



Sygn. akt I UK 113/11

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 października 2011 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Józef Iwulski (przewodniczący)

SSN Katarzyna Gonera (sprawozdawca)

SSN Zbigniew Korzeniowski

w sprawie z odwołania Krzysztofa K.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych
z udziałem zainteresowanych Marka G., Andrzeja M.
o przeniesienie odpowiedzialności za należności z tytułu składek na ubezpieczenia,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 4 października 2011 r.,
skargi kasacyjnej ubezpieczonego od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 12 października 2010 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i orzeczenia o
kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Zakład Ubezpieczeń Społecznych decyzją z 7 grudnia 2007 r. przeniósł na Krzysztofa K. jako członka zarządu, a następnie prezesa spółki „E. nr 2 K.” S.A. w, odpowiedzialność za zobowiązania z tytułu nieuiszczonych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od stycznia 2002 r. do września 2002 r. wraz z odsetkami za zwłokę naliczonymi na dzień wydania decyzji. Łączna wartość zaległości składowych z odsetkami wyniosła 1.545.607,47 zł.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł Krzysztof K.

Sąd Okręgowy – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z 21 stycznia 2010 r., zmienił zaskarżoną decyzję i ustalił, że Krzysztof K. nie jest odpowiedzialny za zobowiązania „E. nr 2 K.” S.A. za zaległe składki na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Sąd Okręgowy ustalił, że odwołujący się, z zawodu technik elektronik, był członkiem zarządu „E. nr 2 K.” S.A. wraz z Jackiem P., który zmarł 10 marca 2005 r. Od czerwca 2001 r. do chwili ogłoszenia upadłości spółki, tj. do września 2002 r., odwołujący się pełnił funkcję prezesa zarządu spółki. Spółka świadczyła usługi elektroinstalacyjne głównie dla spółek z udziałem Skarbu Państwa. W 2001 r. spółki Skarbu Państwa miały poważne problemy finansowe i nie regulowały swoich terminowych zobowiązań, najpoważniejszy kontrahent „E. nr 2 K.” S.A. – Huta Stali im. Tadeusza Sendzimira S.A. we wrześniu 2001 r. rozpoczęła postępowanie układowe. Z tego też powodu wierzytelności „E. nr 2 K.” S.A. zostały zredukowane o 60% i rozłożone na 5 lat. Po tych zdarzeniach zarząd spółki rozpoczął program naprawczy przez reorganizację i redukcję zatrudnienia.

Wniosek o otwarcie postępowania układowego dla „E. nr 2 K.” S.A. zarząd spółki zgłosił po raz pierwszy 23 stycznia 2002 r. Postanowieniem z 7 marca 2002 r. wniosek ten został oddalony (Ukl 3/02/S). Ponowny wniosek o wszczęcie postępowania układowego zarząd spółki złożył 17 kwietnia 2002 r. Postępowanie to połączono ze wszczętym wcześniej z wniosku wierzyciela spółki – Towarzystwa

Inwestycyjnego A. spółki z o.o. – postępowaniem upadłościowym. Postanowieniem z 17 września 2002 r. Sąd Rejonowy ogłosił upadłość spółki. Wniosek samej spółki o otwarcie postępowania układowego został oddalony, gdyż Sąd Rejonowy uznał, że wniosek nie był usprawiedliwiony gospodarczo i nie odpowiadał interesom wierzycieli spółki w stopniu wyższym niż ogłoszenie upadłości. Postanowieniem z 18 czerwca 2007 r. Sąd Rejonowy zakończył postępowanie upadłościowe. Jednocześnie Sąd Rejonowy w postanowieniu z 10 marca 2005 r. uznał, że wobec odwołującego się brak jest podstaw do orzeczenia na podstawie art. 17² § 1 w związku z art. 5 § 1 i 2 Prawa upadłościowego z 1934 r. zakazu prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek oraz pełnienia funkcji reprezentanta lub pełnomocnika przedsiębiorcy, członka rady nadzorczej i komisji rewizyjnej w spółce akcyjnej, spółce z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółdzielni.

Prowadzona wobec spółki egzekucja zakończyła się jedynie częściowym zaspokojeniem wierzycieli przy całkowitej likwidacji majątku masy upadłości. W postępowaniu upadłościowym wierzytelności ZUS nie zostały zaspokojone z uwagi na to, że egzekucja okazała się w tym zakresie bezskuteczna.

Rozpatrując kwestię zgłoszenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości albo wniosku o otwarcie postępowania układowego Sąd Okręgowy uznał, że zadłużenie spółki nastąpiło na skutek wyjątkowych i niezależnych od niej okoliczności (trudna sytuacja na rynku budowlanym przejawiająca się w zmniejszeniu ilości zamówień na świadczone usługi). W szczególności o kłopotach spółki zadecydowało zaprzestanie terminowego regulowania wymagalnych należności za wykonane prace przez jej kontrahentów, pozostających w likwidacji, upadłości lub w postępowaniu układowym. W tej sytuacji Sąd Okręgowy stwierdził, że brak jest podstaw do przeniesienia na odwołującego się odpowiedzialności za zobowiązania spółki z tytułu należnych składek, gdyż z jego strony zostało zapewnione odpowiednie kierowanie spółką i podejmowanie we właściwym czasie czynności zmierzających do zachowania płynności finansowej spółki – w tym zabieganie o restrukturyzację, wystąpienie z wnioskiem o otwarcie postępowania układowego – które to działania wyłączają odpowiedzialność członka zarządu spółki na zasadzie winy. Wobec odwołującego się nie orzeczono zakazu prowadzenia działalności gospodarczej na podstawie art. 17² § 1 w związku z art. 5

§ 1 i 2 Prawa upadłościowego z 1934 r., co potwierdza zasadność czynności podejmowanych przez niego jako członka zarządu.

Apelację od powyższego wyroku złożył organ rentowy, wnosząc o jego zmianę i oddalenie odwołania. Organ rentowy zarzucił naruszenie art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, polegające na przyjęciu, że zaprzestanie płacenia długów przez spółkę akcyjną wskutek wyjątkowych i niezależnych od członka zarządu okoliczności stanowi o wyłączeniu jego odpowiedzialności, oraz na uznaniu, że orzeczenie sądu gospodarczego o braku podstaw do pozbawienia prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek oraz pełnienia funkcji reprezentanta lub pełnomocnika przedsiębiorcy, członka rady nadzorczej i komisji rewizyjnej w spółce akcyjnej, z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółdzielni, świadczy o braku winy członka zarządu w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęciu postępowania układowego. Sąd pierwszej instancji błędnie przyjął, że zabieganie o restrukturyzację i wystąpienie z podaniem o otwarcie postępowania układowego wyklucza winę odwołującego się. Organ rentowy podniósł, że odwołujący się jako prezes zarządu ponosi winę za składanie nieuzasadnionych podań o otwarcie postępowania układowego i proponowanie nierealnych programów restrukturyzacyjnych, czyli za podejmowanie działań pozorujących działania realne. Spółka przedstawiła biznesplan niepoparty wskazaniem realnych środków na jego realizację. Ujęte w biznesplanie dofinansowanie w kwocie 5.000.000 zł i przewidywany zysk w latach 2002-2007 nie pokrywały straty wynoszącej po 2001 r. 15.000.000 zł. Spółka przedstawiła program postępowania restrukturyzacyjnego, również niepoparty żadnymi konkretnymi i faktycznymi działaniami sanacyjnymi, który z uwagi na skalę zadłużenia i pozostawanie poza ewentualnym układem długu publicznego w kwocie ponad 11.000.000 zł wskazywał na konieczność ogłoszenia upadłości z uwagi na interes wierzycieli. Organ rentowy podniósł również, że nieorzeczenie przez sąd o pozbawieniu odwołującego się prawa prowadzenia działalności gospodarczej na podstawie art. 17² Prawa upadłościowego nie jest warunkiem orzeczenia o jego odpowiedzialności przewidzianej w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej.

Sąd Apelacyjny– Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z 12 października 2010 r., uwzględnił apelację organu rentowego, zmienił zaskarżony wyrok i oddalił odwołanie.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że istota sporu sprowadzała się do ustalenia czy zostały spełnione przesłanki obciążenia odwołującego się odpowiedzialnością za zobowiązania „E. nr 2 K.” S.A. z tytułu niezapłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Sąd Okręgowy błędnie przyjął, że zostały spełnione przesłanki wyłączające subsydiarną odpowiedzialność odwołującego się za zobowiązania spółki, w której pełnił funkcję członka zarządu. Wyłączenie odpowiedzialności członka zarządu wymaga wykazania przez niego istnienia negatywnych przesłanek orzeczenia o odpowiedzialności, w szczególności, że we właściwym czasie zgłosił wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczął postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo że niezgłoszenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy, ewentualnie wskazanie mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie wierzycieli w znacznej części. W rozpoznawanej sprawie, w której egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna, rozważenia wymagało istnienie okoliczności egzoneracyjnych, pozwalających na uniknięcie przez członka zarządu odpowiedzialności, w szczególności chodziło o ustalenie, czy we właściwym czasie wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe).

Zdaniem Sądu drugiej instancji, kluczowe znaczenie ma postanowienie Sądu Rejonowego z 17 września 2002 r. Połączenie do wspólnego rozpoznania podania dłużnika „E. nr 2 K.” S.A. o otwarcie postępowania układowego oraz wniosku wierzyciela Towarzystwa Inwestycyjnego A. spółki z o.o. o ogłoszenie upadłości dłużnika zakończyło się ogłoszeniem upadłości spółki. Podanie dłużnika o otwarcie postępowania układowego zostało oddalone. W uzasadnieniu tego postanowienia sąd gospodarczy ocenił, że inicjatywa podjęta przez dłużnika nie była usprawiedliwiona gospodarczo i nie odpowiadała interesom wierzycieli w stopniu wyższym niż ogłoszenie jego upadłości, co wyłączało tym samym zasadność

dopuszczenia przez sąd do otwarcia postępowania układowego. Już w 1998 r. strata z tytułu działalności spółki wynosiła 840.000 zł, natomiast w 2000 r. – 4.000.000 zł, a w 2001 r. – 10.000.000 zł. Według bilansu sporządzonego na dzień 30 kwietnia 2002 r. majątek spółki wyniósł 17.338.952,33 zł, zaś zobowiązania zostały oszacowane na kwotę 27.281.262,57 zł. Spółka w okresie od 1 stycznia 2002 r. do 30 kwietnia 2002 r. poniosła stratę w wysokości 1.683.264,77 zł, natomiast strata powstała w latach 1999-2001 r. nierozliczona do 30 kwietnia 2002 r. wyniosła 14.879.816,18 zł. Dłużnik w sposób trwały zaprzestał płacenia wymagalnych należności. O sukcesywnym wzroście zadłużenia spółki świadczy fakt, że na dzień 31 grudnia 2001 r. wydano 90 tytułów egzekucyjnych (do podania z 17 kwietnia 2002 r. załączono wykaz 105 tytułów sądowych). Ponadto 40% z ogólnej liczby swoich wierzytelności spółka „E. nr 2 K.” S.A. miała u podmiotów, w stosunku do których została ogłoszona upadłość.

Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko organu rentowego, że wniosek o upadłość nie został złożony we właściwym czasie. Świadczy o tym sam fakt oddalenia podania spółki o otwarcie postępowania układowego i ogłoszenie jej upadłości na podstawie wniosku zgłoszonego przez jej wierzyciela. Bezsporne w tej sytuacji jest, że podjęte przez odwołującego się działania były spóźnione. Przedstawiony przez niego program restrukturyzacji spółki nie zawierał żadnych konkretnych ustaleń, w szczególności w kwestii dofinansowania spółki, opierając się w tym zakresie jedynie na niepewnych założeniach.

Sąd Apelacyjny uznał, że odwołujący się podjął działania mogące wyłączyć jego odpowiedzialności za zobowiązania spółki już po upływie właściwego czasu, o którym mowa w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2008 r., I UK 172/07 (OSNP 2009, nr 3-4, poz. 51), wszczęcie postępowania układowego we właściwym czasie w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej oznacza wszczęcie go w takiej chwili, że realne jest zaspokojenie przez spółkę w całości należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych jako uprzywilejowanego wierzyciela wyłączonego z układu z mocy ustawy. Ocena, czy wszczęcie tego postępowania nastąpiło we właściwym czasie, powinna być dokonana *ex ante*, a więc z perspektywy sytuacji istniejącej w dniu wszczęcia postępowania

układowego. Zwolnienie członka zarządu z odpowiedzialności wymaga nie tylko złożenia prawidłowego wniosku, lecz także wydania przez sąd gospodarczy postanowienia uwzględniającego podanie o otwarcie postępowania układowego. Skoro sąd oddalił podanie o otwarcie postępowania układowego i ogłosił upadłość spółki, to należy uznać, że brak było realnych szans na zaspokojenie należności przysługujących organowi rentowemu w razie otwarcia postępowania układowego. Potwierdza to jednoznacznie, że podanie zostało złożone po upływie właściwego czasu.

W ocenie Sądu Apelacyjnego przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że zadłużenie spółki nastąpiło wskutek wyjątkowych i niezależnych okoliczności, nie zasługuje na uwzględnienie. Trudna sytuacja na rynku budowlanym, utrata płynności finansowej przez dłużników spółki, powinna zdyscyplinować członków zarządu do podjęcia stosownych działań mających na celu ratowanie sytuacji spółki zamiast oczekiwania na zmianę koniunktury gospodarczej. Nie ma wpływu na ustalenie odpowiedzialności odwołującego się za składki na ubezpieczenia społeczne postanowienie sądu gospodarczego z 10 marca 2005 r. w przedmiocie zakazu, o którym mowa w art. 17² Prawa upadłościowego. Kwestia ta nie ma charakteru prejudycjalnego w stosunku do rozstrzygnięcia o odpowiedzialności członka zarządu za zobowiązania składkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego wniósł w imieniu odwołującego się jego pełnomocnik, zaskarżając wyrok ten w całości. Skarga kasacyjna została oparta na podstawach:

1) naruszenia prawa materialnego, a mianowicie: a) art. 116 § 1 i art. 107 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa w związku z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez ich błędną wykładnię i w konsekwencji uznanie, że decyzja organu rentowego została prawidłowo wydana wyłącznie w stosunku do Krzysztofa K., podczas gdy zgodnie z tymi przepisami organ rentowy powinien był przeprowadzić postępowanie dotyczące przeniesienia odpowiedzialności za zaległości spółki akcyjnej z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne wobec wszystkich osób pełniących funkcję członków zarządu w okresie powstania zaległości i wydać stosowną decyzję wobec wszystkich tych osób; b) art. 116 Ordynacji podatkowej

poprzez zastosowanie tego przepisu jako podstawy prawnej rozstrzygnięcia w brzmieniu obowiązującym od 14 stycznia 2005 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 8 poz. 60), podczas gdy w przedmiotowej sprawie podstawę prawną rozstrzygnięcia powinien stanowić powołany przepis w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2001 r. do 1 stycznia 2003 r. (Dz. U. z 2000 r. Nr 94 poz. 937), a to zgodnie z treścią przepisu intertemporalnego (art. 21 ustawy z dnia 12 września 2002 r. zmieniającej Ordynację podatkową – Dz. U. Nr 169 poz. 1387) oraz z uwagi na materialnoprawny charakter art. 116 Ordynacji podatkowej; c) art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych w związku z art. 116 Ordynacji podatkowej poprzez ich błędną wykładnię i w konsekwencji uznanie za prawidłowe przeniesienie przez organ rentowy na Krzysztofa K. także odpowiedzialności za zaległe składki na ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, podczas gdy powołane przepisy przewidują możliwość przeniesienia na członka zarządu wyłącznie odpowiedzialności za zaległe składki na ubezpieczenia społeczne; d) art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej poprzez jego błędną wykładnię i w konsekwencji uznanie, że okolicznością uwalniającą członka zarządu od odpowiedzialności nie jest złożenie podania o otwarcie postępowania układowego, lecz wymagane jest jego pozytywne rozpatrzenie przez sąd i otwarcie postępowania układowego; tymczasem literalne brzmienie powołanego przepisu jako okoliczność egzoneracyjną wskazuje wszczęcie postępowania układowego, co następuje z chwilą złożenia podania, które nie zostało zwrócone przez sąd, a tym samym z chwilą wniesienia wywołuje skutek prawny polegający na wszczęciu postępowania w sprawie; bezpodstawne uznanie, że postępowanie układowe nie zostało wszczęte a wniosek o ogłoszenie upadłości nie został złożony we właściwym czasie, podczas gdy z materiału dowodowego i ustalonego stanu faktycznego wynika wniosek przeciwny; bezpodstawne uznanie, że odwołujący się nie dołożył należytej staranności w prowadzeniu spraw spółki, podczas gdy podjął on wszelkie racjonalne i zasadne kroki, aby ratować byt spółki i możliwość zaspokojenia jej wierzycieli w warunkach pogorszenia jej sytuacji materialnej na skutek okoliczności całkowicie niezależnych i niezawinionych przez siebie; bezpodstawne pominięcie, że w stosunku do spółki toczyło się postępowanie upadłościowe prawomocnie zakończone w 2007 r., co

oznacza, że w toku prowadzonego postępowania syndyk masy upadłości zakończył wszelkie interesy spółki i zaspokoił wierzycieli, co wskazuje również na to, że wniosek o upadłość został złożony we właściwym czasie i stanowi dla członków zarządu przesłankę egzoneracyjną; e) art. 5 § 1 w związku z art. 5 § 3 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. Prawo upadłościowe poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji nieuwzględnienie, że złożenie podania o otwarcie postępowania układowego wstrzymało bieg terminu do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a zatem do chwili rozpoznania podania o otwarcie postępowania układowego, tj. do 17 września 2002 r., odwołujący się nie miał obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości; f) art. 17² § 1 Prawa upadłościowego poprzez jego błędną wykładnię i stwierdzenie, że rozstrzygnięcie w sprawie dotyczącej zakazu prowadzenia działalności gospodarczej nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, tymczasem w obu postępowaniach sądy badały te same przesłanki, a mianowicie, zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie oraz zawinienie wnioskodawcy w jego niezłożeniu; w oparciu o te same dowody sąd badający sprawę zakazu orzekł, że wobec odwołującego się brak jest podstaw do orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej; Sąd Apelacyjny dochodząc do odmiennych wniosków powinien był wyjaśnić, dlaczego i na jakiej podstawie stwierdził, że wniosek o ogłoszenie upadłości nie został złożony we właściwym czasie, a odwołujący się ponosi za to winę; g) art. 5 k.c. poprzez przyjęcie odpowiedzialności odwołującego się w sytuacji, gdy poczynił on wszelkie starania wymagane przez przepisy prawa przy powstaniu długów zarządzanej przez niego spółki, aby chronić wierzycieli, czyli zgłosił wniosek o otwarcie postępowania układowego, następnie uczestniczył w skutecznie zakończonym postępowaniu upadłościowym, co w konsekwencji stanowi nadużycie przez organ rentowy prawa do przeniesienia odpowiedzialności na członka zarządu spółki, działającego w przekonaniu co do słuszności decyzji wynikających ze społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa;

2) naruszenia przepisów postępowania, a mianowicie art. 316 § 1 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie całości materiału dowodowego i okoliczności istniejących w dacie wyrokowania, w szczególności: (i) tego, że w postępowaniu o ogłoszenie upadłości sąd nie był zobligowany i nie badał, czy

wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony we właściwym czasie, a jeśli nie, to czy członkowie zarządu ponoszą za to winę; okoliczność ta była natomiast badana przez sąd w postępowaniu o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej; tym samym nieuprawnione było przyjęcie przez Sąd Apelacyjny wyłącznie w oparciu o postanowienie o ogłoszeniu upadłości, że wniosek o ogłoszenie upadłości złożono w czasie niewłaściwym i było to zawinione przez skarżącego, skoro w tym postępowaniu okoliczności powyższych nie badano; okoliczności te były badane w postępowaniu o orzeczenie zakazu działalności i sąd orzekł, że brak podstaw do orzeczenia zakazu działalności wobec skarżącego, co Sąd Apelacyjny bezpodstawnie pominął; (ii) złożony w postępowaniu o otwarcie postępowania układowego plan naprawczy nie był „pozorny, bez konkretnych rozwiązań i oparty na założeniach”; jak wynika z treści uzasadnienia postanowienia o ogłoszeniu upadłości główną przeszkodą do otwarcia postępowania układowego w ocenie sądu było zadłużenie narosłe na dzień orzekania (17 września 2002 r.) oraz niezłączenie do podania wiążących umów o dofinansowanie; podkreślić należy (czego nie wziął pod uwagę Sąd Apelacyjny przyjmując bezkrytycznie argumentację zawartą w uzasadnieniu postanowienia o ogłoszeniu upadłości), że narastające zadłużenie spółki było związane z przeciągającym się rozpoznaniem przez sąd podania o otwarcie postępowania układowego; wnioskodawca wskazał inwestorów gotowych na dofinansowanie programu naprawczego i podkreślił, że wiążące umowy będzie mógł podpisać dopiero po otwarciu postępowania układowego, co nie doszło do skutku z uwagi na odmowę otwarcia postępowania układowego; (iii) w datach składania pierwszego i drugiego podania o otwarcie postępowania układowego plan naprawczy spółki był realny i umożliwiał naprawę finansów spółki, a skarżący nie może ponosić odpowiedzialności za pogorszenie sytuacji spółki na skutek długotrwałego rozpoznawania jego podania; (iv) niewzięcie pod uwagę, że odwołujący się złożył pierwsze podanie o otwarcie postępowania układowego już 23 stycznia 2002 r. i pominięcie tego faktu przy ocenie zaistnienia okoliczności egzoneracyjnych; (v) całkowicie zaniechanie zbadania, czy wydanie decyzji przez organ rentowy było dopuszczalne, tj. czy decyzja organu rentowego została wydana i doręczona z zachowaniem terminu wskazanego w art. 118 § 2 Ordynacji podatkowej (w terminie 5 lat od końca roku kalendarzowego, w którym

powstała zaległość), czy w dacie wydawania decyzji przez organ rentowy wierzytelność wobec spółki (płatnika) nie uległa wygaśnięciu z uwagi na upływ pięcioletniego okresu przedawnienia, która to okoliczność powoduje wygaśnięcie akcesoryjnej odpowiedzialności członków zarządu.

Konieczność przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania skarżący uzasadnił tym, że w sprawie występują istotne zagadnienia prawne wymagające wyjaśnienia, a ponadto istnieje potrzeba wykładni przepisów wywołujących rozbieżności w orzecznictwie, sprowadzające się do udzielenia odpowiedzi na pytania: 1) czy w świetle art. 116 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych organ rentowy powinien prowadzić postępowanie i wydać decyzję w przedmiocie przeniesienia odpowiedzialności za zaległe składki wobec wszystkich osób pełniących funkcje członków zarządu w okresie powstania przedmiotowych zaległości, czy też postępowanie i decyzja mogą dotyczyć tylko niektórych członków zarządu; 2) czy w świetle art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych w związku z art. 116 Ordynacji podatkowej możliwe jest przeniesienie na członka zarządu odpowiedzialności za składki na ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, skoro art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych dotyczy wyłącznie odpowiedzialności za składki na ubezpieczenie społeczne, a art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych przewiduje odpowiednie stosowanie art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych do odpowiedzialności osób trzecich dopiero od 4 grudnia 2009 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 205 poz. 1585) - *a contrario*, do zaległości powstałych przed dniem wejścia w życie przedmiotowej nowelizacji nie powinna mieć ona zastosowania; 3) czy okoliczność egzoneracyjna wskazana w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w postaci wszczęcia postępowania układowego oznacza skuteczne (bez zwrotu) złożenie stosownego podania, co powoduje wszczęcie postępowania w sprawie stosownie do przepisów k.p.c., czy też wymaga otwarcia postępowania układowego, co nie znajduje uzasadnienia w przepisach k.p.c. i następuje już po wstępnym merytorycznym rozpatrzeniu sprawy; 4) czy brak winy członka zarządu spółki w powstaniu zaległości ma jakiegokolwiek znaczenie dla uwolnienia go od odpowiedzialności z art. 116 Ordynacji podatkowej; 5) jakie jest znaczenie art. 5 § 1 i 3 Prawa upadłościowego dla odpowiedzialności z art. 116

Ordynacji podatkowej – czy złożenie podania o otwarcie postępowania układowego wstrzymuje bieg do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, zatem do chwili merytorycznego zakończenia tego postępowania nie można mówić o niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie, a tym samym przenosić na tej podstawie odpowiedzialności na członka zarządu; 6) jakie jest znaczenie orzeczenia wydanego na podstawie art. 17² Prawa upadłościowego o oddaleniu wniosku o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej dla późniejszego postępowania o przeniesienie odpowiedzialności na podstawie art. 116 Ordynacji podatkowej, skoro w ich toku badane są te same przesłanki (czy wniosek o ogłoszenie upadłości złożono we właściwym czasie); 7) czy prawomocne zakończenie postępowania upadłościowego, które doprowadziło do częściowego zaspokojenia wierzycieli, świadczy o tym, że wniosek o ogłoszenie upadłości złożono w czasie właściwym i jest przesłanką egzoneryującą uwalniającą członków zarządu od osobistej odpowiedzialności.

Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie apelacji organu rentowego w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odpowiedź na skargę kasacyjną złożył w imieniu organu rentowego jego pełnomocnik, wnosząc o jej oddalenie oraz zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna podlegała uwzględnieniu, choć nie wszystkie podniesione w niej zarzuty okazały się uzasadnione.

1. Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia o zasadności skargi kasacyjnej miało naruszenie art. 116 § 1 oraz art. 107 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa w związku z art. 31 i art. 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych w wyniku uznania przez Sąd Apelacyjny, że zaskarżona decyzja Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, wydana

wyłącznie w stosunku do odwołującego się, jest prawidłowa w sytuacji, gdy organ rentowy – wbrew treści tych przepisów – nie przeprowadził postępowania wobec wszystkich osób pełniących funkcje członków zarządu w okresie powstania zaległości (od stycznia 2002 r. do września 2002 r.) i wydał decyzję dotyczącą wyłącznie Krzysztofa K., pomijając pozostałe osoby pełniące w tym czasie funkcję członków zarządu spółki (według informacji znajdujących się w aktach sprawy byli to Andrzej M. i Marek G.).

Według uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 15 października 2009 r., I UZP 3/09 (OSNP 2011 nr 1-2, poz. 13, LEX nr 522965) decyzja organu rentowego o przeniesieniu na członków zarządu spółki prawa handlowego odpowiedzialności za zaległości spółki z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne oraz składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i na ubezpieczenie zdrowotne powinna być wydana wobec wszystkich członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (także spółki akcyjnej), którzy pełnili tę funkcję w czasie powstania zaległości składkowych.

W aktualnym orzecznictwie przyjmuje się, że art. 116 § 1 oraz art. 116a Ordynacji podatkowej obligują organ rentowy do objęcia decyzją przenoszącą na członków zarządu spółki odpowiedzialność za zaległości składkowe wszystkich jego członków. Wątpliwości dotyczące tej kwestii zostały ostatecznie rozstrzygnięte – w odniesieniu do zaległości podatkowych – w uchwale składu siedmiu sędziów Naczelnego Sąd Administracyjny z 9 marca 2009 r., I FPS 4/08 (ONSAiWSA 2009 nr 3, poz. 47, LEX nr 486211) stwierdzającej, że art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa nakłada na organ podatkowy obowiązek prowadzenia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności za zaległości podatkowe spółki wobec wszystkich osób mogących ponosić taką odpowiedzialność. W uchwale tej podkreślono, że zgodnie z art. 108 § 1 Ordynacji podatkowej o odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej organ podatkowy orzeka w drodze decyzji. Dopóki zatem decyzja taka wobec osoby trzeciej (osób trzecich) nie zapadnie, dopóty nie można jej (ich) traktować jako dłużnika (dłużników), przez co zasady odpowiedzialności solidarnej nie będą miały wobec niej (nich) zastosowania, co wynika z art. 366 § 1 k.c. Skoro decyzja podatkowa,

podjęta zgodnie art. 108 § 1 Ordynacji podatkowej, kreuje odpowiedzialność za cudze długi (zaległości podatkowe), to dopiero z momentem jej podjęcia można mówić o powstaniu reżimu kształtowanego przepisami Kodeksu cywilnego o odpowiedzialności solidarnej. W konsekwencji staje się oczywiste, że obowiązkiem organu podatkowego jest wszczęcie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności podatkowej osób trzecich przeciwko wszystkim osobom mogącym taką odpowiedzialność ponosić. Wymaganie takie da się bowiem wyprowadzić z treści art. 107 § 1 Ordynacji podatkowej w powiązaniu z regulacjami szczegółowymi (w tym z art. 116 § 1 tej ustawy). Konieczność prowadzenia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności podatkowej osób trzecich przeciwko wszystkim osobom, które taką odpowiedzialność mogą ponosić, determinuje niekwestionowana zasada, że zakres postępowania podatkowego każdorazowo wyznacza norma prawa materialnego. Ta zaś w rozważanym przypadku każe ustalić pełny krąg osób odpowiedzialnych za zaległości podatkowe podmiotów określonych w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej i wszcząć przeciwko nim wszystkim postępowanie. Nakaz ten jednoznacznie potwierdza art. 108 § 1 Ordynacji podatkowej, który, uzależniając odpowiedzialność podatkową osób trzecich od podjęcia decyzji, sprawia, że właśnie w tym orzeczeniu dochodzi między innymi do jej podmiotowej konkretyzacji. Wywołuje to ten skutek, że w przypadku, gdyby organ podatkowy skierował decyzję do niektórych (jednej bądź więcej) osób spośród tych, które mieszczą się w dyspozycji art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, to osoby pominięte podlegałyby wyłączeniu z odpowiedzialności. Taki zaś stan rzeczy byłby z różnych względów niedopuszczalny. Ponadto, tylko w przypadku prowadzenia postępowania przeciwko wszystkim członkom zarządu spółki osoba, która faktycznie wykonała zobowiązanie za podatnika, zyskuje realną gwarancję realizacji swego prawa podmiotowego do regresu, stanowiącego istotny aspekt reżimu odpowiedzialności solidarnej (art. 376 k.c.). O występowaniu takiej potrzeby przekonuje także konieczność zapewnienia wszystkim osobom, potencjalnie odpowiedzialnym za cudzą zaległość podatkową, możliwości obrony własnych interesów, w tym w zakresie dowodzenia przesłanek egzoneracyjnych.

Powyższy pogląd, wraz z przywołaną argumentacją prawną, został podzielony w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 15 października 2009 r., I UZP 3/09 (OSNP 2011 nr 1-2, poz. 13).

Z powyższych rozważań wynika, że organ rentowy ma obowiązek, w razie zaistnienia przesłanek odpowiedzialności osób trzecich za zaległe składki niewyegzekwowane od spółki, rozstrzygnąć w drodze decyzji o odpowiedzialności wszystkich wchodzących w grę osób (członków zarządu spółki), a wyboru dłużnika (członka zarządu spółki), od którego będzie dochodził zaspokojenia wierzytelności, może dokonać dopiero po powstaniu solidarnego zobowiązania. Decyzja kończąca postępowanie w sprawie odpowiedzialności osób trzecich za zaległości składkowe powinna rozstrzygać (pozytywnie lub negatywnie) o odpowiedzialności wszystkich (tak określonych) członków zarządu spółki. W przypadku zatem oceny przez organ rentowy, że jeden z członków zarządu nie ponosi odpowiedzialności za zaległości składkowe, konieczne jest zawarcie tego stwierdzenia w decyzji obejmującej odpowiedzialnością pozostałych członków zarządu spółki (por. wyrok Sądu Najwyższego z 15 lipca 2011 r., I UK 325/10, LEX nr 949020).

Mając na uwadze powyższe zasady odpowiedzialności osób trzecich za zaległości składkowe spółki należy stwierdzić, że w rozpoznawanej sprawie nie było wystarczające samo tylko wezwanie do udziału w postępowaniu sądowym pozostałych osób, które pełniły funkcję członków zarządu spółki „E. nr 2 K.” S.A. w okresie od stycznia 2002 r. do września 2002 r. Należy także rozważyć konsekwencje nieobjęcia zaskarżoną decyzją organu rentowego innych osób (ewentualnie niewydania w stosunku do innych osób przez organ rentowy równoległych decyzji o przeniesieniu także na nich odpowiedzialności za zaległości składkowe albo o uwolnieniu ich od takiej odpowiedzialności). Sąd Okręgowy wezwał do udziału w sprawie – na podstawie art. 477¹¹ § 2 k.p.c. – Andrzeja M. i Marka G. jako zainteresowanych. W związku z podstawą faktyczną wyroku Sądu Okręgowego nie było konieczne na tym etapie postępowania sądowego wyprowadzanie skutków procesowych z faktu nieobjęcia decyzją organu rentowego także tych osób, które pełniły funkcje członków zarządu spółki w okresie, w którym powstały zaległości składkowe. Jednak w sytuacji stwierdzenia przez Sąd Apelacyjny, że istniały podstawy do przeniesienia na skarżącego odpowiedzialności

za zaległości składowe spółki „E. nr 2 K.” S.A., odżyła kwestia pominięcia w decyzji organu rentowego innych osób pełniących w tym czasie funkcję członków zarządu, co oznaczało naruszenie przez organ rentowy art. 116 § 1 oraz art. 107 § 1 Ordynacji podatkowej.

2. Uzasadniony jest również zarzut naruszenie art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 5 § 1 i 3 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe (Dz. U. z 1991 r. Nr 118, poz. 512 ze zm.) w wyniku nieuwzględnienia przez Sąd Apelacyjny konsekwencji złożenia przez skarżącego dwóch kolejnych podań o otwarcie postępowania układowego.

Według art. 5 Prawa upadłościowego z 1934 r. (które ma zastosowanie w rozpoznawanej sprawie ze względu na to, że oceniane zdarzenia miały miejsce w 2001 i 2002 r.), przedsiębiorca jest zobowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia zaprzestania płacenia długów, zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości. Termin ten nie biegnie, a jeżeli rozpoczął bieg, ulega zawieszeniu, gdy przedsiębiorca złożył podanie o otwarcie postępowania układowego. Złożenie podania o otwarcie postępowania układowego wstrzymuje zatem bieg terminu do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Jednak nie oznacza to, że w każdym przypadku samo złożenie podania o otwarcie postępowania układowego stanowi okoliczność egzoneracyjną przewidzianą w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej. Uchylenie odpowiedzialności członka zarządu za zaległości składowe spółki ma miejsce tylko wtedy, gdy członek zarządu wykaże, że podanie o otwarcie postępowania układowego złożył „we właściwym czasie” w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej. Wystarcza przy tym samo złożenie podania o otwarcie postępowania układowego, a nie doprowadzenie do zawarcia układu z wierzycielami, jednak niezależnie od sposobu zakończenia postępowania układowego, podanie o otwarcie postępowania układowego powinno zostać złożone „we właściwym czasie”. Według art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej okolicznością uwalniającą członka zarządu od odpowiedzialności jest samo złożenie podania o otwarcie postępowania układowego, nie jest wymagane jego pozytywne rozpatrzenie przez sąd i otwarcie postępowania układowego (art. 24 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. -

Prawo o postępowaniu układowym, Dz. U. z 1934 r. Nr 93, poz. 836), ponieważ przepis ten jako okoliczność egzoneracyjną traktuje „wszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego)”, co następuje z chwilą złożenia przez dłużnika podania, które nie zostało zwrócone przez sąd z przyczyn formalnych, a nie z chwilą pozytywnego rozpoznania tego podania i otwarcia przez sąd postępowania układowego. Dla wywołania skutków przewidzianych w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej podanie to musi być jednak złożone „we właściwym czasie”.

Określając moment zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej posługuje się elastycznym i niedookreślonym zwrotem „we właściwym czasie”. Użycie przez ustawodawcę takiego określenia i brak odesłania do przepisów Prawa upadłościowego nie jest przypadkowe i z tego względu oceny, czy złożenie wniosku o upadłość nastąpiło we właściwym czasie, należy dokonywać w okolicznościach indywidualnego przypadku, biorąc pod uwagę, że powinno to nastąpić w takim momencie, aby chronić zagrożone interesy wierzycieli, tak żeby po ogłoszeniu upadłości mieli oni możliwość uzyskania równomiernego, choćby tylko częściowego, zaspokojenia z majątku spółki, a ponadto z uwzględnieniem celu, jakiemu uregulowanie zawarte w powołanym przepisie ma służyć, którym jest ochrona należności publicznoprawnych oraz – co do należności składkowych – ochrona Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (por. wyrok Sądu Najwyższego z 1 września 2009 r., I UK 95/09, LEX nr 551001).

Nie można jednak całkowicie pominąć regulacji zawartej w art. 5 Prawa upadłościowego, z której wynika, że zgłoszenie odpowiedniego wniosku „we właściwym czasie” powinno nastąpić co do zasady w ciągu dwóch tygodni od zaprzestania płacenia długów, bo taki termin na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości albo na złożenie podania o otwarcie postępowania układowego przewidują art. 5 § 1 i 3 Prawa upadłościowego. Odstępstwo od terminów przewidzianych w Prawie upadłościowym powinno być uzasadnione okolicznościami konkretnego przypadku, poddanego indywidualnej ocenie.

Wszechwzględność postępowania układowego „we właściwym czasie” w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej oznacza wszczęcie go w takim czasie, że zaspokojenie przez spółkę w całości należności z tytułu składek na ubezpieczenie

społeczne wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (jako uprzywilejowanego wierzyciela wyłączanego z układu z mocy prawa) pozostaje realne. Ocena, czy wszczęcie tego postępowania nastąpiło we właściwym czasie, powinna być dokonana z perspektywy sytuacji istniejącej w dniu wszczęcia postępowania układowego, a nie z uwzględnieniem późniejszych zdarzeń. „Właściwy czas” do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości według art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej nie może być wcześniejszy niż upływ terminu z art. 5 § 1 i 2 Prawa upadłościowego z 1934 r., najczęściej będzie z nim tożsamy, ale może być późniejszy. Początek biegu terminu z art. 5 § 1 Prawa upadłościowego wyznaczony jest przez typowe zwroty niedookreślone takie, jak „trwale” (a nie krótkotrwale - art. 2) „zaprzestanie płacenia długów” (art. 1 § 1). Trudno więc formułować jednolite kryteria oceny w tym przedmiocie, a więc data trwałego zaprzestania płacenia długów może być ustalona jedynie w kontekście konkretnych okoliczności sprawy. To samo dotyczy pojęcia „właściwego czasu” z art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej. Trwale zaprzestanie płacenia długów (art. 1 § 1 i art. 2 Prawa upadłościowego) oznacza, że dłużnik nie tylko obecnie nie płaci długów, ale także nie będzie tego czynił w przyszłości z powodu braku niezbędnych środków. Zaprzestanie płacenia długów zachodzi wtedy, gdy dłużnik z braku środków płatniczych nie płaci przeważającej części swoich wymagalnych długów. Sytuacja taka będzie mieć miejsce także wówczas, gdy dłużnik nie zaspokaja jednego tylko wierzyciela posiadającego znaczną wierzytelność (por. wyrok Sądu Najwyższego z 19 marca 2010 r., II UK 258/09, LEX nr 599776). Z ustaleń Sądu Apelacyjnego nie wynika, kiedy spółka jako dłużnik w sposób trwały zaprzestała płacenia wymagalnych należności (w tym w sposób trwały zaprzestała płacenia wymagalnych należności składkowych). O sukcesywnym wzroście zadłużenia spółki świadczy fakt, że na dzień 31 grudnia 2001 r. wydano 90 tytułów egzekucyjnych. Nie musi, chociaż może, to oznaczać, że wniosek o ogłoszenie upadłości powinien być zgłoszony już w 2001 r.

Należy w związku z tym przypomnieć, że pierwsze podanie o otwarcie postępowania układowego złożone przez skarżącego 23 stycznia 2002 r. odsunęło w czasie obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości tylko do czasu zakończenia tego postępowania, czyli do 7 marca 2002 r. Jeżeli już w tym czasie (na początku 2002 r.) spółka zaprzestała płacenia długów (stała się niewypłacalna),

wniosek o ogłoszenie upadłości powinien być zgłoszony najpóźniej w ciągu dwóch tygodni od zakończenia pierwszego postępowania o otwarcie postępowania układowego. Tymczasem zarząd spółki złożył ponownie podanie o otwarcie postępowania układowego, a nie wniosek o ogłoszenie upadłości, a ponadto uczynił to prawie sześć tygodni po zakończeniu pierwszego postępowania o otwarcie postępowania układowego.

Z ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że pierwszy wniosek o otwarcie postępowania układowego dla „E. nr 2 K.” S.A. zarząd spółki zgłosił 23 stycznia 2002 r. Postanowieniem z 7 marca 2002 r. wniosek ten został oddalony. Ponowny wniosek o wszczęcie postępowania układowego zarząd spółki złożył 17 kwietnia 2002 r., sześć tygodni po oddaleniu pierwszego wniosku. Postępowanie o otwarcie postępowania układowego połączono z wszczętym wcześniej z wniosku wierzyciela spółki postępowaniem upadłościowym. Postanowieniem z 17 września 2002 r. Sąd Rejonowy ogłosił upadłość spółki. Wniosek spółki o otwarcie postępowania układowego został w tym samym czasie oddalony, gdyż Sąd Rejonowy uznał, że nie był on usprawiedliwiony gospodarczo i nie odpowiadał interesom wierzycieli spółki w stopniu wyższym niż ogłoszenie upadłości.

Dokonując oceny, czy zgłoszenie wniosku o upadłość nastąpiło „we właściwym czasie” w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacja podatkowej należy uznać, że powinno to nastąpić w takim momencie, aby zapewnić ochronę zagrożonych interesów wszystkich wierzycieli, czyli aby po ogłoszeniu upadłości wszyscy wierzyciele mieli możliwość uzyskania równomiernego, chociażby tylko częściowego, zaspokojenia z majątku spółki. Przesłanka ta jest spełniona w szczególności wtedy, gdy członek zarządu po ustaleniu, że stan finansowy spółki uzasadnia złożenie wniosku o upadłość, niezwłocznie złoży taki wniosek. Brak winy w niezgłoszeniu wniosku o upadłość nie może polegać na nadziei na wpływy i zyski. Subiektywna ocena sytuacji majątkowej spółki nie świadczy o braku winy; brak winy może być odnoszony jedynie do wyjątkowych sytuacji, w których członek zarządu (prezes) nie ma wiedzy co do rzeczywistej sytuacji w zakresie płacenia zobowiązań przez spółkę z uzasadnionych (obiektywnie) przyczyn i przy dołożeniu należytej staranności nie może tej wiedzy uzyskać albo podjąć stosownych działań (por. wyrok Sądu Najwyższego z 10 lutego 2011 r., II UK 265/10, LEX nr 844740).

Skarżący twierdzi, że zgodnie z art. 5 § 1 i 3 Prawa upadłościowego z 1934 r. złożenie drugiego podania o otwarcie postępowania układowego wstrzymało bieg terminu do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a zatem do chwili rozpoznania drugiego podania o otwarcie postępowania układowego (czyli do 17 września 2002 r.) odwołujący się nie miał obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Można byłoby się zgodzić z taką tezą, gdyby drugi wniosek o otwarcie postępowania układowego (z 17 kwietnia 2002 r.) został złożony „we właściwym czasie” w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej. Nie można jednak przy obecnych ustaleniach faktycznych zaakceptować bezkrytycznie powyższej tezy skarżącego, ponieważ z uzasadnienia zaskarżonego wyroku zdaje się wynikać, że wniosek o ogłoszenie upadłości lub o wszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości powinien być złożony przez członków zarządu spółki na długo przed 17 kwietnia 2002 r. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika jednakże w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, kiedy – w ocenie Sądu Apelacyjnego – zarząd spółki powinien był zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszcząć postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe), aby można było uznać, że doszło do tego „we właściwym czasie” w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej. Ta najbardziej zasadnicza kwestia nie została w sposób jednoznaczny rozstrzygnięta, czyli ustalona i oceniona. Stanowi to zasadniczy mankament zaskarżonego wyroku – Sąd Apelacyjny nie ustalił daty, w której zarząd spółki „E, nr 2 K,” S.A. (w tym odwołujący się jako prezes zarządu) powinien był najpóźniej albo zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości tej spółki, albo złożyć podanie o otwarcie postępowania układowego (traktowane jako wszczęcie postępowania zapobiegające ogłoszeniu upadłości). Przesłanka zgłoszenia odpowiedniego wniosku „we właściwym czasie” jest spełniona w szczególności wtedy, gdy członek zarządu po objęciu swej funkcji i ustaleniu, że stan finansowy spółki uzasadnia złożenie wniosku o upadłość, niezwłocznie złoży taki wniosek (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2011 r., II UK 352/10, LEX nr 989129). Przy ustalaniu „właściwego czasu” sąd ubezpieczeń społecznych może się posłużyć ustaleniami przyjętymi w postępowaniu o ogłoszenie upadłości, może jednak dokonać własnych ustaleń. Wtedy może okazać się przydatne dopuszczenie dowodu z opinii biegłego księgowego w celu ustalenia,

kiedy najpóźniej sytuacja majątkowa spółki uzasadniała zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Decyzję co do kierunku postępowania dowodowego należy jednak pozostawić Sądowi Apelacyjnemu.

3. Nie jest skuteczny zarzut naruszenia art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w wyniku zastosowania przez Sąd Apelacyjny jako podstawy prawnej rozstrzygnięcia tego przepisu w brzmieniu obowiązującym od 14 stycznia 2005 r. (według tekstu jednolitego opublikowanego w Dz.U. z 2005 r. Nr 8 poz. 60), chociaż w rozpoznawanej sprawie podstawę prawną rozstrzygnięcia powinien stanowić powołany przepis w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2001 r. do 1 stycznia 2003 r. (po zmianach wprowadzonych ustawą z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych, Dz.U. z 2000 r. Nr 94 poz. 1037), zgodnie treścią normatywną przepisu intertemporalnego, czyli art. 21 ustawy z dnia 12 września 2002 r. o zmianie ustawy - Ordynacja podatkowa (Dz.U. Nr 169 poz. 1387) oraz z uwagi na materialnoprawny charakter art. 116 Ordynacji podatkowej.

Nie ulega wątpliwości, że do stanu faktycznego poddawanego ocenie w rozpoznawanej sprawie powinien mieć zastosowanie art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2001 r. do 31 grudnia 2002 r., czyli w brzmieniu: „Za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, spółki akcyjnej i spółki akcyjnej w organizacji 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 wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające upadłości (postępowanie układowe) albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z jego winy, bądź też wskaże on mienie, z którego egzekucja jest możliwa.” Sąd Apelacyjny powołał w uzasadnieniu swojego orzeczenia późniejszą wersję tego przepisu (w brzmieniu wynikającym z tekstu jednolitego opublikowanego w Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.), czyli wersję: „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.” Wersje te różnią się między sobą w zakresie niemającym znaczenia dla rozstrzygnięcia rozpoznawanej sprawy. Należności Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z tytułu zaległości składkowych dochodzonych w niniejszym postępowaniu nie zostały zaspokojone w znacznej części, a ich egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna. Z ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że prowadzona wobec spółki egzekucja zakończyła się jedynie częściowym zaspokojeniem wierzycieli przy całkowitej likwidacji majątku masy upadłości. W postępowaniu upadłościowym wierzytelności ZUS nie zostały zaspokojone z uwagi na to, że egzekucja okazała się w tym zakresie bezskuteczna.

Powołanie się przez Sąd Apelacyjny na późniejszą wersję art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej (według tekstu jednolitego z 2005 r., obowiązującego już po nowelizacji tego przepisu, zamiast według tekstu z 2000 r.) może świadczyć o niestaranności tego Sądu w przytaczaniu podstaw prawnych rozstrzygnięcia, ale nie jest dowodem na naruszenie prawa materialnego przez błędne jego zastosowanie.

4. Nie jest uzasadniony zarzut naruszenia art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych w związku z art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w wyniku uznania za prawidłowe przeniesienia przez organ rentowy na odwołującego się także odpowiedzialności za zaległe składki na ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, podczas gdy – według stanowiska skarżącego – powołane przepisy przewidują możliwość przeniesienia na członka zarządu spółki wyłącznie odpowiedzialności za zaległe składki na ubezpieczenia społeczne.

Do stanu faktycznego poddawanego ocenie w rozpoznawanej sprawie miał zastosowanie art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych w brzmieniu

obowiązującym w latach 2001-2002, czyli w wersji: „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.” Dopiero w nowelizacji ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych wprowadzonej ustawą z dnia 19 grudnia 2008 r. o emeryturach pomostowych (Dz.U. Nr 237, poz. 1656) przewidziano bezpośrednio i jednoznacznie, że: „Do składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i Fundusz Emerytur Pomostowych oraz 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, odpowiedzialności osób trzecich i spadkobierców oraz stosowania ulg i umorzeń stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące składek na ubezpieczenia społeczne.” Nie oznacza to jednak, że przed wejściem w życie powołanej nowelizacji, czyli przed 1 stycznia 2010 r., art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej nie miał zastosowania do odpowiedzialności osób trzecich za zaległości z tytułu składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych oraz na ubezpieczenie zdrowotne. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto bowiem, że art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych – także w brzmieniu obowiązującym przed 1 stycznia 2010 r., czyli przed zmianą dokonaną przez art. 45 pkt 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o emeryturach pomostowych – stanowił podstawę odpowiedniego stosowania do składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i na ubezpieczenie zdrowotne przepisów dotyczących odpowiedzialności osób trzecich za zaległości składkowe z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne (art. 32 w związku z art. 31 tej ustawy w związku z art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej).

Kwestia, czy art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, w brzmieniu obowiązującym do 31 grudnia 2009 r., stanowił podstawę do przeniesienia odpowiedzialności za zaległości składkowe na Fundusz Pracy,

Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i na ubezpieczenie zdrowotne na osoby trzecie, był wielokrotnie przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego. Pozytywna odpowiedź na powyższe pytanie zaprezentowana została w uchwałach: z 4 czerwca 2008 r., II UZP 3/08 (OSNP 2009 nr 11-12, poz. 148) oraz z 7 maja 2008 r., II UZP 1/08 (OSNP 2008 nr 23-24, poz. 352; OSP 2009 nr 5, poz. 60 z glosą J. Jankowiaka), gdzie opowiedziano się za szerokim rozumieniem pojęcia „pobór składek” w rozumieniu powyższego przepisu, a więc obejmującym też przeniesienie odpowiedzialności za zaległości składkowe na osoby trzecie. Takie stanowisko potwierdził następnie Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z 15 października 2009 r., II UZP 3/09 (OSNP 2010 nr 13-14, poz. 165), w której stwierdzono, że: „Przepis art. 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz. U. z 2007 r. Nr 11, poz. 74 ze zm.) – także w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 stycznia 2010 r. przed zmianą dokonaną przez art. 45 pkt 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o emeryturach pomostowych (Dz. U. Nr 237, poz. 1656) – stanowi podstawę odpowiedniego stosowania do składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i na ubezpieczenie zdrowotne przepisów dotyczących składek na ubezpieczenia społeczne o odpowiedzialności osób trzecich za zaległości składkowe”. W orzeczeniach tych Sąd Najwyższy stwierdził, że przepisy ustawowe o poborze składek dotyczą przede wszystkim określenia podmiotu zobowiązanego do ich zapłacenia. Podmiotem zobowiązanym do zapłacenia składek może być zarówno następca prawny podmiotu, na którym ciąży obowiązek składkowy, jak i osoba trzecia, na którą przepisy prawa nakładają obowiązek spełnienia – przy istnieniu określonych warunków – zobowiązania składkowego, niespełnionego przez podmiot bezpośrednio zobowiązany. Taką możliwość przewiduje art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, który odsyła do odpowiedniego stosowania, między innymi, art. 115, art. 116, 116a, 117, 118 i 119 Ordynacji podatkowej, tj. do przepisów o odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania podatkowe. Za stosowaniem tego przepisu nie tylko do składek na ubezpieczenie społeczne, ale również do składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych oraz na ubezpieczenie zdrowotne, przemawia wiele argumentów. Zostały one szczegółowo omówione w uzasadnieniu

wyroku Sądu Najwyższego z 28 października 2010 r., II UK 116/10 (LEX nr 688685) oraz w wyroku Sądu Najwyższego z 11 maja 2010 r., II UK 321/08 (LEX nr 785916), dlatego nie ma potrzeby przywoływania ich w tym miejscu ponownie. Z tych przyczyn, wbrew stanowisku skarżącego zawartemu w skardze kasacyjnej, Sąd Apelacyjny prawidłowo uznał za możliwe i dopuszczalne, na podstawie art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych w związku z art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, przeniesienie na odwołującego się odpowiedzialności także z tytułu składek na ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

5. Nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 17² § 1 Prawa upadłościowego z 1934 r., do czego miało dojść, zdaniem skarżącego, w wyniku przyjęcia przez Sąd Apelacyjny, że rozstrzygnięcie w sprawie dotyczącej zakazu prowadzenia działalności gospodarczej nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie o przeniesienie na członka zarządu spółki odpowiedzialności za zaległości składkowe, chociaż w obu tych postępowaniach sądy badają te same przesłanki, a mianowicie, czy zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło we właściwym czasie oraz czy członek zarządu spółki ponosi winę w jego niezłożeniu we właściwym czasie. Zdaniem skarżącego, Sąd Apelacyjny nie wyjaśnił, dlaczego uznał za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy ustalenia sądu gospodarczego w postępowaniu o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, że wniosek o ogłoszenie upadłości złożono we właściwym czasie, skoro orzekał w oparciu o te same dowody, co sąd gospodarczy.

Przedstawione zarzuty skarżącego są bezzasadne. Pomiędzy obydwojema tymi postępowaniami nie ma takiego związku, jaki chciałby dostrzec skarżący. Nie można mówić o związaniu sądu ubezpieczeń społecznych (prowadzącego postępowanie z udziałem: organu rentowego, osoby, której praw i obowiązków dotyczy zaskarżona decyzja tego organu, oraz innych osób zainteresowanych – art. 477¹¹ k.p.c.) postanowieniem wydanym przez sąd gospodarczy na podstawie art. 17² § 1 Prawa upadłościowego (art. 365 § 1 k.p.c.), choćby z tego względu, że w postępowaniu przed sądem gospodarczym nie występuje organ rentowy jako uczestnik postępowania. W orzecznictwie Sądu Najwyższego, a także Naczelnego Sądu Administracyjnego przyjmuje się, że ustalenia sądu gospodarczego

proceeding up to the decision, which are the basis of the decision in the subject of the prohibition of conducting economic activity, of which it is spoken in art. 17² of the Insolvency Act, independently of its content, in no way bind the tax authorities in the tax proceeding concerning the liability of a member of the board for tax arrears of the company; to the same should be referred to the organ of liquidation and tax arrears (cf. e.g. the judgment of the Supreme Court of 9 October 2006, II UK 53/06, OSNP 2007 nr 19-20, poz. 297, LEX nr 309467 or the judgment of the Supreme Administrative Court of 25 May 2006, I FSK 973/05, LEX nr 283743). The condition of the decision on the liability of a member of the board provided for in art. 116 § 1 of the Tax Ordinance is not the issuance by the economic court adjudicating in insolvency cases of a decision on the deprivation of a member of the board of the rights mentioned in art. 17² of the Insolvency Act (judgment of the Supreme Administrative Court of 1 July 2005, I FSK 66/05, LEX nr 173042).

Both art. 116 § 1 of the Tax Ordinance and art. 17² of the Insolvency Act as a negative condition – respectively: the decision on the liability of the members of the board for tax arrears of the company or the decision on the prohibition of conducting economic activity – provide for the submission of an application or the announcement of insolvency without fault in its untimely reporting, but the organ of liquidation and tax authorities (similarly as the court of social security and administrative courts) are not bound by the provisions of the economic court in this scope. The decision of the economic court does not include, i.e. extended, the legal force of the decision of the civil court (art. 365 § 1 k.p.c.). Ultimately, it should be noted that the decision in the subject of the prohibition, of which it is spoken in art. 17² of the Insolvency Act, does not have the character of a prejudicial one in relation to the decision on the liability of a member of the board for the company's contribution obligations. In the case of the determination of the liability of a member of the board of the company on the basis of art. 116 § 1 of the Tax Ordinance, the binding provisions are those made in the decision of the economic court applying for proceedings on the deprivation of the right to conduct economic activity (judgment of the Supreme Court of 9 October 2006, II UK 53/06, OSNP 2007 nr 19-20, poz. 297, LEX nr 309467). Even if it is accepted that the proceedings were discontinued not for the reason

formalnych, lecz merytorycznych, po uznaniu, że wniosek o upadłość został zgłoszony w terminie albo że niedotrzymanie terminu nastąpiło bez winy członka zarządu, ustalenie to nie jest wiążące w postępowaniu o przeniesienie odpowiedzialności za zaległości składkowe na członka zarządu. Inny jest bowiem przedmiot tego postępowania i toczy się ono między innymi stronami. Wierzyciele spółki, między innymi Zakład Ubezpieczeń Społecznych, nie byli stronami w postępowaniu o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Ustaleń w zakresie istnienia przesłanek do przyjęcia odpowiedzialności członków zarządu za zaległości składkowe spółki sąd ubezpieczeń społecznych dokonuje samodzielnie.

6. Zarzut naruszenia art. 5 k.c. jest całkowicie chybiony. Przepis ten reguluje konstrukcję nadużycia prawa podmiotowego w relacjach opartych na prawie cywilnym (prywatnym). Tymczasem przepisy prawa materialnego, stanowiące podstawę wydania przez organ rentowy zaskarżonej decyzji (art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa w związku z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych), należą do prawa publicznego. Pomiędzy organem rentowym, jako organem wydającym decyzję w oparciu o przepisy prawa publicznego, a osobą, w stosunku do której decyzja ta jest wydawana, nie istnieją relacje cywilnoprawne, do których możliwe byłoby zastosowanie konstrukcji właściwych dla prawa cywilnego, w tym konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego. Wydając decyzję o przeniesieniu na członka zarządu spółki odpowiedzialności za zobowiązania składkowe organ rentowy nie korzysta ze swojego prawa podmiotowego, lecz realizuje swoje obowiązki publicznoprawne, w szczególności obowiązek wydania decyzji w indywidualnej sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych. Do decyzji tej nie może mieć zastosowania art. 5 k.c.

7. Zarzut naruszenia art. 316 § 1 k.p.c. uchyla się spod rozważań Sądu Najwyższego. Został on uzasadniony w ten sposób, że Sąd Apelacyjny nie uwzględnił i nie rozważył całości materiału dowodowego. Tak skonstruowany zarzut naruszenia prawa procesowego nie może stanowić skutecznej podstawy skargi kasacyjnej. Podstawą skargi nie mogą być zarzuty dotyczące ustalenia faktów lub oceny dowodów (art. 398³ § 3 k.p.c.). Zarzut nieuwzględnienia całości materiału

dowodowego (czyli pominięcia przy dokonywaniu ustaleń niektórych okoliczności faktycznych i dowodów) nie może być przedmiotem rozważań sądu kasacyjnego.

W ramach zarzutu naruszenia art. 316 § 1 k.p.c. skarżący zakwestionował między innymi całkowite zaniechanie zbadania przez Sąd Apelacyjny, czy wydanie decyzji przez organ rentowy było dopuszczalne, tj. czy decyzja organu rentowego została wydana i doręczona z zachowaniem terminu wskazanego w art. 118 § 2 Ordynacji podatkowej (w terminie 5 lat od końca roku kalendarzowego, w którym powstała zaległość) oraz czy w dacie wydawania decyzji przez organ rentowy wierzytelność wobec spółki (płatnika) nie uległa wygaśnięciu z uwagi na upływ pięcioletniego okresu przedawnienia, która to okoliczność powoduje wygaśnięcie akcesoryjnej odpowiedzialności członków zarządu. Okoliczności te zostały po raz pierwszy podniesione w skardze kasacyjnej. Nie ulega wątpliwości, że w ramach stosowania prawa materialnego „z urzędu” Sąd Apelacyjny powinien był rozważyć, czy decyzja organu rentowego została wydana i doręczona z zachowaniem terminu wskazanego w art. 118 § 2 Ordynacji podatkowej i czy w związku z tym należność spółki jako płatnika składek nie wygasła ze względu na upływ terminu przedawnienia. Jednak podkreślenia wymaga, że w stanie prawnym obowiązującym przed 1 stycznia 2003 r. pojęcie wydania decyzji określonej w art. 118 § 1 Ordynacji podatkowej nie oznaczało jej doręczenia (wyrok Sądu Najwyższego z 16 marca 2011 r., I UK 330/10, LEX nr 848138).

Mając powyższe na uwadze Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.