

Sygn.akt III AUa 30/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 września 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku, III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący: SSA Marek Szymanowski (spr.)

Sędziowie: SA Teresa Suchcicka

SA Alicja Sołowińska

Protokolant: Agnieszka Charkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie 20 września 2017 r. w B.

sprawy z odwołania B. K. (1)

przy udziale zainteresowanej K. - (...) Sp. z o.o

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O.

o ustalenie odpowiedzialności za zaległości spółki z tytułu nieopłaconych składek

na skutek apelacji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O.

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie IV Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 3 listopada 2016 r. sygn. akt IV U 7254/14

I. **oddala apelację;**

II. **zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. na rzecz B. K. (1) kwotę 1350 (jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.**

SSA Teresa Suchcicka SSA Marek Szymanowski SSA Alicja Sołowińska

Sygn. akt III AUa 30/17

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 29 sierpnia 2014r. Nr (...) Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. stwierdził, że B. K. (1) ponosi odpowiedzialność jako prezes zarządu za zaległości z tytułu nieopłaconych składek spółki (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością za okres od grudnia 2008r. do kwietnia 2009r. w łącznej kwocie zadłużenia na dzień wydania zaskarżonej decyzji (29.08.2014r.) 10.812,68 zł na podstawie art. 116 ustawy Ordynacja Podatkowa z uwagi na fakt, że zaległość ta powstała w okresie pełnienia przez niego funkcji członka zarządu spółki.

W odwołaniu od wskazanej wyżej decyzji B. K. (1) wnosząc o jej „uchylenie w całości i orzeczenie co do istoty sprawy”. W uzasadnieniu wskazał, że zaprzecza ponoszeniu odpowiedzialności za zobowiązania spółki (...) we wskazanym decyzją okresie, bowiem po złożonej w dniu 23 listopada 2010r. rezygnacji zostały dopełnione wszelkie formalności i w dniu 30 czerwca 2011r. została podjęta uchwała Zgromadzenia Wspólników o zatwierdzeniu

sprawozdania finansowego spółki za rok 2010. Ze sporządzonego sprawozdania finansowego wynika, że sytuacja finansowa spółki była zadowalająca i nie zachodziła konieczność składania wniosku o upadłość w roku 2010. A zatem na datę zakończenia pełnienia funkcji członka zarządu spółki przez odwołującego sytuacja ekonomiczna spółki nie uzasadniała wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości lub zawarcia układu, gdyż podstawową przesłanką do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest sytuacja, gdy przedsiębiorca zaprzestał płacenia długów w stosunku do co najmniej dwóch wierzycieli, natomiast krótkotrwale wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności w stosunku do jednego wierzyciela nie stanowi podstawy do ogłoszenia upadłości (art. 1 § 1 i art. 2 Prawa upadłościowego). Podkreślił, że spółka w owym czasie regulowała swoje zobowiązania, a jej należności zawsze znacznie przewyższały zobowiązania. Te okoliczności wskazują, że sytuacja finansowa spółki w 2009r. nie stanowiła zagrożenia dla jej bytu. Odwołujący wskazał również, że w okresie powstania zaległości spółki wobec pozwanego spółka posiadała majątek – nieruchomości o znacznej wartości, z której pozwany mógł się zaspokoić. Jednakże z niezrozumiałych dla odwołującego przyczyn pozwany odstąpił od możliwości zaspokojenia swoich roszczeń wobec spółki i skierował bezpośrednio swoje roszczenie do członka zarządu, co narusza przepis art. 116 Ordynacji podatkowej. W ocenie odwołującego pozwany nie wykazał przesłanki bezskuteczności egzekucji wobec spółki i przedwcześnie oraz bezpodstawnie skierował swoje roszczenie do majątku odwołującego. Pozwany w niniejszej sprawie nawet nie wzywał do zapłaty spółki z tytułu nieopłaconych składek na rzecz pozwanego. Dodatkowo odwołujący wskazał, iż za nieopłacenie składek za okres od grudnia 2008r. do kwietnia 2009r., których dotyczy decyzja odpowiedzialność ponosi spółka Centrum Budowlane (...), (...) Spółka Jawna w S. na podstawie art. 112 ustawy Ordynacja podatkowa. Spółka ta nabyła bowiem od Spółki odwołującego zorganizowaną część przedsiębiorstwa w dniu 29 września 2009r., a nabywca w dniu nabycia wiedział o istnieniu zaległości podatkowych spółki na dzień przeniesienia prawa własności.

W postępowaniu prowadzonym przez ZUS odwołujący wskazał wyraźnie mienie spółki jak również osoby trzecie, które w sposób rażący dopuściły do powstania tych zaległości podatkowych, jednakże organ w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wskazał, że przeniesienie odpowiedzialności z tytułu zaległych składek K. - (...) na nabywców wskazanej nieruchomości nie jest przedmiotem postępowania prowadzonego przez ZUS.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika wniosł o oddalenie odwołania oraz wskazał, że w ocenie organu rentowego odwołanie nie jest zasadne, albowiem zgromadzony przez organ materiał faktyczny prowadzi do jednoznacznego wniosku, że odwołujący ponosi odpowiedzialność, o której mowa w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej ponieważ :

- 1) pełnił funkcje w zarządzie spółki w okresie, w którym zaległości składkowe stały się wymagalne,
- 2) przeciwko spółce prowadzone było postępowanie egzekucyjne zarówno przez organ rentowy jak również Naczelnika Urzędu Skarbowego zakończone postanowieniem o umorzeniu z powodu bezskuteczności egzekucji.

W ocenie pozwanego odwołujący ani w toku postępowania przedsądowego ani w odwołaniu nie przedstawił żadnych twierdzeń i dowodów, które mogłyby prowadzić do uwolnienia go od odpowiedzialności. W szczególności nie ma znaczenia dla odpowiedzialności odwołującego w ocenie strony pozwanej okoliczność, że w okresie powstania zaległości spółka nie miała kłopotów finansowych oraz posiadała majątek mogący być przedmiotem skutecznej egzekucji. Nie ma też takiego znaczenia to, że z uwagi na sprzedaż przedsiębiorstwa spółki odpowiedzialność konkurencyjną wobec odwołującego powinien ponosić także nabywca tego przedsiębiorstwa a organ rentowy ma obowiązek realizować tę odpowiedzialność wobec nabywcy a nie odwołującego. Pozwany podniósł, że dla zaistnienia tego typu odpowiedzialności bez znaczenia pozostaje fakt (w wypadku ziszczenia się warunków z art. 116 Ordynacji podatkowej), że również inne osoby przy spełnieniu się przesłanek z art. 112 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i 32 ustawy systemowej mogłyby być odpowiedzialne solidarnie ze Spółką z o.o. za jej zaległości składkowe.

Sąd Okręgowy w Olsztynie wyrokiem z dnia 3 listopada 2016 r. zmienił zaskarżoną decyzję i ustalił, że B. K. (1) nie ponosi odpowiedzialności za zaległości Spółki (...) Sp. z o.o. w S. z tytułu składek za okres od grudnia 2008

r. do kwietnia 2009 r. Orzekając o kosztach procesu zasądził od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. na rzecz wnioskodawcy B. K. (1) kwotę 2.400 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy w Olsztynie ustalił, iż (...) Spółka z o.o. z siedzibą w S. przy ulicy (...) rozpoczęła prowadzenie działalności gospodarczej i została zarejestrowana od dnia 16 maja 2007r. w Krajowym Rejestrze Sądowym. W okresie objętym zaskarżoną decyzją – od grudnia 2008r. do kwietnia 2009r. funkcję prezesa zarządu przy jednoosobowym zarządzie pełnił odwołujący B. K. (1) (ustalenia ZUS znajdujące się w aktach ZUS oraz pismo pełnomocnika wnioskodawcy z dnia 9 lipca 2015r. – k.48).

Z aktualnych danych zawartych w informacji z Krajowego Rejestru Sądowego wynika, że spółka nadal funkcjonuje i ma siedzibę pod dotychczasowym adresem, posiada również oddziały (k.127 akt sprawy).

W zaskarżonej decyzji łączna kwota do zapłaty z tytułu zaległości składowych na poszczególne ubezpieczenia wynosiła 10 812,68 złotych.

Kondycja (...) spółki (...) była zadowalająca na koniec 2008r. oraz na początku 2009r. i do kwietnia 2009r. (tj. w okresie objętym zaskarżoną decyzją). W omawianym okresie spółka nie miała innych dłużników poza ZUS, inne należności publicznoprawne (podatki) były płacone. W okresie kiedy B. K. (1) był prezesem zarządu spółki zgromadzenie wspólników zatwierdziło jego sprawozdanie z zarządu i udzieliło mu absolutorium. Na dzień 31 grudnia 2008r. kapitał własny spółki wynosił kwotę 247 022,78 złotych, mimo poniesionej straty za rok 2008 w wysokości 449 545,01 złotych. W latach 2008-2009 nie było kierowanych do spółki wezwań do zapłaty ze strony ZUS (zeznania B. K.).

Ponadto spółka w roku 2015 (w trakcie niniejszego postępowania sądowego) z osiągniętych przychodów pokryła część należności na rzecz ZUS z tytułu składek, co obrazuje tabela sporządzona przez świadka J. M. (1) i jednocześnie pełnomocnika B. K. występującego w tej roli w postępowaniu przed organem rentowym (zeznania świadka J. M. (1), sprawozdanie finansowe za rok 2008, deklaracje ZUS za łączny okres od listopada 2008r. do kwietnia 2009r., przelewy – k.35,36, k.57-66, zeznania odwołującego).

W okresie objętym decyzją nie było podstaw do ogłoszenia upadłości, spółka posiadała nieruchomości i liczne należności ściągalne, regulowała na bieżąco zobowiązania. Spółka zbywała wówczas nieruchomości w S. przy ul. (...) i mimo tego, że w efekcie nie uzyskiwała zapłaty z tytułu tej sprzedaży to odwołujący wskazywał w procesie, że pozwany może się zaspokoić z tego majątku w postępowaniu egzekucyjnym (ocena zawarta w odwołaniu oraz zeznaniach odwołującego i świadka J. M., akty notarialne dotyczące nieruchomości przy ul (...) w S. znajdujące się w aktach ZUS jak i treść KW Nr (...) z dnia 4.11.2014r.- k.6 akt sprawy oraz KW Nr (...) – k.7 akt sprawy).

Ostatecznie na dzień zamknięcia rozprawy po rozliczeniu konta płatnika składek – (...) Sp. z o.o. łączny dług spółki wynosi 6 101,01 złotych, w tym należność główna 3 733,01 zł. oraz odsetki obliczone na dzień wydania decyzji – 2 368 złotych (pismo pozwanego z dnia 22 czerwca 2016r. – k. 108).

Poza argumentacją stron procesu przedstawioną powyżej w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie ostatecznie spór w końcowej części postępowania dotyczył głównie tego, czy dokonywane przez płatnika składek – zainteresowaną spółkę w trakcie procesu wpłaty mają znaczenie dla rozpoznania odwołania od zaskarżonej decyzji, czy też z uwagi na to, że miały miejsce już po jej wydaniu, – przeciwnie nie powinny być brane przez sąd pod uwagę, skoro to zakres i treść zaskarżonej decyzji wyznacza również rozstrzygnięcie sądu ubezpieczeń społecznych (stanowiska stron zaprezentowane w ich pismach - k. 98 pismo pełn. pozwanego, k. 119-120 pismo pełn. wnioskodawcy).

Sąd Okręgowy wskazał, iż zgodnie z art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. nr 137, poz. 926 ze zm.) w zw. z art. 31 i 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. nr 137, poz. 887 ze zm.) - za zaległości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej w organizacji z tytułu składek odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, chyba że członek zarządu wykaże, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o

ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe), albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiły bez jego winy, bądź też wskaże mienie spółki, z którego egzekucja je umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 25 maja 2004r.- III AUa 1201/03 opubl. OSA 2005/1/3- który Sąd Okręgowy w Olsztynie podziela w całej rozciągłości warunkiem odpowiedzialności członka zarządu za zaległości składkowe spółki z o.o. jest wykazanie przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, że egzekucja do całego majątku spółki okazała się bezskuteczna i że zaległości składkowe powstały w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu przez daną osobę wskazaną jako tę, która winna odpowiadać za powstałe zaległości, oraz że nie zaistniały żadne okoliczności zwalniające ją od tej odpowiedzialności.

Ponadto w świetle wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 29.10.2015r., sygn. akt III AUa 860/15 w sprawach osobistej odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej za składki ubezpieczeniowe, których spółka ta nie uregulowała, na organie rentowym spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności pozytywnych, natomiast członek zarządu - aby uwolnić się od odpowiedzialności - powinien wykazać którąkolwiek z okoliczności negatywnych wskazanych w art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 613). Niewykonywanie wymagalnych zobowiązań pieniężnych czy też niepieniężnych powoduje, że dłużnik jest niewypłacalny w rozumieniu art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. prawo upadłościowe i naprawcze (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 233). Nieistotnym jest rozmiar niewykonywanych przez dłużnika zobowiązań. Trwałe zaprzestanie płacenia długów (art. 1 § 1 i art. 2 prawa upadłościowego) oznacza, że dłużnik nie tylko obecnie nie płaci długów, ale także nie będzie tego czynił w przyszłości z powodu braku niezbędnych środków.

W ocenie sądu całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wskazuje na to, że nie można uznać odpowiedzialności odwołującego w okresie objętym zaskarżoną decyzją z powodu niespełnienia wskazanych wyżej przesłanek wynikających z art. 116 Ordynacji podatkowej.

W art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej określone są bowiem – jak już wyżej wskazano zarówno przesłanki pozytywne odpowiedzialności członka zarządu spółki za zaległości spółki, jak i wyłączające taką odpowiedzialność.

Ciężar wykazania przesłanek pozytywnych w postaci pełnienia przez daną osobę obowiązków członka zarządu w czasie powstania zobowiązania, które przerodziło się w zaległość składkową, oraz bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce ciąży na ZUS, natomiast ciężar dowodu w zakresie istnienia uwalniających od tej odpowiedzialności - spoczywa na odwołującym.

Odwołujący w ocenie Sądu Okręgowego wykazał w procesie przesłanki uwalniające go od tej odpowiedzialności. Organ rentowy mimo tego, że wykazał przesłankę bezskuteczności egzekucji na pewnym etapie, co wynika z analizy akt składkowych dotyczących płatnika składek, to jednak nie wykazał w ostateczności tej przesłanki w sprawie niniejszej, skoro spółka reguluje aktualnie swoje zobowiązania, w tym w stosunku do ZUS. Ponadto nie wykazał, że w okresie objętym decyzją zaistniała konieczność zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania układowego (zadowalająca kondycja finansowa spółki – k.57 oraz zeznania świadka J. M. i strony). Jak również należy uznać, że odwołujący wskazał mienie, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości podatkowych w znacznej mierze – zważywszy na to, że łączna kwota z tytułu tej odpowiedzialności wskazana decyzją nie jest znacząca. W okresie trwania niniejszego postępowania – co omówiono powyżej spółka uregulowała znaczącą część tych zaległości.

Fakt, że pozwany może dokonać wyboru w zakresie tego od jakiego podmiotu będzie domagać się odpowiedzialności z tytułu zaległości składkowych, nie oznacza tym samym, że wskazanie mienia przez stronę „wybraną” przez organ jako zobowiązaną do uregulowania zaległości składkowych z tytułu tej odpowiedzialności nie uwalnia od niej zobowiązanego, skoro tak stanowi wskazany wyżej art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej.

Pozwany w ogóle nie rozważał, czy może się zaspokoić z mienia wskazywanego przez odwołującego (odpisy z ksiąg wieczystych k.6 i 7 akt sprawy).

Następnie należy rozważyć, czy słusznie organ podnosił (vide - pismo pełnomocnika pozwanego z dnia 9 czerwca 2016r. – k.98 akt sprawy), że dla kwestii odpowiedzialności odwołującego pozostaje bez znaczenia fakt dokonywania wpłat przez spółkę w okresie trwania niniejszej sprawy. Zasadą jest bowiem, że sąd ocenia legalność decyzji organu rentowego według stanu rzeczy istniejącego w chwili jej wydania.

Sąd Okręgowy podzielił jednakże na tle stanu faktycznego sprawy niniejszej stanowisko prezentowane w tym względzie przez odwołującego (vide – pismo pełnomocnika odwołującego z dnia 1 września 2016r. – k.119-120).

Zasadniczym bowiem celem wydania decyzji przenoszącej odpowiedzialności za zaległości składkowe spółki na członka zarządu spółki kapitałowej jest zabezpieczenie roszczeń wierzycieli, a zatem skoro wierzyciel może uzyskać (uzyskuje) zabezpieczenie swoich roszczeń bezpośrednio od spółki (działając oczywiście w tym względzie również w interesie ubezpieczonych), to jego roszczenia kierowane bezpośrednio do członka zarządu spółki jest nieuzasadnione.

W ocenie sądu – wbrew stanowisku pozwanego, można znaleźć podobieństwa w dochodzeniu roszczeń w stosunku do członków zarządu spółki kapitałowej z art. 299 k.s.h. i z art. 116 Ordynacji podatkowej.

Zasadnie strona odwołująca wskazała, że organ nie wykazał przesłanek odpowiedzialności odwołującego, a w szczególności nie wykazał, aby egzekucja względem spółki była bezskuteczna, w sytuacji, gdy spółka dokonuje wpłat, wykonuje usługi, osiąga z tego tytułu przychody, posiada środki finansowe, a więc egzekucja przeciwko spółce jest możliwa. Z zeznań świadka J. M. (1) i zeznań samego odwołującego wynika, że w okresie pełnienia przez odwołującego funkcji prezesa zarządu, a przede wszystkim w okresie objętym zaskarżoną decyzją nie zachodziły przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, a spółka posiadała znaczny majątek. Sąd dał wiarę zeznaniom tych osób, albowiem mają one pokrycie w dokumentach.

W tej sytuacji - rzeczywiście skoro spółka uregulowała całą należność główną na poszczególne ubezpieczenia wynikające z decyzji – to nie można mówić o odpowiedzialności odwołującego w ogólności z tytułu zaległości składkowych spółki w okresie objętym decyzją, bo nie można przenieść odpowiedzialności na członka zarządu spółki w takiej sytuacji, która to odpowiedzialność jest odpowiedzialnością następczą w stosunku do odpowiedzialności płatnika składek (spółki kapitałowej), a w związku z tym i o należnych odsetkach.

Mając na uwadze wszystkie wyżej wymienione okoliczności, zaskarżona decyzja organu rentowego podlegała zmianie, dlatego orzeczono jak w sentencji z mocy art. 477¹⁴§ 2 k.p.c. w pkt. I wyroku. W pkt. II sąd orzekł o zwrocie kosztów zastępstwa procesowego od pozwanego na rzecz wnioskodawcy z mocy art. 98 § 1 KPC, tj. mając na uwadze wynik sporu oraz wartość przedmiotu sporu (§ 6 pkt 5 rozp. Min.Spr. z 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu Dz.U. z 2003r. Nr 97, poz. 401 ze zm.) oraz mając na uwadze datę wpływu odwołania do sądu.

W wywiedzionej od tego wyroku apelacji organ rentowy zaskarżył go w całości i za całości i zarzucam:

I. sprzeczność istotnych ustaleń z materiałem dowodowym sprawy przez:

1. ustalenie przez Sąd I instancji, iż w toku postępowania została spłacona cała należność główna zadłużenia płatnika składek (uzasadnienie wyroku, s. 8, II akapit), podczas gdy z rozliczenia konta płatnika wynika, że do spłaty tytułem należności głównej pozostaje kwota 3.733.01 zł (akta, k.108),

2. ustalenie przez Sąd I instancji, iż w toku postępowania została spłacona znacząca część zadłużenia płatnika składek (uzasadnienie wyroku, s. 7, in principio), podczas gdy z porównania wysokości zadłużenia na dzień wydania decyzji (10.812,68 zł) oraz wysokości zadłużenia po wpłatach (6.101,01 zł) nie sposób stwierdzić, że spłata miała charakter znaczący,

3. ustalenie przez Sąd I instancji, iż organ rentowy nie rozważał, czy może się zaspokoić z mienia wskazywanego przez odwołującego w postaci nieruchomości opisanych w księgach wieczystych Kw OLI (...) i Kw OLI (...) (uzasadnienie, s. 7, II akapit), podczas

gdy organ rentowy już w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że wskazane nieruchomości należą do Centrum Budowlanego (...), Żywica sp.j, a tym samym w ogóle nie mogą być traktowane jako mienie płatnika w rozumieniu art. 116 par. 1 pkt 2 ord.pod.,

4. ustalenie przez Sąd I instancji na podstawie zeznań świadka i odwołującego, że w okresie pełnienia przez odwołującego funkcji członka zarządu nie zachodziły przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości (uzasadnienie, s. 4, II akapit; s. 7, in fine), podczas gdy z sprawozdań finansowych spółki za rok 2008 strata wynosi 449.000 zł, zaś za rok 2009 - 185.000 zł,

5. ustalenie przez Sąd I instancji, że odwołujący wskazał mienie, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości składkowych w znacznej mierze, podczas gdy z zebranego materiału dowodowego nie wynika, żeby płatnik takie mienie posiadał; w szczególności ustalenia tego nie może uzasadniać fakt, iż w 2015 r. pełnomocnik płatnika J. M. (1) dokonał częściowej spłaty zaległości płatnika poprzez wpłaty gotówkowe na rachunek organu rentowego, ponieważ nie ma żadnego dowodu, iż na rachunku lub w kasie płatnika znajdują się jakiegokolwiek sumy pieniężne, albowiem przedstawiony przez w/w pełnomocnika pokwitowanie dowodu wpłaty w dniu 30.06.2015 r. do kasy płatnika 10.000 zł nie jest opatrzone żadną pieczęcią ani podpisem; nadto pokwitowanie to zostało przedłożone jako załącznik do pisma datowanego na 20.05.2015 r. a zatem po prawie roku czasu od rzekomej wpłaty,

6. ustalenie przez Sąd I instancji, iż wpłaty dokonywane w toku postępowania przez J. M. (1) były dokonywane w imieniu płatnika i były dokonywane z jego środków, podczas gdy nie ma na to żadnych dowodów poza pokwitowaniami dowodów wpłat, z których treści nie wynika, że wpłaty te były dokonywane w imieniu i ze środków płatnika.

II. naruszenie art. 233 k.p.c. przez ustalenie na podstawie dowodu z zeznań świadka oraz z przesłuchania odwołującego, że sytuacja finansowa płatnika w okresie pełnienia przez odwołującego funkcji członka zarządu nie uzasadniała złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, podczas gdy ustalenie takie powinno być dokonane na podstawie dowodu z opinii biegłego sądowego mającego wiadomości specjalne z zakresu finansów.

III. naruszenie art. 116 par. 1 Ordynacji przez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na:

1. przyjęciu przez Sąd I instancji, że organ rentowy nie wykazał przesłanki bezskuteczności egzekucji, w sytuacji, gdy płatnik dokonuje w toku postępowania wpłat i posiada środki finansowe, podczas gdy jest poza sporem - co stwierdza także Sąd Okręgowy - iż na dzień wydania decyzji przesłanka ta została spełniona,

2. przyjęciu przez Sąd I instancji, że ciężar dowodu wykazania przesłanek egzoneracyjnych spoczywa na organie rentowym, podczas gdy z utrwalonego orzecznictwa SN wynika, że ciężar ten spoczywa na członku zarządu,

3. przyjęciu przez Sąd I instancji, że odwołujący wykazał istnienie przesłanki egzoneracyjnej w postaci braku obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości płatnika,

4. przyjęciu przez Sąd I instancji, że odwołujący wykazał istnienie przesłanki egzoneracyjnej w postaci wskazania mienia, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości składkowych w znacznej mierze.

Wskazując na powyższe apelacja wnosi o zmianę zaskarżonego wyroku w całości przez oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz organu rentowego kosztów postępowania za I instancję według norm przepisanych, ewentualnie zmianę zaskarżonego wyroku w części przez zmianę decyzji i ustalenie odpowiedzialności odwołującego w aktualnej wysokości oraz rozstrzygnięcie o kosztach procesu według norm przepisanych. Nadto apelacja wnosiła o zasądzenie od odwołującego na rzecz organu rentowego kosztów postępowania za II instancję według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja podlegała oddaleniu

Jak wiadomo zgodnie z art. 31 ustawy z dnia 13.10.1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2015r. , poz.121. j.t. ze zm.), szczegółowo wymienione w nim przepisy ustawy z dnia 29.08.1997 Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2012 r. poz. 749) stosuje się odpowiednio do należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, a na podstawie art. 32 - także do składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Stosownie do art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej w organizacji odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu:

1) nie wykazał, że:

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

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

2) nie wskazuje mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części. Odpowiedzialność członków zarządu obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu. 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.

Bezskuteczność egzekucji jest rozumiana jako brak możliwości przymusowego zaspokojenia wierzyciela publicznoprawnego, podczas wszczętej i przeprowadzonej przez organ egzekucyjny egzekucji, skierowanej do majątku spółki (por: 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.

Istotne w sprawie w kontekście powołanych przepisów prawa materialnego było poczynienie przez Sąd Okręgowy ustaleń w zakresie tego, czy istniały w okresie pełnienia przez odwołującego funkcji członka zarządu przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, bowiem brak po temu przesłanek zwalniał go z subsydiarnej odpowiedzialności za objęte decyzją składki. W zakresie ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego apelacja co do tego faktu poczyniła zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. przez ustalenie na podstawie dowodu z zeznań świadka oraz z przesłuchania odwołującego, że sytuacja finansowa płatnika w okresie pełnienia przez odwołującego funkcji członka zarządu nie uzasadniała złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, podczas gdy ustalenie takie powinno być dokonane

na podstawie dowodu z opinii biegłego sądowego mającego wiadomości specjalne z zakresu finansów. Przechodząc do podniesionego zarzutu obrazy prawa procesowego tj. zarzutu obrazy 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.-wkl. (...)). Sąd Okręgowy sprostował 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 obrazy 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 się zdaje choć wyraźnie tego nie wskazano, to apelacja zdaje się wskazywać, iż Sąd Okręgowy powinien w zakresie ustalenia tego czy zachodziły przesłanki ogłoszenia upadłości dopuścić dowód z opinii biegłego i to z urzędu, co może wskazywać, iż skarżący wskazuje na zarzut obrazy art. 278 §1 k.p.c. w zw. 232 zd. II k.p.c. Tak rozumiane zarzuty także nie są trafne, nie jest zawsze bowiem koniecznym to aby oceny czy istniały przesłanki do zgłoszenia wniosku o upadłość oceniane były w oparciu o opinię biegłego, nie zawsze bowiem konieczne jest do poczynienia ustaleń w tym zakresie posiadanie wiadomości specjalnych. W świetle nie zakwestionowanych ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego ZUS był jedynym niespokojnym wierzycielem w tym czasie, a sama kwota zaległości z tego tytułu była relatywnie nieznaczna. W sytuacji zatem gdy spółka (...) dalej istnieje i doszło nawet do częściowej spłaty zobowiązania objętego decyzją trudno przyjąć, iż koniecznym w sprawie było dopuszczanie dowodu z opinii biegłego, którego koszt przeprowadzenia zbliżony byłby zapewne do sumy nieuiszczonych składek. Również sugerowana w apelacji możliwość dopuszczenia przez Sąd pierwszej dowodu z opinii biegłego z urzędu nie daje podstaw do czynienia Sądowi zarzutu obrazy art. 232 zd. II k.p.c. Art. 232 zd. II k.p.c. nie może być rozumiany w taki sposób, iż to Sąd ma przejąć na siebie ciężar dowodu obciążający stronę. Prawidłowe rozumienie tego przepisu winno być takie, że zasadą ustanowioną w zdaniu pierwszym tego przepisu jest to, że to strony obowiązane są wskazać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Wyjątek od tej zasady wprowadza drugie art. 232 k.p.c. które zezwala Sądowi na dopuszczenia dowodu wskazanego przez strony. W orzecznictwie dopuszczenie dowodu z urzędu jest rozumiane jako możliwość (uprawnienie) a nie jako obowiązek, tylko w bardzo wyjątkowych sytuacjach ta możliwość Sąd przekształca się w jego obowiązek, gdy Sąd dochodzi do wniosku, że zebrany materiał dowodowy jest niewystarczający do rozstrzygnięcia sprawy, a strona nie potrafi sama sformułować stosowanego wniosku dowodowego (por. wyrok SN z 11 lipca 2000 r. VCKN 406/00 Lex 52321; wyrok SN z dnia 24 czerwca 1998 I PKN 194/98, OSNP 1999/13/425; postanowienie SN z 29 sierpnia 2000 r. I CKN 629/00 Lex 530679; wyrok SN z

17 lutego 1998 r. I PKN 541/97, OSNP 1999/3/82; wyrok SN z 25 listopada 1998r. II UKN 327/98, OSNP 2000/1/37 i inne). Wypada też zauważyć, iż kontradiktoryjność postępowań prowadzonych w oparciu o Kodeks postępowania cywilnego sprawia, że czynności dowodowe podejmowane przez Sąd z urzędu nie rzadko narażają Sąd na zarzut stronniczości, co nie jest pozbawione racji. Zważyć należy bowiem, iż art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.) gwarantuje każdej ze stron postępowania sądowego prawo bezstronnego i niezawisłego Sądu.

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 wyroku Sądu Apelacyjnego z uzasadnieniem z dnia 23 września 2009 r. I ACa 312/09, który to dowód w istocie wzmacnia argumentację Sądu Okręgowego, iż nie istniały przesłanki do złożenia wniosku o upadłość. Jak ustalił bowiem Sąd Okręgowy w okresie objętym decyzją nie było podstaw do ogłoszenia upadłości, bowiem spółka posiadała nieruchomości i liczne należności ściągalne oraz regulowała na bieżąco zobowiązania. Spółka zbywała wówczas nieruchomości w S. przy ul. (...) i mimo tego, że w efekcie nie uzyskała zapłaty z tytułu tej sprzedaży, to nieruchomości ta ma znaczenie w kontekście przesłanek zgłoszenia wniosku o upadłość. Przedmiotowy wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 23 września 2009 r. I ACa 312/09 dotyczy właśnie przedmiotowej nieruchomości formalnie należącej do spółki "O. - (...)", która w świetle KRS (k.127) była oddziałem spółki (...). W świetle ustaleń Sądu Apelacyjnego poczynionych w sprawie I ACa 312/09, istota sporu sprowadzała się do tego, iż spółka (...) odmawiała wykonania umowy przedwstępnej sprzedaży prawa użytkowania wieczystego działki i własności budynków domagając się podwyższenia umówionej wcześniej ceny z 350.000 zł do 550.000 zł. Oznacza to, iż mimo osiągniętej ostatecznie straty z rok 2009 (zaległe składki obejmują okres od grudnia 2008r. do kwietnia 2009r.) w istocie spółka posiadała nieruchomości o istotnej wartości, którą utraciła dopiero w wykonaniu wyroku Sądu Apelacyjnego, niekorzystnego dla spółki. Powyższa okoliczność potwierdza też wiarygodność zeznań świadka J. M. (1) (k.29) który podał, iż ostatecznie dowiedzieli się o przeniesieniu prawa do przedmiotowej nieruchomości w czerwcu 2010r. kiedy doszło do jednostronnego aktu notarialnego (wyrok SA w Białymstoku zastępował oświadczenie woli (...)). Nadto świadek wskazał, iż udziałowiec spółki (...) zobowiązał się udzielić spółce pożyczki w kwocie 500.000 zł czego, do czego ostatecznie nie doszło, w tym czasie spółka miała też wiarygodność u osób trzecich. Ze zeznań samego B. K. (1) (k 38v.) wynika, iż nie miał on nawet świadomości, iż jakieś zobowiązanie ZUS nie zostało niepokryte, bo jak dostawał wykaz wierzycieli w stosunku do spółki to ZUS tam nie było.

Wszystko co wyżej uwypuklono - przy uwzględnieniu, iż przedmiotowa decyzja dotyczy zaległości składkowych za okres od grudnia 2008r. do kwietnia 2009r. w łącznej kwocie zadłużenia na dzień wydania zaskarżonej decyzji 10.812,68 zł, z czego w toku postępowania dokonano częściowej spłaty przez nadal funkcjonującą spółkę, co zmniejszyło objęte decyzją zobowiązanie do 6.101,01 złotych, w tym należność główna 3 733,01 zł oraz odsetki obliczone na dzień wydania decyzji - 2 368 złotych (pismo ZUS z dnia 22 czerwca 2016r. - k. 106) - zdaniem Sądu Apelacyjnego potwierdza ustalenia Sadu Okręgowego i jego ocenę prawną dokonaną w sprawie. W szczególności dotyczy tego, iż doszło do egzoneracji odwołującego, który wykazał, iż w okresie pełnienia funkcji prezesa spółki (członka zarządu) nie zachodziły podstawy do ogłoszenia upadłości. Nadto skoro odpowiedzialność członka zarządu odpowiedzialnością jest subsydiarną i ma charakter wyjątkowej odpowiedzialności osoby trzeciej za zobowiązania innego podmiotu, to przepisy dotyczące takiej odpowiedzialności muszą być wykładane niezwykle ściśle. Oznacza to zaś między innymi, iż przy relatywnie niewielkiej kwocie zobowiązania, spłacanego przez spółkę wątpliwe jest wykazanie przez organ bezskuteczności egzekucji w stosunku do nadal prowadzącej działalność spółki.

Przyjęcie przez Sąd Okręgowy trafnego ustalenia, iż odwołujący się wykazał, iż w okresie pełnienia funkcji członka zarządu nie istniały przesłanki do zgłoszenia wniosku o upadłość w okolicznościach niniejszej sprawy - czyni bezprzedmiotowym czynienie dalszych ustaleń faktycznych, bowiem już ta przesłanka zwalnia odwołującego się z odpowiedzialności za zobowiązania spółki. W konsekwencji powyższego nie doszło też do naruszeń prawa materialnego w szczególności zarzuconej obraży art. 116 §1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2012 r. poz. 749).

W tym stanie rzeczy apelacja organu rentowego podlega oddalaniu na zasadzie art. 385 k.p.c.

O kosztach procesu za drugą instancję orzeczono na zasadzie art. 98 §1 k.p.c. w zw. §2 pkt 4 i §10 ust.1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. 2015 r., poz. 1800 z zm) przyjmując za podstawę obliczenia wartość przedmiotu sporu w kwocie 6.101,01 złotych, tj. po uwzględnieniu dokonanej w toku częściowej jego spłaty.