

Sygn. akt III AUa 564/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 kwietnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach Wydział III Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący	SSA Maria Małek - Bujak (spr.)
Sędziowie	SSO del. Maria Pierzycka - Pająk SSA Jolanta Ansion
Protokolant	Sebastian Adamczyk

po rozpoznaniu w dniu 15 kwietnia 2016 r. w Katowicach
sprawy z odwołania M. M. (1) (M. M. (1))
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w C.
przy udziale zainteresowanej (...) Spółki Akcyjnej w R.
o ustalenie odpowiedzialności za składki na ubezpieczenia społeczne
na skutek apelacji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w C.
od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
w Katowicach z dnia 9 stycznia 2015 r. sygn. akt XI U 2886/13

1. zmienia zaskarżony wyrok i oddala odwołanie,

2. zasądza od M. M. (1) na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w C. kwotę 12.600 zł (dwanaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje.

/-/SSO del. M. Pierzycka-Pająk /-/SSA M. Małek-Bujak /-/SSA J. Ansion

Sędzia Przewodniczący Sędzia

Sygn. akt III AUa 564/15

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 30 sierpnia 2013 roku, sprostowaną postanowieniem z dnia 8 listopada 2013 roku, organ rentowy - Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w C. - na podstawie art. 116 § 1, 2 i 4 oraz art. 107 § 1 i 2 pkt 2, art.

118 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku - Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i art. 32 ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku – Kodeks postępowania administracyjnego - orzekł, iż M. M. (1) jako członek zarządu odpowiada za zaległości z tytułu składek i odsetek za zwłokę płatnika składek – (...) S.A. w ogólnej kwocie 304.018,42 zł, w tym:

- na ubezpieczenia społeczne za okres 08/2009 - 11/2010 w łącznej kwocie 195.415,31 zł (należność główna z tytułu składek w kwocie 135.482,31 zł plus odsetki za zwłokę w kwocie 59.933,00 zł),

- na ubezpieczenie zdrowotne za okres 08/2009 - 10/2010 w łącznej kwocie 86.775,97 zł (należność główna z tytułu składek w kwocie 59.881,97 zł plus odsetki za zwłokę w kwocie 26.894,00 zł),

- na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres 08/2009 - 10/2010 w łącznej kwocie 21.827,14 zł (należność główna z tytułu składek w kwocie 15.068,14 zł plus odsetki za zwłokę w kwocie 6.759,00 zł).

Odwołanie od decyzji wniósł M. M. (1) domagając się jej zmiany w całości poprzez stwierdzenie, że jako były członek zarządu spółki (...) S.A. (obecnie (...) S.A.) nie jest odpowiedzialny solidarnie ze Spółką za jej zobowiązania z tytułu nieopłaconych składek w ogólnej kwocie 304.018,42 zł. Nadto odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu wskazał, iż organ rentowy wydając zaskarżoną decyzję pominął okoliczność, że od dnia 12 stycznia 2011 roku nie był już członkiem zarządu spółki (...) S.A., a tym samym na zasadzie art. 116 § 2 Ordynacji podatkowej nie ponosi odpowiedzialności za zaległe składki. Podniósł, że względem niego mają zastosowanie przyczyny wyłączające odpowiedzialność tego rodzaju, określone w punkcie 1 lit. a lub lit. b, art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, a to dlatego, że po pierwsze wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony we właściwym czasie, a po drugie – nawet jeśli nie został zgłoszony we właściwym czasie – odwołujący nie ponosi winy za niezgłoszenie tego wniosku. M. M. (1) wyjaśnił, że J. F., powołany do zarządu po rezygnacji skarżącego z tej funkcji, złożył wniosek o ogłoszenie upadłości w dniu 27 maja 2011 roku, tj. zaledwie po ośmiu dniach od powołania do pełnienia funkcji prezesa zarządu. Z ostrożności procesowej odwołujący podniósł, że w przypadku przyjęcia, że stan niewypłacalności Spółki istniał wcześniej niż na 14 dni przed zgłoszeniem wniosku o ogłoszenie upadłości przez J. F., to taki stan niewypłacalności musiał powstać w okresie, kiedy Spółka nie miała zarządu, a więc między datą rezygnacji skarżącego, a powołaniem J. F., kiedy to wymagalne stały się zobowiązania Spółki względem innych podmiotów. Było to zabezpieczenie, a następnie od dnia 17 lutego 2011 roku egzekucja wierzytelności przysługującej (...) Sp. z o.o. w wysokości 150.000,00 zł oraz wymagalna należność 2.432.758,58 zł względem (...) Sp. z o.o.

Organ rentowy w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji. Wskazał nadto, że fakt bezskuteczności egzekucji względem spółki (...) S.A. oprócz wspomnianego w zaskarżonej decyzji postanowienia Naczelnika Urzędu Skarbowego w R. z dnia 18 lutego 2013 roku, potwierdza również postanowienie Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 23 sierpnia 2011 roku w sprawie o sygnaturze akt XII GU 50/11, w którym oddalono wniosek o ogłoszenie upadłości zainteresowanej (...) Spółka Akcyjna w R. z przyczyn określonych w art. 13 ust. 1 ustawy – Prawa upadłościowego i naprawczego – zatem braku majątku dłużnika pozwalającego na zaspokojenie kosztów postępowania. Organ rentowy w oparciu o treść wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2012 roku w sprawie o sygnaturze akt II UK 109/11, LEX nr 1130391 podniósł, że na odwołującym ciąży obowiązek wykazania przesłanek egzoneracyjnych wskazanych w art. 116 § 1 pkt 1 lit. a ustawy – Ordynacja podatkowa. Organ rentowy wskazał ostatecznie, że nie można się zgodzić z tym, iż złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w sytuacji, w której majątek spółki nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego, świadczy o zgłoszeniu wniosku w czasie właściwym z uwagi na ochronę interesów wierzyciela. Jego zdaniem, z uzasadnienia Sądu Upadłościowego z dnia 23 sierpnia 2011 roku wynika, że podstawy do zgłoszenia upadłości w/w Spółki istniały już w 2009 roku (v. odpowiedź na odwołanie - k. 8-9 a.s.).

Zainteresowana w niniejszej sprawie (...) S.A. z siedzibą w R. (obecnie (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w R.) nie zajęła stanowiska.

Wyrokiem z dnia 9 stycznia 2015r., sygn. akt XI U 2886/13 Sąd Okręgowy w Katowicach w punkcie 1 zmienił zaskarżoną decyzję ustalając, że M. M. (1) nie jest odpowiedzialny solidarnie ze spółką za jej zobowiązania z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenie społeczne za okres od sierpnia 2009 roku do listopada 2010 roku, na ubezpieczenie zdrowotne za okres od sierpnia 2009 roku do października 2010 roku oraz na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od sierpnia 2009 roku do października 2010 roku; a w punkcie 2 zasądził od organu rentowego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w C. na rzecz odwołującego M. M. (1) kwotę 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił, że M. M. (1) był prezesem zarządu i zarazem jedynym członkiem zarządu (...) Spółki akcyjnej z siedzibą w K. - od dnia 13 czerwca 2008 roku do dnia 12 stycznia 2011 roku. W okresie objętym sporem: od sierpnia 2009 roku do listopada 2010 roku, zainteresowana Spółka nie odprowadzała lub nie odprowadzała w pełnej wysokości składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

W grudniu 2010 roku, tj. w ostatnim miesiącu pełnienia przez odwołującego funkcji prezesa zarządu Spółki (...) uregulowała składki na ubezpieczenia społeczne w pełnej wysokości.

Wartość aktywów i pasywów spółki w latach 2008 i 2010-2011 były równe. Stopniowo, z upływem lat sumy te ulegały obniżeniu, a w szczególności w 2010 roku zmalały z kwoty 24.022.374,61 zł do kwoty 6.012.709,15 zł. Na dzień 31 grudnia 2011 roku

była to już kwota 419.655,46 zł. W/w Spółka za 2009 rok zadeklarowała stratę na kwotę 767.271,93 zł, a w 2010 roku stratę na kwotę 673.108,93 zł. Uzyskany w 2011 roku dochód pokrył straty za lata ubiegłe.

Spółka posiadała zaległości w podatku od towarów i usług (VAT) w wysokości 30.246,00 zł we wrześniu 2010 roku, 30.921,00 zł w grudniu 2010 roku oraz 76.740,72 zł w marcu 2011 roku. Zaległości w podatku dochodowym od osób fizycznych (PIT-4R) w styczniu 2011 roku wynosiły 26,15 zł, w lutym 2011 roku - 13,67 zł, w marcu 2011 roku - 13,82 zł, a w październiku 2011 roku - 10,15 zł.

Postanowieniem z dnia 18 lutego 2013 roku Naczelnik Urzędu Skarbowego w R. umorzył postępowanie egzekucyjne względem spółki z uwagi na bezskuteczność postępowania egzekucyjnego.

Postanowieniem z dnia 23 sierpnia 2011 roku Sąd Rejonowy w Gliwicach oddalił wniosek Spółki z dnia 27 maja 2011 roku o ogłoszenie upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika, albowiem wartość jego majątku nie wystarczała na zaspokojenie kosztów postępowania. W trakcie postępowania Sąd ustalił, że łączna wartość majątku Spółki na koniec kwietnia 2011 roku stanowiła kwotę 6.081,82 zł.

Okolicznością bezsporną w sprawie pozostawało to, że J. F., pełniący funkcję prezesa jednoosobowego zarządu od dnia 19 maja 2011 roku został zwolniony od odpowiedzialności za zaległości składkowe powstałe w czasie zarządzania przez niego Spółką, ponieważ organ rentowy uznał, że składając wniosek o ogłoszenie upadłości w dniu 27 maja 2011 roku, zrobił to we właściwym czasie.

Biegły sądowy z zakresu podatków, finansów publicznych, badania sprawozdań rachunkowych syndyków masy upadłości i oceny zdolności upadłościowej i likwidacyjnej – M. R. (1) w swojej opinii z dnia 10 lipca 2014 roku na podstawie wszelkiej dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy oraz obowiązujących przepisów prawa wskazał, że według bilansu na dzień 31 grudnia 2008 roku wartość majątku Spółki obejmowała kwotę 24.430.404,56 zł, natomiast wartość zobowiązań wynosiła 12.125.716,06 zł (49,63% wartości majątku). Bilans na dzień 31 grudnia 2009 roku wskazywał, że wartość majątku w/w Spółki wyniosła 24.022.374,61 zł, a wartość jej zobowiązań sięgnęła kwoty 14.661.854,89 zł (61,03% wartości

majątku). Z kolei bilans na dzień 31 grudnia 2010 roku wykazywał, iż wartość majątku spółki wyniosła 6.012.709,15 zł, natomiast wartość jej zobowiązań – 9.200.018,21 zł (153% wartości majątku).

Wartość zobowiązań Spółki na dzień 31 stycznia 2011 roku stanowiła 142,60% wartości jej majątku, natomiast na dzień 29 kwietnia 2011 roku wartość zobowiązań odpowiadała 182,87% wartości majątku. Biegły, wobec braków bilansów częściowych, w oparciu o bilanse roczne założył, że M. M. (1) o kondycji Spółki za 2010 rok mógł dowiedzieć się dopiero po sporządzeniu bilansu za ten rok rozrachunkowy (tj. w dniu 31 marca 2011 roku), a więc do momentu złożenia rezygnacji z funkcji prezesa zarządu nie miał on podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

W dalszej kolejności biegły na podstawie analizy dokumentacji skarbowej Spółki wyjaśnił, że w okresie 2009 roku i 2010 roku regulowała ona na bieżąco swoje zobowiązania z tytułu podatku PIT, podatku CIT oraz podatku od towarów i usług. Dopiero w 2011 roku ujawniły się opóźnienia w regulowaniu wymienionych wyżej zobowiązań. Zdaniem biegłego, z punktu widzenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych odpowiednim momentem do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości był koniec 2010 roku, tj. moment, w którym zobowiązania Spółki przekroczyły wartość jej majątku, natomiast wysokość majątku wystarczyłaby jeszcze na zaspokojenie roszczeń Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

Następnie biegły wyjaśnił, że Spółka w okresie od dnia 1 stycznia 2011 roku do dnia 31 maja 2011 roku regulowała zobowiązania z tytułu podatku od towarów i usług, z tytułu podatku dochodowego oraz zobowiązania wobec ZUS i nie miała zaległości z tego tytułu. Biegły stwierdził, że zobowiązania w/w Spółki od dnia 1 lutego 2011 roku do dnia 29 kwietnia 2011 roku zmniejszały się, a zatem były regulowane. Biegły uznał też, że zasadnicza część należności wymagalnych przypadała Spółce w okresie do dwóch miesięcy od dnia 1 lutego 2011 roku.

Biegły stwierdził ostatecznie, że na od dnia 31 stycznia 2011 roku do dnia 29 kwietnia 2011 roku drastycznie zmalała wartość aktywów obrotowych Spółki (z 1.175.646,31 zł na dzień 31 stycznia 2011 roku na 6.468,79 zł na dzień 29 kwietnia 2011 roku). Zobowiązania Spółki na dzień 31 stycznia 2011 roku przekraczały jej majątek o 42,60%, a na dzień 29 kwietnia 2011 roku już o 82,87%. Pomimo faktu, że wartość zobowiązań Spółki wówczas zmalała, to negatywna proporcja zobowiązań do majątku rosła, co spowodowało zwiększenie się istniejącej od dnia 31 grudnia 2011 roku niewypłacalności Spółki.

Skarżący nie zakwestionował wniosków końcowych w/w opinii.

Organ rentowy w piśmie procesowym z dnia 22 sierpnia 2014 roku zarzucił biegłemu M. R. (1), że w swojej opinii nie uwzględnił okoliczności zaprzestania opłacania wymagalnych składek należnych organowi rentowemu od zainteresowanej Spółki już w sierpniu 2009 roku oraz stwierdził, iż do dnia rezygnacji z funkcji prezesa zarządu nie miał obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Organ rentowy wniósł o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego sądowego M. R. (2) celem ustalenia: kiedy doszło do zaprzestania wykonywania przez zainteresowaną Spółkę wymagalnych zobowiązań względem ZUS oraz czy z punktu widzenia interesu wierzyciela publicznoprawnego (ZUS) do dnia złożenia przez M. M. (1) rezygnacji zaistniały podstawy do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki.

Organ rentowy kwestionował tym samym, ustalony przez biegłego sądowego, właściwy moment na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki, ponieważ pominął on w swojej opinii inne wymagalne, a niewykonywane przez zainteresowaną zobowiązania sięgające sierpnia 2009 roku. Organ rentowy podniósł też, że biegły w przedstawionej opinii nieprawidłowo ustalił, że zainteresowana Spółka od dnia 1 stycznia 2011 roku do dnia 31 maja 2011 roku regulowała zobowiązania wobec ZUS i nie miała zaległości z tego tytułu, bowiem stan należności dla tego płatnika ujawnia niedopłatę.

Ostatecznie organ rentowy powołując się na treść art. 21 ust. 1 i art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku – Prawo upadłościowe i naprawcze podniósł, że obowiązkiem zarządu zainteresowanej oraz każdej innej spółki jest bieżące kontrolowanie jej stanu finansowego, wobec czego brak wiedzy o kondycji finansowej spółki

uzasadniającej złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, spowodowany niesporządzeniem przez biuro rachunkowe bilansów cząstkowych, nie może prowadzić do konstatacji, iż do chwili złożenia rezygnacji odwołujący nie był zobowiązany do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

W ocenie ZUS, członek zarządu powinien przy wykonywaniu swoich obowiązków dolożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru tej działalności.

Biegły sądowy M. R. (1), odpowiadając na zarzuty organu rentowego, w pisemnej opinii uzupełniającej z dnia 10 lipca 2014 roku wskazał, że niewypłacalność nie obejmuje sytuacji, gdy dłużnik zalega z zapłatą wyłącznie jednego zobowiązania, natomiast krótkotrwale wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości, gdyż o niewypłacalności w rozumieniu art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego można mówić dopiero wtedy, gdy dłużnik z braku środków przez dłuższy czas nie wykonuje przeważającej części swoich zobowiązań. Biegły podniósł zatem, że w spornym czasie Spółka wykonywała znaczną część swoich zobowiązań, wobec czego nie było podstaw do ogłoszenia jej upadłości. Jedno tylko zobowiązanie lub kilka takich zobowiązań, w stosunku do jednego wierzyciela, nie powoduje konieczności ogłoszenia upadłości dłużnika. Biegły wyjaśnił, że opinię zasadniczą opracował na podstawie dowodów księgowych Biura (...) Sp. z o.o. prowadzącej za badany okres księgowość spółki Wskazał też, iż w swojej opinii ustalił, że M. M. (1) o aktualnej kondycji finansowej Spółki musiał powziąć informację najpóźniej po sporządzeniu bilansu za 2010 rok, tj. do dnia 31 marca 2011 roku.

Skarżący nie zakwestionował wniosków opinii uzupełniającej biegłego sądowego, a organ rentowy, po zapoznaniu się z w/w opinią, nie zajął żadnego pisemnego stanowiska w przedmiotowej sprawie. Na rozprawie w dniu 9 stycznia 2015 roku wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego sądowego.

Sporna kwestia w niniejszej sprawie sprowadzała się do ustalenia, czy w przedstawionym stanie faktycznym zaistniały okoliczności wyłączające odpowiedzialność M. M. (1) za zobowiązania reprezentowanej przez niego Spółki z tytułu składek za okres od sierpnia 2009 roku do listopada 2010 roku.

W oparciu o dokonane ustalenia Sąd Okręgowy uznał, co następuje:

Kwestię odpowiedzialności za należności z tytułu składek osób trzecich, w tym członków zarządu spółek akcyjnych, reguluje ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 roku - Ordynacja podatkowa w związku z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych, zwana dalej ustawą systemową.

Wedle art. 116 § 1 Ordynacji Podatkowej - za zaległości podatkowe (składkowe) 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.

Odpowiedzialność członków zarządu obejmuje zaległości podatkowe (składkowe)

z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu, oraz zaległości wymienione w art. 52 powstałe w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu (art. 116 § 2).

W postępowaniu w sprawie orzeczenia o odpowiedzialności podatkowej (składkowej) członka zarządu organy podatkowe (organy rentowe) obowiązane są wykazać jedynie, że zaległości podatkowe (składkowe) spółki istnieją, a zobowiązania podatkowe (składkowe), których dotyczą, powstały w okresie pełnienia funkcji przez tego członka zarządu oraz że egzekucja wobec spółki okazała się bezskuteczna. Członka zarządu obciąża natomiast obowiązek wykazania istnienia przesłanek wyłączających jego odpowiedzialność.

W niniejszej sprawie bezspornie zostało ustalone, że na dzień wydania zaskarżonej decyzji, zaistniały przesłanki pozytywne odpowiedzialności za zaległości składkowe M. M. (1) w postaci nieskuteczności egzekucji z majątku Spółki oraz wykazania, że zaległości składkowe dotyczą zobowiązań powstałych w czasie pełnienia przez niego obowiązków członka zarządu.

Podstawą rozpoznania był fakt wykazania, że zaszła przesłanka negatywna, warunkująca brak odpowiedzialności skarżącego za należności składkowe w spornym okresie, tj. od sierpnia 2009 roku do listopada 2010 roku.

Do oceny Sądu pozostało zatem ustalenie, czy zaistniały przesłanki negatywne odpowiedzialności odwołującego wymienione w art. 116 § 1 lit. b i § 2 Ordynacji podatkowej. Przepis ten przewiduje sytuacje, w których wskazane w nim podmioty będą zwolnione od odpowiedzialności za zaległości spółki.

Zasadą jest, że jeżeli w okresie pełnienia przez członka zarządu funkcji, powstały zaległości składkowe, to ponosi on odpowiedzialność za te zaległości własnym majątkiem. Może jednak uwolnić się od odpowiedzialności, wykazując zaistnienia przesłanek z art. 116 Ordynacji podatkowej.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, dla przedmiotu sprawy nie miało znaczenia to, czy stan majątkowy Spółki uległ pogorszeniu dopiero w 2011 roku, tj. po jego rezygnacji z członkostwa w zarządzie Spółki oraz czy J. F. złożył wniosek o ogłoszenie jej upadłości we właściwym czasie. Sąd rozpoznający sprawę tego rodzaju ocenia bowiem sytuację finansową zainteresowanej Spółki i przesłanki zasadności zgłoszenia wniosku o ogłoszenie jej upadłości w okresie, w którym to osoba skarżąca pełniła funkcję członka zarządu.

Decyzja organu rentowego o braku odpowiedzialności J. F. za zaległości składkowe nie ma zatem znaczenia dla niniejszej sprawy. Zresztą uwadze Sądu nie uszło to, że sąd upadłościowy oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki wobec braku majątku na pokrycie postępowania. Konkluzja tych okoliczności prowadzi do zasadnego wniosku, że dłużnik (spółka) musiał być już wówczas niewypłacalny od dłuższego czasu.

Można uznać, że powyższy wniosek został złożony we właściwym czasie, ale jedynie z punktu widzenia braku konkretnej odpowiedzialności J. F. za zobowiązania Spółki, a nie ze względu na jej nagłe pogorszenie kondycji finansowej.

W myśl art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku - Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jednolity: Dz. U. z 2014 r., poz. 1112) - upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny.

Natomiast zgodnie z treścią art. 11 w/w ustawy - dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (ust. 1). Dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje (ust. 2).

Z kolei po myśli art. 21 ust. 1 i 2 cytowanej ustawy - dłużnik jest obowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości (ust. 1). Jeżeli dłużnikiem jest osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której

odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, obowiązek ten, spoczywa na każdym, kto ma prawo go reprezentować sam lub łącznie z innymi osobami (ust. 2).

Orzecznictwo w zasadzie jednoznacznie wskazuje, że oceny zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie należy dokonywać w oparciu o treść art. 21 w związku z art. 11 ustawy z 2003 roku. Prawo upadłościowe i naprawcze.

Sąd Okręgowy ustalił, że M. M. (1) w dniu 12 stycznia 2011 roku złożył rezygnację z pełnienia funkcji członka jednoosobowego zarządu Spółki. Skutkiem tej czynności było wygaśnięcie jego mandatu, na co wprost wskazuje dyspozycja art. 369 § 5 k.s.h. Przedmiotem ustaleń Sądu w dalszej kolejności było wskazanie, czy Spółka stała się niewypłacalna jeszcze w trakcie zarządzania nią przez odwołującego, a jeżeli tak, to czy uchybił on ustawowym terminom na złożenie wniosku o jej upadłość.

Zdaniem Sądu, odwołujący w toku postępowania sądowego wykazał jedną z przesłanek ekskulpujących go od odpowiedzialności za publicznoprawne zobowiązania spółki, którą jako prezes zarządzał udowodnił bowiem, że niezgłoszenie wniosku o upadłość we właściwym czasie nie nastąpiło z jego winy.

W wyroku z dnia 10 lutego 2011 roku w sprawie o sygnaturze akt II UK 265/10 Sąd Najwyższy wskazał, iż dokonując oceny, czy zgłoszenie wniosku o upadłość nastąpiło we "właściwym czasie" (art. 116 §1 Ordynacji podatkowej) należy uznać, że powinno to nastąpić w takim momencie, aby zapewnić ochronę zagrożonych interesów wszystkich wierzycieli, aby po ogłoszeniu upadłości wszyscy wierzyciele mieli możliwość uzyskania równomiernego, chociaż 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.

W toku postępowania wykazane zostało niebudzącą wątpliwości Sądu opinią biegłego sądowego z zakresu finansów, że M. M. (1) o kondycji Spółki za 2010 rok mógł dowiedzieć się dopiero po sporządzeniu bilansu za ten rok rozrachunkowy (tj. w dniu 31 marca 2011 roku), a więc do momentu złożenia rezygnacji z funkcji prezesa zarządu nie miał on podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Biegły wyjaśnił nadto, że z punktu widzenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Spółka stała się niewypłacalna z dniem 31 grudnia 2010 roku. Opinia biegłego sądowego dała zatem podstawę do ustalenia, że odpowiednim momentem do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości zainteresowanej Spółki był koniec 2010 roku, tj. moment, w którym zobowiązania Spółki przekroczyły wartość jej majątku. Rozpoznając niniejszą sprawę Sąd przychylił się do stanowiska biegłego sądowego, że ocena czy zachodzą przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości musi być odniesiona do konkretnej sprawy, a zatem nie może być w żadnym stopniu oderwana od całokształtu stanu faktycznego. Sąd oparł się na uzasadnionej argumentacji zawartej w w/w opinii sądowej, iż skoro zainteresowana Spółka na bieżąco regulowała swoje zobowiązania podatkowe, a nie regulowała jedynie częściowo zobowiązań względem Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, to nie zaistniały przesłanki wskazane w art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego. W ocenie biegłego sądowego, do końca 2010 roku istniał majątek Spółki (...), który pozwalał spłacić jej zaległości składkowe. Nadto istotnym pozostaje fakt, że zainteresowana Spółka sporadycznie odprowadzała składki w niepełnej wysokości, a w grudniu 2010 roku uregulowała zobowiązania za ten miesiąc. Dłużnik nie zaprzestał zatem trwałego regulowania długu wobec organu rentowego. Wszystkich opisanych wyżej okoliczności Zakład Ubezpieczeń Społecznych skutecznie nie podważył.

Za niezasadne uznał Sąd I instancji stanowisko organu rentowego, że Spółka stała się niewypłacalna już w sierpniu 2009 roku. Wprawdzie od tego czasu Spółka zaprzestała regularnego opłacania składek na ubezpieczenia społeczne, jednakże ZUS nie wykazał, że takich zaległości zainteresowanej w stosunku do innych podmiotów było więcej.

Zgodnie bowiem z przyjętą interpretacją art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego, użyty w liczbie mnogiej w tym przepisie termin „wymagalnych zobowiązań” wskazuje, że uregulowania te nie dotyczą sytuacji, gdy dłużnik zalega z zapłatą wyłącznie jednego zobowiązania. O istnieniu „zobowiązań” decyduje zatem wielość wierzycieli dłużnika.

Z kolei w ocenie Sądu Najwyższego, krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości, gdyż o niewypłacalności w rozumieniu art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego można mówić dopiero wtedy, gdy dłużnik z braku środków przez dłuższy czas nie wykonuje przeważającej części swoich zobowiązań. Czasem właściwym na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w rozumieniu Prawa upadłościowego i naprawczego nie jest zatem z pewnością już ta chwila, gdy pierwszy dług nie został zapłacony z jakichkolwiek powodów.

Sąd I instancji wywiódł w oparciu o orzecznictwo, że "właściwy czas" do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości według art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej nie może być wcześniejszy niż upływ terminu z art. 21 Prawa upadłościowego i naprawczego, najczęściej będzie z nim tożsamy, ale może być późniejszy. Wszczęcie postępowania upadłościowego bądź 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 wyłączzonego z układu z mocy prawa) pozostaje realne. Trwałego (art. 12 ust. 2 Prawa upadłościowego i naprawczego) niewykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego) nie można utożsamiać z nieuiszczeniem jednego długu ani też z sytuacją, gdy pomimo nieuiszczenia kilku długów zachodzi tylko wstrzymanie wypłat.

W dalszej kolejności należy podnieść, że wina członka zarządu spółki prawa handlowego w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości powinna być oceniana według kryteriów prawa handlowego, czyli według miary podwyższonej staranności oczekiwanej od osoby pełniącej funkcje organu osoby prawnej prowadzącej działalność gospodarczą, ponieważ charakter prawny funkcji członka zarządu oznacza nie tylko obowiązek wykonywania czynności zarządzających (obowiązek wykonywania powierzonych zadań), ale też zwiększony zakres odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności za skutki działań kierowanej spółki.

Jednakże badając okoliczności faktyczne niniejszej sprawy Sąd miał na uwadze to, że skarżący zarządzając zainteresowaną Spółką obiektywnie mógł się zorientować w jej aktualnej kondycji finansowej najpóźniej w dniu 31 marca 2011 roku, tj. w dacie sporządzenia przez biuro rachunkowe bilansu za rok 2010. Dopiero biorąc pod uwagę tę wyżej wspomnianą staranność i profesjonalizm w prowadzeniu przedsiębiorstwa w formie spółki prawa handlowego, tj. zachowania uwzględniające podwyższone ryzyko gospodarcze, można by śmiało uznać, że M. M. (1) winien powziąć wiadomość o zaistnieniu przesłanek do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości zarządzanej przez niego Spółki z końcem 2010 roku, tj. w momencie, w którym Spółka stała się niewypłacalna, ale pozostałe środki majątkowe wystarczyłyby jeszcze na pokrycie zobowiązań względem organu rentowego. Wniosek upadłościowy należało wówczas złożyć do dnia 14 stycznia 2011 roku. Skoro zatem do chwili wygaśnięcia mandatu M. M. (1) w dniu 12 stycznia 2011 roku nie upłynął ustawowy, dwutygodniowy termin na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości zainteresowanej Spółki, to należało uznać, że nie ziszcza się negatywna przesłanka, określona w art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej, tj. skarżący nie ponosi winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęciu postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego). Sąd zważył bowiem, że M. M. (1) został zwolniony z w/w obowiązku z chwilą rezygnacji z członkostwa w zarządzie Spółki (...).

Sąd Okręgowy oddalił wniosek organu rentowego o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu księgowości, na podstawie art. 217 § 2 i 3 k.p.c., albowiem został spóźniony. Nadto Sąd uznał, że polemika ZUS z uzasadnionymi twierdzeniami zawartymi w opinii sądowej biegłego M. R. (1) nie dawała podstaw do zmiany oceny Sądu w niniejszej sprawie. Z mocy art. 232 k.p.c. na organie rentowym spoczywał obowiązek wykazania okoliczności dotyczących istnienia przed końcem 2010 roku innych wierzycieli zainteresowanej Spółki niż ZUS, jak również okoliczności, że odwołujący przed otrzymaniem bilansu za 2010 rok wiedział jaka jest sytuacja finansowa Spółki. Organ rentowy takich okoliczności nie wykazał. Nie można zatem uznać za uzasadnione zarzuty organu rentowego do wydanej w sprawie opinii.

Apelację od wyroku wniosł organ rentowy.

Zaskarżając w całości wyrok Sądu Okręgowego apelujący zarzucił:

- sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału poprzez ustalenie, że odwołujący nie miał obowiązku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki do chwili złożenia rezygnacji, na skutek pominięcia okoliczności, że zobowiązania zainteresowanej Spółki na dzień 31 grudnia 2010 roku wynosiły 153% wartości majątku spółki, co wskazuje na niewypłacalność Spółki w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy - Prawo upadłościowe i naprawcze, uzasadniającą konieczność złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki - zgodnie z art. 21 ust. 2 powołanej ustawy, przed dniem złożenia rezygnacji przez odwołującego,

- naruszenie prawa materialnego:

1. art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że nie ponosi winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości lub postępowania zapobiegającego upadłości (postępowanie układowe) członek zarządu spółki akcyjnej, pomimo wystąpienia obiektywnego stanu niewypłacalności Spółki, przed dniem złożenia przez członka zarządu rezygnacji i prawnego obowiązku członka zarządu, prowadzenia bieżącej kontroli finansów zarządzanej osoby prawnej,

2. art. 355 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, że zaniechanie przez członka zarządu bieżącej kontroli finansów Spółki, powodujące brak jego wiedzy o jej niewypłacalności i w konsekwencji nie zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki, świadczy o braku winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości lub postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe),

- naruszenie przepisów postępowania: art. 217 § 2 i 3 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego organu rentowego o powołanie kolejnego biegłego z zakresu rachunkowości i finansów jako spóźnionego, pomimo niewyjaśnienia przez Sąd wszystkich istotnych okoliczności sprawy.

W oparciu o podniesione zarzuty apelujący wniosł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania,

- dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości i finansów w celu ustalenia kiedy zainteresowana Spółka stała się niewypłacalna w rozumieniu art. 11 ust. 1 i art. 11 ust. 2 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze - w konsekwencji ustalenia czy odwołujący do dnia rezygnacji miał obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku, o rozważenie możliwości jego dopuszczenia przez Sąd Apelacyjny z urzędu,

- zasądzenie od odwołującego na rzecz organu rentowego zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych, za obie instancje.

W uzasadnieniu apelacji organ rentowy podniósł, że Sąd I instancji w ślad za biegłym sądowym dostrzegł, iż wartość majątku Spółki na dzień 31 grudnia 2008 roku obejmowała kwotę 24.430.404,56 zł, natomiast wartość zobowiązań wynosiła 12.125.716,06 zł (49,63% wartości majątku); bilans na dzień 31 grudnia 2009 roku wskazywał, że wartość majątku Spółki wynosi 24.022.374,61 zł, a wartość jej zobowiązań sięgnęła kwoty 14.661.854,89 zł (61,03% wartości majątku); z kolei bilans na dzień 31 grudnia 2010 roku wykazywał, iż wartość majątku Spółki wyniosła 6.012.709,15 zł, natomiast wartość jej zobowiązań - 9.200.018,21 zł (153% wartości majątku). Przeciążenie majątku Spółki zobowiązaniami utrzymało się również w kolejnych latach bowiem na dzień 31 stycznia 2011 roku wartość zobowiązań wynosiła 142,60% wartości majątku, a na dzień 29 kwietnia 2011 roku osiągnęła wartość 182,87% wartości majątku. Nie ulega zatem wątpliwości, że zobowiązania Spółki przekroczyły wartość jej majątku w roku 2010.

Okoliczności powyższe jakkolwiek dostrzeżone przez Sąd i stanowiące element ustaleń faktycznych, nie zostały przez Sąd rozważone.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy - Prawo upadłościowe i naprawcze "dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje".

Nie powinno zatem budzić żadnych wątpliwości, że nawet przy przyjęciu, że Spółka nie zaprzestała wykonywania w sposób trwały wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11 ust. 2 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze), Sąd I instancji na podstawie prawidłowej interpretacji posiadanego materiału powinien był dojść do przekonania, że w trakcie 2010 roku wystąpiła przesłanka do ogłoszenia upadłości Spółki, o której mowa w art. 11 ust. 2 powołanej ustawy.

Zatem "właściwym czasem" do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości będzie zaistnienie jednej z dwóch przesłanek, przy czym istotnym jest, która z okoliczności zaistnieje pierwsza.

Skoro, z materiału sprawy wynika, że najpóźniej w dniu 31 grudnia 2010 roku zaistniała niewypłacalność zainteresowanej Spółki w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze, to niewątpliwie wówczas zaistniał właściwy czas dla zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki, przez prezesa zarządu spółki (art. 21 ust. 2 ustawy), który powinien był złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości nie później niż w terminie dwóch tygodni, od chwili w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości.

Apelujący zwrócił uwagę, że powołany wyżej przepis nie uzależnia rozpoczęcia biegu terminu na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, od elementów subiektywnych, np. wiedzy, posiadanego doświadczenia, chwili podjęcia wiedzy o wystąpieniu niewypłacalności, a jedynie od chwili faktycznego wystąpienia niewypłacalności, stanowiącej podstawę ogłoszenia upadłości (art. 21 ust. 2 i art. 10 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze).

Powyższe należy powiązać z obowiązkiem członka zarządu bieżącego kontroli stanów finansów spółki, związanego z obciążającym członka zarządu podwyższonym miernikiem staranności, według którego powinny zostać ocenione jego działania lub zaniechania.

W konsekwencji członek zarządu spółki nie może powoływać się na niezajomość stanu jej finansów jako przyczyny niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcia postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego). Członkowi zarządu powinien być znany na bieżąco stan finansów spółki, a co za tym idzie, możliwość zaspokojenia długów. Ponadto, członek zarządu niewypłacalnej spółki może uwolnić się od odpowiedzialności, chociaż dług nie został 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 k.c.), pozwala na przyjęcie, że każdy członek zarządu obowiązany jest kontrolować sytuację w spółce przynajmniej z taką uwagą, która pozwala na zorientowanie się, że jest ona niewypłacalna i że należy wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości.

Dlatego za nieprawidłowe należy uznać ustalenia Sądu dokonane w ślad za opinią biegłego sądowego z zakresu finansów, że wobec braku bilansów cząstkowych M. M. (1) o kondycji finansowej Spółki za 2010 rok mógł dowiedzieć się dopiero po sporządzeniu bilansu za ten rok rozrachunkowy (tj. w dniu 31 marca 2011 roku), a w konsekwencji nie mając wiedzy o stanie finansów Spółki nie miał obowiązku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki.

Brak bowiem bilansów cząstkowych, za krótsze niż rok okresy rozliczeniowe,

nie może niweczyć prawnego obowiązku odwołującego bieżącej kontroli sytuacji finansowej Spółki, jak również bieżącej reakcji w czasie określonym w art. 21 ust. 2 ustawy
prawo upadłościowe i naprawcze, w przypadku konieczności złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Odmierna interpretacja dokonana przez Sąd, że rzekomy brak wiedzy członka zarządu o stanie finansów Spółki w dacie rezygnacji uzasadniał twierdzenie o braku obowiązku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, stoi w sprzeczności z koniecznością zachowania przez członka zarządu, podwyższonej miary staranności (art. 355 § 2 k.c.), którego przejawem jest m.in. konieczność bieżącego kontrolowania stanu finansowego spółki.

W tym stanie rzeczy, brak bilansów cząstkowych za okresy rozliczeniowe, krótsze niż rok świadczy jedynie o tym, że odwołujący sytuacji finansowej Spółki nie kontrolował, a zatem nie dochował staranności wymaganej z uwzględnieniem zawodowego charakteru jego działalności, dlatego też ponosi winę w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki, a w sprawie wbrew stanowisku Sądu Okręgowego nie zaistniała przesłanka egzoneracyjna wymieniona w art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej.

Ponadto apelujący podniósł, że złożenie przez odwołującego rezygnacji w dniu 12 stycznia 2010 roku, tj. przed upływem 14 dnia od chwili stwierdzonej niewypłacalności, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze nie zwalnia odwołującego z odpowiedzialności, albowiem termin ten jest terminem maksymalnym dla złożenia wniosku, liczonym od wystąpienia przyczyny uzasadniającej jego zgłoszenie. Wobec powyższego niewątpliwie wniosek ów powinien zostać zgłoszony przed złożeniem przez odwołującego rezygnacji.

Jednocześnie organ rentowy zarzucił niewyjaśnienie przez Sąd wszystkich istotnych dla sprawy okoliczności faktycznych, a mianowicie:

Sąd Okręgowy pomimo dokonania ustaleń faktycznych wskazujących na zaistnienie przesłanki niewypłacalności wynikającej z art. 11 ust. 2 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze, dokonał w uzasadnieniu wyroku jedynie analizy istnienia przesłanek niewypłacalności w kontekście art. 11 ust. 1 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze, nie dopatrując się trwałego zaniechania opłacania wymagalnych zobowiązań, a tym samym doszedł do wadliwego wniosku o braku obowiązku odwołującego zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości do chwili rezygnacji. Ustalenia Sądu dotyczące niezaistnienia przesłanki wymienionej w art. 11 ust. 1 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze, nasuwają ponadto istotne wątpliwości w zakresie ich poprawności, a mianowicie: Sąd ustalił i zważył, że skoro zainteresowana Spółka na bieżąco regulowała swoje zobowiązania podatkowe, a nie regulowała jedynie częściowo zobowiązań względem Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, to nie zaistniała przesłanka wskazana w art. 11 ust. 1 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze.

Tymczasem, jak wynika z przekazanego do Sądu I instancji i znajdującego się w aktach sądowych, pisma Naczelnika Urzędu Skarbowego w R. z dnia 5 marca 2014 roku znak: (...), zainteresowana Spółka posiada również zaległości podatkowe w podatku od towarów i usług za 09/2010 w kwocie 30.246,00 zł, 12/2010 w wysokości - 30.921,00 zł oraz 03/2011 w wysokości 76.740,72 zł. (k. 42 a.s.).

W tym stanie rzeczy nie do obrony jest teza, jakoby Zakład Ubezpieczeń Społecznych pozostawał jedynym wierzycielem zainteresowanej Spółki.

Podobnie wnioski Sądu wskazujące na jedynie częściowe nie regulowanie zobowiązań względem ZUS, nie znajdują oparcia w materiale sprawy. Apelujący podniósł, że suma nieopłaconych należności Spółki z tytułu składek za okres od 08/2009 do 12/2010 wyraża się kwotą 304.018,42 zł, natomiast wpłaty dokonane w powyższym okresie stanowią jedynie kwotę 9.296,26 zł. W tym stanie rzeczy nie jest uzasadnione twierdzenie, jakoby Spółka jedynie częściowo nie opłacała składek, a ewentualnie możliwe jest przyjęcie, że jedynie w marginalnym zakresie je opłacała.

Pomimo zgłoszenia przez organ rentowy zastrzeżeń do opinii biegłego z dnia 10 lipca 2014 roku, biegły nie wskazał w opinii uzupełniającej jaki wpływ na ustalenie daty niewypłacalności Spółki miałyby uwzględnienie w opinii faktu istnienia zaległości Spółki wobec ZUS za 2010 rok. Wedle stanowiska biegłego, istnienie tej zaległości miałyby być bez znaczenia dla ustalenia daty niewypłacalności Spółki, skoro inne zobowiązania regulowała na bieżąco. Stanowisko powyższe nie jest uzasadnione, już tylko z tej przyczyny, że Spółka w 2010 roku nie opłacała wymagalnych zobowiązań co najmniej wobec dwóch podmiotów.

W tym stanie rzeczy zdaniem apelującego koniecznym stało się zgłoszenie wniosku o powołanie innego biegłego z zakresu rachunkowości i finansów z uwagi na fakt, że niewątpliwie uwzględnienie w opinii biegłego sądowego faktu istnienia zaległości Spółki za okres od 08/2009 do 12/2010 w sposób istotny wpłynęłoby na oznaczenie daty niewypłacalności spółki, w rozumieniu art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego.

Wniosek zgłoszony przez pełnomocnika ZUS na ostatniej rozprawie przed Sądem I instancji nie może zostać uznany za spóźniony tym bardziej, że w piśmie z dnia 19 września 2014 roku nie określono pełnomocnikowi Zakładu żadnego terminu w celu odniesienia się do treści opinii uzupełniającej biegłego, a konieczność złożenia wniosku wiązała się z nie wyjaśnieniem przez Sąd wszystkich istotnych dla sprawy okoliczności.

W odpowiedzi na apelację pełnomocnik odwołującego M. M. (1) wniósł o jej oddalenie oraz o zasądzenie od organu rentowego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu podniósł, odnosząc się do zarzutu sprzeczności w ustaleniach faktycznych, że Sąd I instancji poczynił takie ustalenia jakich oczekuje organ rentowy w apelacji, albowiem uznał, iż M. M. (1) winien powziąć wiadomości o zaistnieniu stanu niewypłacalności o którym mowa w art. 11 ust. 2 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze z końcem 2010 roku, a więc że powinien był złożyć wniosek do dnia 14 stycznia 2011 roku.

Jednakże Sąd Okręgowy, odmiennie niż apelujący uznał, że skoro skarżący złożył rezygnację przed tym dniem (bo złożył ją skutecznie w dniu 12 stycznia 2011 roku), to nie ponosi winy za niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości w ustawowym terminie (wynoszącym 14 dni).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych podniósł, że zarzut ten jest niezrozumiały językowo. Podkreślił, że nie można zarzucić odwołującemu, iż składając rezygnację wiedział już o istnieniu niewypłacalności. Zatem Sąd zasadnie przyjął, że rezygnacja skarżącego złożona przed upływem obiektywnego terminu do zgłoszenia

upadłości (14 stycznia 2011 roku) oraz przed nadejściem subiektywnego momentu dowiedzenia o niewypłacalności (31 marca 2011 roku) skutkowało tym, iż skarżący nie ponosi winy za niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości najpóźniej w dniu 14 stycznia 2011 roku, skoro w tej dacie nie był już członkiem zarządu.

Z kolei odnosząc się do twierdzenia apelującego, że skarżący, mając na względzie 14 dniowy termin do zgłoszenia wniosku jest terminem maksymalnym, powinien zgłosić wniosek o upadłość przed swoją rezygnacją.

Zakreślenie w przepisach takiego terminu oznacza, że także złożenie wniosku w ostatnim dniu terminu jest tak samo skuteczne jak złożenie go w dniu pierwszym czy każdym innym w trakcie biegnącego terminu, a zatem nie można nikomu stawiać, zarzutu że wykonał czynność w ostatnim dniu terminu, a tym samym zarzucać że czynność wykonał później, ale nadal w terminie. Zatem skoro w dniu rezygnacji nadal możliwe było zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości, z zachowaniem obiektywnie przyjętego przez Sąd terminu, to nie można stawiać M. M. (1) zarzutu, że nie złożył wniosku przed złożeniem rezygnacji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 355 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie odwołujący uznał, że zarzut ten jest całkowicie chybiony, skoro Sąd zastosował wyższą miarę staranności i liczył dla skarżącego termin zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości od dnia 31 grudnia 2010 roku a nie od dnia 31 marca 2011 roku - co wyraźnie wynika z ustaleń Sądu przedstawionych na stronie 15 uzasadnienia wyroku.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 217 § 2 i 3 k.p.c. oraz związanego z tym wniosku o dopuszczenie kolejnej opinii biegłego sądowego odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań. Użyty w liczbie mnogiej w tym przepisie termin „wymagalnych zobowiązań” wskazuje, że uregulowania te nie dotyczą sytuacji, gdy dłużnik zalega z zapłatą wyłącznie jednego zobowiązania, o istnieniu zobowiązań decyduje bowiem wielość wierzycieli dłużnika. Dalej odwołujący powtórzył w tym zakresie argumentację zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

W ocenie odwołującego wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii kolejnego biegłego był spóźniony. Sąd w niniejszej sprawie nie był zobowiązany z urzędu przeprowadzać dowodów niewnioskowanych przez strony (co mimo wszystko i tak zrobił), a tym samym nie był zobowiązany do prowadzenia postępowania dowodowego, aż do wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy, jak tego oczekuje apelujący. Ponadto, apelujący niewątpliwie za późno zgłosił wniosek o dopuszczenie kolejnej opinii, zwłaszcza, że zrobił to nie w odpowiedzi na opinię uzupełniającą, ale dopiero po otwarciu na nowo przewodu sądowego i po uzyskaniu stanowiska biegłego któremu zlecono (z urzędu) wydanie drugiej opinii uzupełniającej.

Ponadto organ rentowy w trakcie rozprawy w dniu 9 stycznia 2015 roku nie zgłosił do protokołu, w trybie art. 162 k.p.c. zastrzeżeń dotyczących naruszenia przez Sąd art. 217 § 2 i 3 k.p.c. i tym samym utracił możliwość powoływania się na te uchybienia w dalszym toku postępowania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja organu rentowego jest uzasadniona.

Sąd Apelacyjny w całości podzielił ustalenia faktyczne, zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, jednakże dokonał odmiennej interpretacji i oceny tych okoliczności, w całości uwzględniając apelację organu rentowego.

Punktem wyjścia do rozważań w ustalonym stanie faktycznym winien być zakres kompetencji i odpowiedzialności członka zarządu, miernik należytej staranności przy wykonywaniu przez członka zarządu jego obowiązków i ocena całościowa sprawowania zarządu. Podkreślić należy, że wykonanie lub zaniechanie przez członka zarządu poszczególnych czynności lub powoływanie się na ich niewykonanie z uwagi na rezygnację, nie może pozostać w oderwaniu od całościowej oceny.

Art. 293 ustawy Kodeks spółek handlowych stanowi, w § 1, że członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej oraz likwidator odpowiada wobec spółki za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki, chyba że nie ponosi winy. Natomiast w § 2 stanowi, że członek zarządu (...) powinien przy wykonywaniu swoich obowiązków dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności.

Wykonywanie obowiązków przez członków organów spółki powinno się odbyć z zachowaniem staranności wynikającej z zawodowego charakteru ich działalności. Obejmuje to w szczególności znajomość procesów organizacyjnych, finansowych, ale także kierowania zasobami ludzkimi oraz znajomości obowiązującego prawa i następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Co więcej, nawet podjęcie się wykonywania obowiązków członka zarządu spółki z o.o. w sytuacji braku odpowiedniego wykształcenia i wiadomości lub doświadczenia potrzebnego do prowadzenia spraw i reprezentowanie powinno być kwalifikowane jako naruszenie wymaganej staranności i sumiennosci.

W odniesieniu do osób objętych dyspozycją powołanego przepisu, przy ocenie ich postępowania następuje odejście od przeciętnej, ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju staranności, a obowiązuje swoisty miernik związany z rzetelnością, wiedzą, sumiennością, jaka powinna cechować członków organów.

Co więcej, w literaturze wyrażono pogląd, zgodnie z którym zachowanie członka organu nieodpowiadające wzorcowi staranności przewidzianemu w art. 293 § 2 k.s.h., prowadzące do wyrządzenia spółce szkody, stanowi wystarczającą podstawę skierowania przez spółkę roszczeń odszkodowawczych, bez potrzeby wykazywania "odrębnego" naruszenia prawa bądź postanowień umów (statutów) spółek.

Przepis art. 293 § 2 k.s.h. doprecyzowuje jedynie treść § 1, w jaki sposób powinno przebiegać ustalenie, czy członek organu dochował należytej staranności, która jest tylko jedną z przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej.

Podobnie stanowi art. 355 § 2 k.c., który odgrywa od strony systemowej taką samą rolę jak art. 293 § 2 k.s.h. Oba te przepisy zaostrzają miernik staranności - członek zarządu na podstawie art. 293 § 2 k.s.h. zawsze oceniany jest jak profesjonalista, a nie przeciętny (niezawodowy) uczestnik obrotu.

W tym kontekście już z samego faktu nawiązania stosunku organizacyjnego wynika, że wykonywanie obowiązków przez członków organów spółki oraz likwidatorów (kuratora) powinno się odbywać z zachowaniem staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności. Należyta staranność wymaga od członków zarządu znajomości obowiązującego prawa, przy czym decyzje zarządu mogą opierać się na analizie problemu dokonanej przez pracowników spółki lub podmioty zewnętrzne, dysponujące konieczną wiedzą specjalistyczną i doświadczeniem, jednak członek zarządu, mając kompetencje do prowadzenia spraw spółki, nie może przerzucać odpowiedzialności za podejmowane decyzje na osoby mu podległe czy działające na jego rzecz.

Profesjonalizm wymagany od członków zarządu spółki kapitałowej, a także wynikająca z niego podwyższona staranność pozwalają na przyjęcie, że każdy członek zarządu obowiązany jest kontrolować sytuację w spółce przynajmniej z taką uwagą, która pozwala na zorientowanie się, że jest ona niewypłacalna i że należy wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości.

Dokonując oceny funkcjonowania odwołującego jako członka zarządu spółki wskazać należy, że był on prezesem zarządu i zarazem jedynym członkiem zarządu spółki od dnia

13 czerwca 2008 roku do dnia 12 stycznia 2011 roku, a więc przez okres dwóch i pół roku.

W tym okresie do jego wyłącznych kompetencji należało zarządzanie Spółką.

W ramach tych kompetencji, uwzględniając miernik podwyższonej staranności, zarząd spółki nie może poprzestać jedynie na oczekiwaniu na otrzymanie bilansu, czy rachunku zysków i strat wymaganych przez Kodeks spółek handlowych celem złożenia do akt rejestrowych, ale ma obowiązek znać bieżącą sytuację majątkową spółki – tak jak wyżej wskazano, przynajmniej z taką uwagą, która pozwala na zorientowanie się, że jest ona niewypłacalna i że należy wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości.

Wprawdzie biegły, w oparciu o bilanse roczne założył, że M. M. (1) o kondycji Spółki za 2010 rok mógł dowiedzieć się dopiero po sporządzeniu bilansu za ten rok rozrachunkowy (tj. w dniu 31 marca 2011 roku), jednakże dokonując konstatacji, iż „do momentu złożenia rezygnacji z funkcji prezesa zarządu nie miał on podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości” biegły wykroczył poza zakres oceny stanu majątkowego spółki niejako usprawiedliwiając niezłożenie wniosku o upadłość brakiem bilansów częściowych.

Tymczasem taka konstatacja nie może znaleźć oparcia w zakresie kompetencji członka zarządu, tym bardziej, że jeśli na przestrzeni lat status materialny spółki się pogarszał (a tak musiało być, skoro Spółka nie opłacała składek na ubezpieczenia społeczne oraz nie płaciła podatku od towarów i usług), odwołujący jako jedyny członek zarządu winien był domagać się bilansów częściowych przewidując jej niewypłacalność uwzględniającą jeśli nie likwidację, to choćby postępowanie naprawcze.

W tym kontekście zaniechanie dokonania takich działań w ocenie Sądu Apelacyjnego stanowi o winie ubezpieczonego w niedochowaniu należytej staranności do dbałości o interesy spółki, a w konsekwencji wprost do niezgłoszenia w terminie wniosku o upadłość.

Gdyby bowiem odwołujący interesował się sprawami Spółki i należycie wykonywał swoje obowiązki jako jedynego członka zarządu, dowiedziałby się wcześniej o podstawie materialnej nakazującej zgłoszenie mu upadłości i zgłosiłby ją w terminie. Do obowiązków członka zarządu należy bowiem nie oczekiwanie na bilans, a takie prowadzenie bieżącej działalności, by zarządzany przez niego podmiot nie tylko nie upadł, ale i osiągał jak najwyższy zysk.

Nie zasługuje zatem na akceptację Sądu Apelacyjnego stanowisko Sądu I instancji, wynikające z przeprowadzonego przez Sąd I instancji wnioskowania, sprowadzającego się do uznania, że zaniechanie odwołującego w wystąpieniu o bilanse cząstkowe, czy o zorientowanie się o stanie majątkowym spółki, w biernym oczekiwaniu na roczny bilans, usprawiedliwia go w niezłożeniu we właściwym terminie wniosku o ogłoszenie upadłości.

Tym bowiem kontekście uzyskanie informacji u podstawach do zgłoszenia upadłości było okolicznością subiektywną i spowodowaną przez samego odwołującego zaniechaniem, a nie okolicznością obiektywną, czyli taką, na którą odwołujący nie miał żadnego wpływu.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, że domaganie się przez odwołującego uwolnienia go od odpowiedzialności za niezgłoszenie wniosku o upadłość, w oparciu o złożoną przez niego rezygnację z funkcji jedynego członka zarządu w dniu 12 stycznia 2011, podczas, gdy bilans roczny dostarczono dopiero 31 marca 2011 roku nie znajduje uzasadnienia.

Sąd Apelacyjny nie daje wiary, że odwołujący rzeczywiście nie znał stanu majątkowego Spółki. Okres obrachunkowy Spółki zakończył się bowiem 31 grudnia 2010 roku, do tego okresu powinny zostać przez Spółkę wystawione wszystkie faktury za rok 2010, natomiast Spółce musiały być znane wierzytelności.

Mając na względzie, że ze względu na opłacenie należnego podatku od towarów i usług (których Spółka nie płaciła w terminie) konieczne było szybkie wprowadzenie do systemu komputerowego wystawionych względnie otrzymanych przez Spółkę faktur oraz zarejestrowanie w systemie fakturowania/ewidencji/rozliczeń istniejących i znanych należności i zaległości, sporządzenie samego bilansu jako arkusza kalkulacyjnego zawierającego pozycje winien/ma bądź w spółce bądź przez wyspecjalizowany podmiot, w dobie powszechnej komputeryzacji oraz konieczności elektronicznego zgłaszania i rozliczania składek na ubezpieczenia społeczne (których również Spółka nie płaciła w terminie) nie sposób uwierzyć, że odwołujący nie orientował się w bieżących finansach Spółki.

Zatem, w ocenie Sądu Apelacyjnego, złożenie przez odwołującego rezygnacji w dniu 12 stycznia 2011 roku, po zakończonym roku obrachunkowym, miało na celu uniknięcie odpowiedzialności za niezłożenie przez niego wniosku o upadłość we właściwym terminie, przy powołaniu się przez niego na okoliczność, że formalny bilans roczny zostanie/ został dostarczony Spółce dopiero 31 marca 2011 roku.

Za bezprzedmiotowe uznał również Sąd Apelacyjny w kontekście niniejszej sprawy rozważania w przedmiocie wielości wierzycieli jako nie mające znaczenia, albowiem podstawą do zgłoszenia upadłości jest niewypłacalność podmiotu nawet, jeśli podmiot posiada tylko jednego kontrahenta będącego jednocześnie wierzycielem, a wysokość zobowiązania względem tego kontrahenta przekracza próg określony ustawą. Kwestia ta mogłaby być jedynie przedmiotem rozważań przykładowo w sytuacji, gdyby tylko jeden z wielu wierzycieli domagał się spornej, niezapłaconej należności, ale nie w sytuacji, gdy obciążenie spółki przekracza wartość progową w stosunku do kilku wierzycieli.

Nie podzielił także Sąd Apelacyjny formalnej przesłanki uwolnienia odwołującego od odpowiedzialności, uznając, że nawet jeśli teoretycznie nie upłynął ostateczny termin do zgłoszenia upadłości, to wniesiona przez odwołującego

rezygnacja, w ramach miernika podwyższonej staranności, winna zostać poprzedzona zgłoszeniem wniosku o upadłość – mając na względzie interes reprezentowanego dotychczas podmiotu, natomiast rezygnację z funkcji członka zarządu należy w stanie faktycznym sprawy rozpatrywać jako zamiar uniknięcia odpowiedzialności za własne zaniechania.

Mając na względzie powyższe rozważania Sąd Apelacyjny, dokonując odmiennej oceny zgromadzonego materiału dowodowego w całości podzielił zarzuty zawarte w apelacji organu rentowego uznając, że odwołujący nie wykazał okoliczności ekskulpujących go od niezłożenia we właściwym terminie wniosku o upadłość, a w rezultacie odpowiedzialności objętej zaskarżoną decyzją organu rentowego i na mocy art. 386 § 1 k.p.c. orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania za obie instancje Sąd Apelacyjny orzekł w oparciu o § 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. 2013.490 t.j.) w zw. z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015.1804).

/-/SSO del. M. Pierzycka-Pajak /-/SSA M. Małek-Bujak /-/SSA J. Ansion

Sędzia Przewodniczący Sędzia

MP