśioną zdolność rozpoznania znaczenia tych czynów i kierowania swoim postępowaniem z uwagi na chorobę afektywną dwubiegunową w okresie remisji.

Mając na względzie powyższe ustalenia rację ma apelujący, że wbrew stanowisku sądu I instancji przywołującego linię orzeczniczą sądów w typowych sprawach dotyczących zaniechań fachowych pełnomocników, do rozpoznawanej sprawy stosowanie swoistego rodzaju „kalki” jest nie do pogodzenia z zasadami racjonalnego stosowania prawa. Odwołujący – obcokrajowiec prowadzący w Rzeczypospolitej Polskiej działalność gospodarczą – mógł działać w pełnym zaufaniu do fachowego pełnomocnika ustanowionego spośród radców prawnych. Uwypuklić należy, że zgodnie z ustawą z 6 lipca 1982 roku o radcach prawnych radca prawny podczas i w związku z wykonywaniem czynności zawodowych korzysta z ochrony prawnej przysługującej sędziemu i prokuratorowi. Niewątpliwie jest osobą zaufania publicznego. Tymczasem – jak wynika z akt sprawy powołany pełnomocnik wprowadzał odwołującego w błąd co do stanu sprawy upadłościowej (rzekomo w toku) , posługując się przy tym sfałszowanymi dokumentami sądowymi. Co istotne – prócz braku winy wyborze mamy dodatkowo do czynienia z niepoczytalnością samego pełnomocnika, czego w żaden sposób odwołujący nie mógł przewidzieć. W sprawach , których materię powołał sąd I instancji przywołując orzecznictwo sądowe, niewątpliwie możliwe jest dochodzenie naprawienia szkody wywołanej zaniechaniami pełnomocnika od niego osobiście. Tymczasem w rozpoznawanym stanie rzeczy z uwagi na niepoczytalność pełnomocnika nie było możliwe w ogóle uruchomienie tego procesu, co wprost wynika z przedłożonych sądowi pism ubezpieczyciela kierowanych do odwołującego.

Jak zaznaczono powyżej ocenę braku winy członka zarządu można analizować jedynie w wypadku gdy wniosek o upadłość nie został zgłoszony, gdy tymczasem w sprawie skutecznie taki wniosek przedstawiono w dniu 25 lipca 2011 r. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, mając na względzie wyjątkową sytuację opisaną w stanie faktycznym zastosować należy pewnego rodzaju fikcję. Bez wątplenia – co wynika z obowiązków członka zarządu spółki kapitałowej ujętych w kodeksie spółek handlowych – decyzja o zgłoszeniu wniosku upadłościowego bądź wniosku o układ jest wynikiem dokonanej analizy sytuacji finansowej zarządzanego podmiotu. Takiej analizy dokonał odwołujący – co wynika z całości materiału sprawy – w czerwcu 2009 r. Jej efektem było zlecenie złożenia wniosku o upadłość . Analizy takiej nie dokonywał natomiast przy składaniu wniosku z 25 lipca 2011 r. Decyzja ta wynikała bezpośrednio z nabycia wiedzy o zaniechaniach swego pełnomocnika i to związanych nie tylko z wprowadzeniem swego mandanta w błąd, ale także z posługiwaniem się sfałszowanymi dokumentami rzekomo pochodzącymi od sądu upadłościowego, mające za cel przekonanie odwołującego o wszczętym i toczącym się postępowaniu upadłościowym.

Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że gdyby odwołujący w ogóle zaniechał zgłoszenia wniosku o upadłość, mógłby w świetle przywołanych na wstępie unormowań bronić się zarzutem braku winy w jego niezgłoszeniu. Powyższe premiowałoby w niedopuszczalny sposób osobę, która unika zgłoszenia wniosku, pozostawiając w gorszym położeniu odwołującego, który w poczuciu odpowiedzialności za sytuację spółki i wierzycieli dokonuje samodzielnie zgłoszenia wniosku z chwilą powzięcia informacji o nieskutecznych działaniach ustanowionego dla tego celu pełnomocnika.

Konsekwencją poczynionych wyżej rozważań winno być przyjęcie, że możliwe jest w tej wyjątkowej sytuacji faktycznej badanie, czy niezgłoszenie wniosku o upadłość w czerwcu 2009 r. i lipcu 2009 r. (wniosek został zwrócony) nastąpiło bez winy odwołującego. W pierwszym rzędzie należałoby ustalić, czy wówczas zgłoszony wniosek byłby wnioskiem

zgłoszonym we właściwym czasie. Oczywiście jest bowiem, że zastosowanie art. 116 § 1 pkt 1 lit. a ustawy Ordynacja podatkowa wymaga ustalenia braku winy członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości lub o wszczęcie postępowania układowego w odniesieniu do chwili, w której powstał obowiązek zgłoszenia takiego wniosku, a nie do okresu późniejszego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2008 r., I UK 39/08, OSNP 2010 Nr 7-8, poz. 97). Zgodnie z zasadami rozkładu ciężaru dowodów to na odwołującym ciążyć będzie przedłożenie całości materiału dowodowego jaki posłuży biegłemu z zakresu finansów spółek i księgowości dla wskazania właściwej daty zgłoszenia wniosku o upadłość (...) sp. z o.o. w P..

Mając na względzie całość przywołanej wyżej argumentacji orzeczono jak w sentencji kierując się brzmieniem art.386§4 k.p.c.

del. SSO Renata Pohl	SSA Marta Sawińska	SSA Małgorzata Woźniak-Zendran
----------------------	--------------------	--------------------------------