

Sygn. akt III AUa 39/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 czerwca 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Bożena Grubba
Sędziowie:	SSA Alicja Podlewska (spr.) SSA Lucyna Ramlo
Protokolant:	sekretarz sądowy Sylwia Gruba

po rozpoznaniu w dniu 5 czerwca 2019 r. w Gdańsku

sprawy K. P.

z udziałem A. S. oraz (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w M.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w S.

o przeniesienie odpowiedzialności za zobowiązania spółki na członka zarządu

na skutek apelacji K. P.

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku VII Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 31 października 2018 r., sygn. akt VII U 1105/15

1. oddala apelację;
2. zasądza od K. P. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w S. kwotę 240,00 (dwieście czterdzieści 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za II instancję.

SSA Alicja Podlewska SSA Bożena Grubba SSA Lucyna Ramlo

Sygn. akt III AUa 39/19

UZASADNIENIE

Decyzją z 23 grudnia 2014 roku Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w S. orzekł, że ubezpieczony K. P. jako członek zarządu (...) S.A.

z siedzibą w M. odpowiada całym swoim majątkiem solidarnie za jej zaległości jako płatnik składek z tytułu należności składkowych na:

1. ubezpieczenia społeczne w łącznej kwocie 181.973,59 zł:
 - 135.917,59 zł z tytułu nieopłaconych składek za grudzień 2011 roku,
 - 46.056,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 23 grudnia 2014 roku,
2. ubezpieczenie zdrowotne w łącznej kwocie 51.550,16 zł:
 - 38.503,16 zł z tytułu nieopłaconych składek za grudzień 2011 roku,
 - 13.047,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 23 grudnia 2014 roku,
3. Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych w łącznej kwocie 16.038,92 zł:
 - 11.979,92 zł z tytułu nieopłaconych składek za grudzień 2011 roku,
 - 4.059,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 23 grudnia 2014 roku,
4. Fundusz Emerytur Pomostowych w łącznej kwocie 5.247,65 zł:
 - 3.919,65 zł z tytułu nieopłaconych składek za grudzień 2011 roku,
 - 1.328,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 23 grudnia 2014 roku.

W odwołaniu od powyższej decyzji ubezpieczony K. P. domagał się jej zmiany poprzez ustalenie, że nie odpowiada on całym swoim majątkiem solidarnie za niezapłacone przez płatnika składek (...) S.A. z siedzibą w M. ww. zaległości oraz wniósł o zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów postępowania wg norm przepisanych, w tym kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów zastępstwa procesowego.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany wniósł o jego oddalenie oraz o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. Jednocześnie podtrzymał stanowisko oraz argumentację zaprezentowane w zaskarżonej decyzji.

Postanowieniem z 24 listopada 2015 roku Sąd Okręgowy wezwał do udziału w sprawie w charakterze zainteresowanych: (...)S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w M. oraz A. S..

Sąd Okręgowy w Gdańsku VII Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z 31 października 2018 r., sygn. akt VII U 1105/15:

1. zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że stwierdził, iż K. P. jako członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...)S.A. z siedzibą w M. nie odpowiada całym swoim majątkiem solidarnie za jej zaległości jako płatnika składek z tytułu należnych odsetek za okres od dnia 4 marca 2013 r. do dnia 23 grudnia 2014 r., od należności składkowych na:
 - ubezpieczenia społeczne w wysokości 135.917,59 zł (sto trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset siedemnaście złotych 59/100),
 - ubezpieczenia zdrowotne w wysokości 38.503,16 zł (trzydzieści osiem tysięcy pięćset trzy złote 16/100),
 - Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych w wysokości 11.979,92 zł (jedenaście tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt dziewięć złotych 92/100),
 - Fundusz Emerytur Pomostowych w wysokości 3.919,65 zł (trzy tysiące dziewięćset dziewięćnaście złotych 65/100);

2. w pozostałym zakresie oddalił odwołanie;

3. odstąpił od obciążania K. P. kosztami zastępstwa procesowego należnymi pozwanemu organowi rentowemu.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny.

(...) S.A. z siedzibą w M. jest wpisana do rejestru przedsiębiorców pod numerem KRS (...). Wspólnikiem posiadającym 100% akcji spółki jest (...), zaś uprzednio takim wspólnikiem był (...)S.A. w B..

Działalność gospodarcza (...) S.A. z siedzibą w M. polegała na produkcji i sprzedaży kontenerów morskich. Większość produkcji przeznaczona była na eksport i kierowana do zagranicznych kontrahentów, którymi byli pośrednicy w międzynarodowym handlu. Liczbę odbiorców spółki stanowiły 2 – 3 podmioty.

Na dzień 31 grudnia 2009 roku aktywa (...) S.A. z siedzibą w M. wyniosły kwotę 18.419.905,13 zł, zaś zobowiązania i rezerwy kwotę 15.022.388,30 zł.

Sprawozdanie spółki za 2009 rok badał niezależny biegły rewident z (...)Sp. z o.o. w P., który wskazał, że sytuacja finansowa spółki jest bardzo trudna, została spowodowana wypowiedzeniem przez bank kredytu i jego spłatą w kwocie 600.000 Euro oraz silnym uzależnieniem od jednego odbiorcy, z którym spółka nie przedłużyła umowy.

Uchwałą Rady Nadzorczej (...) S.A. z siedzibą w M. nr (...) ubezpieczony K. P. został w dniu 23 marca 2010 roku powołany na stanowisko prezesa zarządu spółki.

Jednocześnie spółka zawarła z ubezpieczonym umowę o pracę na stanowisku prezesa zarządu, w pełnym wymiarze czasu pracy, począwszy od 29 marca 2010 roku.

W 2009 roku (...)S.A. utraciła kontrakt z głównym odbiorcą. W 2010 roku spółka miała problemy finansowe, wynikające z braku zamówień. Dostawcą materiałów do spółki była wówczas (...). Z powodu braku zamówień na realizację konstrukcji stalowych spółka miała problemy z płatnościami dla (...) za dostawy towarów.

Na dzień 31 grudnia 2010 roku aktywa (...) S.A. z siedzibą w M. wyniosły kwotę 18.449.821,79 zł, zaś zobowiązania i rezerwy kwotę 19.086.465,84 zł.

Zgodnie z uchwałą nr (...) Zwyczajnego Walnego Zgromadzenia Akcjonariuszy stratę za 2010 rok spółka pokryła z kapitału zapasowego w kwocie 2.334.031,92 zł oraz z zysku z lat przyszłych w kwocie 1.662.688,96 zł.

Poziom zadłużenia spółki na dzień 31 grudnia 2010 roku wobec (...)S.A. w B. wyniósł kwotę 12.983.275,74 zł, co stanowiło 68% wszystkich zobowiązań spółki.

W dniu 24 stycznia 2011 roku (...) S.A. zawarła z (...)S.A. w B. porozumienie w sprawie restrukturyzacji zadłużenia, wynoszącego na dzień 31 grudnia 2010 roku kwotę 6.553.399,87 zł. Strony spłatę wierzytelności przysługującej (...) S.A. rozłożyły na okres 10 lat, płatnych w miesięcznych ratach, począwszy od lutego 2012 roku.

W dniu 25 stycznia 2011 roku Nadzwyczajne Walne Zgromadzenie Akcjonariuszy spółki podwyższyło kapitał zakładowy spółki z kwoty 7.708.500 zł o kwotę 6.000.000 zł, tj. do kwoty 13.708.500 zł.

W dniu 26 stycznia 2011 roku spółka zawarła z (...) S.A. porozumienie w przedmiocie potrącenia wzajemnych wierzytelności oraz objęcia akcji w podwyższonym kapitale zakładowym w ramach subskrypcji prywatnej.

Kapitał w spółce został podwyższony o kwotę 6.000.000 zł.

W dniu 28 września 2011 roku (...) S.A. zbyła na rzecz (...) S.A. w Ł. siedzibę swojego przedsiębiorstwa, tj. nieruchomości zlokalizowaną w M. przy ul. (...), za cenę 2.100.000,00 zł, przy czym nieruchomość ta obciążona była hipoteką umowną w kwocie 3.000.000,00 zł.

Na dzień 31 grudnia 2011 roku aktywa (...) S.A. z siedzibą w M. wyniosły kwotę 6.821.382,27 zł, zaś zobowiązania i rezerwy kwotę 10.576.147,81 zł.

Sprawozdanie finansowe za 2011 rok potwierdziło nadwyżkę zobowiązań ponad majątek spółki w kwocie 3.754.765,54 zł.

Stan powyższy był znany zarządowi spółki pod koniec listopada 2011 roku, po zamknięciu ksiąg rachunkowych za październik 2011 roku.

Wartość kapitału na koniec listopada 2011 roku oscylowała wokół ujemnej kwoty 732.527,50 zł.

Sprawozdanie spółki za 2011 rok badali niezależni biegli rewidenci z (...)Sp. z o.o. w P., którzy stwierdzili, że faktyczna likwidacja spółki rozpoczęła się w 2011 roku, tj. we wrześniu 2011 roku spółka sprzedała wszystkie nieruchomości wycenione przez rzeczoznawcę, w październiku 2011 roku spółka sprzedała maszyny i urządzenia, w oparciu o uchwałę Rady Nadzorczej, wyrażającej zgodę na sprzedaż, przy czym strata na sprzedaży tego majątku spółki wyniosła kwotę 6.095.883,45 zł oraz od listopada 2011 roku spółka prowadziła działalność na wynajętym majątku ruchomym i nieruchomym, przy czym umowy dzierżawy spółka rozwiązała z dniem 31 grudnia 2011 roku.

Za 2011 rok spółka nie wygenerowała zysku ze sprzedaży.

Zobowiązania spółki przekroczyły wartość aktywów.

Strata ze sprzedaży majątku spowodowała powstanie nadwyżki zobowiązań ponad wartość majątku spółki.

Stan kapitałów własnych spółki na dzień 31 sierpnia 2011 roku wyniósł 3.545.000 zł, przy czym w okresie od stycznia 2011 roku do sierpnia 2011 roku spółka wygenerowała dodatni wynik finansowy tylko w marcu 2011 roku. W pozostałych miesiącach wykazała straty. Strata z tytułu sprzedaży majątku trwałego w kwocie 6.313.000 zł obniżyła wartość przedsiębiorstwa i wpłynęła na obniżenie wartości majątku i wykazanie ujemnych kapitałów.

Sprzedaż majątku wpłynęła na poprawę wskaźników rentowności spółki, gdyż od września 2011 roku do listopada 2011 roku miesięczne wyniki spółki na sprzedaży były dodatnie. Polepszenie wyniku spowodowane było m.in. brakiem amortyzacji majątku, który został sprzedany ze stratą. Koszty najmu majątku były niższe niż ustalone odpisy amortyzacyjne, co wygenerowało krótkotrwały dodatni wynik.

Ostateczny wynik netto spółki za grudzień 2011 roku był ujemny.

W 2011 roku, w związku z pogarszającą się sytuacją finansową, spółka korzystała z polskiego pośrednika w obrocie kontenerami celem uzyskania środków obrotowych na realizację kontraktów.

W dniu 31 stycznia 2012 roku uchwałą nr (...) Rada Nadzorcza spółki odwołała ubezpieczonego K. P. ze stanowiska prezesa zarządu i równocześnie wypowiedziała ubezpieczonemu umowę o pracę, z zachowaniem dwutygodniowego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na dzień 18 lutego 2012 roku.

Z dniem 29 lutego 2012 roku Rada Nadzorcza (...) S.A. powołała zainteresowanego A. S. na stanowisko prezesa zarządu spółki. Następnie A. S. został likwidatorem spółki.

Na dzień 31 grudnia 2012 roku aktywa (...)S.A. z siedzibą w M. wyniosły kwotę 724.746,21 zł, zaś zobowiązania i rezerwy kwotę 2.476.793,27 zł.

W dniu 14 marca 2012 roku zainteresowany A. S. złożył wiosek o ogłoszenie upadłości (...)S.A.

W powyższym wniosku zainteresowany wskazał, iż istotne znaczenie dla sytuacji finansowej spółki miał fakt ogłoszenia upadłości przez głównego wierzyciela spółki (...)S.A., z którym spółka prowadził negocjacje, które w chwili składania wniosku nie doprowadziły do ostatecznego rozwiązania. W związku z nieuregulowaną sytuacją z głównym wierzycielem z początkiem roku wstrzymane zostały zlecenia na produkcję kontenerów i wypowiedziane zostały umowy na korzystanie z majątku.

W dniu 25 kwietnia 2012 roku (...) S.A. zawarła z (...)S.A. w upadłości likwidacyjnej kolejne porozumienie w zakresie spłaty wierzytelności w kwocie 1.400.000 zł po uwzględnieniu potrącenia kwoty 1.886.123,35 zł.(...) S.A., zgodnie z porozumieniem, dokonała w dniu 25 kwietnia 2012 roku spłaty należności, co wyczerpało wzajemne roszczenia stron.

Na dzień 4 lipca 2012 roku spółka nie prowadziła działalności gospodarczej, jej siedziba mieściła się w M., przy ul. (...), w dwóch pokojach wynajętych od (...), z czynszem w kwocie ok. 1.800 zł miesięcznie oraz nie miała majątku nieruchomości, środków transportowych. Spółka posiadała wierzytelności w kwocie ok. 140.000 Euro wobec kontrahenta holenderskiego, przy czym nie zostały one stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądowym.

Postanowieniem z 4 marca 2013 roku Sąd Rejonowy w Słupsku VI Wydział Gospodarczy, wydanym w sprawie prowadzonej pod sygn. akt VI GU 17/12, ogłosił upadłość (...)Spółki Akcyjnej w M., obejmującą likwidację majątku dłużnika oraz wyznaczył syndyka w osobie W. S..

Syndyk Masy Upadłości (...) Spółki Akcyjnej w M. pismem z 18 marca 2013 roku wniósł o umorzenie postępowania upadłościowego spółki z uwagi na brak środków w masie upadłości umożliwiających pokrycie kosztów postępowania.

We wniosku powyższym syndyk wskazał, że spółka nie posiada środków finansowych na rachunkach bankowych oraz w kasie, nie ma żadnych nieruchomości, posiada nakaz zapłaty przeciwko swemu dłużnikowi (...) na kwotę 552.000 zł, jednakże wniesiony przez dłużnika sprzeciw od nakazu zapłaty uznała za zasadny. Jedynym nadającym się do spieniężenia składnikiem majątku jest kształtownik stalowy zimnogięty 120x60x6, sztuk 24, o wadze 4.500 kg i wartości rynkowej 4.000 zł.

Postanowieniem z 26 lipca 2013 roku, wydanym w sprawie prowadzonej pod sygn. akt VI GU p 7/13, Sąd Rejonowy w Słupsku VI Wydział Gospodarczy umorzył postępowanie upadłościowe z uwagi na brak środków na pokrycie dalszych kosztów postępowania upadłościowego.

Prawomocnym wyrokiem z 28 kwietnia 2016 roku, sygn. akt IX GC 742/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku Wydział IX Gospodarczy zasądził od (...)z siedzibą w D. (Holandia) na rzecz (...)Spółki Akcyjnej w likwidacji z siedzibą w M. kwotę 125.417,82 Euro z odsetkami ustawowymi od 24 maja 2012 roku do dnia zapłaty.

Pozwany organ rentowy nie prowadził postępowania egzekucyjnego z wierzytelności stwierdzonej ww. wyrokiem.

Płatnik składek(...) S.A. z siedzibą w M. nie uiścił należności składkowych na:

1) ubezpieczenia społeczne w łącznej kwocie 181.973,59 zł:

- 135.917,59 zł z tytułu nieopłaconych składek za grudzień 2011 roku,

- 46.056,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 23 grudnia 2014 roku,

2) ubezpieczenie zdrowotne w łącznej kwocie 51.550,16 zł:

- 38.503,16 zł z tytułu nieopłaconych składek za grudzień 2011 roku,

- 13.047,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 23 grudnia 2014 roku,

3) Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych w łącznej kwocie 16.038,92 zł:

- 11.979,92 zł z tytułu nieopłaconych składek za grudzień 2011 roku,

- 4.059,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 23 grudnia 2014 roku,

4) Fundusz Emerytur Pomostowych w łącznej kwocie 5.247,65 zł:

- 3.919,65 zł z tytułu nieopłaconych składek za grudzień 2011 roku,

- 1.328,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 23 grudnia 2014 roku.

Z powyższych względów pozwany w dniu 23 grudnia 2014 roku wydał zaskarżoną decyzję.

Postępowanie egzekucyjne prowadzone przeciwko spółce z tytułu nieuregulowanych należności składkowych okazało się bezskuteczne.

Postanowieniem z 12 kwietnia 2013 roku dyrektor Oddziału ZUS w S. umorzył postępowanie egzekucyjne prowadzone w stosunku do spółki na podstawie tytułów wykonawczych na należności pieniężne z tytułu składek z uwagi na ogłoszenie upadłości obejmującej likwidację majątku.

Pismem z 23 kwietnia 2013 roku pozwany zgłosił wierzytelności z tytułu nieopłaconych składek sędziemu komisarzowi w Sadzie Rejonowym w Słupsku Wydział VI Gospodarczym.

Pozwany ustalił, iż spółka nie figuruje w Centralnej Bazie Danych Ksiąg Wieczystych jako właściciel nieruchomości oraz w Centralnej Ewidencji Pojazdów.

Sąd Okręgowy wskazał, że stan faktyczny ustalił na podstawie dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy, w tym w aktach ubezpieczeniowych ZUS, aktach kontroli ZUS, aktach spraw o sygn. IX GC 742/13, GUp-7/13. Podstawę ustaleń faktycznych stanowiła również opinia biegłego sądowego z zakresu rachunkowości. Sąd I instancji uznał nadto za wiarygodne wyjaśnienia ubezpieczonego K. P. oraz zainteresowanego A. S. przesłuchanych w charakterze stron - w zakresie, w jakim znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym. Sąd nie dał wiary ubezpieczonemu K. P. w zakresie twierdzeń o niewyczerpaniu przez ZUS wszystkich możliwości uzyskania zaległości od spółki. Twierdzenia te są gołosłowne. Postępowanie dowodowe w sprawie wykazało, że na dzień wydania zaskarżonej decyzji spółka nie miała środków finansowych, nieruchomości, ruchomości. Wierzytelności spółki wobec podmiotu holenderskiego natomiast nie były wówczas stwierdzone prawomocnym wyrokiem.

Przechodząc do rozważań merytorycznych, Sąd Okręgowy przywołał treść przepisu art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1778), zgodnie z którym do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio przepis art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 201 ze zm.). Stosownie natomiast do treści art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, 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. Zatem do składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i ubezpieczenie zdrowotne odpowiednie zastosowanie znajduje art. 31 ww. ustawy, a w konsekwencji odpowiednie zastosowanie mają również wymienione w nim przepisy Ordynacji podatkowej, w tym przepisy o odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania podatkowe (por. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2008 r., sygn. akt II UZP 1/08 oraz z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt II UZP 3/08, niepubl.).

Sąd I instancji wskazał również, że przepis art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej stanowi, iż 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 w tym czasie zostało otwarte postępowanie restrukturyzacyjne w rozumieniu ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. z 2016 r. poz. 1574, 1579, 1948 i 2260) albo zatwierdzono układ w postępowaniu o zatwierdzenie układu, o którym mowa w ustawie z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne, albo

b) niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło bez jego winy;

2) nie wskazuje mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części.

W myśl przepisu § 2 ww. art. 116 Ordynacji podatkowej, odpowiedzialność członków zarządu, określona w § 1, obejmuje zaległości podatkowe (należności z tytułu składek) z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu. Stosownie do treści § 4 art. 116, przepisy § 1-3 stosuje się również do byłego członka zarządu oraz byłego pełnomocnika lub współnika spółki w organizacji.

Powołany powyżej przepis zakreśla ramy normatywne osobistej odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej za składki ubezpieczeniowe, których spółka ta nie uregulowała. Odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe (składkowe) występuje więc w sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania podatkowego (składkowego) przez podatnika (płatnika). Odpowiedzialność ta, jako uzależniona od istnienia zobowiązania podatkowego podatnika, powoduje, że ma ona charakter akcesoryjny i następczy, gdyż nie może powstać bez uprzedniego powstania obowiązku w stosunku do pierwotnego dłużnika. Jest to także odpowiedzialność subsydiarna, biorąc pod uwagę, że wierzyciel podatkowy (składkowy), nie ma swobody w kolejności zgłaszania roszczenia do podatnika lub osoby trzeciej, lecz w pierwszej kolejności musi dochodzić należności od podatnika.

Do pozytywnych przesłanek odpowiedzialności członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania należą: bezskuteczność egzekucji z majątku spółki oraz powstanie zaległości w czasie pełnienia obowiązków przez członka zarządu.

Natomiast przesłanki negatywne tej odpowiedzialności zdefiniowane zostały następująco: wykazanie, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub w tym czasie zostało otwarte postępowanie restrukturyzacyjne albo zatwierdzono układ w postępowaniu o zatwierdzenie układu albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz nastąpiło bez winy członka zarządu, jak również wskazanie mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości spółki w znacznej mierze.

Sąd Okręgowy zaakcentował przy tym, że w sprawach tego rodzaju na organie rentowym spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności pozytywnych, natomiast członek zarządu – aby uwolnić się od odpowiedzialności – powinien wykazać którąkolwiek z okoliczności negatywnych wskazanych powyżej (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26 października 2005 r., sygn. akt I FSK 30/05; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 14 września 2005 r., sygn. akt I FSK 2062/04).

W ocenie Sądu I instancji, w niniejszej sprawie pozwany bezspornie wykazał tzw. pozytywne przesłanki zawarte w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, wymagane do orzeczenia o odpowiedzialności członka zarządu, tj. istnienie zaległości z tytułu nieuiszczenia składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych oraz Fundusz Emerytur Pomostowych za grudzień 2011 roku, pełnienie przez ubezpieczonego K. P.

funkcji prezesa zarządu w (...)S.A. z siedzibą w M. w czasie upływu terminu płatności zobowiązań objętych decyzją ZUS z 23 grudnia 2014 roku oraz bezskuteczność egzekucji skierowanej do majątku tej spółki.

Zdaniem Sądu Okręgowego, nie może budzić wątpliwości w sprawie niniejszej, że spółka posiada zaległości z tytułu składek na ubezpieczenia za okres wymieniony w zaskarżonej decyzji, tj. za grudzień 2011 roku. Okoliczność ta nie była kwestionowana w toku postępowania, samo istnienie zaległości składkowych i ich wysokość nie były podważane w toku postępowania. Spełniona więc została podstawowa przesłanka, o której mowa w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej.

Sąd I instancji stwierdził, że odpowiedzialność za nieopłacone składki na ubezpieczenia społeczne, zgodnie z art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, członek zarządu może ponieść tylko wówczas, gdy pełnił obowiązki członka zarządu w czasie, w którym zaległości z tytułu składek powstały. W ugruntowanym orzecznictwie przyjmuje się, że użyte w treści art. 116 ordynacji podatkowej sformułowanie „pełnienie” obowiązków członka zarządu, a nie ich „wykonywanie” oznacza, iż chodzi o zajmowanie stanowiska od momentu powołania do dnia odwołania. Wskazując na cel przepisu, który konstruuje odpowiedzialność członka zarządu o charakterze odszkodowawczym podkreślić należy, że podstawą powstania tej odpowiedzialności jest sam fakt bycia członkiem zarządu. Przesłanka ta z racji wykładni systemowej winna być ustalana w oparciu o obiektywnie istniejące kryteria - spełnienie formalnych warunków „pełnienia funkcji członka zarządu”. Pełnienie funkcji członka zarządu jest bowiem funkcją dobrowolną, wymagającą zgody osoby powołanej na to stanowisko, przy tym członek zarządu może też zrezygnować w każdym czasie ze swojej funkcji (art. 202 § 5 k.s.h. i art. 369 § 6 k.s.h.).

Charakter prawny funkcji członka zarządu oznacza nie tylko obowiązek wykonywania czynności zarządzających (obowiązek wykonywania powierzonych zadań), ale też zwiększony zakres odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności za skutki działań kierowanej spółki, a więc i skutki działań osób dopuszczonych do faktycznego zarządzania spółką. Inne rozumienie tego przepisu zawężające pojęcie „pełnienia obowiązków” tylko do faktycznych czynności członka zarządu prowadziłyby do wyłączenia jego odpowiedzialności w przypadku niewykonywania tych czynności z powodu ustanowienia pełnomocnika lub prokurenta. Przy czym pełnomocnik i prokurent również nie ponosiliby tej odpowiedzialności, ponieważ nie ma takich podstaw prawnych.

Ze względu na taki charakter funkcji członka zarządu nie ma uzasadnienia, aby art. 116 ordynacji podatkowej interpretować wąsko, przyjmując odpowiedzialność członka zarządu za zaległości spółki jedynie w takich przypadkach, gdy członek zarządu faktycznie kierował spółką (wyrok Sądu Najwyższego z 9 października 2006 roku, w sprawie II UK 47/06, a także wyrok NSA z 8 lipca 2010 roku w sprawie II FSK 336/09; wyrok NSA z 23 listopada 2010 roku w sprawie I FSK 2082/09, wyrok NSA z 19 lutego 2013 roku, w sprawie I GSK 239/12).

Sąd Okręgowy uznał, że w analizowanej sprawie pozwany niewątpliwie trafnie ustalił, że od 23 marca 2010 roku do 31 stycznia 2012 roku ubezpieczony pełnił funkcję prezesa zarządu, a skoro tak, koniecznym było wykazanie, że wszczęta przeciwko spółce egzekucja okazała się bezskuteczna.

Sąd podkreślił, że powyższe jest o tyle znaczące, że niedopuszczalne jest obciążanie osoby sprawującej funkcję członka zarządu odpowiedzialnością za zaległości spółki z tytułu składek bez przeprowadzenia formalnej egzekucji zakończonej niezaspokojeniem wierzyciela. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 13 maja 2009 r., (sygn. akt I UZP 4/09, Biul.SN 2009/5/22) wskazał, iż bezskuteczność egzekucji z majątku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, o której mowa w art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa w zw. z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, może być stwierdzona wyłącznie w postępowaniu w sprawie egzekucji należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, poprzedzającym wydanie decyzji o odpowiedzialności członka zarządu spółki za te należności. W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy wyjaśnił, iż przewidzianą w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej przesłankę „bezskutecznej egzekucji” rozumieć należy jako sytuację, w której nie ma jakichkolwiek wątpliwości, iż nie zachodzi żadna możliwość zaspokojenia egzekwowanej wierzytelności z jakiegokolwiek części majątku spółki. Konieczne jest więc wszczęcie postępowania egzekucyjnego, w toku którego taka bezskuteczność zostanie stwierdzona. Bezskuteczność egzekucji należności składkowych jako

przesłanka odpowiedzialności członków zarządu za te zobowiązania spółki musi więc zostać potwierdzona przez organ ubezpieczeń społecznych przed wydaniem decyzji w tym przedmiocie. Sąd Najwyższy wskazał jednocześnie, że jeżeli chodzi o problem możliwości wykazywania bezskuteczności egzekucji już po wszczęciu postępowania egzekucyjnego, to dowodem na tę okoliczność jest przede wszystkim wydane po przeprowadzeniu postępowania egzekucyjnego przez organ egzekucyjny postanowienie o umorzeniu postępowania z uwagi na bezskuteczność egzekucji (art. 59 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym, art. 824 k.p.c.). Stan bezskuteczności egzekucji może być jednak stwierdzony również w toku egzekucji administracyjnej

lub sądowej. Bezskuteczność egzekucji rozumiana jako brak możliwości przymusowego zaspokojenia wierzyciela publicznoprawnego w toku wszczętej i przeprowadzonej przez organ egzekucyjny egzekucji skierowanej do majątku spółki może być wykazana nie tylko na podstawie postanowienia o umorzeniu postępowania egzekucyjnego, ale także w inny sposób. Znajduje to potwierdzenie zarówno w wykładni językowej art. 116 § 1 Ordynacji, z którego nie wynikają żadne wymogi co do formalnego stwierdzenia bezskuteczności egzekucji z majątku spółki, jak i wykładni systemowej, opartej na analizie art. 59 § 1 i 2 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym. Okoliczność nieuzyskania w toku postępowania egzekucyjnego dotyczącego należności pieniężnej kwoty przewyższającej wydatki egzekucyjne, czyli faktyczna bezskuteczność egzekucji, nie stanowi bowiem obligatoryjnej, a jedynie fakultatywną przesłankę umorzenia postępowania egzekucyjnego. Bezskuteczność egzekucji stwierdza się zatem na podstawie okoliczności wynikających z czynności przeprowadzonych w postępowaniu egzekucyjnym, a udowodnienie spełnienia tej przesłanki należy do organu ubezpieczeń społecznych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Sąd Okręgowy wskazał, iż pozwany bezspornie wykazał bezskuteczność egzekucji z majątku (...) S.A. z siedzibą w M.. Pozwany ustalił, iż spółka nie figuruje w Centralnej Bazie Danych Ksiąg Wieczystych jako właściciel nieruchomości oraz w Centralnej Ewidencji Pojazdów. Postanowieniem z 12 kwietnia 2013 roku dyrektor Oddziału ZUS w S. umorzył postępowanie egzekucyjne prowadzone w stosunku do spółki na podstawie tytułów wykonawczych na należności pieniężne z tytułu składek z uwagi na ogłoszenie upadłości obejmującej likwidację majątku. Natomiast pismem z 23 kwietnia 2013 roku pozwany zgłosił wierzytelności z tytułu nieopłaconych składek sędziemu komisarzowi w Sądzie Rejonowym w Słupsku Wydział VI Gospodarczym. Z uwagi na brak środków wystarczających do prowadzenia postępowania likwidacyjnego zostało ono ostatecznie umorzone.

Dodatkowo Sąd Okręgowy podkreślił, że spółka nie dysponowała żadnym majątkiem, z którego możliwym było wyegzekwowanie zaległych należności publicznoprawnych.

Nie była właścicielem ruchomości przedstawiających wartość majątkową oraz nieruchomości.

Bezspornie zatem uprawnionym był wniosek, że egzekucja z majątku spółki była bezskuteczna. Pozwany podjął stosowną inicjatywę zmierzającą do zaspokojenia wierzytelności składkowych i w sprawie przeprowadzone zostały wszelkie niezbędne działania mające na celu ustalenie składników majątkowych spółki, z których mogłaby zostać przeprowadzona egzekucja.

Sąd I instancji miał na względzie, że w judykaturze wskazuje się, iż podstawowym sposobem wykazania bezskuteczności egzekucji jest postanowienie o umorzeniu postępowania egzekucyjnego, co jednak nie wyklucza wykazania tej okoliczności w inny sposób, który nie podaje w wątpliwość oceny, że środki majątkowe podmiotu, który wszczął procedurę upadłościową nie wystarczą na zaspokojenie istotnej części jego długów (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 05.06.2014 r., I UK 437/13, Lex nr 1483947; uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z 13.05.2009 r., I UZP 4/09, Lex nr 512467).

Przystępując do analizy negatywnych przesłanek odpowiedzialności ubezpieczonego K. P. - których wykazanie należało do niego jako prezesa zarządu, pełniącego wskazaną funkcję w okresie wymienionym w zaskarżonej decyzji, tj. w miesiącu grudniu 2011 roku - Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż nie zaszła żadna z okoliczności uwalniających ubezpieczonego od odpowiedzialności za zobowiązania spółki wobec pozwanego.

W ocenie Sądu I instancji ubezpieczony nie wykazał, iż we właściwym czasie zgłosił wniosek o ogłoszenie upadłości lub w tym czasie zostało otwarte postępowanie restrukturyzacyjne albo zatwierdzono układ w postępowaniu o zatwierdzenie układu oraz że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło bez jego winy.

Zgodnie z treścią art. 11 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 2344) dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Dotyczy to tak zobowiązań cywilnoprawnych, jak i publicznoprawnych. Z istoty porządku prawnego wynika, że każdy powinien wykonywać swe wymagalne zobowiązania w terminie. Zasada ta obowiązuje wszystkich. Tym bardziej musi obowiązywać przedsiębiorców. Dla potrzeb postępowania upadłościowego przyjęto jednak, że niewypłacalność jako podstawa ogłoszenia upadłości jest wtedy, gdy dłużnik nie wykonuje swych wymagalnych zobowiązań pieniężnych.

Jak wyjaśniał Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 5 marca 2015 r. (II FSK 249/13, LEX nr 1666147) dla określenia, czy dłużnik jest niewypłacalny nieistotne jest też, czy nie wykonuje wymagalnych zobowiązań pieniężnych, czy też niepieniężnych. Niewykonywanie zarówno jednych, jak i drugich powoduje, że dłużnik jest niewypłacalny w rozumieniu art. 11 ust. 1 ustawy prawo upadłościowe. Nieistotny też jest rozmiar niewykonywanych przez dłużnika zobowiązań. Nawet niewykonywanie zobowiązań o niewielkiej wartości oznacza jego niewypłacalność w rozumieniu art. 11 ww. ustawy. Co najwyżej można w takim przypadkach oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 12 ww. ustawy. Dla określenia stanu niewypłacalności bez znaczenia też jest przyczyna niewykonywania zobowiązań. Niewypłacalność istnieje nie tylko wtedy, gdy dłużnik nie ma środków, lecz także wtedy, gdy dłużnik nie wykonuje zobowiązań z innych przyczyn. Niewypłacalność dłużnika istnieje zawsze, gdy nie wykonuje on swoich wymagalnych zobowiązań.

Ocena zawinienia, bądź braku zawinienia ubezpieczonego K. P.

w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości wymagała, jak wskazał Sąd Okręgowy, ustalenia daty, w której winien zostać najpóźniej zgłoszony stosowny wniosek. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 2 października 2008 r. (I UK 39/08, OSNP 2010/7-8/97) winę lub brak winy członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości lub o wszczęcie postępowania układowego należy bowiem oceniać w odniesieniu do chwili, w której powstał obowiązek zgłoszenia takiego wniosku.

Przywołane wyżej pojęcie "zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie" zostało szeroko i wyczerpująco wyjaśnione w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 4 października 2011 r. (sygn. akt I UK 113/11, OSNP 2012/23-24/293, Lex 1230275). Poczynione tamże rozważania Sąd Okręgowy podzielił w całości, powtarzając za Sądem Najwyższym, że określając moment zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości ustawa posługuje się elastycznym i niedookreślonym zwrotem "we właściwym czasie". Użycie przez ustawodawcę takiego określenia i brak odesłania do przepisów Prawa upadłościowego nie jest przypadkowe. Oceny zatem, czy złożenie wniosku o upadłość nastąpiło we właściwym czasie należy dokonywać w okolicznościach indywidualnego przypadku biorąc pod uwagę, że powinno to nastąpić w takim momencie, aby chronić zagrożone interesy wierzycieli tak, by po ogłoszeniu upadłości mieli możliwość uzyskania równomiernego, choćby tylko częściowego, zaspokojenia z majątku spółki. Oceny tej dokonać należy z uwzględnieniem celu, jakiemu ma służyć uregulowanie zawarte w powołanym przepisie, a którym jest ochrona należności publicznoprawnych oraz - co do należności składkowych - ochrona Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (por. wyrok Sądu Najwyższego z 1 września 2009 r., I UK 95/09, Lex nr 551001).

Wszczęcie postępowania upadłościowego bądź układowego "we właściwym czasie"

w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej oznacza wszczęcie go w takim czasie, że zaspokojenie przez spółkę w całości należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (jako uprzywilejowanego wierzyciela wyłączonego z układu z mocy prawa) pozostaje realne. Niedookreślenie zwrotu "we właściwym czasie" nakazuje oceniać okoliczności indywidualnego przypadku nie tylko przez pryzmat porównania stosunku aktywów do pasywów, czy też ilości i wysokości zaciągniętych zobowiązań do majątku spółki, specyfiki działalności, aktualnej sytuacji społeczno-gospodarczej zarówno w skali mikro-, jak i makroekonomicznej, dostępności i realności uzyskania instrumentów finansowych. Nie można oczywiście wykluczyć,

że trudności płatnicze mają charakter przejściowy, spółka może popaść w stan niewypłacalności uzasadniający zgłoszenie przez zarząd wniosku o ogłoszenie upadłości, a następnie podjąć wykonywanie wymagalnych zobowiązań, co powoduje odpadnięcie przesłanek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Sąd Okręgowy podkreślił, że w tych okolicznościach nie można pomijać, iż to rolą zarządu jest należyte prowadzenie spraw spółki. Podstawą powstania odpowiedzialności jest sam fakt bycia członkiem zarządu. Jak już zostało wskazane, pełnienie funkcji członka zarządu jest bowiem funkcją dobrowolną, wymagającą zgody osoby powołanej na to stanowisko, członek zarządu może też zrezygnować w każdym czasie ze swojej funkcji, charakter prawny funkcji członka zarządu oznacza nie tylko obowiązek wykonywania czynności zarządzających (obowiązek wykonywania powierzonych zadań), ale też zwiększony zakres odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności za skutki działań kierowanej spółki.

Mając na uwadze powyższe Sąd I instancji stwierdził, że ubezpieczony K. P. jako prezes zarządu był zobowiązany do monitorowania stanu finansów spółki oraz odpowiedzialny za obiektywną ocenę, czy dochodzi do krótkotrwałego wstrzymania się od płacenia długów na skutek przejściowych trudności, czy też dochodzi do zaprzestania płacenia długów w sposób trwały. Jeśli zaś chodzi o sytuację, gdy zobowiązania danego podmiotu przekraczają wartość jego majątku - nawet wówczas - gdy zobowiązania te są na bieżąco wykonywane (art. 11 ust. 2 ustawy), w doktrynie wskazuje się, iż - co do zasady - podmioty decyzyjne w spółce uzyskują taką wiedzę na podstawie bilansu rocznego lub roboczego, który winien być sporządzany na koniec każdego miesiąca.

To do obowiązków prezesa należy ocena sytuacji spółki, ale oparta na obiektywnych kryteriach wartości i stanu majątku, wysokości zobowiązań i posiadanych aktywach.

Sąd Okręgowy w toku postępowania dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z dziedziny rachunkowości i finansów celem stwierdzenia, czy w dacie odwołania K. P. ze stanowiska Prezesa zarządu (...) S.A. z siedzibą w M.

w dniu 31 stycznia 2012 r. lub wcześniej w okresie od 23 marca 2010 r. do 31 stycznia 2012 r. włącznie sytuacja finansowa i kondycja spółki (...)S.A.

w M. uzasadniały złożenie przez niego wniosku o ogłoszenie upadłości i/lub wszczęcie postępowania układowego i w jakiej dacie taki wniosek należało najwcześniej zgłosić,

tj. czy trwale zaprzestano realizować bieżące zobowiązania Spółki lub czy wystąpił stan przekraczający wartość zobowiązań ponad wartość majątku Spółki - ze szczególnym uwzględnieniem potrącenia wzajemnych wierzytelności, objęcia akcji w podwyższonym kapitale zakładowym w ramach subskrypcji prywatnej, podwyższeniem kapitału Spółki w wysokości 6.000.000,000 zł przez (...) S.A.

Biegły sądowy jednoznacznie i stanowczo stwierdził w opinii oraz w opinii uzupełniającej, że spełnienie przesłanki z art. 11 ust. 2 prawa upadłościowego nastąpiło w momencie po zaksięgowaniu operacji wyprzedaży majątku trwałego przez spółkę we wrześniu 2011 roku i w związku z tym ubezpieczony K. P. jako prezes zarządu spółki powinien złożyć wniosek o upadłość spółki na początku listopada 2011 roku, tj. 14 dni od zanotowania ujemnych kapitałów spółki. W listopadzie 2011 roku doszło do spełnienia przesłanek ogłoszenia upadłości spółki w związku z faktem, iż strata ze sprzedaży majątku spółki spowodowała powstanie nadwyżki zobowiązań ponad wartość majątku spółki.

Sąd Okręgowy podkreślił, że biegłemu nie zostały przedstawione w toku postępowania dokumenty wskazujące na fakt, iż spółka była w stanie pokryć stratę ze sprzedaży majątku prognozowanymi zyskami lub uzyskać inne dopłaty do kapitału na tyle szybko, aby nie stracić płynności kapitałowej.

Bezsprzecznie spółka za grudzień 2011 roku nie uregulowała wymagalnych zobowiązań publicznoprawnych, tj. zobowiązań względem Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a skoro tak, uprawniony jest wniosek, że względem podmiotu jakim jest ZUS była niewypłacalna, to zaś stanowiło wystarczający argument, by wystąpić do Sądu z wnioskiem o ogłoszenie upadłości, względnie z wnioskiem o wszczęcie postępowania układowego celem zapobieżenia narastaniu dalszych zaległości. Ubezpieczony, pomimo wiedzy na temat zadłużenia spółki, z takim wnioskiem jednak

nie wystąpił, choć bezsprzecznie było to jego obowiązkiem jako prezesa zarządu spółki, to zaś skutkuje uznaniem, że zaniechanie złożenia wniosku o upadłość, względnie postępowanie układowe miało charakter działania zawinionego. Profesjonalizm wymagany od członków zarządu spółki kapitałowej, a także wynikająca z niego podwyższona staranność (art. 355 § 2 k.c.), pozwala na przyjęcie, iż każdy członek zarządu obowiązany jest kontrolować sytuację w spółce przynajmniej z taką uwagą, która pozwala na zorientowanie się, że jest ona niewypłacalna i że należy wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości.

Sąd Okręgowy uznał również, że ubezpieczony nie wskazał mienia spółki, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości spółki w znacznej mierze – na datę wydania zaskarżonej decyzji, tj. 23 grudnia 2014 roku. Wierzytelność wobec spółki holenderskiej

na dzień wydania decyzji była hipotetyczna, nie została stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądowym, a zatem pozwany nie miał możliwość prowadzenia z niej postępowania egzekucyjnego. Dopiero prawomocnym wyrokiem z 28 kwietnia 2016 roku, sygn. akt IX GC 742/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku Wydział IX Gospodarczy zasądził od (...)z siedzibą w D. (Holandia) na rzecz (...) Spółki Akcyjnej w likwidacji z siedzibą w M. kwotę 125.417,82 Euro z odsetkami ustawowymi od 24 maja 2012 roku do dnia zapłaty.

Reasumując, Sąd Okręgowy stwierdził, iż ubezpieczony K. P., wbrew regule dowodowej wynikającej z przepisu art. 6 k.c. i 232 k.p.c., nie wykazał występowania po jego stronie przesłanek egzoneracyjnych, wskazanych w treści przepisu art. 116 § 1 ordynacji podatkowej.

Kontynuując rozważania Sąd I instancji zwrócił uwagę, że sporną decyzją z 23 grudnia 2014 roku pozwany określił wysokość zobowiązania ubezpieczonego z uwzględnieniem odsetek obliczonych na dzień wydania decyzji.

Na mocy art. 31 i 32 ustawy systemowej, art. 107 § 2 pkt 2 Ordynacji podatkowej stosuje odpowiednio do należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne, FP i FGŚP. Przepis ten stanowi, że osoby trzecie odpowiadają całym swoim majątkiem również za odsetki od należności podatkowych (składkowych).

Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że członka zarządu, który odpowiada za długi spółki, nie można jednak obciążać odsetkami naliczonymi po dacie jej upadłości, gdy postępowanie upadłościowe zakończyło się zlikwidowaniem całej masy upadłości. Wskazany przepis Ordynacji podatkowej nie może być bowiem interpretowany w oderwaniu od art. 92 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego, który przewiduje odpowiedzialność masy upadłości za odsetki od wierzytelności przypadających od upadłego tylko do daty ogłoszenia upadłości. W sytuacji, gdy skutek zakończenia postępowania upadłościowego nie doszło do całkowitego zaspokojenia wierzyciela, a spółka utraciła prawny byt, to naliczenie w stosunku do członka zarządu odsetek od zaległości składkowych od daty upadłości oznacza obciążenie ubezpieczonego odpowiedzialnością w stopniu większym niż odpowiadałaby sama spółka. Klóci się to z subsydiarnym charakterem odpowiedzialności członka zarządu względem spółki, jak też z konstytutywnym charakterem decyzji przenoszących odpowiedzialność. Członek zarządu ponieść może odpowiedzialność odsetkową, ale tylko wtedy, gdy sam nie uiści należności składkowych wynikających z takiej decyzji (por. wyrok NSA z 20.12.2011 r., I FSK 192/11, MP 2012/2, s. 58; wyrok NSA z 16.06.2011 r., I FSK 1297/10, LEX nr 1082212; wyrok WSA w Warszawie z 11.08.2010 r., VIII SA/Wa 258/10, LEX nr 737958 oraz wyroki Sądu Najwyższego z 16.10.1998 r., III CKN 650/97, OSNC 1999/3/64; z 06.03.2012 r., I UK 318/11, OSNP 2013/3-4/41). Inaczej rzecz ujmując, członek zarządu spółki ponosi odpowiedzialność tylko za odsetki za zwłokę za okres do daty ogłoszenia upadłości. Podkreślić także należy, iż okoliczności tej nie niweczy fakt, iż postępowanie upadłościowe zostało umorzone. Jak bowiem wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 03.12.2013 r., I UK 213/13 (Lex nr 1393838), prezes spółki z o.o. odpowiada wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych tylko za długi spółki powstałe do dnia złożenia do sądu wniosku o upadłość, nawet jeśli sąd wyda później postanowienie o umorzeniu postępowania upadłościowego.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy, na podstawie art. 477⁽¹⁴⁾ § 2 k.p.c. i powołanych przepisów w pkt 1 wyroku zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że stwierdził, iż K. P. jako członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) S.A. z siedzibą w M., nie odpowiada całym swoim majątkiem solidarnie za jej zaległości jako

płatnika składek z tytułu należnych odsetek za okres od dnia 4 marca 2013 r. do dnia 23 grudnia 2014 r., od należności składkowych na :

- ubezpieczenia społeczne w wysokości 135.917,59 zł,
- ubezpieczenia zdrowotne w wysokości 38.503,16 zł,
- Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych w wysokości 11.979,92 zł,
- Fundusz Emerytur Pomostowych w wysokości 3.919,65 zł.

W pozostałym zakresie Sąd Okręgowy uznał zaskarżoną decyzję za prawidłową i zgodną z prawem. Dlatego, na mocy art. 477¹⁴ § 1 k.p.c. i powołanych przepisów, orzekł jak w pkt 2 wyroku.

Zgodnie z art. 108 § 1 k.p.c. sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji, przy czym podstawowa zasada odpowiedzialności za wynik procesu, wyrażona w art. 98 § 1 k.p.c., wskazuje, iż strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu).

W przedmiotowej sprawie - jak wskazał Sąd Okręgowy - przegrywającą postępowanie niewątpliwie był odwołujący, a jedynymi kosztami, o których należało rozstrzygnąć, były koszty zastępstwa procesowego.

Z kolei zgodnie z art. 102 k.p.c. w wypadkach szczególnie uzasadnionych sąd może zasądzić od strony przegrywającej tylko część kosztów albo nie obciążać jej w ogóle kosztami. Przepis wyraża zasadę słuszności w orzekaniu o kosztach, stanowiąc wyjątek od zasady odpowiedzialności za wynik procesu. Nie konkretyzuje on pojęcia wypadków szczególnie uzasadnionych, pozostawiając ich kwalifikację, przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności danej sprawy, sądowi (por. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 1973 r., II CZ 210/73, LEX nr 7366). Podstawę do jego zastosowania stanowią konkretne okoliczności danej sprawy, przekonujące o tym, że w danym przypadku obciążenie strony przegrywającej kosztami procesu na rzecz przeciwnika byłoby niesłuszne, niesprawiedliwe. Stanowią je zarówno fakty związane z samym procesem jak i leżące poza nim, a dotyczące sytuacji życiowej, stanu majątkowego stron, które powinny być oceniane przede wszystkim z uwzględnieniem zasad współżycia społecznego. Zatem przepis art. 102 k.p.c. powinien być zastosowany wówczas, gdy w okolicznościach danej sprawy obciążenie strony przegrywającej kosztami procesu przeciwnika byłoby rażąco niezgodne z zasadami słuszności.

Sąd Okręgowy, na mocy art. 102 k.p.c., w pkt II wyroku, odstąpił od obciążania skarżącego kosztami zastępstwa procesowego należnymi stronie przeciwnej, uznając, iż w niniejszej sprawie zachodzi przypadek szczególnie uzasadniony. Sąd miał na uwadze wysoki rozmiar należności składkowych do uregulowania przez ubezpieczonego, przy którym obciążenie kosztami zastępstwa procesowego pozwanego organu rentowego liczonymi od wysokości tego zadłużenia generowałoby po stronie ubezpieczonego dodatkowe koszty ograniczające możliwość spłaty zadłużenia składkowego oraz fakt, iż Sąd zmienił zaskarżoną decyzję co do należności z tytułu odsetek.

Apelację od wyroku wywiódł K. P., zaskarżając go w części, tj. w zakresie pkt 2 oddalającego odwołanie powoda i zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że powód nie wykazał majątku spółki z którego pozwany mógłby zaspokoić swoje roszczenie,
2. naruszenie art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że powód ponosi odpowiedzialność za zobowiązania spółki, w sytuacji gdy w okresie pełnienia przez powoda funkcji członka zarządu spółki nie zaszły przesłanki do ogłoszenia upadłości spółki,

3. naruszenie art. 116 § 1 ust. 2 Ordynacji podatkowej oraz art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c. poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że powód w trakcie postępowania sądowego nie wskazał mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części,

4. naruszenie prawa procesowego tj. art. 233 k.p.c. poprzez niezgodną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenę materiału procesowego i przyjęcie, że z opinii biegłego sądowego można wywieść że powód ponosi odpowiedzialność za obowiązania spółki, w sytuacji gdy prawidłowo oceniony materiał procesowy wykazuje, że powód mógł podjąć decyzję o ogłoszeniu upadłości spółki dopiero po zapoznaniu się z opinią biegłego rewidenta (...)sp. z o.o. Z. P. z P., która została wydana w dniu 3 lutego 2012 r. po odwołaniu powoda z członka zarządu spółki oraz że w okresie pełnienia funkcji członka zarządu spółki przez powoda zaszyły przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości,

W oparciu o tak sformułowane zarzuty apelujący wniósł o:

5. zmianę wyroku w zaskarżonej części, że K. P. nie odpowiada całym swoim majątkiem solidarnie za niezapłacone przez (...) S.A. z siedzibą w M. zaległości jako płatnik składek określonych decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w S. z dnia 23 grudnia 2014 r. o sygn. (...)

6. zasądzenie od pozwanego na rzecz apelującego kosztów postępowania za obie instancje - w tym kosztów zastępstwa procesowego - według norm przepisanych,

7. ewentualnie, o uchylnie wyroku w zaskarżonej części i poprzedzającej go decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w S. z dnia 23 grudnia 2014 r. o sygn. (...)i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania pozwanemu. Decyzja o odpowiedzialności członka zarządu spółki akcyjnej z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne oraz ubezpieczenie zdrowotne powinna być wydana dopiero po zweryfikowaniu przez pozwanego przekazywanych wielokrotnie przez skarżącego informacji o przysługującej spółce wierzytelności,

8. ewentualnie, o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Gdańsku, z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu apelacji podniesiono, że została spełniona przesłanka dotycząca wskazania mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie całej zaległości spółki. Skarżący już w odwołaniu z 11 lutego 2015 r. wskazywał na istniejącą wierzytelność względem spółki, ponadto w kolejnych pismach kierowanych bezpośrednio do Sądu i pozwanego powód wskazywał na zasadność zajęcia wierzytelności, m.in. pismem z 5 sierpnia 2015 r. oraz pismem z dnia 19 września 2016 r. z informacją o prawomocności zasądzonego wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku. Pozwany nie zajął wskazanej wierzytelności, nie podjął żadnych czynności mających na celu zaspokojenie roszczenia, dlatego też powoływanie się na bezskuteczność egzekucji z 2013 r. nie jest wystarczające dla uznania, iż została podjęta bezskuteczna egzekucja z majątku spółki. W ocenie powoda, bezsprzecznie wykazał on, że spółka posiadała majątek, co do którego nie podjęto nawet starań o uzyskanie z nich zaspokojenia, a więc pozwany organ ponieść musi konsekwencje niewykazania bezskuteczności egzekucji. Skarżący wskazał konkretną wierzytelności, wymagalną i o wartości przekraczającej 600 tys. zł, a więc kilkakrotnie przekraczającą dochodzoną wierzytelność od powoda. Pozwany w piśmie procesowym z 18 czerwca 2018 r. wprost wskazał, że nie podjął żadnych czynności celem zweryfikowania i zajęcia wskazywanej przez skarżącego wierzytelności.

Odnosząc się do opinii biegłego sądowego apelujący wskazał, że przesłanka płatnicza nie została spełniona w niniejszej sprawie. W ocenie apelującego w badanym okresie nie zaszła również przesłanka majątkowa do ogłoszenia upadłości lub wszczęcia postępowania układowego. W pierwszej kolejności, jak prawidłowo ustalił to biegły, strata majątkowa została wykazana w bilansie rocznym sporządzonym na dzień 31 grudnia 2011 r., który został sporządzony 3 lutego 2012 r., czyli po odwołaniu skarżącego. Opinia biegłego rewidenta (...) sp. z o.o. Z. P. z P. została wydana 3 lutego 2012 r., tj. po dniu 31 stycznia 2012 r., po której to dacie skarżący nie miał wpływu na spółkę. Sprawozdanie finansowe za

2011 r. sporządzał podmiot zewnętrzny, mający siedzibę w P., czyli w innej miejscowości niż siedziba spółki. Wcześniej skarżącemu przedmiotowe dane finansowe nie były znane. Jeśli zaś chodzi o sytuację, gdy zobowiązania danego podmiotu przekraczają wartość jego majątku, nawet wówczas gdy zobowiązania te są na bieżąco wykonywane (art. 11 ust. 2 ustawy), w doktrynie wskazuje się, iż - co do zasady - dłużnik uzyskuje taką wiedzę na podstawie bilansu rocznego lub roboczego. Porównanie wartości majątku z wartością zobowiązań bez sporządzenia takiego dokumentu nie jest miarodajne dla oceny, czy możliwa jest spłata długów z majątku spółki.

Ponadto biegły sądowy we wnioskach kluczowych stwierdził, że „należało rozważyć złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w miesiącu listopadzie”. Biegły ustalił że w roku 2011 r. spółka znacząco zwiększyła sprzedaż z 17,4 mln zł do kwoty 26,3 mln zł, tj. o ponad 51 % osiągając rekordową wartość. Nastąpił znaczny wzrost wyników z działalności podstawowej spółki, poprawa wyniku o kwotę 2.228.607,00 zł. Jak wynika ze złożonych przez powoda zeznań, we wrześniu 2011 r. spółka zaczęła uzyskiwać dodatni wynik operacyjny, co między innymi było wynikiem reaktywacji kontraktu w 2010 r. z głównym kontrahentem. Apelujący podkreślił, że na k. 4 uzupełniającej opinii biegły sądowy wskazał, że w okresie od września do grudnia 2011 r. wynik spółki na sprzedaży był dodatni, a: „Biegły potwierdza, że w tym stanie Zarząd mógł liczyć na odbudowanie sytuacji finansowej i rozważać możliwość dalszej kontynuacji działalności”.

Mając na uwadze powyższe skarżący podniósł, że w IV kwartale 2011 r., jak również w 2012 r. do dnia 31 stycznia, nie zaszła przesłanka majątkowa w spółce, która uzasadniałaby ogłoszenie upadłości. Apelujący zarządzał dużą, kapitałową spółką akcyjną, o wielomilionowym kapitale zakładowym, w której decyzje co do dalszego prowadzenia działalności gospodarczej nie mogą być podejmowane pochopnie, wymagają analiz, danych, konsultacji pomiędzy organami spółki oraz ważny jest czynnik społeczny.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie i o zasądzenie na jego rzecz od apelującego zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za II instancję. W uzasadnieniu organ wskazał, iż sprzedaż majątku spółki z tak wielką stratą była działaniem na szkodę spółki, którego zarząd nie uzasadnił. Zarząd, zamiast złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości w listopadzie 2011 r., generował długi spółki działając na jej szkodę i na szkodę wierzycieli, w tym ZUS. Spełnienie przesłanki z art. 11 ust 2 Prawa upadłościowego na początku listopada 2011r., potwierdziła opinia biegłego sądowego. Pozwany stwierdził również, że skarżący nie wskazał mienia spółki, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie Zakładu. Spółka (...) s.a. w likwidacji ma bowiem problem z wyegzekwowaniem od zagranicznego dłużnika przysługującej jej wierzytelności stwierdzonej prawomocnym wyrokiem z 28 kwietnia 2016r., zatem K. P. nie wykazał żadnej przesłanki egzoneracyjnej.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja odwołującego K. P. nie zasługiwała na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu na etapie postępowania apelacyjnego była kwestia, czy K. P. jako były prezes Zarządu (...)S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą M. ponosi odpowiedzialność za zaległości tej Spółki z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne oraz FP, FGŚP i FEP za okres wskazany w zaskarżonej decyzji z 23 grudnia 2014 r., tj. za grudzień 2011 r.

Przypomnieć należy, że kształtujący odpowiedzialność członków zarządu spółki kapitałowej za jej zaległości składkowe art. 116 Ordynacji podatkowej (w związku z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych), zakreśla ramy normatywne osobistej odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej za składki ubezpieczeniowe, których spółka ta nie uregulowała. W brzmieniu obowiązującym do końca 2015 roku przepis art. 116 § 1 i 2 Ordynacji podatkowej stanowił, że 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 obejmowała zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu oraz zaległości wymienione w art. 52 powstałe w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu.

W wywiezionej apelacji podniesiono zarzut naruszenia art. 116 Ordynacji podatkowej poprzez przyjęcie, że K. P. ponosi odpowiedzialność za zobowiązania spółki, podczas gdy - zdaniem apelującego - w okresie pełnienia przez niego funkcji prezesa Zarządu spółki nie zaszyły przesłanki do ogłoszenia upadłości.

Przypomnieć należy, że stosownie do art. 10 Prawa upadłościowego, upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Przepis art. 11 ust. 1 i 2 ustawy - w brzmieniu obowiązującym do 31 grudnia 2015 r. - statuował natomiast dwie samodzielne niezależne podstawy ogłoszenia upadłości spółki kapitałowej. Zgodnie z art. 11 ust. 1 i 2 w/w ustawy, dłużnika uważało się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonywał swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (ust. 1). Dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważało się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczyły wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonywał (ust. 2).

Skarżący wskazywał w tym zakresie, że z opinii biegłego wynika znaczne zwiększenie w 2011 r. przez spółkę sprzedaży oraz dodatni wynik finansowy od września do grudnia 2011 r. Zdaniem apelującego oznacza to, że w IV kwartale 2011 r., jak również do 31 stycznia 2012 r. nie było podstaw do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Powyższe argumenty stoją w sprzeczności z wnioskami wynikającymi ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności z opinii biegłego sądowego. Jak wynika z prawidłowych ustaleń faktycznych Sądu I instancji, spółka nie osiągnęła zysku ze sprzedaży za 2011 rok. Strata ze sprzedaży majątku spółki we wrześniu i październiku 2011 r. skutkowałą powstaniem nadwyżki zobowiązań ponad wartość majątku spółki. W okresie od stycznia 2011 r. do sierpnia 2011 r. spółka wygenerowała dodatni wynik finansowy tylko w marcu 2011 r. W pozostałych miesiącach wykazała straty. Strata z tytułu sprzedaży majątku trwałego w kwocie 6.313.000 zł obniżyła wartość przedsiębiorstwa i wpłynęła na obniżenie wartości majątku i wykazanie ujemnych kapitałów.

Odnosząc się do twierdzenia apelującego, że od września 2011 r. do listopada 2011 r. miesięczne wyniki spółki na sprzedaży były dodatnie - co miałyby przeczyć konieczności zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki - podkreślić należy, że - jak wyjaśnił biegły - istotnie sprzedaż majątku wpłynęła na poprawę wskaźników rentowności spółki, jednak polepszenie wyniku spowodowane było m.in. brakiem amortyzacji majątku, który został sprzedany ze stratą, koszty najmu majątku były niższe niż ustalone odpisy amortyzacyjne, co wygenerowało krótkotrwały dodatni wynik. Trudno przyjąć, aby poprawa wskaźników rentowności spółki z takiego powodu oznaczała długofalowe polepszenie kondycji finansowej spółki. Potwierdza to zresztą fakt, iż ostateczny wynik netto spółki za grudzień 2011 r. był ujemny. Nadto, wartość kapitału wg stanu na listopad 2011 r. oscylowała wokół ujemnej kwoty 732.527,50 zł.

W tym stanie rzeczy, nie budzi wątpliwości ustalenie przez Sąd I instancji - w zgodzie z wnioskiem biegłego sądowego z dziedziny rachunkowości i finansów - iż spełnienie przesłanki z art. 11 ust. 2 prawa upadłościowego nastąpiło po zaksięgowaniu operacji wyprzedazy majątku trwałego przez spółkę we wrześniu 2011 r. i w związku z tym K. P. jako prezes zarządu spółki powinien złożyć wniosek o jej upadłość na początku listopada 2011 r., tj. w terminie 14 dni od zanotowania ujemnych kapitałów spółki. Opinia biegłego nie pozostawia wątpliwości, że do spełnienia przesłanek ogłoszenia upadłości spółki doszło już w listopadzie 2011 r. w związku z tym, że strata ze sprzedaży majątku spółki spowodowała powstanie nadwyżki zobowiązań ponad wartość majątku spółki.

K. P. podnosił również w apelacji, iż strata majątkowa została wykazana dopiero w bilansie rocznym sporządzonym na dzień 31 grudnia 2011 r., który został przygotowany 3 lutego 2012 r., to jest po jego odwołaniu z funkcji w zarządzie spółki. Również opinia biegłego rewidenta została wydana 3 lutego 2011 r., a zatem po dacie odwołania apelującego z zarządu. Skarżący twierdził, że przedmiotowe dane finansowe wcześniej nie były mu znane.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń, przypomnieć należy, że z opinii biegłego sądowego jednoznacznie wynika, iż spełnienie przesłanki z art. 11 ust. 2 prawa upadłościowego nastąpiło w momencie po zaksięgowaniu operacji wyprzedzaży majątku trwałego przez spółkę we wrześniu 2011 roku i w związku z tym ubezpieczony K. P. jako prezes zarządu spółki powinien złożyć wniosek o upadłość spółki na początku listopada 2011 roku, tj. 14 dni od zanotowania ujemnych kapitałów spółki. Opinia biegłego jednoznacznie wskazuje, że do spełnienia przesłanek ogłoszenia upadłości spółki doszło już w listopadzie 2011 roku w związku z tym, że strata ze sprzedaży majątku spółki spowodowała powstanie nadwyżki zobowiązań ponad wartość majątku spółki. Co więcej, taki stan rzeczy był znany zarządowi spółki pod koniec listopada 2011 r., po zamknięciu ksiąg rachunkowych za październik 2011 r. Jednocześnie biegły podkreślił, że brak jest jakiegokolwiek dowodu wskazującego na możliwość pokrycia przez spółkę straty ze sprzedaży majątku prognozowanymi zyskami lub poprzez uzyskanie innych dopłat do kapitału na tyle szybko, aby nie stracić płynności kapitałowej.

Poza sporem było, że spółka nie uregulowała wymagalnych zobowiązań publicznoprawnych, tj. zobowiązań składkowych za grudzień 2011 roku, a skoro tak, uprawniony jest wniosek, że względem podmiotu jakim jest ZUS była niewypłacalna, to zaś stanowiło wystarczający argument, by wystąpić do Sądu z wnioskiem o ogłoszenie upadłości, ewentualnie z wnioskiem o wszczęcie postępowania układowego celem zapobieżenia narastaniu dalszych zaległości.

W tych okolicznościach brak jest podstaw, aby uznać za wiarygodne stanowisko skarżącego, że w okresie pełnienia przez niego obowiązków prezesa zarządu spółki nie miał on wiedzy o jej stanie finansowym uzasadniającym zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości.

Sąd Apelacyjny podkreśla, że w judykaturze jednolicie przyjmuje się, iż członek zarządu spółki nie może uchylać się od ponoszenia odpowiedzialności za zaległości składkowe spółki, powołując się na niewiedzę dotyczącą stanu finansów spółki (por. wyrok SN z dnia 17 października 2006 roku, II UK 85/06, OSNP 2007 nr 21-22, poz. 328). Nieznajomość stanu finansów spółki kapitałowej nie może uzasadniać niezłożenia przez członka zarządu w terminie wniosku o upadłość. Stan finansów kierowanego podmiotu, a co za tym idzie możliwość zaspokojenia długów, powinien być znany członkowi zarządu na bieżąco. Brak winy może być odnoszony jedynie do wyjątkowych sytuacji, w których członek zarządu nie ma wiedzy co do rzeczywistej sytuacji w zakresie płacenia zobowiązań z obiektywnie uzasadnionych przyczyn i przy dołożeniu należytej staranności nie może tej wiedzy uzyskać albo podjąć stosownych działań. Rozważając kryterium braku winy jako przesłanki zwalniającej od odpowiedzialności za zaległości podatkowe spółki należy przy tym przyjąć obiektywny miernik staranności, jakiej można wymagać od strony należycie dbającej o swoje interesy. Osoba zainteresowana (członek zarządu) winna wykazać brak winy, czyli udowodnić stosowną argumentacją swoją staranność oraz fakt, że uchybienie określonego obowiązkowi było od niej niezależne. Taką okolicznością może być np. obłożna choroba uniemożliwiająca złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości (zob. wyrok NSA z dnia 25 stycznia 2012 roku, sygn. akt I FSK 385/11, LEX nr 1113114). Należy bowiem podkreślić, iż wina członka zarządu spółki powinna być oceniana według kryteriów prawa handlowego, czyli według miary podwyższonej staranności oczekiwanej od osoby pełniącej funkcje organu osoby prawnej prowadzącej działalność gospodarczą, miary staranności uwzględniającej podwyższone ryzyko gospodarcze związane z prowadzeniem tej działalności. Jednym z takich obowiązków jest monitorowanie zadłużenia podmiotu pozwalające na zgłoszenie w odpowiednim czasie wniosku o upadłość lub wszczęcie postępowania układowego, co z kolei uwalnia go od odpowiedzialności za zaległości składkowe. W przeciwnym wypadku niezgłoszenie we właściwym czasie stosownego wniosku jest wynikiem zawinonego zaniechania obowiązków członka zarządu.

Bez znaczenia są zatem podnoszone przez K. P. w apelacji twierdzenia, jakoby przed sporządzeniem opinii przez biegłego rewidenta oraz przed sporządzeniem bilansu rocznego, co miało miejsce już pod odwołaniem go z funkcji prezesa zarządu, nie miał on wiedzy o sytuacji finansowej spółki. Zważyć należy, że jako członek organu zarządzającego miał on prawo, ale też obowiązek podejmowania wszelkich czynności w zakresie ustalenia sytuacji finansowej spółki oraz odpowiedniego kierowania spółką co – między innymi – przekładałoby się na dbałość i o własne interesy, mając na uwadze zakres odpowiedzialności członka zarządu.

Winą, w rozumieniu przepisu art. 116 Ordynacji podatkowej, jest każda postać winy,

a zatem także niedbalstwo, tj. powinność i możliwość przewidywania, że nastąpi skutek w postaci trwałego zaprzestania długów w określonym terminie (zob. wyrok NSA z dnia 25 stycznia 2012 roku, I FSK 379/11, LEX nr 1113108). Bierna postawa członka zarządu nie tylko nie pozwala na uwolnienie się od odpowiedzialności za zobowiązania podatkowe, ale wręcz przeciwnie - uniemożliwia mu wykazanie jednej z przesłanek uwalniających od odpowiedzialności, o których mowa w art. 116 Ordynacji podatkowej (zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 19 lutego 2007 roku, III SA/Wa 2406/06, LEX nr 322247).

Jeśli chodzi o przywołany w apelacji wniosek biegłego, że pod koniec 2011 r. zarząd mógł liczyć na odbudowanie sytuacji finansowej i rozważać możliwość kontynuowania działalności, Sąd Apelacyjny stwierdza, iż oczywiście 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 sam będzie musiał ponieść subsydiarną odpowiedzialność finansową (por. wyrok WSA w Białymstoku z 13 lutego 2019 r., I SA/Bm 179/18, LEX nr 2628128). W konkretnej sprawie, w sytuacji gdy spółka (...) we wrześniu 2011 r. sprzedała wszystkie swoje nieruchomości, w październiku 2011 r. sprzedała maszyny i urządzenia niezbędne do produkcji, a jej głównym kontrahentem i wierzycielem był (...) s.a., który sam borykał się z trudną sytuacją finansową (postanowieniem z dnia 22 sierpnia 2011 r. w sprawie XV GU 48/11 Sąd Rejonowy w Bydgoszczy wydał postanowienie o ogłoszeniu upadłości likwidacyjnej tej spółki – KRS (...)), ocena, iż sytuację spółki można naprawić bez narażania wierzycieli i bez konieczności złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości/układu była wysoce ryzykowna.

Skarżący K. P., obejmując funkcję prezesa zarządu (...) S.A. w M. dobrowolnie przyjął na siebie ryzyko prowadzenia jej spraw i tym samym poddał się reżimowi ustawowemu także w zakresie odpowiedzialności majątkowej związanej z pełnieniem tej funkcji. Nie zwalnia go z odpowiedzialności za zaległości składkowe – nieudowodniony a zarazem nieusprawiedliwiony – brak rozeznania w kondycji finansowej spółki, który świadczy jedynie nieprofesjonalnym działaniu i nie jest przesłanką wyłączającą odpowiedzialność za długi składkowe określoną w art. 116 Ordynacji podatkowej.

K. P. nie wykazał, aby faktycznie nie pełnił funkcji członka zarządu spółki. Nie wykazał też, by nie miał obiektywnych możliwości zaznajomienia się z kondycją finansową spółki, że został w tym zakresie wprowadzony w błąd albo że zatajano przed nim jakiegokolwiek informacje. Skarżący nie podjął w omawianym zakresie stosownej inicjatywy dowodowej, mimo że zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności i rozkładu ciężaru dowodu, to on winien wykazać należytą inicjatywę w tej kwestii.

Wobec powyższego, Sąd Apelacyjny nie miał wątpliwości, że w realiach rozpoznawanej sprawy, niezgłoszenie we właściwym terminie wniosku o ogłoszenie upadłości nie nastąpiło bez winy K. P.. Dodać należy, iż postępowanie upadłościowe zainicjowane przez kolejnego prezesa zarządu (...) S. już w marcu 2012 r. zostało umorzone w lipcu 2013 r. z uwagi na brak środków na pokrycie dalszych kosztów postępowania.

Odnosząc się do zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych oraz naruszenia art. 116 § 1 ust. 2 O.p. w zw. z art. 6 k.c., i art. 232 k.p.c., poprzez przyjęcie, że powód nie wskazał majątku spółki, z którego pozwany mógłby zaspokoić swoje roszczenie w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że apelujący zasadnie podnosił, iż wskazanie mienia, o którym mowa w art. 116 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej, dotyczy czasu po stwierdzeniu bezskuteczności egzekucji. Z treści art. 116 § 1 O.p. wynika, że chodzi o sytuację, w której najpierw egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a następnie członek zarządu wskazuje mienie spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części. Nie chodzi zatem

o ujawnienie majątku w toku egzekucji, ale po jej bezskutecznym zakończeniu (por. wyrok Sądu Najwyższego z 6 sierpnia 2015 r., III UK 229/14, LEX nr 18008595). Możliwe jest zatem, w świetle art. 116 § 1 pkt 2 O.p., wskazanie mienia w po wydaniu decyzji, także w postępowaniu sądowym (por. wyroki Sądu Najwyższego z 17 lutego 2009 r., I UK 241/08, z 5 października 2007 r., II UK 40/07). Nie miał zatem racji Sąd I instancji twierdząc, że

niewykazanie omawianej przesłanki egzoneracyjnej wynikało z niewskazania przez K. P. - na datę wydania zaskarżonej decyzji - mienia spółki, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości spółki znacznej mierze. Przyjęcie temporalnego ograniczenia wskazania mienia tylko do wydania decyzji - jak wyjaśnił klarownie Sąd Najwyższy w wyroku z 6 sierpnia 2015 r. - potęgowałoby i tak wysokie ryzyko odpowiedzialności członków zarządu, zwłaszcza gdy tracą funkcję i nie znają majątku spółki a organ rentowy ma jeszcze niekrótki czas (wynikający z przedawnienia) na wydanie decyzji. Modelowo taka sytuacja nie powinna wystąpić przy bezskuteczności egzekucji, co nie zawsze jednak się sprawdza na etapie postępowania przed organem rentowym, także dlatego, że nie jest wykluczona zmiana w majątku spółki po wydaniu decyzji. Ponadto, jak stwierdził Sąd Najwyższy, funkcja kontrolna sądowego postępowania odwoławczego byłaby ułomna, gdyby wskazanie majątku było dopuszczalne tylko na etapie postępowania przed organem rentowym. Nie chodzi wszak tylko o kontrolę decyzji (administracji), lecz o rozstrzygnięcie sporu sądowego (sprawy cywilnej art. 1 i 2 k.p.c.).

Skoro nie ma prekluzji na wskazanie przez członka zarządu mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości składkowych spółki w znacznej części (por. wyrok Sądu Najwyższego z 15 grudnia 2008 r., II UK 115/08, OSNP 115/08), stwierdzić należy, że wskazania przez K. P. w odwołaniu wierzytelności przysługującej (...) S.A. w M. od (...) z siedzibą w D. (Holandia) nie można oceniać, jak uczynił to Sąd I instancji, jako spóźnionego. Uchybienie to nie wpływa jednak na odmienną ocenę niewykazania przez skarżącego przedmiotowej przesłanki uwalniającej go od odpowiedzialności za zaległości składkowe spółki.

W tym miejscu zauważyć należy, że - ze wskazanych powyżej względów - chybiony był zarzut niewykazania przez pozwany organ bezskuteczności egzekucji. Ujawnienie przez członka zarządu mienia, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części dotyczy właśnie czasu po bezskutecznym zakończeniu egzekucji. Z istoty rzeczy nie może zatem wpływać na ocenę braku wykazania tej przesłanki.

Faktem jest, że prawomocnym wyrokiem z 28 kwietnia 2016 roku, sygn. akt IX GC 742/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku Wydział IX Gospodarczy zasądził od (...)z siedzibą w D. (Holandia) na rzecz (...)Spółki Akcyjnej w likwidacji z siedzibą w M. kwotę 125.417,82 Euro z odsetkami ustawowymi od 24 maja 2012 roku do dnia zapłaty. Jednakże wskazanie przez członka zarządu mienia spółki z o.o. zwalnia go od odpowiedzialności tylko wtedy, gdy jest to mienie konkretne, rzeczywiście istniejące, nadające się do efektywnej egzekucji, pozwalającej na faktyczne i skuteczne zaspokojenie należności. Mienie takie musi przedstawiać realną wartość finansową oraz nadawać się do egzekucji pozytywnie rokującej wyegzekwowanie znacznych kwot, w odniesieniu do wysokości zaległości podatkowych. Ocena przesłanek uwolnienia się od odpowiedzialności za zobowiązania składkowe spółki powinna uwzględniać nie to, czy mienie wskazywane przez członka zarządu ma jakąkolwiek wartość rynkową, ale czy jest możliwa skuteczna egzekucja z tego mienia (por. wyrok WSA w Poznaniu z 10 sierpnia 2017 r., I SA./Po 1286/16).

K. P., na którym ciążył w tym zakresie ciężar dowodu, nie wykazał, aby konkretna wierzytelność pozwalała na faktyczne i skuteczne zaspokojenie pozwanego, tj. aby zgodnie z treścią art. 116 § 1 pkt 1 lit. b) O.p., prowadzona z niej egzekucja umożliwiła zaspokojenie zaległości podatkowych (składkowych) spółki w znacznej części. Z zeznań kolejnego prezesa zarządu spółki A. S. (k.195 a.s.) – złożonych około 2 lata po uprawomocnieniu wyroku stwierdzającego wierzytelność - wynika, iż spółka podjęła działania w celu wyegzekwowania przedmiotowej wierzytelności, ale nie przyniosły konkretnego rezultatu. Pozwany wskazał na niecelowość zaspokojenia się organu z tej wierzytelności, skoro próba wyegzekwowania tego długu przez samą spółkę od zagranicznego wierzyciela nie przyniosła rezultatu. Skarżący tych twierdzeń skutecznie nie podważył (art. 232 kpc), dlatego chybiony jest zarzut apelacji, iż spełnił przesłankę z art. 116 § 1 pkt 2 OP. Jego stanowisko, że pozwany mógłby się efektywnie zaspokoić z wierzytelności przysługującej spółce od holenderskiego dłużnika nie zostało wykazane.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, z zastrzeżeniem poczynionych wyżej ustaleń i rozważań, Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił stan faktyczny i prawny istotny dla rozstrzygnięcia oraz prawidłowo ocenił zebrany w sprawie materiał dowodowy.. Uzasadnienie poddaje się kontroli instancyjnej. Argumentacja Sądu I instancji jest logiczna i klarowna, tymczasem tylko w przypadku gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie

sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona. Takiego braku logiki czy oczywistych sprzeczności skarżący nie wykazał. Sformułowane przez niego zarzuty mają charakter wyłącznie polemiczny, skarżący zdaje się natomiast nie dostrzegać istotnych okoliczności, na które Sąd Okręgowy trafnie zwrócił uwagę i które ocenił w prawidłowy sposób.

Nie znajdując zatem podstaw do uwzględnienia apelacji i uznając zaskarżony wyrok za odpowiadający prawu, Sąd Apelacyjny oddalił apelację na podstawie art. 385 k.p.c., jak w punkcie 1 sentencji.

W punkcie 2 sentencji, Sąd Apelacyjny zasądził od K. P. na rzecz pozwanego kwotę 240 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za drugą instancję, działając z tym zakresie na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c., art. 99 i art. 108 § 1 zd. 1 k.p.c. w zw. z § 9 ust. 2 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1804 ze zm.). Wysokość kosztów zastępstwa procesowego Sąd II instancji ustalił w wysokości minimalnej, mając na uwadze niezbędny nakład pracy pełnomocnika oraz czynności podjęte przez niego w sprawie, a także charakter sprawy i wkład pełnomocnika w przyczynienie się do jej wyjaśnienia i rozstrzygnięcia – art. 109 § 2 kpc in fine.

SSA Alicja Podlewska SSA Bożena Grubba SSA Lucyna Ramlo