

Sygn. akt **III AUa 380/19**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 marca 2021 r.

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych**

w składzie:

Przewodniczący: sędzia Marta Sawińska

Sędziowie: Małgorzata Woźniak-Zendran

Roman Walewski

Protokolant: Alicja Karkut

po rozpoznaniu w dniu 31 marca 2021 r. w P. na posiedzeniu niejawnym

sprawy **H. B.**

przeciwko **Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Z.**

przy udziale zainteresowanej (...) Sp. z o.o. w likwidacji w Z.

o przeniesienie odpowiedzialności za zobowiązania z tytułu składek

na skutek apelacji H. B.

od wyroku Sądu Okręgowego w Zielonej Górze

z dnia 28 stycznia 2019 r. sygn. akt IV U 2811/16

1. oddała apelację;

2. zasądza od H. B. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Z. kwotę 8100 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej.

|                |                |                            |
|----------------|----------------|----------------------------|
| Roman Walewski | Marta Sawińska | Małgorzata Woźniak-Zendran |
|----------------|----------------|----------------------------|

## UZASADNIENIE

Decyzją z 16.12.2015 r., nr: (...), Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Z. przeniósł na **H. B.** odpowiedzialność za zobowiązania płatnika (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Z. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenia zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, wraz z odsetkami za zwłokę w łącznej kwocie 629 319,90 zł, w tym:

na ubezpieczenia społeczne:

- 323 844,49 zł - z tytułu nieopłaconych składek za miesiące: 08-09, 11-12.2011 r., 01-03.2012 r., 05.2012 r. oraz nieopłaconych różnic składek za miesiące: 04-07.2011 r., 10.2011 r., 04.2012 r., 06-10.2012 r., 10.2013 r.;

- 128 066,00 zł - z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 16.12.2015 r.;

- 7,90 zł - z tytułu nieopłaconych kosztów egzekucyjnych;

2) na ubezpieczenie zdrowotne:

- 95 182,55 zł - z tytułu nieopłaconych składek za miesiące: 05-12.2011 r., 01, 03-12.2012 r., 01, 10.2013 r. oraz nieopłaconej różnicy składki za miesiąc 02.2012 r.;

- 37 881,00 zł - z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 16.12.2015 r.;

- 2,40 zł - z tytułu nieopłaconych kosztów egzekucyjnych;

3) na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych:

- 31 564,16 zł - z tytułu nieopłaconych składek za miesiące: 04-12.2011 r., 01, 03-12.2012 r., 01.2013 r., 10.2013 r. oraz nieopłaconych różnic składek za miesiące: 11.2010 r., 02.2012 r.;

- 12 770,00 zł - z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 16.12.2015 r.;

- 1,40 zł z tytułu nieopłaconych kosztów egzekucyjnych.

W uzasadnieniu organ rentowy podał, że spółka będąca płatnikiem składek nie wywiązała się obowiązku opłacania składek należnych na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za swoich pracowników. W związku z tym na koncie spółki powstało określone w decyzji zadłużenie. Zaszły ponadto wszystkie przesłanki odpowiedzialności H. B. wymienione w art. 116 Ordynacji podatkowej, w tym: egzekucja wobec spółki okazała się całkowicie bezskuteczna; H. B. pełnił funkcję członka zarządu w okresie, w którym powstało wymienione w sentencji zadłużenie; H. B. nie wskazał mienia, z którego możliwe byłoby zaspokojenie zobowiązań w znacznej części.

**Odwołanie** od powyższej decyzji złożył **H. B.** wnosząc o jej zmianę w całości oraz orzeczenie, że brak jest podstaw do przeniesienia na odwołującego się odpowiedzialności za zobowiązania spółki (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Z. z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami za zwłokę w kwocie 629.319,90 zł, a także o zasądzenie od organu rentowego na rzecz odwołującego się kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący się zarzucił organowi rentowemu naruszenie art. 116 Ordynacji podatkowej poprzez przyjęcie, że odwołujący się ponosi odpowiedzialność za zobowiązania spółki w związku z wystąpieniem pozytywnej i brakiem negatywnych przesłanek określonych w ww. przepisie, pomimo że:

- w okolicznościach niniejszej sprawy nie może być mowy o bezskuteczności egzekucji prowadzonej wobec spółki, bowiem organ egzekucyjny nie przeprowadził prawidłowo postępowania egzekucyjnego, z całego majątku spółki, w szczególności organ egzekucyjny pomimo wskazania przez odwołującego wierzytelności, z których egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości ww. spółki w znacznej części, w ogóle nie skierował egzekucji do jednej ze wskazanych przez odwołującego wierzytelności przysługującej spółce, zaś kierując egzekucję do innej wierzytelności tejże spółki nie przeprowadził prawidłowo postępowania egzekucyjnego wobec trzeciodłużnika naruszając art. 71a, 71b i 91 ustawy z 17.06.1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, w związku z czym nie zachodzi jedna z pozytywnych przesłanek odpowiedzialności odwołującego się za zaległości spółki;

- istnieją przesłanki zwalniające odwołującego się od odpowiedzialności za zobowiązania spółki, bowiem odwołujący się wskazał mienie spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości wobec ZUS w znacznej części, a nadto nie ponosi winy w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości spółki;

b. pominięcie okoliczności, że to na organie rentowym spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania istnienia pozytywnych przesłanek przeniesienia odpowiedzialności na odwołującego się na podstawie art. 116 o.p.;

A nadto zarzucił naruszenie art. 77 k.p.a. w zw. z art. 123 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez nie przeprowadzenie postępowania w sposób umożliwiający wyjaśnienie wszelkich istotnych okoliczności niezbędnych dla rzeczowej i prawidłowej oceny stanu faktycznego mającego wpływ na wynik postępowania.

(...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Z. przystąpiła do sprawy.

**Sąd Okręgowy** w Zielonej Górze, Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych **wyrokiem** z dnia 28 stycznia 2019 r. (sygn. IV U 2811/16):

1. oddalił odwołanie;

2. zasądził od odwołującego na rzecz pozwanego kwotę 10.800 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

**Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia faktyczne i prawne:**

Odwołujący się - H. B. był członkiem zarządu, pełniącym funkcję prezesa płatnika od 23.05.2006 r. do 10.03.2014 r.

Od 01.08.2006 r. spółka zatrudniała pracowników. Od 10.01.2014 r. wyrejestrowała z ubezpieczeń społecznych ostatnią osobę, za którą miała obowiązek rozliczać i opłacać składki. Od 19.02.2014 r. H. B. jest likwidatorem spółki.

Spółka na dzień wydania zaskarżonej decyzji posiada zaległości za zobowiązania z tytułu nie opłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami za zwłokę w łącznej kwocie 629 319,90 zł, w tym:

1) na ubezpieczenia społeczne:

- 323.844,49 zł - z tytułu nieopłaconych składek za miesiące: 08-09, 11-12.2011 r., 01-03.2012 r., 05.2012 r. oraz nieopłaconych różnic składek za miesiące: 04-07.2011 r., 10.2011 r., 04.2012 r., 06-10.2012 r., 10.2013 r.;

- 128 066,00 zł - z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 16.12.2015 r.;

- 7,90 zł - z tytułu nieopłaconych kosztów egzekucyjnych;

2) na ubezpieczenie zdrowotne:

- 95 182,55 zł - z tytułu nieopłaconych składek za miesiące: 05-12.2011 r., 01, 03-12.2012 r., 01, 10.2013 r. oraz nieopłaconej różnicy składki za miesiąc 02.2012 r.;

- 37 881,00 zł - z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 16.12.2015 r.;

- 2,40 zł - z tytułu nieopłaconych kosztów egzekucyjnych;

3) na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych:

- 31 564,16 zł - z tytułu nieopłaconych składek za miesiące: 04-12.2011 r., 01, 03-12.2012 r., 01.2013 r., 10.2013 r. oraz nieopłaconych różnic składek za miesiące: 11.2010 r., 02.2012 r.;

- 12 770,00 zł - z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 16.12.2015 r.;

- 1,40 zł z tytułu nieopłaconych kosztów egzekucyjnych.

Odwołujący się nie złożył wniosku o ogłoszenie upadłości spółki.

Postanowieniem z 13.12.2013 r., nr (...), Naczelnik (...) Urzędu Skarbowego w Z. umorzył postępowanie egzekucyjne prowadzone wobec majątku zobowiązanego płatnika składek na podstawie tytułów wykonawczych obejmujących należności z tytułu składek na FUS, UZ, FP i FGŚP wraz z odsetkami.

Organ egzekucyjny umorzył postępowanie wobec stwierdzenia, że w postępowaniu egzekucyjnym nie uzyska się kwoty przewyższającej wydatki egzekucyjne.

W trakcie prowadzonego postępowania ustalono, że w toku egzekucji spółka zmieniła siedzibę z miejscowości L. (...) na Z., ul. (...) (...). Poprzednia i aktualna siedziba spółki mieści się w pomieszczeniach nie stanowiących własności spółki. Egzekucja z rachunku bankowego spółki okazała się nieskuteczna, ponieważ pismem z 09.01.2013 r. bank poinformował organ egzekucyjny, że nie prowadzi już rachunku bankowego dla zobowiązanej spółki. Organ egzekucyjny nie ustalił innych rachunków bankowych prowadzonych dla spółki.

W dniu 17.09.2012 r. z prezesem spółki został spisany protokół o stanie majątkowym. W trakcie jego spisywania ustalono, że spółka prowadzi działalność gospodarczą w zakresie rekrutacji i udostępniania pracowników. Spółka nie posiada majątku ruchomego ani nieruchomego. Spółce przysługuje wierzytelność od jej kontrahenta.

W związku z dokonanymi ustaleniami dokonano zajęcia wierzytelności przysługującej spółce. W toku kolejnych czynności potwierdzono, że należność przysługująca spółce od trzeciodłużnika jest nieściągalna.

W dniu 01.07.2013 r. z prezesem spółki spisano kolejny protokół o stanie majątkowym, z treści którego wynika, że spółka zaprzestała prowadzenia działalności gospodarczej, nie posiada majątku oraz środków finansowych umożliwiających jej spłatę dochodzonych należności.

Fakt nieposiadania majątku przez spółkę potwierdziło również m.in. MSWiA w piśmie z 17.09.2012 r. w zakresie pojazdów oraz Starostwo Powiatowe w Z. w piśmie z 19.09.2012 r. w zakresie nieruchomości.

Pismem z 20.06.2013 r. organ egzekucyjny, informując wierzyciela o aktualnym stanie prowadzonego postępowania, zwrócił się o wskazanie majątku spółki, z którego możliwe byłoby wyegzekwowanie dochodzonych należności. Pismem z 08.07.2013 r. wierzyciel poinformował organ egzekucyjny, że nie posiada informacji na temat składników majątkowych spółki.

Organ egzekucyjny stwierdził, że opisana sytuacja zobowiązanego jest odzwierciedleniem stanu faktycznego i uniemożliwia przeprowadzenie skutecznej egzekucji.

W protokole o stanie majątkowym zobowiązanego płatnika z 17.09.2012 r. znajduje się oświadczenie, że spółce nie przysługują wierzytelności.

W protokole o stanie majątkowym zobowiązanego z 01.07.2013 r. znajduje się oświadczenie prezesa, że wierzytelności przysługujące od kontrahentów zgodnie z załączonym do protokołu wykazem są nieściągalne.

Odwołujący znał sytuację finansową spółki - w tym fakt, że zobowiązania wobec ZUS nie były płacone. Co miesiąc otrzymywał od księgowej zestawienia kwot do zapłaty, przychodów i kosztów. Podejmował decyzje o płatnościach i przelewach jednoosobowo. W latach 2011-2012 były przeprowadzane badania bilansów.

***W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd I instancji uznał odwołanie za bezzasadne.***

Sąd Okręgowy wskazał, iż przedmiotem postępowania było ustalenie, czy zachodzą przesłanki przeniesienia na odwołującego H. B. – członka zarządu (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Z. – odpowiedzialności za zobowiązania

tego płatnika z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami.

Jako podstawę rozstrzygnięcia wskazano art. 31, art. 32, art. 116 § 1 ustawy z 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1778 ze zm.).

Bezspornie odwołujący był członkiem (prezesem) zarządu płatnika w momencie powstania należności wyszczególnionych w zaskarżonej decyzji z tytułu składek, do opłacania których zobowiązany był płatnik.

Zakres odpowiedzialności obejmuje też odsetki z wólkę od zaległości oraz koszty postępowania egzekucyjnego (art. 107 § 2 pkt 2 i 4 o.p.).

Z powołanych przepisów wynika, że odpowiedzialność członka zarządu na powyższych zasadach uzależniona jest od wystąpienia przesłanek pozytywnych – tj. oprócz istnienia zaległości powstałych w odpowiednich okresach, bezskuteczności egzekucji z majątku spółki w całości lub w części – oraz braku przesłanek negatywnych odpowiedzialności w postaci zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie albo braku winy w niezgłoszeniu wniosku, jak również wskazania mienia spółki, pozwalającego na zaspokojenie zaległości w znacznej części.

Ciężar udowodnienia istnienia przesłanek negatywnych odpowiedzialności członka zarządu spoczywał na odwołującym.

Sporne w niniejszej sprawie były przede wszystkim przesłanki odpowiedzialności H. B. związane z bezskutecznością egzekucji z majątku płatnika oraz wskazaniem przez członka zarządu mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości składkowych spółki w znacznej części. Przy czym argumentacja odwołującego się w tym zakresie skoncentrowana była na tym, że istnieją wierzytelności spółki, które stanowią mienie wymienione w art. 116 § 1 pkt 2 o.p.

Zdaniem Sądu Okręgowego, stanowisko odwołującego się nie jest w tej kwestii zasadne.

Mienie spółki wskazywane przez członka zarządu spełnia wymogi z art. 116 § 1 pkt. 2 o.p. uwalniając tego członka zarządu od odpowiedzialności za zaległości podatkowe spółki – tylko wtedy, gdy jest to mienie konkretne i rzeczywiście istniejące, a nadto umożliwiające przeprowadzenie egzekucji zaległości podatkowych spółki „w znacznej części”. Oznacza to, że musi mieć egzekwowalną wartość spełniającą przesłankę „znaczności” w porównaniu z wysokością zaległości podatkowych spółki (wyrok NSA z 14.09.2018 r., sygn. akt II FSK 2190/2018, LEX nr 2570906; por. też wyrok SA w Łodzi z 07.09.2018 r., sygn. akt III AUa 1293/17, LEX nr 2612058).

Dla oceny przesłanki egzoneracyjnej – wskazania mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części, trzeba również wziąć pod uwagę to, iż wskazanie mienia w rozumieniu art. 116 § 1 o.p. musi dotyczyć mienia, z którego egzekucja jest faktycznie możliwa, a nie to, czy mienie w postaci wierzytelności może w przyszłości pokryć zaległości podatkowe spółki (wyrok NSA z 02.06.2017 r., sygn. akt II FSK 1234/15, LEX nr 2331599).

Nie jest więc trafna argumentacja odwołującego się, który wskazuje na wierzytelności spółki, zwłaszcza, że są to wierzytelności sprzed kilku lat, powstałe przed wydaniem przez organ egzekucyjny postanowienia z 13.12.2013 r. o umorzeniu postępowania egzekucyjnego wobec spółki.

Organ egzekucyjny wskazywał przy tym, że w związku z dokonanymi ustaleniami dokonano zajęcia wierzytelności przysługującej spółce. W toku kolejnych czynności potwierdzono, że należność przysługująca spółce od trzeciodłużnika jest nieściągalna.

W protokołach o stanie majątkowym zobowiązanego płatnika prezes oświadczał, że spółce nie przysługują wierzytelności (protokół z 17.09.2012 r.), a następnie, że wierzytelności przysługujące od kontrahentów zgodnie z

załączonym do protokołu wykazem są nieściągalne (protokół (...).07.2013 r.). Są to te same wierzytelności, na które powołuje się strona w niniejszym postępowaniu.

Wskazywane przez stronę wierzytelności nie stanowią więc realnego, egzekwowalnego mienia, które może doprowadzić do zaspokojenia zaległości składkowych spółki w znacznej części.

W tej sytuacji postanowienie organu egzekucyjnego z 13.12.2013 r. nie zostało przez stronę obalone jako podstawa stwierdzenia bezskuteczności egzekucji.

Odwołujący się podnosił ponadto, że niezgłoszenie wniosku o upadłość spółki nastąpiło bez jego winy. Jednakże również w tym zakresie stanowisko strony i powołana argumentacja nie są trafne.

Od członka (prezesa) zarządu spółki z o.o. oczekuje się działań zgodnych z poziomem staranności właściwej dla charakteru działalności. To zarząd powinien na bieżąco monitorować i kontrolować stan finansów spółki. Wynika to już z przepisów regulujących ustrój spółki z o.o. (por. art. 208 § 2 k.s.h.). Nieznajomość obowiązków związanych z ogłoszeniem upadłości nie może prowadzić do zwolnienia od odpowiedzialności, podobnie jak błędna ocena co do dalszego funkcjonowania spółki ze względów finansowych.

Zgodnie ponadto z art. 21 ust. 1-2 ustawy z dnia 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2344 ze zm.), w brzmieniu obowiązującym w spornym okresie, 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.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego, w brzmieniu obowiązującym w spornym okresie, dłużnika uważa się za niewypłacalnego (a więc zachodzi przesłanka ogłoszenia upadłości, określona w art. 10), jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. W myśl ust. 2, 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.

W orzecznictwie rozumiano tę definicję „niewypłacalności” w ten sposób, że każdorazowo brak realizacji zobowiązania w wymaganym terminie będzie skutkowało uznaniem, iż w przypadku dłużnika zachodzi stan jego niewypłacalności. Nie ma tutaj znaczenia, z jakiego powodu nie wypełnia on swoich wymagalnych zobowiązań, jaki jest okres tego opóźnienia, ani też, jaka jest wysokość długu w porównaniu do stanu jego aktywów. Nie ma również znaczenia, czy są to zobowiązania publicznoprawne, czy cywilnoprawne oraz to, czy są one stwierdzone tytułem egzekucyjnym, czy wykonawczym (wyrok SA we Wrocławiu z dnia 14.02.2013 r., sygn. akt I ACa 24/13, LEX nr 1313462).

Dla wykazania przesłanki egzoneracyjnej nie wystarczy subiektywne poczucie braku winy w niezgłoszeniu wniosku o upadłość. Brak takiej winy jest kategorią obiektywną i można się na niego powoływać jedynie w sytuacji, gdy członek zarządu nie miał żadnych możliwości prowadzenia spraw spółki, a brak tych możliwości wynikał z przyczyn od niego całkowicie niezależnych (np. obłożna choroba (wyrok WSA w Gdańsku z 05.06.2018 r., sygn. akt I SA/Gd 98/2018, LEX nr 2507520). Ogólnikowe twierdzenia, że spółka mogła jeszcze liczyć na nadejście przychodów i dlatego nie zgłaszała wniosku o ogłoszenie upadłości, nieznajdujące potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym, który dokumentuje długotrwały proces niewywiązywania się przez spółkę z zobowiązań podatkowych, są bezskuteczne (wyrok NSA z 07.12.2017 r., sygn. akt I FSK 336/16, LEX nr 2441400).

Spójne i logiczne, a ponadto nie podważone przez żadną ze stron zeznania świadka E. S. potwierdzają, że odwołujący się miał wiedzę o powstających zaległościach składkowych. Tym bardziej więc obciąża go niepodjęcie odpowiednich czynności w zakresie dążenia do ogłoszenia upadłości płatnika.

W tym miejscu zaznaczyć trzeba, że świadkowie J. K. i A. G. nie mieli wiedzy na temat okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (k. 61 akt sąd.), zatem sąd nie oparł się na tych zeznaniach ustalając stan faktyczny sprawy.

Odwołujący się żądał ponadto od organu rentowego szczegółowego rozliczenia niezapłaconych składek i podnosił, że częściowo zobowiązania wskazywane przez organ rentowy są przedawnione.

Należy w tym miejscu podkreślić, że w myśl art. 46 ust. 1 ustawy systemowej, to płatnik składek jest obowiązany według zasad wynikających z przepisów ustawy obliczać, potrącać z dochodów ubezpieczonych, rozliczać oraz opłacać należne składki za każdy miesiąc kalendarzowy. Jeśli organ rentowy w wyniku przeprowadzonego postępowania kontrolnego ustali, iż płatnik nie uiścił prawidłowo składek na ubezpieczonych, w toku postępowania odwoławczego przed sądem ubezpieczeń społecznych to na płatniku spoczywa ciężar wykazania, iż składki zostały przez niego opłacone w prawidłowej wysokości (wyrok SA w Gdańsku z 13.12.2017 r., sygn. akt III AUa 1125/17, LEX nr 2427763). Podobnie w przypadku spraw o przeniesienie odpowiedzialności z tytułu składek na członka zarządu płatnika – organ rentowy ustalił wymiar składek i bezskuteczność egzekucji, a ciężar dowodu odnośnie do pozostałych przesłanek odpowiedzialności spoczywał na odwołującym się. Tymczasem strona nie podnosiła w tym zakresie jakichkolwiek konkretnych argumentów i twierdzeń, nie wskazywała, które składki, wg ZUS obciążające płatnika składek, zostały zapłacone. Uznać więc należało stanowisko strony za bezzasadne. Z zestawienia tytułów wykonawczych (k. 92-93 akt sąd.) wynika, że wszystkie należności zostały określone prawidłowo. Odwołujący się nie podważył skutecznie stanowiska organu rentowego w tym zakresie.

Nie jest też trafny argument o przedawnieniu należności składkowych.

Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy systemowej, w wersji obowiązującej od 01.01.2012 r., należności z tytułu składek ulegają przedawnieniu po upływie 5 lat, licząc od dnia, w którym stały się wymagalne, z zastrzeżeniem ust. 5-6. W poprzedniej wersji termin przedawnienia wynosił 10 lat.

Jak stanowi art. 27 ustawy z 16.09.2011 r. o redukcji niektórych obowiązków obywateli i przedsiębiorców (Dz.U. z 2011 r., Nr 232, poz. 1378), która wprowadziła te nowelizacje – do przedawnienia należności z tytułu składek, którego bieg rozpoczął się przed 01.01.2012 r., stosuje się przepisy w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, z tym że bieg przedawnienia rozpoczyna się od 01.01.2012 r.

Organ rentowy zmieścił się zatem w terminie przedawnienia, określając zaległości płatnika składek i obciążając nimi odwołującego się.

W odwołaniu pojawił się także zarzut naruszenia art. 77 k.p.a. w zw. z art. 123 ustawy systemowej. Sąd zauważa jednak, że w niniejszej sprawie nie może badać prawidłowości decyzji organu rentowego w świetle przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego. W postępowaniu z zakresu ubezpieczeń społecznych Sąd zajmuje się naruszeniem prawa materialnego, a czyni to stosując przepisy k.p.c. Jeśli chodzi o uchybienia organu rentowego w zakresie postępowania administracyjnego, to są one istotne jedynie wtedy, gdy z powodu wad zaskarżona decyzja nie stanowi aktu administracyjnego. Tu nie ma miejsca taka sytuacja, ponieważ decyzja posiada wszelkie elementy tego aktu administracyjnego wymienione w art. 107 § 1 k.p.a. (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2002 r., II UKN 356/01, OSNP 2004/3/52 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2010 r., I UK 252/09, LEX nr 577824).

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 477<sup>14</sup> § 1 k.p.c., Sąd Okręgowy orzekł jak w punkcie 1 sentencji wyroku.

O kosztach zastępstwa procesowego (pkt 2) orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22.10.2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1804).

**Apelację** od wyroku w całości złożył **H. B.**, reprezentowany przez fachowego pełnomocnika podnosząc zarzuty:

1. naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. art. 116 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa w zw. z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że:

a. odwołujący ponosi odpowiedzialność za zobowiązania spółki (...) sp. z o.o. w likwidacji w związku z wystąpieniem wszystkich pozytywnych przesłanek jego odpowiedzialności wynikającej z art. 116 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa, pomimo że w okolicznościach niniejszej sprawy nie może być mowy o bezskuteczności egzekucji prowadzonej wobec spółki (...) sp. z o.o. w likwidacji, bowiem ani organ, ani działający z jego wniosku organ egzekucyjny nie przeprowadzili prawidłowo postępowania egzekucyjnego, z całego majątku ww. spółki, w szczególności: organ egzekucyjny pomimo wskazania przez odwołującego wierzytelności, z których egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości ww. spółki z tytułu składek w znacznej części, w ogóle nie skierował egzekucji do przysługujących spółce (...) sp. z o.o. w likwidacji wierzytelności wobec spółki (...) sp. z o.o. w likwidacji w kwocie 252.345,30 złotych, organ egzekucyjny kierując egzekucję do wierzytelności spółki (...) sp. z o.o. w likwidacji wobec spółki (...) sp. z o.o. w likwidacji (wcześniej (...) sp. z o.o.) nie przeprowadził prawidłowo postępowania egzekucyjnego wobec tego trzeciodłużnika, naruszając art. 71 a, art. 71 b oraz art. 91 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, organ nie zażądał przeprowadzenia postępowania egzekucyjnego w stosunku do wskazanych wyżej wierzytelności przysługujących spółce (...) sp. z o.o. w likwidacji, w związku z czym nie zachodzi jedna z pozytywnych przesłanek odpowiedzialności Odwołującego się za zaległości (...) sp. z o.o. w likwidacji,

b. odwołujący ponosi odpowiedzialność za zobowiązania spółki (...) sp. z o.o. w likwidacji w związku z niewystąpieniem negatywnych przesłanek odpowiedzialności odwołującego za zobowiązania ww. spółki, pomimo że istnieją przesłanki zwalniające odwołującego się od odpowiedzialności za zobowiązania spółki (...) sp. z o.o. w likwidacji, bowiem odwołujący się wskazał, mienie spółki (...) sp. z o.o. w likwidacji, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w znacznej części,

Odwołujący się nie ponosi winy za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki (...) sp. z o.o. w likwidacji, zobowiązania spółki (...) sp. z o.o. w likwidacji wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, za które odpowiedzialność została przeniesiona na odwołującego się wygasły w wyniku ich przedawnienia - zatem wobec akcesoryjnego charakteru odpowiedzialności osób trzecich za zaległości podatkowe i inne należności pierwotnego dłużnika, wygaśnięcie zobowiązania pierwotnego dłużnika spowodowało także zwolnienie z odpowiedzialności osoby trzeciej tj. Odwołującego się,

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 59 § 1 pkt 9 ustawy Ordynacja podatkowa w zw. z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez jego niezastosowanie, a w rezultacie przyjęcie, że pomimo wygaśnięcia zobowiązań spółki (...) sp. z o.o. w likwidacji z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami za zwłokę za okres od listopada 2010 roku do października 2013 roku, nadal istnieje odpowiedzialność Odwołującego się za ww. składki jako osoby trzeciej, pomimo że odpowiedzialność osób trzecich za zaległości podatkowe i inne należności pierwotnego dłużnika, kształtowana na podstawie art. 116 i 118 Ordynacji podatkowej, ma charakter akcesoryjny, co powoduje, że zarówno wydanie decyzji o tej odpowiedzialności, jak również jej egzekwowanie nie jest możliwe w przypadku wygaśnięcia zobowiązania o charakterze podatkowym ciążącego na pierwotnym dłużniku w jakikolwiek ze sposobów wskazanych w art. 59 Ordynacji podatkowej, bowiem wygaśnięcie zobowiązania pierwotnego dłużnika powoduje tym samym zwolnienie z odpowiedzialności osoby trzeciej, w konsekwencji czego jej odpowiedzialność wygaśnie jeszcze przed upływem terminu, o którym mowa w art. 118 § 2 Ordynacji podatkowej,

3. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego skutkującą przyjęciem przez Sąd I instancji, że organ wykazał wszystkie pozytywne przesłanki bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce (...) sp. z o.o. w likwidacji, bowiem wierzytelności wskazane przez Odwołującego nie są możliwe do odzyskania, a zatem nie może być z nich prowadzona egzekucja prowadząca do zaspokojenia zaległości ww. spółki z tytułu składek w znacznej części.



Wskazując na powyższe apelujący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie, że brak jest podstaw do przeniesienia na odwołującego odpowiedzialności za zobowiązania spółki (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Z. z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami za zwłokę w kwocie 629.319,90 zł,
2. zasądzenie od organu na rzecz odwołującego się kosztów postępowania za I i II instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych,
3. zwolnienie odwołującego się z opłaty od niniejszej apelacji.

**Pozwany organ rentowy** w odpowiedzi na apelację odwołującego żądał jej oddalenia i zasądzenia kosztów postępowania za instancję odwoławczą.

**Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja jest bezzasadna i jako taka podlegała oddaleniu.

Sąd Okręgowy rozpoznał sprawę prawidłowo i starannie, przeprowadzając właściwie postępowanie dowodowe (zgodnie z wytycznymi przedstawionymi przez Sąd Apelacyjny w wyroku z 5 marca 2014 r.), zaś ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego nie budzi wątpliwości w świetle zasady wynikającej z art. 233 k.p.c.

Sąd I instancji wyczerpująco wyjaśnił w uzasadnieniu kwestie sporne dotyczące przedmiotu zaskarżenia i powołał trafnie obowiązujące w tej mierze przepisy, które prawidłowo zastosował i zinterpretował, nie naruszając zaskarżonym rozstrzygnięciem przepisów procesowych, ani przepisów prawa materialnego. Podzielając w pełni ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego, Sąd Apelacyjny przyjął je za podstawę swego rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 382 k.p.c.

W niniejszej sprawie kwestią sporną było ustalenie, czy Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Z. prawidłowo przeniósł na H. B. odpowiedzialność za zobowiązania płatnika (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Z. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenia zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, wraz z odsetkami za zwłokę w łącznej kwocie 629.319,90 zł.

W zakresie zasad przenoszenia na osoby trzecie odpowiedzialności z tytułu zaległych składek, właściwym jest przepis art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych tj. z dnia 1 marca 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 423), stanowiący, że do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio m.in. przepis art. 116 ustawy z dnia 29.08.1997r. Ordynacja podatkowa tj. z dnia 7 lipca 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1325). Na podstawie art. 107 § 1 i § 2 Ordynacji podatkowej w przypadkach i w zakresie przewidzianych w rozdziale 15 odpowiadają całym swoim majątkiem solidarnie z podatnikiem również osoby trzecie za zaległości podatkowe podatnika, jak również za:

- podatki niepobrane oraz pobrane, a niewypłacone przez podatników lub inkasentów,
- odsetki za zwłokę od zaległości podatkowych,
- niezwrócone w terminie zaliczki naliczonego podatku od towarów i usług oraz za oprocentowanie tych zaliczek,
- koszty postępowania egzekucyjnego.

Zgodnie z treścią art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej za zaległości składkowe spółki 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**.

Zgodnie z § 2 tego przepisu odpowiedzialność członków zarządu, określona w § 1, obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu.

Reasumując, osoba sprawująca funkcję członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (płatnika składek na ubezpieczenia społeczne) w okresie, w którym powstała należność na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych tytułem zaległych składek na ubezpieczenia społeczne, odpowiada za zaległości w/w płatnika, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna w całości lub części; osoba ta może uwolnić się od tej odpowiedzialności w wypadku, gdy wykaże, że we właściwym terminie złożono wniosek o ogłoszenie upadłości spółki, wniosek ten – jako uzasadniony w świetle sytuacji finansowej spółki – nie został złożony we właściwym terminie bez jej winy lub wniosek ten nie był uzasadniony wobec sytuacji finansowej spółki, pozwalającej na zaspokojenie wierzycieli spółki w znacznym stopniu.

Pojęcie „zaprzestanie płacenia długów” wyrażone jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującego rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 października 1934 r. Prawo upadłościowe, czy też wyrażone na gruncie nowego prawa upadłościowego i naprawczego pojęcie „nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań” oraz powstałe w oparciu o nie pojęcie „właściwego czasu” (wyrażone zarówno w art. 116 ordynacji podatkowej jak i art. 299 k.s.h.) mają charakter niedookreślony w związku z czym doktryna i orzecznictwo przyjęły, że za pojęciem zaprzestania płacenia długów należy rozumieć stan, w którym podmiot gospodarczy popada w stan tzw. trwałej niewypłacalności, a więc braku, fizycznej możliwości zaspokojenia wszystkich swoich wierzycieli, z tym zastrzeżeniem, że stan taki nie może mieć charakteru przejściowego, krótkotrwałego wynikającego z przejściowych trudności. „Właściwy czas” do wszczęcia postępowania upadłościowego, który uwolniłby od przeniesienia zobowiązania, to czas właściwy ze względu na ochronę wierzycieli. Za taki czas może być uznana chwila, w której pasywa przewyższają aktywa i z tej przyczyny dłużnik nie posiada już dostatecznych środków na zaspokojenie wierzycieli.

„Czasem właściwym” dla zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości ze względu na zaprzestanie płacenia długów jest czas, kiedy już wiadomo, że dłużnik nie jest w stanie zaspokoić wszystkich wierzycieli w całości, ale już nie – kiedy stan majątkowy spółki kwalifikuje ją do bankructwa (por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 1997r., sygn. akt III CKN 65/1997, OSNC 1997/11/181, LEX nr 30914).

Jeżeli dłużnik nie płaci długów, ale rozporządza środkami pieniężnymi w ten sposób, że przeznaczają je na nakłady inwestycyjne mające na celu podjęcie określonej działalności produkcyjnej, która w stosunkowo krótkim okresie czasu ma przynieść znaczące zyski, to wówczas nie można jednoznacznie zakładać, że zaprzestanie płacenia długów ma trwały charakter, ale przeciwnie – jest to tylko stan przejściowy.

Ratio legis tego przepisu polega więc na ochronie wierzycieli przed utratą możliwości zaspokojenia swoich wierzytelności. Chodzi, więc o to, aby podmiot gospodarczy, który znajduje się w katastrofalnej sytuacji ekonomicznej, nie pozwalającej mu na bieżące regulowanie swoich należności wobec wierzycieli, bez realnych widoków polepszenia swojej sytuacji w niedalekiej przyszłości, jak najszybciej zgłosił wniosek o upadłość, by wszyscy dotychczasowi wierzyciele mogli zaspokoić swoje wierzytelności choć w części, gdyż dalsze trwanie takiego stanu w sposób nieunikniony doprowadziłoby do sytuacji, w której wciąż rosnące długi konsumowałyby w coraz większym stopniu

aktywa danego podmiotu gospodarczego, powodując tym samym zaspokojenie się wierzycieli z majątku dłużnika w coraz mniejszym stopniu.

Ustawodawca wprowadzając krótki, bo zaledwie dwutygodniowy termin do wniesienia do sądu wniosku o ogłoszenie upadłości, od pojawienia się stanu stałego zaprzestania płacenia swoich długów, miał właśnie na celu zabezpieczenie interesów wierzycieli dłużnika. W razie uchybienia temu terminowi wprowadził sankcję przewidzianą w art. 116 Ordynacji podatkowej, wobec członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jako organu zarządzającego, fachowego, na bieżąco monitorującego kondycję finansową spółki sprowadzającą się do ich subsydiarnej, pomocniczej odpowiedzialności za długi, w razie bezskutecznej egzekucji z majątku spółki.

W świetle powyżej powołanych przepisów prawnych, do wydania przez organ rentowy decyzji o odpowiedzialności członka zarządu spółki niezbędne było wykazanie przez organ rentowy, że odwołujący był członkiem zarządu spółki w czasie powstania zobowiązań, które przerodziły się w dochodzoną zaległość spółki oraz, że egzekucja prowadzona przeciwko spółce okazała się bezskuteczna.

Z kolei na odwołującym spoczywał ciężar przedstawienia dowodów w celu wykazania okoliczności, które mogłyby stanowić o zwolnieniu go z odpowiedzialności za długi spółki z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne.

Sąd Apelacyjny stwierdza, że krytycznie należy odnieść się do twierdzenia apelacji dotyczące naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 233 § 1 k.p.c. W ocenie niniejszego Sądu zarzut ten, jak i zarzut wskazujący na błąd Sądu Okręgowego popełniony w zakresie ustalenia stanu faktycznego, nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny wskazuje, że Sąd I instancji przeprowadził wyczerpujące postępowanie dowodowe, a zebrany materiał poddał wszechstronnej ocenie z zachowaniem granic sędziowskiej oceny przewidzianej przez art. 233 § 1 k.p.c. Na tej podstawie Sąd Okręgowy poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, które tutejszy Sąd w pełni podziela i przyjmuje za własne, bez potrzeby ich ponownego przytaczania. Wymaga podkreślenia, że Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, a taka ocena dokonywana jest na podstawie przekonań Sądu, jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego oraz winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 2001 r., II UK 154/09, Lex nr 583803). Mając to na uwadze, zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy dokonując oceny zasadności złożonego odwołania od decyzji ZUS, nie naruszył art. 233 § 1 k.p.c. Do naruszenia wskazanego przepisu mogłoby dojść tylko wówczas, gdyby skarżący wykazał Sądowi I instancji uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, tj. regułom logicznego myślenia, zasadzie doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie naruszenie takie nie miało miejsca. Sąd pierwszej instancji właściwie skoncentrował materiał dowodowy, który ocenił na podstawie jego wszechstronnego rozważenia, polegającego na rzetelnej, bezstronnej ocenie wyników postępowania i ich prawidłowej interpretacji.

W ocenie Sądu Apelacyjnego postępowanie dowodowe przeprowadzone przez sąd I instancji pozwoliło na ustalenie, że organ rentowy wykazał przesłanki pozytywne niezbędne do przeniesienia odpowiedzialności za składki na ubezpieczenia społeczne (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Z. na H. B., który jako członek zarządu odpowiada całym swoim majątkiem solidarnie z w/w spółką za jej zobowiązania składkowe. Odwołujący nie wykazał zaś przesłanek egzoneracyjnych, które mogłyby go uwolnić ich odpowiedzialności z tego tytułu.

Bezspornie odwołujący H. B. był członkiem zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Z. z w okresie, w którym powstała należność na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych tytułem zaległych składek na ubezpieczenia społeczne.

W pierwszej kolejności Sąd Apelacyjny odniesie się do zarzutu apelacji najdalej idącego, albowiem powołany w środku zaskarżenia zarzut przedawnienia jest na gruncie prawa ubezpieczeń społecznych zarzutem prawa materialnego, którego uwzględnienie skutkuje wygaśnięciem zobowiązania objętego decyzją organu rentowego.

W uznaniu sądu drugiej instancji bezzasadny okazał się podniesiony w apelacji przez odwołującego zarzut, iż zobowiązania składkowe wygasły wobec przedawnienia składek.

Zgodnie art. 24 ust. 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych należności z tytułu składek ulegają przedawnieniu po upływie 5 lat, licząc od dnia, w którym stały się wymagalne, z zastrzeżeniem ust. 5-6.

Zgodnie art. 24 ust. 5d ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych przedawnienie należności wynikających z decyzji następuje po upływie 5 lat licząc od końca roku kalendarzowego, w którym decyzja została wydana.

Jeżeli decyzja o odpowiedzialności odwołującego jako członka zarządu konstytutywnie kształtuje tę odpowiedzialność na podstawie ustawowych jej warunków, to przedmiotem odwołania do sądu i prowadzonego w związku z tym dwuinstancyjnego postępowania w sprawie są zarzuty odwołującej się przeciwko przesłankom, na jakich decyzja została wydana. Oczywiście jest, że nie mogą być podważone podstawy decyzji z powołaniem się na upływ czasu od jej wydania.

Skutki decyzji, w tym podleganie określonym regułom przedawnienia zobowiązania w niej określonego, nie były i nie mogą być objęte przedmiotem sprawy z odwołania od decyzji. Innymi słowy – w sprawie z odwołania od decyzji organu rentowego ustalającej odpowiedzialność członka zarządu spółki z o.o. za zaległości składkowe nie podlega rozpoznaniu kwestia przedawnienia należności z tytułu składek wynikających z tej decyzji na podstawie art. 24 ust. 5d ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 sierpnia 2010 r. sygn. I UK 87/10). Decyzja o odpowiedzialności osoby trzeciej za zaległości podatkowe, a więc i składkowe ma charakter konstytutywny. Odpowiedzialność osoby trzeciej powstaje zatem dopiero w dniu wydania doręczenia decyzji i wtedy otwiera się możliwość egzekwowania zobowiązania określonego tą decyzją, co do której zastosowanie będzie miał przepis art. 24 ust. 5d ustawy systemie ubezpieczeń społecznych. Zatem przepis ten aktualizuje się dopiero na etapie postępowania egzekucyjnego, czyli w sytuacji, gdy chodzi o wykonanie zobowiązania wynikającego z prawomocnej decyzji dotyczącej obciążenia osoby trzeciej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 maja 2011 r. sygn. II UK 360/10).

W wyroku z 09.06.2010 r. sygn. II UK 37/10 Sąd Najwyższy podkreślił, że termin przedawnienia wskazany w przepisie art. 24 ust. 5d ustawy systemowej dotyczy egzekucji należności wynikających z wydanej uprzednio decyzji o odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania składkowe. Zgodnie z nim przedawnienie należności z tytułu składek wynikających z decyzji o odpowiedzialności osoby trzeciej lub następcy prawnego następuje po upływie 5 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym decyzja została wydana. Jest on natomiast obojętny dla wydania decyzji wynikającej z art. 108 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 ustawy systemowej. W myśl tego przepisu **nie można wydać decyzji o odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej, jeżeli od końca roku kalendarzowego, w którym powstała zaległość podatkowa, upłynęło 5 lat**. Jedynie ten wskazany termin ma znaczenie dla możliwości przeniesienia odpowiedzialności za zaległości składkowe na osoby trzecie. Oczywiście jest, że **zobowiązanie objęte zaskarżoną decyzją nie może być oceniane pod kątem terminu przedawnienia, który może się rozpocząć dopiero po jej wydaniu**. Powszechnie w orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że decyzja o odpowiedzialności osoby trzeciej za zaległości podatkowe, a więc i składkowe ma charakter konstytutywny (por. np. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2008 r., II UZP 6/08, OSNP 2009 nr 7-8, poz. 102, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2006 r., I UK 126/06, OSNP 2007 nr 21-22, poz. 331, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 marca 2007 r., V SA/Wa 440/07, LEX nr 338247, A. Olesińska: Odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe, Lublin 2000, s. 70). Odpowiedzialność osoby trzeciej powstaje zatem dopiero w dniu wydania i doręczenia decyzji i wtedy otwiera się możliwość egzekwowania zobowiązania określonego tą decyzją, co do której zastosowanie będzie miał przepis art. 24 ust. 5d ustawy systemowej. Zatem przepis ten aktualizuje się dopiero na etapie postępowania egzekucyjnego, czyli w sytuacji, gdy chodzi o wykonanie zobowiązania wynikającego z prawomocnej decyzji dotyczącej obciążenia osoby trzeciej (w tym przypadku członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, za zaległości składkowe tej spółki).

Mając na uwadze powyższe w ocenie Sądu Apelacyjnego brak jest podstaw do uznania, aby roszczenie organu rentowego wygasło wskutek przedawnienia.

Podobnie, jako chybione, ocenić należy dalsze zarzuty apelacji w zakresie braku bezskuteczności egzekucji wobec pierwotnie odpowiedzialnej spółki. W orzecznictwie sądów administracyjnych oraz w doktrynie prezentowane są różne poglądy odnośnie formy stwierdzenia bezskuteczności egzekucji administracyjnej. Sąd Apelacyjny w tut. składzie w pełni podziela pogląd zaprezentowany w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 31 stycznia 2007 r., sygn. akt I FSK 508/06, w myśl, którego pojęcie "bezskuteczności egzekucji" nie zostało w prawie zdefiniowane, w związku z tym należy je rozumieć zgodnie z dyrektywami wykładni językowej.

W języku potocznym pod pojęciem "bezskuteczności" rozumie się "nie przynoszenie (brak) pożądaných rezultatów; daremność; bezowocność" (Słownik języka polskiego PWN, Wyd. VII, pod red. prof. M. Szymczaka, Warszawa 1992 r., str. 150). Stąd też, gdy pojęciu temu nada się takie znaczenie i gdy weźmie się pod uwagę, że nie wiąże się z nim żadna dyrektywa prawna, to za w pełni uprawniony uznać trzeba pogląd, że w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej organy obowiązane są, co prawda udowodnić bezskuteczność egzekucji, niemniej uczynić to mogą za pomocą wszelkich dowodów, które okoliczność tę mogą potwierdzić. Warunkiem koniecznym (przesłanką pozytywną) podjęcia orzeczenia w trybie art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej jest bezskuteczność egzekucji do majątku spółki, którą to okoliczność w ocenie Sądu Apelacyjnego organy podatkowe władne są wykazać za pomocą wszelkich dowodów potwierdzających fakt niemożności zaspokojenia całości bądź części publicznoprawnych roszczeń Skarbu Państwa. Wymóg formalnego stwierdzenia bezskuteczności egzekucji administracyjnej nie znajduje, bowiem jakiegokolwiek umocowania w treści obowiązującego prawa.

Pogląd ten jest aprobowany w orzecznictwie. Dla przykładu Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 sierpnia 2011 r. LEX nr 1103008 argumentował: jeżeli chodzi zaś o problem możliwości wykazywania bezskuteczności egzekucji już po wszczęciu postępowania egzekucyjnego, zaaprobować należy pogląd Naczelnego Sądu Administracyjnego wynikający z uchwały siedmiu sędziów z dnia 8 grudnia 2008 r., II FPS 6/08 (POP 2009 nr 1, poz. 21), że dowodem na tę okoliczność nie musi być wydane po przeprowadzeniu postępowania egzekucyjnego przez organ egzekucyjny postanowienie o umorzeniu egzekucji z uwagi na jej bezskuteczność. Stan bezskuteczności egzekucji może być bowiem stwierdzony w toku egzekucji administracyjnej lub sądowej, czego konsekwencją jest, zgodnie z art. 71 § 1 u.p.e.a. i art. 913 § 1 k.p.c., możliwość zwrócenia się przez organ egzekucyjny (lub wierzyciela w toku egzekucji sądowej) do sądu o nakazanie dłużnikowi wyjawienia majątku.

Za Sądem Najwyższym należy powtórzyć, że w regulacji z art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej chodzi zasadniczo o egzekucję rozumianą jako przymus określony w procedurze, czyli rozpoczęty wnioskiem wierzyciela i skierowany do wskazanego majątku dłużnika (por. uchwała Sądu Najwyższego z 13 maja 2009 r., I UZP 4/09, OSNP 2009 nr 23-24, poz. 319). Nie można oceniać nieprowadzenia egzekucji w kategoriach zaniechania i przyczynienia się wierzyciela do zmniejszenia zaspokojenia z dwóch zasadniczych względów. Po pierwsze utrwalone jest już w orzecznictwie, że organ rentowy ograniczony jest jedynie terminem przedawnienia odpowiedzialności i do tego czasu sam decyduje kiedy i jakie czynności egzekucyjne powinny być podjęte. Po wtóre nieuprawnione jest odwoływanie się do przyczynienia się jako przesłanki odpowiedzialności rozumianej tak jak w przypadku odpowiedzialności członków zarządu spółki na podstawie prawa handlowego (art. 298 k.h., art. 299 k.s.h.), gdyż odpowiedzialność członków zarządu za składki na podstawie art. 116 § 1 Op w związku z art. 31 i 32 ustawy o sus nie jest z nią tożsama. Została wydzielona z odpowiedzialności członków zarządu spółki na podstawie przepisów prawa handlowego i obecnie jest to odpowiedzialność szczególna za należności publicznoprawne (zob. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 7 listopada 2008 r., III CZP 72/08, OSNC 2009 nr 2, poz. 20). Bezskuteczność egzekucji w rozumieniu art. 116 § 1 O.p. zależy od stanu majątkowego dłużnej spółki. Prawnego znaczenia nie ma to, jak starannie i szybko organ rentowy wprowadza zaległość składkową do windykacji oraz prowadzi jej egzekucję. Nawet w systemie prawa cywilnego szkoda wyrządzona przez dłużnika i odpowiedzialność za nią nie ulegają umniejszeniu przez to, że wierzyciel nie egzekwuje wierzytelności. To jak wierzyciel prowadzi egzekucję nie umniejsza zakresu odpowiedzialności dłużnika.

Niezasadna jest zatem argumentacja o przyczynieniu się organu rentowego do bezskuteczności egzekucji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2014 r. II UK 372/13, LEX nr 1448395).

Wobec treści zarzutów apelacyjnych, w celu pełnego odniesienia się do uch treści Sąd Apelacyjny na podstawie art. 382 k.p.c. uzupełnił materiał dowodowy o dokumenty znajdujące się w aktach Sądu Apelacyjnego w Poznaniu sygn. akt III AUa 1917 /16 oraz Sądu Okręgowego w Zielonej Górze sygn. akt IV U 1079/15 oraz akt postępowania egzekucyjnego prowadzonego przez Naczelnika (...) Urzędu Skarbowego w Z. wobec płatnika (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Z..

W przedmiotowej sprawie słusznie uznał Sąd Okręgowy, iż egzekucja z majątku spółki okazała się w znacznej części bezskuteczna.

Postanowieniem z 13.12.2013 r., nr (...), Naczelnik (...) Urzędu Skarbowego w Z. **umorzył postępowanie egzekucyjne prowadzone wobec majątku zobowiązanego płatnika składek na podstawie tytułów wykonawczych obejmujących należności z tytułu składek na FUS, UZ, FP i FGŚP wraz z odsetkami.** Organ egzekucyjny umorzył postępowanie wobec stwierdzenia, że w postępowaniu egzekucyjnym nie uzyska się kwoty przewyższającej wydatki egzekucyjne.

Okoliczności tej nie zmienia fakt, że w toku należności składkowe za 2013 objęte tytułami wykonawczymi wymienionymi w piśmie organu rentowego k.90, nie były objęte postanowieniem o umorzeniu egzekucji wobec jej bezskuteczności.

Przesłanka bezskuteczności egzekucji jest spełniona nie tylko wtedy, gdy dochodzi do umorzenia postępowania egzekucyjnego skierowanego do całego majątku dłużnika, ale również wówczas, gdy na podstawie obiektywnych wykładników stanu finansów spółki zostanie wykazane, że **spółka nie dysponowała majątkiem pozwalającym na zaspokojenie wierzycieli w całości.**

W trakcie prowadzonego postępowania egzekucyjnego ustalono, że w toku egzekucji spółka zmieniła siedzibę z miejscowości L. (...) na Z., ul. (...) (...). Poprzednia i aktualna siedziba spółki mieści się w pomieszczeniach nie stanowiących własności spółki. Egzekucja z rachunku bankowego spółki okazała się nieskuteczna, ponieważ pismem z 09.01.2013 r. bank poinformował organ egzekucyjny, że nie prowadzi już rachunku bankowego dla zobowiązanej spółki. Organ egzekucyjny nie ustalił innych rachunków bankowych prowadzonych dla spółki. W dniu 17.09.2012 r. z prezesem spółki został spisany protokół o stanie majątkowym. W trakcie jego spisywania ustalono, że spółka prowadzi działalność gospodarczą w zakresie rekrutacji i udostępniania pracowników. Spółka nie posiada majątku ruchomego ani nieruchomego. Spółce przysługuje wierzytelność od jej kontrahenta. W związku z dokonanymi ustaleniami dokonano zajęcia wierzytelności przysługującej spółce. W toku kolejnych czynności potwierdzono, że należność przysługująca spółce od trzeciodłużnika jest nieściągalna. W dniu 01.07.2013 r. z prezesem spółki spisano kolejny protokół o stanie majątkowym, z treści którego wynika, że spółka zaprzestała prowadzenia działalności gospodarczej, nie posiada majątku oraz środków finansowych umożliwiających jej spłatę dochodzonych należności. Fakt nieposiadania majątku przez spółkę potwierdziło również m.in. MSWiA w piśmie z 17.09.2012 r. w zakresie pojazdów oraz Starostwo Powiatowe w Z. w piśmie z 19.09.2012 r. w zakresie nieruchomości. Pismem z 20.06.2013 r. organ egzekucyjny, informując wierzyciela o aktualnym stanie prowadzonego postępowania, zwrócił się o wskazanie majątku spółki, z którego możliwe byłoby wyegzekwowanie dochodzonych należności. Pismem z 08.07.2013 r. wierzyciel poinformował organ egzekucyjny, że nie posiada informacji na temat składników majątkowych spółki. Organ egzekucyjny stwierdził, że opisana sytuacja zobowiązanego jest odzwierciedleniem stanu faktycznego i uniemożliwia przeprowadzenie skutecznej egzekucji. W protokole o stanie majątkowym zobowiązanego płatnika z 17.09.2012 r. znajduje się oświadczenie, że spółce nie przysługują wierzytelności. W protokole o stanie majątkowym zobowiązanego z 01.07.2013 r. znajduje się oświadczenie prezesa, że wierzytelności przysługujące od kontrahentów zgodnie z załączonym do protokołu wykazem są nieściągalne.

Dla oceny przesłanki egzoneracyjnej – wskazania mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części, trzeba również wziąć pod uwagę to, iż wskazanie mienia w rozumieniu art.

116 § 1 o.p. musi dotyczyć mienia, z którego egzekucja jest **faktycznie możliwa**, a nie to, czy mienie w postaci wierzytelności może w przyszłości pokryć zaległości podatkowe spółki (wyrok NSA z 02.06.2017 r., sygn. akt II FSK 1234/15, LEX nr 2331599).

Nie jest więc trafna argumentacja odwołującego, który wskazuje wyłącznie na wierzytelności spółki (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Z. jako mienie z którego organ rentowy może się zaspokoić, zwłaszcza że są to wierzytelności sprzed kilku lat i są faktycznie nieściągalne albowiem **spółki dłużniczki posiadają ogromne zadłużenie wobec organu rentowego, któremu przysługuje pierwszeństwo zaspokojenia**. Odwołujący jako prezes zarządu obu tych spółek, znający stan finansów, doskonale zdaje sobie sprawę z tego, że wierzytelności te nieściągalne.

Poza tym podkreślić trzeba, że jedynym mieniem, którym spółka (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Z. ma dysponować, są wierzytelności od innych spółek. Wierzytelności spółki na które wskazuje apelujący w treści apelacji są jednak faktycznie nieściągalne.

Na podstawie ustaleń Sądu Okręgowego w Zielonej Górze w sprawie sygn.. akt IV U 1079/15, potrzymanych Sąd Apelacyjny w Poznaniu sygn. akt III AUa 379/19 wskazać należy, iż decyzją z dnia 18.03.2015 r., nr (...), Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Z., na podstawie art. 108 § 1 w związku z art. 107 § 1, § 2 pkt 1, 2 i 4 i art. 116 ustawy z dnia 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa, poprzez art. 31 i art. 32 ustawy z dnia 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, przeniósł na odwołującego H. B. odpowiedzialność za zobowiązania płatnika (...) **Sp. z o.o.** w likwidacji z siedzibą w Z. w z tytułu nie opłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami za zwłokę w łącznej kwocie 444 203,61 zł, w tym:

1) na ubezpieczenia społeczne:

- 58 777,08 zł – z tytułu nieopłaconych składek za miesiące: 01,06,10/2010 r., 04/2011 r. oraz nieopłaconych różnic składek za miesiące: 12/2010 r., 05,06,07,08,09,11,12/2011 r., 01-11/2012 r.

- 69 154,00 zł – z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 18.03.2015 r. ;

2) na ubezpieczenie zdrowotne:

- 141 783,03 zł – z tytułu nieopłaconych składek za miesiące: 01,12/2010 r. oraz nieopłaconych składek za miesiące 06,10,11/2010 r., 04,05,06,07,08,09,11,12/2011 r., 01/2012 r. – 02/2013 r.

- 59 010,00 zł – z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 18.03.2015 r.;

3) na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych:

- 10 810,50 zł – z tytułu nieopłaconych składek za miesiące: 01/2010 r., 04/2011 r. oraz nieopłaconych składek za miesiące 06,10,11/2010 r., 05,06,07,08,09,11,12/2011 r., 01-11/2012 r.

- 4 669,00 zł – z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 18.03.2015 r.;

Postanowieniem z dnia 17.12.2013 r. Naczelnik (...) Urzędu Skarbowego w Z., na podstawie art. 59 § 3 w zw. z art. 59 § 2 ustawy z dnia 17.06.1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji umorzył postępowanie egzekucyjne prowadzone wobec majątku zobowiązanej Spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. na podstawie tytułów wykonawczych dotyczących należności z tytułu składek – w kwocie należności głównej: (...) – 548,40; (...) – 548,40 zł; (...) – 20.870,70; (...) – 23.339,20; (...) – 548,40; (...) – 4.297,50; (...) – 47,20; (...) – 593,30; (...) – 3.147,10; (...) – 4.155,90; (...) – 548,40; (...) – 47,20; (...) – 67.618,50; (...) – 3.065,50; (...) – 9.622,20; (...) – 47,20; (...) – 47,20; (...) – 2.218,60; (...) – 3.579,10; (...) – 5.224,80; (...) – 47,20; (...) – 548,40; (...) – 8.214,90; (...) – 5.418,80; (...) – 2.786,60; (...) – 47,80; (...) – 57.347,10; (...) – 20.546,50; (...) – 1.928,30; (...) – 385,50; (...) – 89,70; (...) –

7.445,20; (...) – 1.122,20; (...) – 95,60; (...) – 191,30; (...) – 5.164,60; (...) – 10.594,80; (...) – 1.196,20; (...) – 2.392,40; (...) – 333,20; (...) – 47,80; (...) – 3.112,60; (...) – 593,30.

W dniu 17.09.2013 r. z prezesem Spółki został spisany protokół o stanie majątkowym. W trakcie jego spisywania ustalono, że:

- Spółka prowadzi działalność gospodarczą w zakresie rekrutacji i udostępniania pracowników oraz uprawy pieczarek;
- Spółka nie posiada majątku ruchomego, jak i nieruchomości;
- Spółce przysługuje wierzytelność od jej kontrahenta.

Stwierdzono, że wierzytelność przysługująca Spółce od jej trzeciodłużnika jest nieściągalna.

W dniu 01.07.2013 r. z prezesem Spółki spisano kolejny protokół o stanie majątkowym, z treści którego wynika, iż Spółka zaprzestała prowadzenia działalności gospodarczej, nie posiada majątku oraz środków finansowych umożliwiających jej spłatę dochodzonych należności.

Fakt nieposiadania majątku przez Spółkę potwierdziło również m.in. MSWiA w piśmie z dnia 27.09.2012 r. nr (...) w zakresie pojazdów oraz Starostwo Powiatowe w Z. w piśmie z dnia 19.09.2012 r. nr (...) w zakresie nieruchomości.

Pismem z dnia 20.06.2013 r. Naczelnik US, informując wierzyciela o aktualnym stanie prowadzonego postępowania, zwrócił się o wskazanie majątku Spółki, z którego możliwe byłoby wyegzekwowanie dochodzonych należności. Pismem z dnia 08.07.2013 r. wierzyciel poinformował organ egzekucyjny, iż Spółka posiada rachunek bankowy prowadzony przez (...) Bank S.A. Jednakże organ egzekucyjny ustalił, iż rachunek bankowy prowadzony dla Spółki został zamknięty, o czym Bank poinformował w piśmie z dnia 18.09.2012 r.

***Wskazywane przez odwołującego wierzytelności nie stanowią więc realnego, egzekwowalnego mienia, które może doprowadzić do zaspokojenia zaległości składkowych spółki w znacznej części.***

W tym miejscu, należy wskazać, iż taką samą ocenę zawarł Sąd Apelacyjny w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z 18.12.2018 r., sygn. akt III AUa 1917/16, który zapadł w zbliżonym stanie faktycznym i prawnym, dotyczącym H. B. jako członka zarządu innej spółki zalegającej z płatnościami wobec ZUS.

W sprawie tej Sąd Okręgowy w Zielonej Górze sygn. akt. IV U 2073/15 ustalił iż, decyzją z dnia 01.07.2015 r., nr (...), Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Z., na podstawie art. 108 § 1 w związku z art. 107 § 1, § 2 pkt 1, 2 i 4 i art. 116 ustawy z dnia 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa, poprzez art. 31 i art. 32 ustawy z dnia 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, przeniósł na odwołującego H. B. odpowiedzialność za zobowiązania płatnika (...) Sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w W. z tytułu nie opłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami za zwłokę w łącznej kwocie 2.543.147,03 zł, w tym:

1. ubezpieczenia społeczne:

- różnica składki za miesiące 05-07.2011 r., 02, 04-06.2012 r.,
- składka za miesiące 07.2012-03.2013 r. w kwocie 1.285.901,34 zł,
- odsetki za zwłokę naliczone na dzień 01.07.2015 r. w kwocie 345.114,00 zł,
- koszty egzekucyjne w kwocie 79.785,60 zł;



## 2. ubezpieczenie zdrowotne:

- różnica składki za miesiące 08, 11, 12.2011 r., 01, 02, 04.2012 r.,

- składka za miesiące 03-07.2011 r., 05.2012-03.2013 r. w kwocie

473.952,32 zł,

- odsetki za zwłokę naliczone na dzień 01.07.2015 r. w kwocie

134.901,00 zł,

- koszty egzekucyjne w kwocie 27.960,80 zł;

## 3. FP i FGŚP:

- różnica składki za miesiące 01, 02.2012 r.,

- składka za miesiące 04.2012-03.2013 r. w kwocie 147.413,67 zł,

- odsetki za zwłokę naliczone na dzień 01.07.2015 r. w kwocie

42.142,00 zł,

- koszty egzekucyjne w kwocie 5.976,30 zł.

Sąd Apelacyjny wyjaśnił wówczas, że należy odróżnić samą możliwość zajęcia przez komornika danej wierzytelności, od możliwości wyegzekwowania i realnej wartości ekonomicznej, jaką przedstawia. Wskazane mienie musi więc faktycznie istnieć i nadawać się do egzekucji pozytywnie rokującej na wyegzekwowanie znacznych kwot, odnosząc to do wysokości zaległości podatkowych oraz przedstawiać realną wartość finansową, co jest niezbędne dla oceny, czy egzekucja z danego mienia umożliwi zaspokojenie długów, m.in. zaległości spółki. Samo wskazanie, że spółka ma wierzytelności w stosunku do swoich kontrahentów, nie jest wystarczające. Wymagane jest wykazanie, że jest możliwe prowadzenie egzekucji z tych wierzytelności, a więc udowodnienie, że są one wymagalne, a dłużnicy są wypłacalni. W toku postępowania żadna ze wskazanych okoliczności nie została udowodniona.

Zgodnie ze stanowiskiem tut. Sądu Apelacyjnego, które odnieść można do niniejszej sprawy, bierność spółki i jej prezesa, przejawiająca się brakiem wystąpienia wobec kontrahentów o zapłatę ich należności, przekłada się wprost na brak zainteresowania stanem majątkowym spółki i zapewnienia możliwości realizowania ciężących na niej zobowiązań, wspierając stanowisko organu rentowego, że gdyby powyższe należności były pewne, zaś ich egzekucja nosiła cechy realności, to spółka sama starałaby się o ich odzyskanie, nie przerzucając tego obowiązku na wierzyciela – ZUS. Dopiero wykazanie przez dłużnika podjęcia określonych starań o zapłatę długu przez osoby trzecie na jego rzecz oraz bezskuteczności tych czynności, mogłoby uzasadniać oczekiwanie zaangażowania w ściągnięcie takich (wymagalnych, uznanych, rzeczywistych) wierzytelności od organów egzekucyjnych.

Wskazywane potencjalne wierzytelności, aby stały się przedmiotem skutecznych czynności egzekucyjnych, nie mogą być trudne do wyegzekwowania, bądź o niesprecyzowanym statusie prawnym, a ich dochodzenie wymagające skomplikowanych czynności. Organ podatkowy (rentowy) nie może bowiem zastępować spółki w procesie dochodzenia bądź ustalania jej wierzytelności. Zasadą jest, że tylko realnie istniejące, bezsporne mienie wskazane wraz z jego usytuowaniem, istniejące w momencie, w którym toczy się postępowanie dotyczące przeniesienia odpowiedzialności podatkowej (składkowej), wypełnia przesłankę zwalniającą członka zarządu od odpowiedzialności z ww. przepisu. Do uwolnienia się od odpowiedzialności na podstawie art. 116 § 1 pkt 2 ww. ustawy, nie jest również wystarczające wskazanie mienia w postaci przysługujących spółce wierzytelności wobec kontrahentów, lecz konieczne

jest wykazanie, że są one wymagalne, a dłużnicy wypłacalni (por. wyrok NSA z dnia 1 marca 2018 r., II FSK 438/16, Legalis).

Bezskuteczność egzekucji w rozumieniu art. 116 § 1 o.p. oznacza, że w wyniku wszczęcia i przeprowadzenia przez organ egzekucyjny egzekucji skierowanej do majątku spółki nie doszło do przymusowego zaspokojenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 19.01.2012 r. III AUa 1542/11).

Art. 116 Ordynacji podatkowej chroni prawa wierzyciela niewypłacanej spółki i w tym celu wprowadza odpowiedzialność członków jej zarządu. Odpowiedzialność ta byłaby iluzoryczna, gdyby przepis interpretować w ten sposób, że odpowiedzialność członka zarządu była uzależniona od bezskuteczności egzekucji wyłącznie w całości (zob. wyrok SN z 24.02.2010 r., II UK 209/09, Lex nr 5909243).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego prawidłowo też Sąd Okręgowy ustalił, że wniosek o ogłoszenie upadłości nie został złożony we właściwym czasie, wniosek o ogłoszenie upadłości spółki nie został bowiem w ogóle złożony.

Apelujący nie dopełnił spoczywającego na nim obowiązku i nie zgłosił we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Od wielu miesięcy przed wystąpieniem z wnioskiem o ogłoszenie upadłości spółka nie wykonywała swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, jak również stan jej zobowiązań przekraczał wartość jej majątku. Odwołujący znał sytuację finansową spółki - w tym fakt, że zobowiązania wobec ZUS nie były płacone. Co miesiąc otrzymywał od księgowej zestawienia kwot do zapłaty, przychodów i kosztów. Podejmował decyzje o płatnościach i przelewach jednoosobowo. W latach 2011-2012 były przeprowadzane badania bilansów.

**Nie ma zatem podstaw od zwolnienia go od odpowiedzialności za zaległości Spółki na podstawie przesłanki braku zawinienia**, o której mowa w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej. Ponośi on zatem pełną odpowiedzialność za nie złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Pojęcie właściwego czasu do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, o jakim mowa w art. 116 § 1 o.p., należy interpretować z uwzględnieniem celu, jakiemu ta regulacja ma służyć. Celem tym jest ochrona należności publicznoprawnych, a także - co do należności składkowych - ochrona Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Skoro przy tym, jednym z celów postępowania upadłościowego jest zapobieżenie dowolnemu i wybiórczemu zaspokajaniu przez dłużnika jednych wierzycieli kosztem innych, to za czas właściwy do zgłoszenia upadłości uznać należy czas, w jakim zarząd spółki, niebędący w stanie zrealizować jej zobowiązań względem wszystkich wierzycieli, winien złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości, aby w ten sposób chronić zagrożone interesy Skarbu Państwa i Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Zaprzeszanie płacenia długów zachodzi przy tym wtedy, gdy dłużnik z braku środków płatniczych nie płaci przeważającej części swoich wymagalnych długów. Sytuacja taka będzie miała miejsce także wówczas, gdy dłużnik nie zaspokaja jednego tylko wierzyciela, posiadającego znaczną wierzytelność. (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 2.06.2016r. sygn. akt: III AUa 1268/15).

Nadto kwestia czy dłużnik poprzez swoje organy podejmuje działania w celu poprawy sytuacji finansowej nie ma żadnego wpływu na obiektywnie istniejący stan niewypłacalności dłużnika i w rezultacie na moment powstania obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Właściwy czas na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości jest przesłanką obiektywną, ustalaną w oparciu o okoliczności faktyczne każdej sprawy. Dla jej określenia nie ma znaczenia subiektywna świadomość członków zarządu w tym przedmiocie. Członkom zarządu powinien być znany na bieżąco stan finansowy spółki i możliwość zaspokojenia długów. Właściwy czas na zgłoszenie wniosku o upadłość, to moment, **gdy członek zarządu wie, albo przy dołożeniu należytej staranności, powinien wiedzieć, że spółka nie jest już w stanie zaspokoić wszystkich wierzycieli**. Nie można odmówić członkowi zarządu prawa do podjęcia ryzyka i niezgłoszenia wniosku o upadłość mimo wystąpienia stosownych ku temu przesłanek ustawowych w sytuacji, gdy według jego oceny uda się opanować sytuację finansową i w konsekwencji spłacić całość zobowiązań. Jednak jeśli zarządzający spółką takie ryzyko podejmuje, to musi to czynić ze świadomością odpowiedzialności z tym związanej i liczyć się z tym, że w przypadku dokonania błędnej oceny sytuacji rodzącej w konsekwencji choćby częściową niemożność zaspokojenia długów przez spółkę, to sam będzie musiał ponieść subsydiarną odpowiedzialność finansową.

Skoro pozwany wykazał, że egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub części bezskuteczna, istnieje zaległość składkowa i powstała ona w czasie, kiedy odwołujący był członkiem zarządu, zaś odwołujący nie wykazał żadnej z wymienionych w art. 116 ustawy ordynacja podatkowa przesłanek egzoneracyjnych, zarzuty apelacji w powyżej zakreślonym zakresie okazały się chybione.

Uznając zarzuty skarżącego za nieuzasadnione, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił wniesioną apelację – pkt 1 wyroku.

O kosztach postępowania Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. oraz § 2 pkt. 7 w zw. § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22.10.2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Mając powyższe na względzie, tytułem zwrotu kosztów procesu (kosztów zastępstwa procesowego) zasądzone od odwołującego na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych kwotę 8.100 zł – pkt 2 wyroku.

|                |                |                            |
|----------------|----------------|----------------------------|
| Roman Walewski | Marta Sawińska | Małgorzata Woźniak-Zendran |
|----------------|----------------|----------------------------|