



Sygn. akt III UK 89/10

**WYROK**  
**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 10 marca 2011 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Kazimierz Jaśkowski (przewodniczący)

SSN Małgorzata Wrębiakowska-Marzec (sprawozdawca)

SSA Krzysztof Staryk

w sprawie z odwołania S. S. i M. M.

od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych

z udziałem zainteresowanej "A" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością o zapłatę składek,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń

Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 10 marca 2011 r.,

skarg kasacyjnych odwołujących się od wyroku Sądu Apelacyjnego [...]

z dnia 13 stycznia 2010 r.,

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

**Uzasadnienie**

Decyzjami z dnia 7 listopada 2005 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych - (zwany dalej Zakładem) stwierdził odpowiedzialność za zobowiązania „A” Spółki z o.o. (zwanej dalej zainteresowaną) z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych: w stosunku do S. S. (zwanego dalej wnioskodawcą) za okres od października 2003 r. do listopada 2004 r. w łącznej kwocie 1.435.600 zł oraz w stosunku do M. M. (zwanej dalej wnioskodawczynią) za okres od grudnia 2004 r. do sierpnia 2005 r. w łącznej kwocie 584.598,45 zł.

Wyrokami z dnia 27 lipca 2006 r. Sąd Okręgowy oddalił odwołania wnioskodawców.

Sąd Apelacyjny wyrokami z dnia 12 marca 2008 r. uchylił obydwa zaskarżone wyroki, zniósł postępowanie w całości i przekazał sprawę Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania celem wezwania zainteresowanej do udziału w postępowaniu.

Po ponownym rozpoznaniu spraw połączonych do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia, Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 29 września 2009 r. oddalił odwołania wnioskodawców. Podstawę rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia.

Wnioskodawca okresie od 1 października 2003 r. do 30 listopada 2004 r. pełnił funkcję prezesa jednoosobowego zarządu zainteresowanej. W rzeczywistości wnioskodawca uzgadniał wszystkie działania z właścicielem i miał niewielki wpływ na samodzielne podejmowanie decyzji finansowych, nie wiedział, z kim były prowadzone rozmowy zmierzające do uzyskania dokapitalizowania spółki i nie znał ich przebiegu. W dniu 19 grudnia 2003 r. wnioskodawca zawarł umowę sprzedaży za kwotę 50.000 zł stanowiących własność zainteresowanej nieruchomości o łącznej pow. ponad 13 ha wraz z zabudowaniami. Nieruchomości te stanowiły aport wniesiony przez właściciela do zainteresowanej, a ich wartość przekraczała 13 milionów złotych. Postępowanie egzekucyjne kierowane przez Zakład od września 1999 r. do sierpnia 2005 r. do konta bankowego zainteresowanej oraz do organów skarbowych było bezskuteczne. Już 31 grudnia 2001 r. zobowiązania zainteresowanej przewyższały jej majątek o ponad pięć milionów złotych, a na

dzień 31 grudnia 2003 r. wynosiły 18.756.930,82 zł. Oszacowany na tę ostatnią datę majątek zainteresowanej wynosił 682.775,53 zł. W rozumieniu ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze (jednolity tekst: Dz.U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361 ze zm., powoływanego dalej jako Prawo upadłościowe) niewypłacalność Spółki nastąpiła co najmniej na dzień 31 grudnia 2003 r. W dniu 17 marca 2003 r. wierzyciel, Bank Pekao S.A., wniósł o ogłoszenie upadłości zainteresowanej. Zainteresowana wносиła o oddalenie wniosku. Postanowieniem sądu gospodarczego z dnia 15 grudnia 2004 r. wniosek został oddalony z uwagi na niewykazanie przez wierzyciela legitymacji czynnej w związku z nieuprawdopodobnieniem wierzytelności oraz brak wystarczających środków na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego. Decyzjami z dnia 30 września 2008 r. Naczelnik Urzędu Skarbowego orzekł o solidarnej odpowiedzialności wnioskodawcy jako prezesa zarządu za zaległości podatkowe zainteresowanej z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych i podatku od towarów i usług za miesiące październik - grudzień 2003 r. W uwzględnieniu odwołania wnioskodawcy Dyrektor Izby Skarbowej decyzjami z dnia 30 grudnia 2008 r. i 31 grudnia 2008 r. uchylił decyzje organu pierwszej instancji i umorzył postępowanie w sprawie. W uzasadnieniu decyzji podano, że w świetle art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej niezgłoszenie przez wnioskodawcę wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło bez jego winy.

Wnioskodawczynie pełniła funkcję prezesa jednoosobowego zarządu zainteresowanej od 20 grudnia 2004 r. do 31 sierpnia 2005 r. Posiadała informację, że postępowanie upadłościowe z wniosku PKO S.A. zakończyło się jego oddaleniem ze względu na brak legitymacji czynnej wierzyciela. W dniu 29 grudnia 2004 r. Skarb Państwa reprezentowany przez Naczelnika Trzeciego Urzędu Skarbowego złożył wniosek o ogłoszenie upadłości zainteresowanej. Sąd gospodarczy zabezpieczył majątek dłużnika poprzez ustanowienie tymczasowego nadzorca sądowego. Wnioskodawczynie złożyła zażalenie na powyższe postanowienie, wnosząc o jego uchylenie. W toku postępowania o ogłoszenie upadłości wносиła o oddalenie wniosku. Z raportu tymczasowego nadzorca wynika, że majątek spółki na dzień 11 stycznia 2005 r. wynosił 53.200 zł, a przewidywane koszty postępowania upadłościowego wyliczone zostały na 677.000 zł.

Postanowieniem sądu gospodarczego z dnia 13 lipca 2005 r. wniosek o ogłoszenie upadłości zainteresowanej został oddalony. Postanowienie to nie zostało zaskarżone.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy, odwołując się do treści art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.) w związku z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 ze zm., powoływanej dalej jako ustawa systemowa), podniósł, że dla odpowiedzialności członka zarządu za powstałe zaległości z tytułu nieopłaconych zobowiązań istotne jest wykazanie bezskuteczności egzekucji z majątku spółki. Ustalenie przesłanki bezskuteczności egzekucji może nastąpić na podstawie każdego dowodu, z którego wynika, że spółka nie ma majątku pozwalającego na zaspokojenie wierzyciela. W ocenie tego Sądu, Zakład wykazał, że - przed wydaniem decyzji przenoszącej odpowiedzialność za niezapłacone składki - w postępowaniu egzekucyjnym prowadzonym przeciwko zainteresowanej stwierdzono bezskuteczność egzekucji zarówno z jej rachunków bankowych, jak i w toku postępowania egzekucyjnego realizowanego przez poborcę skarbowego.

Dalej Sąd pierwszej instancji wywiódł, że członek zarządu spółki z należytą starannością powinien zadbać o ochronę interesów wszystkich wierzycieli zagrożonych stanem niewypłacalności spółki i nie dopuścić do sytuacji, w której żaden z wierzycieli nie zostanie zaspokojony lub niektórzy z nich zostaną zaspokojeni ze szkodą dla innych (art. 293 § 2 k.s.h.). W tej sytuacji złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki powoduje brak odpowiedzialności członków jej zarządu wówczas, gdy nastąpi to „we właściwym czasie”. Dla wyłączenia odpowiedzialności członka zarządu nie ma znaczenia kto zgłosił wniosek o ogłoszenie upadłości (dłużnik czy wierzyciel), byleby tylko uczynił to właściwym terminie. „Właściwy czas” do wszczęcia postępowania upadłościowego to czas właściwy ze względu na ochronę wierzyciela. Za taki czas nie może być uznana chwila, w której pasywa przewyższają aktywa i z tej przyczyny dłużnik nie posiada już dostatecznych środków na zaspokojenie wierzycieli. Wniosek o ogłoszenie upadłości powinien być zgłoszony w takim czasie, żeby wszyscy wierzyciele mieli możliwość uzyskania równomiernego, chociażby tylko częściowego, zaspokojenia z

majątku spółki. Nie można więc uznać, że wniosek o ogłoszenie upadłości zainteresowanej został złożony we właściwym czasie, skoro jej majątek nie wystarczał już nawet na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego. W ocenie Sądu Okręgowego, gdy wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony przez inny podmiot, dla skutecznego uwolnienia się prezesa zarządu (znającego sytuację finansową spółki, jej faktyczną kondycję, długi, brak majątku, nikłe perspektywy na poprawę sytuacji finansowej) od odpowiedzialności za zobowiązania składkowe wymagane jest przyłączenie się do tego wniosku i jego poparcie, czego wnioskodawcy nie uczynili, zmierzając świadomie do niezaspokojenia wierzycieli. W konsekwencji wnioskodawcy nie wykazali braku swojej winy w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości, a brak pełnego rozeznania w finansach spółki można uznać za rażące niedbalstwo. Sprzedaż przez wnioskodawcę nieruchomości w okresie sprawowania funkcji prezesa zarządu i w trakcie toczącego się postępowania o ogłoszenie upadłości Sąd Okręgowy uznał za działanie zmierzające do pozbawienia zainteresowanej majątku niezbędnego na zabezpieczenie kosztów postępowania upadłościowego, wskazując, że nie jest dla niego wiążąca decyzja Dyrektora Izby Skarbowej uchylająca przeniesienie na wnioskodawcę odpowiedzialności za zobowiązania podatkowe za okres od października do grudnia 2003 r. z tego powodu, że zgłoszony został wniosek o upadłość przez inny podmiot. Sąd ten ocenił, że decyzja administracyjna jest błędna i nie podzielił zawartych w jej uzasadnieniu argumentów prawnych.

Wyrokiem z dnia 13 stycznia 2010 r. Sąd Apelacyjny oddalił apelacje wnioskodawców od powyższego wyroku, przyjmując za własne ustalenia i ocenę prawną dokonane przez Sąd pierwszej instancji.

Podzielając pogląd Sądu Okręgowego, że dla wyłączenia odpowiedzialności członka zarządu spółki bez znaczenia pozostaje to, jaki podmiot zgłosił żądanie ogłoszenia upadłości, byleby żądanie zostało zgłoszone w terminie, Sąd Apelacyjny wskazał, iż za właściwy czas do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości nie może być uznany moment, w którym pasywa przewyższają aktywa, a taka sytuacja istniała w chwili składania obu wniosków przez wierzycieli. Wnioskodawca w postępowaniu upadłościowym podjął kroki niweczące jego cel, gdyż po pierwsze -

podniósł zarzut braku legitymacji czynnej wierzyciela z uwagi na przedawnienie, co stanowiło podstawę oddalenia wniosku, a po drugie - sprzedając za 50.000 zł grunty z zabudowaniami o wartości ponad 13 milionów złotych, stanowiące własność zainteresowanej, pozbawił wierzycieli możliwości zaspokojenia. W rezultacie w dacie zapadnięcia postanowienia o oddaleniu wniosku (15 grudnia 2004 r.) zainteresowana nie posiadała żadnego majątku, w tym środków finansowych na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego. Mimo braku majątku i produkcji zainteresowana przez okres sprawowania zarządu przez wnioskodawców zatrudniała 90 pracowników oddelegowanych do innej firmy, co prowadziło do zwiększenia zadłużenia. Reasumując – wnioski o ogłoszenie upadłości zostały zgłoszone przez wierzycieli w takim czasie, że żaden z nich nie mógł uzyskać jakiegokolwiek zaspokojenia, gdyż już w dacie zgłoszenia pierwszego z nich pasywa znaczenie przewyższały aktywa, działania wnioskodawcy doprowadziły do wyzbycia się przez zainteresowaną majątku, zaś działalność wnioskodawczyni - do zwiększenia jej zadłużenia.

Sąd Apelacyjny podzielił również stanowisko Sądu pierwszej instancji, że do stwierdzenia bezskuteczności egzekucji warunkującej odpowiedzialność członka zarządu nie zawsze konieczne jest prowadzenie egzekucji i zakończenie jej umorzeniem postępowania. W tym zakresie Sąd ten powołał się na pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2008 r., III UK 106/07, wskazując, że Zakład wykazał, iż wyczerpał sposoby dotarcia do majątku zainteresowanej i nie posiada żadnych informacji o jej wierzytelnościach, czego wnioskodawcy nie kwestionowali.

Skargi kasacyjne od powyższego wyroku wnieśli obydwójce wnioskodawcy.

Wnioskodawczyni zarzuciła: I. naruszenie prawa materialnego tj.: 1) art. 116 § 1 pkt 1 ppkt a) i b) w związku z art. 108 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i 32 ustawy systemowej, przez ich błędną wykładnię i uznanie, że na podstawie wskazanych przepisów odpowiada członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (nie dochodzi do uwolnienia się takiego członka zarządu od odpowiedzialności), niezależnie od stanowiska takiego członka co do wniosku o ogłoszenie upadłości złożonego przez wierzyciela spółki oraz sposobu zarządzania spółką przez tego członka zarządu, w sytuacji, gdy wykaże on, że w czasie

sprawowania przez niego funkcji członka zarządu toczyło się postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości zarządzanej przez niego spółki i nie zostało ono zakończone przez cały okres pełnienia funkcji przez tego członka zarządu; 2) art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i 32 ustawy systemowej, przez ich błędne zastosowanie w sytuacji, gdy wierzyciel nie wykazał bezskuteczności egzekucji w rozumieniu tego przepisu, tj. bezskuteczności egzekucji stwierdzonej w postępowaniu w sprawie egzekucji należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne objętych zaskarżoną decyzją, które bezpośrednio poprzedzało wydanie tej decyzji o odpowiedzialności członka zarządu spółki za te należności, w postaci postanowienia o umorzeniu takiej egzekucji; II. mające wpływ na treść zaskarżonego wyroku rażące naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 98 k.p.c. w związku z § 6 pkt 7 w związku z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1349, zwanego dalej rozporządzeniem) polegające na zasądzeniu na podstawie tych przepisów od skarżącej kwoty 5.400 zł, w sytuacji gdy w sprawie miał zastosowanie art. 98 k.p.c. w związku z § 11 ust. 2 rozporządzenia.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżąca wniosła uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania.

Wnioskodawca zarzucił: I. naruszenie prawa materialnego przez jego błędną wykładnię polegającą na obrazie: 1) art. 116 § 1 pkt 1 ppkt a) i b) w związku z art. 108 § 1 Ordynacji podatkowej i w związku z art. 31 i 32 ustawy systemowej, przez błędne uznanie, że na podstawie powyższych przepisów odpowiada skarżący, były członek zarządu zainteresowanej i w niniejszej sprawie nie dochodzi do uwolnienia się takiego członka zarządu od odpowiedzialności i to także w sytuacji, gdy wykazał on, że w czasie sprawowania przez niego funkcji członka zarządu toczyło się już postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości zarządzanej przez niego spółki, 2) art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, przez jego błędne zastosowanie w sytuacji, gdy wierzyciel - Zakład nie wykazał bezskuteczności egzekucji stwierdzonej w sprawie egzekucji należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne objętych

zaskarżoną decyzją, które bezpośrednio poprzedzało wydanie tej decyzji o odpowiedzialności członka zarządu spółki za te należności, w postaci postanowienia o umorzeniu takiej egzekucji; II. obrazę przepisów postępowania, a mianowicie art. 233 k.p.c., przez dokonanie ustaleń na podstawie dowodów zebranych w sposób fragmentaryczny, co doprowadziło do wysnucia dowolnych wniosków, niezgodnych z dającym się bez trudu ustalić rzeczywistym stanem rzeczy, zgodnie z którym wnioskodawca nie posiadał żadnego realnego wpływu na istotne czynności przynależne członkowi zarządu, w tym w postępowaniu upadłościowym.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Skargi kasacyjne okazały się usprawiedliwione, aczkolwiek nie wszystkie podniesione w nich zarzuty mogą być uznane za zasadne.

W pierwszym rzędzie bezzasadne są zawarte w obu skargach zarzuty naruszenia przepisów postępowania: w odniesieniu do zarzucanej przez wnioskodawcę obrazę art. 233 k.p.c. - z tej przyczyny, że w myśl art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c. podstawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty dotyczące ustalenia faktów i oceny dowodów, do której to sfery wprost odnosi się wymieniony przepis, natomiast w zakresie zarzucanej przez wnioskodawczynię obrazę art. 98 k.p.c. w związku z § 6 pkt 7 w związku z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z tego względu, że Sąd Najwyższy przyjmuje jednolicie, iż w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych dotyczącej przeniesienia na członków zarządu spółki jej zobowiązań za zaległości z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wynagrodzenie pełnomocnika będącego radcą prawnym powinno być ustalone na podstawie § 6, a nie w oparciu o § 11 tego rozporządzenia (por. uchwałę z dnia 9 marca 1993 r., II UZP 5/93, OSNCP 1993 nr 11, poz. 194 oraz postanowienie z dnia 5 czerwca 2009 r., I UZP 1/09, LEX nr 518062). Jest to stanowisko słuszne, gdyż niewątpliwie



składki na ubezpieczenia społeczne nie są świadczeniami przysługującymi i pobieranymi przez świadczeniobiorców z ubezpieczeń emerytalnego, rentowych, wypadkowego i chorobowego, ale świadczeniami na te ubezpieczenia.

Nieusprawiedliwiony jest zawarty w obu skargach kasacyjnych zarzut naruszenia art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, uzasadniany niewykazaniem przez Zakład bezskuteczności egzekucji w postaci postanowienia o jej umorzeniu. Rację ma skarżący, że nie jest trafne stanowisko Sądu drugiej instancji co do możliwości wykazywania przez Zakład bezskuteczność egzekucji wszelkimi dowodami, które okoliczność tę mogą potwierdzić. W uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 13 maja 2009 r., I UZP 4/09 (OSNP 2009 nr 23-24, poz. 319) Sąd Najwyższy stwierdził, że bezskuteczność egzekucji z majątku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, o której mowa w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, może być stwierdzona wyłącznie w postępowaniu w sprawie egzekucji należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, poprzedzającym wydanie decyzji o odpowiedzialności członka zarządu za te należności. Jednakże w uzasadnieniu powołanej uchwały Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż warunek ten należy uznać za spełniony, jeżeli przed wydaniem decyzji obciążającej członka zarządu dojdzie do umorzenia postępowania upadłościowego na podstawie art. 361 pkt 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 60, poz. 535 z późn. zm.), względnie do oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 ust. 1 albo ust. 2 tej ustawy, a więc także wtedy, gdy majątek spółki nie wystarcza nawet na zaspokojenie kosztów postępowania. Pogląd taki wyrażony został również w wyrokach Sądu Najwyższego z dnia 22 lipca 2009 r., I UK 46/09 (LEX nr 529770) oraz z dnia 2 września 2009 r., II UK 336/08 (LEX nr 533102). Stanowisko to należy w pełni zaakceptować, gdyż upadłość – posiadająca charakter egzekucji uniwersalnej - ma na celu równomierne, choćby częściowe zaspokojenie wszystkich wierzycieli poprzez zrealizowanie całego majątku niewypłacalnego dłużnika. Niemożliwość realizacji tego celu z uwagi na to, że majątek dłużnika nie wystarczy nawet na zaspokojenie kosztów postępowania, jest równoznaczna z bezskutecznością egzekucji uniwersalnej, co odnosi się do wszystkich zobowiązań niewypłacalnego dłużnika i wszystkich jego wierzycieli. Skoro więc ze stanu faktycznego sprawy, w której wniesiona została rozpoznawana

skarga kasacyjna, wynika, że sąd gospodarczy prawomocnym postanowieniem z dnia 13 lipca 2005 r. oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości zainteresowanej Spółki z uwagi na brak środków na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego, a decyzje przenoszące odpowiedzialność na wnioskodawców zostały przez Zakład wydane w dniu 7 listopada 2005 r., to zaskarżony wyrok w zakresie odnoszącym się do spełnienia pozytywnej przesłanki odpowiedzialności skarżących w postaci bezskuteczności egzekucji w stosunku do zainteresowanej Spółki w ostateczności odpowiada prawu.

Zasadne okazały się natomiast zarzuty skarżących odnośnie do naruszenia art. 116 § 1 pkt 1 lit. a i b Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i 32 ustawy systemowej. Zawarte w tych przepisach regulacje przewidują dwie sytuacje, których wykazanie przez członka zarządu spółki może uwolnić go od odpowiedzialności względem niezaspokojonego wierzyciela spółki. Dla uzyskania tego rezultatu wystarczy wykazanie jednej z nich. Może to nastąpić, jeśli członek zarządu wykaże, że we właściwym czasie doszło do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki albo wszczęto postępowanie układowe albo wykaże, że nawet jeśli nie doszło do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki lub wszczęcia postępowania układowego, to nie ponosi on winy w niezgłoszeniu takich żądań. Rację ma Sąd drugiej instancji stwierdzając, że członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie musi wykazać, że to on wystąpił z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Może powoływać się na zgłoszony we właściwym czasie wniosek innego członka lub wierzyciela spółki i nie musi tego wniosku dublować, aby uchronić się przed ewentualną odpowiedzialnością (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 7 lipca 2009 r., II FSK 372/08, LEX nr 529353 i orzeczenia w nim powołane). Wskazuje na to zawarty w art. 116 § 1 pkt 1 lit. a Ordynacji podatkowej zwrot „doszło do złożenia wniosku”, co oznacza, że czynność ta może być dokonana niekoniecznie przez członka zarządu. W każdym jednak razie niezgłoszenie wniosku „we właściwym czasie” uzasadnia odpowiedzialność członka zarządu, chyba że wykaże on, iż niezgłoszenie wniosku nastąpiło bez jego winy. Odwołanie się w art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej do wykazania braku winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęciu postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego),

wskazuje, że członek zarządu nie ponosi odpowiedzialności za okoliczności, na które nie miał wpływu, gdyż - nie będąc członkiem zarządu w czasie właściwym do podjęcia określonych w tym przepisie czynności - w ogóle nie miał możliwości działania (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 lutego 2006 r., II FSK 114/05, LEX nr 250317; z dnia 20 października 2006 r., II FSK 1271/05, LEX nr 264209; z dnia 28 października 2009 r., II FSK 1813/07, LEX nr 573465).

Sąd drugiej instancji uznał po pierwsze, że już pierwszy ze zgłoszonych przez wierzycieli wniosków o ogłoszenie upadłości zainteresowanej Spółki, poprzedzający objęcie przez wnioskodawców funkcji członków zarządu, nie został złożony w czasie właściwym w rozumieniu art. 116 § 1 pkt 1 lit. a Ordynacji podatkowej oraz po drugie, że nie wystarczy to do zwolnienia wnioskodawców od odpowiedzialności uregulowanej w art. 116 Ordynacji podatkowej, ponieważ zamiast przyłączyć się do zgłoszonych przez wierzycieli żądań, obydwójce wnosili o oddalenie wniosków, a nadto wnioskodawca - zbywając majątek zainteresowanej - pozbawił wierzycieli zaspokojenia, a wnioskodawczynie przyczyniła się do dalszego zadłużenia Spółki. W ten sposób Sąd Apelacyjny nałożył na członków zarządu dodatkowe obowiązki, których powołany przepis nie przewiduje. Wymaganie zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie związane jest z ochroną wierzycieli przed unikaniem przez dłużnika wykonania zobowiązania albo preferencyjnego traktowania niektórych tylko wierzycieli. W postępowaniu sądowym mogą być podjęte czynności mające na celu zabezpieczenie majątku dłużnika, nawet wbrew jego woli. Wobec tego nie ma co do zasady znaczenia, jakie było stanowisko dłużnika w odniesieniu do zgłoszonego przez wierzyciela żądania. Z kolei podejmowanie przez członka zarządu, reprezentującego dłużnika, czynności mających na celu uniemożliwienie zaspokojenia wierzycieli nie jest objęte przesłankami z art. 116 Ordynacji podatkowej. Nie oznacza to braku jego odpowiedzialności, również karnej, jeśli wykazane zostaną ustawowo określone przesłanki, wykracza to jednak poza ramy odpowiedzialności opartej na rozpatrywanym przepisie.

Należy natomiast zauważyć, że Sąd Apelacyjny nie przypisał odpowiedniego znaczenia użytemu w art. 116 § 1 pkt 1 lit. a Ordynacji podatkowej pojęciu zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości „we właściwym czasie”, zdając się je

odnosić - za Sądem pierwszej instancji - do pojęcia niewypłacalności w rozumieniu przepisów Prawa upadłościowego. Tymczasem art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej nie odwołuje się wprost do Prawa upadłościowego, ale posługuje się elastycznym i niedookreślonym zwrotem „właściwy czas”. W judykaturze Sądu Najwyższego przyjmuje się, że 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, iż 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 nadto z uwzględnieniem celu, jakim uregulowanie zawarte w powołanym przepisie ma służyć, a którym jest ochrona należności publicznoprawnych oraz - co do należności składkowych - ochrona Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Przesłanka ta 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 (por. wyrok z dnia 9 lipca 2009 r., II UK 374/08, LEX nr 533104; z dnia 1 września 2009 r., I UK 95/09, LEX nr 551001; z dnia 16 września 2009 r., I UK 277/08, LEX nr 550086 i orzeczenia w nich powołane). Inaczej rzecz ujmując, zgłoszenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości oznacza czas, w którym jest realne chociażby częściowe zaspokojenie z majątku spółki wierzycieli objętych ochroną z art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i 32 ustawy systemowej, przy czym ocena w tym zakresie powinna być dokonana z perspektywy sytuacji istniejącej w dacie zgłoszenia wniosku o upadłość, a nie z uwzględnieniem późniejszych zdarzeń, prowadzących do bankructwa spółki. W myśl art. 20 ust. 1 Prawa upadłościowego (wcześniej: art. 4 § 1 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. - Prawo upadłościowe, jednolity tekst: Dz.U. z 1991 r. Nr 118, poz. 512 ze zm., powoływanego dalej jako Prawo upadłościowe z 1934 r.) wniosek o ogłoszenie upadłości może zgłosić dłużnik lub każdy z jego wierzycieli. Ponieważ w świetle art. 24 Prawa upadłościowego (art. 9 § 4 Prawa upadłościowego z 1934 r.) wierzyciel zgłaszający wniosek o ogłoszenie upadłości winien swoją wierzytelność uprawdopodobnić,

przeto niewątpliwie legitymacja do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości przysługuje takiemu wierzycielowi, którego wierzytelność istnieje w chwili ogłoszenia upadłości. Jeżeli zatem reprezentujący spółkę członek zarządu skutecznie zwalcza wniosek o ogłoszenie jej upadłości zarzutem braku legitymacji czynnej wierzyciela, to nie może następnie bronić się twierdzeniem, że z obowiązku zgłoszenia takiego wniosku został zwolniony wskutek jego wcześniejszego zgłoszenia przez wierzyciela nieposiadającego istniejącej wierzytelności, a w konsekwencji - legitymacji do dokonania takiej czynności. Inaczej mówiąc, jeżeli członek zarządu z racji pełnionej funkcji posiada wiedzę o stanie finansowym spółki uzasadniającym ogłoszenie jej upadłości, to wcześniejsze zgłoszenie wniosku w tym przedmiocie przez podmiot nieposiadający legitymacji nie zwalnia go z obowiązku dokonania tej czynności i nie oznacza, że niezgłoszenie takiego wniosku nastąpiło bez jego winy w rozumieniu art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej.

Sąd Apelacyjny nie rozważał rozpoznawanej sprawy w powyższym aspekcie, przyjmując niekonsekwentnie za Sądem pierwszej instancji z jednej strony, że niewypłacalność zainteresowanej Spółki w rozumieniu przepisów Prawa upadłościowego nastąpiła „co najmniej na 31 grudnia 2003 r.”, a z drugiej strony, iż już pierwszy wniosek o ogłoszenie upadłości (17 marca 2003 r.) nie został złożony we właściwym czasie, chociaż to dopiero działania wnioskodawcy w grudniu 2003 r. pozbawiły wierzycieli możliwości „jakiegokolwiek zaspokojenia”. Tymczasem okoliczność, że - na skutek tych działań - w dacie wydania postanowienia przez sąd gospodarczy (15 grudnia 2004 r.) zainteresowana Spółka była bankrutem (jej majątek nie wystarczyłby nawet na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego), nie ma znaczenia dla oceny czy zgłoszenie przez wnioskodawcę wniosku o ogłoszenie jej upadłości przed zbyciem majątku Spółki byłoby dokonane we właściwym czasie w rozumieniu art. 116 § 1 pkt 1 lit. a Ordynacji podatkowej. Wbrew twierdzeniom wnioskodawcy, brak po stronie członka zarządu spółki z o.o. wiedzy o jej kondycji finansowej nie jest - co do zasady - okolicznością świadczącą o tym, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło bez jego winy (por. wyroki Sądu najwyższego z dnia 19 lutego 2008 r., II UK 100/07, OSNP 2009 nr 9-10, poz. 127; z dnia 27 maja 2009 r., II UK 373/08, LEX nr 509019 i z dnia 15 września 2009 r., II UK 406/08, LEX nr 553693). Przesłanki uwolnienia się przez

członka zarządu od odpowiedzialności za zobowiązania spółki prowadzają się bowiem do wykazania, iż - pomimo zachowania należytej staranności w działaniach zmierzających do wszczęcia postępowania upadłościowego lub układowego (co oznacza wykazanie, że uczynił on ze swej strony wszystko, aby nie dopuścić do zniweczenia celu tych postępowań) - obiektywnie zaistniały przyczyny, które uniemożliwiły mu dokonanie takich czynności.

Z powyższych względów Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji na podstawie art. 398<sup>15</sup> § 1 zdanie pierwsze i odpowiednio stosowanego art. 108 § 2 k.p.c.