

Sygn.akt III AUa 179/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 czerwca 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku, III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący: SSA Dorota Elżbieta Zarzecka (spr.)

Sędziowie: SA Barbara Orechwa-Zawadzka

SA Alicja Sołowińska

Protokolant: Edyta Katarzyna Radziwińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2018 r. w B.

sprawy z odwołania W. S.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O.

o ustalenie braku odpowiedzialności członka zarządu spółki za zobowiązania z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych

na skutek apelacji wnioskodawcy W. S.

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie IV Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

z dnia 20 grudnia 2017 r. sygn. akt IV U 1164/15

I. oddala apelację,

II. zasądza od W. S. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. 1800 (jeden tysiąc osiemset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za II instancję.

SSA Barbara Orechwa-Zawadzka SSA Dorota Elżbieta Zarzecka SSA Alicja Sołowińska

Sygn. akt III AUa 179/18

UZASADNIENIE

Decyzją z 8 maja 2015 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. ustalił odpowiedzialność W. S. za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) w N. z tytułu nieopłaconych składek w łącznej kwocie 22.282,36 zł. Organ rentowy wskazał, że W. S. jako prezes zarządu spółki, odpowiada całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki powstałe z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia, w tym na: - ubezpieczenia społeczne za okresy: 12.2009 r. - 02.2012 r., 10.2012 r. - 01.2013 r. w łącznej kwocie 16.594,19 zł, w tym: należność główna w kwocie 11.139,59 zł, należne odsetki za zwłokę naliczone na dzień 08.05.2015 r. w kwocie 5.333,00 zł oraz koszty egzekucji w kwocie 121,60 zł, - ubezpieczenie zdrowotne za okres 12.2009 r. - 02.2012 r. w łącznej kwocie 4.268,92 zł w tym: należność główna w kwocie 2.851,12 zł, należne odsetki za zwłokę naliczone na dzień 08.05.2015 r. w kwocie 1.382,00 zł oraz koszty egzekucji w kwocie 35,80 zł, - Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres 12.2009

r. - 02.2012 r., 10.2012 r. w łącznej kwocie 1.419,25 zł w tym: należność główna w kwocie 936,45 zł, należne odsetki za zwłokę naliczone na dzień 08.05.2015 r. w kwocie 453,00 zł oraz koszty egzekucji w kwocie 29,80 zł.

Odwołanie od tej decyzji złożył W. S., który wniósł o jej uchylenie. Wskazał, że nie powinien ponosić odpowiedzialności za zobowiązania spółki, gdyż w okresie pełnienia funkcji prezesa zarządu brak było możliwości i podstaw do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Podkreślił, że powyższe okoliczności wykaże w postępowaniu sądowym.

W odpowiedzi na odwołanie organ rentowy domagał się jego oddalenia oraz zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Wniósł o dopuszczenie dowodu z akt postępowania egzekucyjnego w sprawie SP KM 232/07 na okoliczność bezskuteczności egzekucji z majątku P.P.H. (...) Sp. z o. o. w N.. W uzasadnieniu podniósł, że w okresie pełnienia przez skarżącego funkcji członka zarządu spółki powstały zaległości składkowe, a wyegzekwowanie istniejącego zobowiązania okazało się niemożliwe. ZUS wskazał, że bezskuteczność egzekucji z majątku spółki została potwierdzona postanowieniem komornika sądowego przy Sądzie Rejonowym w Olsztynie z 10 września 2008 r. o umorzeniu postępowania egzekucyjnego. Zatem w przedmiotowej sprawie zachodziła przesłanka bezskuteczności egzekucji. Zdaniem ZUS nie zaistniała również żadna z przesłanek wyłączających odpowiedzialność członka zarządu. Skarżący nie wykazał aby wniosek o upadłość został złożony w odpowiednim czasie, co więcej, taki wniosek nie został w ogóle złożony, ponadto nie wykazał również żadnego majątku spółki, z którego egzekucja umożliwiałaby zaspokojenie zaległości w znacznej części. W podsumowaniu wskazał, że wniosek o ogłoszenie upadłości może być uznany za zgłoszony we właściwym czasie, gdy wykazane zostało, iż zgłaszając go zarząd spółki uczynił wszystko, by nie dopuścić do zniweczenia celu postępowania upadłościowego przez stworzenie sytuacji, w której niektórzy wierzyciele są zaspokajani kosztem innych.

Wyrokiem z 20 grudnia 2017 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie oddalił odwołanie i zasądził od W. S. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. 2.400 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd ten ustalił, że (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w N. powstała na podstawie umowy spółki z 03.07.1990r. sporządzonej przez notariusza R. Z., rep. A (...)i zarejestrowana w Rejestrze Handlowym dział B pod numerem (...). W dniu 23 maja 2005r. podmiot został przerejestrowany do Krajowego Rejestru Sądowego – rejestru przedsiębiorców (KRS (...)). Jedynym wspólnikiem spółki, będącym również jedynym członkiem jej zarządu, pełniącym funkcję prezesa pozostawał W. S.. Zawiadomieniem z 11 marca 2015 r. (...) Oddział w O. poinformował W. S. o wszczęciu postępowania wyjaśniającego w sprawie przeniesienia na prezesa zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) z siedzibą w N. odpowiedzialności za wymienione zaległości z tytułu nieopłaconych przez spółkę składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Na podstawie zebranych materiałów i dowodów w sprawie, w szczególności dokumentów zgromadzonych w aktach rejestrowych KRS nr (...), Zakład Ubezpieczeń Społecznych stwierdził, że wystąpiły przesłanki z art. 116 Ordynacji podatkowej stanowiące podstawę do stwierdzenia odpowiedzialności członka zarządu za zobowiązania spółki. W okresie bowiem kiedy upływał termin płatności należności z tytułu składek pełnił on jednoosobowo funkcję prezesa zarządu (...) sp. z o. o. Bezskuteczność egzekucji z majątku spółki została potwierdzona postanowieniem Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Olsztynie z 10 września 2008 r., sygn. akt SO KOM 232/07. Ponadto, przeciwko spółce toczyły się postępowania egzekucyjne, które były umarzone wobec stwierdzenia bezskuteczności egzekucji. Dotyczyło to spraw z wniosku wierzycieli: - Agencji Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w O. – sygn. akt III Km 1773/06, postanowienie o umorzeniu z 17 grudnia 2007 r., - Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. - sygn. akt III Km 1797/06, postanowienie o umorzeniu z 19 grudnia 2007 r., - P.P.U.H. (...) sp. z o.o. – sygn. akt SP Km 370/07, postanowienie o umorzeniu z 9 października 2009 r., - Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. - sygn. akt III Km 1441/06, postanowienie o umorzeniu z 19 grudnia 2007 r., - Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego – sygn. akt III Km 1847/03 postanowienie o umorzeniu z 19 czerwca 2007 r. W konsekwencji zaskarżoną decyzją z 8 maja 2015 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych ustalił odpowiedzialność W. S. za zobowiązania Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...)w N. z tytułu nieopłaconych składek w łącznej kwocie 22.282,36 zł.

Sąd Okręgowy wskazał, że spółka we wcześniejszym okresie prowadziła działalność ubojową oraz rolną, związaną z uprawą ziemi. W latach 2007-2008 toczyła spór sądowy z Agencją Nieruchomości Rolnych (ANR) o odzyskanie ziemi, który przegrała. Na podstawie ugody z 3 kwietnia 2015 r., w sprawie I C 1042/14 zawartej przed Sądem Rejonowym w Olsztynie I Wydziałem Cywilnym zobowiązała się zapłacić ANR w O. 35.343,88 zł. W okresie dotyczącym zobowiązań składkowych objętych zaskarżoną decyzją, to jest od września 2009 r. do stycznia 2013 r. spółka znajdowała się u schyłku działalności ubojowej i wynajmowała pomieszczenia firmy – magazyny i stodoły. Nie regulowała już wówczas należności wobec ZUS i Urzędu Skarbowego, jedynie bieżące opłaty za media (woda, energia elektryczna). Od stycznia 2013 r. spółka nie zatrudniała żadnych pracowników. Spółka nie opłaciła swoich wymagalnych zobowiązań już 16 maja 2005 r., biorąc pod uwagę stan przeterminowanych zobowiązań wobec ZUS, spółka osiągnęła stan niewypłacalności 16 czerwca 2005 r. Wówczas to nastąpiło trwale, całkowite zaprzestanie spłaty zobowiązań. W 2005 r. spółka nie opłaciła wymagalnych zobowiązań wobec ZUS za kwiecień i maj w pełnych wysokościach, zaś w pozostałych miesiącach składki nie zostały opłacone w całości. Wysokość nieopłaconych składek w 2005 r. (od maja) wyniosła 5.869, 50 zł. W latach 2007-2013 sytuacja ekonomiczna spółki ulegała systematycznemu pogorszeniu. W kolejnych miesiącach działalności spółka również zalegała z zapłatą należności wobec organu rentowego, przez co zadłużenie wzrastało. Wartość majątku zaangażowanego w spółkę od 2009 r. spadała, a wyraźne obniżenie nastąpiło w 2013 r. z 363 tys. zł do 20 tys. zł. Głównym zobowiązaniem spółki były należności z tytułu dostaw i usług. Od 2010 r. znaczącą pozycję zaczynały mieć zobowiązania z tytułu podatków, cel i ubezpieczeń. W okresie do 2012 r. spółka dysponowała znacznym majątkiem ogółem (głównie środki trwałe). Majątek księgowy spółki z lat 2007-2012 przewyższał wartość zobowiązań. Natomiast według stanu na 31 grudnia 2013 r. zobowiązania przekraczały księgową wartość majątku ogółem spółki, a z jej majątku można było pokryć tylko 12% zobowiązań. W latach 2008-2013 z wiarytelności spółki możliwa była spłata tylko niewielkiej części zobowiązań, a środki pieniężne pozwalały uregulować tylko ułamek procenta zobowiązań (0,2%). Do końca grudnia 2012 r. kapitał własny spółki był dodatni, a więc wartość majątku spółki był wyższy niż zobowiązania spółki. Dopiero na koniec 2013 r. kapitał ten był ujemny (- 142 tys. zł), czyli wartość księgową majątku firmy była niższa od zobowiązań. Z jej majątku nie można byłoby spłacić wszystkich zobowiązań. Wnioskodawca na rozprawie w dniu 19 grudnia 2017 r. wskazał, że spółka posiadała wiarytelności pozwalające na zaspokojenie roszczeń ZUS. Wymienił kilku kontrahentów, od których mogła domagać się zapłaty. Dodał, że w przeszłości były prowadzone egzekucje wobec dłużników spółki i została odzyskana jedynie część należności. Co do swojego stanu zdrowia wyjaśnił, że cierpi na genetyczne dolegliwości dyskopatyczne, które ujawniają się kilka razy w roku. Generalnie jednak mimo swojego wieku, jest osobą dość sprawną i operatywną.

Sąd Okręgowy wskazał, że odpowiedzialność za zobowiązania podatkowe (składkowe) normuje ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 613 ze zm.), do której odsyła przepis art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 121 ze zm.), w brzmieniu na dzień wydania decyzji. Zgodnie z jego treścią, do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio między innymi art. 116, art. 116a, art. 117, art. 118 § 1 i 2 oraz art. 119 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa. W myśl art. 32, do składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, na ubezpieczenie zdrowotne w zakresie: ich poboru, egzekucji, wymierzania odsetek za zwłokę i dodatkowej opłaty, przepisów karnych, dokonywania zabezpieczeń na wszystkich nieruchomościach, ruchomościach i prawach zbywalnych dłużnika oraz stosowania ulg i umorzeń stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące składek na ubezpieczenia społeczne. Zgodnie z art. 107 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa, w przypadkach i w zakresie przewidzianych w niniejszym rozdziale za zaległości podatkowe podatnika odpowiadają całym swoim majątkiem solidarnie z podatnikiem również osoby trzecie. Jeżeli dalsze przepisy nie stanowią inaczej, osoby trzecie odpowiadają również za odsetki za zwłokę od zaległości podatkowych oraz koszty postępowania egzekucyjnego (art. 107 § 2 pkt 2 i 4 Ordynacji podatkowej). Art. 116 § 1 stanowi, że za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością 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 albo wszczęto postępowanie układowe albo b) niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło bez jego winy, 2) nie wskazuje mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części. W myśl § 2 art. 116 odpowiedzialność członków

zarządu, określona w § 1, obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu. Zawarte w treści art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej przesłanki odpowiedzialności osoby trzeciej za zaległości składkowe spółki z o.o. wymagają stwierdzenia przez ZUS, że nie nastąpiło dobrowolne wykonanie zobowiązania, co prowadzi do konieczności jego przymusowej realizacji i jednoczesnego ustalenia przez organ ubezpieczeniowy, że przymusowa realizacja zobowiązania podatkowego w stosunku do płatnika składek (spółki) nie daje gwarancji całego wykonania zobowiązania i zachodzi konieczność orzeczenia o odpowiedzialności również osoby trzeciej. Odpowiedzialność członków zarządu spółki kapitałowej z uwagi na swoją szczególną funkcję traktowana jest jako ostateczne zabezpieczenie roszczeń wierzycieli publicznoprawnych przeciwko spółce. Ma ona odmienny charakter niż odpowiedzialność członków zarządu wprowadzona na gruncie prawa handlowego. Konstrukcja odpowiedzialności z art. 116 Ordynacji nie pozostawia wątpliwości, że wierzyciele nie mają prawa zaspokoić się z majątku członków zarządu w sytuacji, gdy jest to możliwe z majątku spółki (por. stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego zaprezentowane w uzasadnieniu uchwały z dnia 8 grudnia 2008 r., sygn. II FPS 6/08). Każdorazowo odpowiedzialność członków zarządu, o której mowa w art. 116 Ordynacji ma charakter wyjątkowy i znajduje zastosowanie, jeżeli zachodzą wymienione w nim pozytywne przesłanki i brak jest którejkolwiek z okoliczności wyłączających tę odpowiedzialność. Odpowiedzialność ta jest przy tym niezależna od tego, czy zaległości z tytułu składek, których z powodu braku majątku spółki nie można wyegzekwować, powstały z przyczyn zawinionych czy też niezawinionych od członka zarządu (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 2011 r., II UK 5/11). Wynikające z przytoczonego powyżej art. 116 Ordynacji podatkowej pozytywne przesłanki odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania składkowe obejmują: a) istnienie zaległości składkowej, b) powstanie zobowiązania składkowego w czasie pełnienia przez daną osobę obowiązków członka zarządu, c) wykazanie bezskuteczności egzekucji przeciwko samej spółce. Zdaniem Sądu Okręgowego organ rentowy przesłanki te wykazał. Wskazał, że negatywne przesłanki tej odpowiedzialności dotyczą wykazania, że: 1) 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) wskazanie mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że dwie z przewidzianych w tym przepisie przesłanek zwalniających od odpowiedzialności odnoszą się do zgłoszenia upadłości lub wszczęcia postępowania układowego. W rozpoznawanej sprawie wniosek o upadłość nie został w ogóle złożony. Zgodnie z art. 21 ust. 1 ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. 2015, poz. 233, w brzmieniu z dnia wydania decyzji) dłużnik jest obowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości. W ustępie 2 art. 21 mowa jest, że jeżeli dłużnikiem jest osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, obowiązek, o którym mowa w ust. 1, spoczywa na każdym, kto ma prawo go reprezentować sam lub łącznie z innymi osobami. Przepis art. 10 cyt. ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze wskazuje, że upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Natomiast przepis art. 11 precyzuje kiedy powstaje stan niewypłacalności. Dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, a dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje. Sąd Okręgowy podkreślił, że art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej nie odwołuje się wprost do terminu złożenia takiego wniosku, lecz posługuje się niedookreślonym pojęciem „zgłoszenie wniosku o upadłość lub wszczęcie postępowania układowego we właściwym czasie”. Zgodnie z poglądem zawartym w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 5 maja 2005 r., FSK 1663/2004 wniosek o ogłoszenie upadłości może być uznany za zgłoszony we właściwym czasie, gdy wykazane zostało, że zgłaszając go zarząd (członek zarządu) uczynił ze swej strony wszystko, by nie dopuścić do zniweczenia celu postępowania upadłościowego poprzez stworzenie sytuacji, w której niektórzy wierzyciele są zaspakajani kosztem innych.

Sąd Okręgowy, na okoliczność ustalenia jaki był właściwy czas do zgłoszenia wniosku o upadłość (...) sp. z o.o. w N., kiedy nastąpiło trwale, całkowite zaprzestanie spłaty zobowiązań, dopuścił w sprawie dowód z opinii biegłego z zakresu rachunkowości, analiz ekonomicznych i finansowych w osobie C. K.. Biegły w opinii głównej jednoznacznie określił, że ze względu na niewypłacalność rozumianą jako brak wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań, wniosek o ogłoszenie upadłości (...) sp. z o.o. w N. powinien być złożony już w 2005 r. Spółka osiągnęła stan niewypłacalności 16 czerwca 2005 r. – wówczas to nastąpiło trwale, całkowite zaprzestanie spłaty zobowiązań. W odniesieniu do zastrzeżeń wnioskodawcy do wydanej opinii biegły w opinii uzupełniającej w całości podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w opinii głównej. Powtórzył i doprecyzował, że wskazanie kiedy spółka zaprzestała realizować swoje zobowiązania – wymagało przeanalizowania między innymi zestawienia obrotów i sald kont syntetycznych i analitycznych za cały okres jej funkcjonowania, a takie zestawienia nie były dostępne. Jedynie dokumentacja ZUS pozwalała na udzielenie odpowiedzi jak spółka opłacała swoje zobowiązania wobec ZUS za okres od maja 2005 r. do stycznia 2013 r. Sąd Okręgowy w całości podzielił stanowisko biegłego sądowego oceniając wnioski w nim zawarte jako w pełni miarodajne. Zdaniem Sądu nie ulegało wątpliwości, że w oparciu o dostępną dokumentację dotyczącą działalności spółki – odwołujący powinien był złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości spółki już w 2005 r. Biegły wystąpił do wnioskodawcy o dokumenty spółki, otrzymał jedynie bilans i rachunek zysków i strat za 2013 r. oraz zestawienie sald i obrotów kont syntetycznych sporządzone na 31 grudnia 2013 r. Biegły stanowczo wypowiedział się co do sytuacji finansowej spółki ze wskazaniem daty kiedy spółka osiągnęła stan niewypłacalności, to jest 16 czerwca 2005 r.

Sąd dał wiarę również pozostałym dowodom zgromadzonym w sprawie w postaci zeznań świadków, jak i dokumentom. Strony nie kwestionowały ich wiarygodności. Wskazał, że odwołujący w trakcie toczącego się od czerwca 2015 r. postępowania niezmiennie argumentował, że brak było podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości i dotychczas nie wskazywał, iż istnieje mienie spółki, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości w znacznej części.

Sąd Okręgowy odniósł się do pisma procesowego odwołującego z 17.10.2017 r. W piśmie tym odwołujący powołał się na wierzytelności wobec Agencji Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w O. oraz wobec R., A., E., K. L.. Sąd podkreślił, że roszczenia wobec ANR zostały wysunięte niedawno (wniosek o zawezwanie do próby ugodowej z dnia 10.07.2017 r.) i dotyczyły stanów faktycznych i prawnych zaistniałych wiele lat temu, co do których była możliwość ich wcześniejszego dochodzenia na drodze sądowej (postanowienie o ustaleniu listy wierzytelności w sprawie V U 31/03 w postępowaniu upadłościowym R., A., E., K. L. z dnia 16.01.2004 r.). W związku z tym powoływanie się przez odwołującego na wierzytelności wobec wymienionych podmiotów nie spełniało przesłanki egzoneracyjnej jaką jest wskazanie mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części. Zgodnie bowiem z utrwalonym stanowiskiem Sądu Najwyższego i sądów administracyjnych, do uwolnienia się od odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej za jej zobowiązania z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, nie jest wystarczające wskazanie jako mienia spółki jej wierzytelności wobec kontrahentów, lecz konieczne jest wykazanie, że wierzytelności te są wymagalne, a dłużnicy wypłacalni. Wskazane mienie musi być skonkretyzowane i realne, a więc nadawać się do określonej egzekucji oraz przedstawiać wartość finansową, co jest o tyle ważne, że egzekucja z tego mienia powinna zaspokoić zaległości składkowe spółki (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 5 października 2007 r., II UK 40/07, OSNP 2008/23-24/357, por. wyroki: WSA w Łodzi z 14 października 2015 r., I SA/Łd 474/15, Legalis, WSA w Gliwicach z dnia 31 stycznia 2017 r., III SA/Gl 762/16, Legalis). Wskazane mienie musi faktycznie istnieć i nadawać się do egzekucji pozytywnie rokującej na wyegzekwowanie znacznych kwot, w odniesieniu do wysokości zaległości podatkowych oraz przedstawiać realną wartość finansową (wyr. NSA z 23.2.2017 r., I FSK 118/15, niepubl.). Sąd Okręgowy wskazał, że w rozpoznawanej sprawie skarżący takim wymogom nie sprostał.

Sąd na rozprawie w dniu 19 grudnia 2017 r. oddalił wnioski o przeprowadzenie dowodów z przesłuchania świadków, z opinii uzupełniającej biegłego sądowego oraz z opinii innego biegłego, albowiem uznał, że okoliczności sporne zostały dostatecznie wyjaśnione a uwzględnienie wniosków i dalsze prowadzenie postępowania dowodowego w tym zakresie zmierzałoby do zbędnego i niecelowego przedłużenia postępowania. Sąd wskazał, że pismem procesowym z 4 maja

2017 r. pełnomocnik skarżącego w ślad za wnioskiem z 7 kwietnia 2017 r. o otwarcie zamkniętej rozprawy w dniu 10 kwietnia 2017 r. wniósł między innymi o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków, wszystkich na okoliczność braku winy odwołującego w zakresie niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, braku możliwości przypisania odpowiedzialności skarżącemu a także złożył wniosek o zwrócenie się do wskazanych w tym piśmie szczegółowo sądów powszechnych o dostarczenie dokumentacji na okoliczność istnienia wiarygodności na pokrycie zobowiązań spółki. Jednakże tego ostatniego wniosku dowodowego wobec wezwania do jego sprecyzowania nie uzupełnił. Zdaniem Sądu wnioski dowodowe stron, w szczególności tych reprezentowanych przez pełnomocników profesjonalnych muszą być formułowane w taki sposób, aby umożliwiały sądowi meriti dokonanie ich oceny z punktu widzenia art. 227 k.p.c. Zgodnie z treścią art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Nieodzowne jest więc, aby strona bliżej sprecyzowała fakt mający być przedmiotem postępowania dowodowego (por. uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 1997 r., III CKN 16/97LEX nr 677742). Z treści art. 258 k.p.c. wynika, że przedmiotem dowodu z zeznań świadków są fakty rozumiane jako konkretne zdarzenia zaszłe w czasie i przestrzeni. Tymczasem pełnomocnik profesjonalny w cytowanym wyżej piśmie procesowym zawierającym wnioski dowodowe o przesłuchanie świadków w żadnym razie nie oznaczył faktów, które miały być zeznaniami poszczególnych świadków stwierdzone posługując się jedynie ogólnikowym stwierdzeniem - na okoliczność braku winy odwołującego w zakresie niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, braku możliwości przypisania odpowiedzialności skarżącemu. Na rozprawie natomiast, w dniu 19 grudnia 2017 r., pełnomocnik wskazywał, że zawnioskowani świadkowie mieliby zostać przesłuchani „na okoliczność podjęcia wszelkich starań przez wnioskodawcę celem uzyskania wyegzekwowanych, przysługujących spółce wiarygodności, braku winy wnioskodawcy a brak winy miałby się przejawiać w tym, że wnioskodawca podejmował starania celem wyegzekwowania tych należności i nie można mu w związku z tym przypisać winy z racji tego, że egzekucje, które były prowadzone, były częściowo skuteczne, częściowo były bezskuteczne”. Zdaniem Sądu wykazywanie tych okoliczności nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem nawet potwierdzenie ich przez świadków nie uwalniałoby skarżącego od odpowiedzialności. Zgodnie bowiem z treścią art. 116 Ordynacji podatkowej przesłanka jaką należy wykazać, aby uwolnić się od odpowiedzialności określonej tym przepisem to między innymi brak winy członka zarządu w niezgłoszeniu upadłości lub braku wszczęcia postępowania układowego. Sąd wskazał, że zgodnie z ugruntowanym już orzecnictwem Sądu Najwyższego, NSA i sądów powszechnych, wykazanie braku winy w niezgłoszeniu upadłości winno polegać na udowodnieniu, że uchybienie obowiązkowi niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości było niezależne od skarżącego (np. członek zarządu nie miał wpływu na podjęcie kroków zmierzających do ogłoszenia upadłości albowiem złożył rezygnację z pełnionej funkcji, długotrwała choroba uniemożliwiająca podejmowanie przez członka zarządu decyzji, w tym złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości (por. np. wyrok NSA z 20 listopada 2003 r., III SA 110/02, , wyrok NSA z 4 listopada 2005 r. I FSK 266/05, wyrok NSA z 4 kwietnia 2017 r., I GSK 708/15, wyrok WSA w Krakowie z 6 maja 2008 r., I SA/Kr 568/07, Legalis wyrok NSA z 18 listopada 2016 r., II FSK 2779/14). Na uwagę w tym kontekście zasługiwał wyrok Sądu Najwyższego z 8 lipca 2015 r. II UK 6/15, z tezy którego wynika, że członek zarządu nie może się uwolnić od odpowiedzialności za zaległe zobowiązania składkowe nawet wskazując na sensowne działania podjęte w celu poprawy rentowności spółki, jeśli nie przyniosły one oczekiwanych efektów. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Najwyższy odnosząc się do rozumienia powyższej przesłanki ekskulpacyjnej stwierdził, że należy się zgodzić ze stanowiskami prezentowanymi w orzecnictwie sądów administracyjnych, że wina w ujęciu art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej, to zarówno wina umyślna i związana z nią świadomość istnienia wymagalnych zobowiązań podatkowych, jak i wina nieumyślna w postaci niedbalstwa, które zakłada brak świadomości, ale opiera się na powinności i możliwości przewidywania istnienia wymagalnych zobowiązań podatkowych (por. wyrok NSA z 10 kwietnia 2014 r., I FSK 1516/13), a rozważając kryterium winy należy przyjąć obiektywny miernik staranności, jakiej można wymagać od strony należycie dbającej o swoje interesy (por. wyrok NSA z dnia 25 stycznia 2012 r., I FSK 385/11). W orzecnictwie sądów administracyjnych ukształtował się pogląd, zgodnie z którym nie można odmówić członkowi zarządu prawa do podjęcia ryzyka i niezgłoszenia wniosku o upadłość mimo wystąpienia stosownych ku temu przesłanek ustawowych w sytuacji, gdy według jego oceny uda się opanować sytuację finansową i w konsekwencji spłacić całość zobowiązań. Jednak jeśli zarządzający spółką takie ryzyko podejmuje, to musi to czynić ze świadomością odpowiedzialności z tym związanej i liczyć się z tym, że w przypadku dokonania błędnej oceny sytuacji rodzącej w konsekwencji choćby częściową niemożność zaspokojenia długów przez spółkę, to on sam będzie musiał ponieść subsydiarną odpowiedzialność finansową (por. wyroki WSA w Krakowie: z 7 maja 2014 r., I SA/Kr 399/14, z 28

lutego 2014 r., I SA/Kr 30/14, z 12 grudnia 2013 r., I SA/Kr 1244/13, z 5 września 2013 r., I SA/Kr 609/13, czy też z 13 marca 2012 r., I SA/Kr 127/12). Sąd Okręgowy podkreślił, że stanowisko zaprezentowane w ww. judykatach jest również spójne z poglądami prezentowanymi przez Sąd Najwyższy. Przykładowo w wyroku z 5 lipca 2011 r. (I UK 422/10) przyjęto, że subiektywne przekonanie członka zarządu, że 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. Podzielając to stanowisko, Sąd Okręgowy przyjął, że skarżący nie wykazał iż nie ponosi winy również nieumyślnej, a więc, że nie przewidywał i nie mógł w żaden sposób przewidzieć, iż zaistniała w danym momencie sytuacja finansowa w spółce wymaga zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości bądź wszczęcia postępowania układowego w celu zapewnienia ochrony interesów jej wierzycieli przed niewypłacalnością. Zatem brak winy w niezgłoszeniu wniosku o upadłość nie może polegać jedynie na nadziei na wpływy i zyski w firmie (np. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 15 marca 2013 r., I ACa 138/13, Legalis). Zdaniem Sądu podnoszone przez pełnomocnika odwołującego problemy zdrowotne W. S. także nie stanowiły przeszkody w tym zakresie. Wnioskodawca na rozprawie 19 grudnia 2017 r. sam przyznał, że wprowadzie boryka się z dyskopatią, to jednak choroba występuje raz, bądź dwa razy do roku. Wskazał, że poza tym jest osobą dość sprawną i operatywną. W tym kontekście okoliczności mające zostać wykazane zeznaniami świadków tj. „że wnioskodawca podejmował starania celem wyegzekwowania tych należności i nie można mu w związku z tym przypisać winy z racji tego, że egzekucje, które były prowadzone, były częściowo skuteczne, częściowo były bezskuteczne” nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem nie stanowiły jednej z przesłanek egzoneracyjnych, wymienionych w art. 116 Ordynacji podatkowej, szczególnie w kontekście wniosków płynących z opinii biegłego, który jednoznacznie wskazał, że wniosek o ogłoszenie upadłości winien zostać złożony już w 2005 r., a sytuacja finansowa spółki od tego czasu nadal ulegała pogorszeniu a zadłużenie wzrastało. Przepis art. 217 k.p.c. stanowi, iż strona może aż do zamknięcia rozprawy przytaczać okoliczności faktyczne i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej. Sąd pomija spóźnione twierdzenia i dowody, chyba że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich we właściwym czasie bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności. Sąd pomija twierdzenia i dowody, jeżeli są powoływane jedynie dla zwłoki lub okoliczności sporne zostały już dostatecznie wyjaśnione. W ocenie Sądu w niniejszej sprawie zgromadzony materiał dowodowy dał pełny obraz sytuacji faktycznej, a sprawa została dostatecznie wyjaśniona do merytorycznego rozstrzygnięcia. Zdaniem Sądu odwołujący się nie wykazał, że zachodziły okoliczności wyłączające jego odpowiedzialność. Nie wykazał żadnej z przesłanek, której zaistnienie mogłoby uwolnić go od odpowiedzialności. Spółka nie opłacała swoich wymagalnych zobowiązań już od maja 2005 r. – co jednoznacznie wynika z opinii biegłego sądowego. Nastąpiło wówczas trwale, całkowite zaprzestanie spłaty zobowiązań. Spółka osiągnęła stan niewypłacalności 16 czerwca 2005 r. W. S. jako prezes spółki miał pełne rozeznanie w jej sytuacji finansowej, a mimo to nie złożył wniosku o ogłoszenie upadłości, czym doprowadził do zwiększenia zobowiązań składkowych wobec ZUS, które nie zostały wyegzekwowane z majątku spółki, wobec jego braku. Brak było zatem wątpliwości odnośnie prawidłowości zaskarżonej decyzji, obciążającej wnioskodawcę W. S. odpowiedzialnością z tytułu nieopłacenia należności składkowych wobec ZUS przez (...) z sp. z o.o. jako płatnika w okresie pełnienia przez niego członka zarządu. Dlatego też, Sąd Okręgowy, na mocy art. 477⁽¹⁴⁾ § 1 k.p.c. w oddalił odwołanie wnioskodawcy jako niezasadne. W punkcie II wyroku, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, na podstawie art. 98 k.p.c. oraz § 6 pkt 5 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 ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. 2013.490 ze zm.), zasądził od W. S. na rzecz ZUS kwotę 2.400 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Apelację od powyższego wyroku złożył W. S..

Zaskarżając wyrok w całości zarzucił mu:

1 - naruszenie przepisów postępowania tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną i dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, czego konsekwencją było oddalenie odwołania skarżącego, podczas gdy dowody przeprowadzone w toku postępowania przed sądem pierwszej instancji nie dają podstaw do przypisania skarżącemu,

jako członkowi zarządu (...) z sp. z o.o. odpowiedzialności za zobowiązania spółki z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne oraz Fundusz Pracy,

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodu w postaci opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości, analiz ekonomicznych i finansowych, w tym także jej pisemnego uzupełnienia, i następnie wyprowadzenie na jej podstawie błędnych wniosków, co skutkowało uznaniem, że konieczność zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiła już w dniu 16 czerwca 2005 r., podczas gdy z pisemnego uzupełnienia przedmiotowej ekspertyzy wyraźnie wynika, że w latach 2007-2012 sytuacja finansowa spółki była dostateczna a zatem brak było podstaw do ogłoszenia jej upadłości,

- art. 217 § 3 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. oraz art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z pisemnego uzupełnienia opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości, analiz ekonomicznych i finansowych, podczas gdy z uwagi na wewnętrzną sprzeczność poczynionych w nich konkluzji a nadto wobec niewyjaśnienia wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania a wymagających zasięgnięcia wiadomości specjalnych, przedmiotowy dowód winien zostać przeprowadzony, gdyż zmierza bezpośrednio do usunięcia wątpliwości, jakie powstały na gruncie toczącego się postępowania,

2 - błąd w ustaleniach faktycznych, który doprowadził do uznania przez Sąd Okręgowy, że spółka osiągnęła stan niewypłacalności w dniu 16 czerwca 2005 r. a także, że jej sytuacja ekonomiczna w latach 2007-2013 ulegała systematycznemu pogorszeniu, podczas gdy prawidłowa ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości, analiz ekonomicznych i finansowych wraz z jej pisemnym uzupełnieniem, skłania do odmiennych wniosków,

3 - naruszenie prawa materialnego, tj. art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez ich niewłaściwe zastosowanie skutkujące uznaniem, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie doszło do spełnienia przesłanek wyłączających odpowiedzialność odwołującego za zobowiązania spółki na wypadek jej niewypłacalności, w sytuacji gdy spółka posiada liczne, wartościowe i realne do wyegzekwowania wierzytelności, które w zupełności wystarczyłyby na pokrycie jej zobowiązań a ponadto odwołujący nie ponosi winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości ze względu na fakt, iż wniosek ten podlegałby obligatoryjnemu oddaleniu, gdyż postępowanie upadłościowe jest egzekucją uniwersalną a w toku procesu nie zostało wykazane, że oprócz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych występują inni niezaspokojeni wierzyciele spółki.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez zmianę zaskarżonej decyzji i ustalenie, że odwołujący nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania (...) z sp. z o.o. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne oraz Fundusz Pracy oraz zasądzenie od organu rentowego na rzecz skarżącego kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych,

ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania przy jednoczesnym uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego.

Wniósł ponadto o rozpoznanie, na podstawie art. 380 k.p.c., postanowienia Sądu pierwszej instancji z 19 grudnia 2017 r. oddalającego wniosek o dopuszczenie dowodu z pisemnego uzupełnienia opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości, analiz ekonomicznych i finansowych, oraz na zasadzie art. 382 k.p.c. wniósł o dopuszczenie przez Sąd drugiej instancji dowodu z pisemnego uzupełnienia opinii biegłego sądowego C. K. na okoliczności jak w piśmie przygotowawczym odwołującego z 17 października 2017 r.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Domagał się oddalenia wniosku dowodowego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest bezzasadna.

Sąd Apelacyjny nie podzielił zawartego w niej zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych Sądu pierwszej instancji i tym samym nieprawidłowego obciążenia skarżącego zaległościami składkowymi na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (...)” sp. z o. o. z siedzibą w N. wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych za okres od grudnia 2009 r. do stycznia 2013 r. wraz z odsetkami i kosztami egzekucyjnymi w wysokości wskazanej w zaskarżonej decyzji. Pozostałe zawarte w apelacji zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego – art. 233 § 1 k.p.c. oraz materialnego - art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej i art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, również uznał za bezzasadne.

Należy przypomnieć, że art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych stanowi, że do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio: art. 12, art. 26, art. 29 § 1 i 2, art. 33-33b, art. 38a, art. 51 § 1, art. 55, art. 59 § 1 pkt 1, 3, 4, 8 i 9, art. 60 § 1, art. 61 § 1, art. 62 § 1, 3 i 5, art. 62b § 1 pkt 2 i § 3, art. 72 § 1 pkt 1 i 4 i § 2, art. 73 § 1 pkt 1 i 5, art. 77b § 1 i 2, art. 91, art. 93, art. 93a-93c, art. 93e, art. 94, art. 97 § 1, art. 98 § 1 i § 2 pkt 1, 2, 5 i 7, art. 100, art. 101, art. 105 § 1 i 2, art. 106 § 1 i 2, art. 107 § 1, 1a, § 2 pkt 2 i 4 i § 3, art. 108 § 1, 3 i 4, art. 109 § 1 w zakresie art. 29, art. 109 § 2 pkt 1, art. 110 § 1, § 2 pkt 2 i § 3, art. 111 § 1-4 i § 5 pkt 1, art. 112 § 1-5, art. 112b, art. 112c, art. 113, art. 114, art. 115-117, art. 118 § 1 oraz art. 119 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa.

W myśl art. 32 ustawy do składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i Fundusz Emerytur Pomostowych oraz na ubezpieczenie zdrowotne w zakresie: ich poboru, egzekucji, wymierzania odsetek za zwłokę i dodatkowej opłaty, przepisów karnych, dokonywania zabezpieczeń na wszystkich nieruchomościach, ruchomościach i prawach zbywalnych dłużnika, odpowiedzialności osób trzecich i spadkobierców oraz stosowania ulg i umorzeń stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące składek na ubezpieczenia społeczne.

Zgodnie z treścią art. 116 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa, za zaległości składkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jego 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 niwyszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy; 2. nie wskazuje mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości składkowych spółki w znacznej części. W myśl § 2 tego przepisu (w brzmieniu obowiązującym w spornym okresie), odpowiedzialność członków zarządu obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu. Z art. 116 § 4 Ordynacji podatkowej wynika, że powołane przepisy stosuje się również do byłego członka zarządu.

Sąd pierwszej instancji prawidłowo przyjął, że organ rentowy wykazał spełnienie przez W. S. pozytywnych przesłanek jego odpowiedzialności. Był on bowiem prezesem zarządu (...) z sp. z o.o. z siedzibą w N. w okresie powstania zaległości składkowych, określonych szczegółowo w zaskarżonej decyzji a egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna.

Prawidłowo też przyjął, że skarżący nie wykazał wystąpienia przesłanek egzoneracyjnych, pozwalających na jego uwolnienie od odpowiedzialności za zaległości składkowe.

Stosownie do art. 21 ust. 1 ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze, W. S. jako prezes zarządu spółki, zobowiązany był zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości tej spółki nie później, niż w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości. W myśl art. 10 tej ustawy, podstawę tę stanowi niewypłacalność dłużnika. Z mocy art. 11 ust. 1 i 2 ustawy, dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, bądź też, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje, ale ich wartość przekroczy wartość jego majątku. Pojęcie właściwego czasu do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, o jakim mowa w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, należy interpretować z uwzględnieniem ochrony należności publicznoprawnych, w tym także Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Skoro przy tym, jednym z celów postępowania upadłościowego jest zapobieżenie dowolnemu i wybiórczemu zaspokajaniu przez dłużnika jednych wierzycieli kosztem innych to za czas właściwy do zgłoszenia upadłości uznać należy czas, w jakim zarząd spółki, niebędący w

stanie zrealizować jej zobowiązań względem wszystkich wierzycieli, winien złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości, aby w ten sposób chronić zagrożone interesy Skarbu Państwa i Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Zaprzeszanie płacenia długów zachodzi przy tym wtedy, gdy dłużnik z braku środków płatniczych nie płaci przeważającej części swoich wymagalnych długów. Sytuacja taka będzie miała miejsce także wówczas, gdy dłużnik nie zaspokaja jednego tylko wierzyciela, posiadającego znaczną wierzytelność

A zatem jak wynika z powyższego do ustalenia odpowiedzialności członka zarządu konieczne jest nie tylko ustalenie pozytywnych jej przesłanek, czyli bezskuteczności egzekucji zaległości podatkowej (składkowej) oraz powstania zobowiązania w okresie pełnienia przez niego tej funkcji, ale także wykazanie, że nie zachodzą przesłanki wyłączające tę odpowiedzialność (wyrok WSA w Warszawie z 3.12.2004 r., III SA/Wa 209/04, M. Pod. 2005, nr 4, s. 30). W orzecznictwie wskazuje się, że na gruncie przepisu art. 116 Ordynacji podatkowej mamy do czynienia z odwróceniem ciężaru dowodu. Organ podatkowy (rentowy), orzekając o odpowiedzialności członka zarządu za zaległości podatkowe (składkowe), jest zobowiązany wykazać okoliczność pełnienia obowiązków członka zarządu w czasie powstania zobowiązania podatkowego (składkowego), które przerodziło się w dochodzoną zaległość podatkową (składkową) oraz bezskuteczność egzekucji wobec spółki. Natomiast ciężar wykazania którejkolwiek z okoliczności uwalniających od odpowiedzialności spoczywa na członku zarządu (zob. np. wyroki NSA z: 13.04.2016 r., II FSK 394/14, LEX nr 2019372; 7.04.2016 r., I GSK 892/14, LEX nr 2081094 oraz 4.08.2017 r., II FSK 1955/15, LEX nr 2345351).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego - wbrew zawartym w apelacji zarzutom - organ rentowy w rozpoznawanej sprawie wykazał, że zaległości składkowe powstały w czasie pełnienia przez W. S. funkcji jedyne go członka zarządu - prezesa zarządu. Wykazał również bezskuteczność prowadzonej wobec spółki egzekucji zaległości składkowych.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji bezskuteczność egzekucji z majątku spółki została potwierdzona postanowieniem z 10 września 2008 r. Komornika sądowego Rewiru III przy Sądzie Rejonowym w Olsztynie w sprawie sygn. akt III Km 232/07. Ponadto, przeciwko spółce toczyły się postępowania egzekucyjne, które również były umarzone wobec stwierdzenia bezskuteczności egzekucji. Dotyczyło to spraw z wniosku wierzycieli: Agencji Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w O. sygn. akt III Km 1773/06, postanowienie o umorzeniu z 17 grudnia 2007 r., Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. sygn. akt III Km 1797/06, postanowienie o umorzeniu z 19 grudnia 2007 r., P.P.U.H. (...) sp. z o.o. sygn. akt SP Km 370/07, postanowienie o umorzeniu z 9 października 2009 r., Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. sygn. akt III Km 1441/06, postanowienie o umorzeniu z 19 grudnia 2007 r., Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego sygn. akt III Km 1847/03 postanowienie o umorzeniu z 19 czerwca 2007 r.

W apelacji skarżący podnosi, że doszło do spełnienia przesłanek wyłączających jego odpowiedzialność za zobowiązania spółki, ponieważ spółka posiada liczne, wartościowe i realne do wyegzekwowania wierzytelności, które w zupełności wystarczyłyby na pokrycie jej zobowiązań a ponadto skarżący nie ponosi winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości ze względu na fakt, iż wniosek ten podlegałby obligatoryjnemu oddaleniu, gdyż postępowanie upadłościowe jest egzekucją uniwersalną a w toku procesu nie zostało wykazane, że oprócz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych występują inni niezaspokojeni wierzyciele spółki.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego twierdzenia skarżącego nie polegają na prawdzie i są bezzasadne. Niewątpliwie z akt postępowania egzekucyjnych Komornika sądowego Rewiru III przy Sądzie Rejonowym w Olsztynie sygn. akt III Km 1847/03, III Km 1797/06, III Km 1773/06, III Km 1441/06, III Km 191/07, III Km 232/07 wynika bezskuteczność egzekucji wobec (...) z sp. z o.o. Z akt ostatniej ze spraw III Km 232/07 wynika, że w toku postępowania egzekucyjnego ustalono, że na koncie (...) S.A. O/O. brak jest środków finansowych, że spółka nie osiąga dochodów z wykonywanej działalności od około 1 roku. Sprzęt spółki jest zużyty i nie przedstawia wartości handlowej. Spółka posiada samochód dostawczy marki I. (rok produkcji 1985), który pozostaje niesprawny technicznie i nie przedstawia wartości handlowej. Dłużnik nie posiada wartościowych składników majątkowych i ruchomości podlegających zajęciu. Spółka nie figuruje w Centralnej Ewidencji Pojazdów jako właściciel pojazdów. Spółka nie posiada żadnej nieruchomości. Zajęcie rachunku bankowego (...) S.A. O/O. okazało się bezskuteczne. Zajęcie wierzytelności w K. (...), Urzędzie Skarbowym w O., Urzędzie Miejskim B. okazało się bezskuteczne. Dłużnik ma zadłużenie wobec wielu wierzycieli w tym Skarbu

Państwa, ZUS, Urzędu Skarbowego w O.. Egzekucja z ruchomości, wierzytelności, kont bankowych i źródła dochodów dłużnika pozostaje bezskuteczna. W. S. w toku postępowania egzekucyjnego wyjaśnił, że spółka nie posiada innego konta poza (...) S.A. O/O.. Ma duże zadłużenie wobec ZUS, urzędu skarbowego, Urzędu Miejskiego w B. i Skarbu Państwa. W budynku należącym do spółki znajdują się jedynie urządzenia służące do uboju świń, zakupione przed 15, 20 laty i nie przedstawiają żadnej wartości rynkowej. W. S. oświadczył również, że spółka nie jest w stanie opłacić należności w sprawach egzekucyjnych prowadzonych przez komornika nawet w ratach. Stąd też postanowieniem z 10 września 2008 r. wobec stwierdzenia bezskuteczności egzekucji postępowanie egzekucyjne zostało umorzone.

W toku postępowania przed ZUS oraz Sądem pierwszej instancji skarżący nie wskazywał mienia spółki, z którego egzekucja umożliwiałaby zaspokojenie zaległości w znacznej części.

Skarżący podniósł, iż nie można mu przypisać winy w niezgłoszeniu wniosku o upadłość spółki, ponieważ przysługujące spółce wierzytelności dawały podstawę do pokrycia zobowiązań spółki, w tym także wobec ZUS.

Na okoliczność istnienia wierzytelności przysługujących spółce i braku winy skarżącego za niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości wskazywał na dokumentację zawartą w aktach spraw Sądu Rejonowego w Olsztynie sygn. V GC 594/06, V GC 32/06, V GC 163/06, V GC 509/06, V GC 570/07, I C 59/07, I C 289/05, I Co 1811/11, Sądu Rejonowego Katowice-Zachód sygn. I C 511/05, Sądu Okręgowego w Olsztynie sygn. IX Ca 487/11, Sądu Apelacyjnego w Białymstoku sygn. I Ca 625/05, I Ca 220/07 oraz I Ca 213/08. Sąd pierwszej instancji odmówił zażądania i dopuszczenia dowodu z dokumentacji znajdującej się w aktach ww. spraw. Wskazał, że powoływanie się przez W. S. na wierzytelności wobec innych podmiotów nie spełniało przesłanki egzoneracyjnej jaką jest wskazanie mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości składkowych spółki w znacznej części. Do uwolnienia się od odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej za jej zobowiązania z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, nie jest wystarczające wskazanie jako mienia spółki jej wierzytelności wobec kontrahentów, lecz konieczne jest wykazanie, że wierzytelności te są wymagalne, a dłużnicy wypłacalni. Wskazane mienie musi być skonkretyzowane i realne, a więc nadawać się do określonej egzekucji oraz przedstawiać wartość finansową, co jest o tyle ważne, że egzekucja z tego mienia powinna zaspokoić zaległości składkowe spółki.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, skarżący nie wykazał, że egzekucja z wierzytelności (potwierdzona dokumentacją w ww. sprawach) jest realna i może zaspokoić zaległości składkowe płatnika względem ZUS. Przesłanką egzoneracyjną jest bowiem wskazanie mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych (składkowych) spółki w znacznej części. Mając na uwadze, że ciężar wykazania okoliczności uwalniających od odpowiedzialności spoczywa na członku zarządu skarżący nie udowodnił, że spółka posiada mienie, z którego egzekucja jest możliwa. Chodzi tu o wykazanie takiego mienia, z którego egzekucja jest faktycznie możliwa, stąd ocena powinna uwzględnić to, czy egzekucja ze wskazanego majątku jest możliwa a nie to czy mienie to ma jakąkolwiek wartość rynkową (wyrok NSA z 24.05.2016 r., II FSK 1139/14, LEX nr 2082791). Dlatego też powoływanie się na dokumentację znajdującą się w aktach innych spraw sądowych, potwierdzającą nawet istnienie wierzytelności wobec spółki, nie jest wystarczające do uznania, że spółka posiada mienie nadające się do egzekucji. Konieczne jest wykazanie, że wierzytelności są wymagalne a dłużnicy wypłacalni. W uzasadnieniu wyroku z 10.04.2015 r. (I FSK 366/14, LEX nr 1772769) NSA wskazał, że mienie musi: – faktycznie istnieć i nadawać się do egzekucji pozytywnie rokującej na wyegzekwowanie znacznych kwot, odnosząc to do wysokości zaległości podatkowych; – przedstawiać realną wartość finansową, co jest niezbędne dla oceny, czy egzekucja z danego mienia umożliwi zaspokojenie długów, m.in. zaległości podatkowych spółki. W komentowanym przepisie ustawodawca nie definiuje, co oznacza stwierdzenie „zaspokojenie w znacznej części”, pozostawiając to w istocie uznaniu organów podatkowych prowadzących dane postępowanie. Należy jednak zwrócić uwagę, że w powołanym wyroku NSA z 10.04.2015 r. wskazano, iż określenie „zaspokojenie zaległości podatkowych w znacznej części” oznacza, że można przewidzieć z dużą dozą pewności, że egzekucja będzie skuteczna i doprowadzi do wyegzekwowania należności, a ich wysokość będzie miała wartość stanowiącą znaczny (duży) odsetek w porównaniu z wysokością zaległości podatkowych spółki.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego dokumenty w postaci: kserokopii postanowienia Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 8 lipca 2008 r. sygn. akt I ACa 213/08 o przedstawieniu Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego

„czy uprawnionemu z tytułu pierwszeństwa w nabyciu nieruchomości na podstawie art. 29 ust. 1 pkt 3 ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami Skarbu Państwa, który skorzystał z niego, składając oświadczenie wymienione w art. 29 ust. 1 d ustawy, przysługuje roszczenie o zawarcie umowy”, kserokopii decyzji Kierownika Biura Powiatowego Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z 11 grudnia 2006 r. o przyznaniu (...) sp. z o. o. w N. płatności w wysokości 214 000 zł, kserokopii postanowienia sędziego komisarza z 16 stycznia 2004 r. sygn. akt V U 31/03 w przedmiocie zamieszczenia przedsiębiorstwa (...) spółka z o. o. z siedzibą w N. na liście wierzytelności w postępowaniu upadłościowym R. L., A. L., E. L., K. L. (2), kserokopii wniosku z 10 lipca 2017 r. o zawiązanie do próby ugodowej o wypłacenie odszkodowania w wysokości 13 345 197 zł, przeciwko Agencji Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w O., skierowanego do Sądu Rejonowego w Olsztynie (k. 267-289) nie dowodzą, że spółka posiada majątek, z którego egzekucja będzie skuteczna i doprowadzi do wyegzekwowania należności. Tym bardziej, że nigdy nie doszło do egzekucji z tych wierzytelności.

W związku z tym, że przysługujące spółce wierzytelności nie są pewne, to zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie było i nie ma podstaw do dopuszczenia dowodu z opinii uzupełniającej biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność jak w piśmie procesowym z 17 października 2017 r. (k. 267-268), tj. czy przysługujące spółce w stosunku do jej dłużników wierzytelności są wystarczające na pokrycie zobowiązań spółki, czy istniejące wierzytelności rzutują na brak konieczności złożenia przez zarząd spółki wniosku o ogłoszenie upadłości, czy załączone kserokopie ww. dokumentów stanowią do uznania, że spółka ma wystarczający majątek do zaspokojenia swego wierzyciela, czy występowanie zadłużenia jedynie do ZUS jest wystarczającą przesłanką do ogłoszenia upadłości, pomimo faktu, że postępowanie upadłościowe, w przeciwieństwie do postępowania egzekucyjnego, jest egzekucja uniwersalną, prowadzoną wobec co najmniej dwóch wierzycieli, czy w związku z przedstawionymi dokumentami data złożenia przez zarząd wniosku o ogłoszenie upadłości będzie inna aniżeli wynika to z opinii dotychczasowych biegłego.

Należy w tym miejscu przypomnieć, że z akt postępowań egzekucyjnych sygn. III Km 1847/03, III Km 191/07, III Km 1797/06, III Km 1773/06, III Km 1441/06, III Km 232/07 nie wynika aby spółka była dłużnikiem jedynie wobec ZUS. Była dłużnikiem wobec co najmniej kilku wierzycieli. Ponadto nie posiadała środków finansowych oraz majątku z którego egzekucja byłaby skuteczna.

Z zeznań wnioskodawcy (k. 321-322) wynika, że spółka posiadała i posiada duże wierzytelności, które w zupełności zaspokoiłyby roszczenia ZUS. Toczą się postępowania o duże kwoty. Spółka zawiązała Agencję Nieruchomości Rolnej Skarbu Państwa do próby ugodowej na kwotę 13 mln zł. Spółka dysponuje wyrokiem sądowym jeśli chodzi o zobowiązania cywilne spółki należące do państwa L.. Posiada wierzytelność wobec przedsiębiorstwa (...), M., J. P. i jeszcze kilku innych osób. Z tych wierzytelności spółka nie prowadzi egzekucji. W przeszłości były prowadzone egzekucje wobec firm dłużników. Część środków spółka odzyskała a część nie. W części egzekucje zakończyły się postanowieniami komornika o umorzeniu. Wierzytelność wobec firmy (...) została sprzedana. Środki uzyskane od J. P. i państwa L. spółka przeznaczyła w latach 2000-2003 na bieżącą działalność.

A zatem z zeznań samego wnioskodawcy nie wynika, że wierzytelności spółki wskazywane przez skarżącego dają podstawy do przyjęcia, że stanowią one realny, pewny majątek, z którego faktycznie egzekucja jest możliwa.

Pierwszą z przesłanek wyłączających odpowiedzialność członka zarządu, a także innych podmiotów wskazanych w art. 116 § 3 Ordynacji podatkowej jest wykazanie, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości. Za „właściwy czas” należy uznać zasadniczo, zgodnie z art. 21 prawa upadłościowego, termin 30 dni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości. Do końca 2015 r. termin ten wynosił 2 tygodnie. Obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości powstaje już w momencie niezapłacenia jednego czy kilku długów, ale uznanie dłużnika za niewypłacalnego winno mieć charakter trwały i dotyczyć przeważającej części zobowiązań (wyrok NSA z 25.06.2014 r., II FSK 1743/12, LEX nr 1518904). Przytoczyć jednak należy pogląd zaprezentowany w wyroku NSA z 9.07.2015 r. (II FSK 1383/13, LEX nr 1783549), wedle którego przy ustalaniu znaczenia wskazanego pojęcia nie należy mechanicznie przenosić tego terminu, ale w warunkach konkretnej sprawy oceniać samo zaistnienie przesłanek zgłoszenia wniosku o upadłość, jak i to, że z punktu widzenia celu postępowania upadłościowego wniosek o upadłość powinien być zgłoszony w takim czasie, aby wszyscy wierzyciele mieli możliwość uzyskania równomiernego,

choćby częściowego zaspokojenia z majątku spółki (wyrok NSA z 10.02.2015 r., I (...), LEX nr 1625818). „Właściwy czas” oznacza więc, że zgłaszając wniosek o upadłość, zarząd (członek zarządu) uczynił ze swej strony wszystko, by nie dopuścić do zniweczenia celu postępowania upadłościowego poprzez stworzenie sytuacji, w której niektórzy wierzyciele są zaspokajani kosztem innych (wyrok NSA z 5.09.2017 r., II FSK 2065/15, LEX nr 2371375). Niczego w zakresie wyłączenia odpowiedzialności nie zmienia też fakt, że wystąpienie przesłanek upadłościowych miało miejsce przed objęciem funkcji członka zarządu. Członek zarządu powinien bowiem zgłosić wniosek niezwłocznie po objęciu funkcji i ustaleniu, że stan interesów spółki uzasadnia zgłoszenie wniosku o upadłość (wyrok NSA z 13.03.2015 r., II FSK 288/13, LEX nr 1774321).

Drugą z przesłanek wyłączających odpowiedzialność jest wykazanie, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło bez winy członka zarządu spółki. Podkreślić przy tym należy, że zgodnie z poglądem prawnym wyrażonym w uzasadnieniu wyroku NSA z 26.05.2017 r. (I FSK 1660/15, LEX nr 2307398) do badania istnienia przesłanki winy bądź jej braku można przejść jedynie wtedy, gdy ustalono, że nie został zgłoszony wniosek o ogłoszenie upadłości (nie wszczęto postępowania układowego). Gdy wniosek o ogłoszenie upadłości został zgłoszony, art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej nie znajduje w ogóle zastosowania i nie ma potrzeby rozważania przesłanki winy (jej braku) po stronie członka zarządu spółki. W art. 116 § 1 pkt 1 lit. b ustawodawca nie odwołał się bowiem do „właściwego czasu”, tak jak to zrobił w art. 116 § 1 pkt 1 lit. a tej ustawy, co nie może pozostać bez wpływu na wynik wykładni tego przepisu.

Ze względu na brak zdefiniowania pojęcia winy w Ordynacji podatkowej należy w tym zakresie sięgać do wzorców wypracowanych w prawie cywilnym. Przyjąć zatem należy, że w komentowanym przepisie chodzi o każdą postać winy, a nie tylko o winę umyślną (wyrok NSA z 30.06.2017 r., I FSK 1990/15, LEX nr 2342673). Z kolei w wyroku z 12.02.2002 r. (III SA 2544/00, Prz. Pod. 2002, nr 9, s. 63) NSA, rozważając kryterium braku winy, stwierdził, że jako kryterium w tym zakresie powinno się przyjąć obiektywny miernik staranności, jakiej można wymagać od strony należycie dbającej o swoje interesy. Osoba zainteresowana (w tym członek zarządu) winna wykazać brak winy, czyli udowodnić stosowną argumentacją swoją staranność oraz fakt, że uchybienie określonej obowiązkowi było od niej niezależne. W tym kontekście niezgłoszenie upadłości we właściwym czasie np. na skutek błędnie udzielonej pomocy prawnej nie zwalnia członka zarządu od odpowiedzialności za zaległości spółki na podstawie przesłanki braku zawinienia, o której mowa w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej. Podobnie choroba psychiczna nie usprawiedliwia braku winy w niezłożeniu wniosku (wyrok WSA w Białymstoku z 5.03.2014 r., I SA/Bk 42/14, LEX nr 1512137). Nowością wprowadzoną z początkiem 2016 r. jest zasada, wedle której uznaje się, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło bez winy członka zarządu, o ile obowiązek jego zgłoszenia powstał i istniał wyłącznie w czasie, gdy prowadzona była egzekucja przez zarząd przymusowy albo przez sprzedaż przedsiębiorstwa na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (art. 116 § 1a).

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Sądu Apelacyjnego, należy uznać, że powoływanie się przez skarżącego na przesłankę ekskulpującą, wyłączającą jego winę za niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki w terminie, w postaci przewlekłej choroby (dyskopatii), z którą zmagają się od wielu lat i nie mógł w związku z tym podejmować racjonalnych i świadomych decyzji i tym samym złożyć wniosku o ogłoszenie upadłości spółki (k. 218) jest bezzasadne. Stan zdrowia skarżącego umożliwiał mu bowiem prowadzenie wszelkich spraw spółki, w tym także złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości.

Biegły z zakresu rachunkowości sporządzając opinię bazował na dokumentach finansowych znajdujących się w aktach sprawy tj. dysponował zestawieniem sald i obrotów kont syntetycznych sporządzonym na 31 grudnia 2013 r. oraz bilansem i rachunkiem zysków i strat za 2013 r. Nie otrzymał sprawozdań finansowych spółki za lata 2003-2009, 2014 i 2015 oraz zestawieniami sald i obrotów kont syntetycznych i analitycznych sporządzonych na koniec każdego miesiąca w latach 2003-2015. W konsekwencji biegły sporządzając opinię dysponował tylko danymi dotyczącymi sytuacji majątkowo-finansowej za lata 2007-2013. Na podstawie dostępnej dokumentacji dokonał analizy aktywów i pasywów spółki, rachunków zysków i strat i analizy wskaźnikowej za ww. lata. Przeprowadzona analiza wykazała, że w ocenianych latach spółka miała poważne problemy z utrzymaniem płynności finansowej, realizacją swoich wymaganych zobowiązań. Biegły wskazał, że spółka nie opłaciła wymaganych zobowiązań wobec ZUS za kwiecień i maj 2005 r. w pełnych wysokościach, zaś w pozostałych miesiącach 2005 r. składki nie zostały opłacone w całości.

Nie zostały w całości opłacone składki za lata 2006-2013. W sumie za okres od maja 2005 r. do lutego 2013 r. spółka nie opłaciła swoich zobowiązań wobec ZUS (składki na FUS, FUZ, FP, FGŚP) na kwotę 58 627,31 zł (bez należnych odsetek, kosztów upomnienia itp.). W ww. okresie opłacono składki jedynie na kwotę 286,20 zł, co stanowi tylko 0,5 % wymaganej sumy. Spółka nie opłaciła swoich wymaganych zobowiązań już 16 maja 2005 r., kiedy to przypadał termin płatności składek ZUS za kwiecień 2005 r. w miarę upływu czasu, w kolejnych miesiącach wartości zobowiązań wobec ZUS ulegały zwiększeniu. Biegły wskazał, że w myśl art. 11 ust. 1 prawa upadłościowego dłużnika uznaje się za niewypłacalnego jeżeli nie wykonuje swoich wymaganych zobowiązań pieniężnych. W myśl art. 11 ust 2 dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje osobowość prawną, uważa się za niewypłacalnego także wówczas, gdy zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas gdy na bieżąco zobowiązania te wykonuje. Istnieją zatem dwie, niezależne podstawy niewypłacalności. Pierwszym kryterium odnoszącym się do wszystkich dłużników jest zatem niewykonywanie przez dłużnika wymaganych zobowiązań pieniężnych. Przyjmuje się, że wierzytelność jest wymagana jeśli nadszedł termin świadczenia, bowiem od tej daty wierzyciel może domagać się spełnienia świadczenia, które dłużnik musi spełnić. Biorąc pod uwagę stan przeterminowanych zobowiązań wobec ZUS (wydruk na dzień 15.12.2014 r.) spółka osiągnęła stan niewypłacalności 16 czerwca 2005 r. Wówczas stan zobowiązań, które nie zostały uregulowane wyniósł 727,28 zł a więc nastąpiło trwałe, całkowite zaprzestanie spłaty zobowiązań. Biegły podkreślił, że o fakcie problemów płatniczych spółki świadczą również wszczęte egzekucje komornicze w sprawach sygn. III Km 1847/03, III Km 191/07, III Km 1797/06, III Km 1773/06, III Km 1441/06, III Km 232/07. Zdaniem biegłego ze względu na niewypłacalność spółki rozumianą jako brak wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań wnioski o ogłoszenie upadłości powinien być złożony we wrześniu 2005 r. Zdaniem biegłego do końca grudnia 2012 r. nie była spełniona druga przesłanka zgłoszenia wniosku o upadłość a mianowicie, że zobowiązania spółki przekroczyły wartość jej majątku. Taka sytuacja w tym okresie nie miała miejsca bowiem kapitał własny spółki był dodatni. Dopiero na koniec 2013 r. kapitał własny spółki był ujemny (-142 000 zł), tzn., że wartość księgową majątku (aktywów) była niższa od zobowiązań. Oznacza to, że z jej majątku nie można byłoby spłacić wszystkich długów (zobowiązań). Właściwy czas na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości ze względu na fakt wyższych zobowiązań od wartości majątku przypadał najpóźniej w marcu 2014 r. Wówczas zakończone zostały prace nad sporządzeniem sprawozdania finansowego za 2013 r. i była znana informacja, iż kapitał własny był ujemny (opinie biegłego k. 95-136, 157-163, 193odw. akt).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego subiektywne przekonanie członka zarządu, iż mimo podstaw do ogłoszenia upadłości spółce uda się jeszcze poprawić kondycję finansową, przekonanie, że niespłacanie długów jest spowodowane przejściowymi trudnościami, nie ma znaczenia dla oceny przesłanki egzoneracyjnej członka zarządu od odpowiedzialności za zaległości składkowe spółki, jeżeli nie jest poparte obiektywnymi faktami uzasadniającymi ocenę, iż spółka rzeczywiście miała szansę, w możliwym do przewidzenia, krótkim czasie, uzyskać środki na spłatę długów, co uzasadniałoby wstrzymanie się z wnioskiem o upadłość. Inaczej mówiąc, brak winy w niezgłoszeniu wniosku o upadłość nie może polegać na samej nadziei na wpływy i zyski (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 15.12.2015 r., sygn. akt III UK 39/15).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego zawarty w apelacji wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii uzupełniającej biegłego na okoliczność jak w piśmie procesowym z 17 października 2017 r. (k. 267-268) był bezzasadny. Wierzytelności spółki wskazywane przez skarżącego nie dają podstaw do przyjęcia, że stanowią one majątek, z którego faktycznie egzekucja jest możliwa, w rozumieniu art. 116 Ordynacji podatkowej. Słusznie wskazuje organ rentowy w odpowiedzi na apelację, że biegły może wypowiadać się co do zaistniałych zdarzeń a nie wysuwać wnioski na podstawie założeń teoretycznych. Przedstawione wierzytelności nie są bowiem wymagalne i nie zostały potwierdzone orzeczeniami sądowymi. Nie ma pewności czy dłużnicy są wypłacalni.

Z tych też względów, na mocy art. 385 k.p.c. apelacja podlegała oddaleniu.

O kosztach zastępstwa procesowego należnych organowi rentowemu w postępowaniu apelacyjnym Sąd orzekł w myśl zasady odpowiedzialności za wynik sprawy, na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c., zasądzając od skarżącej na rzecz organu rentowego minimalną stawkę wynagrodzenia pełnomocnika występującego w drugiej instancji – 1800 zł, określoną w § 8 pkt 5 w zw. z § 16 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia

Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w brzmieniu obowiązującym od 13 października 2017 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 1804).

SSA Alicja Sołowińska SSA Dorota Elżbieta Zarzecka SSA Barbara Orechwa-Zawadzka