

Sygn.akt III AUa 1104/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 kwietnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku, III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący: SSA Marek Szymanowski (spr.)

Sędziowie: SO del. Elżbieta Rostół

SA Bożena Szponar - Jarocka

Protokolant: Magda Małgorzata Gołaszewska

po rozpoznaniu na rozprawie 6 kwietnia 2016 r. w B.

sprawy z odwołania Z. S.

przy udziale zainteresowanego B. - Os (...). z o.o. w O.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O.

o odpowiedzialność osób trzecich za składki na ubezpieczenia społeczne, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i ubezpieczenie zdrowotne

na skutek apelacji wnioskodawcy Z. S.

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie IV Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 3 lipca 2015 r. sygn. akt IV U 330/15

uchyla zaskarżony wyrok, znosi postępowanie w zakresie rozprawy przeprowadzonej w dniu 26 czerwca 2015 r. i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Olsztynie pozostawiając temu Sądowi orzeczenie o kosztach instancji odwoławczej.

Sygn. akt III AUa1104/15

UZASADNIENIE

Zaskarżoną decyzją z dnia 29 grudnia 2014 r. nr (...), Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. stwierdził, iż Z. S. ponosi odpowiedzialność za zobowiązania B.-Os (...) z ograniczoną odpowiedzialnością w B. z tytułu nieopłaconych składek w łącznej kwocie 252,247,63 zł w tym :

na ubezpieczenia społeczne za okres 12.2008 - 07.2009 r., 09.2009 r.- 05.2010 r. , 07.2010 r.- 11.2012 r. w łącznej kwocie 197.270,47 zł w tym należność główna w wysokości 133.673,17 zł oraz należne odsetki za zwłokę naliczone na dzień 29.12.2014 r. w wysokości 63.431,00 zł oraz koszty egzekucji w kwocie 166,30 zł,

na ubezpieczenie zdrowotne za okres 12.2008 - 02.2009 r., 05.2009 r.-

06.2009 r., 11.2009-06.2010 r., 08.2010 r.- 11.2012 r. w łącznej wysokości 44.674,23 zł w tym należność główna 30.682,23 zł oraz należne odsetki za zwłokę naliczone na dzień 29.12.2014 r. w wysokości 13.992,00 zł,

na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres 02.2009 r., 05.2009 r.- 06.2009 r., 08.2009 r.- 05.2010 r., 08.2010 r.- 12.2010r. 02.2011 - 08.2012 r. w łącznej kwocie 10.302,93 zł w tym : należność główna w wysokości 7.305,93zł oraz należne odsetki za zwłokę naliczone na dzień 29.12.2014 r. w wysokości 2.997,00 zł.

Z. S. złożył odwołanie od przedmiotowej decyzji zarzucając jej naruszenie :

1. prawa materialnego tj. art. 116 § 1 ordynacji podatkowej poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że skarżący ponosi solidarną odpowiedzialność całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki pomimo, że nie została spełniona przesłanka bezskuteczności egzekucji wobec spółki, która stanowi warunek konieczny dla ustalenia odpowiedzialności członków zarządu spółki za zobowiązania publicznoprawne;

2. prawa postępowania tj.: przepisów art. 122 w zw. z art 187 § 1 o.p. poprzez ich niezastosowanie i niedokładne wyjaśnienie stanu faktycznego oraz nierozpatrzenie całokształtu materiału dowodowego przejawiające się w uznaniu przez organ, że egzekucja prowadzona wobec spółki jest bezskuteczna, pomimo posiadanych informacji, że egzekucja jest aktualnie prowadzona, a w jej toku organ egzekucyjny ustalił majątek spółki, pozwalający na zaspokojenie wierzyciela co wyklucza stwierdzenie bezskuteczności egzekucji.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wnosił o zmianę zaskarżonej decyzji, poprzez stwierdzenie, że nie ponosi on odpowiedzialności za przedmiotowe zaległości z tytułu składek. W świetle odwołania skarżący kwestionuje okoliczności, że egzekucja przeciwko spółce była bezskuteczna.

Wyrokiem z dnia 3 lipca 2015 r. Sad Okręgowy w Olsztynie oddalił odwołanie. Sąd ten ustalił, iż zgodnie z treścią wpisów widniejących w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Spółki z o.o. (...) (KRS Nr (...)) odwołujący Z. S. do Zarządu Spółki z o.o. B.-O. został wpisany w dniu 07.03.2005 r. postanowieniem Sądu Rejonowego w Olsztynie, VIII Wydział Krajowego Rejestru Sądowego, Sygn. akt OL.VIII NS-REJ. KRS/(...). Z. S. pełni funkcję w Zarządzie Spółki jednoosobowo. W czasie kiedy upływał termin płatności należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne i Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okresy i w wysokości określonej w zaskarżonej decyzji funkcję członka Zarządu pełnił jednoosobowo Z. S..

Postanowieniem Sądu Rejonowego w Olsztynie Wydział V Gospodarczy z dnia 26.07.2013 r., Sygn. akt V GU 25/13 - sąd oddalił wniosek Zakładu Ubezpieczeń Społecznych O/O. o ogłoszenie upadłości B.-Os (...). z o.o. obejmującej likwidację majątku dłużnika na podstawie art. 13 ust. 1 prawa upadłościowego i naprawczego. W uzasadnieniu postanowienia Sąd stwierdził, że wniosek o ogłoszenie upadłości podlega oddaleniu z uwagi na to, że brakuje majątku dłużnika wystarczającego za zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego. Sąd orzekający o upadłości ustalił, iż składniki majątku to wyłącznie ruchomości, spółka nie posiada nieruchomości ani wierzytelności. Jak wynika przy tym z niekwestionowanych przez wnioskodawcę zeznań dłużnika, większość urządzeń wchodzących w skład majątku dłużnika cechuje znaczny stopień zużycia bądź zniszczenia. Spółka od ponad roku bezskutecznie stara się zbyć poszczególne składniki swojego majątku, ale ponieważ przedmioty te są powszechnie dostępne na rynku, to przez to również ciężko zbywalne".

Pismem z dnia 30.01.2014 r., znak EA- (...) Naczelnik Urzędu Skarbowego w O. poinformował, iż organ egzekucyjny prowadzi postępowanie egzekucyjne na podstawie tytułów wykonawczych wystawionych przez ZUS O/O. wobec Spółki z o.o. (...). W oparciu o zebrany w sprawie materiał oraz sporządzony w dniu 05.03.2013 r. protokół, organ egzekucyjny nie ustalił majątku Spółki, do którego można byłoby skierować skuteczną egzekucję, postępowanie trwa nadal - bezsporne.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. na podstawie art. 107 § 1, § 2 pkt 2 i 4, art. 108 § 1 j art. 116 § 1, § 2 i § 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (tekst jednolity Dz. U. z 2012 r., poz. 749 ze zm.) w związku z art. 31 oraz 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn. Dz. U.

z 2013 r., poz. 1442 ze zm.) stwierdził, że Z. S. jako Prezes Zarządu ponosi odpowiedzialność za zobowiązania Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) w B. z tytułu nieopłaconych składek w łącznej kwocie 252.247,63 zł, w tym na:

ubezpieczenia społeczne za okres 12.2008 r. - 07.2009 r., 09.2009 r. - 05.2010 r., 07.2010r. - 11.2012 r. w łącznej kwocie 197.270,47 zł w tym: należność główna w kwocie 133.673,17 zł oraz należne odsetki za zwłokę naliczone na dzień 29.12.2014 r. w kwocie 63.431,00 zł oraz koszty egzekucji w kwocie 166,30 zł,

ubezpieczenie zdrowotne za okres 12.2008 r. - 02.2009 r., 05.2009 r. -

06.2009 r. 11.2009 r. - 06.2010 r., 08.2010 r. - 11.2012 r. w łącznej kwocie 44.674,23 zł w tym: należność główna w kwocie 30.682,23 zł oraz należne odsetki za zwłokę naliczone na dzień 29.12.2014 r. w kwocie 13.992,00 zł,

Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres 02.2009r., 05.2009 r. - 06.2009 r., 08.2009 r., 02.2010 r. - 05.2010 r., 08.2010 r - 12.2010 r., 02.2011 r. - 08.2012 r. w łącznej kwocie 10.302,93 zł w tym: należność główna w kwocie 7.305,93 zł oraz należne odsetki za zwłokę naliczone na dzień 29.12.2014 r. w kwocie 2.997,00 zł. - bezsporne .

Rozważając powyższe ustalenia Sąd Okręgowy nie podzielił zasadności odwołania. Sąd dał wiarę dokumentom przedłożonym przez strony, albowiem żadna ze stron nie zakwestionowała ich prawdziwości oraz nie wskazywała na okoliczności podważające treści zawarte w tych dokumentach, a dokumenty te uznał za dostateczną podstawę do wydania orzeczenia w przedmiotowej sprawie.

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością posiada własną odrębną od wspólników oraz członków zarządu osobowość prawną i to ona co do zasady samodzielnie odpowiada za swoje zobowiązania. Jednakże w określonych prawem przypadkach odpowiedzialność za zobowiązania spółki może zostać przerzucona na członków jej zarządu. Odpowiedzialność członków zarządu nie ma charakteru absolutnego i mogą oni zwolnić się z obowiązku zaspokojenia wierzycieli spółki. Zarząd spółki jako organ kierujący jej bieżącą działalnością ma największy wpływ na jej terminowe wywiązywanie się ze zobowiązań podatkowych i publicznoprawnych. Jako osoby trzecie do odpowiedzialności podatkowej mogą zostać pociągnięci członkowie zarządu spółek kapitałowych, tj. spółek z o.o. oraz spółek akcyjnych, w tym także spółek w organizacji.

Zgodnie z art. 116 Ordynacji podatkowej za zaległości podatkowe spółki z o.o., spółki z o.o. 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. Bezskuteczność ta będzie miała miejsce, jeśli w wyniku wszczęcia i przeprowadzenia przez organ egzekucyjny egzekucji skierowanej do majątku spółki nie dojdzie do przymusowego zaspokojenia wierzyciela. Zachodzi przy tym konieczność wyczerpania w toku tego postępowania wszystkich możliwych sposobów egzekucji, a egzekucja musi dotyczyć całego majątku podatnika, czyli spółki (por. wyrok NSA z 27 lutego 2007 r., sygn. akt I FSK 46/06). Dodatkowo nie można przyjmować, że nieudana egzekucja innych zaległości podatkowych w innym czasie lub tylko z części majątku, np. z rachunku bankowego czy z nieruchomości, albo też przeprowadzona z wykorzystaniem jednego ze sposobów egzekucji wystarcza do przyjęcia bezskuteczności egzekucji jako przesłanki odpowiedzialności członków zarządu (por. wyrok WSA w Krakowie z 8 lipca 2010 r., sygn. akt I SA Kr 246/10). Z orzecznictwa sądów administracyjnych wynika również, że o bezskuteczności nie musi przesądzać wyłącznie umorzenie postępowania egzekucyjnego. Mogą za tym przemawiać inne działania organu egzekucyjnego, niekoniecznie zakończone postanowieniem o umorzeniu postępowania egzekucyjnego. Nie mogą one jednak pozostawiać żadnych wątpliwości co do tego, że egzekwowana wierzytelność nie może być zaspokojona z jakiegokolwiek części majątku spółki (por. wyroki NSA z 20 lutego 2007 r., sygn. akt II FSK 233/06; WSA w Gliwicach z 20 września 2010 r., sygn. akt I SA/G1 780/10).

Nawet w sytuacji gdy egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna, odpowiedzialność członka zarządu nie jest przesądzona. Może on się od niej uwolnić, jeśli udowodni istnienie przesłanek określonych w art. 116 par. 1 Ordynacji podatkowej, czyli wykaże, że we właściwym czasie zgłosił wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe), albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości

lub nieszczęście postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy, bądź też wskaże mienie, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części. Ciężar wskazania okoliczności uwalniającej od odpowiedzialności (przesłanki negatywnej) spoczywa na członku zarządu.

Odpowiedzialność członków zarządu obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu, oraz zaległości wymienione w art. 52 Ordynacji podatkowej powstałe w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu. Przepisy o odpowiedzialności podatkowej osób trzecich są skonstruowane w taki sposób, że nawet jeśli dana osoba przestanie być członkiem zarządu spółki, to i tak może odpowiadać za jej zaległości podatkowe. Stanie się tak, jeśli w toku prowadzonego postępowania był członek zarządu nie wykaże istnienia przesłanek wskazanych w art. 116 par. 1 Ordynacji podatkowej, które uwolniłyby go od odpowiedzialności za zaległości podatkowe spółki. Byli członkowie zarządu spółki ponoszą odpowiedzialność podatkową na podstawie art. 116 par. 4 Ordynacji podatkowej. Nie ma przy tym znaczenia, że po zakończeniu pełnienia funkcji członka zarządu podatnik nie będzie miał już wpływu na działalność spółki. Przepisy nie uzależniają bowiem rozciągnięcia odpowiedzialności podatkowej na byłego członka zarządu od tego, czy w chwili wydania decyzji w przedmiocie odpowiedzialności podatkowej za zobowiązania spółki ma on wpływ na jej działalność. Najistotniejsze znaczenie ma natomiast to, czy osoba ta pełniła obowiązki członka zarządu w czasie powstania zobowiązania podatkowego, które przerodziło się w dochodzona zaległość podatkową.

Na gruncie rozpatrywanej Sąd Okręgowy wskazał, że skarżący pełnił funkcję członka zarządu Spółki z o.o. (...) w B., a więc zgodnie z powołanym powyżej przepisem znajduje się w grupie osób, które przy wystąpieniu dalszych przesłanek ponoszą odpowiedzialność za zobowiązania osoby prawnej. Materiał dowodowy potwierdza przy tym, że spółka z o.o. (...) nie opłacała należnych składek objętych w łącznej kwocie 252.247,63 zł. Nastąpiło to w okresie, gdy skarżący był członkiem zarządu spółki Spółki z o.o. (...).

Wobec faktu, że prowadzone przeciwko spółce postępowanie egzekucyjne nie doprowadziło do wyegzekwowania należności z tytułu składek, a co za tym idzie egzekucja okazała się bezskuteczna, odpowiedzialność skarżącego ulega zaktualizowaniu. Pojęcie bezskuteczności egzekucji nie zostało w prawie zdefiniowane, a zatem należy je rozumieć zgodnie z dyrektywami wykładni językowej. W języku potocznym, zgodnie ze słownikiem języka polskiego przez pojęcie bezskuteczności rozumie się nieprzyniesienie (brak) pożądaných rezultatów (vide: Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z roku 2005 I (...), Gazeta Prawna (...) str. 25). Sąd podzielił argumentację Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, iż stan, w którym zajęty w egzekucji majątek dłużnika nie rokuje zaspokojenia egzekwowanych należności wyczerpuje ponadto definicję pojęcia "bezskutecznej egzekucji". Nie ma bowiem jakichkolwiek wątpliwości, iż nie zachodzi możliwość zaspokojenia egzekwowanej wierzytelności. Naczelnik Urzędu Skarbowego pismem z dnia 30.01.2014 r. potwierdził, iż nie ustalono majątku Spółki, do którego można byłoby skierować skuteczną egzekucję. Zatem szanse Zakładu na uzyskanie ze sprzedaży zajętych ruchomości kwoty pozwalającej na pokrycie zaległości z tytułu składek są żadne. Bezskuteczność egzekucji z majątku Spółki została potwierdzona postanowieniem Sądu Rejonowego w Olsztynie Wydział V Gospodarczy z dnia 26.07.2013 r. (sygn. akt VGU 25/13) o oddaleniu wniosku ZUS O/O. o ogłoszenie upadłości B.-Os (...). Z o.o. obejmującej likwidację majątku dłużnika na podstawie art. 13 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego. Sąd Rejonowy w Olsztynie stwierdził, że wniosek o ogłoszenie upadłości podlega oddaleniu z uwagi na to, iż brakuje majątku dłużnika wystarczającego na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego. W świetle ustaleń poczynionych w toku tego postępowania składniki majątku to wyłącznie ruchomości, spółka nie posiada nieruchomości ani wierzytelności. Ruchomości wchodzące w skład majątku dłużnika cechuje znaczny stopień zużycia bądź zniszczenia i są trudne do zbycia. Zachodzi zatem w ocenie Sądu Okręgowego bezskuteczność egzekucji, a jednocześnie nie zaistniała żadna z przesłanek wyłączających odpowiedzialność członka zarządu. Skarżący nie wykazał aby wniosek o upadłość został złożony w odpowiednim czasie, co więcej wniosek taki przez skarżącego nie został złożony w ogóle. Skarżący nie wskazał również żadnego majątku spółki, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości w znacznej części. Skarżący nie wykazał czy w czasie sprawowania przez niego funkcji członka zarządu nie zachodziły przesłanki do ogłoszenia upadłości oraz, jeżeli takie zachodziły, to nie ponosi winy w nie zgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości. W ocenie

Sądu, analiza akt sprawy jednoznacznie wskazuje, że odwołujący nie złożył wniosku o upadłość spółki - tym samym za niecelowy i nieracjonalny - podlegający oddaleniu należy uznać wniosek odwołującego o powołanie biegłego sądowego z zakresu rachunkowości i finansów dotyczący wskazania terminu zgłoszenia wniosku o upadłość oraz wyceny majątku które znajdował się w spółce. Poza zajęтым mieniem przez organ egzekucyjny odwołujący nie wskazał jakiegokolwiek majątku mogącego prowadzić do zaspokojenia należności objętych decyzją, co należy do jego obowiązków.

Z tych przyczyn Sąd Okręgowy w oparciu o art. 477¹⁴ § 1 k.p.c. oddalił odwołanie, a postanowieniem z dnia 16 lipca 2015r. uzupełnił przedmiotowy wyrok orzeczeniem o kasztach procesu zasądzając od odwołującego się na rzecz organu rentowego 7.200 zł.

W wywiezionej od tego wyroku apelacji odwołujący zaskarżył go w całości i zarzucił mu obrazę art. 233 §1 k.p.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i dowolną ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie z naruszeniem zasad logiki i doświadczenia życiowego polegające na uznaniu, że egzekucją wobec spółki jest bezskuteczna, podczas gdy z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego wynika, że egzekucja ta jest wciąż prowadzona i nie została umorzona z powodu bezskuteczności, w konsekwencji czego błędne jest uznanie Sądu że została wyczerpana przesłanka bezskuteczności egzekucji w rozumieniu art.116 §1 Ordynacji warunkująca odpowiedzialność skarżącego .

W konsekwencji tak postawionego zarzutu skarżący wnosi o uchylenie zaskarżonego wyroku i stwierdzenie, że nie ponosi on odpowiedzialności z tytułu objętych decyzją zaległości składkowych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje

Apelacja jest zasadna, aczkolwiek jej zasadność nie wynika, z podniesionych zarzutów lecz z zakresu obowiązkowej kontroli zaskarżonego orzeczenia przez sąd odwoławczy. Zgodnie z art. 378 § 1 k.p.c. Sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji, jednakże w granicach zaskarżenia bierze z urzędu pod uwagę nieważność postępowania (por. w tym zakresie uchwała SN 7 sędziów - zasada prawna z dnia 31 stycznia 2008 r. III CZP 49/07 OSNC 2008/6/55, Prok.i Pr.-wkł. (...), Biul.SN 2008/1/13, Wspólnota (...)). W niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny zauważa, iż Z. S. czyli odwołujący się - który bronił się przed odpowiedzialnością subsydiarną za zobowiązania spółki z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne i FGŚP w niniejszej sprawie występował również jako przedstawiciel B.-O. spółki, którą postanowieniem z dnia 28 kwietnia 2015 r., wydanym na rozprawie Sąd Okręgowy wezwał do udziału w sprawie w charakterze zainteresowanego (k. 23). Z zapisu protokołu rozprawy z dnia 26 czerwca 2015r. (k.38) poprzedzającej wydanie zaskarżonego wyroku wynika, iż odwołujący reprezentował nie tylko siebie ale i tę spółkę jako prezes. Nie można nie zauważyć, iż interesy odwołującego się i spółki są ze sobą sprzeczne bowiem odwołujący się odpowiada subsydiarnie za zobowiązania z tytułu składek tej spółki. Stanowisko procesowe odwołującego dążącego do wykazania skuteczności egzekucji przeciwko spółce okoliczność tę potwierdza. Sprzeczność interesów członka zarządu spółki (interesów spółki) z jego własnymi interesami na etapie postępowania sądowego musi oznaczać niedopuszczalność reprezentowania przez niego spółki w takim postępowaniu (w zakresie sprzeczności interesów por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2004 r., II CK 129/03, niepubl., z dnia 18 sierpnia 2005 r., V CK 104/05, niepubl., z dnia 21 czerwca 2007 r., IV CSK 88/07, niepubl., wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2002 r., IV CKN 1903/00, OSNC 2002 nr 11, poz. 137 oraz uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2009 r., III CZP 63/09, OSNC 2010 nr 4, poz. 55). Wadliwość reprezentacji w tym zakresie powoduje nieważność postępowania z art. 379 pkt 2 k.p.c. z uwagi na brak należytej reprezentacji , choć trzeba też zauważyć, iż brak należytej reprezentacji z reguły może też skutkować pozbawianiem możliwości obrony (art. 379 pkt5 k.p.c.). W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15.10.2015r. II UK 346/14 wyrażono pogląd, iż nie jest dopuszczalna reprezentacja przez członka zarządu odwołującego się od decyzji - tejeż spółki jako zainteresowanego , a w sporze takim spółka powinna być reprezentowana w sposób wynikający z 210 k.s.h. (por. w tym zakresie postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2011 r., II UZP 9/11, OSNP 2012 nr 21-22, poz. 273 oraz uchwałę z dnia 10 kwietnia 2013 r., II UZP 1/13, OSNP 2013 nr 17-18, poz. 208). Reprezentowanie takiej spółki przez członka zarządu odwołującego się od decyzji zdaniem SN powoduje nieważność postępowania opisaną w art.379 pkt 2 k.p.c. Ponieważ brak skutkujący nieważność powstał już w momencie wezwania spółki do sprawy usunięcie tego braku możliwe jest zdaniem SN ustanowienia na

podstawie art. 69 k.p.c. kuratora procesowego w zw. z art. 42 §1 k.c. i 460 §2 k.p.c. (por. wyrok SN z 15.10.2015r. II UK 346/14).

Zgodnie z art. 386 § 2 k.p.c. w razie stwierdzenia nieważności postępowania sąd drugiej instancji uchyla zaskarżony wyrok, znosi postępowania w zakresie dotkniętym nieważnością i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania. Nieważność postępowania w sprawie czyniła zbędnym odniesienia do zarzutu apelacyjnego podniesionego w apelacji, który dotyczył tylko art. 233 §1 k.p.c. a zatem przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów przy konstruowaniu podstawy faktycznej powództwa. Jak wiadomo podstawę orzeczenia mogą stanowić tylko ustalenia faktyczne poczynione w ważnym postępowaniu, a to nie jest przypadek niniejszej sprawy. Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy najpierw zapewni zainteresowanej spółce należyłą reprezentację a następnie przeprowadzi w zakresie, w jakim uzna za konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy postępowanie dowodowe, mając w tym względzie na uwadze zgłoszone wnioski stron.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny na zasadzie art. 386 §2 k.p.c. orzekł jak na wstępie. Na zasadzie art. 108 § 2 k.p.c. orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego pozostawiono Sądowi Okręgowemu.