

Sygn. akt III AUa 1695/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 września 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach

Wydział III Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący	SSA Maria Małek - Bujak (spr.)
Sędziowie	SSA Jolanta Ansion SSA Krystyna Merker
Protokolant	Sebastian Adamczyk

po rozpoznaniu w dniu 14 września 2016 r. w Katowicach

sprawy z odwołania T. J., (T. J.),

A. T. (1) (A. T. (1))

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w C.

o odpowiedzialność osób trzecich za zaległe składki

na skutek apelacji ubezpieczonego T. J.

i apelacji ubezpieczonego A. T. (1)

od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w Katowicach z dnia 8 lipca 2015 r. sygn. akt X U 496/14

1. oddala apelacje,

2. zasądza od T. J. i A. T. (1) solidarnie na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w C. kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

/-/SSA J. Ansion /-/SSA M. Małek-Bujak /-/SSA K. Merker

Sędzia Przewodniczący Sędzia

Sygn. akt III AUa 1695/15

UZASADNIENIE

Decyzjami z dnia 27 grudnia 2013r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w C. w oparciu o przepisy art. 116 § 1, 2 i 4, art. 107 § 1 i 2 pkt 2, art. 108 § 1 i 4

art. 118 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa (tekst jednolity: Dz. U. z 2005r. nr 8, poz. 60 ze zm.) w związku z art. 31 oraz 32 ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych stwierdził, że jako były prezes zarządu spółki (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością T. J. odpowiada solidarnie z byłym wiceprezesem zarządu A. T. (1) za jej zobowiązania z tytułu nieopłaconych składek w ogólnej kwocie 311.639,97 zł, w tym:

- składek na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych za okres: marzec 2008r., maj 2008r. – sierpień 2008r., styczeń 2009r., czerwiec 2009r. – marzec 2010r., maj 2010r. – wrzesień 2010r. w łącznej kwocie 162.398,87 zł, należność główna z tytułu składek

w kwocie 162.398,87 zł, odsetki za zwłokę w kwocie 84.084,00 zł, koszty egzekucyjne w kwocie 2.425,80 zł,

- składek na Fundusz Ubezpieczeń Zdrowotnych za okres: sierpień 2009r. – marzec 2010r., maj 2010r. – wrzesień 2010r. w łącznej kwocie 55.957,10 zł, w tym należność główna z tytułu składek w kwocie 37.011,70 zł, odsetki za zwłokę w kwocie 18.294,00 zł, koszty egzekucyjne w kwocie 651,40 zł,

- składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych

za okres: luty 2009r., styczeń 2010r. – marzec 2010r., maj 2010r. – wrzesień 2010r.

w łącznej kwocie 6.774,20 zł, w tym: należność główna z tytułu składek w kwocie 4.570,90 zł, odsetek za zwłokę w kwocie 2.050,00 zł, kosztów egzekucyjnych w kwocie 153,30 zł.

W uzasadnieniu decyzji organ rentowy wskazał, że postępowanie egzekucyjne prowadzone wobec Spółki okazało się bezskuteczne (postanowienie Sądu Rejonowego Katowice – Wschód w Katowicach z dnia 17 lipca 2012r. sygn. akt X GUp-4/11/6, stwierdzające zakończenie postępowania upadłościowego Spółki), a do chwili wydania decyzji Spółka nie została wykreślona z rejestru. Organ rentowy poinformował ubezpieczonych o możliwości zawarcia układu ratalnego.

Od decyzji tych ubezpieczeni reprezentowani przez pełnomocnika wnieśli odwołanie zarzucając błędne ustalenie, że wniosek o ogłoszenie upadłości spółki nie został złożony we właściwym czasie, błędne ustalenie, że Spółka nie została wykreślona z Krajowego Rejestru Sądowego, błędne przypisanie odwołującemu T. J. winy za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie. Zarzucili także naruszenie art. 7 Kodeksu postępowania administracyjnego poprzez pominięcie zastrzeżeń i wniosków dowodowych złożonych przez ubezpieczonego T. J. przed wydaniem decyzji. Ubezpieczeni wnieśli o zmianę decyzji w całości poprzez nie obciążanie ich jako prezesa zarządu i wiceprezesa Spółki za jej zobowiązania składkowe wskazane w skarżonej decyzji.

W odpowiedzi na odwołanie organ rentowy wniósł o ich oddalenie oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. Organ rentowy podkreślił, że jego decyzja jest zasadna. Bezspornym jest, że odwołujący w okresie objętym decyzją byli członkami zarządu Spółki, która nie wykonała ustawowych obowiązków wynikających z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Organ rentowy podniósł, że ubezpieczeni nie wykazali przesłanek zwalniających ich z odpowiedzialności na podstawie art. 116 Ordynacji podatkowej, zatem ponoszą odpowiedzialność za zobowiązania Spółki z tytułu nieopłaconych składek za wskazany okres z odsetkami. Zarząd Spółki złożył wniosek o ogłoszenie upadłości, lecz w wyniku podziału wierzytelność oddziału została zaspokojona w wysokości 21%. Wpłatę zaliczono na najstarszą zaległość tj. luty 2009r. oraz częściowo czerwiec 2009r. Wierzytelność zgłoszona do masy upadłości przedstawia zestawienie wierzytelności, z którego wynika, że odsetki są naliczone na dzień 30 stycznia 2011r., tj. ogłoszenia upadłości. W opinii organu rentowego trudno uznać za wiarygodne oświadczenie, że zarząd dopiero w lipcu 2010r. powziął wiadomość o niemożności regulowania zobowiązań Spółki w sytuacji, gdy zaległości spółki wobec ZUS datuje się od początku 2008r. (k. 10-11 a.s.).

Wyrokiem z dnia 8 lipca 2015r., sygn. akt XU 496/14 Sąd Okręgowy w Katowicach oddalił odwołania w punkcie 1 wyroku oraz zasądził od odwołujących na rzecz organu rentowego kwotę 7.200 zł w punkcie 2 wyroku.

Sąd Okręgowy ustalił, że Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - (...) została wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS (...) dnia 16 października 2003r., natomiast wykreślona 21 grudnia 2012r, zatrudniała ok. 70 osób na podstawie umowy o pracę. Odwołujący T. J. został powołany na stanowisko prezesa zarządu Spółki, a odwołujący A. T. (2) został powołany na stanowisko wiceprezesa zarządu Spółki.

Od stycznia 2010r. rozpoczęły się kłopoty finansowe firmy. W dniu 9 sierpnia 2010r. w Sądzie Rejonowym Katowice – Wschód został złożony wniosek o ogłoszenie upadłości (...) Sp. z o.o. przez zarząd Spółki. Postanowieniem z dnia 23 września 2010r. Sąd Rejonowy Katowice – Wschód ustanowił tymczasowego nadzorcę sądowego celem dokonania zabezpieczenia majątku Spółki.

Na podstawie zeznań świadka B. B. Sąd ustalił, że prowadził on biuro podatkowe w Z., które obsługiwało firmę ubezpieczonych. Jako księgowy firmy wystawiał on deklaracje obligujące do zapłacenia składek. Składki te nie były opłacane. Sporządzał on zestawienia należności i zobowiązań firmy, księgował comiesięczne faktury i wydatki, sporządzał deklaracje ZUS-owskie oraz deklaracje dla urzędu skarbowego.

Firma wykonywała pracę nie tylko w Polsce ale i na terenie Niemiec. Składki za pracowników były opłacane w polskiej instytucji ubezpieczeniowej. Problemy finansowe firmy nastąpiły w 2009r. z tym iż – zdaniem świadka – nie była jeszcze zaburzona płynność finansowa firmy. Od 2008r. nie były płacone składki na ubezpieczenie społeczne do ZUS.

Dnia 17 października 2010r. biegły sądowy ds. rachunkowości wydał opinię w przedmiocie zasadności wniosku zarządu Spółki o ogłoszenie upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika. W opinii biegłego sądowego majątek Spółki nie wystarczył na koszty postępowania upadłościowego, a dłużnik nie wykonywał wymagalnych zobowiązań. Zobowiązania przekroczyły wartość majątku w miesiącu grudniu 2009r. Większość długów, których płatności zaniechano pochodzi z czerwca 2010r. lub okresów wcześniejszych, zatem należało przyjąć, iż dłużnik zaprzestał płacenia zobowiązań w czerwcu 2010r. Spółka wniosła zastrzeżenia do w/w opinii twierdząc, że otrzyma z urzędu w S. około 20.000 euro, natomiast za około 6 miesięcy pozostałą kwotę 17.700 zł, które łącznie z pozostałymi składnikami majątku, w sumie 126.000 zł pokryją koszty postępowania.

Postanowieniem z dnia 31 stycznia 2011r., sygn. akt XGUp 4/11/6 Sąd Rejonowy Katowice – Wschód ogłosił upadłość obejmującą likwidację majątku dłużnika, wyznaczając jednocześnie syndyka masy upadłości. Syndyk wykonał wszystkie czynności przewidziane prawem upadłościowym: zlikwidował cały majątek upadłego uzyskując 105.160,33 zł, z czego kwotę 43.957,70 zł przeznaczył na plan podziału wierzytelności w kat. II w 21%.

Plan podziału został wykonany 12 stycznia 2012r. W dniu 22 maja 2012r. syndyk masy upadłości złożył wniosek o ukończenie postępowania upadłościowego wskazując, że cały majątek upadłego został zlikwidowany, wykonał ostateczny plan podziału i złożył ostateczne sprawozdanie z czynności

Postanowieniem z dnia 17 lipca 2010r. Sąd Rejonowy Katowice – Wschód stwierdził zakończenie postępowania upadłościowego (...) Sp. z o.o. w K..

Obecnie firma nie ma żadnego majątku. Od czerwca 2010r. odwołujący T. J. przebywał na zwolnieniu chorobowym przez okres 6 miesięcy, przez okres jednego roku pobierał świadczenie rehabilitacyjne, a obecnie pobiera rentę. Od czerwca do dnia ogłoszenia upadłości firma nie prowadziła działalności. Umowy o pracę zatrudnionych pracowników ustały w czerwcu lub sierpniu 2010r. Część pracowników była zatrudniona do końca września 2010r.

Biegły sądowy ds. rachunkowości mgr P. K. w opinii z dnia 21 stycznia 2015r. w przedmiocie ustalenia od kiedy firma (...) Sp. z o.o. z siedzibą

w K. zaprzestała regulowania zobowiązań podniósł, że według stanu na dzień 30 września 2010r., tj. na dzień sporządzenia dokumentacji, dłużnik zalegał ze spłatą zobowiązań. Opóźnienie w regulowaniu zobowiązań na dzień 30 września 2010r. dłużnika wynosiło 1.318.315,14 zł zobowiązań wymaganych ogółem (100%) z czego:

- 14.129,05 zł mieściło się w przedziale od 0 do 30 dni po terminie zapłaty, co daje 1,1% sumy wymagalnych zobowiązań ogółem,
- 533.895,59 zł mieściło się w przedziale od 31 do 90 dni po terminie zapłaty, co daje 40,5% sumy wymagalnych zobowiązań ogółem,
- 158.227,48 zł mieściło się w przedziale od 91 do 180 dni po terminie zapłaty, co daje 12,0% sumy wymagalnych zobowiązań ogółem,
- 111.080,67zł mieściło się w przedziale od 181 do 360 dni po terminie zapłaty co daje 8,4% sumy wymagalnych zobowiązań ogółem,
- 500.982,35 zł mieściło się w przedziale powyżej 360 dni po terminie zapłaty, co daje 38,0% sumy wymagalnych zobowiązań ogółem.

Przyjmuje się, że zaprzestanie regulowania zobowiązań zachodzi wówczas gdy dłużnik nie płaci przeważającej części swoich wymagalnych zobowiązań.

Biegły podniósł, że badając wstecznie okoliczność zaprzestania regulowania zobowiązań, należy zbadać z jakiego okresu pochodzi większość zobowiązań, których nie uregulowano. W badanym podmiocie sytuacja przedstawiała się następująco:

- zobowiązania starsze niż 360 dni stanowią 38,0% => $38,0\% < 50\%$ => warunek nie został spełniony;
- zobowiązania starsze niż 180 dni stanowią 46,4% ($38,0\% + 8,4\%$) => $46,4\% < 50\%$ => warunek nie został spełniony;
- zobowiązania starsze niż 90 dni stanowią 46,4 % ($38,0\% + 8,4\% + 12,0\%$) => $58,4\% > 50\%$ => warunek nie został spełniony.

Wobec faktu, że przekazana biegłemu dokumentacja została sporządzona wg stanu na dzień 30 września 2010, termin 90 dni przed datą sporządzania dokumentacji oznacza datę 30 czerwca 2010r. w której to dacie zgodnie z ewidencją księgową wystąpiło zaprzestanie regulowań zobowiązań. Jednocześnie też biegły wskazał, że termin, w którym zaprzestano regulowania zobowiązań uwzględnia fakt, iż w okresie od stycznia 2010r. do lipca 2010r. regulował część zobowiązań, jednakże była to kwota zbyt niska w stosunku do kwot, które były w tamtym czasie wymagalne. Dłużnik w krytycznym okresie od stycznia do czerwca 2010r. uregulował kwotę 148.533,80 zł, a kwota zobowiązań wymagalnych w tamtym okresie wyniosła 918.824,30 zł, co oznacza, iż dłużnik uregulował jedynie 16% kwot wymagalnych.

Uznać zatem należy, że dłużnik zaprzestał regulowania zobowiązań w rozumieniu prawa upadłościowego i naprawczego w czerwcu 2010r..

W oparciu o dokonane ustalenia Sąd Okręgowy uznał odwołania za niezasadne.

Sąd przywołał art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2012r., poz. 749), zwanej dalej Ordynacją podatkową w myśl którego 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, określona w § 1, obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu (art. 116 § 2 Ordynacji podatkowej). Z mocy art. 116 § 4 Ordynacji podatkowej powołane przepisy stosuje się również do byłego członka zarządu. Na podstawie art. 107 § 2 pkt 2 oraz pkt 4 wym. ustawy osoby trzecie odpowiadają także za odsetki od zaległości oraz za powstałe koszty egzekucyjne.

Powołane wyżej przepisy na podstawie art. 31 i 32 w zw. z art. 24 ust. 2 ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tj. Dz. U. z 2013r., poz. 1442), zwanej dalej ustawą systemową, stosuje się również do należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Sąd Okręgowy wywiódł, że przepisy art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 i 32 ustawy systemowej, ukształtowały jedną pozytywną i trzy negatywne przesłanki odpowiedzialności członków zarządu spółki kapitałowej za jej zobowiązania publicznoprawne powstałe w czasie pełnienia przez te osoby funkcji w zarządzie: przesłanką pozytywną jest bezskuteczność egzekucji w stosunku do spółki, a na przesłanki negatywne odpowiedzialności składają się okoliczności uwalniające od odpowiedzialności wymienione w art. 116 § 1 pkt 1 i 2 Ordynacji podatkowej tj. zgłoszenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania układowego, brak winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęciu postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości oraz wskazanie mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części.

Bezskuteczność egzekucji w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej wiąże się z brakiem możliwości przymusowego zaspokojenia wierzyciela poprzez wszczęcie i przeprowadzenie przez organ egzekucyjny egzekucji skierowanej do majątku spółki. Bezskuteczność egzekucji występuje bez wątplenia w sytuacji zakończenia likwidacyjnego postępowania upadłościowego. Jest to bowiem postępowanie o charakterze egzekucji generalnej i po jego zakończeniu nie budzi wątpliwości, że jakakolwiek inna egzekucja musi być bezskuteczna (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 2009r., I UK 49/09, LEX nr 529769, z dnia 19 sierpnia 2009r., II UK 14/09, OSNP 2011/7-8/108).

Orzekając o odpowiedzialności członka zarządu za zaległości składkowe spółki, organ rentowy jest obowiązany wykazać okoliczność pełnienia obowiązków członka zarządu w czasie powstania zobowiązania składkowego, które przerodziło się w dochodzoną należność składkową oraz bezskuteczność egzekucji przeciwko spółce.

W ocenie Sądu okoliczności w/w zostały przez organ rentowe wykazane.

Wprawdzie odwołujący A. T. (1) wskazywał, że w dniu 16 lipca 2010r. złożył pisemną rezygnację z funkcji wiceprezesa zarządu ale będąc słuchanym w charakterze strony na rozprawie w dniu 8 lipca 2015r. zeznał, że rezygnacja jego nie została przyjęta, zaś w dacie składania wniosku do sądu o ogłoszenie upadłości, tj. 9 sierpnia 2010r. widniał w KRS

jako wiceprezes zarządu.

W gestii odwołujących leżało natomiast wykazanie okoliczności, które zgodnie z treścią przepisu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej uwalniałyby ich od odpowiedzialności za zaległości składkowe. Ciężar wykazania którejkolwiek okoliczności uwalniającej od odpowiedzialności spoczywa na członku zarządu. Członek zarządu winien zatem wykazać, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe, albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz wszczęciu postępowania układowego nastąpiło nie z winy członka zarządu, bądź też wskaże on mienie, z którego możliwa jest egzekucja.

Dokonując oceny, czy zgłoszenie wniosku o upadłość nastąpiło we właściwym czasie (art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej) należy uznać, że powinno to nastąpić w takim momencie, aby zapewnić ochronę interesów wszystkich wierzycieli, aby po ogłoszeniu upadłości wszyscy wierzyciele mieli możliwość uzyskania równomiernego, chociaż tylko częściowego, zaspokojenia z majątku spółki. Przesłanka ta jest spełniona w szczególności wtedy, gdy członek zarządu po ustaleniu, że stan finansowy spółki uzasadnia złożenie wniosku o upadłość niezwłocznie taki wniosek złoży.

Na podstawie opinii biegłego sądowego ds. rachunkowości Sąd Okręgowy ustalił, że spółka w okresie od stycznia do lipca 2010r. regulowała część zobowiązań jednak była to kwota zbyt niska w stosunku do kwot, które w tamtym czasie były wymagane. Dłużnik uregulował kwotę 148.533,80 zł zaś kwota zobowiązań wymagalnych wyniosła 918.824,30 zł. Biegły ustalił, iż dłużnik uregulował jedynie 16% kwot wymagalnych. Całkowicie zaprzestał regulowania zobowiązań od czerwca 2010r.

Podstawy do ogłoszenia upadłości i terminy do złożenia wniosku w tym zakresie określone zostały w ustawie z dnia 28 lutego 2003r. Prawo upadłościowe i naprawcze (tj. Dz. U. z 2012r., poz. 1112), zwanej dalej Prawem upadłościowym i naprawczym.

Na podstawie art. 10 Prawa upadłościowego i naprawczego upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Art. 11 Prawa upadłościowego i naprawczego stanowił w brzmieniu obowiązującym do 1 maja 2009r. w ust. 1, że dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań, zaś od 1 maja 2009r. przepis ten stanowi, iż dłużnika uważa się za niewypłacanego jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, a w ust. 2, że dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje.

Art. 21 ust. 1, 2 i 3 Prawa upadłościowego i naprawczego stwierdza, że dłużnik jest obowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości. Jeżeli dłużnikiem jest osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, obowiązek, o którym mowa w ust. 1, spoczywa na każdym, kto ma prawo go reprezentować sam lub łącznie z innymi osobami. Osoby, o których mowa w ust. 1 i 2, ponoszą odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną wskutek niezłożenia wniosku w terminie określonym w ust. 1.

Odnosnie pojęcia „właściwego czasu” na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości Sąd I instancji wskazał, że czasem tym, który uwolniłby członków zarządu spółki kapitałowej od odpowiedzialności za jej zobowiązania, to czas właściwy ze względu na ochronę wierzycieli. Dwutygodniowy termin do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości liczy się od dnia, w którym wystąpiła podstawa ogłoszenia upadłości, a więc dłużnik stał się niewypłacalny tj. nie wykonuje wymagalnych zobowiązań w terminie.

Analiza kondycji finansowej firmy dokonana przez biegłego pozwoliła Sądowi I instancji na ustalenie, że odwołujący z wnioskiem o ogłoszenie upadłości wystąpili po czasie właściwym. Zdaniem Sądu wniosek taki powinien być zgłoszony do czerwca 2010r.

gdy firma zaprzestała regulowania całości zobowiązań, a najpóźniej do lipca 2010r. gdyż od czerwca 2010r. zaprzestała regulowania w ogóle zobowiązań.

Art. 116 ust. 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej pozwala członkom zarządu uwolnić się od odpowiedzialności za zaległości podatkowe (składkowe) jeżeli wskażą oni mienie spółki z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości składkowych w znacznej części.

Istotnym jest aby mienie to istniało i zostało wskazane w momencie gdy toczy się postępowanie o ustalenie odpowiedzialności członka zarządu jako osoby trzeciej za należności obowiązujące Spółkę. Egzekucja z tego mienia powinna być realna w chwili podejmowania przez organ rentowy (składkowy) decyzji wobec członków zarządu.

W przedmiotowej sprawie odwołujący wskazywali, że w toku postępowania upadłościowego nie zostały ściągnięte kaucje gwarancyjne od niemieckiej firmy

D. K., a syndyk nie występował o te należności. Na rozprawie w dniu 8 lipca 2015r. odwołujący T. J. słuchany w charakterze strony oświadczył, że należności te były do odzyskania do stycznia 2014r.

Zważywszy więc na cytowany wyżej przepis nie można stwierdzić, że odwołujący wskazali mienie do którego można by skierować egzekucję należnych organowi rentowemu składek.

Odnosząc się do okresu zwolnienia chorobowego T. J. od czerwca 2010r. Sąd I instancji wskazał, że w sytuacji gdy członek zarządu pomimo dolegliwości chorobowych czynnie sprawował swoją funkcję, nie może skutecznie powoływać się na zły stan zdrowia by uniknąć odpowiedzialności za zaległości składkowe Spółki.

Z wnioskiem o ogłoszenie upadłości wystąpił do Sądu Rejonowego Katowice-Wschód Wydział X Gospodarczy zarówno prezes jak i wiceprezes zarządu.

Ponadto z zeznań odwołującego A. T. (1) wynikało, że mimo posiadanego zwolnienia chorobowego odwołujący T. J. był „ciągle w pracy”.

Sąd I instancji nie uwzględnił także wniosku pełnomocnika odwołujących o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. rachunkowości celem określenia czasu właściwego do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości uznając, że kwestia ta została wyjaśniona w opinii sądowej sporządzonej przez biegłego mgr P. K..

W ocenie Sądu I instancji w rozpoznawanej sprawie organ rentowy dowiódł istnienia pozytywnych przesłanek powstania subsydiarnej odpowiedzialności odwołujących, jako członków zarządu (...) Sp. z o.o. za jej zobowiązania wobec ZUS, natomiast odwołujący nie wykazali w dostateczny sposób żadnej z przesłanek, które pozwoliłyby na zwolnienie ich od tej odpowiedzialności.

Apelacje od wyroku wnieśli obaj odwołujący.

W apelacjach o tożsamej treści zaskarżonemu wyrokowi zarzucili:

1. naruszenie przepisów art. 116 § 1 pkt 1a i § 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa w zwi#zku z art. 11 i 21 ust. 1, 2 i 3 Prawa upad#o#ciowego i naprawczego przez ich niew#a#ciwe zastosowanie i przyj#cie, #e w niniejszej sprawie cz#onkowie zarz#du w celu uwolnienia si# od odpowiedzialno#ci za d#ugi sp#ki wobec Zak#adu Ubezpiecze# Spo#ecznych powinni z#o#y# wniosek o og#oszenie upad#o#ci (...) Sp#ki z o.o. do czerwca 2010r., a najpó#niej do lipca 2010r. (zarzut niew#a#ciwego rozumienia „czasu w#a#ciwego do zg#oszenia wniosku o og#oszenie upad#o#ci sp#ki”);

2. naruszenie art. 233 w związku z art. 227 k.p.c. przez brak wnikliwego i wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego sprawy pozwalającego na ustalenie faktów mających wpływ na rozstrzygnięcie sprawy tj.

a. pominięcie części zeznań świadka B. B., które pozwalały na ustalenie sposobu rozliczeń finansowych działań spółki na terenie Niemiec, ich wpływu na bieżące księgowanie należności i zobowiązań, czasokresu spływu danych księgowych z Niemiec do Polski i ich wpływu na sporządzanie bilansu spółki,

b. pominięcie częściowe zeznań odwołujących się w zakresie w jakim odnosili się do nieściągnięcia przez syndyka kaucji gwarancyjnych od (...), ich możliwości dochodzenia od 2011r. sukcesywnie co 3 miesiące, spływu informacji z Niemiec niezbędnych do bilansu za 2009r. w lipcu 2010r. i problemów ze zwołaniem zgromadzenia wspólników;

co miało wpływ na ustalenie momentu powzięcia wiedzy przez członków zarządu

o stanie finansów spółki i przyjęcie czasu właściwego do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości względnie ocenę zawinienia w spóźnionym (niewiele) zgłoszeniu wniosku o upadłość, co w sposób oczywisty wpłynęło na treść ustaleń i w konsekwencji na treść wydanego w sprawie wyroku;

3. naruszenie przepisów art. 217 § 2 i § 3 k.p.c. w związku z art. 227 k.p.c., i przepisu art. 233 k.p.c. poprzez:

a. całkowite pominięcie wniosku pełnomocnika odwołującego o dołączenia do niniejszej sprawy akt postępowania upadłościowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach o sygn. akt X GUp 4/11/6 i niedopuszczenie dowodu z wnioskowanych z nich dokumentów, w szczególności z (załączonego w kopii już do odwołania) planu podziału funduszy masy upadłości, oraz sprawozdań syndyka;

b. niepełną i nierzetelną ocenę dokumentów z akt postępowania prowadzonego przez

Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach (X GU 122/10/6) w sprawie o ogłoszenie upadłości (...) Spółki z o.o., w szczególności pominięcie dowodu z wniosku o ogłoszenie upadłości z załącznikami, pisma uzupełniającego, załączników do niego (w tym pisma zarządu ze wskazaniem dłużników zagranicznych spółki - także załączonym do odwołania);

c. brak rozważenia i oceny dowodów — dokumentów zawartych w aktach ZUS które dawały podstawę do ustalenia, że niecały majątek (...) Spółki z o.o. został zlikwidowany, wysokość zgłoszonej i uznanej przez syndyka wierzytelności ZUS była inna niż dochodzona obecnie przeciwko byłym członkom zarządu, a sposób spłaty zadłużenia wobec ZUS przez syndyka był inny niż uczynił to ZUS; co z kolei doprowadziło do błędnych w tym zakresie ustaleń Sądu;

d. błędne przypisanie T. J. winy za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie;

4. naruszenie art. 116 § 1 i § 4 i art. 107 § 1 i 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 sierpnia

1997r. - Ordynacja podatkowa w związku z art. 92 ust. 1 Prawo upadłościowe i naprawcze przez wadliwe zastosowanie i pominięcie przepisu (dot. art. 92 ust. 1

Prawa upadłościowego i naprawczego) polegające na pominięciu subsydiarnej odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki i wynikającego z niej braku możliwości przypisania byłym członkom zarządu odpowiedzialności za

długi spółki wyższe niż stwierdzone tytułami wykonawczymi wobec spółki, a odsetki wyższe niż liczone do dnia ogłoszenia upadłości podatnika (błędne zastosowanie przepisu);

5. naruszenie art. 217 § 3 k.p.c. w związku z art. 227 k.p.c. i 278 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie na rozprawie dnia 8 lipca 2015r. wniosku dowodowego pełnomocnika odwołującego się złożonego już w odwołaniu od decyzji ZUS z dnia 27 grudnia

2013r. (uwzględnionego jedynie częściowo), a następnie powielonego pismem z dnia 12 marca 2015r., o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. rachunkowości na okoliczność ustalenia czasu właściwego w rozumieniu art. 116 § 1 pkt 1a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości (...) Spółki z o.o., co wymagało wiadomości specjalnych z zakresu rachunkowości, a jego pozyskanie pozwoliłoby wykluczyć lub

potwierdzić istnienie okoliczności wpływających na odpowiedzialność odwołującego się za długi upadłej spółki oraz oddalenie (lub pominięcie) wniosku z pisma z dnia 12 marca 2015r. o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. rachunkowości na okoliczność czy ewentualnie spóźnione złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości wyrządziło ZUS Oddziałowi w C. szkodę;

6. naruszenie art. 83 ust. 2 ustawy z dnia 13 października 1998r. ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 328 § 2 k.p.c. przez nierozstrzygnięcie wszystkich zarzutów wobec decyzji ZUS zgłoszonych w odwołaniu tj. zarzutu nieprawidłowego rozliczenia kwoty wpłaconej przez syndyka masy upadłości (...) Spółki z o.o. w upadłości likwidacyjnej w wysokości 36.022,34 zł dokonanej przelewem dnia 12 stycznia 2012r. oraz zarzutu niewłaściwego przypisania odpowiedzialności za odsetki od należności głównej za okres wykraczający poza datę ogłoszenia upadłości spółki, co narusza subsydiarny charakter odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki wobec ZUS;

7. naruszenie przepisu art. 98 § 1 k.p.c. przez jego błędne zastosowanie tj. zasądzenie od odwołujących się kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika organu rentowego wprost na rzecz tegoż pełnomocnika z jednoczesnym sprzecznym z treścią tego orzeczenia uzasadnieniem (zapewne omyłkowym).

W oparciu o podniesione zarzuty apelujący wniesli o zmianę zaskarżonego wyroku i decyzji poprzez orzeczenie, że nie odpowiadają oni za zobowiązania (...) Spółki z o.o. wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z tytułu nieopłaconych przez tę spółkę składek na:

1. ubezpieczenia społeczne za okres: 03/2008, od 05/2008 do 08/2008, 01/2009, od 06/2009 do 03/2010, od 05/2010 do 09/2010 w łącznej kwocie 248.908,67 zł;
2. ubezpieczenia zdrowotne za okres: od 08/2009 do 03/2010, od 05/2010 do 09/2010 w łącznej kwocie 55.957,10 zł;
3. Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres: 02/2009, od 01/2010 do 03/2010, od 05/2010 do 09/2010 w łącznej kwocie 6.774,20 zł;

względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

W uzasadnieniu apelacji odwołujący podnieśli, że nie zostały przez Sąd Okręgowy rozpoznane zarzuty dotyczące kwestii nieprawidłowego zaliczenia przez ZUS wpłaty dokonanej przez syndyka masy upadłości (...) Spółki z o.o. w upadłości likwidacyjnej w wysokości 36.022,34 zł dnia 12 stycznia 2012r. oraz obciążenia odwołujących odpowiedzialnością za płatność odsetek za opóźnienie za okres po dacie ogłoszenia upadłości.

Brak odniesienia się przez Sąd do tych rozstrzygnięć w uzasadnieniu wyroku (czego wymaga art. 328 § 2 k.p.c.) uniemożliwia oczywiście kontrolę prawidłowości orzeczenia w tym zakresie.

Niemniej zarzuty odwołującego się pozostają w obu powyższych kwestiach niezmiennie:

- ZUS nie miał uprawnienia do zaliczenia wpłaty dokonanej przez syndyka w inny sposób niż wynikająca z listy wierzytelności i planu podziału;

- ZUS nie miał prawa ustalić odpowiedzialności T. J. za długi w wysokości wyższej niż wynikałoby to z istniejących do dnia ogłoszenia upadłości spółki tytułów wykonawczych oraz za odsetki od należności za okres przekraczający datę ogłoszenia upadłości (...) Spółki z o.o.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych wydając decyzję odniósł się wyłącznie do wpłaty należności dokonanej przez syndyka masy upadłości, wskazując jej zaliczenie na poczet składki za miesiąc 02/2009 w kwocie należności głównej 21.418,77 zł, kwocie odsetek

4.152 zł oraz na poczet Fundusz Ubezpieczenia Społecznego za miesiąc 06/2009 w kwocie 9.016,07 zł i odsetek w kwocie 1.435,50 zł. Takie rozliczenie jest nieprawidłowe, gdyż sprzeczne z dokonany przez syndyka masy upadłości D. C. planem podziału, (w aktach upadłościowych, aktach ZUS i załącznik do odwołania). Według planu podziału kwota 31.587,20 zł powinna być zaliczona na należność główną, 3.795,96 zł na odsetki, a kwota 639,18 zł na koszty egzekucyjne. Przepisy prawa upadłościowego i naprawczego jako szczególne wobec kodeksu cywilnego wyłączają w okresie trwającego postępowania upadłościowego inne reguły wykonania zobowiązań pieniężnych. Dlatego też ZUS nie miał uprawnienia do innego niż syndyk zaliczenia wpłaconych na poczet długu kwot. Zresztą nie wiadomo w ogóle, jakie zasady zastosował zaliczając wpłatę syndyka w sposób wyżej wskazany. Kwestia ta została przez Sąd Okręgowy całkowicie pominięta, a zatem decyzja ZUS nie została poprawnie skontrolowana.

Podobnie nie zwrócił Sąd Okręgowy uwagi na subsydiarny charakter odpowiedzialności członków zarządu za długi spółki wynikający z przepisów art. 116 § 1 i

§ 4 i art. 107 § 1 i § 2 Ordynacji podatkowej (tu stosowany w związku z art. 31 i 32 w związku z art. 24 ust. 2 ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych). Zgodnie z takim charakterem odpowiedzialności (subsidiarnym) zobowiązania przypisane byłym członkom zarządu nie mogą być wyższe niż te, za które odpowiada spółka. Pomimo twierdzeń ZUS, że taki przypadek nie zachodzi, na podstawie dokumentów z akt ZUS (załączonych do sprawy i dopuszczonych jako dowód postanowieniem z dnia 8 lipca 2015r) można stwierdzić, że (dokumenty oznaczone cyfrą I): zgłoszenie wierzytelności przekazane Sędziemu komisarzowi do sprawy X GUp 4/11/6 obejmowało wierzytelności zgłoszone do kategorii II zaspokajania w łącznej wysokości 171.534,93 zł i do kategorii III - 100.642,08 zł. Łącznie 272.177,01 zł. Dalej znajduje się załącznik do zgłoszenia zawierający zestawienia wierzytelności o charakterze tytułu wykonawczego dokładnie na taką samą kwotę 272.177,10 zł. W dokumentach oznaczonych cyfrą II znajdują się m.in. notatka służbowa

z dnia 21 grudnia 2011r., z której wynika, że pracownik zaznajamiający się z aktami postępowania upadłościowego stwierdził, że suma wierzytelności uznanych przez syndyka wynosi 171.534,93 zł. Ponadto kwoty powyższe musiały zostać pomniejszone o 36.022,34 zł wpłacone przez syndyka. Zgodnie natomiast z decyzją ZUS z dnia 27 grudnia 2013r. na stronie ostatniej zdanie ostatnie oznaczone *,„odsetki naliczono do dnia wydania decyzji”, czyli do dnia 27 grudnia 2013r. Mając na uwadze, że suma zadłużenia przypisanego zaskarżoną decyzją wynosi 311.639,97 zł jest oczywiste, że przypisana odwołującym się odpowiedzialność jest szersza niż powinna zgodnie z subsydiarnym jej charakterem.

Odnośnie samych tylko odsetek dodatkowo wskazuje na przepis art. 92 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego, który stanowi, że z masy upadłości mogą być zaspokojone odsetki od wierzytelności, należne od upadłego, za okres do dnia ogłoszenia upadłości.

Oznacza to, że obciążanie odwołującego odsetkami za zwłokę liczoną od dnia ogłoszenia upadłości, spowodowałoby, że zakres jego odpowiedzialności byłby szerszy niż zakres odpowiedzialności upadłej Spółki, (tak np. orzeczenie NSA w sprawie I FSK 192/11 z dnia 20 grudnia 2011r. stwierdzające, że członek zarządu spółki z o.o. jako osoba, która ponosi subsydiarną odpowiedzialność za zaległości podatkowe spółki, nie może ponosić odpowiedzialności za odsetki za zwłokę za okres od daty ogłoszenia upadłości oraz wyrok NSA z dnia 15 kwietnia 2009r., sygn. akt II FSK 60/08, wyrok NSA o sygn. akt I FSK 958/08 z dnia 3 listopada 2009, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z dnia

5 czerwca 2014r., sygn. akt I SA/Ke 38/14).

Mając na uwadze już tylko powyższe zarzuty uważa, że zaskarżone orzeczenie powinno zostać uchylone, z uwagi na brak możliwości samodzielnego wyliczenia przez

Sąd należności (...) Spółki z o.o. wobec ZUS przy prawidłowym zaliczeniu

wpłaty syndyka i przeliczeniu odsetek na dzień ogłoszenia upadłości (a być może powinna zostać także uchylona decyzja ZUS i sprawa przekazana do ponownego rozpoznania i prawidłowego wyliczenia ewentualnych należności).

Dalsze zarzuty wobec wyroku Sądu Okręgowego obejmują kwestie związane

z nieprawidłowym ustaleniem przez Sąd czasu właściwego dla zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości i oceny winy za spóźnienie powyższego wniosku.

W odwołaniu sporządzonym na dzień 30 stycznia 2014r. odwołujący wskazał majątek Spółki, którego ściągnięcie pozwoliłoby na zaspokojenie należności (...) Spółki z o.o. wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a którego prawdopodobnie syndyk nie zlikwidował: są to sumy gwarancji budowlanych zatrzymane przez inwestora tj. (...), Niemcy na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji z tytułu robót budowlanych prowadzonych przez (...) Spółkę z o.o. na terenie Niemiec. Wysokość tych wierzytelności to łączna kwota 50.925,60 Euro, która ściągnięta pozwoliłaby na niemalże całkowitą spłatę zobowiązań D. C. wobec ZUS. Oczywiście problematyczne jest, czy w sytuacji likwidacji wierzyciela (podmiot wykreślony z rejestru przestał istnieć), można mówić o ściągłości tej należności.

Niemniej rzeczą Sądu było zweryfikowanie twierdzeń odwołującego się, czy takie wierzytelności istniały i jak postąpił z nimi syndyk. Temu miał służyć wniosek o dowód z dokumentów zawartych w aktach upadłościowych Sądu Rejonowego Katowice-Wschód

w Katowicach sygn. akt. X GUP 4/11/6, którego to dowodu Sąd w ogóle nie przeprowadził. W tych aktach musiały znajdować się sprawozdania syndyka, z których wynika, czy należności wobec (...) zlikwidował.

Sąd przeprowadził - jednakże nierzetelnie - dowód z akt o ogłoszenie upadłości sygn. akt X GU 122/10/6.

Trudno zresztą stwierdzić, czy Sąd Okręgowy zapoznał się z całością dokumentów zawartych w tych aktach, skoro przywołał tylko niektóre z nich, pozostawiając bez żadnego komentarza dokumenty przywoływane wprost już w odwołaniu. Sąd pominął ocenę takich dowodów jak: pismo zarządu (odpis załączony do odwołania) ze wskazaniem dłużników zagranicznych (...) stanowiące załącznik do pisma upadłego z dnia 27 sierpnia 2010r. w aktach postępowania o sygn. akt X GU 122/10/6.

Wskazuje także, że z pisma zarządu wynikają daty wymagalności poszczególnych należności z tytułu zatrzymanych kaucji budowlanych i są to daty: wrzesień 2012r., marzec 2013r., sierpień 2013r. i styczeń 2014r.

W tym świetle innego znaczenia nabierają zeznania T. J. o ściągłości tych zobowiązań jak się wyraził „do stycznia 2014r”. W swoich zeznaniach T. J. wskazał, że „pierwsze wierzytelności wobec niemieckiej firmy nasza firma miała od 2011r. do 2012r. i można je było dochodzić sukcesywnie co 3 miesiące. W styczniu 2014r. była ostatnia kaucja gwarancyjna”. Chodziło zatem o okres, w którym wierzytelności te stały się wymagalne. Podkreśla, że odwołujący nie ma wglądu w dokumenty zlikwidowanej Spółki.

Powyższa kwestia ma także znaczenie dla oceny, czy ewentualnie spóźniony wniosek o ogłoszenie upadłości wyrządził ZUS szkodę, o czym niżej.

Przede wszystkim jednak kwestia ta ma wpływ także na ocenę prawną zaistnienia czasu właściwego do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości (...)

Spółki z o.o. w rozumieniu art. 116 § 1 pkt 1a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa.

Pomimo przywołanych przez Sąd Okręgowy przepisów i ich interpretacji zastosowanie ich przez Sąd w niniejszej sprawie okazało się nieprawidłowe. Otóż zgodnie

z przywołanym stanowiskiem Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 10 lutego 2011r., sygn.

II UK 265/10 dokonując oceny czy zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło

we właściwym czasie należy uznać, że powinno to nastąpić w takim momencie, aby zapewnić ochronę interesów wszystkich wierzycieli, aby po ogłoszeniu upadłości mieli możliwość uzyskania równomiernego, chociażby częściowego zaspokojenia z majątku spółki. Dalej Sąd ponownie wskazuje, że chodzi o czas właściwy ze względu na ochronę wierzycieli, przy uwzględnieniu przepisów prawa upadłościowego i naprawczego. Nie sposób jednak zrozumieć, jak w niniejszej sprawie Sąd doszedł do przekonania, że tym właściwym czasem był czas „do końca czerwca

2010r., (...) a najpóźniej do lipca 2010r.”. Dokonując powyższej analizy Sąd całkowicie pomija wiedzę odwołujących się w zakresie kondycji finansowej obligującej do zgłoszenia wniosku o upadłość, z uwzględnieniem specyfiki prowadzenia rachunkowości także dla oddziału funkcjonującego w Niemczech oraz kwestię upływu jednego miesiąca i paru dni (np. lipiec plus parę dni sierpnia) na realną ochronę praw wierzycieli, w tym ZUS (brak rzetelnej analizy zeznań stron i świadka, brak prawidłowego dowodu z opinii biegłego).

Sąd Okręgowy pominął także twierdzenia odwołujących się, że dopiero w lipcu 2010r. powzięli informację, że nie ma możliwości regularnego spłacania zobowiązań i po sporządzeniu sprawozdania finansowego na dzień 31 lipca 2010r. podjęli przygotowania do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki.

Zeznawał o tym świadek B. B., a także A. T. (1), który wskazał (rozprawa dnia 8 lipca 2015r.), że do dnia złożenia przez niego rezygnacji nie spłynęły informacje z Niemiec pozwalające sporządzić bilans za 2009r.

Mając na uwadze, że ustalenie „czasu właściwego” wymaga w niniejszej sprawie wiadomości specjalnych odwołujący już w odwołaniu złożył wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. rachunkowości na tę okoliczność.

Na rozprawie dnia 28 maja 2014r. Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego ds. rachunkowości dla ustalenia momentu zaprzestania przez Spółkę płacenia długów, podczas gdy wniosek zawarty w odwołaniu był szerszy. Pismem z dnia 12 marca 2015r. pełnomocnik odwołującego się wniósł zatem ponownie o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. rachunkowości na okoliczność czasu właściwego w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa art. 116 § 1 pkt 1a do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki (...) Spółki z o.o. wskazując, że ocena ta powinna uwzględniać moment, w którym członkowie zarządu Spółki o istnieniu tej przesłanki powzięli wiadomość, do czego niezbędna jest wiedza z zakresu rachunkowości (podobnie np. I SA/Bd 203/09 - wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 8 września 2009r. teza: 2. Termin na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości należy liczyć od momentu, kiedy członkowie zarządu mogą stwierdzić, że zachodzą okoliczności uzasadniające wystąpienie z takim wnioskiem.) W niniejszej sprawie bowiem sytuację komplikował fakt nierozliczonych prac realizowanych przez Spółkę na terenie Niemiec, a jak zeznał świadek B. B. (rozprawa 30 lipca 2014r.), przepisy rachunkowe dotyczące terminów rozliczeń w Niemczech nie są tożsame z przepisami polskimi (stąd sporządzenie bilansu zarówno za 2008r. jak i 2009r. było opóźnione z przyczyn niezależnych).

Wniosek powyższy Sąd bezpodstawnie oddalił na rozprawie dnia 8 lipca 2015r., choć okoliczności którym dowiedzeniu miał wniosek służyć wymagały wiadomości specjalnych i stanowiły podstawę do wydania prawidłowego orzeczenia (pełnomocnik złożył zastrzeżenie do protokołu w trybie art. 162 k.p.c.). Stąd zarzut naruszenia art. 217 § 3 w związku z art. 227 i 278 § 1 k.p.c. jest uzasadniony.

Gdyby nawet przyjąć, że do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości doszło z opóźnieniem, to nastąpiło to bez winy odwołującego się. Jeżeli bowiem uznać, że kwestia świadomości członka zarządu, co do powstania momentu właściwego do zgłoszenia wniosku o upadłość spółki nie wpływa na obiektywnie istniejący „czas właściwy”, to z pewnością może być oceniana z perspektywy winy za spóźnione zgłoszenie wniosku. W niniejszej sprawie świadomość zaistnienia przesłanek do ogłoszenia upadłości odwołujący się powziął w lipcu 2010r. i wówczas niezwłocznie zlecono opracowanie sprawozdania finansowego na potrzeby wniosku. Także w lipcu 2010r. spłynęły niezbędne dane z Niemiec. Sąd nie ustala w ogóle, kiedy odwołujący się powzięli wiedzę o istnieniu podstaw do ogłoszenia upadłości, zatem polemika byłaby przedwczesna.

Ponadto w piśmie z dnia 12 marca 2015r. pełnomocnik odwołującego złożył wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości na okoliczność czy ewentualnie spóźnione zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości wyrządziło wierzycielowi (ZUS) szkodę, uzasadniając wniosek podzielanym przez siebie poglądem doktryny (przy rozbieżnych stanowiskach), że z uwagi na ilość zbliżonych

cech do odpowiedzialności z art. 299 k.s.h., tj. identyczne przesłanki odpowiedzialności: szkoda wyrządzona wierzycielowi, wina, związek przyczynowy z naruszeniem obowiązków ustawowych należy uznać, że odpowiedzialność z art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej ma charakter odszkodowawczy, co koreluje także z zapisem art. 21 ust. 3 Prawa upadłościowego i naprawczego. Szczegółowe uzasadnienie dla tego wniosku i poglądu znalazło się także

w przedmiotowym wniosku, który jednak nie został uwzględniony. W niniejszej sprawie kwestia ta mogła wpłynąć na ocenę czy sytuacja wierzycieli, w tym ZUS byłaby inna (korzystniejsza finansowo), gdyby wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony do końca czerwca czy lipca 2010r. Ustalenie, że złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości dnia 9 sierpnia 2010r. (zamiast np. 14 lipca 2010r.) nie wpłynęło negatywnie na pozycję ZUS w postępowaniu upadłościowym (nie wyrządziło ZUS szkody), przy uznaniu za prawidłowy charakteru odszkodowawczego odpowiedzialności z art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, wpłynęłoby na ustalenie odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki wobec ZUS. Wniosek ten został przez Sąd oddalony (postanowienie Sądu z dnia 8 lipca 2015r.) uniemożliwiając zbadanie objętej nim okoliczności wpływającej na zasadę odpowiedzialności odwołujących się w tej sprawie.

Ponadto odwołujący T. J. podniósł, że gdyby przyjąć, iż faktycznie podstawa do ogłoszenia upadłości powstała w czerwcu 2010r. to w tym czasie przebywał on na zwolnieniu lekarskim od 27 czerwca 2010r. do końca roku i nie mógł na bieżąco z dnia na dzień kontrolować sytuacji w spółce, co utrudniało współpracę z drugim członkiem zarządu i opóźniało podejmowanie jakichkolwiek decyzji.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 14 września 2016r. pełnomocnik ubezpieczonych oświadczył, że nie pamiętają oni, czy kwestionowali postępowanie syndyka, natomiast reprezentant upadłego T. J. udzielał wszelkiej niezbędnej pomocy syndykowi. Niemiecki kontrahent nie uregulował długu w postaci zwrotu kaucji gwarancyjnych, nie zrobił tego również sędzia komisarz. Z kolei ubezpieczony A. T. (1) nie był stroną w procesie upadłościowym, bo zrezygnował z funkcji i nie był reprezentantem upadłego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje obu odwołujących podlegają oddaleniu.

Bezspornym w sprawie jest, że Spółka (...) nie opłacała obowiązkowych składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, a egzekucja przeciwko Spółce okazała się bezskuteczna. Bezspornym jest również to, że za zaległości z tytułu składek spółki z ograniczoną odpowiedzialnością odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu nie wykazał, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo nie zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub nie wszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy lub nie wskazuje mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części.

Kwestią sporną w postępowaniu apelacyjnym jest:

1. czy Sąd I instancji prawidłowo ustalił i ocenił czas właściwy do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości; a to na skutek rozliczenia należności i niezrealizowania kaucji gwarancyjnych od niemieckiego kontrahenta i powzięcia – na skutek (braku) tego rozliczenia wiedzy o stanie spółki, uzasadniającym złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki;
2. czy Sąd I instancji prawidłowo ustalił odpowiedzialność odwołującego T. J. wobec jego zwolnienia chorobowego od 27 czerwca 2010r. do końca 2010r., bowiem skoro podstawa do ogłoszenia upadłości powstała w czerwcu 2010r. to

nie mógł on na bieżąco z dnia na dzień kontrolować sytuacji w spółce, co utrudniało współpracę z drugim członkiem zarządu i opóźniało podejmowanie jakichkolwiek decyzji;

3. czy Sąd I instancji bezkrytycznie przyjął wskazane przez ZUS wysokości zobowiązań odwołujących za długi Spółki, na skutek nierozliczenia należności i kaucji gwarancyjnych od niemieckiego kontrahenta, albowiem w ocenie apelujących nie wiadomo także, jakie zasady (niezgodne z planem podziału masy) zastosował ZUS rozliczając wpłatę syndyka w upadłości likwidacyjnej oraz obciążenia odwołujących odpowiedzialnością za płatność odsetek z tytułu opóźnienia za okres po dacie ogłoszenia upadłości, co w rezultacie doprowadziło do innych wskazania kwot w decyzjach przeciwko odwołującym, przy innych kwotach zobowiązań Spółki.

W ocenie apelujących spór w tym zakresie jest skutkiem pominięcia części zeznań świadka B. B., zeznań odwołujących, nieuwzględnienia wniosku o dołączenie

akt postępowania upadłościowego i niedopuszczenie dowodu z wnioskowanych z nich dokumentów, w szczególności z planu podziału funduszy masy upadłości oraz sprawozdań syndyka, pominięcia dowodu z wniosku o ogłoszenie upadłości z załącznikami i oddalenia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. rachunkowości na okoliczność ustalenia czasu właściwego do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz rozliczenia wpłat od niemieckiego kontrahenta, w tym niezrealizowania kaucji gwarancyjnych przez syndyka, co skutkowało nieprawidłowym ustaleniem terminu do zgłoszenia upadłości i nieprawidłowym ustaleniem odpowiedzialności odwołujących za długi w wysokości wyższej niż wynikałoby to z istniejących do dnia ogłoszenia upadłości Spółki tytułów wykonawczych oraz za odsetki od należności za okres przekraczający datę ogłoszenia upadłości Spółki, co naruszyło subsydiarność charakteru odpowiedzialności członków zarządu za długi Spółki, albowiem zobowiązania przypisane byłym członkom zarządu nie mogą być wyższe niż te, za które odpowiada Spółka. Apelujący podnieśli, że Sąd I instancji nie odniósł się do tych zarzutów, co uniemożliwiło kontrolę prawidłowości orzeczenia w tym zakresie.

Dokonując oceny zarzutów apelujących jak i oceny zgromadzonego w toku postępowania materiału dowodowego Sąd Apelacyjny uznał, że zaskarżony wyrok Sądu I instancji, jak i poprzedzające go decyzje organu rentowego wydane odrębnie dla każdego z odwołujących, są prawidłowe.

Kwestią kluczową w niniejszej sprawie było ustalenie terminu, od kiedy (...) Sp. z o.o. w K., reprezentowana przez odwołujących zaprzestała regulowań, a to pod kątem terminu do zgłoszenia upadłości przy przyjęciu tezy, że termin ten należy liczyć od momentu, kiedy członkowie zarządu mogą stwierdzić, że zachodzą okoliczności uzasadniające wystąpienie z takim wnioskiem.

Przeprowadzony w toku postępowania przed Sądem I instancji dowód z opinii biegłego z zakresu rachunkowości wykazał, że Spółka zaprzestała regulowania zobowiązań od czerwca 2010r. Dlatego też przy wyrokowaniu słusznie Sąd Okręgowy oparł się na wnioskach opinii biegłego, stwierdzającej, że odwołujący jako członkowie zarządu nie spełnili przesłanek wynikających z art. 21 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze (w myśl którego dłużnik zobowiązany jest, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości).

Z opinii tej jednoznacznie wynika, że zobowiązania Spółki (...) przekroczyły wartość majątku w miesiącu grudniu 2009r., natomiast w czerwcu 2010r. Spółka zaprzestała całkowitego regulowania zobowiązań w rozumieniu prawa upadłościowego i naprawczego, tym samym była niewypłacalna w rozumieniu art. 11 cyt. ustawy i dlatego złożony w dniu 9 sierpnia 2010r. wniosek o ogłoszenie upadłości należy uznać za spóźniony.

Sąd Apelacyjny nie znalazł – w oparciu o podniesione przez apelujących zarzuty – podstaw do zakwestionowania opinii biegłego w tym zakresie.

Nie podzielił Sąd Apelacyjny zarzutów apelujących o nieprawidłowym rozliczeniu należności od niemieckiego kontrahenta co skutkować by miało uznaniem późniejszego niż czerwiec 2010r. terminem zaprzestania spłacania zobowiązań, albowiem kwota wynikająca z tych zobowiązań była nieproporcjonalnie niska w odniesieniu do pozostałych zobowiązań, nadto w toku postępowania przed Sądem I instancji odwołujący nie podnosili kwestii rozliczeń finansowych na terenie Niemiec, ich wpływu na bieżące księgowanie należności i czasokres spływu danych księgowych z Niemiec do Polski i ich wpływu na sporządzanie bilansu Spółki.

W ocenie Sądu Apelacyjnego bez znaczenia dla tej kwestii pozostaje nieściągnięcie przez syndyka kaucji gwarancyjnych, co w ocenie apelujących miałyby mieć wpływ na stan finansowy uzasadniający przyjęcie innego terminu do ogłoszenia upadłości na skutek rozliczenia kaucji w bilansach za rok 2009, albowiem – jak wynika z apelacji odwołujących – możliwość dochodzenia kaucji powstała dopiero od 2011r. Także rozliczenie podatku za lata 2008 i 2009 – jakkolwiek możliwe, nie zostało jednak przez Spółkę dokonane, co czyni pretensje w tym zakresie bezprzedmiotowymi.

Nie zachodziła także potrzeba przeprowadzenia dowodów w zakresie spływu rozliczeń z Niemiec do Polski celem uwzględnienia ich w bilansie, albowiem nie stan bilansowy spółki jest wyłączną podstawą (a jedynie elementem pomocniczym) do stwierdzenia, że spółka zaprzestała płacenia zobowiązań skutkujący koniecznością złożenia wniosku o upadłość.

Z kolei wykazane przez biegłego okoliczności faktyczne wskazują na konkretny okres, kiedy i dlaczego Spółka, zaprzestała spłacania swoich zobowiązań.

W tym kontekście uznać należało, że apelujący domagają się przeprowadzenia dowodów z osnowy dokumentów czy dalszych opinii biegłych przeciwko okolicznościom faktycznym, które w sposób niebudzący wątpliwości Sądu Apelacyjnego wykazały (co potwierdza opinia biegłego sporządzona w toku postępowania przed Sądem I instancji), że Spółka od czerwca 2010r. zaprzestała faktycznie spłaty zobowiązań.

Ponadto, w postępowaniu dowodowym przed Sądem I instancji wykazano, że odwołujący wiedzieli o nieodprowadzaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zadłużeniu Spółki oraz o jej trudnościach finansowych, co przyznali na rozprawie w dniu 28 maja 2014r. Pomimo tej wiedzy nie złożyli wniosku o upadłość zainteresowanej Spółki, co świadczy o ich winie, bowiem w prawie handlowym winę członka zarządu ocenia się jako staranność uwzględniającą podwyższone ryzyko gospodarcze związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, a nawet potencjalna niezajomość stanu finansów spółki nie wyłącza winy członka zarządu w zakresie zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, jak również w sytuacji subiektywnej oceny sytuacji majątkowej spółki.

W tej sytuacji zarzut odwołujących, iż świadomość zaistnienia przesłanek do ogłoszenia upadłości powziął w lipcu 2010r. nie znajduje uzasadnienia, a w szczególności w świetle zeznań świadka księgowego B. B., który na rozprawie w dniu 30 lipca 2014r. zeznał, że mimo braku bilansu na podstawie faktur można zorientować się w sytuacji finansowej firmy.

W konsekwencji odpowiedzialność odwołujących za zobowiązania Spółki w okresie wskazanym w decyzji została co do zasady udowodniona – na skutek zgłoszenia wniosku o upadłość dopiero 9 sierpnia 2010r.

Sąd Apelacyjny nie podzielił również zarzutu odwołującego T. J. o braku podstaw do uznania go za odpowiedzialnego za zobowiązania Spółki z uwagi na zwolnienie chorobowe w ustalonym stanie faktycznym. Jak bowiem przyznał sam odwołujący jego choroba rozpoczęła się od dnia 23 czerwca 2010r., w całym okresie choroby pomimo zwolnienia lekarskiego przychodził do pracy w Spółce, a z zeznań odwołującego

A. T. (1) jak i świadka B. B. wynika, że cały czas mieli kontakt z odwołującym. Dlatego nie sposób uznać, by sam fakt posiadania zaświadczenia lekarskiego, wobec pełnienia faktycznie w tym okresie funkcji członka zarządu Spółki – ekskulpował go od odpowiedzialności. Nie sposób też uznać, by nie miał on w tym okresie wiedzy co do stanu finansowego majątkowego Spółki i konieczności złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki.

Odnosząc się do różnicy wysokości kwot objętych decyzjami, tak na skutek zarzutu niezgodnego z planem podziału masy rozliczenia należności jak i obciążenia odwołujących odpowiedzialnością za płatność odsetek z tytułu opóźnienia za okres po dacie ogłoszenia upadłości, co w rezultacie doprowadziło do wskazania innych kwot w decyzjach przeciwko odwołującym, przy innych kwotach zobowiązań Spółki wskazać należy, że odpowiedzialność członków zarządu ma charakter subsydiarny, czyli uzależniony od wypłacalności Spółki. Odpowiedzialność taka, określona w art. 116 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa, obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu (art. 116 § 2 Ordynacji podatkowej). Z mocy art. 116 § 4 Ordynacji podatkowej powołane przepisy stosuje się również do byłego członka zarządu. Na podstawie art. 107 § 2 pkt 2 oraz pkt 4 wym. ustawy osoby trzecie odpowiadają także za odsetki od zaległości (do dnia ogłoszenia upadłości) oraz za powstałe koszty egzekucyjne.

Powołane wyżej przepisy na podstawie art. 31 i 32 w zw. z art. 24 ust. 2 ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tj. Dz. U. z 2013r., poz. 1442), zwanej dalej ustawą systemową, stosuje się również do należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Na skutek dokonanego podziału masy wierzytelność organu rentowego została zaspokojona w wysokości 21%, a wpłatę zaliczono na najstarszą zaległość tj. luty 2009r. oraz częściowo czerwiec 2009r. Wierzytelność zgłoszona do masy upadłości przedstawia zestawienie wierzytelności, z którego wynika, że odsetki są naliczone na dzień 30 stycznia 2011r., tj. ogłoszenia upadłości.

Z kolei różnica kwot wynikających z decyzji ZUS przeciwko Spółce w stosunku do decyzji zaskarżonych w niniejszej sprawie wynika nie tylko z tego, że aktualnie zaskarżonymi decyzjami objęto koszty egzekucyjne postępowania przeciwko Spółce ale również z różnicy wynikającej pomiędzy kwotą określoną planem podziału masy i zgłoszeniem upadłości, a kwotą wyegzekwowaną ze sprzedaży masy wraz z odsetkami do dnia 31 stycznia 2011r.

Podkreślenia także wymaga, że sama kwestia wysokości zobowiązania i jej rozliczenie jest pochodną ustalenia odpowiedzialności i w toku całego postępowania egzekucyjnego może być ona przedmiotem korekty tak z urzędu jak i na wniosek zobowiązanych.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny, na mocy art. 385 k.p.c. orzekł o oddaleniu apelacji.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na mocy art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 i § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 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. 2013.490 t.j.) w zw. z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015.1804).

/-/SSA J. Ansion /-/SSA M. Małek-Bujak /-/SSA K. Merker

Sędzia Przewodniczący Sędzia

MP