

Sygn. akt III AUa 486/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 lutego 2019 r.

**Sąd Apelacyjny we Wrocławiu III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
w składzie:**

Przewodniczący: SSA Ireneusz Lejczak spr.

Sędziowie: SSA Barbara Ciuraszkiewicz

SSA Robert Kuczyński

Protokolant: Magdalena Krucka

po rozpoznaniu w dniu 13 lutego 2019 r. we Wrocławiu

na rozprawie

sprawy z odwołań A. J. i Z. P.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział we W.

**o odpowiedzialność członka zarządu za zaległości spółki z tytułu nieopłaconych składek
na skutek apelacji A. J. i Z. P.**

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

z dnia 11 stycznia 2018 r. sygn. akt IX U 30/16

I. zmienia zaskarżony wyrok i poprzedzające go decyzje Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział we W. z dnia 21 października 2015 r. wyłącznie w zakresie odsetek i orzeka, że odwołujący się: Z. P. i A. J. ponoszą odpowiedzialność solidarną z tytułu odsetek naliczonych do dnia 21 sierpnia 2013 r. od nieopłaconych składek wymienionych w decyzjach z 21 października 2015 r,

II. dalej idącą apelację oddala.

UZASADNIENIE

Decyzjami z 21.10.2015r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział we W. określił na dzień wydania decyzji wysokość zobowiązań płatnika (...) sp. z o.o. we W. z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne za okres od lutego do lipca 2013r., na ubezpieczenia zdrowotne za grudzień 2012 i od lutego do lipca 2013, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za grudzień 2012 i od lutego do maja 2012r., a także z tytułu odsetek naliczanych od tych zaległości do dnia 21.10.2015r. i kosztów upomnienia na łączną kwotę 199 497,57 zł. W tych samych decyzjach Zakład uznał, że A. J. i Z. P., jako członkowie zarządu spółki (...)ponoszą solidarną odpowiedzialność za wymienione w decyzji zobowiązania spółki do kwot 199 407,57 zł, w tym ustawowe odsetki również naliczane do dnia wydania decyzji, tj. do dnia 21.10.2015 roku. W odwołaniach od tej decyzji A. J. i Z. P. wnieśli o zmianę zaskarżonych decyzji i ustalenie, że nie odpowiadają za wymienione w nich zaległości składkowe spółki wraz z odsetkami i podnieśli, iż do dnia złożenia wniosku o upadłość spółki nie zaistniał stan trwałego zaprzestania regulowania przeważających części zobowiązań spółki, a upadłość wynikała z nagłego załamania sytuacji finansowej spółki. Wyrokiem z 11.01.2018r. Sąd

Okręgowy we Wrocławiu Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych oddalił odwołania i zasądził od odwołujących się na rzecz pozwanego organu rentowego po 3600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. Sąd Okręgowy oparł orzeczenie na następujących ustaleniach faktycznych: Spółka (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. (dale, jako: Spółka lub (...)) powstała w 2008 roku. Zarząd Spółki stanowili A. J. i Z. P.. Głównym pomysłem na aktywność (...) miało być tworzenie gier społecznościowych (umieszczanych na portalach społecznościowych) dostępnych w przeglądarkach stron internetowych. Strategicznym inwestorem Spółki był M. W.. Inwestor ten od początku służył niezbędnym doświadczeniem oraz wsparł pierwszy projekt (...) znacznymi środkami finansowymi. Dodatkowo założyciele spółki pozyskali finansowanie ze środków Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka. Pod koniec 2011r. Spółka wraz z Fundacją Instytut (...) zawiązała spółkę zależną pod firmą (...) sp. z o.o. Z tytułu produkcji przez spółkę zależną (...) gry (...) na portale społecznościowe oraz przeglądarki (...) spółka (...) osiągała dochody. W roku 2012 spółka (...) zdobyła własne doświadczenie w zakresie gier na urządzenia mobilne realizując dla (...) grę przeznaczoną na tego rodzaju urządzenia. Zarząd spółki w dniu 10.12.2012r. pozyskał kolejną ofertę współpracy od (...). Budżet na produkcję zakładał kwotę w wysokości 300.000 dolarów amerykańskich, a wartość miesięcznego utrzymania gry po zakończeniu produkcji miała wynieść 13.000 dolarów amerykańskich. Z końcem stycznia 2013r. spółka (...) uzyskała nieoficjalną informację o rezygnacji zleceniodawcy z realizacji projektu. Tym samym spółka została pozbawiona perspektywy pozyskania dużych środków. Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników z dnia 27.02.2013r. postanowiło o dalszym funkcjonowaniu spółki oraz o przyjęciu planu naprawczego, zakładając wypracowanie przez (...) pozytywnej tendencji zmiany przychodu do końca roku 2013. Porozumienie zostało zawarte w oparciu o decyzję strategicznego wspólnika i inwestora spółki ((...)) z siedzibą w L. na Cyprze. Wspólnik zadeklarował finansowanie działalności (...) w okresie wdrażania planu restrukturyzacyjnego przez udzielenie pożyczki w kwocie 240.000 zł. Plan naprawczy obejmował zmniejszenie kosztów operacyjnych, zmniejszenie kosztów osobowych, pozyskanie nowych kontraktów biznesowych dla promocji kluczowego projektu (...) i pozyskanie nowych kontraktów. Na koniec 2011r przewaga zobowiązań nad majątkiem obrotowym Spółki wynosiła ponad 399 tys. zł, zaś na koniec 2012r przewaga zobowiązań nad majątkiem wynosiła 3,9 mln zł. Na dzień 18.07.2013r kwota nadwyżki zobowiązań nad majątkiem wynosiła 5,7 mln. zł. Spółka popadła w niewypłacalność bilansową. Kapitał własny miał wartość ujemną już na koniec 2011r. Niewypłacalność spółki powstała już na koniec 2011r. Spółka w bilansie na koniec 2011r wykazała ujemną wartość kapitału własnego (niewypłacalność bilansowa). Spółka posiadała już wówczas ujemną wartość kapitału pracującego (co w praktyce oznaczało nadwyżkę zobowiązań bieżących spółki nad poziomem majątku obrotowego. Spółka miała już wówczas problemy z utrzymaniem płynności, a wskaźniki płynności kształtowały się znacznie poniżej poziomu uznanego za bezpieczny. Średni stan środków pieniężnych w maju 2013r wynosił 32.835,41zł, podczas gdy wartość zobowiązań wobec ZUS wynosił około 80 tys. zł. Spółka nie była w stanie z bieżących środków pokryć swoich zobowiązań. Spółka próbowała zmniejszyć koszty działalności i zmniejszyła koszty działalności operacyjnej z 2,5mln zł do 1,2 mln zł. Wskaźniki płynności finansowej spółki w latach 2011-2013 znajdował się znacznie poniżej normatywów uważanych za bezpieczne. Spółka osiągnęła również przewagę zobowiązań nad należnościami, co oznacza, że środki z wpływu należności nie wystarczały na pokrycie zobowiązań. Z podstawowej działalności w latach 2011-2013 spółka wypracowała ujemny wynik finansowy. Problemy z płynnością związane były z wysokim poziomem zobowiązań spółki w porównaniu do jej majątku. W dniu 04.04.2011r Dyrektor Oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych we W. dokonał zajęcia wierzytelności z rachunku bankowego Spółki prowadzonego przez bank (...). W odpowiedzi na skierowane zajęcia bank poinformował o braku środków na rachunku bankowym, co wiązało się brakiem możliwości wyegzekwowania należności. Spółka nie figurowała w elektronicznym wykazie ksiąg wieczystych, jako właściciel nieruchomości. Nie figurowała także w Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców CEPiK, jako właściciel pojazdu. W dniu 16.07.2013r. Spółka złożyła wniosek do Sądu Rejonowego dla Wrocławia - Fabrycznej we Wrocławiu Wydział VIII Gospodarczy ds. Upadłościowych i Naprawczych o ogłoszenie upadłości. Na dzień złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, spółka wskazała majątek szacowany na kwotę 40.000 zł, wierzytelności na kwotę 125.000 zł oraz środki własne w kwocie 60.000 zł. Postanowieniem z dnia 21.08.2013r. została ogłoszona upadłość Spółki obejmująca likwidację majątku dłużnika. Zakład Ubezpieczeń Społecznych zgłosił swoje wierzytelności do masy upadłościowej w łącznej kwocie 218.295,48zł, w tym według II kategorii zaspokojenia – 159.530,28zł. Suma wierzytelności II kategorii zgłoszona przez wszystkich wierzycieli wynosiła 203.342,57 zł. W dniu 29.06.2015r. zostało wydane postanowienie o zakończeniu postępowania upadłościowego (...) Spółki z o.o. Zgodnie z ostatecznym planem podziału funduszy masy upadłościowej, Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział we W. został zaspokojony w II kategorii w 24,61% w kwocie

36.843,46 zł. Główną przyczyną utraty możliwości prowadzenia dalszej działalności było przejęcie najważniejszych aktywów spółki przez jej strategicznego wspólnika, spółkę (...). Wspólnik (...) dokonał przejęcia aktywów (...) na podstawie umowy pożyczki, która przewidywała tego rodzaju zabezpieczenie. Spółka (...) przejęła posiadane przez (...) udziały w spółce (...) oraz prawa do realizacji projektu (...). Składniki te dotąd realnie zabezpieczały finansowanie działalności (...) oraz dawały gwarancję spółce na dalszą współpracę z (...) sp. z o.o. Powodem działania inwestora - (...) było przekazanie przez zarząd oficjalnej informacji od zleceniodawcy, że projekt dla (...) nie został zaakceptowany. Przy tych ustaleniach stwierdził Sąd Okręgowy, że organ rentowy wykazał wymienione w art. 116a w zw. z art. 116 ustawy Ordynacja podatkowa tzw. przesłanki pozytywne warunkujące objęcie odpowiedzialnością członków zarządu spółki za jej zobowiązania składkowe to jest wykazanie bezskuteczności egzekucji zaległych składek oraz faktu pełnienia przez objętych zaskarżonymi decyzjami odwołujących się funkcji członków zarządu w czasie powstania tych zobowiązań. Tę ostatnią okoliczność wykazał w szczególności wynik postępowania upadłościowego i ogłoszenie wobec (...) upadłości likwidacyjnej, co spowodowało umorzenie z mocy prawa prowadzonych wobec Spółki postępowań egzekucyjnych. W zakresie pozytywnych przesłanek odpowiedzialności subsydiarnej członków zarządu skupił się Sąd Okręgowy - wobec faktu złożenia przez odwołujących się w dniu 16.07.2013r. wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki - na ocenie przesłanki dotyczącej złożenia tego wniosku we właściwym czasie. Przytaczając przepis art. 21 prawa upadłościowego i naprawczego stwierdził Sąd, że członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zobowiązany jest złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości spółki w terminie 2 tygodni od dnia, w którym spółka stała się niewypłacalna. Natomiast w art. 11 pkt 1 tej ustawy, dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. W przepisie tym ustawodawca przewidział dwie alternatywne przesłanki niewypłacalności. Po pierwsze przedsiębiorca jest niewypłacalny wtedy, kiedy nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań. Po drugie wtedy, gdy wartość jego zobowiązań przekracza wysokość majątku (tj. aktywów), choćby nawet na bieżąco zobowiązania te wykonywał. Dla przyjęcia stanu niewypłacalności wystarczy spełnienie którejkolwiek z tych przesłanek samodzielnie. Biorąc pod uwagę w szczególności opinię biegłego z zakresu finansów i rachunkowości, Sąd Okręgowy uznał, iż złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości było spóźnione. Zarząd spółki powinien bowiem mieć na uwadze fakt, że inwestycje w wysokobudżetowe projekty wiążą się z ryzykiem niepowodzenia oraz w razie ewentualnych problemów finansowych spółka powinna posiadać zabezpieczenie, aby płynnie realizować swoje zobowiązania wobec wierzycieli. Sytuacja finansowa spółki była trudna, gdyż od roku 2011 roku prawdopodobieństwo upadłości było duże, co wynika z dokumentów poddanych analizie przez biegłego sądowego. Spółka generowała ujemny wynik finansowy, systematycznie spadały również przychody ze sprzedaży. Z opinii biegłego wynika też, że w latach 2011-2013 wskaźniki rentowności spółki były ujemne, co świadczy o tym, że spółka nie miała zdolności do generowania nadwyżki przychodów nad kosztami ich uzyskania. Na ujemne wartości wskaźników rentowności wpływał fakt, że spółka osiągała stratę netto. Spółka miała kłopoty z utrzymaniem płynności finansowej, co było podstawą problemów związanych z wypłacalnością spółki. W latach 2011-2013 wskaźnik płynności spółki znajdował się znacznie poniżej normatywów uważanych za bezpieczne. Spółka osiągnęła również przewagę zobowiązań nad należnościami, co oznaczało, że środki z wpływu należności nie wystarczały na pokrycie zobowiązań. Z podstawowej działalności, w latach 2011-2013 spółka wypracowała ujemny wynik finansowy. Z danych bilansowych za okres 2011-2013 (brak było dokumentacji wcześniejszej) wynikał, że problemy z płynnością w spółce pojawiły się już na koniec 2011 r. Od 2011r spółka była deficytowa, strata netto w 2011r wyniosła minus 1.188.202,50zł. W następnych latach poziom zobowiązań spółki przewyższał poziom jej majątku. Dodatkowo Sąd Okręgowy uznał, że w tych okolicznościach Zarząd Spółki powinien mieć na uwadze fakt, że inwestycje w wysokobudżetowe projekty mogą wiązać się z ryzykiem niepowodzenia, a w razie ewentualnych problemów finansowych, posiadać zabezpieczenie, aby płynnie móc realizować swoje zobowiązania wobec wierzycieli. Pomimo posiadania wiedzy o możliwości wystąpienia problemów z realizacją kluczowego projektu, spółka podjęła ryzyko inwestycji, co w konsekwencji skutkowało brakiem środków na spłatę ciążących na spółce zobowiązań. Wprawdzie członkowie zarządu podejmowali kroki i czynności naprawcze jednakże w dacie podejmowania tych działań sytuacja finansowa spółki nie rokowała już poprawy, bowiem jak wynika z dokumentacji finansowej już od 2011r spółka była w tak zwanej upadłości bilansowej, czyli nie było podstaw do jej dalszego funkcjonowania ekonomicznego. W tych okolicznościach uznał Sąd, że subiektywne przekonanie członka zarządu spółki kapitałowej, 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, że spółka rzeczywiście miała szanse, w możliwym do przewidzenia, krótkim czasie, uzyskać środki na spłatę długów, co uzasadniałoby wstrzymanie się z wnioskiem o upadłość. Podstawą do zwolnienia z odpowiedzialności członka zarządu za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie mogło być również opracowanie i próba wdrożenia planu (programu) naprawczego (restrukturyzacji) opracowanego nawet przez wyspecjalizowany podmiot, który nie przynosił spodziewanych efektów, w sytuacji, gdy zadłużona spółka nie opłacała nawet bieżących składek na ubezpieczenia społeczne w okresach zarządzania nią przez członka zarządu obciążonego odpowiedzialnością (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2012 r., I UK 303/11, LEX nr 1157548). Słusznie bowiem w tym zakresie przyjmuje się w orzecznictwie sądów administracyjnych, że prowadząc działalność w trudnej sytuacji gospodarczej, jak również podejmując działania naprawcze mające na celu ratowanie spółki, organ zarządczy podejmuje działania należące do kategorii tzw. ryzyka gospodarczego, a zatem powinien liczyć się, z koniecznością ogłoszenia upadłości spółki w sytuacji, gdy podejmowane działania nie przyniosą zamierzonego rezultatu lub poniesieniem odpowiedzialności za nagromadzone długi (por. wyrok WSA w Poznaniu z dnia 7 maja 2014 r., I SA/Po 970/13, LEX nr 1469966). Z tych też względów, na podstawie powołanych przepisów prawa, w zw. z art. 477 § 14 § 1 k.p.c. sąd I instancji oddalił odwołania.

Wyrok ten zaskarżyli apelacją w całości odwołujący się: Z. P. i A. J. zarzucając orzeczeniu mające wpływ na błędne ustalenie stanu faktycznego sprawy naruszenie przepisów postępowania:

- art. 278 § 1 kpc oraz art. 286 kpc poprzez zaniechanie uzupełnienia opinii biegłej sądowej poprzez wskazanie biegłej konieczności zbadania stanu niewypłacalności spółki (...)z wyłączeniem – w myśl art. 14 ust. 3 Ksh (i art. 11 ust. 4 Prawa Upadłościowego) - zobowiązań pieniężnych spółki wobec jej wspólnika;

art. 229 kpc poprzez pominięcie, że zostały przez stronę pozwaną przyznane zawarte w odwołaniach okoliczności faktyczne:

a. braku problemów z płatnościami spółki (...) do początku 2013r., w szczególności powstanie zaległości względem organu rentowego dopiero od 2013r.;

b. utraty przez C. G. środków i możliwości zaspokojenia wszystkich swoich wierzycieli z dniem 2.07.2013r. – wskutek odebrania przez wspólnika podstawowych aktywów gwarantujących możliwość prowadzenia dalszej działalności, w tym wdrażania programu naprawczego;

c. udzielenia przez wspólnika (spółkę (...)) spółce (...)pożyczek w wysokości 5.212.330,12 zł, które to zobowiązania stanowiły przeważającą wysokość zobowiązań Spółki;

d. opracowania i wdrożenia w pierwszej połowie 2013 roku planu naprawczego przez zarząd spółki, który dawał wymierną poprawę sytuacji finansowej Spółki oraz możliwości zaspokojenia wszystkich jej zobowiązań;

- art. 233 § 1 kpc przez:

a. przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów oraz brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i dokonania jego oceny z pominięciem istotnej części tego materiału poprzez przyjęcie, że przekonania członków zarządu spółki o możliwości poprawy sytuacji finansowej spółki oraz o przejściowym charakterze trudności z bieżącym zaspokojeniem części należności było wyłącznie subiektywne, podczas gdy przeprowadzone dowody z dokumentów dołączonych do odwołań, opinii biegłej sądowej i przyznane stanowiska stron potwierdzają, że obiektywne przeświadczenie w pierwszej połowie 2013r. o możliwości poprawy sytuacji Spółki uzasadniała wymierna poprawa jej sytuacji finansowej, ograniczenie bieżących kosztów działalności, rzeczywiste zainteresowanie inwestorów udzieleniem Spółce zleceń, inwestycja kolejnych środków pieniężnych przez kluczowego wspólnika Spółki oraz zawarcie umowy dystrybucyjnej przez spółkę zależną;

b. przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przez to, że w dniu 4.04.2011r. doszło do braku możliwości wyegzekwowania należności względem organu rentowego, podczas gdy zeznania świadków (w szczególności J. N.)

oraz zgodne i przyznane stanowiska stron potwierdzają, że zaległości Spółki względem organu rentowego powstały dopiero w roku 2013, a tym samym nie mogły być przedmiotem bezskutecznej egzekucji w roku 2011;

c. przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przez przyjęcie, że zarząd Spółki mając wiedzę o możliwości wystąpienia problemów z kluczowego projektu podjął ryzyko inwestycji, podczas gdy przeprowadzone dowody z dokumentów załączonych do odwołań oraz zeznania świadków oraz zgodne przyznane stanowiska stron potwierdzają, że Spółka od 2012r. nie rozpoczynała nowych inwestycji, a w roku 2013 skupiła się na pozyskiwaniu inwestorów oraz produkcji na zlecenie.

Apelujący zarzucili także zaskarżonemu wyrokowi naruszenie przepisów prawa materialnego w postaci:

- naruszenia art. 14 § 3 Ksh (w brzmieniu sprzed 1.01.2016r.) w związku z art. 11 ust. 2 ustawy Prawo Upadłościowe i Naprawcze (w brzmieniu sprzed 1.01.2016r.) przez jego niezastosowanie i wskutek tego przyjęcie, że wierzytelność wspólnika z tytułu pożyczki udzielonej spółce kapitałowej nie uważa się za wkład do spółki w przypadku ogłoszenia jej upadłości, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uwzględnienia tych zobowiązań przy ocenie niewypłacalności bilansowej Spółki – a w konsekwencji ustaleniem odpowiedzialności członków zarządu Spółki za zobowiązania Spółki;

- naruszenia art. 116 § 1 Ordynacji Podatkowej, w tym na skutek błędów w ustaleniach faktycznych, poprzez jego zastosowanie i w konsekwencji ustalenie odpowiedzialności członków zarządu Spółki, w sytuacji, gdy odwołujący się wykazali zachowanie terminu do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, przez co nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania Spółki.

Przy tak postawionych zarzutach wnieśli apelujący o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i zmianę zaskarżonych decyzji poprzez ustalenie, że nie odpowiadają oni za określone w tych decyzjach zobowiązania spółki(...) i zasądzenie od strony pozwanej na ich rzecz kosztów postępowania za obie instancje. Wnieśli również o rozpoznanie na podstawie art. 380 kpc postanowienia sądu I instancji z 11.01.2018r. oddalającego wniosek o uzupełnienie opinii biegłej sądowej B. L. na okoliczność sytuacji finansowej Spółki oraz czasu powstania jej niewypłacalności.

Sąd Apelacyjny, na podstawie umowy kredytowej (kk: 838-842 akt sprawy) dodatkowo ustalił:

- umową kredytową z 27.02.2013r. spółka (...) z siedzibą w L. udzieliła spółce (...)we W. pożyczki na kwotę 240 000 zł, której spłatę wraz z odsetkami strony ustaliły do 30.06.2013 roku;

- jako zabezpieczenie pożyczki spółka (...) przeniosła na rzecz (...): 1) autorskie prawa majątkowe do gry (...) (...), 2) prawa do majątku ruchomego, 3) wszystkie udziały w (...) sp. z o.o. we W.;

- na czas obowiązywania umowy kredytowej spółka (...) udzieliła spółce (...) licencji na korzystanie z programu komputerowego (H. T.).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Stanowiska apelujących, w tym treść zarzutów zawartych w apelacji, wskazywały na kwestionowanie zasadności zaskarżonych decyzji wyłącznie ze względu na wystąpienie przewidzianej w art. 116 § 1 pkt 1a) ustawy z 29.08.1997r. ordynacja podatkowa (tj. Dz.U. z 2018r., poz. 800 dalej, jako ordynacja podatkowa) przesłanki egzoneracyjnej, wyłączającej odpowiedzialność członka zarządu spółki kapitałowej za zaległości składkowe spółki o ile członek zarządu wykaże, że we właściwym czasie zgłosił wniosek o upadłość spółki. Odwołujący się, bowiem podnosili, że zgłoszony przez nich w dniu 16.07.2013r. wniosek o ogłoszenie upadłości spółki (...) nastąpił we właściwym czasie, bowiem dopiero w dniu 2.07.2013r. nastąpiło nagle zdarzenie uzasadniające ogłoszenie upadłości, a polegające na odebraniu przez wspólnika podstawowych aktywów gwarantujących możliwość prowadzenia dalszej działalności. Twierdzenie to apelujących było nieuzasadnione, a wywiedzione na poparcie tego stanowiska zarzuty apelacji - chybione. Podstawy do ogłoszenia upadłości spółki kapitałowej regulowały w okresie objętym sporem przepisy ustawy z 28.01.2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. z 2003 r. nr 60, poz. 535 - dalej jako P.u.i.n.). Zgodnie z art. 10 tej ustawy upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Natomiast art. 11 P.u.i.n definiował

niewypłacalność, jako sytuację, gdy spółka nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań (art. 11 ust. 1) albo, gdy zobowiązania spółki kapitałowej przekroczą wartość jej majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje. Obie wymienione podstawy niewypłacalności mają samodzielny charakter i każda z nich uzasadnia wniosek o zgłoszenie upadłości. Rację mieli co prawda apelujący twierdząc, że organ rentowy nie kwestionował faktu, że zadłużenie Spółki wobec Zakładu powstało dopiero od grudnia 2012 roku. Nie mniej jednak ten bezsporny fakt wskazywał na systematyczne i ponad półroczne niewykonywanie przez Spółkę zobowiązań wobec tego wierzyciela. Należało, zatem ocenić czy fakt niewykonywania tych zobowiązań (jak i zobowiązań wobec innych wierzycieli z II kategorii zaspokojenia) uzasadniał zgłoszenie przez zarząd Spółki wniosku o ogłoszenie upadłości przed datą faktycznego złożenia takiego wniosku, tj. przed 16.07.2013 roku. Natomiast ustalona przez sąd I instancji relacja majątku Spółki do wysokości jej zobowiązań miała dla wystąpienia przesłanek do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki drugorzędne znaczenie i przez to zarzuty apelacji dotyczące wadliwości ustaleń w tym zakresie jak i błędnego nie zastosowania przepisów art. 14 ust. 3 Ksh i art. 11 ust. 4 Prawa Upadłościowego za niemające wpływu na ocenę zasadności zaskarżonego wyroku. Przy czym należało wskazać, że przepis art. 11 ust. 4 Prawa upadłościowego nie mógł w sprawie znaleźć zastosowania, bowiem przepis ten został wprowadzony ze skutkiem od 1.01.2016r., a więc po upływie spornego w sprawie okresu. Natomiast fakt, że zdecydowana większość zobowiązań Spółki stanowiły wierzytelność jej udziałowca - spółki (...) pozwalały prawidłowo ocenić, w oparciu o opinię biegłej z zakresu finansów i rachunkowości, rozmiar aktywów Spółki i doprowadzić sąd I instancji do właściwego wniosku, iż stan majątku Spółki nie zabezpieczał możliwości spłaty wymagalnych zobowiązań w sytuacji, gdy wpływy z bieżącej działalności nie pozwalały na spłatę tych zobowiązań. Taka sytuacja niewątpliwie wystąpiła już w grudniu 2012r., gdy Spółka najpierw częściowo, a od stycznia 2013r. w całości nie realizowała zobowiązań wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Brak możliwości regulowania tych należności (jak i zobowiązań wobec innych wierzycieli) stanowiła przyczynę podjęcia przez zarząd Spółki czynności naprawczych, ale też stanowiła powód zawarcia przez Zarząd umowy kredytowej z 27.02.2013r. z udziałowcem Spółki - spółką (...). Treść tej umowy jednoznacznie wskazywała na bardzo trudną sytuację finansową Spółki w momencie jej zawierania. Zarząd Spółki nie tylko zgodził się na zabezpieczenie spłaty pożyczki przeniesieniem na kredytodawcę praw do praktycznie całego majątku Spółki, lecz ponadto wyzbył się do czasu spłaty pożyczki możliwości wpływu na funkcjonowanie spółki zależnej T.. Udziałowiec Spółki - spółka (...) niewątpliwie również ocenił udzielenie tej pożyczki za ryzykowne przedsięwzięcie, a podjęte przez zarząd Spółki działania naprawcze za niepewne skoro nie tylko nie wspomógł Spółkę zwiększeniem swojego udziału, lecz zabezpieczył udzieloną Spółce pożyczkę w sposób zapewniający mu przejęcie całego majątku Spółki. Ocena ta była niewątpliwie uzasadniona skoro Spółka (...) nie spłaciła zaciągniętej u udziałowca pożyczki w przewidzianym w umowie terminie, tj. do dnia 30.06.2013r. W świetle tego w żaden sposób nie można było zgodzić się z twierdzeniami apelujących, że podstawy do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki wynikły nagle z faktu przejęcia majątku Spółki wskutek realizacji zabezpieczenia pożyczki przez udziałowca spółki. Takie zachowanie kredytodawcy nie tylko nie było nagłym, lecz wręcz przewidzianym w umowie z dnia 27.02.2013r. skutkiem niespłacenia udzielonej przez niego pożyczki. Przez cały okres obowiązywania tej umowy Spółka funkcjonowała nie posiadając żadnych aktywów i sukcesywnie powiększając wysokość wymagalnych zobowiązań. Należało, zatem przyjąć, że w dniu 27.02.2013r. wystąpiła przewidziana w art. 11 ust.1 P.u.i.n niewypłacalność Spółki skoro przenosząc w tym dniu (w formie zabezpieczenia) cały swój majątek na rzecz kredytodawcy pozbawiła się możliwości spłaty z tego majątku bieżących i już wymagalnych zobowiązań. Prawidłowo w tych okolicznościach ocenił Sąd Okręgowy próbę kontynuowania przez Zarząd dalszej działalności gospodarczej Spółki jako przedsięwzięcie podjęte przy braku obiektywnych przesłanek rokujących na powodzenie działań naprawczych, co uzasadniało również brak wystąpienia przesłanki egzoneracyjnej przewidzianej w art. 116 § 1 pkt 1b ordynacji podatkowej, tj. braku winy członka zarządu w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym terminie. Podkreślić, bowiem należy, że w sytuacji niewypłacalności spółki prawa handlowego podejmowane przez członka zarządu działania zmierzające do poprawy jej kondycji (zamiast zgłoszenia wniosku o upadłość) mieszczą się w ramach tzw. ryzyka gospodarczego, i w przypadku członka zarządu, obejmuje to ryzyko także skutki jego osobistej odpowiedzialności przewidzianej w art. 116 ordynacji podatkowej. Wynika zatem z tego, że o zasadności wstrzymania się przez członka zarządu z obligatoryjnym - w świetle przepisów prawa upadłościowego - wnioskiem o upadłość decyduje obiektywna celowość podjętych starań naprawiających finanse spółki. Taką obiektywizowaną ocenę daje w szczególności wiedza o faktach uzasadniających pogląd, że spółka miała realne szanse, w możliwym do przewidzenia, krótkim czasie, uzyskać środki na spłatę długów (por.

orzeczenia SN: z 5.10.2016 r., II UK 343.15 i z 5.07.2011 r., I UK 422/10). Również brak skuteczności podjętych przez zarząd działań, o ile nie wynikał z nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych wcześniej okoliczności, wskazywać może na zawinione przez członka zarządu zaniechanie w złożeniu wniosku o upadłość (por. również wyrok SN z 8.07.2015 r., II UK 6/15). Wbrew twierdzeniom apelujących nie zostały wykazane żadne fakty relewantne dla braku winy odwołującej się w niezgłoszeniu wniosku o upadłość Spółki we właściwym terminie. W szczególności fakt trwałego przejęcia majątku Spółki przez spółkę (...) nie był okolicznością nagłą, ani nieprzewidywalną, lecz przewidzianą (jako możliwość) w umowie z 27.02.2013 roku. Działania polegające na poszukiwaniu inwestorów i zleceniodawców były obarczone ryzykiem w sytuacji, gdy spółka nie miała żadnych aktywów, a fakt rezygnacji ze współpracy przez (...) był apelującym znany już w styczniu 2013 roku. Mając to na uwadze uznał sąd II instancji, że prawidłowo wnioskował Sąd Okręgowy, że apelujący nie wykazali żadnej negatywnej przesłanki wymienionej w art. 116 § 1 ordynacji podatkowej. Gdy dodatkowo zważyć, że nie była kwestionowana przez nich wysokość zaległości składkowych w okresie, gdy pełnili oni funkcję członków zarządu Spółki, ani nie kwestionowali oni bezskuteczności egzekucji Zakładu z majątku Spółki, ani nie wskazali też w toku postępowania przed organem mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części to należało uznać za prawidłowe rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego. Modyfikacji wymagało jedynie to rozstrzygnięcie w kwestii odsetek, bowiem Sąd Apelacyjny podziela pogląd, że odpowiedzialność członków zarządu z tytułu odsetek od zaległości składkowych płatnika nie powinna obejmować okresu po dniu ogłoszenia upadłości spółki (por. wyrok SN z 10.04.2018r., sygn. I UK 69/17). W sytuacji bowiem, gdy uregulowana w art. 116 ordynacji podatkowej odpowiedzialność członka zarządu za zobowiązania podatkowe (składkowe) jest w stosunku do spółki akcesoryjna, nie może on ponosić odpowiedzialności za odsetki od tego rodzaju wierzytelności w stopniu większym, niż taką odpowiedzialność ponosi sama spółka. Natomiast art. 92 ust. 1 p.u.i.n określa granice czasowe odpowiedzialności za odsetki z masy upadłości do daty ogłoszenia upadłości. Mając na względzie, że upadłość (...)sp. z o.o. we W. została ogłoszona 21.08.2013r. należało - na podstawie art. 386 § 1 kpc zmienić zaskarżony wyrok i poprzedzające go decyzje w zakresie odsetek i orzec jak w punkcie I sentencji wyroku Sądu Apelacyjnego, a w pozostałym zakresie apelację - jako bezzasadną - oddalić (art. 385 kpc).

SSA Barbara Ciuraszkiewicz SSA Ireneusz Lejczak SSA Robert Kuczyński

ASz