

Sygn. akt *XIII U 1035/15*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 maja 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XIII Wydział Ubezpieczeń Społecznych w składzie:

|                 |   |
|-----------------|---|
| Przewodniczący: | <i>SSO Agnieszka Grzybczak-Stachyra</i> |
| Protokolant:    | st. sekr. sądowy Ewa Suchocka           |

po rozpoznaniu w dniu 13 maja 2016 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z odwołania **J. T.**

przeciwko **Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w W.**

**o przeniesienie odpowiedzialności za składki na ubezpieczenia społeczne na członka zarządu spółki**

na skutek odwołania J. T.

od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w W.

z dnia 9 marca 2015 r. nr (...)

**1. zmienia zaskarżoną decyzję w całości i ustala, że J. T. nie ponosi odpowiedzialności za składki do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością:**

**- na ubezpieczenie społeczne za okres od grudnia 2009 roku do sierpnia 2012 roku;**

**- na ubezpieczenie zdrowotne od marca 2011 roku do sierpnia 2012 roku;**

**- na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od marca 2011 do sierpnia 2012 roku;**

**2. zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w W. na rzecz J. T. kwotę 3600 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem kosztów zastępstwa prawnego.**

Sygn. akt: *XIII U 1035/15*

## UZASADNIENIE

Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w W. decyzją z dnia 9 marca 2015 r. na podstawie art. 108 § 1 w zw. z art. 107 § 1, § 2 pkt 1, 2 i 4 i art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2012 r. poz. 749) w związku z art. 31 i 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 121) orzekł o odpowiedzialności J. T. za zobowiązania płatnika (...) Sp. z o.o. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami za zwłokę oraz kosztami egzekucyjnymi w łącznej kwocie 130.686,34 zł, w tym:

- na ubezpieczenia społeczne 76.018,52 zł z tytułu nieopłaconych składek za grudzień 2009 r., kwiecień 2010 r., czerwiec – wrzesień 2010 r., marzec – czerwiec 2011 r., grudzień 2011 r. – sierpień 2012 r.; 5.377,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 28 października 2012 r. i 4.444,80 zł z tytułu kosztów egzekucyjnych

- na ubezpieczenie zdrowotne 28.909,53 zł z tytułu nieopłaconych składek za okresy od marca do czerwca 2011 r. i od grudnia 2011 r. do sierpnia 2012 r.; 3.171,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 28 października 2012 r. i 1.811,30 zł z tytułu kosztów egzekucyjnych

- na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych 9.341,69 zł z tytułu nieopłaconych składek za okres od marca do czerwca 2011 r., wrzesień 2011 r. i okres od grudnia 2011 r. do sierpnia 2012 r.; 1.022,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 28 października 2012 r. i 590,50 zł z tytułu kosztów egzekucyjnych.

W uzasadnieniu decyzji organ rentowy wskazał, iż zaistniały przesłanki uzasadniające przeniesienie odpowiedzialności za zobowiązania (...) Sp. z o.o., ponieważ egzekucja wobec tej spółki okazała się całkowicie bezskuteczna, J. T. pełnił funkcję członka zarządu w okresie, kiedy powstało wymienione w sentencji zadłużenie, nie złożył również wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie, kiedy całkowita spłata zadłużenia z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych była możliwa w wyniku prowadzonego postępowania upadłościowego i nie wskazał mienia, z którego możliwe byłoby zaspokojenie zobowiązań w znacznej części.

Od powyższej decyzji odwołanie wniósł J. T., zaskarżając ją w całości i zarzucając jej:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa w zw. z art. 31 i art. 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez ich zastosowanie w stanie faktycznym sprawy, pomimo braku przesłanek do przeniesienia odpowiedzialności (...) sp. z o.o. względem organu z tytułu składek na członka zarządu spółki, w tym w szczególności wobec faktu, iż wniosek o ogłoszenie upadłości spółki został przez niego złożony w „czasie właściwym”, a nadto (niezależnie od powyższego) z uwagi na brak związku przyczynowego między sprawowaniem przez skarżącego funkcji członka zarządu a szkodą jakiej doznał wierzyciel spółki, tj. organ;

2. z ostrożności procesowej odwołujący się zarzucił decyzji naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 7, 75 § 1, 77 § 1, 78 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego w zw. z art. 123 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, mające wpływ na wynik sprawy, poprzez:

a. nie wyjaśnienie stanu faktycznego sprawy i nie zbadanie z jaką datą wystąpiły przesłanki do ogłoszenia upadłości Spółki, a w konsekwencji bezpodstawne przyjęcie, że wniosek o ogłoszenie upadłości był spóźniony;

b. nie rozpatrzenie całego zebranego w sprawie materiału dowodowego, poprzez zaniechanie oceny wiarygodności wyjaśnień skarżącego, w tym nie zbadanie czy w stanie faktycznym sprawy zachodzą przesłanki egzoneracyjne, które przedstawił i wykazał skarżący;

c. zaniechanie przeprowadzenia dowodów wskazanych przez skarżącego w piśmie z dnia 30 lipca 2014 r., stanowiącego wyjaśnienia strony (których przeprowadzenia domagał się skarżący), tj. dowodów znajdujących się w aktach postępowania upadłościowego zgromadzonych w sprawie o sygn. akt X GU 415/12, w sytuacji, w której skarżący jako osoba trzecia, odpowiadająca za cudzy dług nie miał dostępu do akt ww. postępowania, a w konsekwencji istotne naruszenie przez organ zasady prawdy obiektywnej oraz czynnego udziału strony w postępowaniu.

W konsekwencji powyższych uchybień skarżący zarzucił organowi rentowemu błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia przejawiający się w uznaniu, iż nie wystąpiły przesłanki pozwalające na wyłączenie odpowiedzialności skarżącego za długi spółki.

Podnosząc wyżej wskazane zarzuty - na podstawie art. 477<sup>14</sup> § 2 k.p.c. - wniósł o:

1. zmianę zaskarżonej decyzji w całości poprzez ustalenie, iż nie odpowiada za zobowiązania płatnika (...) sp. z o.o. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami za zwłokę oraz kosztami egzekucyjnymi w łącznej wysokości 130.686,34 zł, w tym:

a. na ubezpieczenia społeczne co do kwot:

- 76.018,52 zł z tytułu nieopłaconych składek za okres 12/2009 r., 04/2010 r., 06/2010 r.-09/2010 r., 03/2011 r.-06/2011 r., 12.2011 r. - 8/2012 r.,
- 5.377,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 28 października 2012 r.;
- 4.444,80 zł z tytułu kosztów egzekucyjnych,

b. na ubezpieczenie zdrowotne co do kwot:

- 28.909,53 zł z tytułu nieopłaconych składek za okres 03/2011 r. - 06/2011 r., 12/2011 r.- 8/2012 r.,
- 3.171,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 28 października 2012 r.,
- 1.811,30 zł z tytułu kosztów egzekucyjnych,

c. na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych co do kwot:

- 9.341,69 zł z tytułu nieopłaconych świadczeń za okres 03/2011 r. - 06/2011 r., 09/2011 r., 12/2011 r. - 8/2012 r.,
- 1.022,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 28 października 2012 r.,
- 590,50 zł z tytułu kosztów egzekucyjnych;

2. zasądzenie od organu rentowego na jego rzecz kosztów postępowania w sprawie według norm prawem przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego w przypadku ustanowienia pełnomocnika procesowego.

Nadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków – P. R., I. S. i P. W. na okoliczność złożenia przez niego wniosku o ogłoszenie upadłości spółki w czasie właściwym, zaprzestania trwałego regulowania przez spółkę zobowiązań w sierpniu 2012 r., realizacji planów naprawczych finansów spółki, planów biznesowych, w tym istnienia realnych podstaw do uznania, że wdrożenie ww. strategii biznesowych pozwoli na wypracowanie zysku, całkowite zaspokojenie wierzycieli oraz odzyskanie stanu płynności finansowej, częściowego zaspokojenia wierzycieli, w tym organu rentowego, braku zaciągnięcia w latach 2011 -2012 przez spółkę znaczących zobowiązań, nie uszczuplenia masy upadłości, prowadzenia w roku 2011 z głównym wierzycielem Spółki (...) negocjacji mających na celu zmniejszenie długu wobec wierzyciela, braku szkody po stronie organu.

Dalej odwołujący się wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy o sygn. X GU 415/12, dokumentów załączonych do odwołania, jak również dowodu z przesłuchania odwołującego się jako strony na okoliczność złożenia przez niego wniosku o ogłoszenie upadłości spółki w czasie właściwym, zaprzestania trwałego regulowania zobowiązań w sierpniu 2012r., realizacji planów naprawczych finansów spółki, planów biznesowych, w tym istnienia realnych podstaw do uznania, że ich wdrożenie pozwoli na wypracowanie zysku, całkowite zaspokojenie wierzycieli oraz odzyskanie stanu płynności finansowej, częściowego zaspokojenia wierzycieli, w tym Organu, braku zaciągnięcia w latach 2011-2012 przez Spółkę znaczących zobowiązań, nie uszczuplenia masy upadłości w związku ze złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości, prowadzenia w roku 2011 z głównym wierzycielem Spółki (...) negocjacji mających na celu zmniejszenie długu wobec wierzyciela, braku szkody po stronie Organu.

W uzasadnieniu swego stanowiska wskazał, iż w jego ocenie organ rentowy niejako „automatycznie” przyjął, iż w każdej sytuacji niezaspokojenia wierzyciela przysługującej organowi przez spółkę w całości, odpowiedzialność

z tytułu nieopłaconych składek ponosi członek jej zarządu. Pomimo wyczerpujących wyjaśnień złożonych przez skarżącego i jego inicjatywy dowodowej w zakresie wykazania przesłanek egzoneracyjnych organ zdaniem skarżącego nie podjął jakichkolwiek działań mających na celu wyjaśnienie okoliczności faktycznych sprawy. Przede wszystkim nie wyjaśnił, kiedy w jego ocenie należało złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości, innymi słowy, który moment należało uznać za „czas właściwy” w rozumieniu art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa. O rażących w ocenie skarżącego naruszeniach przepisów postępowania świadczyć ma okoliczność, że organ, wydając zaskarżoną decyzję, nie zapoznał się z dokumentami znajdującymi się w aktach postępowania upadłościowego. W tym stanie rzeczy, skarżący uznał, że uchycenia organu były na tyle poważne, iż doprowadziły do nie wyjaśnienia istoty sprawy, a w konsekwencji do naruszenia prawa materialnego poprzez przypisanie odpowiedzialności za uiszczenie składek skarżącemu, podczas gdy odpowiedzialności takiej skarżący w swojej ocenie nie ponosi.

Dalej odwołujący podał, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy, w kontekście całkowitej likwidacji majątku (...) sp. z o.o., w jego ocenie podkreślenia wymaga, iż brak jest podstaw do przeniesienia odpowiedzialności z tytułu składek na członka zarządu zlikwidowanej spółki z uwagi na fakt, iż wniosek o ogłoszenie upadłości spółki został złożony we właściwym czasie, który pozwalał na zachowanie sensu postępowania upadłościowego i równomierne, przynajmniej częściowe zaspokojenie wierzycieli, w tym organu, a nadto nie spowodował powstania szkody po stronie organu. Podkreślił, iż postanowieniem z dnia 29 października 2012 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt X GU 415/12, Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, X Wydział Gospodarczy ds. upadłościowych i naprawczych, ogłosił upadłość (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. obejmującą likwidację majątku dłużnika. W liście wierzytelności z dnia 8 kwietnia 2013 roku, zatwierdzonej postanowieniem Sędziego-Komisarza z dnia 10 maja 2013 roku, została uwzględniona wierzytelność organu względem upadłego w łącznej wysokości 198.818,27 zł (w tym 153.501,35 zł wierzytelność kategorii II oraz 45.316,92 zł wierzytelność kategorii III) Według ostatecznego planu podziału funduszu masy upadłości (...) sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej (zatwierdzonego postanowieniem sądu upadłościowego z 17 lipca 2013 roku) suma podlegająca podziałowi między wierzycieli wyniosła 68.000,02 zł. W podziale uczestniczyli wierzyciele kategorii II, w tym organ - Zakład Ubezpieczeń Społecznych, I Oddział w W. - z wierzytelnością w wysokości 153.501,35 zł, która została zaspokojona w wysokości 66.919,68 zł, co stanowi ponad 43% łącznej wysokości wierzytelności.

W jego ocenie stan pewności, iż spółka trwale zaprzestała regulowania swoich zobowiązań, zaistniał w sierpniu 2012 roku, a zatem w miesiącu w którym skarżący złożył wniosek o ogłoszenie upadłości spółki. Podkreślił, iż w momencie w którym powstały zaległości z tytułu uiszczenia składek objętych niniejszym postępowaniem, nie istniały przesłanki do złożenia wniosku.

Odwołujący się wskazał następnie, iż ustalenia czasu właściwego do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki nie można dokonywać bez uwzględnienia specyfiki działalności gospodarczej przez nią wykonywanej. W tym kontekście zwrócił uwagę, iż głównym aspektem aktywności gospodarczej (...) sp. z o.o. od 2010 roku było prowadzenie działalności gastronomicznej i cateringowej w lokalu użytkowym położonym przy ul. (...) (C. (...) Bar (...)) oraz prowadzenie działalności gastronomicznej w lokalu użytkowym, położonym przy ul. (...) (C. (...)). Podmiotem wynajmującym te lokale na rzecz spółki był (...) Opera (...) z siedzibą w W.. Na majątek trwały spółki składało się przede wszystkim specjalistyczne wyposażenie dwóch lokali gastronomicznych. W 2010 roku Spółka zwiększyła wartość przychodów ze sprzedaży o 23% - z 1.834.719,99 zł do 2.252.512,40 zł. Temu zjawisku towarzyszyło zwiększenie bazy kosztów operacyjnych, głównie wskutek kosztów związanych z adaptacją lokalu C. (...), jego otwarciem i funkcjonowaniem od połowy 2010 roku, kosztami kampanii reklamowej oraz przyrostem zatrudnienia. W efekcie w 2010 roku spółka poniosła stratę netto w wysokości 2.784.500,15 zł.

Dalej odwołujący się podkreślił, iż w 2011 roku spółka wdrożyła nową strategię, polegającą na modyfikacji funkcjonalności obu lokali. C. (...) Bar (...) od lipca 2011 roku zakończył działalność restauracyjną i klubową, przekształcając się w lokal specjalizujący się w organizacji tzw. „eventów”, zaś C. (...) dopasował swoją działalność do specyfiki baru sportowego. Wdrożenie planu było poprzedzone głęboką restrukturyzacją kosztów. Aby zintensyfikować efekty planu restrukturyzacyjnego, Zarząd spółki podjął decyzję o likwidacji lokalu C. (...) Bar (...) oraz ograniczeniu godzin otwarcia lokalu C. (...). Wiązało się to z dalszą redukcją kosztów działalności w postaci

zmniejszenia zatrudnienia i innych kosztów operacyjnych. W efekcie rok 2011 spółka zakończyła mniejszą stratą netto niż w 2010 roku w wysokości 1.890.904,45 zł. W 2011 roku spółka zmniejszyła koszty działalności o prawie 40%.

Skarżący wyjaśnił iż realizacja planu naprawczego finansów spółki w 2011 roku wyrażała się w stopniowej redukcji zatrudnienia (w 2010 roku spółka zatrudniała 22 pracowników, w 2011 roku - tylko 12) oraz prowadzeniu negocjacji z podmiotem dysponującym znaczną wierzytelnością względem (...) sp. z o.o.(...) (...) -Operą (...) z siedzibą w W. w przedmiocie zmniejszenia długu. Wspomnianego wierzyciela łączyły z (...) sp. z o.o. umowy najmu lokali przy ul. (...) w W., w którym funkcjonował lokal (...) oraz drugi lokal prowadzony przez Spółkę o nazwie C. (...) Bar (...). Prowadzone negocjacje miały doprowadzić do zmniejszenia długu (...) względem tego wierzyciela z tytułu czynszu najmu poprzez m.in. rozliczenie poniesionych przez spółkę znaczących nakładów finansowych na modernizację wyposażenia wynajmowanych lokali przy ul. (...) w W. i dostosowanie ich do wymogów prowadzenia lokali gastronomicznych. Skarżący podkreślił, iż prowadzone negocjacje miały o tyle istotne znaczenie dla sytuacji finansowej spółki, iż dotyczyły jednej z trzech największych wierzytelności względem (...) sp. z o.o. tj. obok wierzytelności organu oraz wspólników z tytułu zaciągniętych pożyczek pieniężnych.

W ocenie skarżącego, zmniejszenie straty netto o ponad 1.000.000,00 zł w 2011 roku w porównaniu do 2010 roku jest oczywistym dowodem na zwiększenie rentowności działalności (...) sp. z o.o. w 2011 roku i tym samym dowodzi braku istnienia w 2011 roku przesłanki uzasadniającej złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w postaci trwałego zaprzestania płacenia długów i braku środków finansowych na spłatę zobowiązań w przyszłości.

Skarżący podkreślił, iż wdrożony w 2010 roku plan restrukturyzacji był kontynuowany przez spółkę również w 2012 roku. Rok 2012 okazał się jednak przełomowy dla bytu spółki. W związku z planami organizacji imprezy sportowej (...) w Polsce, Zarząd (...) sp. z o.o. oraz wspólnicy spółki szacowali osiągnięcie zysku z tytułu działalności C. (...) na poziomie kilkuset tysięcy złotych. Kwota ta pozwoliłaby na zaspokojenie wierzycieli oraz odzyskanie stanu płynności finansowej, co pozwoliłoby na wdrożenie kolejnego planu restrukturyzacji kosztowej. W celu realizacji zarysowanego wyżej planu biznesowego, wspólnicy spółki konsekwentnie podczas Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników w 2011 (za rok 2010) i 2012 (za rok 2011) roku podejmowali uchwałę o kontynuacji działalności jej przedsiębiorstwa, a nadto udzielili (...) sp. z o.o. pożyczek pieniężnych w łącznej kwocie ok. 4.000.000 zł na finansowanie bieżącej działalności, w tym konsekwentną spłatę wierzytelności. Zyski z prowadzenia gastronomicznego lokalu sportowego w czasie trwania imprezy sportowej (...) w Polsce nie osiągnęły jednak szacowanego przez zarząd i wspólników spółki poziomu. W tej sytuacji wspólnicy spółki podjęli decyzję o zaniechaniu dalszego finansowania działalności spółki. Bezpośrednio po zakończeniu (...) w Polsce - co miało miejsce w dniu 1 lipca 2012 roku - Zarząd (...) sp. z o.o. dokonał wnikliwej analizy sytuacji finansowej spółki z uwzględnieniem zysków osiągniętych w czasie trwania wspomnianej imprezy sportowej i w konsekwencji w sierpniu 2012 roku uzyskał pewność co do spełnienia przesłanek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, który ostatecznie został skutecznie złożony 29 sierpnia 2012 roku.

W przekonaniu skarżącego, przed dniem 29 sierpnia 2012 roku nie istniały przesłanki zgłoszenia wniosku upadłościowego względem (...) sp. z o.o. z uwagi przede wszystkim na fakt, iż poczynszy od czwartego kwartału 2010 roku spółka wdrożyła program restrukturyzacji kosztów, polegający na działaniach zmierzających do poprawy efektywności kosztowej w celu jak najszybszego osiągnięcia progu rentowności oraz poprawy płynności finansowej. Wspomniany program naprawczy przyniósł realne efekty w 2011 roku, uchylając obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości (...) sp. z o.o. Skarżący zauważył, iż na dzień złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółka posiadała środki finansowe w gotówce w wysokości 54.108,13 zł, a jej aktywa były wycenione na kwotę 1.506.759,69 zł, co łącznie dawało kwotę 1.560.867,82 zł. W konsekwencji były to środki, które w przekonaniu zarządu spółki, wystarczały na równomierne zaspokojenie wierzycieli i tym samym zrealizowanie celu postępowania upadłościowego. Ów wniosek był w ocenie skarżącego uzasadniony także tym, iż względem (...) sp. z o.o. nie toczyły się żadne postępowania zmierzające do ustanowienia na majątku spółki zabezpieczeń w postaci hipotek, zastawów, zastawów rejestrowych, zastawów skarbowych oraz innych obciążeń podlegających wpisowi w księdze wieczystej lub stosownych rejestrach, a zatem nie istniało żadne potencjalne zagrożenie radykalnego zmniejszenia wartości masy upadłościowej i w konsekwencji pokrzywdzenia wierzycieli.

Skarżący podkreślił dalej, iż przed dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości tj. w roku 2012 oraz 2011 (...) sp. z o.o. nie zaciągała nowych, znaczących zobowiązań, które hierarchicznie stanowiłyby wyższą kategorię niż wierzytelności przysługujące Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych, przypisane do kategorii II i III. W zasadzie w tym okresie jedynymi nowymi zobowiązaniami (...) sp. z o.o. były pożyczki udzielane przez wspólników spółki. Decyzja wspólników o udzieleniu pożyczek spółce wiązała się bezpośrednio z realizacją wspomnianego powyżej planu biznesowego zwielokrotnienia zysku przynieszonego przez C. (...) w kontekście organizacji przez Polskę imprezy sportowej (...).

Ponadto podkreślił, iż jeszcze po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości - środki finansowe (...) sp. z o.o. przechowywane w depozycie zostały zwiększone do kwoty 131.690,07 zł, wskutek dokapitalizowania spółki poprzez podwyższenie wysokości jej kapitału zakładowego, a następnie cała ta kwota została wydana syndykowi w toku postępowania upadłościowego.

W części uzasadnienia swego stanowiska dotyczącej aspektów prawnych, skarżący wywiódł jak winno się interpretować pojęcie czasu właściwego do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, opierając się na art. 299 ksh w zw. z art. 116 ordynacji podatkowej oraz na orzecznictwie Sądu Najwyższego (m.in. II UK 218/11, I C 213/38, I CSK 646/12).

W konkluzji odwołania skarżący wskazał, iż zarzuty przedstawione przez niego są w pełni uzasadnione, bowiem organ niejako automatycznie przyjął odpowiedzialność skarżącego za zobowiązania płatnika - spółki z tytułu nieopłaconych składek, pomimo występowania w sprawie przesłanek, których wystąpienie umożliwia skarżącemu uwolnienie się od odpowiedzialności z tego tytułu. W jego ocenie rażące naruszenia przepisów postępowania dotyczących zasad przeprowadzenia postępowania dowodowego i oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego doprowadziło do wydania w sprawie decyzji wadliwej merytorycznie.

W toku postępowania odwołujący się podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu.

Organ rentowy w odpowiedzi na odwołanie wniósł jego oddalenie argumentując, iż zaskarżona decyzja jest faktycznie oraz prawnie uzasadniona oraz o zasądzenie od powoda na rzecz organu kosztów postępowania, a w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W ocenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych odwołujący się nie wykazał istnienia przesłanek egzoneracyjnych skutkujących możliwością zmiany decyzji poprzez zwolnienie go od obowiązku zaspokojenia wskazanych w decyzji należności.

Odnosząc się do zarzutów odwołującego się, organ rentowy wskazał, iż w jego ocenie 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 w całości wszystkich wierzycieli, ale w części ma jeszcze takie możliwości, a zatem nie jest jeszcze bankrutem niezdolnym do poniesienia nawet kosztów postępowania upadłościowego (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r. o sygn. akt III AUa 233/14). W ocenie pozwanego, w odwołaniu jednoznacznie przyznano, że w latach 2010-2011 spółka ponosiła znaczne straty, a brak wniosku o ogłoszenie upadłości wiązał się z planami organizacji imprezy sportowej (...) w Polsce, gdyż udziałowcy spółki liczyli na osiągnięcie zysku w 2012 r. Wbrew powyższym twierdzeniom, pozwany zauważył, że była to jednorazowa impreza, która nie mogła spowodować, iż spółka osiągnie zysk również w kolejnych latach. W jego ocenie, zarząd spółki mając świadomość powiększającego się zadłużenia podjął decyzję o kontynuowaniu działalności spółki, zatem powinien ponieść konsekwencje tej decyzji.

W toku postępowania organ rentowy podtrzymał stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie.

#### **Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:**

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 11 października 2007 r. pod numerem KRS (...). Zgodnie z danymi aktualnymi na dzień 7 września 2012 r. wspólnikami spółki były cypryjskie

spółki (...) oraz B. T. S. E. (...), posiadające po (...) udziały o łącznej wysokości 412.200,00 zł. Przedmiotem działalności spółki było przede wszystkim prowadzenie placówek gastronomicznych. (wyciąg z KRS k. 128 sygn. akt X GU 415/12).

W 2009 r. przedmiotem działalności spółki było prowadzenie lokalu gastronomicznego (...) Bar (...). Lokal wynajmowany był od (...), z czynszem około 20.000,00 – 30.000,00 zł miesięcznie. (zeznania P. R. k. 147 a.s.) P. spółki za ten rok wynosiły 1.834.718,99 zł a strata netto wyniosła -979.734,64 zł. (raport biegłego rewidenta k. 169 a.s.)

Od 6 czerwca 2009 r. w skład zarządu (...) sp. z o.o. wchodził Prezes Zarządu J. T.. (oświadczenie k. 29 a.r.) J. T. z wykształcenia jest lekarzem. Biznesem zaczął zajmować się już w trakcie studiów. Po ich ukończeniu otworzył własną firmę. Przed objęciem funkcji w zarządzie (...) sp. z o.o. zajmował się restrukturyzacją firmy (...), której był prezesem. W S. długi wynosiły około 12.000.000,00 zł, jednak dzięki planowi naprawczemu po 3 latach nadwyżka wyniosła 20.000.000,00 zł. (zeznania J. T. k. 203 a.s.)

Doradcami spółki (...) sp. z o.o. od 2009 r. byli P. R. i P. W., reprezentujący wspólników, tj. spółki cypryjskie. P. R. posiada wieloletnie doświadczenie w branży finansowej, począwszy od bankowości inwestycyjnej, poprzez 7 letni staż w największym europejskim funduszu inwestycyjnym – E. I., po 5 letni okres zatrudnienia w firmie kurierskiej, gdzie był dyrektorem finansowym firmy (...). W firmie (...) przeprowadzany był program restrukturyzacji, który zakończył się sukcesem w roku 2004-2005. P. R. pełnił na rzecz (...) Sp. z o.o. rolę zbliżoną do dyrektora finansowego, tj. zajmował się raportowaniem, tworzeniem systemów kontrolingowych oraz zapewnieniem finansowania spółce, dokonywał też licznych analiz finansowych. Raporty przygotowywał dla prezesa zarządu. O finansowanie zgłaszał się do udziałowców razem z osobami zarządzającymi spółką. (zeznania P. R. k. 146-148 a.s.) P. W. posiada dyplom (...) uprawniający do zarządzania. (zeznania P. W. k. 150 – 152 a.s.)

W dniu 11 maja 2010 r. nastąpiło połączenie spółek (...) Sp. z o.o. oraz (...) Sp. z o.o. w trybie art. 492 § 1 pkt 1 ksh. W wyniku połączenia cały majątek spółki został przeniesiony na (...) Sp. z o.o. (...) Sp. z o.o. była najemcą lokalu użytkowego przy ul. (...) (k. 97 sygn. akt X GU 415/12) i prawa z tytułu najmu przeszły na spółkę (...) sp. z o.o. (...) ten spółka (...) prowadziła pod nazwą (...). Tuż po otwarciu lokalu pojawiły się problemy z klimatyzacją lokalu, powodujące paraliż części lokalu, gdyż lokal był usytuowany na trzech poziomach, z licznymi łóżkami będącymi pomieszczeniami zamkniętymi, które nagrzewały się od odbiorników telewizyjnych. Naprawa awarii była trudna i kosztowna (zeznania I. S. k. 148-150 a.s.)

W 2010 r. zarząd spółki nadal był jednoosobowy. Funkcję członka zarządu pełnił J. T.. W roku tym spółka nadal była najemcą dwóch lokali użytkowych położonych przy ul. (...) w W. – (...) Bar (...) oraz (...) (...) – lokalu uruchomionego w połowie 2010 r. Na majątek trwały spółki składało się specjalistyczne wyposażenie dwóch lokali gastronomicznych. Około 2.000.000,00 zł zostało wydane na remont i wyposażenie baru - telewizory, meble, oświetlenie. W obu lokalach był sprzęt audio-video, zabudowa gastronomiczna, wyposażenie kuchni.

W czwartym kwartale 2010 r. spółka wdrożyła program restrukturyzacji kosztowej, polegającej na działaniach zmierzających do poprawy efektywności kosztowej w celu jak najszybszego osiągnięcia progu rentowności oraz poprawy płynności finansowej. W 2010 r. przychody wyniosły 2.252.512,40 zł a strata netto -2.784.500,15 zł. Wartość przychodów ze sprzedaży wzrosła o 23% w porównaniu do roku poprzedniego, czemu towarzyszyło zwiększenie bazy kosztów operacyjnych, głównie na skutek kosztów związanych z adaptacją lokalu (...) (...), jego otwarciem i funkcjonowaniem, kosztami kampanii reklamowej oraz przyrostem zatrudnienia - na dzień 31 grudnia 2010 r. spółka zatrudniała 22 pracowników. Strata z działalności spółki za rok obrotowy w wysokości 2.784.500,15 zł i miała zostać pokryta z kapitału zapasowego odtworzonego w latach przyszłych. (uchwała nr 3/6/2011 k. 29 a.s.)

Od sierpnia 2010 r. w spółce zatrudniono I. S., początkowo jako dyrektora ds. sponsoringu, marketingu, promocji, a następnie dyrektora zarządzającego lokalami. I. S. zatrudniona została, żeby przeprowadzić audyt wewnętrzny i przygotować strategię promocji. W jej ocenie, spółka nie miała problemów z płynnością finansową, a jedynie przejściowe kłopoty związane z sezonowością. Z jej udziałem dokonano przeglądu kosztów finansowania spółki, podjęto decyzję, żeby spróbować przeobrazić charakter jednego z lokali z klubu w miejsce, gdzie będą organizowane imprezy, aby łatwiej ocenić wysokość kosztów i wpływów. Dokonano modyfikacji zamówień i kart menu, po to aby

większość dań była produkowana z mniejszej ilości półproduktów i aby nie marnować zamówionych produktów. Bardziej efektywnie zaczęto zarządzać personelem. Można było zoptymalizować zatrudnienie, zredukować koszty, bo pracownicy obsługiwali oba lokale i mogli pracować wymiennie. J. T. zaproponował I. S., aby przenegocjowała zaległości, zwróciła się do niektórych firm o zamianę zadłużenia z gotówkowego na barterowe. Negocjacje odbyły się z największym wierzycielem - (...) Rozmowy prowadzone z (...) kończyły się wielokrotnie sukcesami. Sukcesywnie zadłużenie było redukowane bądź regulowane. W związku ze zmianą charakteru jednego z lokali na miejsce, gdzie odbywały się eventy (imprezy i firmowe spotkania), była możliwość zamiany zadłużenia na barterowe. Zredukowano zadłużenie zewnętrzne np. uregulowano płatności z grafikami, hostessami, firmami oferującymi usługi promocyjne. Udało się z sukcesem wypracować zmiany w wielu aspektach. (zeznania I. S. k. 148-150 a.s.).

W 2011 r. przewidywany rozwój działalności spółki miał polegać na wdrożeniu nowej strategii, zmierzającej do modyfikacji funkcjonalności działalności obu lokali. (...) (...) od 1 lipca 2011 r. zakończyć miał działalność restauracyjną i klubową, przekształcając się w lokal specjalizujący się w organizacji (...) (sprawozdanie zarządu za rok obrotowy 2011 k. 22-23 a.s.)

W 2011 r. przychody wyniosły 1.589.769,53 zł, zaś strata netto -1.890.904,45 zł. (sprawozdanie finansowe k. 82 a.s.) Zarząd spółki w tym roku podobnie jak w poprzednim był jednoosobowy. Funkcję członka zarządu pełnił J. T.. Spółka nadal była najemcą dwóch lokali użytkowych położonych przy ul. (...) – (...) (...) Bar (...) oraz (...) (...). Na majątek trwały spółki składało się specjalistyczne wyposażenie dwóch lokali gastronomicznych. W roku tym spółka w związku z problemami z płynnością finansową wielokrotnie występowała do swoich głównych wierzycieli (m.in. ZUS) o redukcję, bądź rozłożenie płatności na raty. Organ rentowy nie wyraził na to zgody. Wynajmujący wyrazili zgodę na rozłożenie zadłużenia na raty i spłatę barterową. Od lipca 2011r. spółka zakończyła działalność bieżącą w lokalu (...) (...) Bar (...). Kontynuowano w ten sposób program restrukturyzacji kosztowej, który miał na celu osiągnięcie przez spółkę rentowności. Ograniczono również godziny otwarcia lokalu (...) (...), co wiązało się z dalszą redukcją kosztów działalności w postaci zmniejszonego zatrudnienia i innych kosztów operacyjnych. (sprawozdanie zarządu za rok obrotowy 2011 – k. 77-78 a.s.) Zmienione zostało menu i dostawcy.

Kolejną strategią miało być pozyskanie sponsorów, jak również spodziewane zwiększenie zysków w związku z (...). Pozyskano potężnego sponsora w postaci firmy (...), która wykupiła prawa jako sponsor tytularny. Od tego momentu lokal zmienił nazwę na C. C. (...). Kontrakt roczny opiewał na kwotę 300-400 tys. zł netto za sam branding. Dodatkowo do tej umowy było wiele inicjatyw, które dawać miały dodatkowe przychody, jak np. karty zniżkowe dla pracowników BP gwarantujące lokalowi klienta. Była rezerwacja łóż, dla gości odwiedzających firmę (...). Z góry wiadomym było, że najdroższe łóż będą zarezerwowane. Negocjacje z firmą (...) doprowadziły do podpisania umowy, która miała obowiązywać przez cały 2012 r. i przynieść spółce (...) wpływy na poziomie około 100.000,00 zł. C. wypowiedział tę umowę po około miesiącu jej obowiązywania, już po rebrandingu lokalu, tj. wystroju lokalu, strony internetowej, menu i pozostałych materiałów. C. uznał, że zgodnie ze swoją licencją nie może sponsorować gastronomii w kontekście (...), bo wyłączność na to ma McDonald's. C. po rezygnacji zapłacił spółce jedynie za rebranding. (zeznania I. S. k. 149 a.s., zeznania P. W. k. 151 a.s., zeznania J. T. k. 201 a.s.)

Na dzień 31 grudnia 2011 r. spółka zatrudniała jedynie 12 pracowników na umowę o pracę. W celu zmniejszenia wydatków za wynajem lokali Zarząd zdecydował o rozwiązaniu umowy najmu lokali (...) (...) Bar (...) ze skutkiem na koniec lipca 2012 r. Spółka w 2011 r. zmniejszyła koszty działalności o prawie 40%, przychody spadły o ok. 30%, a strata netto zmniejszyła się o około 33% w stosunku do roku 2010 r. (sprawozdanie zarządu za rok obrotowy 2011 – k. 77-78 a.s.) Do końca 2011 r. spółka na bieżąco spłacała zobowiązania z tytułu wynagrodzeń.

W latach 2009-2011 wspólnicy dofinansowywali spółkę poprzez udzielanie długoterminowych pożyczek, których łączna kwota na dzień 31 grudnia 2011 r. wynosiła ponad 7 mln. (spis wierzycieli k. 39 sygn. akt X GU 415/12)

Stratę z działalności spółki w wysokości 1.890.904,45 zł za rok obrotowy 2011 r. uchwałą z 29 czerwca 2012 r. Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników postanowiono pokryć z kapitału zapasowego odtworzonego w latach przyszłych. (uchwała k. 73 a.s.)



Na podstawie biznesplanu związanego z organizacją przez Polskę (...), zarząd spółki szacował, że wpływy (...) (...) związane z okresem trwania Mistrzostw będą oscylowały na poziomie 400.000,00 zł. Kwota została wyliczona w oparciu o możliwy do osiągnięcia w lokalu przychód dzienny około 20.000,00 zł. Po pomniejszeniu kwoty o niezbędne koszty operacyjne szacowane wpływy miały pozostać na poziomie około 270.000,00 zł. Jednocześnie wspólnicy wyrazili zgodę na konwersję udzielonych pożyczek na udziały w kapitale zakładowym spółki, pod warunkiem, że zostanie zrealizowany biznesplan związany z prowadzeniem lokalu w czasie (...). W przypadku pełnej realizacji biznesplanu związanego z (...), nastąpić miała konwersja zobowiązań długoterminowych z tytułu pożyczek oraz obligacji, jak również zobowiązań handlowych krótkoterminowych przeterminowanych powyżej roku. Zgodnie z założeniami miało to spowodować powstanie dodatnich kapitałów własnych oraz utrzymanie płynności finansowej. (raport biegłego rewidenta k. 174 a.s., zeznania biegłego rewidenta k. 199 a.s.)

Zysk lokalu w okresie trwania Mistrzostw nie osiągnął zakładanego poziomu, wyniósł bowiem jedynie około 100.000,00 zł. Kwota ta nie pozwoliła na spłatę istniejących zobowiązań spółki. Ponieważ założenia biznesplanu związanego z Mistrzostwami nie zostały zrealizowane, wspólnicy podjęli decyzję o zaniechaniu dalszego finansowania spółki.

W związku z decyzją wspólników o zaniechaniu dalszego finansowania spółki, w dniu 29 sierpnia 2012 r. J. T. w imieniu spółki wniósł do Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie wniosek o ogłoszenie upadłości obejmującej likwidację majątku. (wniosek k. 3 sygn. akt X GU 415/12) Na dzień 31 lipca 2012 r. aktywa i pasywa spółki wynosiły 1.752.221,15 zł. Wartość środków trwałych wynosiła 1.413.214,81 zł, zaś wartość zobowiązań krótkoterminowych 1.231.598,55 zł. (bilans k. 22-23 sygn. akt X GU 415/12)

Na dzień 28 sierpnia 2012 r. szacunkowa wartość majątku wynosiła 1.506.759,69 zł. (wykaz majątku wraz z szacunkową wyceną jego składników k. 21 sygn. akt X GU 415/12) Zaległości w spłacie zobowiązań na ten dzień łącznie wynosiły 1.512.071,80 zł, w tym zaległości na rzecz ZUS łącznie 158.438,82 zł. Łączne wierzytelności na rzecz spółki wynosiły 168.858,79 zł. (spis podmiotów zobowiązanych majątkowo wobec spółki k. 6 sygn. akt X GU 415/12) Za sierpień 2012 r. przychód i rozchód wynosiły 102.249,91 zł. (raport kasowy za okres od 1-28 sierpnia 2012 r. k. 73-74 sygn. akt X GU 415/12)

W ciągu 10 miesięcy roku 2012 r. przeciętne zatrudnienie wynosiło 7 osób i w tym czasie zmieniało się od 12 osób w styczniu i lutym do 0 osób w październiku. (sprawozdanie finansowe - k. 69 sygn. akt X GUp 114/12)

W dniu 7 września 2012 r. w toku nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników uchwałą nr 1/09/2012 podwyższono kapitał zakładowy spółki bez zmiany umowy spółki o kwotę 55.000,00 zł. Podwyższenie kapitału zakładowego spółki nastąpiło poprzez utworzenie 1100 nowych udziałów o wartości nominalnej 50 zł każdy. Wszystkie udziały w podwyższonym kapitale zakładowym objęte zostały przez dotychczasowych wspólników proporcjonalnie do posiadanych udziałów oraz pokryte w całości wkładem pieniężnym. Uchwała weszła w życie z dniem podjęcia. (uchwała nr 1/09/2012 k. 138 sygn. akt X GU 415/12)

W toku rozprawy przed Sądem Gospodarczym wyznaczonej na dzień 29 października 2012 r. dla rozpoznania wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, tymczasowy nadzorca sądowy uznał, iż istniała realna możliwość zaspokojenia wierzycieli drugiej kategorii i syndyk mógłby w całości zaspokoić zadłużenie względem ZUS. (protokół rozprawy z dnia 29 października 2012 r. k. 193 sygn. akt X GU 415/12)

Postanowieniem z dnia 29 października 2012 r. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie Sąd Gospodarczy X Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i naprawczych ogłosił upadłość (...) Sp. z o.o. w W. obejmującą likwidację majątku dłużnika. (k. 193 sygn. akt X GU 415/12) Na dzień ogłoszenia upadłości spółka dysponowała środkami pieniężnymi w kwocie 131.000,00 zł. (protokół k. 192 sygn. akt X GU 415/12)

Na koniec października 2012 r. środki trwałe spółki wynosiły 53.751,00 zł. W dniu 19 grudnia 2012 r. syndyk upadłej spółki sprzedał przedsiębiorstwo za kwotę 69.800,00 zł. (akt notarialny k. 90 sygn. akt X GUp 114/12)

Według ostatecznego planu podziału funduszy masy upadłości (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej suma podlegająca podziałowi między wierzycieli wyniosła 68.000,02 zł. W podziale uczestniczyli wierzyciele kategorii II, w tym organ rentowy z wierzytelnością w wysokości 153.501,35 zł, która została zaspokojona w wysokości 66.919,68 zł, co stanowi nieco ponad 43% łącznej wysokości wierzytelności. Postanowieniem z dnia 6 lutego 2014 r. postępowanie upadłościowe (...) Sp. z o.o. zostało zakończone. (postanowienie k. 457 akt X GUp 114/12). Postanowieniem z dnia 13 czerwca 2014r. (...) sp. z o.o. została wykreślona z Krajowego Rejestru Sądowego (k.130 a.s.)

Organ rentowy w dniu 21 lipca 2014 r. zawiadomił J. T. o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie ustalenia odpowiedzialności za zobowiązania (...) Sp.z o.o. oraz przeniesienia odpowiedzialności za zadłużenie na osoby trzecie zgodnie z art. 116 Ordynacji podatkowej. (zawiadomienie k. 8 a.r.) J. T. w dniu 7 sierpnia 2014 r. złożył do organu rentowego wyjaśnienia, w których wniósł o umorzenie postępowania w całości z uwagi na jego bezprzedmiotowość, albowiem w jego ocenie nie było podstaw prawnych do przeniesienia odpowiedzialności wykreślonej z KRS spółki względem organu rentowego z tytułu składek na osobę trzecią w postaci członka zarządu spółki. W wyjaśnieniach wskazał, iż skutecznie złożył we właściwym sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości, (...) Sp. z o.o.

Zaskarżoną decyzją z 9 marca 2015 r. organ rentowy orzekł o odpowiedzialności J. T. za zobowiązania (...) Sp. z o.o. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami za zwłokę oraz kosztami egzekucyjnymi w łącznej kwocie 130.686,34 zł, w tym:

- na ubezpieczenia społeczne 76.018,52 zł z tytułu nieopłaconych składek za grudzień 2009 r., kwiecień 2010 r., czerwiec – wrzesień 2010 r., marzec – czerwiec 2011 r., grudzień 2011 r. – sierpień 2012 r.; 5.377,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 28 października 2012 r. i 4.444,80 zł z tytułu kosztów egzekucyjnych

- na ubezpieczenie zdrowotne 28.909,53 zł z tytułu nieopłaconych składek za okresy od marca do czerwca 2011 r. i od grudnia 2011 r. do sierpnia 2012 r.; 3.171,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 28 października 2012 r. i 1.811,30 zł z tytułu kosztów egzekucyjnych

- na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych 9.341,69 zł z tytułu nieopłaconych składek za okres od marca do czerwca 2011 r., wrzesień 2011 r. i okres od grudnia 2011 r. do sierpnia 2012 r.; 1.022,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 28 października 2012 r. i 590,50 zł z tytułu kosztów egzekucyjnych. (decyzja k. 36 a.r.)

W toku postępowania odwoławczego odwołujący się złożył do akt egzemplarz raportu z faktycznych ustaleń dotyczących zgodności z przepisami prawa terminu złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez zarząd spółki, sporządzony przez biegłego rewidenta, z którego wynika, iż w ocenie biegłego rewidenta realizacja w pełni biznesplanu (...) umożliwiłaby poprawę struktury finansowania, podniesienie kapitałów własnych Spółki, podwyższenie wartości kapitału stałego zgromadzonego w jednostce oraz poprawę wskaźników płynności finansowej. Pełna realizacja planów uprawdopodobniłaby utrzymanie wskaźników płynności szybkiej oraz gotówkowej na poziomie uznawanym powszechnie za optymalny. Jednocześnie pozyskane aktywa (środki pieniężne i należności krótkoterminowe od sponsorów) umożliwiłyby spłatę blisko 50% zobowiązań krótkoterminowych, które pozostałyby po konwersji zobowiązań od jednostek powiązanych na kapitał. Biegły rewident przyjął, że zasadnie dalszą poprawę płynności planowano osiągnąć poprzez redukcję zobowiązań handlowych w wyniku podpisania ugody z kontrahentami (redukcja zobowiązań o ok. 95 tys. złotych) oraz zawarcie umowy pozwalającej na rozliczenie zobowiązań wobec Teatru Wielkiego na zasadzie świadczeń barterowych o wartości 150 tys. złotych. W efekcie zawarcia powyższych umów zobowiązania krótkoterminowe jednostki mogły spaść o dalsze 25% do poziomu ok. 300 tys. złotych, co uprawdopodobniłoby kontynuowanie działalności w kolejnych okresach.

Biegły rewident w dokumencie również uznał, że (...) sp. z o.o. znajdowała się w trudnej sytuacji finansowej, w związku z czym zarząd podejmował kroki w celu jej restrukturyzacji poprzez realizację planów naprawczych, przy czym kilkakrotnie zmieniano założenia planów restrukturyzacyjnych w celu poprawienia sytuacji finansowej spółki. Plany restrukturyzacyjne wspierane były poprzez pożyczki długoterminowe udzielane przez udziałowców oraz

podejmowanie uchwały o kontynuacji działalności Spółki. Pierwsze przesłanki pogorszenia się sytuacji finansowej spółki pojawiły się w drugiej połowie 2011 r. Jednocześnie podejmowane przez spółkę działania restrukturyzacyjne oraz potencjał, jaki dawała organizacja (...) w Polsce, zgodnie z założeniami przedstawionego przez spółkę biznesplanu mogły stanowić przesłankę do odroczenia decyzji o złożeniu wniosku o upadłość. Ponadto, długoterminowe zaangażowanie finansowe wspólników oraz jednostek powiązanych, realizowane zarówno poprzez kapitały własne, jak i zobowiązania długoterminowe wobec nich (w efekcie czego kapitał stały utrzymywany był przez cały okres działalności na dodatnim poziomie), pozwalało na kontynuowanie działalności i podejmowanie dalszych działań w celu jej rozwoju. Z raportu wynika, iż planowane podwyższenie kapitału, w przypadku sukcesu działań związanych z (...), pozwoliłoby na dalszą kontynuację działalności i utrzymanie płynności finansowej w kolejnych okresach. Planowane przepływy z organizacji imprez towarzyszących (...) uprawdopodobniały spłatę wymagalnych zobowiązań, co umożliwiłoby utrzymanie płynności finansowej. (raport k. 176-177 a.s.) Wnioski wynikające z raportu zostały potwierdzone przez biegłego rewidenta w drodze zeznań w charakterze świadka. (zeznania M. S. k. 199 a.s)

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, w aktach rentowych i dopuszczonych w charakterze dowodów poszczególnych dokumentów z dołączonych przez X wydział ds. Upadłościowych i Naprawczych Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie akt sprawy – sygn. X GU 415/12 i X GUp 114/12 a także zeznań świadków – P. R. (doradcy spółki w latach 2009-2012, k. 146-148 a.s.), I. S. (dyrektora ds. sponsoringu, marketingu i promocji oraz dyrektora zarządzającego lokalami k. 148-150 a.s.), P. W. (reprezentanta jednego ze wspólników k. 150-152 a.s.), M. S. (biegłego rewidenta k. 199 -201 a.s.) i samego odwołującego się (k. 201 -2013 a.s.) Zeznania świadków Sąd uznał za spójne i wiarygodne. Świadkowie P. R., I. S. i P. W. ze względu na powierzone im zadania w spółce bez wątplenia posiadali rzetelną i bezpośrednią wiedzę o kondycji finansowej spółki. Z kolei raport (...), aczkolwiek mający w sprawie jedynie status prywatnej opinii zleconej przez stronę postępowania, jest przekonywujący, gdyż został sporządzony starannie, zgodnie z wymogami rachunkowości i stanowi cenny dowód pozwalający na ocenę kondycji spółki i możliwość dalszego prowadzenia przez nią działalności gospodarczej. Wykonując raport o zgodności z przepisami prawa terminu złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez zarząd spółki, świadek szczegółowo zapoznał się z finansami spółki i przeprowadził ich pełną analizę. Biorąc zatem pod uwagę szczególne uprawnienia i kompetencje świadka jako biegłego rewidenta uznać należało, iż przedstawione przez niego stanowisko jest wiarygodne i potwierdza argumentację odwołującego się. Zdaniem Sądu Okręgowego, zeznania świadków korelowały ze sobą, jak również pozostawały w zgodzie z pozostałym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. Drobne nieścisłości w zeznaniach odnoszące się konkretnych dat wydarzeń czy dokładnych kwot nie wpłynęły na wartość dowodową zeznań. Zeznania odwołującego się Sąd także uznał za wiarygodne i wartościowe, ze względu na ich zgodność z pozostałym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym.

W ocenie Sądu, treść dokumentów finansowych przedłożonych przez spółkę nie budzi wątpliwości, dokumenty z akt postępowania upadłościowego nie były kwestionowane przez żadną ze stron, co więcej, część z nich ma status dokumentów urzędowych.

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

Na gruncie niniejszej sprawy sporną była kwestia czy odwołujący się J. T. na podstawie art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku - Ordynacja podatkowa, winien odpowiadać za zobowiązania płatnika (...) Sp. z o.o. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami za zwłokę oraz kosztami egzekucyjnymi w łącznej kwocie 130.686,34 zł, w związku z faktem, iż we wskazanych przez organ rentowy okresach, za które powstała zaległość składkowa, był członkiem zarządu (...) Sp. z o.o.

Stosownie do treści przepisu art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U.2015.121.) – zwanej dalej ustawą systemową, do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio przepisy Ordynacji podatkowej w nim wymienione. Także odpowiednie przepisy Ordynacji podatkowej stosuje się poprzez art. 32 ustawy systemowej do składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych

oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne (por. uchwała Sądu Najwyższego, zapadła w składzie 7 sędziów, z dnia 15 października 2009r., II UZP 3/09, publik. Lex Nr 522965).

Jednym z przepisów Ordynacji podatkowej do których odsyła ustawa systemowa poprzez art. 31 jest właśnie art. 116, zgodnie z którym za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej w organizacji odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu:

1) nie wykazał, że:

a) we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub w tym czasie zostało otwarte postępowanie restrukturyzacyjne w rozumieniu ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. poz. 978) albo zatwierdzono układ w postępowaniu o zatwierdzenie układu, o którym mowa w ustawie z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne, albo

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

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

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

Wynikające z tego przepisu pozytywne przesłanki obciążenia odpowiedzialnością członka zarządu, pełnomocnika czy wspólnika spółki w organizacji to:

1) nieskuteczna w całości lub w części egzekucja z majątku spółki. Bezskuteczność musi odnosić się do całego majątku spółki, a nie tylko do jego części (postanowienie SA w Poznaniu z dnia 16 czerwca 1992 r., I ACz 183/92, OSA 1993, z. 4, poz. 28). W orzecznictwie nie ma jednolitości stanowisk co do tego jak rozumieć pojęcie "bezskuteczność egzekucji". W części orzeczeń wskazuje się, że ze wskazaną przesłanką mamy do czynienia jedynie w przypadku umorzenia egzekucji z powodu jej bezskuteczności (np. w wyroku WSA w Olsztynie z dnia 7 listopada 2007 r., I SA/Ol 276/07, oraz w wyroku WSA w Warszawie z dnia 1 sierpnia 2007 r., III SA/Wa 176/07, LEX nr 277945). Niemniej można zauważyć kształtowanie się linii orzeczniczej, w świetle której stwierdzenie bezskuteczności egzekucji ustala się na podstawie każdego prawnie dopuszczalnego dowodu, przy czym może to nastąpić jedynie po przeprowadzeniu postępowania egzekucyjnego (uchwała NSA z dnia 8 grudnia 2008 r., II FPS 6/08, LEX nr 465091). Istnieją także rozbieżności co do wymogu formalnego stwierdzenia bezskuteczności egzekucji administracyjnej. W ocenie jednych składów orzekających konieczność wydania przed przeniesieniem odpowiedzialności postanowienia o bezskuteczności egzekucji nie znajduje jakiegokolwiek umocowania w treści obowiązującego prawa (wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 2 września 2008 r., I SA/Bd 134/08, LEX nr 465633). O bezskuteczności postępowania egzekucyjnego, w rozumieniu art. 116 o.p., nie musi przesądzać wyłącznie umorzenie postępowania egzekucyjnego oraz wydanie, w jego konsekwencji, postanowienia w sprawie umorzenia tego postępowania. Mogą za tym przemawiać inne działania organu egzekucyjnego, niekoniecznie zakończone postanowieniem o umorzeniu postępowania egzekucyjnego. Muszą one jednak nie pozostawiać żadnych wątpliwości co do tego, że egzekwowana wierzytelność nie może być zaspokojona z jakiegokolwiek części majątku spółki (wyrok NSA z dnia 20 lutego 2007 r., II FSK 233/06, LEX nr 364426). Oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości z powodu braku majątku dłużnika jest wystarczającym dowodem na to, że prowadzenie w stosunku do niego egzekucji nie przyniesie efektu w postaci wyegzekwowania należności, a zatem jest to równoznaczne z bezskutecznością egzekucji (wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 marca 2007 r., III SA/Wa 2610/06, LEX nr 329245). Można jednak spotkać się także z poglądem, wedle którego dla uznania egzekucji za bezskuteczną nie wystarczy sama okoliczność niezaspokojenia roszczenia podatkowego. W takiej sytuacji

powinno być bowiem wydane odrębne postanowienie o bezskuteczności egzekucji (wyrok NSA z dnia 16 lutego 2012 r., II FSK 1565/10, LEX nr 1116115);

2) wykazanie, że zaległości wynikają ze zobowiązań, których termin płatności upłynął w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu. "Pełnić obowiązki" oznacza otrzymać legitymację do tego, aby realizować wszystkie czynności związane z pełnioną funkcją. Jest to kompetencja do realizowania funkcji członka zarządu przez określony czas. Artykuł 116 § 2 o.p. jedynie doprecyzowuje czasowe granice odpowiedzialności członków zarządu, a nie ma na celu ograniczenia zakresu podmiotowego, do tych, którzy faktycznie "pełnili funkcje członka zarządu". Natomiast bierna postawa członka zarządu nie tylko nie pozwala na uwolnienie się przez zarządcę od odpowiedzialności za zobowiązania podatkowe spółki, ale wręcz przeciwnie, uniemożliwia mu wykazanie jednej z przesłanek uwalniających od odpowiedzialności, o których mowa w art. 116 § 1 o.p. (wyrok WSA w Krakowie z dnia 12 października 2007 r., I SA/Kr 139/06, LEX nr 374735).

Negatywne przesłanki orzeczenia o odpowiedzialności członków zarządu, pełnomocników lub wspólników, których zaistnienie wyklucza orzeczenie o ich odpowiedzialności jako osób trzecich, ordynacja podatkowa definiuje jako:

1) wykazanie, że we właściwym czasie podmioty te zgłosiły wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez ich winy.

2) wskazanie przez ww. podmioty mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części. "Możliwość uwolnienia się członka zarządu od odpowiedzialności za zaległości podatkowe spółki z o.o., poprzez wskazanie mienia spółki umożliwiającego zaspokojenie znacznej części zaległości podatkowych, wymaga wskazania takiego mienia, z którego egzekucja faktycznie jest możliwa" (wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 września 2006 r., III SA/Wa 3277/05, M. Pod. 2007, nr 2, s. 45).

W toku postępowania przed Sądem toczącego się na skutek odwołania od decyzji organu rentowego, do orzeczenia o odpowiedzialności członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, organ rentowy jest obowiązany wykazać jedynie dwie okoliczności, a mianowicie okoliczność pełnienia obowiązków członka zarządu w czasie powstania zobowiązania składkowego, które przerodziło się w dochodzoną od członków zarządu zaległość z tytułu składek spółki, oraz bezskuteczność egzekucji przeciwko spółce. W przedmiotowej sprawie obie te okoliczności były bezsporne, a okoliczność bezskuteczności egzekucji dodatkowo dowiedziona wynikiem postępowania upadłościowego, gdzie ZUS został zaspokojony jedynie częściowo (w około 43 %) a po zakończeniu postępowania upadłościowego spółka (...) sp. z o.o. wykreślona z rejestru sądowego.

Z kolei ciężar wykazania którejkolwiek okoliczności uwalniającej od odpowiedzialności (egzoneracyjnej) spoczywa na członku zarządu. Ten sposób interpretacji przepisu art. 116 Ordynacji podatkowej jest powszechnie przyjęty w judykaturze, w tym w judykaturze sądów administracyjnych wynika wprost z wykładni literalnej cytowanego przepisu.

Na gruncie niniejszej sprawy strony skoncentrowały swą argumentację na kwestii oceny terminowości złożenia przez odwołującego wniosku o ogłoszenie upadłości (...) sp. z o.o. Organ rentowy w swej argumentacji podał, iż w jego ocenie wniosek o ogłoszenie upadłości nie był złożony przez odwołującego we właściwym czasie. Zdaniem organu, 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 w całości wszystkich wierzycieli, ale w części ma jeszcze takie możliwości, a zatem nie jest jeszcze bankrutem niezdolnym do poniesienia nawet kosztów postępowania upadłościowego. ZUS pomimo zakwestionowania argumentacji zawartej w odwołaniu nie wskazał jednak, w jakiej dacie wniosek powinien być złożony aby został uznany za wniesiony we właściwym terminie, podając ogólnikowo, że w 2010 lub 2011 r.. Z kolei zdaniem odwołującego J. T., co prawda w latach 2010-2011 spółka ponosiła znaczne straty, jednakże wniosek o upadłość nie został złożony wcześniej, gdyż pozytywne prognozy dla spółki, które wiązały się z planami organizacji imprezy sportowej (...) w Polsce dawały możliwość podniesienia się przez spółkę z problemów finansowych, przekonwertowania części długów na kapitał i spłacenia pozostałych zobowiązań. Biorąc

pod uwagę profil działalności spółki i podpisany z firmą (...) kontrakt, udziałowcy spółki liczyli w czasie (...) r. na osiągnięcie zysku w 2012 r. Odnosząc się do tych twierdzeń pozwany zauważył, że (...) było imprezą jednorazową, która nie mogła spowodować, iż spółka osiągnie zysk również w kolejnych latach. W jego ocenie, zarząd spółki podjął decyzję o kontynuowaniu działalności spółki mając świadomość powiększającego się zadłużenia, zatem powinien ponieść konsekwencje tej decyzji.

J. T. podnosił z kolei, iż wniosek o ogłoszenie upadłości spółki został złożony we właściwym czasie, który pozwalał na osiągnięcie celu postępowania upadłościowego i równomierne, przynajmniej częściowe zaspokojenie wierzycieli, w tym organu, a nadto nie spowodował powstania szkody po stronie organu.

Po dokonaniu kompleksowej analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Sąd Okręgowy przychylił się do stanowiska odwołującego się, że została spełniona przesłanka wyłączająca odpowiedzialność członka zarządu za zaległości składkowe, a mianowicie odwołujący wykazał, że wniosek o ogłoszenie upadłości spółki został zgłoszony we właściwym czasie. Wskazać należy, iż opierając się wyłącznie na treści art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej nie daje się udzielić odpowiedzi na pytanie, co oznacza użyty w nim zwrot "we właściwym czasie". W szczególności z przepisu tego nie wynika, jakie okoliczności należy brać pod uwagę przy ocenie, czy wniosek o upadłość skierowany został do sądu w odpowiedniej chwili. Nie ulega jednak, jak wskazał WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 3 grudnia 2007 r., I SA/Gl 708/07, wątpliwości, że ustalając w sprawie zakres pojęcia "właściwy czas", użytego w treści art. 116 § 1 o.p., niepodobna abstrahować od regulacji zawartej w art. 21 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze. "Właściwym czasem" dla zgłoszenia wniosku dłużnika o ogłoszenie upadłości jest termin 2 tygodni od dnia, gdy nie wykonuje on swoich wymagalnych zobowiązań lub gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, czyli termin, który pozwoli na równomierne, choćby tylko częściowe, zaspokojenie wszystkich wierzycieli (wyrok WSA w Lublinie z dnia 20 lutego 2008 r., I SA/Lu 794/07, LEX nr 462725). W wyroku NSA z dnia 6 lipca 2006 r., I (...), M. Pod. 2007, nr 5, s. 47, wskazano, że nie jest dopuszczalne jakiegokolwiek odstępstwo od tego terminu, a możliwość taka nie wynika też z żadnego innego przepisu. "Za czas "właściwy" nie może być uznana chwila, w której pasywa przewyższają aktywa i z tej przyczyny dłużnik nie posiada już dostatecznych środków na zaspokojenie wierzycieli" (wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 9 marca 2010 r., I SA/Rz 790/09, LEX nr 570706). "Właściwym czasem" nie jest ani krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów na skutek przejściowych trudności, ani też całkowite zaprzestanie płacenia długów w następstwie wyzbycia się przez podmiot gospodarczy całego (lub prawie całego) majątku, lecz chwila, kiedy wiadomo już, że dłużnik nie będzie w stanie zaspokoić wszystkich swych zobowiązań. Określenie tej chwili powinno być, jak już wskazano, ustalone obiektywnie, w zależności od okoliczności konkretnego wypadku, w oparciu o okoliczności faktyczne każdej sprawy, dla określenia której nie ma znaczenia subiektywne przekonanie członków zarządu spółki (wyrok WSA w Lublinie z dnia 8 lutego 2012 r., I SA/Lu 770/11, LEX nr 1134130). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 grudnia 2015 r. (III UK 39/15) uznał, iż "Właściwy czas", o którym mowa w art. 116 § 1 o.p. oceniać należy z punktu widzenia interesów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Określenie tej chwili jest przesłanką obiektywną, ustalaną w oparciu o okoliczności faktyczne każdej sprawy i nie ma znaczenia subiektywne przekonanie członków zarządu spółki. Jednocześnie nie budzi większych wątpliwości, iż dokonując oceny, czy zgłoszenie wniosku o upadłość nastąpiło we właściwym czasie należy mieć na względzie, że powinno to nastąpić w takim momencie, aby zapewnić ochronę zagrożonych interesów wszystkich wierzycieli, aby po ogłoszeniu upadłości wszyscy wierzyciele mieli możliwość uzyskania równomiernego, chociaż tylko częściowego zaspokojenia z majątku spółki. Zarząd powinien zgłosić wniosek o upadłość, jeżeli tylko zachodzi zagrożenie niewypłacalnością, której nastąpienie w sposób oczywisty niweczy sens postępowania upadłościowego, pozbawiając wszystkich wierzycieli jakiegokolwiek ochrony prawnej ich interesów.

W ocenie Sądu Najwyższego, subiektywne przekonanie członka zarządu, że mimo niepłacenia długów spółce uda się jeszcze poprawić kondycję, a więc przekonanie, że niespłacanie długów jest spowodowane przejściowymi trudnościami, nie ma znaczenia dla oceny przesłanki egzoneracyjnej członka zarządu od odpowiedzialności, jeżeli nie jest poparte obiektywnymi faktami uzasadniającymi ocenę, iż spółka rzeczywiście miała szanse, w możliwym do przewidzenia, krótkim czasie, uzyskać środki na spłatę długów, co uzasadniałoby wstrzymanie się z wnioskiem o

upadłość. Innymi słowy, brak winy w niezgłoszeniu wniosku o upadłość nie może polegać na samej nadziei na wpływy i zyski (wyrok Sądu Najwyższego z 8 lipca 2015 r., II UK 6/15, LEX nr 1771523)

Sąd Okręgowy przyjmując za słuszną linię orzeczniczą przedstawioną powyżej wskazuje, iż w przedmiotowej sprawie przekonanie członka zarządu J. T. o możliwości dalszego prowadzenia działalności przez spółkę nie było oderwane od kondycji spółki i realiów rynkowych, lecz poparte konkretnymi przesłankami ekonomicznymi. J. T. swoje przekonanie wywiódł z obiektywnych faktów uzasadniających ocenę, że spółka rzeczywiście ma szanse, w możliwym do przewidzenia, krótkim czasie, uzyskać środki na spłatę długów, co uzasadniało wstrzymanie się z wnioskiem o upadłość (takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z 8 lipca 2015 r., II UK 6/15, LEX nr 1771523). Podnieść należy, że począwszy od czwartego kwartału 2010 roku spółka wdrożyła program restrukturyzacji kosztów, polegający na działaniach zmierzających do poprawy efektywności kosztowej w celu jak najszybszego osiągnięcia progu rentowności oraz poprawy płynności finansowej. Wspomniany program naprawczy przyniósł realne efekty w 2011 roku, uchylając obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. W przedmiotowej sprawie właściwy moment na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości faktycznie pokrył się z momentem złożenia tego wniosku przez odwołującego się. Nie można bowiem zgodzić się ze stanowiskiem organu rentowego, że wniosek ten należało złożyć już w 2010 czy 2011 r. W 2010 r. spółka de facto rozpoczęła faktycznie prowadzenie zaplanowanej przez siebie działalności restauracyjnej. Zasilona pożyczkami wspólników w postaci spółek cypryjskich znaczną ich część przeznaczyła na remont wynajmowanych od Teatru Wielkiego lokali, zakupienie wyposażenia lokali (w tym sprzętu audiowizualnego wysokiej jakości), umeblowania, napoi alkoholowych odpowiadających zakładanej w planach renomie. Prowadzone przez spółkę lokale miały być lokalami ekskluzywnymi, przeznaczonymi dla osób zarabiających powyżej przeciętnej. W roku 2010 spółka napotkała trudności natury technicznej, w postaci poważnej awarii systemu klimatyzacji w lokalu, paraliżującej pracę lokalu i wymagającej dużych środków na naprawę. W tym czasie poniosła także stratę bilansową w wysokości 2.784.500,15 zł. Reagując na te okoliczności zarząd spółki w osobie prezesa zarządu J. T. podjął decyzję o wdrożeniu programu restrukturyzacji kosztowej, polegającej na działaniach zmierzających do poprawy efektywności kosztowej w celu jak najszybszego osiągnięcia progu rentowności oraz poprawy płynności finansowej. Program ten przyniósł w ocenie Sądu realne efekty - strata netto wyniosła w 2011 r. 1.890.904,45 zł, tj. prawie o 1.000.000,00 zł mniej niż w roku poprzednim. Ponadto, w roku tym spółka w związku z problemami z płynnością finansową wielokrotnie występowała do swoich głównych wierzycieli (m.in. ZUS) o redukcję, bądź rozłożenie płatności na raty. Organ rentowy nie wyraził na to zgody, natomiast wynajmujący lokale(...) (...) wyraził zgodę na rozłożenie zadłużenia na raty i spłatę barterową. W celu zmniejszenia straty od lipca 2011 r. spółka zakończyła działalność bieżącą w jednym z lokali. Kontynuowano w ten sposób program restrukturyzacji kosztowej, który miał na celu osiągnięcie przez spółkę rentowności. Ograniczono również godziny otwarcia drugiego lokalu co wiązało się z dalszą redukcją kosztów działalności w postaci zmniejszonego zatrudnienia i innych kosztów operacyjnych. Zmienione zostało również menu i dostawcy. Kolejną strategią miało być pozyskanie sponsorów, jak również spodziewane zwiększenie zysków w związku z (...). Spółka pozyskała potężnego sponsora w postaci firmy (...), który wykupił prawa jako sponsor tytularny. Za sam branding spółka miała otrzymać od C. kwotę ok. 300.000,00 – 400.000,00 zł, jednak umowa miała przynosić jeszcze dodatkowe przychody, np. wynikające z pewności rezerwacji łóż przez gości firmy (...). Kluczowym elementem planu było również uzyskanie przez lokal C. (...) wpływów związanych z okresem trwania Mistrzostw (...), które miały oscylować na poziomie 400.000,00 zł. Kwota została wyliczona w oparciu o możliwy do osiągnięcia w lokalu przychód dzienny około 20.000,00 zł. Po pomniejszeniu kwoty o niezbędne koszty operacyjne szacowane wpływy miały pozostać na poziomie około 270.000,00 zł. Jednocześnie wspólnicy wyrazili zgodę na konwersję udzielonych pożyczek na udziały w kapitale zakładowym spółki, pod warunkiem, że zostanie zrealizowany biznesplan związany z prowadzeniem lokalu w czasie (...). W przypadku pełnej realizacji biznesplanu związanego z (...), nastąpić miała konwersja zobowiązań długoterminowych z tytułu pożyczek oraz obligacji, jak również zobowiązań handlowych krótkoterminowych przeterminowanych powyżej roku. Zgodnie z założeniami miało to spowodować powstanie dodatnich kapitałów własnych oraz utrzymanie płynności finansowej.

Powyższe elementy planu naprawczego w ocenie Sądu dawały spółce realną szansę na wyjście z zaległości finansowych. Oszacowane przez spółkę potencjalne zyski z umowy z C. oraz związane z (...) były możliwe do osiągnięcia. Kontrakt ze sponsorem został zawiązany poprzez faktyczne podpisanie umowy, co mogło dać spółce pewność osiągnięcia zysków

po wykonaniu założeń wynikających z tej umowy. Odnosnie (...) doświadczenie życiowe pozwala na przyjęcie, iż tego typu imprezy sportowe generują duże zyski w branży HoReCa (hotelarsko – gastronomicznej), w związku z napływem turystów i kibiców. Co istotne, spółka w 2011 r. zmniejszyła koszty działalności o prawie 40%, przychody spadły o ok. 30%, a strata netto zmniejszyła się o około 33% w stosunku do roku 2010 r.

Reasumując powyższe, brak jest zatem podstaw by sądzić, że to właśnie w 2011 r., tj. roku, w którym wdrażany był plan naprawczy mający realne i solidne założenia i podstawy, winien być złożony wniosek o ogłoszenie upadłości. Zdaniem Sądu, w tym czasie istniały pozytywne prognozy dla działalności spółki, a właściwej daty do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki należy upatrywać po Mistrzostwach (...), kiedy to jasnym stało się, że osiągnięty przychód nie sięgnął zakładanego pułapu i w związku z tym wspólnicy wycofali się z dalszego dofinansowywania spółki, w tym z obiecanych dalszych transz pożyczki. Dodatkowym argumentem przemawiającym za przyjęciem takiego stanowiska jest fakt, iż wniosek o ogłoszenie upadłości zgłoszony przez odwołującego został pozytywnie rozpoznany przez sąd gospodarczy. Na dzień 28 sierpnia 2012 r. szacunkowa wartość majątku wynosiła 1.506.759,69 zł. Zaległości w spłacie zobowiązań na ten dzień łącznie wynosiły 1.512.071,80 zł, w tym zaległości na rzecz ZUS łącznie 158.438,82 zł. Z kolei łączne wierzytelności na rzecz spółki wynosiły 168.858,79 zł. Dodatkowo w dniu 7 września 2012 r. w toku nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników podwyższono kapitał zakładowy spółki bez zmiany umowy spółki o kwotę 55.000,00 zł. Podwyższenie kapitału zakładowego spółki nastąpiło poprzez utworzenie 1100 nowych udziałów o wartości nominalnej 50 zł każdy. Wszystkie udziały w podwyższonym kapitale zakładowym objęte zostały przez dotychczasowych wspólników proporcjonalnie do posiadanych udziałów oraz pokryte w całości wkładem pieniężnym. Istotne dla oceny kondycji finansowej spółki i dla oceny terminowości złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest również to, iż względem (...) sp. z o.o. nie toczyły się żadne postępowania zmierzające do ustanowieniu na majątku spółki zabezpieczeń w postaci hipotek, zastawów, zastawów rejestrowych, zastawów skarbowych oraz innych obciążeń podlegających wpisowi w księdze wieczystej lub stosownych rejestrach, a zatem nie istniało żadne potencjalne zagrożenie radykalnego zmniejszenia wartości masy upadłościowej i w konsekwencji pokrzywdzenia wierzycieli.

W toku rozprawy przed Sądem Gospodarczym w dniu 29 października 2012 r. tymczasowy nadzorca sądowy uznał, iż istnieje realna możliwość zaspokojenia wierzycieli w drugiej kategorii i syndyk mógłby w całości zaspokoić zadłużenie względem ZUS. Takie stanowisko prezentował również odwołujący się oraz przesłuchani w sprawie świadkowie, w tym biegły rewident, który wcześniej sporządzał raport w tym zakresie. Sąd Okręgowy podziela to stanowisko i wskazuje, iż postanowieniem z dnia 29 października 2012 r. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie Sąd Gospodarczy X Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i naprawczych ogłosił upadłość (...) Sp. z o.o. w W. obejmującą likwidację majątku dłużnika. Na dzień ogłoszenia upadłości spółka dysponowała środkami pieniężnymi w kwocie 131.000,00 zł. Co więcej, majątek spółki wystarczył nie tylko na koszty postępowania upadłościowego, ale również na równomierne zaspokojenie wierzytelności kat. II

Mając na uwadze powyższe, brak jest zdaniem Sądu wątpliwości, iż została spełniona również przesłanka posiadania przez spółkę mienia w wysokości pozwalającej na zaspokojenie znacznej części zaległości względem organu rentowego. Według ostatecznego planu podziału funduszy masy upadłości (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej suma podlegająca podziałowi między wierzycieli wyniosła 68.000,02 zł. W podziale uczestniczyli wierzyciele kategorii II, w tym organ rentowy z wierzytelnością w wysokości 153.501,35 zł, która została zaspokojona w wysokości 66.919,68 zł, co stanowi nieco ponad 43% łącznej wysokości wierzytelności.

Członek zarządu spółki ma w ocenie Sądu obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w takim czasie, by nie zniweczyć celu tego postępowania, jakim jest równomierne zaspokojenie wierzycieli spółki. Oczywistym jest więc to, że członek zarządu powinien z należytą starannością zadbać o ochronę interesów wszystkich wierzycieli zagrożonych stanem niewypłacalności spółki. Z kolei, dla oceny braku winy w niezgłoszeniu wniosku o upadłość należy wziąć pod uwagę staranność członka zarządu w prowadzeniu spraw spółki, podejmowane przez niego działania w celu prawidłowego jej funkcjonowania, a także wysokość aktywów i pasywów spółki na dzień zgłoszenia wniosku o upadłość. Przyjmuje się bowiem, że profesjonalizm wymagany od członków zarządu spółki kapitałowej, jaką jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, a także wynikająca z niego podwyższona staranność (art. 355§ 2 k.c.) pozwala na przyjęcie, iż każdy członek zarządu obowiązany jest kontrolować sytuację w spółce przynajmniej z taką



uwagą, która pozwala na zorientowanie się, że jest ona niewypłacalna i że należy wobec tego wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości.

"Właściwym czasem" dla zgłoszenia wniosku dłużnika o ogłoszenie upadłości jest termin 2 tygodni od dnia, gdy nie wykonuje on swoich wymagalnych zobowiązań lub gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, czyli termin, który pozwoli na równomierne, choćby tylko częściowe, zaspokojenie wszystkich wierzycieli.

Zdaniem Sądu, odwołujący się spełnił powyższe warunki, co pozwala na zwolnienie go z odpowiedzialności za zaległości składkowe na rzecz organu rentowego. Wniosek o ogłoszenie upadłości został zgłoszony po zakończeniu EURO 2011 r. i zamknięciu bilansu spółki za ten okres, po podliczeniu wpływów i istniejących zobowiązań. Miesięczne terminy na sprawozdania księgowe i zamknięcie bilansu za dany okres pozwalają stwierdzić, że złożenie wniosku w dniu 29 sierpnia 2012 r. nie było spóźnione. Bezpośrednio po zakończeniu (...) w Polsce - co miało miejsce w lipcu 2012 roku - Zarząd (...) sp. z o.o. dokonał wnikliwej analizy sytuacji finansowej spółki z uwzględnieniem zysków osiągniętych w czasie trwania wspomnianej imprezy sportowej i w konsekwencji, po zaksięgowaniu strat i ściągnięciu bieżących wierzytelności w sierpniu 2012 roku uzyskał pewność co do spełnienia przesłanek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, który ostatecznie został skutecznie złożony 29 sierpnia 2012 roku. Okoliczność, że wniosek o ogłoszenie upadłości nie był spóźniony potwierdza również częściowe zaspokojenie należności wierzycieli kategorii II, którzy w toku postępowania upadłościowego zgłosili swoje wierzytelności. Pozwany uzyskał takie zaspokojenie w około 43%.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, członek zarządu niewypłacalnej spółki może uwolnić się od odpowiedzialności, chociaż dług nie zostanie spłacony, jeżeli - mimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie - wykaże należyte pełnienie swych obowiązków (wyrok z dnia 15 września 2015 r. sygn. II UK 321/14). Zdaniem Sądu, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwala na przyjęcie, iż J. T. powierzone mu obowiązki prezesa zarządu spółki wykonywał z pełną starannością i profesjonalizmem, opartym na wieloletnim doświadczeniu w biznesie, wprowadzał w życie plan naprawczy mający realne podstawy do spełnienia i finalnie we właściwym czasie skutecznie złożył wniosek o ogłoszenie upadłości spółki, umożliwiając zaspokojenie ponad 43% zaległości względem organu rentowego.

Mając powyższe na względzie oraz treść art. 477<sup>14</sup> § 2 k.p.c., Sąd orzekł, jak w punkcie 1 sentencji wyroku.

O kosztach procesu orzeczono zgodnie z wynikiem postępowania w oparciu o przepis. 98 k.p.c. Do niezbędnych kosztów procesu prowadzonego przez pełnomocnika odwołującego zaliczono wynagrodzenie w wysokości stawki minimalnej określonej w § 6 pkt 6 rozporządzenia z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U.2013.461), mając na uwadze fakt, iż wartość przedmiotu sprawy mieści się w zakresie od powyżej 50.000 zł do 200.000 zł. Chociaż sprawę o zaległe składki na ubezpieczenia społeczne można niewątpliwie zakwalifikować rodzajowo do spraw z zakresu ubezpieczeń społecznych, to nie ma żadnych powodów, aby poprzez § 5 (przyjmujący kryterium podobieństwa rodzajowego spraw) do wynagrodzenia pełnomocnika będącego adwokatem w takiej sprawie stosować § 12 ust. 2 tegoż aktu, ustanawiającego stałą stawkę minimalną w wysokości 180 złotych, a nie § 6 rozporządzenia, łączącego stawki minimalne z wartością przedmiotu sprawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w punkcie 2 sentencji wyroku.

***Przewodniczący***

***SSO Agnieszka Grzybczak - Stachyra***