

Sygn.akt III AUa 1062/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 lutego 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku, III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący: SSA Marek Szymanowski (spr.)

Sędziowie: SA Alicja Sołowińska

SA Dorota Elżbieta Zarzecka

Protokolant: Magda Małgorzata Gołaszewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2015 r. w B.

z odwołania R. K. (1), I. M. i P. S. (1)

przy udziale zainteresowanego (...) S.A. (...) w Z.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B.

o odpowiedzialność członków zarządu (...) S.A. (...) w Z. za składki na ubezpieczenie społeczne

na skutek apelacji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B.

od wyroku Sądu Okręgowego w Łomży III Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 16 kwietnia 2014 r. sygn. akt III U 88/13

I. **oddala apelację;**

II. **zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. na rzecz R. K. (2), I. M. i P. S. (1) w częściach równych kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa za drugą instancję.**

Sygn. akt III AUa 1062/14

UZASADNIENIE

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. decyzją z 20 grudnia 2012 r. stwierdził, że R. K. (1) i I. M. jako byli członkowie zarządu Przedsiębiorstwa (...) Spółka Akcyjna w Z. odpowiadają całym swoim majątkiem solidarnie za zobowiązania spółki powstałe z tytułu nieopłaconych składek za zatrudnionych pracowników za 01.2007 r. 03.2007r. - 02.2008 r., 04- 05.2008 r w łącznej kwocie 3.740.051,79 zł. w tym:

- na ubezpieczenia społeczne - 1.740.021,23 zł. ,

- na ubezpieczenia zdrowotne - 365.877,33 zł.

- na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych - 167.651,23 zł.

- odsetki na dzień 20 12 2012 r. - 1.466.502,00 zł.

Decyzją z tego samego dnia Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. stwierdził, że P. S. (2) jako były członek zarządu Przedsiębiorstwa (...) Spółka Akcyjna w Z. odpowiada solidarnie całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki powstałe z tytułu nieopłaconych składek za zatrudnionych pracowników za 01.2007 r. 03.2007r. - 04.2007 r., w łącznej kwocie 424.303,29 zł. w tym:

- na ubezpieczenia społeczne - 220.481,42 zł,

- na ubezpieczenia zdrowotne - 1.313,47 zł.

- na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych - 25.750,40 zł.

- odsetki na dzień 20 12 2012 r. - 176.758,00 zł.

W uzasadnieniu obu decyzji organ rentowy powołał jaką podstawę odpowiedzialności członków zarządu art. 116 § 1 i 2 Ordynacji Podatkowej. Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna w Z. nie uregulowała w terminie składek za okresy: 04/1998r., 08/1998r., 07/2001-05/2002r., 07-08/2002 r., 10/2002 r.- 05/2004 r., 08/2004 r. - 01/2005 r. 03/2005 r. - 01/2007 r., 03/2007 r. - 02/2008 r., 04/2008 r. - 02/2011 r., 04/2011 r. - 09/2012 r. Postępowanie egzekucyjne przeciwko spółce prowadzone jest od 2002 r. Egzekucja administracyjna prowadzona poprzez zajęcia wierzytelności i zajęcia rachunków bankowych w (...), Banku (...) S.A., (...) S.A., Banku Spółdzielczym w (...) S.A. przejęta po zbiegu przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w Z., egzekucja prowadzona przez naczelnika (...) Urzędu Skarbowego w B. oraz egzekucja sądowa prowadzona przez Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Zambrowie nie doprowadziły do odzyskania należności wobec ZUS. Egzekucja z nieruchomości prowadzona w 2009 r. i 2010 r. również okazała się bezskuteczna. Postanowieniem Sądu Rejonowego w Łomży z 26 01 2011 r. wniosek o ogłoszenie upadłości spółki został oddalony na zasadzie art. 13 ust 1 Prawa upadłościowego , gdyż majątek spółki nie wystarczy na zaspokojenie kosztów postępowania bez jakiegokolwiek możliwości zaspokojenia wierzycieli (V GU 6/10). Zdaniem organu rentowego R. K. (1) , I. M. i P. S. (2), będąc członkami zarządu Przedsiębiorstwa (...) Spółka Akcyjna w Z. nie zgłosili wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie czyli w terminie dwóch tygodni od zaprzestania regulowania długów. Brak jest dowodów, aby nie zgłoszenie wniosku o upadłość nastąpiło bez winy członków zarządu . Nie jest tą okolicznością udzielanie przez Skarb Państwa, jako głównego akcjonariusza, absolutorium organom spółki i głosowanie za kontynuacją jej działalności oraz zawiadamianie o możliwości złożenia wniosków restrukturyzacyjnych. Zdaniem organu rentowego fakt, że spółka jest właścicielem nieruchomości nie powoduje zwolnienia z odpowiedzialności członków zarządu. Suma oszacowania nieruchomości wynosi 18.795.788 zł, a całkowite zadłużenie spółki wobec ZUS-u - 32.694.476,58 zł. nadto ZUS, w toku egzekucji, mógłby zostać zaspokojony dopiero po należnościach wobec pracowników i FGŚP. Nadto, w pierwszej kolejności musiałaby zostać uregulowana hipoteka (...) w kwocie 4.912.887,84 zł.

W odwołaniach od decyzji R. K. (1), I. M. i P. S. (2) wnieśli o ich zmianę przez przyjęcie braku odpowiedzialności osobistej i solidarnej członków zarządu z tytułu nieopłaconych składek objętych decyzjami i zasądzenie kosztów postępowania. Skarżący podnieśli:

1. **Brak bezskuteczności egzekucji**, gdyż Sąd Rejonowy w Łomży oddalając wniosek o ogłoszenie upadłości stwierdził, że powodem tego jest brak składników majątkowych mogących pokryć koszty postępowania z uwagi na obciążenie majątku spółki hipotekami i zastawami, z którego zaspokoić się jedynie wierzyciele hipoteczni i zastawnicy. ZUS ma status wierzyciela hipotecznego i może dochodzić zaspokojenia z nieruchomości , której wartość rynkowa wynosi ponad 18.000.000 zł. Istnieje zatem majątek zapewniający realną szansę na zaspokojenie. Nadto, według wiedzy odwołujących się ZUS nie prowadził egzekucji składek objętych zaskarżonymi decyzjami. Wynika to z informacji dotyczącej tytułów egzekucyjnych realizowanych przez naczelnika (...) Urzędu Skarbowego w B. na 10.11.2010 r. tj. przed zgłoszeniem wniosku o ogłoszenie upadłości. Nadto w okresie, gdy odwołujący się byli członkami zarządu, zobowiązania z tytułu składek zaspokajane były dobrowolnie, albo w drodze egzekucji. W roku 2007 pokryto

zobowiązania wobec ZUS w kwocie 1.669.865,56 zł. Gdyby prowadzona była egzekucja składek objętych decyzjami, doszłoby do ich zaspokojenia. ZUS natomiast ograniczył się do wykorzystania tytułów wykonawczych do ustanawiania hipotek.

2. Brak winy w niezłożeniu wniosków o ogłoszenie upadłości, gdyż w okresach objętych decyzjami nie zachodziły podstawy do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Kwestia ta była przedmiotem analizy w postępowaniu karnym dotyczącym popełnienia czynu z art. 586 kodeksu spółek handlowych, gdzie ustalono, iż podstawa do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości zaistniała w połowie 2009 r., co skutkowało postawieniem zarzutu wyłącznie K. Z. pełniącym funkcję prezesa zarządu od 27.06.2009 r. Odwołującym się nigdy zarzutu nie postawiono. Podobne wnioski wynikają z akt upadłościowych i uzasadnieniu postanowienia z 26.01.2011 r. W sprawozdaniu finansowym spółki za 2009 r. stwierdzono występowanie nadwyżki majątku nad zobowiązaniami na początku 2008 r. Nadto w 2007 r. spółka odnotowała obrót na poziomie 25.000.000 zł., a przyrost zobowiązań wyniósł 964.876,58 zł., co oznacza, że 96,2% zrealizowanych obrotów po stronie zakupów zostało uregulowane w danym roku.

3. Istnienie mienia umożliwiającego zaspokojenie należności ZUS-u. Spółka dysponuje nieruchomością, z której egzekucja pozwoli na zaspokojenie należności, które są zabezpieczone hipoteką. Odwołujący się wskazali, że niektóre z hipotek poprzedzających hipoteki ZUS-u są spłacone, aktualne zadłużenie po spłacie kredytu udzielonego przez (...) zabezpieczonego hipoteką wartości 4.912.887,84 zł. jest na poziomie 200.000 zł. Wskazywana przez ZUS zaległość 32.694.476,58 zł obejmuje też składki późniejsze niż z maja 2008 r., które należy pominąć przy ustalaniu stopnia zaspokojenia ZUS z egzekucji z nieruchomości.

4. Podejmowanie działań w celu zapobieżenia upadłości i spłaty zobowiązań. Odwołujący się współpracowali z ZUS-em w celu spłaty zobowiązań i w zakresie czynności egzekucyjnych, a ponadto prowadzono działania zmierzające do restrukturyzacji spółki m.in. poprzez uzyskanie dofinansowania ze Skarbu Państwa oraz zredukowanie niektórych zobowiązań. Dofinansowanie nie zostało uzyskane z powodu negatywnej postawy ZUS-u, który nie wyrażał zgody na restrukturyzację, na co wskazuje Minister Skarbu w piśmie z 08.05.2009 r. kierowanym do Marszałka Sejmu.

W odpowiedziach na odwołania organ rentowy wniósł o ich oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego. Podtrzymał swoją argumentację zaprezentowaną w zaskarżonych decyzjach. Podkreślił, że niewątpliwa jest bezskuteczność egzekucji z rachunków bankowych, na bezskuteczność wskazuje również oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Stwierdzenie przez Sąd, że majątek dłużnika nie wystarczy na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego jest równoznaczny z bezskutecznością egzekucji uniwersalnej, co odnosi się do wszystkich wierzycieli. Wskazywany przez odwołujących się majątek w postaci nieruchomości nie wyczerpuje zaistnienia przesłanki egzoneracyjnej, gdyż nie rokuje wyegzekwowania zaległości. Obciążenie hipotekami wyklucza możliwość zaspokojenia składek objętych decyzjami, które są zabezpieczone dopiero hipoteką wpisaną pod numerem 53, poprzedzają ją 52 hipoteki wartości 25.482.470,50 zł.

Wyrokiem z dnia 16 kwietnia 2014 r. Sąd Okręgowy w Łomży zmieniał zaskarżone decyzje w ten sposób, że stwierdził, iż:

1. P. S. (2) nie odpowiada solidarnie całym majątkiem za zaległości (...) Spółki Akcyjnej w Z. z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenia zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za zatrudnionych pracowników zaległych za styczeń 2007 r. i marzec-kwiecień 2007 r. oraz odsetek liczonych na 20 grudnia 2012 r. - w łącznej kwocie 424.303,29 zł.

2. I. M. i R. K. (1) nie odpowiadają solidarnie całym majątkiem za zaległości (...) Spółki Akcyjnej w Z. z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenia zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za zatrudnionych pracowników zaległych za okresy styczeń 2007 r., marzec 2007 r. - luty 2008 r., kwiecień-maj 2008 r. oraz odsetek liczonych na 20 grudnia 2012 r. - w łącznej kwocie 3.740.051,79 zł.

Orzekając o kosztach procesu zasądził od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w B. na rzecz P. S. (2), I. M. i R. K. (1) kwoty po 2.400 zł na rzecz każdego z nich tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił, że spółka Przedsiębiorstwo (...) S.A. w Z. została założona 19.09.1996 r. w wyniku ugody bankowej, zgodnie z którą nowa spółka w 1997 r. kupiła Przedsiębiorstwo Państwowe (...) w Z. zaciągając na ten cel kredyt 5.000.000 zł, z którego spłacono postępowanie ugodowe. Spółka przejęła długi przedsiębiorstwa. Akcje serii (...) zostały opłacone gotówką i objęte przez 234 pracowników, a akcje serii (...) objął Skarb Państwa poprzez zamianę wierzytelności Skarbu Państwa w kwocie 2.683.000 zł na 53.672 akcje imienne o wartości 50 zł. i cenie nominalnej 50 zł każda. Obecnie kapitał zakładowy spółki wynosi 5.183.600,00 zł. i dzieli się na 50.000 akcji imiennych I emisji serii (...) o wartości nominalnej 50,00 zł każda oraz 53.673 akcji imiennych II emisji serii (...) wartości nominalnej 50,00 zł każda. Na ogólną ilość akcjonariuszy 209 posiadających 303.672 głosy, akcjonariat przedstawia się w ten sposób, że 51,77% udziałów akcji w kapitale ma Skarb Państwa, a 48,22% prywatni inwestorzy. Skarb Państwa ma 17,67% głosów na Walnym Zgromadzeniu. Przedsiębiorstwo (...) S.A. w Z. zostało wpisane do KRS 12.10.2001 r. (dowód odpis z KRS k. 201-204 akt II K 133/12, uchwała Nadzwyczajnego Walnego Zgromadzenia Akcjonariuszy z 30.08.2003 r. k. 1871-1872 akt II K 133/12). Członkami zarządu zostali R. K. (1) - prezes zarządu- wykreślony z KRS 22.08.2008 r. (zrezygnował z dniem 26.06.2008 r. k. 112 akt ZUS), M. K. - wiceprezes zarządu ds. handlowych i I. M. - wiceprezes ds. ekonomicznych- wykreślony z KRS 22.08.2008 r. po rezygnacji złożonej 26.06.2008 r. (k. 113 akt ZUS). 24 09 2003 r. M. K. został wykreślony z KRS i na jego miejsce wpisano P. S. (1), którego wykreślono z rejestru 27.07.2007 r. (odpis KRS 1-5 akt ZUS). Od 1998 r. spółka realizowała procesy restrukturyzacyjne w ramach własnych środków przekazując zbędne nieruchomości za zaległości podatkowe. Na Nadzwyczajnym Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy spółki 30.08.2003 r. zarząd przedstawił ocenę sytuacji ekonomiczno- finansowej (...) za 7 miesięcy 2003 r.(k 1847-1852 akt II K 133/12), która to ocena doprowadziła zarząd do podjęcia uchwały 22.07.2003 r. w sprawie celowości rozwiązania spółki. Zarząd wskazał na możliwość przywrócenia rentowności bieżącej spółki i odroczone decyzję o rozwiązaniu spółki o 30 dni (k. 1856-1857 akt II K 133/12). Uchwałą nr 5 z 29.09.2003 r. Nadzwyczajne Zgromadzenie Akcjonariuszy nie podjęło decyzji w sprawie otwarcia likwidacji spółki (k. 1827 akt II K 133/12). W 2004 r. został opracowany plan restrukturyzacji (...) na lata 2004-2007, zatwierdzony przez Nadzwyczajne Zgromadzenie Akcjonariuszy 21 04 2004 r. (k. 1795- 1800 akt II K 133/12). W jego realizacji zarząd zawarł umowę przedwstępną ze Starostą (...) i Burmistrzem Z. dotyczącą przeniesienia własności rzeczy lub praw majątkowych zabudowanych gruntów o pow. 1,4 ha w trybie art 66 § 1 pkt 1 Ordynacji Podatkowej za zaległości podatkowe z tytułu VAT (k. 1791 akt II K 133/12) i wystąpił z wnioskiem do (...) Urzędu Skarbowego o wyrażenie zgody na taką formę rozliczenia. Działania te miały poprawić wynik finansowy za 2004 r. i skutkować zmniejszeniem bieżących kosztów wytwarzania (k. 1754-1755 akt II K 133/12), Walne Zgromadzenie Akcjonariuszy 30.06.2005 r. podjęło uchwałę o dalszym istnieniu spółki i zobowiązało zarząd do poszukiwania kapitału akcyjnego lub innych form rozwiązań finansowych, wyraziło zgodę na proponowane przez zarząd zawarcie umowy i zawiązanie spółki jawnej z (...) sp. z o.o. w Ł. (k. 1673-1678 i 1717-1718 akt II K 133/12). Spółka została zawiązana w październiku 2005 r. Uchwałą z 19.06.2006 r. zadecydowano o dalszym istnieniu spółki (k. 1617 akt II K 133/12). Podobne uchwały podejmowano w latach następnych. Od 2005 nastąpiło pogorszenie sytuacji rynkowej przez wzrost importu i spadek cen zbytu, co spowodowało zmniejszanie zatrudnienia i produkcji. Uzyskano umorzenie zaległości podatkowych w kwocie 1.644 tys zł netto i rozłożenie na raty zaległości podatkowych oraz uchylenie czynności egzekucyjnych przez Urząd Skarbowy na podstawie ustawy z 30.08.2002 r. o restrukturyzacji niektórych należności publicznoprawnych od przedsiębiorców (k. 766- 775 akt II K 133/12 oraz decyzja z 25 01 2007 r. a segregatorze ZUS)). Urząd Skarbowy uwolnił także obciążenia hipoteczne wobec umorzenia. W marcu 2006 r. zarząd wystąpił do Agencji Rozwoju Przemysłu o udzielenie pomocy w kwocie 1.000.000 zł na tzw. ratowanie i dalszej w kwocie 5.000.000 zł, na restrukturyzację celem spłaty zaległości ZUS w części finansowanej przez ubezpieczonych aby zawrzeć układ ratalny na spłatę pozostałych zobowiązań wobec ZUS-u. Wniosek nie został uwzględniony. Agencja poinformowała, że ponowne ubieganie się o pomoc istnieje po spełnieniu kryteriów oceny wniosków (k. 776 akt II K 133/12), Podjęto takie działania. 21.06.2006 r. zawarto porozumienie intencyjne ze Starostą (...) reprezentującym Skarb Państwa i Burmistrzem Z.. Restrukturyzacja miała doprowadzić do przekazania Skarbowi Państwa nieruchomości spółki, a środki miały zostać przekazane na spłatę wierzycieli Urzędu Skarbowego i ZUS-u, natomiast działalność miała być prowadzona w (...) Parku (...) utworzonym na tych nieruchomościach (k. 777- 780

akt II K 133/12). 12.12.2007r. zostało spisane między zarządem spółki a Starostą (...) i Burmistrzem Z. Porozumienie przedwstępne w sprawie realizacji projektu pn. Rozbudowa (...) Parku (...) (skoroszyt dokumentów ZUS) dotyczące restrukturyzacji majątkowej (...). Z dokumentu wynika, że Ministerstwo Rozwoju Regionalnego poinformowało wnioskodawcę 18.04.2007 r. o uwzględnieniu w ramach działania 1.3 Wspieranie innowacji projektu: Rozbudowa (...) Parku (...) i zarezerwowaniu na jego realizację kwoty 14,7 mln z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego. Projekt został umieszczony na liście projektów indywidualnych Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej na lata 2007-2013 pod poz. 47 stanowiącej załącznik do Obwieszczenia (...) z 11 10 2007 r. (MP Nr 89 poz. 971). Projekt miał być realizowany w latach 2008-2010 przez Zarząd (...) sp. z o.o. w Z.. W uzasadnieniu wskazano, że jest on zgodny z szóstym priorytetem strategicznym (...) Rozwój regionalny i podniesienie spójności terytorialnej a także wpisuje się w drugi Poprawa stanu infrastruktury technicznej i społecznej, z piątym celem horyzontalnym (...) : Wzrost konkurencyjności polskich regionów i przeciwdziałanie ich marginalizacji społecznej, gospodarczej i przestrzennej oraz trzecim : Budowa i modernizacja infrastruktury technicznej i społecznej mającej podstawowe znaczenie dla wzrostu konkurencyjności Polski oraz celem głównym (...) : Przyspieszenie tempa rozwoju społ-gosp. (...).

Działania te doprowadziły częściowo do zawieszenia postępowania egzekucyjnego przez ZUS (k. 782-787 akt II K 133/12). 16.11.2007 r. ZUS odmówił przedłużenia zawieszenia egzekucji, sprawę przekazano Centrali ZUS ze wsparciem Ministra Skarbu Państwa (k. 788 - 842 akt II K 133/12), Zarząd podejmował negocjacje z ZUS-em celem wyłączenia z obciążeń hipotecznych niektórych działek w celu przekazania działek na rzecz Skarbu Państwa i docelowo Miasta Z. w celu realizacji projektu Rozbudowa (...) Parku (...). Przekazanie majątku wynikało z przyjętych założeń restrukturyzacyjnych i miało doprowadzić do rozliczenia w trybie art. 66 Ordynacji Podatkowej zaległości podatkowych w kwocie ok 5,2 mln zł, co uwolniłoby pozostały majątek spółki od zabezpieczeń z wyjątkiem zabezpieczeń ZUS-u. Zarząd wskazywał na aspekty społeczne i gospodarcze oraz ukierunkowanie działań również na podjęcie płatności wobec ZUS (zaległych i bieżących). Na spotkaniu 17.04.2008 r. (k. 222-226 akt ZUS - korespondencja od 08 2008 r. przedstawiciele ZUS sugerowali zarządowi aby sprzedał część nieruchomości i zaspokoił wierzycieli według pierwszeństwa albo złożył wniosek o ogłoszenie upadłości, złożył wniosek o rozłożenie należności z tytułu składek powstałych do 31.12.1998 r. i zrealizował układ ratalny. Zarząd natomiast prosił o pozytywną opinię w sprawie zwolnienia z hipoteki wskazując na ochronę 300 miejsc pracy, poprawę sytuacji ekonomicznej spółki, spłacenie należności pracowników i inne. Dyrektor Oddziału nie poparł wniosku spółki (k. 232- 244). 21.05.2008 r. Centrala (...) odmówiła zwolnienia z obciążeń hipotecznych nieruchomości (809-810 akt II K 133/12). W konsekwencji zmieniono strategię restrukturyzacyjną. Nowa została przekazana ZUS 07.2008 r. (k. 812- 825 akt II K 133/12),

Decyzją z 30.08.2007 r. umorzono wpłaty na PFRON w wysokości 359.943,30 zł z odsetkami 66.534 zł za okres styczeń 2004-maj 2007 r. na podstawie art. 67a§ 1 pkt 3 Ordynacji Podatkowej w ramach pomocy de minimis zgodnie z Rozporządzeniem Komisji WE Nr 1998/2006 z 15 12 2006 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu do pomocy de minimis Dz.Urz WE L 379 z 28 12 2006 r. (k. 843-844 akt II K 133/12),

W 2008 r. organ rentowy rozważał zasadność wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości spółki. W maju Oddział w B. zwrócił się o ocenę zasadności takiego wniosku do Centrali ZUS, która poleciła skonsultowanie się z innymi wierzycielami. Na pismo ZUS Naczelnik (...) Urzędu Skarbowego w czerwcu 2008 r. wystąpił z zapytaniem do Ministra Skarbu (właściciela ok 52% udziałów) celem wypowiedzenia się co do zgodności z interesem Państwa występowania o upadłość (...) S.A. w Z. i decyzję uzależnił od stanowiska Ministra Skarbu.

W roku 2008 zarząd spółki podpisał porozumienia z wierzycielami (...) S.A. w B. oraz (...) S.A. co do regulowania przeterminowanych wierzytelności. Przygotowano podstawowe założenia ekonomiczne i restrukturyzacyjne funkcjonowania spółki za lata 2008-2009 . Założenia dotyczyły realizacji produkcji tkanin, sprzedaży (zawartych długoterminowych umowach zakupu lub usługowego tkania), zmian organizacyjnych tj zmniejszenia zatrudnienia w Wydziale Przędzalni z 97 osób do 36 osób , oraz wśród pracowników administracyjno-biurowych i zwiększenia w Wydziale Tkalni z 113 osób do 126 osób. Ponadto wobec braku możliwości przeniesienia nieruchomości na rzecz SP w zamian za wygaśnięcie zaległości podatkowych VAT i od nieruchomości z uwagi na brak zgody ZUS na wykreślenie hipoteki , zarząd zobowiązał się do podjęcia prób sprzedaży nieruchomości w drodze przetargu. To spowodowało

również , że zarząd wystąpił o umorzenie zaległości podatkowych w kwocie 5.390 tys zł. Odmowa ZUS zwolnienia nieruchomości z hipoteki spowodowała zmianę strategii zarządu i ukierunkowania na sprzedaż 1/2 nieruchomości , uzyskanie pomocy publicznej w formie dokapitalizowania lub pożyczki z (...) na spłatę części zaległości ZUS i zawarcie układu ratalnego oraz uzyskania umorzenia zaległości podatkowych przewidzianych dotychczas do restrukturyzacji w trybie art. 66 Ordynacji Podatkowej.

Działania restrukturyzacyjne i naprawcze kontynuowano. Były one wspierane przez władze samorządowe i Skarb Państwa. Doprowadziły do stworzenia (...) Parku (...) aktywizującego gospodarczo miasto Z.. Po uzyskaniu zgody Ministerstwa Rozwoju Regionalnego na dołączenie do parku przemysłowego kolejnej nieruchomości i dofinansowaniu spółki na kwotę 14,7 mln zł , działania te nie przyniosły skutku wobec negatywnego stanowiska ZUS co do zwolnienia nieruchomości z hipoteki. (pismo Ministra Skarbu Państwa do Marszałka Sejmu z 08 05 2009 r. k. 118 akt ZUS). Wniosek kierowany do ZUS o wyrażenie zgody na wykreślenie hipotek poparty był również kierowanymi do ZUS pismami Burmistrza Miasta Z. z 2009 r. Niestabilna sytuacja rynkowa spowodowała, że Ministerstwo Skarbu Państwa nie zgodziło się na pozytywne rozpatrzenie wniosku z 15.09.2010 r. o udzielenie pomocy na restrukturyzację na skutek czego zarząd 25.11. 2010 r. złożył wniosek o ogłoszenie upadłości. Postanowieniem z 26.01.2011 r. wydanym w sprawie V GU 6/10 Sąd Rejonowy w Łomży oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości Przedsiębiorstwa (...) S.A. w Z.. Sąd ustalił, że dłużnik jest niewypłacalny w rozumieniu art. 10 prawa upadłościowego i naprawczego, gdyż nie wykonuje swych wymagalnych zobowiązań. Opierając się na treści art. 13 ust 1 i 2 ustawy, Sąd uznał, że ujawniony majątek dłużnika nie wystarczy na zaspokojenie kosztów postępowania. W ustaleniach stwierdzono, że nieruchomość jest obciążona hipotekami przewyższającymi jej szacunkową wartość, zaś ruchomości obciążają zastawy skarbowe, konta bankowe są zajęte i brak jest środków pieniężnych (k. 133 akt V GU 6/10). W bilansie za rok 2008 nastąpiło przekwalifikowanie posiadanych przez spółkę nieruchomości (gruntów i budynków) do inwestycji długoterminowych. Jednocześnie dokonano wyceny inwestycji według wartości godziwych (k. 1990 akt II K 133/12). Wartość aktywów wzrosła o kwotę 19.959.659,32 zł. Skutkiem przekwalifikowania środków trwałych zmieniła się struktura aktywów i dominującą pozycją stały się inwestycje długoterminowe - 74,5% w 2008 r. i 81,79% aktywów w 2009 r. (wcześniej aktywa obrotowe ponad 80%). Kapitał własny w porównaniu z 2007 r. wykazał wartość dodatnią. Przez cały okres 2003-2009 spółka osiągała ujemny wynik (stratę), małały aktywa obrotowe (z 18.097.772,42zł. w 2003 r. do 4.432.693,74 zł. w 2009 r.), rosły zobowiązania. Zobowiązania krótkoterminowe w latach 2003-2009 zwiększyły się dwukrotnie z 19.563.177,65 zł do 40.397.603,14 zł. Najwyższy udział w zobowiązaniach mają zobowiązania publiczno-prawne. Zmniejszane jest z roku na rok zatrudnienie.

W okresie objętym zaskarżonymi decyzjami, kiedy członkami zarządu byli R. K. (1), I. M. i P. S. (2), Przedsiębiorstwo (...) S.A. w Z. nie były płacone składki na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne i Fundusz Pracy. W styczniu 2007 z ogólnej należności 214.105,32 zł zapłacono 115.424,57 zł , w marcu spłacono składki w całości, w kwietniu 2007 r. z należności 217.435,38 zł zapłacono 69.521,64 zł. Za okres maj-sierpień nie dokonano żadnej wpłaty. We wrześniu 2007 r. z należności 186.081,12 zł zapłacono 110.957,09 zł. Za okres październik 2007 r. - styczeń 2008 r. nie uregulowano składek wobec ZUS. Należność za luty 2008 w kwocie 173.027,32 zł. zapłacono do kwoty 51.611,73 zł. Za późniejsze miesiące 2008 r. do maja nie regulowano należności wobec ZUS. Na dzień zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości tj. 25.11.2010 za zaległości z tego okresu wystawione były tytuły wykonawcze , organem egzekucyjnym był Dyrektor ZUS O/ w B. (k. 54- 55 akt V GU 6/10) . Prowadzona była też egzekucja przez naczelnika Urzędu Skarbowego innych należności ZUS tj za lata 2001- sierpień 2006 oraz grudzień 2009-styczeń 2010. W ramach postępowania egzekucyjnego zostały zajęte wierzytelności spółki z tytułu dostaw towarów, robót i usług w maju i czerwcu 2007 r. Wierzytelności te zostały zwolnione z zajęcia do 31.10.2007 za zgodą udzieloną postanowieniem ZUS z 09 08 2007 (k. 120 akt z korespondencją ZUS). Od 23.12.2008 r. egzekucję należności ZUS tytułów wykonawczych wystawionych 29.01. 2003 r. prowadził Komornik Sądowy przy Sądzie Rejonowym w Zambrowie. 30.07. 2009 r. zostały zgłoszone Komornikowi Sądowemu wierzytelności z uwagi na prowadzenie egzekucji z nieruchomości, w tym zgłoszono zaległości objęte zaskarżonymi decyzjami (k. 85, 97 akt ZUS „ egzekucja z nieruchomości”).

Nieruchomość, z której prowadzono egzekucję została oszacowana w roku 2010 na 13.917.669 zł. Pierwszą licytację wyznaczono na 28.07.2010 r., drugą na 15.09. 2010 r. (k. 99 i 122 akt ZUS dot. egzekucji). Należności objęte

członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu:

1) nie wykazał, że:

a) we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo

b) niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy;

2) nie wskazuje mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części. Odpowiedzialność członków zarządu obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu. Zasady te stosuje się również do byłego członka zarządu oraz byłego pełnomocnika lub współnika spółki w organizacji. A zatem przesłankami odpowiedzialności członków zarządu jest:

1. Powstanie zobowiązania w czasie pełnienia funkcji;

2. Bezskuteczność egzekucji w stosunku do podmiotu zobowiązanego;

3. Nie wykazanie przez członka zarządu, że złożono we właściwym czasie wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe albo wykazanie braku winy w niepodjęciu działań w tym kierunku;

4. Niewskazanie przez członka zarządu mienia umożliwiającego zaspokojenie zaległości w znacznej części.

Nie było przedmiotem sporu, że zobowiązania objęte zaskarżonymi decyzjami powstały w czasie pełnienia funkcji członków zarządu Przedsiębiorstwa (...) Spółka Akcyjna w Z.. Natomiast wskazywany przez organ rentowy stan bezskuteczności egzekucji w momencie wydawania zaskarżonych decyzji nie nastąpił. Bezskuteczność egzekucji winien wykazać organ rentowy. Bezskuteczność egzekucji jest rozumiana jako brak możliwości przymusowego zaspokojenia wierzyciela publicznoprawnego, podczas wszczętej i przeprowadzonej przez organ egzekucyjny egzekucji, skierowanej do majątku spółki (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2006 r., sygn. akt I UK 271/05, OSNAPiUS 2007, nr 9-10, poz. 142). Jednocześnie, bezskuteczność egzekucji z majątku spółki może być stwierdzona wyłącznie w postępowaniu w sprawie egzekucji należności z tytułu składek, poprzedzającym wydanie decyzji o odpowiedzialności członka zarządu spółki za te należności (por. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2009 r., sygn. akt I UZP 4/09, OSNAPiUS 2009, nr 23-24, poz. 319), przy czym tak rozumiana bezskuteczność egzekucji, obok przypadku, w którym wierzyciel dysponuje postanowieniem o umorzeniu postępowania egzekucyjnego ze względu na jego bezskuteczność, występuje także, gdy wierzyciel dysponuje postanowieniem o umorzeniu postępowania upadłościowego czy odmowie jego wszczęcia. Bezskuteczność egzekucji może być wykazana także w inny sposób, ale musi ona być wynikiem okoliczności ujawnionych w ramach czynności przeprowadzonych w postępowaniu egzekucyjnym, a udowodnienie spełnienia tej przesłanki należy, jak już wspomniano, do organu właściwego w sprawach ubezpieczeń społecznych (wyrok SA w Łodzi z 21 01 2014 r. III AUa 642/13 LEX nr 1438065). Jest to stanowisko ugruntowane i Sąd rozpoznający niniejszą sprawę akceptuje je. W uzasadnieniu uchwały z 13 maja 2009 r. oraz licznych wyrokach Sądu Najwyższego podkreśla się przy tym, że warunek wykazania bezskuteczności egzekucji jest spełniony, jeżeli przed wydaniem decyzji obciążającej członka zarządu za zaległości składkowe spółki 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. Upadłość określana w nauce prawa jako egzekucja uniwersalna, w odróżnieniu od egzekucji syngularnej (prowadzonej przez poszczególnych wierzycieli na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego albo ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 229, poz. 1954 z późn. zm.) ma na celu równomierne, choćby częściowe zaspokojenie wszystkich wierzycieli z całego majątku niewypłacalnego dłużnika, w

trybie i na zasadach określonych w Prawie upadłościowym. 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 (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 2009 r., I UK 49/09, LEX nr 529769, z dnia 22 lipca 2009 r., I UK 46/09, LEX nr 529770, z dnia 16 września 2009 r., I UK 277/08, LEX nr 550986 i z dnia 3 grudnia 2009 r., II UK 393/08, niepublikowany). Organ rentowy argumentował, że egzekucja prowadzona wobec (...) S.A. w Z. jest bezskuteczna, gdyż postanowieniem Sądu Rejonowego w Łomży z 26 01 2012 r. V GU 6/10 oddalono wniosek o ogłoszenie upadłości spółki, gdyż jej majątek nie wystarczy na zaspokojenie kosztów postępowania.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji nie ulega wątpliwości, że pogląd ten byłby aktualny w przypadku, gdyby do oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości doszło w warunkach art. 13 ust 1 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze (majątek dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania), o tyle sprawa bezskuteczności egzekucji nie jest już taka oczywista w przypadku, gdy podstawą oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest przepis art. 13 ust 2 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze. Z uzasadnienia postanowienia Sądu Rejonowego w Łomży wynika, że majątek dłużnika jest zabezpieczony hipotekami (nieruchomości) albo zastawami skarbowymi (ruchomości) ponad ich rynkową wartość. Biorąc to pod uwagę Sąd uznał, że pozostały majątek nie wystarczy na zaspokojenie kosztów postępowania. Wynika to również ze sprawozdania tymczasowego nadzorca sądowego, który wskazał, że spółka jest użytkownikiem wieczystym gruntów i właścicielem budynków, przy czym obciążenia hipoteczne przewyższają ich szacunkową wartość. Maszyny i urządzenia służące bezpośrednio do prowadzenia działalności produkcyjnej są własnością spółki, ale są obciążone zastawami skarbowymi ponad ich wartość. Oznacza to, że niewątpliwie dla wierzycieli, których wierzytelności nie są zabezpieczone rzeczowo zaistniał stan bezskuteczności egzekucji. Natomiast inna jest sytuacja wierzycieli, których wierzytelności są zabezpieczone hipoteką czy zastawem. Wówczas samo oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości nie jest wystarczające dla przyjęcia, że egzekucja ich wierzytelności okazała się bezskuteczna bez podjęcia działań egzekucyjnych. W przypadku wydania postanowienia opartego o przepis art. 13 ust 2 prawa upadłościowego i naprawczego wierzyciel hipoteczny może liczyć na zapłatę przysługującej mu wierzytelności z przedmiotu hipoteki. Należy podkreślić, że Sąd oddalając ogłoszenia upadłości na podstawie art. 13 ust. 2 prawa upadłościowego i naprawczego stwierdza, że po stronie wierzyciela istnieje majątek, z którego może zostać zaspokojony wierzyciel hipoteczny i brak jest majątku innego, który pozwalałby na pokrycie nawet kosztów postępowania upadłościowego. Jest to konsekwencją uregulowania zawartego w art. 336 tej ustawy, który stanowi, że sumy uzyskane ze zbycia rzeczy i praw obciążonych hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym i hipoteką morską przeznacza się na zaspokojenie wierzycieli, których wierzytelności były zabezpieczone na zbytych rzeczach lub prawach z zachowaniem przepisów ustawy. Kwoty pozostałe po zaspokojeniu tych wierzytelności wchodzi do funduszy masy upadłości. Rozwinięcie przepisu art. 336 stanowi przepis art. 345 § 1 ustawy, który stanowi, że jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, wierzytelności zabezpieczone hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym, hipoteką morską, a także wygasające według przepisów ustawy prawa oraz prawa i roszczenia osobiste ciężące na nieruchomości, podlegają zaspokojeniu z sumy uzyskanej ze sprzedaży przedmiotu obciążonego, pomniejszonej o koszty związane ze sprzedażą. Przepisy te regulują prawo odrębności w postępowaniu upadłościowym wierzytelności zabezpieczonych (por. A. Jakubecki, F. Zedler, Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, Kraków 2003). Należy podkreślić, że w sytuacji, gdy dłużnik dysponuje wyłącznie majątkiem zabezpieczonym hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym i hipoteką morską nie mógłby zostać zrealizowany podstawowy cel postępowania upadłościowego, polegający na uwzględnieniu interesów jak najszerszego kręgu wierzycieli upadłego. W rozważanej sytuacji ochronie podlegają wyłącznie interesy wierzycieli, których wierzytelności są zabezpieczone i z tego względu Sąd wobec niemożności uzyskania w przyszłym postępowaniu upadłościowym jego głównego celu, dysponuje określonym w art. 13 ust. 2 prawem do oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości. W takiej sytuacji wierzyciele hipoteczni mogą uzyskać zapłatę ich wierzytelności w drodze windykacji indywidualnej. Oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości w trybie art. 13 ust. 2 pr.up.napr. nie jest równoznaczne z niemożnością uzyskania przez wierzyciela chociażby częściowej spłaty jego wierzytelności.

Należności objęte zaskarżonymi decyzjami są zabezpieczone hipotekami przymusowymi wpisanymi w księdze wieczystej (...). pod poz. 128- 130, 132- 135, 137- 138. Organ rentowy twierdzi, że poprzedza je 52 hipoteki, a ich

wysokość wskazuje, że nie ma możliwości zaspokojenia w znacznej części. Trudno obecnie precyzyjnie stwierdzić jaka jest realna wartość należności hipotecznych. Dokumenty zgromadzone w sprawie wskazują jednak, że znacząco uległa zmniejszeniu wierzytelność (...) zabezpieczona na kwotę 4.912887,84 zł. do kwoty 232.379,76 zł., a wierzytelność zabezpieczona hipoteką 615.407,55 zł. do kwoty 274.288,62 zł. Mniejsze są również zaległości wobec (...) Urzędu Skarbowego chociażby wobec ich spłaty w trybie art. 66 Ordynacji Podatkowej (k. 158-183 akt). W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega zatem wątpliwości, że oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości (...) S.A. nie stanowi o bezskuteczności egzekucji należności objętych zaskarżonymi decyzjami.

Obecnie toczy się egzekucja z nieruchomości spółki prowadzona przez Komornika Sądowego przy Sadzie Rejonowym w Zambrowie. ZUS jest uczestnikiem postępowania zgodnie z art. 922 k.p.c. jako wierzyciel hipoteczny. Dokumenty przedstawione przez organ rentowy nie wskazują, aby przed wydaniem zaskarżonych decyzji składał do komornika tytuły wykonawcze obejmujące należności za okres styczeń 2007 - maj 2008 r. z wnioskiem o przyłączenie się do prowadzonej egzekucji. Może zatem uczestniczyć w podziale sumy uzyskanej z egzekucji - art. 1036 k.p.c. dopiero, gdy administracyjny tytuł wykonawczy jest zaopatrzonej w sądową klauzulę wykonalności (uchwała SN z 04 06 2009 r. II CZP 37/09 OSNC 2010/2/22), ZUS nie przedstawił Sądowi żadnego dowodu potwierdzającego, że sądowa klauzula wykonalności została nadana tytułom obejmującym składki, których dotyczą zaskarżone decyzje. Nie może być zatem uznany za wierzyciela egzekwującego te należności, a jedynie za uczestnika postępowania w rozumieniu art. 922 k.p.c. Jest to o tyle istotne, gdyż 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. - uchwała SN z 13.05.2009 I UZP 4/09). Nie można uznać, że bezskuteczność egzekucji można wykazać każdym środkiem dowodowym, także bez wszczynania postępowania egzekucyjnego. O bezskuteczności egzekucji można mówić jedynie jako o zdarzeniu zaszłym a nie przyszłym (wyrok (...) 677/09 LEX 594155). Bezskuteczność egzekucji jest to sytuacja, w której nie ma jakichkolwiek wątpliwości, iż nie zachodzi żadna możliwość zaspokojenia egzekwowanej wierzytelności z jakiegokolwiek części majątku spółki. Konieczne jest więc wszczęcie postępowania egzekucyjnego, w toku którego taka bezskuteczność zostanie stwierdzona. Przedstawiona interpretacja spełnia funkcję gwarancyjną, zabezpieczającą osobę trzecią przed przedwczesnym i nieuzasadnionym orzeczeniem jej odpowiedzialności za zaległości podatkowe (składkowe) spółki, a biorąc pod uwagę charakter tej odpowiedzialności, zapewnienie takiej gwarancji jest niezbędne. Brak jest podstaw do uznania, że ZUS ma prawo zaspokoić się z majątku członków zarządu, jeżeli jest to możliwe z majątku spółki. Bezskuteczność egzekucji jest stanem faktycznym, w którym z majątku podmiotu nie da się uzyskać zaspokojenia całości lub części należności. Nie jest też stanem niezmiennym. Bezskuteczność egzekucji należności składkowych jako przesłanka odpowiedzialności członków zarządu za te zobowiązania spółki musi więc zostać potwierdzona przez organ ubezpieczeń społecznych przed wydaniem decyzji w tym przedmiocie, także wówczas, gdy prowadzone uprzednio próby wyegzekwowania innych wierzytelności nie doprowadziły do pożądanego rezultatu.

Stan faktyczny sprawy jest taki, że w momencie, kiedy wydawane były zaskarżone decyzje - tj 20.12.2012 r. Komornik Sądowy prowadził egzekucję z nieruchomości spółki. Przed wydaniem decyzji organ rentowy wystąpił z wnioskiem o nadanie sądowej klauzuli wykonalności tytułom wykonawczym za okres wrzesień 2006- sierpień 2012, tytuły te nie dotyczą jednak należności za sporny okres styczeń 2007-maj 2008. Zostały one przekazane komornikowi 13.12.2012 r. Pierwsza licytacja 6 działek oszacowanych na ponad 18.000.000 zł. odbyła się 11.12.2012 r. W toku licytacji sprzedano jedną z działek (...) o pow. 0,4899 ha za cenę 302.000 zł. (k. 451-453 akt) Z sumy uzyskanej z egzekucji zaspokojono należności Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i pracowników (k. 455-460 akt). 5 marca 2013 odbyła się druga licytacja, która nie doszła do skutku z uwagi na brak licytantów (k. 454 akt).

Organ rentowy nie brał pod uwagę toczącego się postępowania egzekucyjnego i zanim jeszcze doszło do terminu drugiej licytacji, wydał zaskarżone decyzje, uznając, że egzekucja jest bezskuteczna, gdyż dwa lata wcześniej oddalono wniosek o ogłoszenie upadłości.

Zaskarżone decyzje mają charakter konstytutywny, a zatem stan bezskuteczności egzekucji musi istnieć w momencie wydawania decyzji opartej o art. 116 § 1 Ordynacji Podatkowej. Konstytutywny charakter decyzji w omawianym przedmiocie wyklucza zatem możliwość uznania jej za prawidłową, gdy została wydana bez stwierdzenia stanu

całkowitej lub częściowej bezskuteczności egzekucji w postępowaniu egzekucyjnym. Odpowiedzialność członka zarządu spółki powstaje z chwilą wydania decyzji, a nie w momencie wykazania materialnoprawnych przesłanek tej odpowiedzialności w toku postępowania sądowego. W konsekwencji wydanie decyzji bez prowadzenia egzekucji składek za okres objęty decyzjami z nieruchomości, bez wiedzy o efekcie drugiej licytacji wyznaczonej na 05.03.2013 r. wskazuje, że decyzje zostały wydane z naruszeniem art. 116 § 1 Ordynacji Podatkowej. Egzekucja komornicza trwa nadal i choć, zbycie nieruchomości jest trudne, to jednak trudno przyjąć, że niemożliwe k. 490 akt) .

Niezależnie od przyjętego przez Sąd Okręgowy poglądu, iż organ rentowy nie wykazał bezskuteczności egzekucji Sąd Okręgowy uznał również , że odwołujący się R. K. (1), I. M. i P. S. (2) nie ponoszą winy w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości w okresie , kiedy byli członkami zarządu Przedsiębiorstwa (...) S.A. w Z.. Odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania publicznoprawne ma solidarny i subsydiarny charakter. Jest to odpowiedzialność wyjątkowa, jako odpowiedzialność za cudzy dług, wiąże bowiem skutki istnienia zobowiązania z podmiotem innym niż podatnik czy płatnik składek ubezpieczeniowych. Dlatego ważne jest bardzo precyzyjne badanie zaistnienia przesłanek odpowiedzialności. W szczególności konieczne jest rozważenie na tle konkretnego stanu faktycznego przesłanek egzoneracyjnych na etapie zarówno postępowania przez organem czy to podatkowym czy to rentowym jak i postępowania przed sądem. Organ rentowy w ogóle nie badał przesłanek egzoneracyjnych wskazując, że w tym zakresie ciężar ich dowodzenia występuje po stronie członków zarządu. Jest to jednak argumentacja niewłaściwa. Byli członkowie zarządu nie mają bowiem dostępu do dokumentacji reprezentowanego niegdyś podmiotu i do informacji o jego stanie majątkowym. To organ rentowy przed wydaniem decyzji winien ustalić kiedy wystąpiły przesłanki do ogłoszenia upadłości i zbadać przesłankę „ właściwego czasu” na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości, która jest przesłanką obiektywną, ustaloną w oparciu o okoliczności faktyczne sprawy. Orzecznictwo sądowoadministracyjne, w tym zakresie jest utrwalone (patrz wyrok WSA w Poznaniu z 08 10 2010 r. I SA/Po 532/10 LEX nr 749965, uchwała składu siedmiu sędziów NSA z 10 08 2009 r. ((...) 3/09 (...) i WSA nr (...)) .

Nie ulega wątpliwości, że w okresie , kiedy odwołujący się pełnili funkcje członków zarządu spółki nie był składany wniosek o ogłoszenie upadłości. A zatem należy ustalić, kiedy mieli obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości (...) tak , aby odbyło się to we „właściwym czasie” zgodnie z regulacją art. 116 § 1 pkt 1 a i b Ordynacji podatkowej. Zgodnie z utrwaloną wykładnią, oceny zgłoszenia wniosku o ogłoszenie we właściwym czasie należy dokonywać w oparciu o treść art. 21 w zw. z art. 11 ustawy z 28 02 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. Nr 60 poz. 535 ze zm). Przepisy te stanowią , że przedsiębiorca jest zobowiązany nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia zaprzestania płacenia długów (lub w chwili gdy majątek nie wystarcza na ich pokrycie) zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości. Stosownie zaś do treści art. 10 i art. 11 Prawa upadłościowego i naprawczego upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny, czyli nie wykonuje swych wymagalnych zobowiązań. Jeśli dłużnik jest osobą prawną albo jednostką organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, której ustawowo jest przyznana zdolność prawna, uważa się go za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas gdy reguluje na bieżąco zobowiązania.

Na okoliczność kiedy nastąpiła niewypłacalność Przedsiębiorstwa (...) S.A. w Z. Sąd dopuścił dowód z opinii biegłej z zakresu rachunkowości. W sporządzonej opinii (k. 205-261 akt) biegła na podstawie analizy sprawozdań finansowych spółki za lata 2004-2009 , przedstawiających dane za lata 2003-2009) stwierdziła , że w latach 2003-2007 dominująca wartość majątku spółki (ponad 80%) stanowiły aktywa obrotowe. W związku z przekwalifikowaniem środków trwałych do inwestycji długoterminowych w 2008 r. i ich wycenie według wartości godziwych struktura aktywów uległa zmianie i dominującą wartością stały się inwestycje długoterminowe (74,5% aktywów w 2008 r. i 81,79% w 2009 r.), a kapitał własny wykazywał wielkość dodatnią. Z roku na rok aktywa obrotowe malały, a zobowiązania wzrastały. Najwyższy udział w kapitałach obcych mają zobowiązania publicznoprawne. W całym okresie spółka osiąga wynik ujemny (stratę) na sprzedaży oraz stratę netto, w sytuacji ujemnych kapitałów własnych strata ta jest finansowana ze zobowiązań, sprzedaż spółki i zatrudnienie z roku na rok spada. O naturalnej płynności firmy decyduje majątek obrotowy, który powinien zaspokajać bieżące zobowiązania. Na dzień 31.12.2003 r. aktywa te wynoszą 18.097.772,42 zł , na 31.12.2004 r. - 16.075.414,88 , na 31.12.2005 r. - 14.825880,90 zł i cały czas maleją. Zobowiązania krótkoterminowe na 31.12.2003 wynoszą 19.563.177,65 zł , na 31.12.2004 - 23.965,01 zł na 31.12.2005

r. - 25.033.900,91 zł. i cały czas rosną. Biegła wskazała, że wskaźnikiem bezpieczeństwa w zakresie płynności środków jest wskaźnik bieżącej płynności. Wskaźnik poniżej jedności świadczy o utracie lub wysokim prawdopodobieństwie utraty zdolności terminowego regulowania bieżących zobowiązań, a ryzyko obciąża kontrahentów. Wskaźnik ten w Z. wynosił 31.12. 2003 r. - 0,93, 31.12.2004 r. - 0,67, 31.12.2005 r. - 0,59 i cały czas maleje.

Płynność finansowa celem pełniejszego obrazu, oceniana jest też za pomocą wskaźnika szybkości spłaty zobowiązań, którego optymalny poziom winien wynosić 1-1,2. Zmniejszenie się poniżej tego poziomu wskazuje na pogorszenie sytuacji płatniczej przedsiębiorcy i zagrożenie niewypłacalnością. Wskaźnik ten 31.12.2003 r. wynosił 0,29; 31.12.2004 - 0,19; 31.12.2005 - 0,2 i potem malał. O problemach płatniczych spółki świadczy też niski wskaźnik wypłacalności środkami pieniężnymi, który w 2004r. wyniósł 0 i to potem nie zmieniło się.

Wskaźnik zadłużenia w 2003 r. wynosił 88,24%, w 2004 - 122,16%, w 2005- 142,53%. Po przekwalifikowaniu środków trwałych do inwestycji i ich przeszacowaniu wartość rynkowa majątku przekraczała wartość zobowiązań. I wskaźnik wyniósł 94,99%, a następnie zwiększał się. Nie powinien on natomiast przekraczać 50%.

Do czasu przeszacowania majątku w 2008 r. wskaźniki pokrycia aktywów trwałych kapitałem własnym oraz kapitałem stałym wskazywały na wartość ujemną kapitału własnego. Po przekwalifikowaniu nieruchomości do inwestycji w 2008r. był on nadal ujemny, co wskazuje, że przedsiębiorstwo nie miało samodzielności finansowej. Zobowiązania bieżące przekraczają poziom majątku obrotowego, co wpływa niekorzystnie na płynność finansową przedsiębiorstwa. Całość majątku obrotowego jest sfinansowana zobowiązaniami krótkoterminowymi, a ponadto część zobowiązań służy pokryciu majątku trwałego, którego zamiana na gotówkę postępuje wolno. Najwyższy udział w finansowaniu (...)u posiadają zobowiązania publicznoprawne - 47% zobowiązań w roku 2003 i 87% w 2009 r. Kapitał pracujący (obrotowy netto) stanowiący element bezpieczeństwa finansowego w całym okresie był ujemny, a wielkość niedoboru z roku na rok wzrastała, co jest niekorzystne w przypadku przedsiębiorstwa produkcyjnego, albowiem spłata zobowiązań w terminie może nie być możliwa, co może powodować konieczność zbywania aktywów trwałych, których przekształcanie w gotówkę trwa długo. Deficyt kapitału pracującego wskazuje na prawdopodobieństwo utraty płynności finansowej w 2003 r. a nawet wcześniej. W analizowanym okresie niska była efektywność wykorzystania majątku firmy, następowało wydłużanie okresów spłat należności, co może świadczyć o pogarszaniu windykacji i narastania napięć płatniczych.

Wydłużane są terminy spłat zobowiązań, najdłuższy termin dotyczy zobowiązań z tytułu podatków i składek ZUS. Spada też efektywność gospodarowania zapasami, co może wskazywać na posiadanie zapasów trudnych do upłynnienia bądź nieprzydatnych w produkcji. Ponadto środki spółki były zamrożone w części w bezproduktywnym majątku. Spółka dysponowała zbędnym majątkiem, który w części był przekazany w trybie art. 66 Ordynacji podatkowej w zamian za wygaśnięcie zobowiązań podatkowych. Wskaźnikiem kontrolnym dla oceny zdolności spłaty zobowiązań jest stopień ich pokrycia osiąganą nadwyżką finansową. W ocenianym okresie spółka nie osiągała dodatniej nadwyżki finansowej. Spłata zobowiązań była możliwa w przypadku wniesienia środków na pokrycie kapitału własnego lub zaciąganie nowych zobowiązań. Spółka nie osiągała też dodatniego wyniku na sprzedaży towarów i usług, co wpływało niekorzystnie na stan zobowiązań. Wskaźniki zyskowności majątku (...) są w całym okresie ujemne. Zdaniem biegłej symptomy trudności płatniczych spółki wynikają już z danych początkowych ze sprawozdania finansowego (dane na 31.12.2003 r.) sporządzonego 31.12.2004 r. Stan środków obrotowych, które mogły być spieniężone w krótkim okresie był 31.12.2003 r. był niższy aniżeli stan zobowiązań krótkoterminowych. Oznacza to, że spółka chcąc spłacić wszystkie zobowiązania musiałaby sprzedać majątek trwały. Od 1998 r. nie były wykonywane zobowiązania z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne ZUS. Od lipca 2001 r. zobowiązania wobec ZUS z miesiąc na miesiąc wzrastają i stan ten utrzymuje się do 2013 r. Od 2001 r. nie zostały uregulowane zobowiązania wobec FGŚP zasądzone wyrokami z 28.08.2001 r. i z 11.10.2001 r. Istniały też zobowiązania wobec Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...) nie uregulowane do czasu złożenia wniosku o upadłość. Na dzień 31.12.2002 r. występowały zaległości w wypłatach wynagrodzeń za listopad stanowiące 50% należnych wynagrodzeń. Na dzień 30.06.2003 r. zobowiązania z tytułu wynagrodzeń stanowiły 1,5 miesięcznej zaległości wobec pracowników. W 2003 r. spółka zalegała z zapłatą długów na rzecz Urzędu Skarbowego, Rejonu Energetycznego, Urzędu Miasta Z., (...) S.A. Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. w W.. Na koniec 2002 r. zobowiązania wymagalne nie opłacone do

marca 2009 wyniosły 2.727.699,73 zł , na koniec 2003 r. zobowiązania wzrosły do 5.009.390,20 zł. Zajęcia na rachunkach bankowych były już od 2001 r. , nie były realizowane z uwagi na akumulację środków na wynagrodzenia dla pracowników. Wskazuje to, że już w 2001 r. spółka nie regulowała zobowiązań. Z dokumentów nie wynika , aby w 2001 r. zadłużenie było nadmierne. Ujemny kapitał własny (nadwyżka zobowiązań nad majątkiem) wynika natomiast ze sprawozdania na dzień 31.12.2003 r. A zatem w 2003 r. nie regulowanie zobowiązań nabrało trwałego charakteru.

Biegła wskazała, że najpóźniej 31.12.2002 r. suma nie wykonywanych zobowiązań przekroczyła 10% wartości bilansowej (...) 31.12.2002 r. wartość majątku wynosiła 25.376.640,89 zł, a zobowiązania 17.398.375,57 zł. Wartość bilansowa przedsiębiorstwa wynosi 7.978.265, 32 zł , a zatem same zobowiązania wobec ZUS

(2.727.699,73 zł.) przekraczały 10% wartości bilansowej spółki.

Z uwagi na złożone przez odwołujących się zarzuty do opinii biegłej, Sąd Okręgowy postanowieniem z 03.09.2013 r. dopuścił dowód z uzupełniającej opinii celem odniesienia się do zagadnień sformułowanych w piśmie z 30.08.2013 r.

W opinii uzupełniającej (k. 293-320 akt) biegła wyjaśniła pojęcie wartości księgowej środków trwałych i wskazała, że wyższa wartość rynkowa majątku spółki w latach 2003-2007 nie miałaby wpływu na wycenę tych składników w bilansie. Wskaźniki ekonomiczne zastosowane w opinii, które opisują relacje między poszczególnymi wielkościami ekonomicznymi i pozwalają na analizę sytuacji ekonomicznej oraz na przewidywanie przyszłych zmian opierają się na danych ze sprawozdań sporządzanych przez spółkę. Zmiana wartości majątku i poszczególnych jego pozycji oraz zobowiązań z uwzględnieniem ich struktury wpływa na wartości niektórych wskaźników, co widać na przykładzie danych porównawczych dla roku 2007 w związku z przeszacowaniem przez spółkę środków trwałych do inwestycji długoterminowych. Nie uległy zmianie wskaźniki płynności ogólnej, szybkiej czy gotówkowej. O naturalnej płynności przedsiębiorstwa decyduje poziom majątku obrotowego posiadanego przez przedsiębiorstwo.

Bez zmian pozostał też wskaźnik obrotu zapasami, stopień pokrycia zobowiązań osiąganą nadwyżką finansową, wskaźniki rentowności sprzedaży, wydajności pracy.

W przypadku zwiększenia wartości majątku trwałego poprawie ulega wskaźnik ogólnego poziomu zadłużenia. Zmianie ulegają wskaźniki rotacji aktywów, zamrożenia środków w majątku trwałym, rentowności majątku, pokrycia aktywów trwałych kapitałem własnym. Wyższa wartość rynkowa majątku spółki mogła świadczyć o większej możliwości zaspokojenia wierzycieli w przypadku gdyby doszło do sprzedaży majątku, niż to wynika z danych bilansowych. Analizy, biorąc pod uwagę, że spółka nie osiągała dochodu, była zagrożona bankrutem, zdaniem biegłej można dokonać z uwzględnieniem wyceny majątku według wartości likwidacyjnej, a nie rynkowej. Zmiana majątku na środki pieniężne umożliwiające spłatę zobowiązań, jest procesem długotrwałym i wiąże się z ponoszeniem kosztów. Biorąc pod uwagę obciążenia hipoteczne, zbycie majątku byłoby trudne.

Biegła wskazała, że po wycenie majątku według wartości rynkowych w 2008 r. z danych porównawczych na 31.12.2007 r. wynika , że wartość aktywów była wyższa niż wartość zobowiązań. A zatem, zdaniem biegłej do 31.12.2007 r. wartość rynkowa majątku spółki przekraczała jej zobowiązania. Wartość majątku po przeszacowaniu była wyższa o 19.959.659,32 zł. Zobowiązania na 31.12.2007 r. wynosiły 29.021,00 tys. zł, w tym krótkoterminowe 28.817,00 zł. Były one niższe aniżeli majątek po przeszacowaniu, który kształtował się na poziomie 30.338,00 tys. zł (według bilansu). Natomiast według sprawozdania F-01 sporządzonego na 31.05.2008 r. aktywa trwałe i obrotowe spółki wynoszą 9.722 tys. zł Po uwzględnieniu przeszacowania wartość majątku wynosi 29.682,00 tys. Zobowiązania krótkoterminowe wynoszą 30.089,00 tys. zł, a ogółem 30.272,00 tys. zł. W okresie styczeń – 31.05.2008 r. spółka osiągnęła stratę netto 1.908,00 tys. zł.

Biegła wyjaśniła pojęcie płynności finansowej wskazując, że jest to zdolność terminowego regulowania krótkoterminowych zobowiązań. Na to firma winna dysponować odpowiednią ilością środków. Przedsiębiorstwo posiada płynność finansową, jeśli może sobie pozwolić na zakupy towarów i usług potrzebnych do produkcji i równocześnie posiada zdolność terminowej spłaty zobowiązań. Biegła podała, że spółka w znacznej części regulowała zobowiązania bieżące w szczególności z tytułu dostaw i usług. Na koniec każdego roku poziom zobowiązań jednak

wzrastał mimo zmniejszania się kosztów. Wartość wymagalnych zobowiązań oraz okres ich powstania ulegał wydłużeniu, zaległości były wieloletnie. Straty na działalności pokrywane były z zobowiązań i zmniejszania aktywów. W latach 2004-2009 następował wzrost zobowiązań z tytułu podatków i składek ZUS. W latach 2005-2009 zmniejszeniu uległy zobowiązania z tytułu kredytów i pożyczek. Spadek zobowiązań z tytułu dostaw i usług nastąpił w roku 2005 i 2007. Za wyjątkiem skutków przeszacowania majątku w 2008 r. i zastosowaniem danych porównawczych z 2007 r. wartość aktywów ulegała obniżeniu, malały z roku na rok przychody. Przedsiębiorstwo osiąga stratę na sprzedaży oraz stratę netto, nie uzyskuje dodatniej nadwyżki finansowej. Wobec braku środków własnych, deficytowa działalność jest finansowana z kapitału obcego (wzrostu zobowiązań). Realizacja zobowiązań była możliwa w przypadku zbycia majątku posiadanego przez spółkę w tym środków trwałych, bądź z podwyższenia kapitałów własnych (pozyskanie inwestora lub wniesienia środków przez udziałowców),

W podsumowaniu biegła wskazała, że trwale zaprzestanie płacenia długów nie oznacza całkowitego zaprzestania ich spłacania. W 2003 r. spółka osiągała przychody ze sprzedaży i regulowała częściowo zobowiązania. Jednakże systematycznie narastały od połowy 2001 r. zaległości w płaceniu zobowiązań publicznoprawnych oraz wielkość nie płaconych zobowiązań. 31.12.2002 r. suma nie wykonywanych zobowiązań przekroczyła 10% wartości bilansowej (...). Od 2000 r. następowało stałe pogarszanie sytuacji finansowej i majątkowej spółki, działalność jej była deficytowa. Prowadzono wobec niej postępowania egzekucyjne, na kontach bankowych brak było środków podlegających zajęciu. Na 31.12.2002 r. występowały zaległości w wypłatach za listopad i grudzień stanowiące 50 % wynagrodzeń. Na 30.06.2003 r. zaległości z tytułu wynagrodzeń stanowiły ok. 1,5 miesięcznej zaległości wobec pracowników. Z tytułu składek ZUS na 31.12.2003 r. zaległość wyniosła 5.009.390,20 zł. Zaległość to była większa gdyż do 11.03.2009 r. spółka dokonała częściowych spłat. A zatem w roku 2003 nastąpiło trwale zaprzestanie spłacania długów. Biegła potwierdziła swoje stanowisko w opinii ustnej (k. 437- 438 akt). Sąd Okręgowy uznając opinię biegłej za rzetelną, precyzyjną i wiarygodną ustalił w oparciu o ten dowód, że stan niewypłacalności Przedsiębiorstwa (...) S.A. w Z. istniał co najmniej od 01.01 2004 r. , a zatem w okresie kiedy członkami zarządu byli odwołujący się.

Istotne bowiem jest, że ustawa z 28.02.2003 r. prawo upadłościowe i naprawcze, która weszła w życie 01.10.2003 r. wprowadziła nowe rozumienie pojęcia niewypłacalności, która jest przesłanką ogłoszenia upadłości (art. 10 i 11 ust 1 prawa up. i napr). Zasadniczo dla przyjęcia niewypłacalności nie ma znaczenia ani wielkość niewykonywanych zobowiązań, ich wielość, czy powód bądź czas niewykonywania. Wyrokiem z 19.01.2011 r. SN w sprawie V CSK 211/10 LEX 738136 wydanym na tle art. 299 § 2 k.s.h. stwierdził, że przy ocenie „czasu właściwego” na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości nie można pomijać przepisów prawa upadłościowego i naprawczego regulujących obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez członków zarządu spółki oraz określających kiedy uważa się dłużnika za niewypłacalnego i kiedy ogłasza się upadłość osoby prawnej. Regulacja zawarta w tych przepisach oraz wykładnia użytych tam pojęć ma znaczenie dla wykładni pojęcia "właściwego czasu". Jednakże, ze względu na funkcję art. 299 k.s.h., którą jest ochrona interesów wierzycieli oraz obciążenie odpowiedzialnością za ich szkodę działających nierzetelnie członków zarządu spółki, nie można mechanicznie przenosić na grunt tego przepisu unormowań prawa upadłościowego i naprawczego co do przesłanek i terminów złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Powszechnie przyjmuje się w orzecznictwie, że czasem właściwym na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w rozumieniu art. 299 § 2 k.s.h. jest czas, gdy wprowadzie dłużnik spłaca jeszcze niektóre długi, ale wiadomo już, że ze względu na brak środków nie będzie mógł zaspokoić wszystkich swoich wierzycieli. Czasem właściwym nie jest więc dopiero czas, gdy dłużnik przestał już całkowicie spłacać swoje długi i nie ma majątku na ich zaspokojenie (porównaj między innymi wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 1997 r. III CKN 65/97, OSNC 1997/11/181, z dnia 11 października 2000 r. III CKN 252/00 i z dnia 13 marca 2009 r. II CSK 543/08, nie publ.). Z drugiej strony czasem właściwym nie jest również z pewnością już ta chwila, gdy pierwszy dług nie został zapłacony z jakichkolwiek powodów. Choć niewątpliwie ustawodawca w art. 11, ani w żadnym innym przepisie prawa upadłościowego i naprawczego, nie powtórzył regulacji zawartej w art. 2 pr. upadł., to jednak zmieniona treść art. 11 ust. 1 p.r.u.n. oraz jego cel i funkcja jednoznacznie wskazują, że nadal krótkotrwale wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości, gdyż o niewypłacalności w rozumieniu art. 11 ust. 1 p.r.u.n. można mówić dopiero wtedy, gdy dłużnik z braku środków przez dłuższy czas nie wykonuje przeważającej części swoich zobowiązań. Wskazuje na to użycie określenia "nie wykonuje" swoich wymagalnych zobowiązań, oznaczające pewną

ciągłość "niewykonywania" oraz użycie liczby mnogiej "zobowiązań". Przede wszystkim jednak niewątpliwie celem ustawodawcy nie było ogłaszanie upadłości w sytuacji niespłacenia z jakichkolwiek przyczyn jednego długu. Jest to pogląd dość skrajny ale jasno oddaje tendencję w dokonywaniu wykładni pojęcia stanu niewypłacalności, a co za tym idzie określania tzw. czasu właściwego na wystąpienie z wnioskiem o ogłoszenie upadłości.

Zdaniem Sądu Okręgowego, właściwym czasem nie jest ani krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów na skutek przejściowych trudności, ani też całkowite zaprzestanie płacenia długów w następstwie wyzbycia się przez podmiot gospodarczy majątku, lecz chwila, kiedy wiadomo już, iż dłużnik nie będzie w stanie zaspokoić wszystkich swoich zobowiązań. Określenie tej chwili powinno być ujmowane elastycznie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, bowiem właściwy czas do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest przesłanką obiektywną, ustalaną na podstawie okoliczności faktycznych każdej sprawy, dla określenia której nie ma znaczenia subiektywne przekonanie członków zarządu spółki. Samo subiektywne przekonanie członka zarządu, iż mimo niepłacenia długów spółce uda się jeszcze poprawić kondycję, a więc przekonanie, że niespłacanie długów jest spowodowane przejściowymi trudnościami, nie ma znaczenia dla oceny przesłanki egzoneracyjnej członka zarządu od odpowiedzialności, jeżeli nie jest poparte obiektywnymi faktami uzasadniającymi ocenę, że spółka rzeczywiście miała szanse, w możliwym do przewidzenia, krótkim czasie, uzyskać środki na spłatę długów, co uzasadniałoby wstrzymanie się z wnioskiem o upadłość.

Analiza danych bilansowych jednoznacznie wskazuje, że na 31.12.2003 r. zobowiązania krótkoterminowe wynosiły 19.563177,65 w tym publicznoprawne 9.205.727,22 zł, na koniec 2004 r. zobowiązania krótkoterminowe wzrosły do 23.965345,01 zł. (o 4.402167,36 zł. w tym publicznoprawne 15.129515,45 zł. (o 5.923788,23 zł.) Z roku na rok zobowiązania wzrastają. Z zestawienia zaległości składek ZUS na 01.01.2007 r. (w aktach ZUS) wynika, że na tę datę niezapłacone były składki jeszcze za 2001 r. Z pisma ZUS z 26.02.2007 r. wynika, że istniały zaległości z tytułu składek za kwiecień - sierpień 1998 r., sierpień - maj 2002 r. lipiec 2002-sierpień 2002 r., październik 2002-maj 2004 r. A zatem na koniec 2003 r. te zaległości istniały powiększając się o odsetki. Z decyzji Naczelnika Urzędu Skarbowego z 25.01.2007 r. stwierdzającej umorzenie zaległości wynika, że na koniec 2003 r. nie były zapłacone podatki od towarów i usług od 1998 r. (objęte wnioskiem o restrukturyzację z 12.11.2002 r.). O przeterminowanych zobowiązaniach świadczy też wykaz tytułów wykonawczych złożonych w sprawie V GU 6/10, należność Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych niezapłacona mimo orzeczenia SO w Łomży z 11.10.2001 r. na kwotę 164.864,16 zł. czy orzeczenia z 28.08.2001 r. Istniały też zobowiązania wobec Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...) nie uregulowane do czasu złożenia wniosku o upadłość. W 2003 r. spółka zalegała z zapłatą długów na rzecz Urzędu Skarbowego, Rejonu Energetycznego, Urzędu Miasta Z., (...) S.A. Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. w W.. Na koniec 2002 r. zobowiązania wymagalne nie opłacone do marca 2009 wyniosły 2.727.699,73 zł.

A zatem od 01.01.2004 r. (...) S.A. w Z. jest niewypłacalna i nie reguluje swych wymagalnych zobowiązań, które w odniesieniu do ZUS-u lawinowo rosła. Co więcej w 2003 r. z opóźnieniem wypłaca pensje pracownicze, co również jasno wskazuje, że sytuacja finansowa nie miała charakteru przejściowego, ale była utrwalona. W konsekwencji, druga połowa stycznia 2004, albo przynajmniej koniec pierwszego kwartału 2004 r. były właściwym czasem do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości stosownie do art. 21 prawa upadłościowego i naprawczego. Taki wniosek nie został złożony. Natomiast brak jest podstaw do przyjęcia, że już w styczniu 2004 r. stan zobowiązań spółki znacząco przekraczał wartość majątku. Po wycenie majątku według wartości rynkowych w 2008 r. doszło do sytuacji, gdy wartość aktywów była wyższa niż zobowiązania, a zatem należy przyjąć, że co najmniej taka sytuacja była przed dokonaniem zaktualizowania wartości majątku do wartości godziwych. Brak tej dysproporcji trwał do czerwca 2008 r., a zatem w okresie, gdy odwołujący się byli członkami zarządu, nie wystąpiła podstawa upadłości określona w art. 11 ust 2 pr. upadł. i napr.

Niemniej jednak fakt niepłacenia wymagalnych zobowiązań jest wystarczający, dla przyjęcia odpowiedzialności członków zarządu za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie. Zdaniem Sądu, wszyscy członkowie zarządu (...) S.A. w Z. zdawali sobie sytuację z trudnej sytuacji spółki. Na Nadzwyczajnym Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy spółki 30.08.2003 r. zarząd przedstawił ocenę sytuacji ekonomiczno-finansowej (...) za 7 miesięcy 2003 r.(k 1847-1852 akt II K 133/12), , która doprowadziła zarząd do podjęcia uchwały w

sprawie celowości rozwiązania spółki. Zarząd wskazał jednak na możliwość przywrócenia rentowności bieżącej spółki i Nadzwyczajne Zgromadzenie Akcjonariuszy nie podjęło decyzji w sprawie otwarcia likwidacji spółki. **Okoliczności sprawy wskazują jednak, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło w sposób niezawiniony przez odwołujących się.** Nie można bowiem pominąć całego zespołu faktów, które doprowadziły do powstania spółki (...) na bazie majątku przedsiębiorstwa państwowego. Akcjonariuszem spółki został Skarb Państwa - 51,77% udziałów w kapitale zakładowym. Od momentu powstania spółka realizowała procesy restrukturyzacyjne. W listopadzie złożyła wniosek o restrukturyzację należności podatkowych w oparciu o ustawę z 30.04.2000 r o restrukturyzacji niektórych należności publicznoprawnych od przedsiębiorców, skutkujący umorzeniem zaległości decyzją z 25.01.2007 r. Prowadzono działania celem przekazania na rzecz Skarbu Państwa zbędnych nieruchomości w zamian za wygaśnięcie zobowiązań podatkowych w trybie art. 66 Ordynacji Podatkowej. Wszystko to zmierzało do utrzymania działalności spółki i spłaty zobowiązań. Jak wynika z pisma z 14.12.2007 r. szacunkowa wartość majątku przewidzianego do rozliczenia w trybie art. 66 Ordynacji Podatkowej wynosiła ok 9,5 mln zł, a przyrost zaległości podatkowych 2-2,5 mln rocznie, w efekcie spłacane byłyby też zaległości ZUS-u. Działania restrukturyzacyjne wspierane były zarówno przez Skarb Państwa, organy rządowe i samorządowe. W miarę poprawy finansowej podejmowane były okresowo spłaty bieżących składek ZUS. Nie można nie wspomnieć, wynik finansowy od 2003 r. był rezultatem kryzysu w branży tekstylnej.

Determinacja organów rządowych ale przede wszystkim Burmistrza Miasta Z. i Rady Miasta Z. w przekazywaniu nieruchomości spółki w trybie art. 66 Ordynacji Podatkowej spowodowana była społecznym zapotrzebowaniem lokalnym i przeciwdziałaniu zwiększeniu się bezrobocia na terenie Miasta. Spółka zatrudniała bowiem 300-500 pracowników o wąskim przygotowaniu zawodowym, trudnych do zatrudnienia u innego pracodawcy nie związanego z przemysłem tekstylnym. To doprowadziło do utworzenia (...) Parku (...), w którym stworzono nowe miejsca pracy. Uwarunkowania społeczne i gospodarcze, tworzenie podstaw pod rozwój gospodarczy miasta i walka z bezrobociem skutkowało zaangażowaniem procesu restrukturyzacji spółki (...). Istniało wysokie prawdopodobieństwo, że procesy restrukturyzacyjne zostaną zakończone powodzeniem, spółka wyzbędzie się majątku, ureguluje długi i na bazie majątku (...) Parku (...) zapewni miejsca pracy dla ok 150 osób. Stanowczy sprzeciw ZUS na zwolnienie z hipoteki nieruchomości przewidzianych do przekazania w trybie art. 66 Ordynacji Podatkowej uniemożliwił proces restrukturyzacji. Jak istotne w z punktu widzenia interesów społecznych i gospodarczych miasta ale i państwa było funkcjonowanie spółki świadczy fakt, że wierzyciele - organy podatkowe i ZUS bez akceptacji Ministra Skarbu (jako większościowego właściciela) nie odważyły się wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości w 2008 r. i nigdy tego nie uczyniły. Oczywiście Sąd Okręgowy zgadza się ze stanowiskiem, że zgłoszenie wniosku o restrukturyzację na podstawie ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o restrukturyzacji niektórych należności publicznoprawnych od przedsiębiorców (Dz. U. Nr 155, poz. 1287) nie spełnia hipotezy art. 116 § 1 ordynacji podatkowej uwalniającej od odpowiedzialności. Wniosek o restrukturyzację nie jest tożsamy z wnioskiem o zgłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania układowego, co wyraźnie znaczył w treści tego przepisu ustawodawca. W tym miejscu należy podkreślić, że zaostrzone przepisy o odpowiedzialności członków zarządu spółki są bardzo rygorystyczne i ich wykładnia nie może wykraczać poza ich brzmienie i cel ich wprowadzenia (wyrok NSA z 29 11 2007 r. I (...) LEX 1427/06, wyrok SN z 20 09 2013 r. II UK 34/13 LEX 1383276), Niemniej jednak okoliczności sprawy, zaangażowanie działań restrukturyzacyjnych, cele jakie im przyświecały ważkie z punktu widzenia i społecznego i gospodarczego, nie mogą zostać pominięte przy ocenie winy odwołujących się. Nie można bowiem prowadzić działań restrukturyzacyjnych wobec przedsiębiorcy w likwidacji lub w upadłości (art. 3 ustawy z 30.08.2002 r.). Jasne zatem jest, że wystąpienie z wnioskiem zniweczyłoby wieloletnie starania restrukturyzacyjne. Nadto jawną niesprawiedliwością byłoby obciążanie członków zarządu należnościami publicznymi w sytuacji, gdy realizowali oczekiwania Skarbu Państwa, organów rządowych i samorządowych. Ustawa z 30.08.2002 r. została uchwalona właśnie dla przedsiębiorstw zadłużonych z tytułu należności publicznoprawnych (podatkowych, celnych, składek ZUS). Celem restrukturyzacji jest zapewnienie trwałej poprawy wyniku finansowego, stworzenie perspektyw rozwoju oraz nowych miejsc pracy. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że nastąpiło ogólne pogorszenie wyników ekonomicznych podmiotów gospodarczych w 2001 r. co wpłynęło na obniżenie ich kondycji gospodarczej, ograniczenie zdolności akumulacyjnych i rozwojowych. Zadłużenie sektora przedsiębiorstw jest wysokie, działalność gospodarcza jest ograniczana, maleje zainteresowanie pozyskiwaniem kredytów. Ze stanem gospodarki wiąże się wysoka stopa bezrobocia, co wymaga podjęcia natychmiastowych działań ukierunkowanych

na rozwój przedsiębiorczości. Dlatego podjęto działania naprawcze aby zniwelować te zakłócenia w gospodarce narodowej biorąc pod uwagę zarówno aspekty gospodarcze jak i społeczne.

Stan faktyczny sprawy wskazuje, że odwołujący się działali jako członkowie zarządu w niezupełnie typowych okolicznościach. (...) był jednym z większych pracodawców na terenie Z., jego właścicielem większościowym był Skarb Państwa, Zgromadzenie Akcjonariuszy podejmowało uchwały o kontynuowaniu działalności spółki, w proces restrukturyzacyjny zaangażowane były władze samorządowe i rządowe. Istniały realne szanse na wyjście z krytycznej sytuacji i utrzymanie miejsc pracy i profilu działalności spółki po wyzbyciu się majątku. W tym celu przecież doszło do utworzenia spółki na bazie przedsiębiorstw państwowego. Obciążenie członków zarządu za to, że nie wystąpili o upadłość spółki, co musieliby uczynić wbrew społeczności Z., Skarbowi Państwa, celom realizowanym przez samorząd i rząd, byłoby nadużyciem prawa i rażąco niesprawiedliwością.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy na zasadzie art. 477¹⁴§2 k.p.c. dokonał stosownej zmiany zaskarżonych decyzji i orzekł o kosztach procesu na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (Dz. U. z 2002 r. Nr 163, poz. 1349). Sąd Okręgowy przyjął jedną stawkę minimalną w kwocie 7.200 zł dla wartości przedmiotu sporu powyżej 200.000 zł, którą to stawkę podzielił na trzech odwołujących.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Z. zaskarżył powyższy wyrok apelacją w całości zarzucając:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 116 § 1 ordynacji podatkowej - poprzez przyjęcie, iż przed wydaniem decyzji o odpowiedzialności członków zarządu nie została wykazana przez organ rentowy przesłanka bezskuteczności egzekucji z majątku spółki oraz przyjęcie, iż bezskuteczność ta musi być wykazana w postępowaniu egzekucyjnym dotyczącym należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne objęte zaskarżoną decyzją;

2. naruszenie prawa materialnego - art. 116 § 1 pkt 1b ordynacji podatkowej - poprzez przyjęcie, iż niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło bez winy odwołujących się z uwagi na charakter spółki i jej znaczenie społeczno-gospodarcze

3. naruszenie prawa procesowego - art. 233 k.p.c. - poprzez dokonanie przez Sąd sprzecznych ustaleń faktycznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, polegających na przyjęciu, iż egzekucja z nieruchomości prowadzona przez komornika sądowego doprowadzi do skutecznego zaspokojenia należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne wynikających z zaskarżonych decyzji, pomimo wpisanych hipotek na zabezpieczenie innych należności znacznie przewyższających wartość nieruchomości oraz poprzez niedokonanie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału i okoliczności sprawy.

Wskazując na powyższe podstawy apelacja wносиła o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołań od decyzji ZUS oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje

Apelacja podlegała oddaleniu

Wprawdzie apelacja w pierwszej kolejności formułuje zarzuty obrazy prawa materialnego (art 116 §1 Ordynacji podatkowej) to rozważania Sądu Apelacyjnego wypada rozpocząć od oceny trafności zarzutu obrazy prawa procesowego. Przestrzeganie bowiem przepisów prawa procesowego przez Sąd pierwszej instancji ma bowiem wpływ na prawidłowe ustalanie stanu faktycznego. Nie bez znaczenia jest też to, że tylko prawidłowo ustalony stan faktyczny może stanowić podstawę do oceny poprawności zastosowania prawa materialnego. Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku i nie jest w tym odosobniony, iż zarzut naruszenia prawa materialnego w zasadzie można skutecznie podnosić jedynie

wówczas, gdy nie kwestionuje się dokonanych przez Sąd pierwszej instancji ustaleń faktycznych. Zarzut naruszenia prawa materialnego winien być bowiem odnoszony do określonego stanu faktycznego - który skarżący akceptuje - a do którego to stanu faktycznego wadliwie zastosowano prawo materialne. Naruszenie zatem prawa materialnego nie może nigdy polegać na niezastosowaniu przepisów tego prawa do stanu faktycznego postulowanego przez apelację, którego to stanu Sąd orzekający nie przyjął za podstawę swego orzeczenia.

Przechodząc do podniesionego zarzutu obrazu prawa procesowego tj. zarzutu obrazu art. 233 k.p.c. (zapewne skarżący miał na myśli §1 tegoż artykułu) to poza sporem winno być, iż przepis art 233 §1 k.p.c., w utrwalonym orzecznictwie interpretowany jest w ten sposób, że wyraża on nakaz - nie doznający wyjątku, aby wyrażona ocena w aspekcie wiarygodności dokonana była na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału w sprawie oraz z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2002 r. IV CKN 1256/00 lex nr 80267 ; wyrok SN z dnia 26 stycznia 2000 r. III CKN 562/98 (...); postanowienie SN dnia 23 stycznia 2002 r. II CKN 691/99 LEX nr 54339, Prok.i Pr.-wkł. (...)). Sąd Okręgowy sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 233 § 1 k.p.c.; ocenił cały zebrany przez siebie w sprawie materiał dowodowy, dokonał jego wartościowania, a sama okoliczność, iż skarżący spodziewał się innej, korzystnej dla siebie oceny dowodów i tym samym ustalenia innego stanu faktycznego nie jest podstawą do stwierdzenia, że mamy do czynienia z wadliwą oceną dowodów przez Sąd pierwszej instancji. Zarzut przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów podniesiony w apelacji jest w istocie polemiką z oceną dowodów przeprowadzonych przez Sąd Okręgowy. Tymczasem ocena ta jak wspomniano wyżej mieści się w granicach wyznaczonych sądowi orzekającemu przez art. 233 § 1 k.p.c., który to przepis uprawnia sąd do oceny wiarygodności i mocy dowodów według własnego przekonania na podstawie wszechstronnego rozważenia materiału. Z jednej zatem strony sąd orzekający uprawniony jest do oceny tychże dowodów według własnego przekonania z drugiej natomiast sam jest zobowiązany do wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Uprawnienie sądu do oceny dowodów według własnego przekonania nie oznacza oczywiście dowolności w tej ocenie, bowiem poza sporem winno być, iż dokonując tej oceny sąd nie może ignorować zasad logiki, osiągnięć nauki, doświadczenia czy też wyciągać wniosków nie wynikających z materiału dowodowego. Dopuszczenie się obrazu art. 233 § 1 k.p.c. przez sąd może więc polegać albo na przekroczeniu granic swobody oceny wyznaczonej logiką, doświadczeniem, zasadami nauki albo też na nie dokonaniu przez sąd wszechstronnego rozważania sprawy. W tym drugim przypadku wyciągnięte przez sąd wnioski mogą być logiczne i zgodne z doświadczeniem życiowym, jednakże sąd czyni je w oparciu o część materiału dowodowego, a pozostałą część tego materiału, która pozwoliłaby na wyciągnięcie innych wniosków, pomija. Jak wspomniano swobodna ocena dowodów rozumiana jak wyżej jest prawem sądu orzekającego - stąd kontrola prawidłowości tej oceny dokonywana przez sąd odwoławczy musi być z reguły ostrożna, pamiętać bowiem należy o tym, iż sąd odwoławczy w tym zakresie dokonuje prawidłowości oceny dowodów, których sam nie przeprowadził. Podobna wykładnia art. 233 §1 k.p.c. była przedmiotem licznych orzeczeń Sądu Najwyższego (por. m.in. wyrok SN 27.09.2002 r. II CKN 817/00; wyrok SN z 16.04.2002 r. V CKN 1446/00; wyrok SN z 14.03.2002 r. IV CKN 859/00 i inne).

Jak wiadomo podstawę orzeczenia Sądu odwoławczego stanowi materiał dowodowy zebrany w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym, jeżeli Sąd odwoławczy uzupełnił ten materiał (art. 382 k.p.c.). Taki przypadek nastąpił w niniejszej sprawie, albowiem Sąd Apelacyjny skorzystał ze swoich uprawnień i dążąc do pełniejszego obrazu stanu faktycznego dopuścił z urzędu (art. 232 zd II k.p.c.) z zeznań świadka K. Z. (k.590v) , który był Prezesem Zarządu Spółki Z. po ustąpieniu z zarządu odwołujących się, jak też dopuścił dowód z informacji Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Zambrowie (k.579) nadal prowadzącego egzekucję przeciwko Spółce. Nadto Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z protokołu zajęcia ruchomości z dnia 13.02.2014 r. uwzględniając wniosku odwołujących się, na okoliczność prowadzenia przez Komornika również egzekucji z nieruchomości spółki. Oceniając powyższe dowody również w kontekście analizowanego zarzutu przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów - Sąd Apelacyjny jest zdania, iż uzupełniony materiał dowodowy potwierdza trafność ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego. W świetle bowiem informacji Komornika 30 grudnia 2014r. egzekucji z majątku nadal się toczy i aktualnie dotyczy ona nieruchomości oszacowanej na kwotę 12.622.466 zł , choć Komornik ma problem ze znalezieniem nabywcy mimo prób sprzedaży. Nieruchomość ta przynosi niewielki dochód z wynajmu jej części. Z protokołu zajęcia ruchomości z dnia 13.02.2014r. (k. 589) złożonego przez odwołujących wynika, iż egzekucja obejmuje też ruchomości o wartości

ponad ćwierć miliona, aczkolwiek w świetle oświadczenia pełnomocnika organu rentowego toczy się w odrębnym postępowaniu spór co własności tych rzeczy (k. 590v.) . Trzeba zważyć, iż podniesiony w apelacji zarzut procesowy nawiązuje i to ogólnie do aktualnego zadłużenia Spółki i aktualnego wartości jej majątku, który trudno jest obecnie zbyć, ale nie jest to niemożliwe, zważywszy na niedawne zbycie przez Komornika jednej z działek. Sąd Okręgowy i odwołujący słusznie wskazali, iż organ rentowy nie wykazał stanu bezskuteczności egzekucji, na moment wydawania zaskarżonych decyzji. Nie bez racji zauważa Sąd Okręgowy, iż decyzję tę wydano pośpieszenie bez prowadzenia egzekucji składek za okres objęty decyzjami z nieruchomości i bez wiedzy o efekcie drugiej licytacji wyznaczonej na 05.03.2013 r. Sam fakt, iż egzekucja toczy się już od wiele lat (od 2002 r.) nie przejawia bynajmniej za jej bezskutecznością.

Istnym dowodem w sprawie w kontekście braku winy odwołujących w niezgłoszeniu w odpowiednim czasie wniosku o upadłość było zeznanie świadka K. Z. (k.590v.) , który został Prezesem Zarządu Spółki po odwołujących się i który widział jeszcze wówczas realne szanse na uratowanie Spółki poprzez negocjacje z wierzycielami (ministrem Skarbu Państwa , ZUS Urzędem Skarbowym). Jak podał wszyscy udziałowcy twierdzili, iż za wszelką cenę trzeba ratować spółkę, a Starosta i Burmistrz realnie zapewniali, iż w momencie uzyskania wsparcia od Ministra Skarbu Państwa i ZUS tak samo postąpią ze swoimi wierzycielami. Świadek wskazał, iż wystąpienie o pomoc do Ministra Skarbu Państwa spowodowało uruchomienie długotrwałej procedury, co znacznie pogorszyło sytuację spółki, zwłaszcza, że utrzymywano załogę (140 osób) bo byłaby ona potrzebna do produkcji, gdyby doszło do oddłużenia. Zeznanie świadka, co do tego, iż w momencie obejmowania przez niego kierownictwa Spółką istniały jeszcze realne szanse na jej uratowanie Spółki, i taka była ówczesna ocena nie tylko jego, ale Ministra Skarbu Państwa nie są bezpodstawne. Jego zeznanie koresponduje przy tym z materiałem dowodowym zabranym w sprawie karnej w której świadka skazano (sprawa SR w Zambrowie II K 133/12) . W świetle akt tej sprawy (k.1-3, 7,) pracownicy, którzy zgłosili przeciwko K. Z. zawiadomienie o przestępstwie twierdzili, iż sytuacja w której winno nastąpić ogłoszenie upadłości wystąpiła w 2009, a zatem istniało powszechne przekonanie również wśród załogi, że w okresie wcześniejszym szanse na uratowanie Z. były realne. Zauważyć wypada, iż w świetle niepodważonych ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego w 2008 r. organ rentowy rozważał zasadność wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości spółki. W maju Oddział w B. zwrócił się o ocenę zasadności takiego wniosku do Centrali ZUS, która poleciła skonsultowanie się z innymi wierzycielami. Na pismo ZUS Naczelnik (...) Urzędu Skarbowego w czerwcu 2008 r. wystąpił z zapytaniem do Ministra Skarbu (właściciela ok 52% udziałów) celem wypowiedzenia się co do zgodności z interesem Państwa występowania o upadłość (...) S.A. w Z. i decyzję uzależnił od stanowiska Ministra Skarbu. W tym czasie zarząd podejmował istotne i realne działania restrukturyzacyjne i naprawcze. Były one wspierane przez władze samorządowe i Skarb Państwa. Doprowadziły do stworzenia (...) Parku (...) aktywizującego gospodarczo miasto Z.. Po uzyskaniu zgody Ministerstwa Rozwoju Regionalnego na dołączenie do parku przemysłowego kolejnej nieruchomości i dofinansowaniu spółki na kwotę 14,7 mln zł, działania te nie przyniosły skutku wobec negatywnego stanowiska ZUS co do zwolnienia nieruchomości z hipoteki (pismo Ministra Skarbu Państwa do Marszałka Sejmu z 08. 05.2009 r. k. 118 akt ZUS). Wniosek kierowany do ZUS o wyrażenie zgody na wykreślenie hipotek poparty był również kierowanymi do ZUS pismami Burmistrza Miasta Z. z 2009 r. Niestabilna sytuacja rynkowa spowodowała, że Ministerstwo Skarbu Państwa nie zgodziło się na pozytywne rozpatrzenie wniosku z 15.09.2010 r. o udzielenie pomocy na restrukturyzację na skutek czego zarząd 25.11. 2010 r. złożył wniosek o ogłoszenie upadłości. Zdaniem Sądu Apelacyjnego podobnie jak i Sądu pierwszej instancji dynamika sytuacji sprawiała, iż zarząd miał prawo widzieć realną szansę uratowania zakładu, zwłaszcza że członkowie zarządu z zakładem tym byli od wielu lat związani - a zgłoszenie wniosku o upadłość bez wyczerpania wszelkich możliwości uratowania zakładu, utrzymania produkcji i załogi trudno sobie wyobrazić, uwzględniając ówczesne realia Z.. Dopiero zablokowanie planów restrukturyzacyjnych zarządu przez ZUS w 2009 r. dawało podstawy do twierdzenia, iż upadłość spółki była nieunikniona.

Przypisanie odwołującym winy w niezgłoszeniu we właściwym czasie wniosku o upadłość było by w istocie przypisaniem im odpowiedzialności za „ politykę socjalną ” prowadzoną przez Państwo w szerokim rozumieniu tego słowa (Ministra Skarbu Państwa, Urząd Skarbowy, władze Powiatu (...), władze samorządowe a nawet po części sam ZUS) amortyzującą powolny upadek Spółki, tak aby nie nastąpiło zjawisko gwałtownego wzrostu bezrobocia w mieście już nim dotkniętym. Nie można nie dostrzegać, iż źródłem powstania Spółki był ekonomiczny upadek

Przedsiębiorstwa Państwowego (...) największego wówczas pracodawcy miasta, w wyniku czego powstała Spółka Przedsiębiorstwo (...) S.A. w Z. w 19.09.1996 r. Samo jej powstanie było efektem ugody bankowej, zgodnie z którą nowa spółka w 1997 r. kupiła Przedsiębiorstwo Państwowe (...) w Z. zaciągając na ten cel kredyt 5.000.000 zł, z którego spłacono postępowanie ugodowe. Spółka przejęła też długi przedsiębiorstwa. Akcje serii (...) zostały opłacone gotówką i objęte przez 234 pracowników, a akcje serii (...) objął Skarb Państwa poprzez zamianę wierzytelności Skarbu Państwa w kwocie 2.683.000 zł na 53.672 akcje imienne o wartości 50 zł. i cenie nominalnej 50 zł każda. Można zatem w istocie stwierdzić, iż sam proces przekształcenia bankrutującego Przedsiębiorstwa Państwowego w spółkę, w której Skarb Państwa był właścicielem większościowym z perspektywy czasu wydaje się być procesem powolnej likwidacji, bowiem nowa Spółka w istocie nigdy nie stanęła na nogi mimo niewątpliwych energicznych prób podejmowanych przez zarządy od momentu jej powstania. Nie bez znaczenia w tym zakresie na co wskazali w swoich zeznaniach odwołujący było kilka kryzysów w branży tekstylnej, stale pogarszających możliwości utrzymania się na rynku spółki - mimo sukcesywnego restrukturyzowania poprzez zmniejszania zatrudnienia oraz zmiany form działalności (produkcji na rzecz innych podmiotów). Całkowicie trafne w tych okolicznościach są rozważania Sądu Okręgowego, że odwołujący jako członkowie zarządu działali w bardzo nietypowych okolicznościach, w których dla oceny potrzeby zgłoszenia wniosku o upadłość koniecznym było uwzględnienie realnych szans otrzymania wsparcia od Państwa w szerokim rozumieniu tego słowa, co wnosilo do całej sprawy kontekst polityczno-społeczny obok ekonomicznego. Spółka była w dalszym ciągu istotnym pracodawcą na terenie Z., jego właścicielem większościowym był Skarb Państwa, Zgromadzenie Akcjonariuszy podejmowało uchwały o kontynuowaniu działalności spółki, w proces restrukturyzacyjny zaangażowane były władze samorządowe i rządowe. Członkowie zarządu mieli zatem prawo zakładać, iż istniały realne szanse na wyjście z krytycznej sytuacji i utrzymanie miejsc pracy i profilu działalności spółki po wyzbyciu się majątku, zwłaszcza, iż spółka od początku istnienia znajdowała się w niewiele lepszej sytuacji, a mimo udawało się jej kontynuować działalność, dzięki wsparciu władz państwowych i lokalnych. Sąd Apelacyjny podziela zatem w pełni dokonane przez Sąd ustalenia faktyczne, jako poczynione w sposób staranny i co najważniejsze w niniejszej sprawie szeroko i wszechstronnie opisujące kontekst w jakim przyszło skarżącym pełnić funkcje członków zarządu. Akceptacją ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego przesądza o tym, że podniesione zarzuty naruszenia prawa materialnego (obrazy art. 116 §1 Ordynacji podatkowej) nie są trafne. Skoro bowiem Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił brak bezskuteczności egzekucji na chwilę wydania decyzji oraz brak winy odwołujących w zgłoszeniu wniosku o upadłość we właściwym czasie, to do takich ustaleń prawidłowo zastosował prawo materialne.

Podzielanie przez Sąd Apelacyjny przytoczonej w uzasadnieniu Sądu Okręgowego argumentacji zarówno w zakresie rozważań dotyczących ustaleń faktycznych jak i wykładni przepisów prawa materialnego czyni zbędnym jej powtarzanie w tym miejscu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w S. zakres obowiązku podawania uzasadnienia może różnić się w zależności od rodzaju orzeczenia, i musi zostać określony w świetle okoliczności danej sprawy (por. R. T. przeciwko Hiszpanii, 9 grudnia 1994, § 29, Seria (...) nr 303 A; H. B. przeciwko Hiszpanii, 9 grudnia 1994r., § 27, Seria (...) nr 303-B; H. i Inni przeciwko Francji, 19 lutego 1998r., § 42, (...) 1998-I; oraz G. R. przeciwko Hiszpanii nr (...), § 26, (...) 1999-I). W sprawach, w których sąd odwoławczy oddala apelację wystarczającym może być nawet odwołanie się do uzasadnienia sądu niższej instancji (por. § 59-60 orzeczenia Trybunału z dnia 19 grudnia 1997r. Helle przeciwko Finlandii; §45 uzasadnienie orzeczenia Trybunału z dnia 20 marca 2012 r. D. przeciwko Polsce, skarga nr (...)).

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny na zasadzie art. 385 k.p.c. apelację oddalił.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 w zw. z § 6 pkt 7 i § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (Dz. U. z 2002 r. Nr 163, poz. 1349) zasądzając wynagrodzenie w jedną stawce łącznie dla wszystkich odwołujących.