

Sygn. akt III AUa 1703/19

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 19 października 2021 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku - III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Alicja Podlewska
-----------------	----------------------

po rozpoznaniu w dniu 19 października 2021 r. w Gdańsku

na posiedzeniu niejawnym

sprawy A. B.

z udziałem W. B. i M. B.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G.

o przeniesienie odpowiedzialności za zobowiązania z tytułu składek

na skutek apelacji A. B. i M. B.

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku VII Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 8 października 2019 r., sygn. akt VII U 2618/17

I. oddala apelację;

II. zasądza od A. B. i M. B. in solidum na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. kwotę 2700,00 (dwa tysiące siedemset 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie apelacyjne.

SSA Alicja Podlewska

**Sygn. akt III AUa 1703/19**

## UZASADNIENIE

Decyzją z 15 grudnia 2016 roku Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział stwierdził, że ubezpieczony A. B., jako członek zarządu (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. (dalej też jako „Spółka”), ponosi odpowiedzialność za zobowiązania tej spółki z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia, powstałe w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu, w kwocie należności głównej 31.482,16 zł plus odsetki obliczone na dzień 14 grudnia 2016 roku w wysokości 10.263,00 zł i dalsze odsetki, koszty egzekucyjne w kwocie 1.671,15 zł, w tym:

- na ubezpieczenia społeczne za okresy: luty 2012 roku, kwiecień 2012 roku, maj 2012 roku, lipiec – wrzesień 2012 roku, listopad 2012 roku – czerwiec 2013 roku, wrzesień – listopad 2013 roku, w kwocie należności głównej 25.924,04 zł plus odsetki obliczone na dzień 14 grudnia 2016 roku w wysokości 8.479,00 zł i dalsze odsetki, koszty egzekucyjne w kwocie 1.307,95 zł,

- na ubezpieczenie zdrowotne za okresy: czerwiec 2012 roku oraz listopad 2012 roku – czerwiec 2013 roku, w kwocie należności głównej 5.558,12 zł plus odsetki obliczone na dzień 14 grudnia 2016 roku w wysokości 1.784,00 zł i dalsze odsetki, koszty egzekucyjne w kwocie 363,20 zł.

W odwołaniu od powyższej decyzji ubezpieczony A. B. domagał się jej zmiany poprzez ustalenie, że nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia oraz wniósł o zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów postępowania.

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 11 lipca 2017 roku sąd zawiadomił o toczącym się postępowaniu żonę odwołującego M. B. jako zainteresowaną, która poparła jego stanowisko. W. B. domagał się oddalenia odwołania.

Wyrokiem z dnia 8 października 2019 r., sygn. VII U 2618/17 Sąd Okręgowy w Gdańsku oddalił odwołanie (punkt 1); zasądził od A. B. na rzecz pozwanego organu kwotę 180 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (punkt 2).

Swoje rozstrzygnięcie Sąd I instancji oparł o następujące ustalenia faktyczne i prawne.

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. została wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 9 września 2011 roku. Jej współnikami byli A. B. – do 7 czerwca 2017 roku oraz W. B. – do 2 kwietnia 2015 roku, a od 2 kwietnia 2015 roku J. J.. Kapitał spółki wynosił kwotę 5.000 zł. Przedmiot przeważającej działalności spółki stanowiły restauracje i inne stałe placówki gastronomiczne (56,10,A). Organem uprawnionym do reprezentacji spółki był zarząd, przy czym każdy członek zarządu był uprawniony do samodzielnego reprezentowania spółki. W okresie od 9 września 2011 roku do 7 czerwca 2017 roku prezesem zarządu spółki był ubezpieczony A. B., przy czym od 9 września 2011 roku do 21 lutego 2013 roku wiceprezesem zarządu spółki był W. B..

Postanowieniem Sądu Rejonowego Gdańsk – Północ w Gdańsku z 23 lutego 2017 roku, sygn. akt GD VIII NS REJ. KRS (...) rozwiązano spółkę bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego, na podstawie art. 25d ustawy o KRS. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. została wykreślona z Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 7 czerwca 2017 roku, z datą uprawomocnienia 21 lipca 2017 roku.

W. B. zajmował się sprawami finansowymi (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S., zaś odwołujący pracował na jej rzecz jako kucharz. Po około roku od rozpoczęcia działalności, (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. nie opłacała składek na ubezpieczenia społeczne, podatków, nie wypłacała wynagrodzeń. Od jesieni 2012 roku Spółka nie opłacała wszystkich faktur. Zdarzały się sytuacje, że dostawcy odmawiali Spółce dostaw towaru ze względu na nieopłacone faktury. Głównym wierzycielem Spółki była firma zajmująca się sprzedażą wina (...) Sp. z o.o. Spółka nie regulowała też faktur na rzecz księgowej, doradzającej złożenie wniosku o upadłość ze względu na nieopłacanie rachunków, podatków, w tym Vat, Pit-4 i składek na ZUS. Wspólnicy podejmowali próby sprzedaży prowadzonej przez spółkę restauracji.

W dniu 23 sierpnia 2013 roku ubezpieczony złożył zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa wraz z wnioskiem o ściganie, do Prokuratury Rejonowej w S., przez W. B., będącego w okresie od 9 września 2011 roku do 21 lutego 2013 roku członkiem zarządu (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S., o czyny z art. 299 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. Prawomocnym postanowieniem z 30 czerwca 2014 roku, Ds. 1703/13, śledztwo zostało umorzone.

Pismem z 13 września 2013 roku, złożonym we właściwym sądzie w dniu 16 września 2013 roku, ubezpieczony A. B. wniósł o ogłoszenie upadłości (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S., obejmującej likwidację majątku. W uzasadnieniu wskazał, iż Spółka stała się niewypłacalna, bowiem nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań, a zobowiązania przekroczyły wartość majątku Spółki. Postanowieniem z 17 stycznia 2014 roku Sąd Rejonowy Gdańsk – Północ w Gdańsku zabezpieczył majątek dłużnika poprzez ustanowienie tymczasowego nadzorcy sądowego. W dniu 18

lutego 2014 roku tymczasowy nadzorca sądowy złożył sprawozdanie z czynności, w którym przedstawił sytuację finansowo – majątkową Spółki, przy czym 4 marca 2014 roku zostało ono uzupełnione. W 2014 roku (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. nie prowadziła faktycznie działalności i nie zatrudniała pracowników, jej zobowiązania w stosunku do 14 wierzycieli wynosiły kwotę 473.000 zł; należności te były wówczas wymagalne, nie były przedawnione, ale nie były regulowane. Spółka posiadała wówczas środki pieniężne w kwocie 507,65 zł. Nie była właścicielem nieruchomości, nie była właścicielem ani użytkownikiem lub zastawnikiem udziałów lub akcji w innych spółkach prawa handlowego, nie posiadała papierów wartościowych. Spółka posiadała ruchomości o łącznej wartości 16.200 zł. Nadto, Spółka posiadała wierzytelności obejmujące łączną kwotę należności 62.859,86 zł w stosunku do 3 podmiotów. Opóźnienia w zapłacie tych należności przekraczały wówczas 12 miesięcy, zaś Spółka nie wytoczyła o nie powództwa. Postanowieniem z 15 kwietnia 2014 roku Sąd Rejonowy Gdańsk – Północ w Gdańsku, sygn. akt VI GU 193/13, oddalił wniosek ubezpieczonego o ogłoszenie upadłości (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S., obejmującej likwidację majątku – ze względu na to, że spółka nie posiadała środków na prowadzenie postępowania upadłościowego.

Na podstawie opinii biegłego sądowego z zakresu księgowości sporządzonej dla Sądu Rejonowego w Gdyni w sprawie z powództwa (...) sp. z o.o. w K. przeciwko A. B. o zapłatę (na podstawie art. 299 ksh), sygn. akt VI GC 553/16, odpisu Sądu Rejonowego w Gdyni z 1 sierpnia 2018 roku, sygn. akt VI GC 553/16 wraz z uzasadnieniem, Sąd I instancji ustalił, że nadwyżka zobowiązań nad majątkiem (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. na 31 grudnia 2011 roku kwotę 81.455,24 zł, a na 31 grudnia 2013 roku kwotę 148.711,29 zł. W latach 2011 – 2013 Spółka nie posiadała wystarczających aktywów obrotowych na spłatę swoich zobowiązań. Wskaźnik płynności pieniężnej w okresie od 31 grudnia 2011 roku do 31 grudnia 2013 roku wykazuje wartość od 0,24 do 0,54. Wartość środków pieniężnych w sprawozdaniach finansowych kształtuje się od kwoty 36.097,58 zł wg stanu na dzień 31 grudnia 2011 roku do 247.757,92 zł wg stanu na dzień 31 grudnia 2013 roku, przy czym brak jest potwierdzenia stanu środków pieniężnych w drodze inwentaryzacji, w związku z czym istnieje duże prawdopodobieństwo, iż stan tych środków jest tylko na papierze – w sprawozdaniach finansowych. W latach 2011 – 2013 Spółka finansowała się zobowiązaniami. Przy wykazanych stanach środków pieniężnych w sprawozdaniach Spółka nie spłacała swoich zobowiązań. Stan środków pieniężnych spółki w (...) Banku na dzień 1 stycznia 2013 roku wynosił kwotę 318,45 zł, co jest równoznaczne ze stanem na dzień 31 grudnia 2012 roku. Stan środków pieniężnych w banku (...) na dzień 31 sierpnia 2013 roku wynosił 542,77 zł. W latach 2011 – 2013 Spółka nie była w stanie spłacić swoich zobowiązań z posiadanego majątku – występowały kapitały ujemne. Na dzień 31 grudnia 2011 roku zobowiązania przekroczyły wartość należności o 129.658,00 zł, a na 31 grudnia 2013 roku o 404.469,21 zł. Właściwymi terminami do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. były następujące daty:

- 23 lutego 2012 roku, tj. związany z brakiem zapłaty w terminie faktury nr (...) z 26 stycznia 2012 roku, wystawionej przez (...) Sp. z o.o. z terminem zapłaty 9 lutego 2012 roku; faktura ta nie została opłacona do dnia sporządzenia sprawozdania wg stanu na dzień 31 sierpnia 2013 roku,

- marzec 2012 roku, tj. data złożenia do Urzędu Skarbowego deklaracji o wysokości podatku dochodowego; w tym czasie zarząd miał wiedzę o stanie ekonomiczno – finansowym spółki.

Postępowanie egzekucyjne prowadzone przeciwko (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. z tytułu nieuregulowanych należności składkowych okazało się bezskuteczne. Pozwany ustalił, iż spółka nie figuruje w Centralnej Bazie Danych Ksiąg Wieczystych jako właściciel nieruchomości oraz w Centralnej Ewidencji Pojazdów. Na rachunkach bankowych, których posiadaczem była spółka, brak było środków pieniężnych, co stanowiło przeszkodę w realizacji zajęcia egzekucyjnego.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że stan faktyczny ustalił na podstawie dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy, w tym w aktach ubezpieczeniowych, których prawdziwość nie była przez żadną ze stron kwestionowana. Sąd również nie znalazł podstaw do kwestionowania ich wiarygodności z urzędu. Dowód z dokumentów zgromadzonych w sprawie w zakresie w jakim posłużyły do ustalenia stanu faktycznego sąd uznał za w pełni wiarygodny, gdyż dokumenty te nie budziły żadnych wątpliwości i nie były przez strony kwestionowane. Dowody w postaci dokumentów urzędowych sąd ocenił na podstawie art. 244 § 1 k.p.c. ustalając, że skoro w toku procesu nie zostały skutecznie podważone,

stanowią świadectwo tego, co zostało w nich urzędowo poświadczane. Dowody prywatne natomiast w oparciu o treść przepisu art. 245 k.p.c. Powyższe dowody układają się, zdaniem sądu, w spójną całość, wzajemnie się potwierdzając lub uzupełniając. Nie były też kwestionowane przez strony i sąd dał im wiarę w całej rozciągłości. Sąd I instancji wskazał, że istotne znaczenie dla ustalenia stanu faktycznego w niniejszej sprawie, z uwagi na charakter okoliczności spornych, stanowił dokument w postaci opinii biegłego sądowego z zakresu księgowości, sporządzonej w postępowaniu sądowym prowadzonym przed Sądem Rejonowym w Gdyni, sygn. akt VI GC 553/16. Opinia ta jest miarodajna, bowiem jest pełna, rzetelna oraz fachowa. Została sporządzona w sposób rzeczowy i kompetentny, przy uwzględnieniu wszelkich dostępnych dokumentów oraz w oparciu o właściwe podstawy prawne, jest poprawna pod kątem rachunkowym, a nadto zawiera jasne, logiczne i przekonujące wnioski i twierdzenia. Opinia ta została również uzasadniona w sposób wyczerpujący i zgodny z wiedzą posiadaną przez biegłego. Wskazać należy również, iż wiedza i doświadczenie biegłego nie budzą zastrzeżeń sądu. Opinia ta pozwoliła na ustalenie faktów wymagających wiedzy fachowej w zakresie sytuacji finansowej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. i czasu wystąpienia przesłanek do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Sąd Okręgowy podzielił wnioski wypływające z opinii biegłego w zakresie zaistnienia przesłanek do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki już co najmniej 23 lutego 2012 roku, albowiem wnioski te są jasne, jednoznaczne, wewnętrznie niesprzeczne i pełne. Biegły czytelnie i rzeczowo przedstawił sposób, w jaki dokonał niezbędnych wyliczeń, w oparciu o jakie dokumenty finansowe. Opinia ta, w ocenie Sądu I instancji, odpowiada wymogom zawartym w treści przepisu art. 285 § 1 k.p.c., albowiem jej uzasadnienie jest sporządzone w sposób przystępny i zrozumiały dla osób nieposiadających wiedzy księgowej, dlatego też zdaniem sądu, uzasadnionym było oparcie na niej rozstrzygnięcia. Sąd I instancji dał wiarę zeznaniom świadków M. P., A. D., A. F. oraz dowodowi z przesłuchania ubezpieczonego A. B. oraz zainteresowanej M. B. w charakterze stron jako zgodnym i wzajemnie się uzupełniającym co do sytuacji w spółce, w tym materialnej, finansowej, od momentu jej powstania. Wyjaśnił, że zeznania te zgodne były z wiarygodnymi dowodami z dokumentów zebranych w toku postępowania.

Sąd I instancji wskazał, że analizując kwestię odpowiedzialności członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością należy przywołać treść przepisu art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 300 ze zm.), 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.).

Przepis art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej stanowi, 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 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 określa 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 podkreślił, 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).

Sąd I instancji ustalił, że 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 w okresach wskazanych w zaskarżonej decyzji, pełnienie przez ubezpieczonego A. B. funkcji prezesa zarządu w (...) Sp. z o.o. w czasie upływu terminu płatności zobowiązań objętych zaskarżoną decyzją ZUS z 15 grudnia 2016 roku oraz bezskuteczność egzekucji skierowanej do majątku tej spółki. Nie budziło wątpliwości, że Spółka posiada zaległości z tytułu składek na ubezpieczenia za okresy wymienione w zaskarżonej decyzji. 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 Okręgowy 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 stwierdził, że pozwany niewątpliwie trafnie ustalił, iż od 9 września 2011 roku do 7 czerwca 2017 roku ubezpieczony A. B. pełnił funkcję prezesa zarządu, a skoro tak to koniecznym było wykazanie, że wszczęta przeciwko spółce egzekucja okazała się bezskuteczna. 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.

W ocenie Sądu Okręgowego pozwany wykazał bezskuteczność egzekucji z majątku (...) Sp. z o.o. Pozwany ustalił, iż Spółka nie figuruje w Centralnej Bazie Danych Ksiąg Wieczystych jako właściciel nieruchomości oraz w Centralnej Ewidencji Pojazdów. Nadto, egzekucja z rachunków bankowych jest niemożliwa z uwagi na brak środków pieniężnych. Spółka nie dysponowała żadnym majątkiem, z którego możliwym było wyegzekwowanie zaległych należności publicznoprawnych. Nie była właścicielem ruchomości przedstawiających wartość majątkową oraz nieruchomości. 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. 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 wystarczają 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 A. B. - których wykazanie należało do niego jako prezesa zarządu, pełniącego wskazaną funkcję w okresach wymienionych w zaskarżonej decyzji – Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż nie zaszła żadna z okoliczności uwalniających ubezpieczonego od odpowiedzialności za zobowiązania spółki wobec pozwanego. 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. Zważyć należy, iż zgodnie z treścią art. 11 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. prawo upadłościowe (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 2344) – obowiązującej w okresie objętym analizą - za 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 przypadku 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 A. B. w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości wymagała 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 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. 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).

Sąd Okręgowy wyjaśnił też, że w sprawach dotyczących odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki nie można pominąć regulacji zawartej w art. 21 ustawy z 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze (odpowiednik art. 5 Prawa upadłościowego z 1934 r.), że zgłoszenie odpowiedniego wniosku "we właściwym czasie" powinno nastąpić co do zasady w ciągu dwóch tygodni od zaprzestania płacenia długów. Odstępstwo od tych terminów powinno być uzasadnione okolicznościami konkretnego przypadku poddanego indywidualnej ocenie.

"Właściwy czas" do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości według art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej nie może być przy tym wcześniejszy niż upływ terminu wskazanego w powołanej wyżej ustawie, może być z nim tożsamy, bądź późniejszy. 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. 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.

Ubezpieczony A. B. 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, w celu stwierdzenia kiedy sytuacja finansowa i kondycja spółki (...). z o. uzasadniały złożenie przez ubezpieczonego 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, posłużył się opinią biegłego sądowego z zakresu księgowości, dopuszczoną w sprawie prowadzonej przez Sąd Rejonowy w Gdyni, pod sygn. akt VI GC 553/16. Biegły sądowy jednoznacznie i stanowczo stwierdził w opinii, że spełnienie przesłanki z art. 11 ust. 2 prawa upadłościowego nastąpiło w lutym 2012 roku i stan Spółki upoważniał do złożenia wniosku o upadłość co najmniej w lutym 2012 roku. A. B., pomimo wiedzy na temat zadłużenia Spółki z takim wnioskiem jednak nie wystąpił w lutym, czy w marcu 2012 roku, a dopiero w dniu 16 grudnia 2013 roku. Jego wniosku nie można uznać za złożony we właściwym czasie. 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.

Odwołujący nie wskazał również mienia (...) Sp. z o.o., z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości Spółki w znacznej mierze.

Reasumując Sąd I instancji stwierdził, że A. B., 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. Z tego względu Sąd uznał zaskarżoną decyzję za prawidłową i zgodną z prawem. Dlatego, na mocy art. 477<sup>14</sup> § 1 k.p.c. i powołanych przepisów, orzekł jak w pkt 1 wyroku.



O kosztach zastępstwa procesowego sąd orzekł w pkt 2 wyroku, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sporu i na podstawie przepisów art. 108 § 1 k.p.c., art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c., § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 1804 ze zm.), zasądając je w kwocie minimalnej.

Apelację od powyższego wyroku wnieśli A. B. i M. B., zaskarżając go w całości. Apelujący zarzucili:

I. naruszenie przepisów prawa procesowego, które mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, to jest:

1. art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 235 kpc poprzez dokonanie wymagających wiedzy specjalnej ustaleń w zakresie czasu właściwego na zgłoszenie upadłości M. sp. o.o. w S. na podstawie dokumentu nie będącego opinią biegłego i z pominięciem przeprowadzenia postępowania dowodowego,

2. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny dowodu w postaci opinii biegłej sporządzonej do sprawy Sądu Rejonowego w Gdyni, sygn. akt VI GC 553/16 i w konsekwencji dokonanie oceny tego dokumentu prywatnego tak jakby była to opinia biegłego, dodatkowo bez skonfrontowania, iż opinia ta została wydana w celu określenia właściwego terminu na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości wyłącznie w rozumieniu art. 299 kodeksu spółek handlowych, nie zaś w rozumieniu przepisów Ordynacji podatkowej, a Sąd nie przeprowadził żadnej analizy prawnej, z której wynikałoby, że te pojęcia, na gruncie różnych ustaw można uznać za znaczeniowo tożsame;

3. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów z zeznań świadków A. D., A. F., M. P. oraz z zeznań uczestniczki M. B. i skarżącego, co doprowadziło do błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który mógł mieć wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia i w konsekwencji niezasadne przyjęcie, że: - skarżący nie zgłosił we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości, w sytuacji gdy w sprawie brak jest podstaw do przyjęcia takiego ustalenia, - niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nie nastąpiło bez winy skarżącego, w sytuacji gdy w sprawie brak jest podstaw do przyjęcia takiego ustalenia;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest:

1. art. 116 § 1 pkt 1 lit. a Ordynacji podatkowej (dalej o.p.) w związku z art. 31 i art. 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez błędną wykładnię pojęcia „w stosownym czasie” polegającą na uznaniu, iż termin „stosownego czasu” w rozumieniu art 116 § 1 pkt 1 lit. a o.p. jest tożsamy z terminem 2 tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, o którym to terminie stanowi art. 21 ust 1 ustawy prawo upadłościowe (w brzmieniu na dzień zaistnienia podstaw do ogłoszenia upadłości), co doprowadziło do błędnego uznania, iż skarżący nie zgłosił wniosku o upadłość (...) sp. z o.o. we właściwym czasie;

2. art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej (dalej o.p.) w związku z art. 31 i art. 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez niewłaściwe zastosowanie, co doprowadziło do błędnego uznania, iż niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości (...) sp. z o.o. we właściwym czasie nie nastąpiło bez winy skarżącego.

Mając na uwadze powyższe zarzuty apelujący wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez zmianę decyzji ZUS Oddział w G. o przeniesieniu odpowiedzialności za zobowiązania z tytułu składek, z dnia 15 grudnia 2016r., nr (...)i orzeczenie o braku odpowiedzialności skarżącego A. B. za zobowiązania (...) sp. z o.o. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia powstałe w czasie pełnienia przez skarżącego obowiązków członka zarządu; 2. zasądzenie od pozwanego na rzecz A. B. i M. B. kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego, wg norm przepisanych, ewentualnie: 1. uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, 2. pozostawienie Sądowi I instancji rozstrzygnięcie w zakresie kosztów postępowania apelacyjnego.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od każdego ze skarżących na rzecz organu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Sporne w sprawie było, czy pozwany organ rentowy zasadnie stwierdził, że A. B. – jako członek zarządu spółki z o.o. PPUH (...) (dalej: „Spółka”) odpowiada na podstawie przepisu art. 116 § 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 Ordynacja podatkowa (tj. Dz.U. 2020.1325 t.j. – dalej: „OP”) za jej zaległości z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, za okresy wskazane w zakwestionowanej decyzji (przypadające w czasie od lutego 2012 r. do listopada 2013 r.).

Oceny zarzutów apelacji należało dokonać przyjmując za punkt wyjścia regułę, że to prawo materialne, właściwie rozumiane decydowało o wyniku sporu.

Podstawą prawną rozstrzygnięcia były przepisy art. 116 § 1 i 2 OP (w brzmieniu obowiązującym od dnia 01 stycznia 2009r. do dnia wydania przedmiotowej decyzji) w związku z art. 31 i 32 ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tj. Dz.U. 2021.423 t.j.). Przypomnieć należy, że ustawa zmieniająca z dnia 07 listopada 2008 r. (Dz.U. 2008.1318) wprowadziła nowe brzmienie art. 116 § 2 OP, które sprowadza się do objęcia odpowiedzialnością członków zarządu za zobowiązania "których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu". Nowe określenie tej przesłanki odnosi się do odpowiedzialności podatkowej (także odpowiedzialności członka zarządu za zaległości składkowe) powstałej przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej (zob. wyrok SN z 24 sierpnia 2010r. I UK 87/10, Lex nr 1086885). Sąd I instancji błędnie oparł się na brzmieniu art. 116 § 2 OP obowiązującym przed dniem 1 stycznia 2009 r., uchybienie to jednakże nie miało wpływu na prawidłowość zaskarżonego wyroku. Poza sporem jest bowiem, że A. B. był członkiem zarządu Spółki nie tylko w datach powstania ale również w terminach płatności przedmiotowych zobowiązań.

Porządkując, zgodnie z unormowaniem zawartym w przepisie art. 116 § 1 i 2 OP (w brzmieniu obowiązującym w okresie objętym sporem do dnia wydania przedmiotowej decyzji):

§ 1. 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. poz. 978) 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.

§2 Odpowiedzialność członków zarządu obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu, oraz zaległości wymienione w art. 52 oraz art. 52a powstałe w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu.

Odnosząc się do ustaleń prawnych Sądu I instancji Sąd odwoławczy zauważa, że stosownie do art. 116 § 1 pkt 1 lit. a i b OP, przesłanki egzoneracyjne uwalniające członka zarządu spółki od odpowiedzialności za jej zadłużenie to: 1) w sytuacji gdy wniosek o upadłość spółki został skutecznie złożony (nie ma znaczenia kto jest jego inicjatorem) – wykazanie, iż nastąpiło to „we właściwym czasie” (art. 116 § 1 pkt 1a OP), albo 2) gdy minął „właściwy czas” na złożenie wniosku – wykazanie, iż niezgłoszenie wniosku przez członka zarządu nastąpiło bez jego winy (art. 116 § 1 pkt 1b OP).

Powołane przepisy różnicują zatem dwie „sytuacje egzoneracyjne” w zależności od tego czy został zgłoszony wniosek o upadłość spółki.

Poza sporem było istnienie przedmiotowych zaległości Spółki, fakt, że termin płatności tych zobowiązań upłynął w czasie pełnienia przez A. B. funkcji jej członka zarządu (art. 116 § 2 OP) oraz okoliczność, że egzekucja przedmiotowych zobowiązań z majątku Spółki była bezskuteczna. Spór, również na etapie postępowania apelacyjnego, dotyczył wyłącznie kwestii wykazania przez A. B. przesłanek negatywnych wymienionych w art. 116 § 1 pkt 1 lit. a i b OP.

Nieskuteczne okazały się zarzuty naruszenia prawa procesowego, o czym niżej. Okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia Sąd I instancji prawidłowo ustalił, Sąd Apelacyjny przyjął je za własne, co czyni zbędnym ich ponowne powoływanie. Uzupełniająco należy jednak wskazać, że W. B. nie odwołał się od decyzji pozwanego z dnia 15 grudnia 2016 r. stwierdzającej, że jako członek zarządu (...) spółki z o.o. ponosi odpowiedzialność za jej zobowiązania z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia (FUS, FUZ), powstałe w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu od lutego 2021r. do grudnia 2012 r.

Okolicznością niesporną i mającą jednoznaczne potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym jest fakt, iż wniosek o upadłość Spółki został skutecznie zgłoszony. Zgłoszenie przez apelującego takiego wniosku czyni bezprzedmiotowym rozważania na temat zawinięcia członka zarządu (vide wyrok Sądu Najwyższego z 11 lutego 2021 r. II USKP 17/21 LEC nr 3119755). Tym samym nieuprawniona była ocena stanowiska odwołującego dokonana przez Sąd Okręgowy w kontekście przepisu art. 116 § 1 pkt 1 lit. b OP. Z tej samej przyczyny nieskuteczny okazał się zarzut apelacji naruszenia tego przepisu poprzez jego niezastosowanie. Skoro bowiem wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki został skutecznie zgłoszony, to apelujący nie może powoływać się na przesłankę z art 116 § 1 pkt 1 lit. b OP dla uwolnienia się od odpowiedzialności. W konsekwencji bez znaczenia dla oceny prawidłowości zaskarżonego wyroku było twierdzenie apelującego, że A. B. nie ponosi winy za niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości, gdyż drugi członek zarządu (W. B.) uniemożliwił mu jakąkolwiek kontrolę nad sytuacją Spółki.

Prawidłowo Sąd I instancji ustalił, że A. B. nie wykazał przesłanki egzoneracyjnej z art. 116 § 1 pkt 1 lit. a OP. W judykaturze Sądu Najwyższego przyjmuje się, że użycie w art. 116 § 1 pkt 1 lit. a Ordynacji podatkowej przez ustawodawcę określenia „właściwy czas” i brak odesłania do przepisów regulujących postępowanie upadłościowe nie są przypadkowe i z tego względu oceny czy złożenie wniosku o upadłość nastąpiło we właściwym czasie należy dokonywać w okolicznościach indywidualnego przypadku, biorąc pod uwagę, iż powinno to nastąpić w takim momencie, aby chronić zagrożone interesy wierzycieli, tak żeby po ogłoszeniu upadłości mieli oni możliwość uzyskania równomiernego, choćby tylko częściowego, zaspokojenia z majątku spółki (por. wyroki z dnia 9 lipca 2009 r., II UK 374/08, LEX nr 533104; z dnia 1 września 2009 r., I UK 95/09, LEX nr 551001; z dnia 16 września 2009 r., I UK 277/08, LEX nr 550086 i orzeczenia w nich powołane). Czasem właściwym do zgłoszenia upadłości jest więc czas, w którym wszczęte postępowanie upadłościowe może doprowadzić do równomiernego zaspokojenia wszystkich wierzycieli, nie zaś czas, kiedy spółka nie posiada majątku nawet na pokrycie kosztów postępowania egzekucyjnego (upadłościowego). Nie jest „właściwy” czas zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania układowego, w którym stan majątkowy spółki kwalifikuje ją już jako bankruta, bowiem niweczyłoby to cały sens postępowania upadłościowego, pozbawiając wszystkich wierzycieli jakiegokolwiek ochrony prawnej ich interesów (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 r., II UK 398/09, LEX nr 611420). Wniosek o ogłoszenie upadłości może być uznany za zgłoszony we właściwym czasie, gdy wykazane zostanie, że zgłaszając go zarząd (członek zarządu), uczynił ze swej strony wszystko, by nie dopuścić do zniweczenia celu postępowania upadłościowego, a do tego dochodzi, kiedy w momencie zgłoszenia wniosku spółka jest już bankrutem, a jej stan majątkowy nie tylko że nie pozwala na równomierne zaspokojenie wierzycieli, ale nie wystarcza nawet na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lipca 2010 r., I UK 46/09, LEX nr 529770). Wniosek o ogłoszenie upadłości oddalony na podstawie art. 13 ust. 1 ustawy Prawo upadłościowe (Dz.U.2020.1228 tj.), z uwagi na to, iż majątek spółki nie wystarcza nawet na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego, nie może być uznany za taki, który pozwoli uwolnić się od odpowiedzialności za zobowiązania podatkowe. Złożenie wniosku o upadłość w chwili, gdy majątek spółki nie wystarcza nawet na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego, niweczy jego sens, a zatem złożenie takiego wniosku nie może uwolnić członka zarządu od odpowiedzialności za zaległości

składkowe spółki (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 16 czerwca 2020 r. I UK 334/19, LEX nr 3033231, wyrok Sądu Najwyższego z 20 stycznia 2016 r. II UK 199/15, M.P.Pr. 2016/3/156-160).

Ponieważ w niniejszej sprawie w momencie zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości Spółka nie miała majątku wystarczającego nawet na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego, co potwierdza jednoznacznie postanowienie Sądu Rejonowego Gdańsk-Północ w Gdańsku z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. VI GU 193/13, oddalające z tego powodu wniosek A. B. o ogłoszenie upadłości Spółki na podstawie art. 13 ust 1 ustawy Prawo upadłościowe (vide postanowienie z uzasadnieniem koptera k. 129 a.s.), to nie budzi wątpliwości, że wniosek ten nie został zgłoszony we właściwym czasie. W konsekwencji nie miało istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, ustalenie, kiedy był ten „właściwy czas” na wszczęcie postępowania upadłościowego.

W świetle powyższego nieskuteczne okazały się zarzuty naruszenia prawa procesowego zgłoszone w apelacji, którymi skarżący zmierzał podważyć ustalenie Sądu Okręgowego daty w jakiej winien być zgłoszony wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki, dokonane na podstawie opinii biegłego sporządzonej w sprawie VI GC 533/16 Sądu Rejonowego w Gdyni. O ile można się zgodzić ze skarżącym, że dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, znajdującej się w aktach innej sprawy i nadanie jej waloru opinii biegłego sądowego – w sytuacji gdy Sąd nie umożliwił stronom zgłoszenia do niej zastrzeżeń i zgłoszenia ewentualnego wniosku o powtórzenie tego dowodu w toczącym się postępowaniu – stanowi naruszenie zasady bezpośredniości oraz kontradiktoryjności procesu (vide wyrok Sądu Najwyższego z 31 maja 2017 r. III UK 133/16, LEX nr 2332316), to jednak z uwagi na fakt, że dowód ten został przeprowadzony przez Sąd I instancji na okoliczność w przedmiotowej sprawie nieistotną dla rozstrzygnięcia (daty w jakiej winien być zgłoszony wniosek o upadłość Spółki), naruszenie to pozostaje bez wpływu na prawidłowość zaskarżonego wyroku.

Skarżący nie wykazał też na czym miałyby polegać zarzucana Sądowi I instancji wadliwość przy ocenie zeznań świadków i stron, stąd zarzut ten jest chybiony. Skuteczne podniesienie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wskazania jakie kryteria oceny zostały naruszone przez sąd przy analizie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im taką moc przyznając – to jest – czy i w jakim zakresie analiza ta jest niezgodna z zasadami prawidłowego rozumowania, wiedzą lub doświadczeniem życiowym, względnie – czy jest ona niepełna (zob. postanowienie SN z dnia 23.01.2001 r., IV CKN 970/00, Lex nr 52753; wyrok SN z dnia 6.07.2005 r., III CK 3/05, Lex nr 180925). Apelacja takiej argumentacji nie dostarcza. Nadto przedmiotowy zarzut jest nielogiczny, skoro Sąd Okręgowy uznał te zeznania – świadków, odwołującego się i zainteresowanej przesłuchanych na wniosek apelującego - za wiarygodne całości i oparł na nich swoje ustalenia.

Reasumując zaskarżony wyrok odpowiadał prawu. Mając na względzie powyższe, Sąd odwoławczy na mocy art. 385 kpc, orzekł jak w sentencji wyroku (punkt I).

O kosztach procesu Sąd odwoławczy orzekł zgodnie z zasadą odpowiedzialności za jego wynik tj. na podstawie art. 98 § 1 i 3 i art. 99 kpc – obciążając nimi odwołującego się i jego małżonkę in solidum. Na koszty te składały się wynagrodzenie pełnomocnika ubezpieczonego za reprezentację w II instancji w wysokości zgodnej z § 10 ust 1 pkt 2 w związku z § 2 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. 2018.265 t.j.) tj. 75 % stawki 3.600 = 2.700 zł. 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 A.Podlewska