



Sygn. akt III UK 24/11

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 lutego 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Kazimierz Jaśkowski (przewodniczący)

SSN Halina Kiryło (sprawozdawca)

SSN Jerzy Kwaśniewski

Protokolant Małgorzata Beczek
w sprawie z odwołania H. W.
od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych
z udziałem O. Spółka Akcyjna
o składki,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 14 lutego 2012 r.,
skargi kasacyjnej odwołującego od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 4 listopada 2010 r.,

oddala skargę kasacyjną.

UZASADNIENIE

Zakład Ubezpieczeń Społecznych decyzją z dnia 7 listopada 2002 r. stwierdził, iż H. W. jako członek zarządu „O.” Spółki Akcyjnej odpowiada całym swoim majątkiem za jej zobowiązania z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od 1 stycznia 2000 r. do 31 sierpnia 2002 r. ogółem na kwotę 5.331.099,95 zł, na którą to składa się należność główna w wysokości 3.573.508,35 zł i odsetki za zwłokę w kwocie 1.757.591,60 zł oraz dalsze odsetki od zaległości za okres od 1 listopada 2002 r.

Na skutek odwołania zobowiązanego Sąd Okręgowy – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z dnia 17 grudnia 2003 r. zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, iż ograniczył odpowiedzialność H. W. z tytułu przedmiotowej zaległości składkowej do okresu od 1 stycznia 2000 r. do 13 sierpnia 2002 r., a w pozostałym zakresie oddalił odwołanie oraz zasądził od odwołującego się na rzecz organu rentowego zwrot kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 80 złotych.

Postanowieniem Sądu Apelacyjnego z dnia 4 kwietnia 2006 r. uchylono zaskarżony wyrok i przekazano sprawę Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania. Sąd drugiej instancji wskazał, iż odpowiedzialność członków zarządu spółki za jej zobowiązania składkowe jest subsydiarna i powstaje dopiero wówczas, gdy egzekucja należności od spółki okazała się bezskuteczna. A zatem brak wezwania spółki do udziału w sprawie w charakterze zainteresowanej powoduje nieważność postępowania. W następstwie powyższego Sąd pierwszej instancji wezwał „O.” Spółkę Akcyjną do wzięcia udziału w sprawie.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z dnia 2 czerwca 2010 r. zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że ustalił, iż H. W. jako członek zarządu O. Spółki Akcyjnej odpowiada za zobowiązania z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od 1 stycznia 2000 r. do 12 sierpnia 2002 r. i oddalił odwołanie w pozostałym zakresie oraz odstąpił od obciążania odwołującego się kosztami postępowania.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że H. W. pełnił funkcję prezesa zarządu „O.” Spółki Akcyjnej od 15 listopada 1999 r. do 12 sierpnia 2002 r., kiedy to uchwałą rady nadzorczej został odwołany z tej funkcji. Nowym prezesem zarządu Spółki została W. H., co ujawniono w Krajowym Rejestrze Sądowym, na mocy postanowienia Sądu z 6 września 2002 r. W okresie od stycznia 2000 r. do lipca 2002 r. zaległość „O.” Spółki Akcyjnej wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wyniosła: z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne 2.796.686,24 zł, z tytułu składek na ubezpieczenie zdrowotne – 557.029,26 zł oraz z tytułu składek na Fundusz Pracy Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych – 219.792,85 zł, co łącznie dawało kwotę należności głównej odpowiadającą 3.573.508,35 zł.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że od maja 1997 r. Przedsiębiorstwo Państwowe Zakłady Przemysłu Odzieżowego „O.” (dalej jako ZPO „O.”) w sposób trwały zaprzestało regulowania części należności wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. W wyniku zawarcia ugody z organem rentowym ZPO „O.” uregulowały swoje zobowiązania z tytułu należności głównej do września 1999r., jednak w wyniku nieterminowego odprowadzania składek narosły odsetki w wysokości 64.501,63 zł. Na dzień 15 listopada 1999 r. zadłużenie przedsiębiorstwa wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wynosiło 574.717,23 zł. Dodatkowo ZPO „O.” miały nieuregulowaną w części należność za czerwiec 1999 r. w kwocie 46.924,83 zł. Nie wypełniały też swoich zobowiązań wobec PFRON. Od początku przejęcia ZPO „O.” przez „O.” Spółkę Akcyjną, ta ostatnia była niewypłacalna. Spółka nie posiadała kapitału własnego do prowadzenia przedsiębiorstwa i do spłaty przejętych zobowiązań. Od 1998 roku podstawowa działalność ZPO „O.” była trwale nierentowna. Zakłady oddały Spółce majątek w odpłatne korzystanie. Wartość ZPO „O.” wyliczona metodą skorygowanych aktywów netto wynosiła 6.392,270 złotych, zaś wartość nieruchomości wraz z prawem wieczystego użytkowania gruntu wyceniona została na 5.500.000 złotych. W dniu 14 września 2006 r. Ministerstwo Skarbu Państwa sprzedało nieruchomość przy ulicy Niepodległości za cenę 22.200.000 złotych. Zasadniczo przedsiębiorstwo powinno było złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości już w 1994 roku. Kapitał własny „O.” Spółki Akcyjnej wynosił 600.000 złotych, przy czym nie został opłacony w całości. Już na dzień 31 grudnia 1999 r. kapitał ten był ujemny. Spółka nie miała szans na

skuteczną restrukturyzację przedsiębiorstwa, tym bardziej że sytuacja na rynku była trudna. Postanowienia umowy prywatyzacyjnej wskazywały na działania Skarbu Państwa we własnym interesie. Spółka pozbawiona była możliwości zaciągania kredytów, musiała ponosić dodatkowe koszty bieżące z tytułu narastania odsetek oraz rat wynikających z umowy, wywiązywać się z programu inwestycyjnego i nie mogła decydować o stanie zatrudnienia w zależności od wielkości zamówień. Spółka przejęła niewypłacalne przedsiębiorstwo, które nie regulowało w sposób trwały swoich zobowiązań, a odsetki przejętego długu kosztowały miesięcznie 66.000 złotych. Na dzień przejęcia przedsiębiorstwa, tj. 16 listopada 1999 r. w ujęciu bilansowym nie doszło do przekroczenia wielkości zobowiązań ponad wartości bilansowe majątku ze względu na fakt, iż majątek (czyli nieruchomości przy ulicy Niepodległości) został wprowadzony do ewidencji według wyceny dokonanej przez rzeczoznawcę majątkowego zgodnie ze stanem prawnym aktualnym dla ZPO „O.” z listopada 1999r., bez uwzględnienia okoliczności, że po przejęciu Zakładów przez Spółkę ta ostatnia nie mogła dysponować majątkiem przedsiębiorstwa, gdyż nie była jego właścicielem, a jedynie odpłatnie z niego korzystała.

W oparciu o tytuł wykonawczy obejmujący zaległość składkową w kwocie 3.250.897,64 zł organ rentowy wystąpił w październiku 2001 r. o zajęcie rachunku bankowego Spółki, jednakże zajęcie to nie doprowadziło do wyegzekwowania jakichkolwiek kwot z powodu braku środków na rachunku. Zakład Ubezpieczeń Społecznych złożył też w dniu 24 września 2001 r. wniosek o wpis hipoteki przymusowej w kwocie 3.250.897 na nieruchomości położonej przy ulicy Niepodległości i Kaszubskiej. Wniosek ten został oddalony, gdyż właścicielem nieruchomości pozostawał Skarb Państwa. Zakład Ubezpieczeń Społecznych dokonał także wpisu zastawu rejestrowego na rzeczach ruchomych Spółki, ale nie wszczęto egzekucji z uwagi na niską ich wartość. W toku prowadzonej wobec majątku Spółki egzekucji syngularnej nie ujawniono innego majątku, wobec którego można byłoby prowadzić skuteczną egzekucję. Organ rentowy nie wszczynał dalszego postępowania egzekucyjnego z uwagi na kierowanie przez H. W. wniosków o zawarcie układów ratalnych czy odroczenie terminu płatności składek. Zakład wyraził zgodę na zawarcie układu ratalnego pod warunkiem dokonania wpłaty kwoty 2.109.197,71 złotych. Ostatecznie nie doszło do zawarcia układu.

„O.” Spółka Akcyjna zawarła z Bankiem PEKAO SA w Warszawie dwie umowy o kredyt obrotowy i o kredyt obrotowy krótkoterminowy. Wierzyciel, wobec zaprzestania od lutego 2002 r. regulowania należności z tego tytułu, złożył w dniu 15 listopada 2002 r. wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki. Postanowieniem z dnia 3 kwietnia 2003 r. Sąd Rejonowy oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości „O.” Spółki Akcyjnej z powodu braku majątku na zaspokojenie kosztów postępowania. W dniu 15 listopada 2002 r. został przez Spółkę złożony wniosek w trybie art. 18 ust. 7 ustawy o restrukturyzacji niektórych należności publicznoprawnych od przedsiębiorców. Zakład Ubezpieczeń Społecznych po rozpoznaniu wniosku umorzył postępowanie restrukturyzacyjne, albowiem z analizy dołączonych do wniosku dokumentów i danych wynikało, że zamierzone działania przedsiębiorcy nie rokują powodzenia w przeciwdziałaniu utracie zdolności do konkurencyjności na rynku.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego sprawy Sąd Okręgowy, przywołując treść art. 31, 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 116 ustawy - Ordynacja podatkowa stwierdził, że odwołanie H. W. zasługuje jedynie na częściowe uwzględnienie.

Odnosnie do tej przesłanki odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej za jej zobowiązania, jaką jest bezskuteczność egzekucji należności z majątku spółki, Sąd drugiej instancji uznał, iż wprowadzie - w ramach egzekucji części zadłużenia składkowego za okres od stycznia 2001 r. do czerwca 2001 r. organ rentowy ograniczył się tylko do zajęcia rachunku bankowego Spółki, zaś następne czynności zmierzające do wyegzekwowania składek, w tym za okres objęty wcześniej wystawionymi tytułami wykonawczymi, podjął dopiero w styczniu 2008 r., jednakże z materiału dowodowego sprawy wynika, że Spółka nie posiadała majątku pozwalającego na uzyskanie przez wierzyciela zaspokojenia, a egzekucja skierowana do każdego składnika majątku i prowadzona wszelkimi sposobami nie tylko nie przyniosłaby spodziewanego efektu, ale wygenerowałaby dodatkowe koszty po jego stronie. Nie ulega też wątpliwości, że sporna zaległość składkowa powstała w czasie sprawowania przez H. W. funkcji prezesa jednoosobowego zarządu Spółki. Funkcję tę odwołujący pełnił jednak do dnia 12 sierpnia 2002 r., stąd konieczna była korekta okresu, za jaki można przypisać mu odpowiedzialność

z tego tytułu. Natomiast w kwestii spełnienia przez dłużnika przesłanki egzoneracyjnej w postaci braku winy w niezgłoszeniu we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki, w ocenie Sądu Okręgowego, materiał zgromadzony w sprawie, zwłaszcza zawarta w aktach postępowania karnego opinia biegłego z zakresu księgowości wskazuje, że w całym okresie pełnienia przez H. W. funkcji prezesa zarządu, spółka była w sposób trwały niewypłacalna oraz posiadała niedobór majątkowy, zatem wyłącznie brakiem roztropności odwołującego się należy tłumaczyć zaniechanie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości tego podmiotu. Nie wyłącza jego winy okoliczność, iż podejmował on działania restrukturyzacyjne. Działania te powinny bowiem być równoważone przez czynnik pragmatyzmu, którego zabrakło po stronie prezesa zarządu Spółki. Obejmując tę funkcję H. W. – jako były dyrektor przedsiębiorstwa państwowego ZPO „O.”, na bazie którego powstała Spółka - zdawał sobie sprawę z niedostatecznego poziomu jej kapitału własnego (który nigdy nie został w pełni pokryty), z realiów panujących na rynku i braku konkurencyjności Spółki oraz z obciążeń wynikających z umowy zawartej ze Skarbem Państwa, której był zresztą negocjatorem. W tej sytuacji podejmowanie działań restrukturyzacyjnych nie uchyla jego odpowiedzialności za zaniechanie złożenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki.

Apelację od powyższego wyroku wniósł odwołujący się, zarzucając 1/ sprzeczność istotnych ustaleń Sądu pierwszej instancji z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, przez przyjęcie, że H. W. uchybił obowiązkowi zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a tym samym nie wykazał istnienia przesłanki egzoneracyjnej określonej w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, podczas gdy z treści opinii biegłego sądowego wynika, że Przedsiębiorstwo Państwowe ZPO „O.” na wiele lat przed jego oddaniem do odpłatnego korzystania umową z dnia 16 listopada 1999 r. było w stanie niewypłacalności, natomiast wniosek o ogłoszenie upadłości winien zostać zgłoszony w 1994 roku, co dowodzi, iż przesłanki do ogłoszenia upadłości istniały już w tym czasie i pomimo tego zawieszono spółkę kapitałową, której celem było prowadzenie działalności gospodarczej i przejęcie do korzystania przedsiębiorstwa z całością jego zobowiązań. To zaś oznacza, że H. W. nie jest odpowiedzialny za niezgłoszenie w

terminie wniosku o upadłość, gdyż obiektywnie taki wniosek byłby spóźniony już w dniu zawarcia umowy o oddanie przedsiębiorstwa do korzystania, 2/ naruszenie prawa materialnego, to jest art. 116 ordynacji podatkowej, przez błędną jego wykładnię polegającą na przyjęciu, że dla zaistnienia stanu bezskuteczności egzekucji wystarczające jest przekonanie organu rentowego o krytycznej sytuacji Spółki, pomimo iż z okoliczności sprawy wynika fakt nieprzeprowadzenia egzekucji z całego majątku dłużnika.

Podzielając i przyjmując za własne ustalenia faktyczne oraz rozważania prawne poczynione przez Sąd pierwszej instancji, Sąd Apelacyjny – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z dnia 4 listopada 2010 r. oddalił apelację.

Powyższy wyrok został zaskarżony w całości skargą kasacyjną odwołującego się. Skargę oparto na podstawie: 1/naruszenie prawa materialnego, a to: a/ art. 39 ust. 1 pkt 3, art. 42 i art. 51 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 roku o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (Dz.U. z 1996 r. Nr 118, poz. 561 ze zm.) oraz przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 października 1997 roku w sprawie szczegółowych zasad ustalania należności za korzystanie z przedsiębiorstwa, sposobu zabezpieczenia niespłaconej części należności oraz warunków oprocentowania niespłaconej należności (Dz.U. z 1997 r. Nr 130, poz. 855) i zarządzenia nr 268/99 Wojewody Z. z dnia 16 listopada 1997 r. w sprawie prywatyzacji bezpośredniej przedsiębiorstwa państwowego pod nazwą Zakłady Przemysłu Odzieżowego „O.”, poprzez ich niezastosowanie w ustalonym stanie faktycznym, tymczasem skoro celem ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji było oddanie przedsiębiorstwa państwowego do odpłatnego korzystania w celu jego restrukturyzacji i przedsiębiorstwo państwowe spełniało wszystkie warunki do prywatyzacji bezpośredniej w postaci oddania przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania, to zgłoszenie przez prezesa zarząd (odwołującego się H. W.) wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki biorącej przedsiębiorstwo do odpłatnego korzystania w dniu zawarcia takiej umowy, sprzeciwiałoby się celom ustawy i woli Skarbu Państwa, zwłaszcza że doszło do tego w sytuacji, w której zawarcie umowy oddania mienia do odpłatnego korzystania nastąpiło pół roku po założeniu spółki prawa handlowego „O.” Spółki Akcyjnej, w zmienionych realiach rynkowych i z niższą wartością rynkową przedsiębiorstwa i b/ art. 116 § 1 pkt 1 b) ustawy z dnia

29 sierpnia 1997 roku Ordynacja podatkowa, poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że obiektywna niemożność zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w wymaganym terminie, będąca wynikiem konfliktu obowiązków z ustawy Ordynacja podatkowa i ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (co zostało udowodnione w niniejszym postępowaniu opinią biegłego zaaprobowaną przez Sądy obu instancji), nie stanowi przesłanki egzoneracyjnej przewidzianej w tym przepisie, a mianowicie wykazania przez członka zarządu, iż niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy, a nadto 2/ naruszenia przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 328 § 2 k.p.c., poprzez niewyjaśnienie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podstaw rozstrzygnięcia w zakresie przypisania odpowiedzialności H. W. w kontekście wskazanej w opinii przez biegłego obiektywnej niemożliwości zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości „O.” Spółki Akcyjnej w terminie (gdyż termin ten byłby właściwy co do ZPO „O.” już w roku 1994) oraz niemożności zgłoszenia tego wniosku przez H. W. z uwagi na to, iż wniosek taki sprzeciwiałby się celowi prywatyzacji, a więc kontynuowaniu działalności wskutek dokonania prywatyzacji bezpośredniej przedsiębiorstwa państwowego. Skarżący wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania oraz zasądzenie zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

W uzasadnieniu skargi podkreślono, iż wskazana wyżej opinia biegłego nie została zakwestionowana przez Sądy orzekające w sprawie. Z opinii tej wynika, iż wniosek o ogłoszenie upadłości winien zostać zgłoszony najpóźniej w roku 1994, czyli na wiele lat przed sprywatyzowaniem Przedsiębiorstwa Państwowego ZPO „O”. W opinii wprost wyrażono pogląd, że to na skutek zachowania Skarbu Państwa doszło do zawarcia skrajnie niekorzystnej dla „O.” Spółki Akcyjnej umowy o oddanie mienia do odpłatnego korzystania, wskutek której Spółka ta stała się kompletnie niewypłacalna. Przede wszystkim zaś nawet zgłoszenie przez członka zarządu w pierwszym dniu prywatyzacji, który był pierwszym dniem funkcjonowania spółki prawa handlowego, wniosku o ogłoszenie upadłości i tak byłoby spóźnione, natomiast „O.” SA musiała podejmować działania restrukturyzacyjne, które wynikały

wprost z umowy z dnia 25 listopada 1999 r. o oddanie mienia w odpłatne korzystanie. Sąd Apelacyjny pominął, w ocenie skarżącego, cele ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 roku o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych i ratio, jakie przyświecało niezgłoszeniu tegoż wniosku już w pierwszym dniu działalności sprywatyzowanego przedsiębiorstwa państwowego, a którym to ratio było funkcjonowanie i restrukturyzacja tegoż przedsiębiorstwa, wyrażone przez Skarb Państwa w momencie zawierania umowy o oddaniu mienia do odpłatnego korzystania.

Skarżący zwrócił uwagę, iż „O.” Spółka Akcyjna powstała w dniu 9 marca 1999 r. Przy jej powstaniu sporządzone zostały przez Skarb Państwa wyceny składników majątku. W dniu 25 listopada 1999 r. doszło do prywatyzacji bezpośredniej poprzez zawarcie umowy o oddanie mienia w odpłatne korzystanie. Pomiędzy powstaniem Spółki a zawarciem umowy prywatyzacyjnej nastąpiło wiele zmian, które spowodowały, że wartość ZPO „O.” została zawyżona, a jego składniki majątkowe niedostępne dla Spółki. Oznaczało to, że pomimo zapisów bilansowych Spółka nie mogła zbyć tych przedmiotów, aby zaspokoić swoje zobowiązania. Przejęcie zobowiązań ZPO „O.” w ujęciu bilansowym nie przewyższało przejętych aktywów, aczkolwiek cena nabycia przedsiębiorstwa, a tym samym wycena aktywów, nie odpowiadała, w ocenie biegłego, jej rzeczywistej wartości rynkowej, gdyż rzeczoznawcy dokonali ich wyceny, kiedy były one własnością ZPO „O.” i nie były obciążone obciążeniami wynikającymi z umowy o odpłatnym korzystaniu.

Skarżący wyraził pogląd, iż ratio legis art. 116 Ordynacji podatkowej polega na przypisaniu członkowi zarządu odpowiedzialności za działalność spółki. Ustawodawca przyjmuje bowiem, że członek zarządu ma realny wpływ na politykę spółki. Odwołujący się zrobił wszystko, co było w jego mocy, aby zrestrukturyzować byłe przedsiębiorstwo państwowe (łącznie z zaciąganiem kredytów na wypłatę pensji dla pracowników) oraz redukcją kosztów, w tym poprzez zmianę miejsca prowadzenia działalności. Ponadto nie miał on obiektywnie żadnej możliwości zgłoszenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości. Zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości w dniu 25 listopada 1999 r. byłoby kompletnie niewłaściwe i nieracjonalne z punktu widzenia ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych oraz umowy zawartej ze Skarbem

Państwa w tym dniu. Ponadto działanie, które w ocenie Sądów obu instancji zwalniałoby ubezpieczonego z odpowiedzialności, byłoby też sprzeczne z obowiązkami wynikającymi z umowy, biorąc pod uwagę fakt, że umowa nakładała na „O.” Spółkę Akcyjną obowiązek podjęcia działań restrukturyzacyjnych i utrzymania poziomu zatrudnienia na dotychczasowym poziomie przez okres 3 lat. W konkluzji skarżący zaznaczył, iż istniała obiektywna przesłanka niemożności zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie. Z jednej strony, jej zgłoszenie już co najmniej od 5 lat byłoby operacją spóźnioną (co do przedsiębiorstwa państwowego), natomiast z drugiej strony zgłoszenie takiego wniosku już w dniu 25 listopada 1999 r. stałoby w rażącej sprzeczności z celami ustawy, umowy i stanowiskiem wyrażonym przez Skarb Państwa.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem nieuzasadnione są zarzuty odnośnie do naruszenia prawa materialnego i procesowego przy ferowaniu zaskarżonego wyroku.

W ramach podstawy kasacyjnej naruszenia przepisów postępowania mającego istotny wpływ na wynik sprawy, skarżący zarzucił obrazę przepisu art. 328 § 2 k.p.c. Warto zatem zauważyć, że zarzut tej treści może tylko wyjątkowo stanowić usprawiedliwioną podstawę kasacyjną. Naruszenie tego przepisu przez sąd drugiej instancji ma miejsce wtedy, gdy uzasadnienie wyroku tegoż sądu nie posiada wszystkich koniecznych elementów lub gdy zawiera kardynalne braki, które uniemożliwiają kontrolę kasacyjną. Chodzi o sytuację, gdy treść uzasadnienia orzeczenia uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania wyroku (orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 8 października 1997 r., I CKN 312/97; z dnia 19 lutego 2002 r., IV CKN 718/00; z dnia 20 lutego 2003 r., I CKN 656/01 i z dnia 22 maja 2003 r., II CKN 121/02, niepublikowane oraz z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83; z dnia 9 marca 2006 r., I CSK 147/05, LEX nr 190753 i z dnia 9 lipca 2008 r., I PK 2/08, LEX nr 497691). Trzeba zaś pamiętać, iż art. 328 § 2 k.p.c. zastosowany odpowiednio do uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji (art.

391 § 1 k.p.c.) oznacza, że uzasadnienie to nie musi zawierać wszystkich elementów uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji, ale takie elementy, które ze względu na treść apelacji i na zakres rozpoznawanej sprawy, wyznaczony przepisami ustawy, są potrzebne do rozstrzygnięcia sporu przez tenże sąd (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2007 r., II CSK 244/07, LEX nr 487508). W sytuacji, gdy sąd drugiej instancji nie uzupełnia postępowania dowodowego ani, po rozważeniu zarzutów apelacyjnych, nie znajduje podstaw do zakwestionowania oceny dowodów i ustaleń faktycznych orzeczenia pierwszoinstancyjnego, może te ustalenia przyjąć za podstawę faktyczną swojego rozstrzygnięcia. Wystarczające jest wówczas, by stanowisko to znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu orzeczenia sądu odwoławczego (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2000 r., I CKN 356/98, LEX nr 50863 i z dnia 17 lipca 2009 r., IV CSK 110/09, LEX nr 518138).

W rozpoznawanej sprawie uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego – Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych spełnia powyższe wymagania formalne. Sąd drugiej instancji podzielił bowiem i przyjął za własne szczegółowo opisane ustalenia stanu faktycznego, dokonane przez Sąd Okręgowy, wyjaśnił podstawę prawną rozstrzygnięcia, rozważając wszystkie pozytywne i negatywne przesłanki odpowiedzialności H. W. jako członka zarządu „O.” Spółki Akcyjnej za zobowiązania składkowe tego podmiotu oraz odniósł się do zarzutów apelacji w tym zakresie. Sporządzone uzasadnienie orzeczenia pozwala na kontrolę toku rozumowania Sądu i ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w ramach kasacyjnej podstawy naruszenia prawa materialnego.

Przechodząc zatem do drugiej z podstaw przedmiotowej skargi kasacyjnej, tj. naruszenia prawa materialnego, godzi się przypomnieć, że przedmiotem sporu w rozstrzyganej sprawie jest kwestia prawidłowości decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 7 listopada 2002 r. o przeniesieniu na H. W. jako członka zarządu „O.” Spółki Akcyjnej odpowiedzialności za zobowiązania Spółki z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od 1 stycznia 2002 r. do 31 sierpnia 2002 r. wraz z odsetkami.

Analizy prawidłowości tejże decyzji i wyroków zapadłych w wyniku rozpoznania odwołania od niej należy dokonać w świetle przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.), do których odsyła art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 ze zm.). Jednym z tych przepisów Ordynacji podatkowej jest art. 107 § 1 stanowiący, że w przypadkach i w zakresie przewidzianym w rozdziale 15 (zatytułowanym "Odpowiedzialność podatkowa osób trzecich") za zaległości podatkowe podatnika odpowiadają całym swoim majątkiem solidarnie z podatnikiem również osoby trzecie. Odpowiedzialność ta, jeżeli dalsze przepisy nie stanowią inaczej, obejmuje też odsetki za zwłokę od zaległości podatkowej i koszty egzekucyjne (art. 107 § 2 pkt 2 i 3 Ordynacji podatkowej). Odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe (odpowiednio: składkowe) występuje w sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania podatkowego (składkowego) przez podatnika (płatnika składek), jest więc instytucją prawa wiążącą skutki istnienia zobowiązania podatkowego (składkowego) z podmiotem innym niż podatnik (płatnik składek). Odpowiedzialność ta jest uzależniona od istnienia zobowiązania podatkowego (składkowego) podatnika (płatnika składek), co powoduje, że ma ona charakter akcesoryjny, następczy i gwarancyjny, gdyż nie może powstać bez uprzedniego zaistnienia obowiązku podatkowego (składkowego) po stronie pierwotnego dłużnika. Jest to także odpowiedzialność subsydiarna (posiłkowa), gdyż wierzyciel podatkowy (składkowy) nie ma swobody w kolejności zgłaszania roszczenia do podatnika (płatnika składek) lub osoby trzeciej, lecz w pierwszej kolejności musi dochodzić należności od podatnika lub płatnika składek (por. R. Mastalski (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki: Ordynacja podatkowa. Komentarz, Wrocław 2007, pkt 5 komentarza do art. 107, s. 493). Osoby trzecie ponoszą odpowiedzialność za cudzy dług, jednakże odpowiedzialność ta nie uwalnia dłużnika od jego odpowiedzialności, a jedynie poszerza krąg podmiotów, od których wierzyciel podatkowy (składkowy) może dochodzić zaspokojenia należności. Odpowiedzialność ta musi wynikać z konkretnego przepisu ustawy. Katalog "osób trzecich" został wymieniony w art. 110-117 Ordynacji podatkowej i jest on zamknięty.

Godzi się nadmienić, iż przepisy Ordynacji podatkowej dotyczące odpowiedzialności osób trzecich za zaległości podatkowe podatników mają zastosowanie nie tylko - z racji wyraźnego odesłania zawartego w art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych - do zaległości z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, ale także do zaległości składkowych na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i na ubezpieczenie zdrowotne. Sąd Najwyższy w uchwałach z dnia 7 maja 2008 r., II UZP 1/08 (OSNP 2008 nr 23-24, poz. 352) i z dnia 4 czerwca 2008 r., II UZP 3/08 (OSNP 2009 nr 11-12, poz. 148) opowiedział się za odpowiedzialnością osób trzecich za powyższe zobowiązania składkowe, zaś w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 15 października 2009 r., II UZP 3/09, (niepublikowanej), stwierdził, iż przepis art. 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2007 r. Nr 11, poz. 74 z późn. zm.) - również 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.

Przechodząc do przesłanek odpowiedzialności osób trzecich za zaległości podatkowe (składkowe) spółek kapitałowych trzeba przypomnieć, że w myśl art. 116 Ordynacji podatkowej w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 2002 r. (a więc w okresie, na który przypada przedmiotowa zaległość składkowa) 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, iż 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. Odpowiedzialność ta obejmuje

zobowiązania podatkowe, które powstały w czasie pełnienia przez wymienione osoby obowiązków członków zarządu, a przepisy regulujące tę odpowiedzialność stosuje się także do byłych członków zarządu. Z dniem 1 stycznia 2003 r. przepis § 1 omawianego artykułu uzyskał nowe brzmienie stanowiąc, iż za zaległości podatkowe wspomnianych spółek odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna w całości lub części, 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 nieszczęście 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.

Tak w poprzednim jak i obecnie obowiązującym stanie prawnym, przedmiotowa odpowiedzialność obejmuje zaległości z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez daną osobę obowiązków członka zarządu i dotyczy także byłych członków zarządu spółki. Decydujące w oznaczeniu kręgu osób odpowiedzialnych jest zaś podjęcie przez właściwe organy uchwały o powołaniu i odwołaniu danej osoby z funkcji członka zarządu, a nie sam wpis do rejestru handlowego, który ma deklaracyjny charakter (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2003 r., V CK 198/02, Wokanda 2004 nr 6, poz. 7).

Każdorazowo omawiana odpowiedzialność członków zarządu, o której mowa w cytowanym art. 116 Ordynacji podatkowej, ma charakter wyjątkowy i znajduje zastosowanie, jeżeli zachodzą wymienione w nim pozytywne przesłanki i brak jest którejkolwiek z okoliczności wyłączających tę odpowiedzialność. Odpowiedzialność ta jest przy tym niezależna od tego, czy zaległości z tytułu składek, których z powodu braku majątku spółki nie można wyegzekwować, powstały z przyczyn zawinionych czy też niezawinionych od członka zarządu (wyroki Sądu Najwyższego

z dnia 17 października 2006 r., II UK 85/06, OSNP 2007 nr 21-22, poz. 328 i z dnia 2 października 2008 r., I UK 39/08, Monitor Prawa Pracy 2009 nr 5, s. 272).

W kontekście przytoczonych unormowań prawnych należy określić trzy pozytywne przesłanki odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania podatkowe (a w związku z treścią art. 31 i art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych - także składkowe) tych podmiotów. Są to: 1) istnienie zaległości podatkowej (składkowej), 2) wykazanie bezskuteczności egzekucji przeciwko samej spółce i 3) powstanie zobowiązania podatkowego (składkowego) w czasie pełnienia przez daną osobę obowiązków członka zarządu.

Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 13 maja 2009 r., I UZP 4/09 (OSNP 2009 nr 23 – 24, poz. 319), bezskuteczność egzekucji, jako przesłanka odpowiedzialności składkowej członka zarządu spółki, powinna być stwierdzona w postępowaniu w sprawie egzekucji tej właśnie należności i to jeszcze zanim zostanie wydana decyzja stwierdzająca tę odpowiedzialność. Sąd Najwyższy podkreślił jednak, że bezskuteczność egzekucji, rozumiana jako brak możliwości przymusowego zaspokojenia wierzyciela publicznoprawnego w toku wszczętej i przeprowadzonej przez organ egzekucyjny egzekucji skierowanej do majątku spółki może być wykazana nie tylko na podstawie postanowienia o umorzeniu postępowania egzekucyjnego, ale także w inny sposób. Bezskuteczność egzekucji stwierdza się na podstawie okoliczności wynikających z czynności przeprowadzonych w postępowaniu egzekucyjnym, a udowodnienie spełnienia tej przesłanki należy do organu właściwego w sprawach ubezpieczeń społecznych. Należy dodać, że wykazanie bezskuteczności egzekucji może nastąpić w każdej fazie postępowania egzekucyjnego.

W rozpoznawanej sprawie nie budzi wątpliwości fakt nieopłacenia przez „O.” Spółkę Akcyjną w Szczecinie składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za wskazany w zaskarżonej decyzji okres w łącznej kwocie 5.331.099,95 złotych, (obejmującej należność główną wraz z odsetkami) oraz okoliczność, że zaległość ta powstała w czasie pełnienia przez odwołującego się H. W. funkcji prezesa zarządu Spółki (przy uwzględnieniu dokonanej przez Sądy

orzekające korekty końcowej daty tego okresu). Na obecnym etapie postępowania niesporna jest też ostatnia pozytywna przesłanka odpowiedzialności skarżącego za przedmiotową zaległość, tj. bezskuteczność egzekucji przeciwko płatnikowi składek. Kontrowersyjne okazały się natomiast negatywne kryteria przeniesienia na odwołującego się owej odpowiedzialności, a ściślej - zawinione niezgłoszenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki lub wszczęcie postępowania zapobiegającego upadłości (postępowania układowego).

Co do czasu właściwego do zgłoszenia wniosku o upadłość warto zauważyć, iż zgodnie z art. 5 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. - Prawo upadłościowe (jednolity tekst: Dz.U. z 1991 r. Nr 118, poz. 512 ze zm.), obowiązującym do dnia 30 września 2003 r., przedsiębiorca jest zobowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia zaprzestania płacenia długów, zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości (§ 1). Reprezentant przedsiębiorcy, o którym mowa w art. 1 § 2 (tj. przedsiębiorcy będącego osobą prawną oraz znajdujących się w stanie likwidacji spółki jawnej, partnerskiej, komandytowej oraz komandytowo-akcyjnej) jest zobowiązany zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów, chyba że wcześniej rozpoczął się bieg terminu określonego w § 1 (§ 2). Terminy określone w § 1 i 2 nie biegną, a jeżeli rozpoczęły bieg, ulegają zawieszeniu, gdy przedsiębiorca złożył podanie o otwarcie postępowania układowego (§ 3). W myśl art. 1 § 1 i § 2 ustawy przesłanką uznania przedsiębiorcy za upadłego jest zaś zaprzestanie płacenia przez niego długów, a w przypadku przedsiębiorcy będącego osobą prawną oraz znajdujących się w stanie likwidacji spółek jawnej, partnerskiej, komandytowej oraz komandytowo-akcyjnej - także sytuacja, gdy ich majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów. W świetle art. 2 ustawy krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości. Również art. 10 i art. 11 obecnie obowiązującej ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (jednolity tekst: Dz.U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361 z późn. zm.) stanowią, że upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Dłużnika uważa się zaś za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Przy czym 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.

Na tle cytowanych unormowań w orzecznictwie przyjmuje się, że zaprzestanie płacenia długów, jako kryterium ogłoszenia upadłości, musi mieć trwały charakter, co oznacza, iż dłużnik nie tylko obecnie nie płaci długów, ale także nie będzie tego czynił w przyszłości z powodu braku niezbędnych środków. Chodzi przy tym o regulowanie wszystkich zobowiązań płatniczych związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą, a nie tylko niektórych z nich (postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2000 r., V CKN 1117/00, LEX nr 56047; z dnia 15 listopada 2000 r., IV CKN 1324/00, LEX nr 536993; z dnia 31 stycznia 2002 r., IV CKN 659/00, LEX nr 53150 i wyrok z dnia 28 kwietnia 2006 r., V CKN 39/06, LEX nr 376485). W odniesieniu do przedsiębiorców wymienionych w art. 1 § 2 Prawa upadłościowego każda z dwóch przyczyn ogłoszenia upadłości ma zaś samodzielny byt, a konsekwencją tego jest stwierdzenie, że dysponujący nawet sporym majątkiem dłużnik będzie uznany za upadłego, jeżeli zaprzestał w sposób trwały płacenia długów (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2002 r., V CKN 342/01, LEX nr 75360).

W judykaturze zwraca się jednak uwagę, że wykładni pojęcia "właściwy czas" do zgłoszenia wniosku o upadłość nie należy dokonywać opierając się tylko na podstawach i terminach złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości określonych w art. 5 Prawa upadłościowego, ale także z uwzględnieniem celu, jakiemu uregulowanie zawarte w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej ma służyć. Celem tym jest ochrona należności publicznoprawnych, a także - co do należności składkowych - ochrona Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2006 r., I UK 271/05, OSNP 2007 nr 9-10, poz. 142). Wymaga podkreślenia, że przepisy Ordynacji podatkowej nie odsyłają wprost do Prawa upadłościowego, w związku z czym brakuje dogmatycznej podstawy do przyjmowania takiego bezpośredniego związku między wymienionymi unormowaniami. Ponadto różny jest przedmiot regulacji wymienionych aktów prawnych, a w związku z tym również ich cel i funkcja. Ze względu na cel i funkcję

uzasadnione jest natomiast odwołanie się do zasad odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki, na których zresztą wzorowano się formułując treść art. 116 Ordynacji podatkowej. W myśl art. 299 k.s.h. (art. 298 k.h.), jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, członkowie zarządu odpowiadają solidarnie za jej zobowiązania. Członek zarządu może się uwolnić od odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe, albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania upadłościowego nastąpiło nie z jego winy, albo że pomimo niezgłoszenia wniosku o upadłość oraz niewszczęcia postępowania układowego wierzyciel nie poniósł szkody. Przepis art. 116 Ordynacji podatkowej przewiduje zaostrzone, w porównaniu do Kodeksu spółek handlowych, warunki odpowiedzialności członków zarządu. Na gruncie art. 298 k.h. została ukształtowana wykładnia pojęcia "właściwego czasu" zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania układowego, która powinna zostać uwzględniona przy wykładni tego pojęcia użytego w art. 116 Ordynacji podatkowej. W szczególności na uwzględnienie zasługuje pogląd, według którego nie ma uzasadnienia dla mechanicznego przenoszenia do wykładni tego pojęcia użytego w Kodeksie handlowym unormowania art. 5 Prawa upadłościowego, określającego, że wniosek o ogłoszenie upadłości powinien zostać zgłoszony w ciągu 2 tygodni od dnia ujawnienia, że majątek spółki nie wystarcza na zaspokojeniu długów. Takie "przenoszenie" nie powinno być dokonywane nie tylko dlatego, że powoduje usztywnienie terminu, który ustawodawca określił przy użyciu elastycznego zwrotu niedookreślonego ("czas właściwy"), ale z tej przede wszystkim przyczyny, iż we wskazanym przepisie Prawa upadłościowego chodzi o odpowiedzialność odszkodowawczą za długi spółki. Zarówno przesłanki i rozmiary tych dwóch rodzajów odpowiedzialności, jak i uwarunkowania dochodzenia każdej z nich (w tym - znajomość roszczeń i ich przewidywalność dla zobowiązanych) są różne, odmienne są też kryteria egzoneracji (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 1997 r., III CKN 65/97, OSNC 1997 nr 11, poz. 187; z 11 października 2000 r., III CKN 252/00, LEX nr 51887, z dnia 18 października 2000 r., V CKN 109/00, LEX nr 52742; z dnia 9 lipca 2009 r., II UK 374/08, LEX nr 533104 i z dnia 1 września 2009 r., I UK 95/09,

LEX nr 551001). W orzecznictwie podkreśla się, że "właściwym czasem" w rozumieniu komentowanego przepisu nie jest ani krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów na skutek przejściowych trudności, ani też całkowite zaprzestanie płacenia długów w następstwie wyzbycia się przez podmiot gospodarczy całego (lub prawie całego) majątku, lecz chwila, kiedy wiadomo już, że dłużnik nie będzie w stanie zaspokoić wszystkich swych zobowiązań. Określenie tej chwili powinno być ujmowane elastycznie w zależności od okoliczności konkretnego wypadku, bowiem właściwy czas do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest przesłanką obiektywną, ustalaną w oparciu o okoliczności faktyczne każdej sprawy, dla określenia której nie ma znaczenia subiektywne przekonanie członków zarządu spółki. Nie ma też podstaw do traktowania zaległości składkowych wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych jako pozbawionych znaczenia w aspekcie sytuacji finansowej spółki i przyjęcia w związku z tym, że - mimo powstania tych zaległości - nie doszło do trwałego zaprzestania spłaty długów (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2006 r., I UK 369/05 (LEX nr 376439; z dnia 23 czerwca 2004 r., V CK 533/03, LEX nr 194093; z dnia 14 czerwca 2006 r., I UK 324/05, OSNP 2007 nr 13-14, poz. 200; z dnia 24 września 2008 r., II CSK 142/08, LEX nr 470009 i z dnia 19 marca 2010 r., II UK 259/09, LEX nr 599776).

Odnosząc powyższe rozważania do realiów niniejszej sprawy wypada stwierdzić, że konieczne jest wyraźne rozróżnienie sytuacji faktycznej – prawnej Przedsiębiorstwa Państwowego ZPO „O.” oraz „O.” Spółki Akcyjnej. Skarżący obciążony został bowiem odpowiedzialnością za zaległości składkowe tego ostatniego podmiotu prawnego, powstałe w czasie pełnienia przezeń funkcji prezesa zarządu Spółki. Oparte na opinii biegłego z zakresu księgowości ustalenia Sądów obydwu instancji dotyczące nierentowności, braku konkurencyjności na rynku, trudności ekonomicznych, utraty płynności finansowej, narastającego zadłużenia wobec wierzycieli, a wreszcie niewypłacalności i warunków do ogłoszenia upadłości przedsiębiorstwa państwowego nie mają istotnego znaczenia dla wskazania momentu właściwego do wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie postępowania upadłościowego lub naprawczego wobec spółki kapitałowej, która przejęła to przedsiębiorstwo w odpłatne korzystanie w ramach prywatyzacji bezpośredniej. Z niekwestionowanych przez strony i podzielonych przez Sądy

orzekające w sprawie konkluzji opinii biegłego wynika zaś, że chociaż w momencie zawarcia umowy prywatyzacyjnej, tj. 15 listopada 1999r., przejęte przez „O.” Spółkę Akcyjną pasywa ZPO „O.” w ujęciu bilansowym (statystycznym) nie przekraczały wartości aktywów, to wobec dokonania zawyżonej wyceny oddanego do odpłatnego korzystania przedsiębiorstwa, Spółka już w tej dacie nie posiadała majątku do prowadzenia przedsiębiorstwa i spłaty przejętych zobowiązań. W konsekwencji powyższego, na dzień 31 grudnia 1999 r. jej kapitał własny (zresztą nieopłacony w całości) był ujemny, a Spółka trwale zaprzestała realizowania części swoich zobowiązań wobec wierzycieli, w tym także wobec uprzywilejowanego wierzyciela, jakim jest Fundusz Ubezpieczeń Społecznych. Istniały zatem przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości tego podmiotu, a oceny tej nie zmieniają okoliczności, w jakich doszło do powstania stanu niewypłacalności Spółki, ani istnienie lub nieistnienie po stronie członków jej zarządu winy w wystąpieniu owego stanu.

Warto podkreślić, że art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej wiąże omawianą przesłankę przypisania członkowi zarządu spółki odpowiedzialności za jej zobowiązania nie tylko z obiektywnie nieprawidłowym zachowaniem, polegającym na niezgłoszeniu we właściwym czasie wniosku o upadłość firmy lub niewszczęciu postępowania układowego, ale również z subiektywnym elementem takiego zachowania, jakim jest wina członka zarządu w owym zaniechaniu obowiązków. W grę wchodzi przy tym każda postać winy - umyślnej i nieumyślnej. Wina członka zarządu spółki prawa handlowego powinna być zaś oceniana zgodnie z kryteriami prawa handlowego, czyli według miary podwyższonej staranności, uwzględniającej pewne (podwyższone) ryzyko gospodarcze związane z prowadzeniem działalności. W judykaturze przyjmuje się, że winy tej zasadniczo nie wyłącza brak wiedzy członka zarządu na temat kondycji finansowej firmy, ani relacje zachodzące między poszczególnymi osobami wchodzącymi w skład zarządu, skoro na każdym z członków tego organu spółki spoczywa obowiązek i zarazem uprawnienie reprezentowania i prowadzenia jej spraw. Każdy z nich powinien też zachować należyłą staranność w podjęciu działań zmierzających do ochrony interesów wierzycieli spółki zagrożonych stanem jej niewypłacalności i niedopuszczeniu do sytuacji, w której żaden z wierzycieli nie zostanie zaspokojony, lub niektórzy

zostaną zaspokojeniu ze szkodą dla innych. Przeszkodą w wystąpieniu z wnioskiem o upadłość spółki nie może być również brak akceptacji pozostałych członków zarządu lub zgromadzenia wspólników dla tego rodzaju decyzji (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2006 r., II UK 85/06, OSNP 2007, nr 21 - 22, poz. 328; 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; z dnia 24 sierpnia 2009 r., I UK 75/09, LEX nr 530759 i z dnia 15 września 2009 r., II UK 406/08, LEX nr 553693). Wyjątkowo przyznaje się, że członek zarządu nie ponosi winy za niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości albo wniosku o wszczęcie postępowania układowego, jeżeli został on odsunięty od prowadzenia spraw spółki lub nie został do nich dopuszczony, powierzono mu w zarządzie zajmowanie się takimi zagadnieniami, że nie miał wglądu w sprawy finansowe spółki i nie mógł wiedzieć, że zaprzestała ona spłacania długów (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2008 r., I UK 39/08, OSNP 2010, nr 7-8, poz. 97). Winy tej nie wyłącza wreszcie choroba członka zarządu, jeśli miał on możliwość podjęcia działań zmierzających do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania spółki w tym okresie.

W rozpoznawanej sprawie nie zachodzi żadna z powyższych przesłanek egzoneracyjnych. Skarżący w całym okresie od 1 stycznia 2000 r. do 12 sierpnia 2002 r. sprawował funkcję prezesa zarządu „O.” Spółki Akcyjnej i nic nie wskazuje na to, aby w tym czasie był on przez kogokolwiek odsuwany od kierowania jej sprawami, albo by stan zdrowia uniemożliwiał mu wypełnienie ciążących na nim w tym zakresie obowiązków.

Skarżący upatruje braku swojej winy w niewystąpieniu we właściwym czasie z wnioskiem o ogłoszenie upadłości Spółki w fakcie niekorzystnych warunków, na jakich wzięła ona udział w prywatyzacji Przedsiębiorstwa Państwowego ZPO „O”.

Godzi się zatem przypomnieć, że w myśl art. 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (jednolity tekst: Dz.U. z 2002 r. Nr 171, poz. 1397 ze zm.) komercjalizacja, w rozumieniu tego aktu, polega na przekształceniu przedsiębiorstwa państwowego w spółkę, która wstępuje we wszystkie stosunki prawne, jakich podmiotem było przedsiębiorstwo państwowe, bez względu na charakter prawny tych stosunków, zaś prywatyzacja polega na zbywaniu należących do Skarbu Państwa akcji lub udziałów spółek

powstałych w wyniku komercjalizacji, albo na rozporządzeniu wszystkimi składnikami materialnymi i niematerialnymi majątku przedsiębiorstwa państwowego lub spółki powstałej w wyniku komercjalizacji na zasadach określonych ustawą przez sprzedaż przedsiębiorstwa, wniesienie przedsiębiorstwa do spółki lub oddanie przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania. Zgodnie z art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy prywatyzacja bezpośrednia polega na rozporządzeniu wszystkimi składnikami materialnymi i niematerialnymi majątku przedsiębiorstwa państwowego przez m.in. oddanie przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania. W świetle art. 39 ust. 2 jak i art. 51 ust. 1 ustawy zarówno przedsiębiorstwo podlegające prywatyzacji bezpośredniej, jak i spółka, której oddaje się przedsiębiorstwo do odpłatnego korzystania, muszą spełniać kryteria określone w tych przepisach, a oddanie następuje w drodze umowy, o jakiej stanowi art. 52 tego aktu. Stosownie do art. 41 ust. 1 i 2 ustawy prywatyzacji bezpośredniej w imieniu Skarbu Państwa dokonuje organ założycielski, wydając za zgodą ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa odpowiednie zarządzenie. Czyni to zaś nie tylko z urzędu, ale także na wniosek lub w odpowiedzi na ofertę, przy czym z wnioskiem (ofercą) mogą wystąpić podmioty związane w przedsiębiorstwem (dyrektor przedsiębiorstwa i rada pracownicza) lub zainteresowane prywatyzacją (tj. nabyciem przedsiębiorstwa, wniesieniem przedsiębiorstwa do zawiązanej w tym celu spółki, przejęciem przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania), a lista wnioskodawców (oferentów) nie jest zamknięta. Również prywatyzacja bezpośrednia polegająca na oddaniu przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania odbywa się w drodze zarządzenia organu założycielskiego wydawanego w sytuacji złożenia wniosku przez dyrektora i radę pracowniczą przed datą utworzenia lub zarejestrowania spółki przejmującej przedsiębiorstwo do odpłatnego korzystania, albo złożenia oferty zawarcia umowy o oddanie przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania po wpisaniu spółki do rejestru, albo jednoczesnego złożenia wniosku przez dyrektora i radę pracowniczą oraz złożenia przez spółkę oferty zawarcia tej treści umowy. Wydanie zarządzenia poprzedza przy tym analiza stanu przedsiębiorstwa, o jakiej mowa w art. 42 ust. 1 ustawy. W świetle art. 52 ustawy oddanie przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania następuje w drodze umowy, której stronami są Skarb Państwa, reprezentowany przez organ założycielski, i spółka, reprezentowana przez organ

uprawniony na podstawie statutu lub umowy spółki do składania w jej imieniu oświadczeń woli. Przedmiotem umowy jest ustanowienie przez Skarb Państwa na rzecz spółki przejmującej przedsiębiorstwo prawa do korzystania z przedsiębiorstwa z wyłączeniem innych podmiotów. Jest to uprawnienie o charakterze obligacyjnym, a nie z zakresu prawa rzeczowego. Obowiązkiem spółki przejmującej przedsiębiorstwo do korzystania jest z kolei uiszczenie stosownego wynagrodzenia. Spółka, która przejmie przedsiębiorstwo państwowe do odpłatnego korzystania, włada tym przedsiębiorstwem tak, jak posiadacz zależny. Zakres uprawnień spółki odnośnie do korzystania z przedsiębiorstwa państwowego określa zawarta umowa.

Podkreślenie umownego źródła oddania przedsiębiorstwa państwowego do odpłatnego korzystania oraz obligacyjnego charakteru praw i obowiązków stron tego transferu jest zaś o tyle istotne, że analizując zarzuty skargi kasacyjnej można odnieść wrażenie, iż kierowanej przez skarżącego „O.” Spółce Akcyjnej został narzucony udział w prywatyzacji ZPO „O”. Tymczasem nie było żadnego przymusu w utworzeniu spółki kapitałowej i objęcia w niej przez skarżącego funkcji prezesa zarządu, ani w zawarciu umowy o przejęcie tego przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania. Skarżący nie może przy tym upatrywać przesłanek egzoneracyjnych niekorzystnych dla Spółki postanowieniach tejże umowy chociażby z tego względu, iż - jak słusznie zauważyły Sądy orzekające w sprawie - jako były dyrektor ZPO „O.” posiadał wiedzę na temat stanu majątkowego tego przedsiębiorstwa, jego kondycji ekonomicznej, rentowności, utraty konkurencyjności na rynku i trwającej od wielu lat niewypłacalności, a nadto uczestniczył, jako negocjator, w ustaleniu warunków umowy o oddanie przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania. Zakresem kognicji Sądów orzekających w niniejsze sprawie nie było zresztą objęte rozstrzygnięcie o celowości decyzji o prywatyzacji nierentownego i niewypłacalnego przedsiębiorstwa państwowego oraz prawidłowości przeprowadzenia owej prywatyzacji (także w zakresie wyceny majątku oddanego do korzystania). Ewentualne błędne decyzje innych podmiotów, poprzedzające proces prywatyzacji lub wydawane w jej toku, nie stanowią okoliczności zwalniającej członka zarządu spółki przejmującej przedsiębiorstwo do odpłatnego korzystania od odpowiedzialności za

niewystąpienie we właściwym czasie z wnioskiem o ogłoszenie jej upadłości, gdy zachodzą przesłanki ku temu.

Wypada zauważyć, że wbrew sugestiom skarżącego, fakt przejęcia przez spółkę do odpłatnego korzystania przedsiębiorstwa państwowego nie stanowi okoliczności istotnej z punktu widzenia unormowań art. 116 Ordynacji podatkowej. Przepisy tego artykułu nie różnicują bowiem przesłanek odpowiedzialności członków zarządu spółek kapitałowych za ich zaległości podatkowe w zależności od tego, czy spółki te powstały z zamiarem prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego, czy w innym celu. Prawdą jest, że celem prywatyzacji powinna być restrukturyzacja przedsiębiorstwa. Nie zawsze jednak proces prywatyzacyjny kończy się sukcesem. Przepisy ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych nie tylko nie wprowadzają zakazu wszczynania postępowania upadłościowego wobec tego rodzaju spółek, ale art. 40 ust. 3 ustawy wręcz przewiduje możliwość zaistnienia takiej sytuacji i reguluje kolejność zaspokajania wierzycieli stanowiąc, że w razie upadłości kupującego lub przejmującego przedsiębiorstwo, zobowiązania z tytułu należności wobec Skarbu Państwa zaspokajane są w kolejności przewidzianej do zaspokojenia zobowiązań podatkowych. Chodzi o to, aby w przypadku, gdy po przeprowadzeniu prywatyzacji podmiot nabywający lub przejmujący przedsiębiorstwo nie jest w stanie realizować swoich zobowiązań, nie zmuszać kupującego czy przejmującego do kontynuowania nierentownej działalności i popadania w coraz większe zadłużenie. W niniejszej sprawie, powołując się na treść opinii biegłego z zakresu księgowości, skarżący traktuje tę opinię bardzo wybiórczo. Nie zauważa, iż zdaniem biegłego, po ujawnieniu w grudniu 1999 r. „niedoboru majątkowego” (ujemny kapitał własny) oraz trwałego zaprzestania regulowania przez Spółkę części zobowiązań, zarząd powinien był niezwłocznie podjąć zabiegi w celu dokapitalizowania jej i jednocześnie wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości tego podmiotu (który można byłoby cofnąć w razie faktycznego dokapitalizowania Spółki). W tym kontekście trafne są konstatacje Sądów obydwu instancji na temat konieczności analizy zastosowanych przez prezesa zarządu Spółki działań restrukturyzacyjnych z uwzględnieniem czynnika pragmatyzmu. Od władz spółek kapitałowych wymaga się wszak szczególnej staranności w dbałości o ich interesy. Tymczasem brakiem

roztropności po stronie skarżącego trzeba tłumaczyć fakt niewystępowania przezeń przez ponad dwa lata z wnioskiem o ogłoszenie upadłości Spółki (mimo istnienia przesłanek ku temu) i podejmowania niemających szans powodzenia inicjatyw zmierzających do restrukturyzacji tego podmiotu.

Konkludując należy stwierdzić, że przejęcie przez spółkę akcyjną przedsiębiorstwa państwowego do odpłatnego korzystania na podstawie niekorzystnej dla niej umowy zawartej w ramach prywatyzacji bezpośredniej, o jakiej mowa w art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, nie wyłącza winy członka zarządu tej spółki za niewystąpienie we właściwym czasie z wnioskiem o ogłoszenie jej upadłości w rozumieniu art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa.

Wobec bezzasadności podstaw i zarzutów kasacyjnych, Sąd Najwyższy z mocy art. 398¹⁴ k.p.c. orzekł o oddaleniu przedmiotowej skargi.