

Sygn. akt III AUa 1293/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 września 2018 r.

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

Przewodniczący: SSA Mirosław Godlewski ( spr. )

Sędziowie: SSA Jacek Zajączkowski

SSA Iwona Szybka

Protokolant: st. sekr. sąd. Patrycja Stasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2018 r. w Ł.

**sprawy P. C.**

**przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Ł.**

**o odpowiedzialność za długi składkowe**

**na skutek apelacji P. C.**

**od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi**

**z dnia 30 czerwca 2017 r. sygn. akt VIII U 494/14**

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od P. C. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Ł. kwotę 4050 (cztery tysiące pięćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za drugą instancję.**

**Sygn. akt III AUa 1293/17**

## UZASADNIENIE

Decyzją z 10 grudnia 2013 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Ł. stwierdził, że P. C. jako członek zarządu „PET-SERWIS-POLSKA” Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. ponosi odpowiedzialność całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od grudnia 2007r. do marca 2009r., określając wysokość zadłużenia na łączną kwotę 92.375,81 złotych.

W odwołaniu P. C. wniósł o uchylenie decyzji podnosząc, że nie można wykazać ani udowodnić, iż nie rozpoczęcie przez odwołującego postępowania upadłościowego nastąpiło z jego winy, gdyż miał on nadzieję na pozyskanie nowego inwestora strategicznego, dokapitalizowanie spółki oraz spłatę jej zobowiązań. Ponadto wskazał, że ZUS nie wykazał w sposób dostateczny, iż egzekucja z majątku spółki jest całkowicie bezskuteczna, a postępowanie prowadzone było w sposób zdawkowy i bardzo ograniczony, gdyż z informacji jakie posiada odwołujący spółka posiada majątek, z którego możliwa jest egzekucja, taki jak chociażby naczepa samochodowa o wartości ok. 10.500 zł oraz rozdrabniacz do kruszywa o wartości ok. 60.000 zł, które znajdują się w B..

Organ rentowy wnosił o oddalenie odwołania oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy wyrokiem z 30 czerwca 2017r. oddalił odwołanie, zasądając od P. C. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych kwotę 3600 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji zapadło w następującym stanie faktycznym:

„PET-SERWIS-POLSKA” Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. przy ul. (...), NIP: (...), REGON: (...) została założona w dniu 29 stycznia 2007 r i zarejestrowana pod numerem (...) w dniu 1 marca 2007 r.

Prezesem „PET-SERWIS-POLSKA” Sp. z o.o. w spornym okresie (lata 2007 – 2009) był P. C..

Spółka zajmowała się remontami przy drogach. Ilość pracowników była zmienna. Spółka miała długi wobec dostawców, hurtowni, oraz wobec niektórych pracowników. Problemy z wypłatami zaczęły się w marcu 2011 r. Wcześniej wynagrodzenie było płacone w ratach. Spółka prowadziła wiele inwestycji, przy których pojawiały się problemy z pogodą.

W dniu 1 czerwca 2010 r. pomiędzy P. C., a (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ś. reprezentowaną przez prokurenta K. K. została zawarta umowa sprzedaży całości udziałów w Spółce tj. 500 udziałów, których cena została ustalona na 50. 000 zł. Sporządzony został protokół zdawczo – odbiorczy, w którym P. C. przekazał, przejmującemu K. K. m.in. dokumenty związane ze spółką, wyposażenie, towary, zobowiązania, środki pieniężne w kasie. K. K. został Prezesem Zarządu „PET-SERWIS-POLSKA” Sp. z o.o., a (...) Sp. z o.o. wspólnikiem zakupionej spółki. W dniu 1 czerwca 2010 r. P. C. został odwołany z funkcji prezesa i został jej prokurentem.

Wniosek o ogłoszenie upadłości spółki (...) -POLSKA” Sp. z o.o. nie został złożony przez P. C., jako Członka Zarządu – Prezesa Zarządu.

W dniu 26 lipca 2010 r. zostały wydane postanowienia przez Naczelnika I US Ł. w sprawie umorzenia postępowań egzekucyjnych, wszczętych w dniu 30 stycznia 2009 r i 21 września 2009 r prowadzonych wobec majątku spółki, w związku z bezskutecznością egzekucji. W uzasadnieniu organ egzekucyjny podniósł, że spółka nie prowadzi działalności pod wskazanym adresem, a w oparciu o ustalone dane systemowe nie ustalono informacji na temat składników majątkowych podlegających egzekucji administracyjnej.

Ustalono w toku czynności egzekucyjnych w dniu 11 lutego 2009 r, że spółka nie dysponuje rachunkiem bankowym. W dniu 2 czerwca 2009 r organ rentowy skierował do spółki wezwanie w sprawie wyjawienia nieruchomości oraz praw majątkowych. Spółka w oświadczeniu nie wskazała żadnego majątku.

Zaskarżoną decyzją z 10 grudnia 2013 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Ł. stwierdził, że P. C. jako członek zarządu „PET-SERWIS-POLSKA” Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. przy ul. (...), NIP: (...), REGON: (...) ponosi odpowiedzialność całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od grudnia 2007r. do marca 2009r.

Zadłużenie spółki z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od czerwca 2006r. do marca 2009 r. wynosi 89.496,64 zł plus odsetki liczone na dzień 10 grudnia 2013r. w kwocie 62.630,00 zł oraz koszty upomnień egzekucyjnych w kwocie 704,00 zł.

P. C. jako członek zarządu „PET-SERWIS-POLSKA” Sp. z o.o. odpowiada zgodnie z art. 116 i art. 118 Ordynacji podatkowej, za zobowiązania z tytułu nieopłaconych składek należnych za okres grudnia 2007 r. do marca 2009 r., które wynoszą odpowiednio:

- na ubezpieczenia społeczne: za m-ce od grudnia 2007 r. do marca 2009 r.

Należność główna w wysokości – 42.160,69 zł. Odsetki liczone na dzień 10 grudnia 2013 r. – 26.263,00 zł. Koszty upomnień w wysokości – 79,20 zł. Razem: 68.502,89 zł;

- na ubezpieczenie zdrowotne za m-ce od grudnia 2007 r. do marca 2009 r.

Należność główna w wysokości – 11.388, 73 zł Odsetki liczone na dzień 10 grudnia 2013 r. – 7.087, 00 zł. Koszty upomnień w wysokości – 79, 20 zł. Razem: 18. 545, 93 zł;

- na Fundusz Pracy i FGŚP za m-ce od grudnia 2007 r. do lipca 2008 r., od września 2008 r. do marca 2009 r.;

Należność główna w wysokości – 3.238,59 zł. Odsetki liczone na dzień 10 grudnia 2013 r. – 2.018,00 zł. Koszty upomnień w wysokości – 70,40 zł. Razem: 5.326,99 zł.

Na podstawie opinii biegłego sądowego z zakresu ekonomiki przedsiębiorstw, gospodarki materiałowej, zatrudnienia i płac Sąd Okręgowy ustalił, że zaległości te miały charakter stały i w kolejnych miesiącach permanentnie powiększały saldo zobowiązań zarówno w zakresie składek finansowanych przez płatnika jak i składek finansowanych przez ubezpieczonego, zaległości te poczynając od najstarszych powstały od lipca 2007 r z datą wymagalności na dzień 17 lipca 2007 r - przesłanki do ogłoszenia upadłości wystąpiły już w tym roku – od lipca 2007 (niespłacone zobowiązania wobec ZUS od lipca 2007 r.). Wynika to wprost z faktu, że ten miesiąc i dalsze miesiące firma miała nieuregulowane składki, co w świetle art. 11 ust. 1 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze jest przesłanką wystarczającą do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez wierzycieli. Dodatkowym argumentem potwierdzającym krytyczną sytuację badanej firmy jest analiza wskaźnikowa prezentująca kondycję firmy pod względem zagrożenia upadłością. Do analizy wykorzystano modele dyskryminacyjne:

- ogólny model A. dla spółek nie notowanych na giełdzie

- model G. i S. dla spółek działających na rynku polskim

- model (...) stosowany podobnie dla firm na rynku polskim.

Wszystkie z wykorzystanych modeli wskazują na występowanie poważnego zagrożenia upadłością w latach 2008, 2009. Wyniki te mają wyłącznie charakter pomocniczy i w pełni potwierdzają powyżej prezentowane wnioski. Analiza wcześniejszych okresów jest niemożliwa z uwagi na brak rzetelnych danych w dokumentach spółki.

Analiza wyników bilansowych za lata 2008, 2009 potwierdza występowanie okoliczności wyczerpujących warunki art. 11 w ust. 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze do ogłoszenia upadłości. Dowodem na tę okoliczność jest występowanie od 2009r. ujemnych kapitałów własnych, co oznacza, że wartość ewidencyjna aktywów firmy była niższa niż poziom jej zadłużenia. Na podstawie danych można stwierdzić, że przesłanki do ogłoszenia upadłości wystąpiły w 2008 r. W rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze przesłanki do ogłoszenia upadłości wystąpiły, co najmniej w roku 2008. Firma miała ujemne kapitały własne, co oznacza, że zadłużenie przewyższało wartość aktywów firmy. Jest to równoznaczne ze stwierdzeniem, że podstawowym źródłem finansowania działalności było zaciągnięcie coraz większych zobowiązań wobec dostawców i powiększanie salda zobowiązań publiczno – prawnych. Brak danych za wcześniejsze okresy uniemożliwia precyzyjne określenie występowania tej przesłanki w okresach wcześniejszych. Gdyby spółka dysponowała środkami trwałymi to powinny być one zawarte w sprawozdaniu finansowym po stronie aktywów, a takie nie zostały umieszczone.

Powyzszy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów zgromadzonych w sprawie i w aktach ZUS, także na podstawie zeznań świadków oraz dowodu z opinii biegłego.

Sąd oceniając zgromadzony materiał dowodowy, w pełni uznał wartość dowodową opinii powołanego w sprawie biegłego. W ocenie Sądu złożone do sprawy opinie nie zawierają żadnych braków i wyjaśniają wszystkie okoliczności

istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Biegły wydał opinie po przeprowadzeniu stosownych badań (przyczytał dokumentację na której się oparł i przedstawił metody badawcze) i analizie dostępnej dokumentacji dotyczącej spółki (wyjaśnił dlaczego oparł się na dokumentach nadesłanych przez sąd rejestrowy, a nie przez wnioskodawcę – w związku z istniejącymi rozbieżnościami pomiędzy tymi dokumentami). W ocenie Sądu opinie biegłego były rzetelne, zostały sporządzone zgodnie z wymaganiami fachowości i niezbędnej wiedzy w zakresie stanowiącym ich przedmiot, a wynikające z nich wnioski są logiczne i prawidłowo uzasadnione. Biegły ustosunkował się do zarzutów wnioskodawcy. Ostatecznie wnioskodawca nie zgłaszał dalszych wniosków dowodowych w tym zakresie. Sąd pominął dowód z przesłuchania wnioskodawcy, z uwagi na to, że wnioskodawca nie stawiał się na ostatni termin rozprawy, mimo wezwania do osobistego stawiennictwa pod rygorem pominięcia tego dowodu, nie usprawiedliwił też swojej nieobecności.

W konsekwencji powyższych ustaleń i wniosków Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie jest niezasadne.

Argumentując podnosił, że z mocy art. 31 i 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 963) do należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, na ubezpieczenie zdrowotne oraz na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych stosuje się odpowiednio wyszczególnione w przepisie art. 31 przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa. Zastosowanie do należności z tytułu składek, z mocy art. 31, ma m.in. przepis art. 116 Ordynacji podatkowej.

Zgodnie z art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t. j. Dz. U. z 2017, poz. 201) za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu:

1) nie wykazał, że:

a) we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo

b) niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy;

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

W myśl art. 116 § 2 odpowiedzialność członków zarządu obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu. Przepisy § 1-3, w myśl § 4, stosuje się również do byłego członka zarządu oraz byłego pełnomocnika lub współnika spółki w organizacji.

Z analizy treści przepisu art. 116 wynika, że przesłankami odpowiedzialności członka zarządu za zaległości składkowe spółki z o.o. jest ustalenie, że (1) zaległości składkowe powstały w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu przez daną osobę, że (2) egzekucja do majątku spółki okazała się bezskuteczna w całości lub w części oraz że (3) nie zaistniały żadne okoliczności zwalniające tej osoby od odpowiedzialności.

Ciężar wykazania dwóch pierwszych przesłanek /pozytywnych/ ciąży na Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych, natomiast ciężar dowodu przesłanki trzeciej - w zakresie istnienia okoliczności uwalniających od tej odpowiedzialności - spoczywa na odwołującym się.

W rozpoznawanej sprawie bezspornym było, że w okresie powstania zaległości odwołujący się pełnił funkcję członka zarządu spółki. Fakt istnienia zaległości z tytułu nieopłaconych składek w spornym okresie jak i wysokość tej zaległości również nie były przedmiotem sporu.

Bezskuteczność egzekucji jest wykazana, gdy egzekucja z majątku spółki w całości lub w części jest bezskuteczna. Zdaniem Sądu Okręgowego, tak samo jak przy odpowiedzialności z art. 299 kodeksu spółek handlowych (poprzednio

298 kodeksu handlowego), ustalenie przesłanki bezskuteczności egzekucji może nastąpić na podstawie każdego dowodu wskazującego, że spółka nie ma majątku, który pozwalałby na zaspokojenie wierzyciela - może to być:

- postanowienie Sądu o oddaleniu wniosku, o ogłoszeniu upadłości z tego powodu, że majątek spółki nie wystarcza nawet na koszty postępowania,
- bilans spółki, z którego wynika, że nie ma ona majątku wystarczającego na zaspokojenie wierzyciela,
- postanowienie o umorzeniu egzekucji z uwagi na jej bezskuteczność uzyskane przez innego wierzyciela,
- gdy Sąd oddali wniosek o ogłoszeniu upadłości wobec stwierdzenia, że przedmioty majątkowe wchodzące w skład majątku dłużnika są obciążone zastawem, zastawem rejestrowym lub hipoteką, a pozostały majątek oczywiście nie wystarczy na zaspokojenie kosztów postępowania,
- a także wszelkie inne dowody wskazujące, że w danej sytuacji nie jest realne uzyskanie zaspokojenia przez wierzyciela z pozostałego jeszcze majątku spółki.

Uogólniając można stwierdzić, iż przesłankę bezskuteczności egzekucji można wykazać na podstawie każdego dowodu wykazującego, że spółka nie ma majątku, który pozawalałby na zaspokojenie jej wierzyciela, który dochodzi swojej należności od członka zarządu Spółki. Nie można bowiem, zdaniem Sądu Okręgowego, zmuszać organu rentowego do działań pozbawionych racjonalności, aby wszczął i prowadził wszelkiego rodzaju postępowanie egzekucyjne przeciwko spółce, skoro wykazał on takie okoliczności, z których można wnioskować, że egzekucja z majątku spółki byłaby całkowicie bezskuteczna. (por. wyrok Sądu Najwyższego z 26 czerwca 2003 VCKN 416/2001 OSNC 2004/7-8/poz.128, orzeczenie Sądu Najwyższego z 9 czerwca 1937r. IC 1927/36 Zbiór Urzędowy 1938 nr 4 poz.184, Uchwała Sądu Najwyższego z 15 czerwca 1999r. III CZP 10/99 -Monitor Prawniczy 1999/11 str 42, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 5 października 1994r I ACr 470/94 Prawo Gospodarcze 1995 nr 6 strona 28; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 18 stycznia 1994r ACr 1024/93 - Przegląd Orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Gdańsku 1994/2 strona 28; A.Szajkowski- Kodeks handlowy tom I s. 298 - komentarz- Wydawnictwo C.H.Beck/PWN Warszawa 1994; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 28 czerwca 2005r. VI ACa 231/2005)

Bezskuteczność egzekucji w całości lub w części, o której mowa w art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 201), oznacza stan, gdy wierzyciel podatkowy nie uzyskał zaspokojenia mimo przeprowadzonego postępowania egzekucyjnego. Będzie to, więc działanie nieprzynoszące pożądaných rezultatów. Tym samym, bezskuteczność egzekucji będzie miała miejsce, gdy skierowanie egzekucji do całego majątku podatnika, zastosowanie różnych sposobów egzekucji, nie dało wyniku w postaci zaspokojenia roszczenia podatkowego. Warunkiem uznania bezskuteczności egzekucji jest jej formalne przeprowadzenie, a także stwierdzenie bezskuteczności egzekucji na podstawie każdego prawnie dopuszczalnego dowodu. Jeżeli natomiast członek zarządu spółki poddaje w wątpliwość zakres egzekucji skierowanej do majątku spółki, ale sam nie wskazuje mienia, z którego zaspokojenie zaległości podatkowych byłoby możliwe, to zarzut ten nie może być uwzględniony. (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 października 2016r., (...), opubl. L.). Mienie spółki, którego wskazanie zwalnia członka zarządu z odpowiedzialności za zaległości podatkowe spółki musi być realne i istnieć w dacie, gdy zostało wskazane. Okoliczności te powinien wykazać członek zarządu podając dane umożliwiające przeprowadzenie z tego mienia skutecznej egzekucji (tak wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 stycznia 2012 r., (...) SA/Wa (...), Lex nr 1139384).

Odwołujący w postępowaniu nie wskazał precyzyjnie majątku, z którego możliwe byłoby zaspokojenie należności wobec organu rentowego. Brak składników majątkowych został potwierdzony także opinią biegłego, a sama spółka wzywana do wyjawienia majątku złożyła oświadczenie (gdy wnioskodawca pełnił funkcję prezesa zarządu), że brak jest tego majątku.

O bezskuteczności postępowania egzekucyjnego przesądza zakończone umorzeniem postępowanie wszczęte na podstawie tytułów wykonawczych wystawionych przez organ rentowy, prowadzone w trybie administracyjnym przez

Dyrektora (...) Oddział w Ł., a następnie Naczelnika US. Postępowanie to nie doprowadziło do wyegzekwowania należności.

W ocenie Sądu rozpoznającego przedmiotową sprawę dwie pierwsze przesłanki odpowiedzialności członka zarządu zostały spełnione. W tej sytuacji odwołujący się od odpowiedzialności za zaległe składki mógłby uwolnić się tylko wtedy, gdyby wykazał, że we właściwym czasie zgłoszony został wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe albo też niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło bez jego winy.

Zdaniem Sądu Okręgowego przeprowadzone w sprawie postępowanie dowodowe wykazało, że nie została spełniona przesłanka wyłączająca odpowiedzialność skarżącego w postaci braku winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości lub wniosku wszczynającego postępowanie zapobiegającego ogłoszeniu upadłości.

Ustalenie czy wniosek o ogłoszenie upadłości spółki lub o wszczęcie postępowania układowego został zgłoszony w odpowiednim czasie wymaga uwzględnienia przepisów regulujących podstawy oraz terminy do zgłoszenia takowych wniosków. Kwestie te od dnia 1 października 2003 r. normuje ustawa Prawo upadłościowe i naprawcze z dnia 28 lutego 2003 r. (t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 2171).

Zgodnie z dyspozycją art.10 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania spornej decyzji przesłanką ogłoszenia upadłości jest niewypłacalność dłużnika.

Przepis art.11 ust.1 tej ustawy określający, kiedy istnieje niewypłacalność stanowiąca podstawę ogłoszenia upadłości stanowi, iż następuje to wtedy, gdy dłużnik nie wykonuje swoich zobowiązań, które są wymagalne. Dotyczy to tak zobowiązań cywilnoprawnych, jak i publicznoprawnych.

Przepis art. 11 ust. 2 reguluje drugą postać niewypłacalności. Dotyczy on osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, ale którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną. Te podmioty są niewypłacalne także wtedy, gdy ich zobowiązania przekroczą wartość ich majątku i to nawet wtedy, gdy na bieżąco wykonują swoje zobowiązania.

Ewentualne ogłoszenie upadłości każdorazowo jest poprzedzone oceną czy majątek dłużnika jest wystarczający co najmniej na pokrycie kosztów takiego postępowania.

W przypadku, gdy majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania, Sąd – zgodnie z art.13 ust.1 – zobowiązany jest wniosek o ogłoszenie upadłości oddalić.

Postępowanie upadłościowe w swych założeniach ma bowiem zmierzać do zaspokojenia wierzycieli choćby w minimalnym stopniu. Celem tego postępowania nie jest likwidacja majątku dłużnika dla samej likwidacji. Dlatego też w razie braku majątku służącego na zaspokojenie wierzycieli postępowania upadłościowego się nie wszczyna.

Termin zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości określa art. 21 ust. 1 cytowanej ustawy w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania spornej decyzji, zgodnie z którym dłużnik jest obowiązany zgłosić taki wniosek nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości.

Dokonując oceny, czy zgłoszenie wniosku o upadłość nastąpiło we "właściwym czasie" - art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej należy uznać, że powinno to nastąpić w takim momencie, aby zapewnić ochronę zagrożonych interesów wszystkich wierzycieli, aby po ogłoszeniu upadłości wszyscy wierzyciele mieli możliwość uzyskania równomiernego, chociaż tylko częściowego, zaspokojenia z majątku spółki.

Przesłanka ta jest spełniona w szczególności wtedy, gdy członek zarządu po ustaleniu, że stan finansowy spółki uzasadnia złożenie wniosku o upadłość, niezwłocznie złoży taki wniosek. Brak winy w niezgłoszeniu wniosku o upadłość nie może natomiast polegać na nadziei na wpływy i zyski. Subiektywna ocena sytuacji majątkowej spółki nie świadczy o braku winy; brak winy może być odnoszony jedynie do wyjątkowych sytuacji, w których członek zarządu

(prezes) nie ma wiedzy co do rzeczywistej sytuacji w zakresie płacenia zobowiązań przez spółkę z uzasadnionych (obiektywnie) przyczyn i przy dołożeniu należytej staranności nie może tej wiedzy uzyskać albo podjąć stosownych działań jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 lutego 2011 r. sygn. II UK 265/10, LEX nr 844740/.

Albowiem jednym z celów postępowania upadłościowego jest zapobieżenie dowolnemu i wybiórczemu zaspokajaniu jednych wierzycieli kosztem innych (postanowienie Sądu Najwyższego z 26 sierpnia 1999r. IIICKN 24/99 OSNC 2000/3 poz.54) dlatego też, właściwy czas do zgłoszenia upadłości, o jakim mowa w art.116 § 1 Ordynacji podatkowej to czas, w jakim zarząd spółki nie jest w stanie realizować zobowiązań względem wszystkich wierzycieli, którzy po ogłoszeniu upadłości mogą liczyć na równomierne zaspokojenie.

A zatem, jeżeli Zarząd Spółki zgłasza wniosek o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie, to oznacza, że uczynił ze swej strony wszystko, by nie dopuścić do zaspokojenia niektórych wierzycieli ze szkodą dla innych. Jeżeli natomiast wniosek jest zgłoszony wtedy, gdy majątek spółki nie wystarcza nawet na koszty postępowania upadłościowego, to nie może być mowy o zaspokojeniu jakichkolwiek wierzycieli. Ogłoszenie upadłości jest wówczas bezcelowe i nie dochodzi do niego (tak wyrok Sadu Apelacyjnego w Warszawie z 11 lipca 2002r. I ACa 1428/2001 OSA 2004/8 poz.23 str 63; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 18 grudnia 2000r. I ACa 620/2000 OSA 2002/5 poz. 33 str 62).

"Właściwy czas" do wszczęcia postępowania upadłościowego, który uwolniłby od przeniesienia zobowiązania podatkowego, to czas właściwy ze względu na ochronę wierzycieli. Za taki czas nie może być uznana chwila, w której pasywa przewyższają aktywa i z tej przyczyny dłużnik nie posiada już dostatecznych środków na zaspokojenie wierzycieli (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30.04.2004 r. (...) SA (...), LEX nr 150841; wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 9 marca 2010 r. I SA/R. 790/09 LEX nr 570706).

Ustalenie zatem, czy we właściwym czasie zgłoszono upadłość wymaga uprzedniego ustalenia, czy i kiedy zaprzestano płacenia długów lub czy i kiedy ujawniono, że majątek spółki nie wystarcza na płacenie długów. Przy ustalaniu, czy zgłoszenie wniosku o upadłość nastąpiło we właściwym czasie, należy ocenić czy wniosek o upadłość został złożony w takim czasie, aby wszyscy wierzyciele mieli możliwość uzyskania równomiernego, chociaż tylko częściowego, zaspokojenia z majątku spółki. Odpowiedzialność za zrealizowanie tego celu spoczywa na członkach zarządu spółki, oni są bowiem uprawnieni i zobowiązani do kontrolowania stanu finansów i majątku spółki oraz do zgłoszenia wniosku o upadłość lub otwarcie postępowania układowego, gdy zachodzą do tego podstawy. Każdy zatem z członków zarządu spółki powinien zadbać z należytą starannością o ochronę interesów wszystkich wierzycieli zagrożonych stanem niewypłacalności spółki i nie dopuścić, aby niektórzy z wierzycieli zostali zaspokojeni ze szkodą dla innych. Wniosek o ogłoszenie upadłości może być zatem uznany za zgłoszony we właściwym czasie, gdy wykazane zostanie, że zgłaszając go zarząd (członek zarządu) uczynił ze swej strony wszystko, by nie dopuścić do zniweczenia celu postępowania upadłościowego poprzez stworzenie sytuacji, w której tylko niektórzy wierzyciele są zaspokajani kosztem innych.

W przedmiotowej sprawie wniosek o ogłoszenie upadłości nie został w ogóle złożony.

Z ustaleń sądu, poczynionych w oparciu o opinię biegłego wynika natomiast, że uwzględniając okoliczności z niezapłaconych zobowiązań w 2007 r w stosunku do ZUS – zaległości te miały charakter stały i w kolejnych miesiącach permanentnie powiększały saldo zobowiązań zarówno w zakresie składek finansowanych przez płatnika jak i składek finansowanych przez ubezpieczonego, zaległości te poczynając od najstarszych powstały od lipca 2007r. z datą wymagalności na dzień 17 lipca 2007 r - przesłanki do ogłoszenia upadłości wystąpiły już w tym roku – od lipca 2007 (niespłacone zobowiązania wobec ZUS od lipca 2007r.). Wynika to wprost z faktu, że ten miesiąc i dalsze miesiące firma miała nieuregulowane składki, co w świetle art. 11 ust. 1 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze jest przesłanką wystarczającą do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez wierzycieli. Dodatkowym argumentem potwierdzającym krytyczną sytuację badanej firmy jest analiza wskaźnikowa prezentująca kondycję firmy pod względem zagrożenia upadłością.

Wszystkie z wykorzystanych modeli dyskryminacyjnych wskazują na występowanie poważnego zagrożenia upadłością w latach 2008, 2009. Wyniki te mają wyłącznie charakter pomocniczy i w pełni potwierdzają powyżej prezentowane wnioski.

Analiza wyników bilansowych za lata 2008, 2009 potwierdza występowanie okoliczności wyczerpujących warunki art. 11 w ust. 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze do ogłoszenia upadłości. Dowodem na tę okoliczność jest występowanie od 2009 r. ujemnych kapitałów własnych, co oznacza, że wartość ewidencyjna aktywów firmy była niższa niż poziom jej zadłużenia. Na podstawie danych można stwierdzić, że przesłanki do ogłoszenia upadłości wystąpiły w 2008 r.

W rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze przesłanki do ogłoszenia upadłości wystąpiły, co najmniej w roku 2008. Firma miała ujemne kapitały własne, co oznacza, że zadłużenie przewyższało wartość aktywów firmy. Jest to równoznaczne ze stwierdzeniem, że podstawowym źródłem finansowania działalności było zaciągnięcie coraz większych zobowiązań wobec dostawców i powiększanie salda zobowiązań publiczno – prawnych.

W świetle tak poczynionych ustaleń uznać należało, że przyczyny uzasadniające złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości „PET-SERWIS-POLSKA” Sp. z o.o. najwcześniej zaistniały w lipcu 2007 r. Przyczyny uzasadniające złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości zaistniały więc w okresie kiedy to w skład zarządu wchodził P. C. jako Prezes Zarządu. Dlatego też uznać należy, że osoba ta odpowiada za zobowiązania spółki powstałe w czasie pełnienia przez niego funkcji członka zarządu.

Uwolnienie się od odpowiedzialności za zobowiązania spółki sprowadza się do wykazania należytej staranności w działaniu zmierzającym do wszczęcia postępowania upadłościowego w celu ochrony wierzycieli. Wymagany jest odpowiedni poziom wiedzy i profesjonalizmu ze strony członka zarządu spółki kapitałowej, a w konsekwencji wynikająca z nich podwyższona staranność (art. 355 § 2 k.c.). Powyższe oznacza przyjęcie, że każdy członek zarządu obowiązany jest kontrolować sytuację w spółce przynajmniej z taką uwagą, która pozwala na zorientowanie się, iż jest ona niewypłacalna i że należy wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Wewnętrzny podział czynności w zarządzie spółki prowadzący de facto do całkowitego wyłączenia obowiązków w tym zakresie nie może zwolnić członka zarządu z jego ustawowych obowiązków wynikających z pełnienia funkcji w tym organie, ani od odpowiedzialności za ich niedopełnienie.

Wykładnia art. 116 ustawy - Ordynacja podatkowa powinna bowiem uwzględniać przede wszystkim funkcję ochrony praw Skarbu Państwa - podmiotu uprawnionego do uzyskania należności podatkowych. Przesłanka braku winy członka zarządu spółki prawa handlowego powinna być oceniana według kryteriów prawa handlowego, czyli według miary podwyższonej staranności oczekiwanej od osoby pełniącej funkcję organu osoby prawnej prowadzącej działalność gospodarczą, miary tej staranności uwzględniającej pewne (podwyższone) ryzyko gospodarcze związane z prowadzeniem tej działalności.

Wnioskodawca w tym zakresie podnosił, że prowadził rozmowy z inwestorem i miał nadzieję na poprawę sytuacji w firmie, ale pozostaje to bez wpływu na rozstrzygnięcie, skoro do sprzedaży udziałów doszło w 2010 roku, a wniosek o ogłoszenie upadłości winien był zgłoszony w latach 2007 – 2008 r.

W niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości, że nastąpiło nieopłacenie zobowiązań wobec organu rentowego. Wysokość zadłużenia „PET-SERWIS-POLSKA” Sp. z o.o. także nie budzi wątpliwości wobec wyliczeń biegłego, opartych na złożonych dokumentach, których poprawności matematycznej nie kwestionował żaden uczestnik postępowania. Bez wątpliwości wystąpiła także przesłanka odpowiedzialności członków zarządu w postaci bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce.



Wnioskodawca nie wykazał również zaistnienia okoliczności, które zwalniałyby od odpowiedzialności członków zarządu, czyli zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie bądź wskazania mienia, z którego możliwe jest zaspokojenie wierzycieli.

Zgodnie z tezą wyroku WSA z dnia 2005.06.30, jaki zapadł w sprawie (...) SA/Wa 629/04 (LEX nr 181425) organ podatkowy jest w zasadzie zobowiązany wskazać jedynie okoliczności pełnienia obowiązków członka zarządu w czasie powstania zobowiązania podatkowego, które przerodziło się w dochodzoną zaległość podatkową spółki oraz bezskuteczność egzekucji przeciwko spółce, gdyż ciężar wykazania jakiejkolwiek okoliczności uwalniającej od odpowiedzialności spoczywa na członku zarządu. Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 24.08.2004r. (I SA/Wr 3285/02, LEX nr 258585) wskazując, iż z brzmienia art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej (Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.) wynika, że obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek zwalniających z odpowiedzialności za cudze zobowiązania podatkowe członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ciąży na tym członku. Zatem to ten członek winien okoliczność tę udowodnić, gdyż z tego faktu zamierza wywieść korzystne dla siebie następstwa. Również Naczelny Sąd Administracyjny w Łodzi w wyroku z dnia 11 lutego 2003 r. (I SA/Łd (...); OSP 2004/5/69) zajął stanowisko, że z woli ustawodawcy, wyrażonej w art. 116 § 1 ustawy z 29.VIII.1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. Nr 137, poz. 926 ze zm.), ciężar udowodnienia terminu zgłoszenia wniosku, o którym mowa w tym przepisie, obciąża stronę, która z faktu tego wywodzi określone okoliczności. Oznacza to, że skarżący, chcąc uwolnić się od odpowiedzialności za płatnika (spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością), jako osoba trzecia, powinna wykazać, że stosowny wniosek o upadłość spółki został złożony w terminie. Jest to przepis szczególny, w odniesieniu do którego zasada wyrażona w art. 187 ordynacji podatkowej (na którą powoływano się w skardze) nie obowiązuje. To nie organ podatkowy, lecz członek zarządu powinien udowodnić, iż wniosek o upadłość złożył we właściwym czasie.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 477<sup>14</sup> § 1 k.p.c. Sąd oddalił odwołanie.

Sąd w stosunku do spółki zastosował przepis z art. 477<sup>11</sup> k.p.c. zgodnie z brzmieniem tego przepisu od dnia 20 marca 2015 r (Dz.U. 2015r., poz. 218 ), zgodnie z którym stronami są ubezpieczony, osoba odwołująca się od orzeczenia wojewódzkiego zespołu do spraw orzekania o niepełnosprawności, inna osoba, której praw i obowiązków dotyczy zaskarżona decyzja, organ rentowy, wojewódzki zespół do spraw orzekania o niepełnosprawności i zainteresowany. Zainteresowanym jest ten, czyje prawa lub obowiązki zależą od rozstrzygnięcia sprawy. Jeżeli zainteresowany nie bierze udziału w sprawie, sąd zawiadomi go o toczącym się postępowaniu. Zainteresowany może przystąpić do sprawy w ciągu dwóch tygodni od dnia doręczenia zawiadomienia. Do zainteresowanego przepisu art. 174 § 1 nie stosuje się. Postanowienie sądu o zawiadomieniu zainteresowanego o toczącym się postępowaniu może zapaść na posiedzeniu niejawnym, bowiem zgodnie z art. 10 ustawy z dnia 15 stycznia 2015r. o zmianie ustawy kodeks cywilny i zmianie niektórych ustaw (Dz.U. 2015 r poz. 218) do spraw z zakresu ubezpieczeń społecznych z udziałem zainteresowanych, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, przepisu art. 477<sup>11</sup> § 2 k.p.c. zdanie czwarte, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, nie stosuje się do czasu zakończenia postępowania w danej instancji. Spółka nie przystąpiła do postępowania. Na marginesie należy tylko podnieść, że SA w Ł. w sprawie III AUa 943/13, cytując także orzecznictwo SN, przyjął, że spółka w sprawach dotyczących odpowiedzialności członków zarządu w ogóle nie jest zainteresowanym w rozumieniu powoływanego przepisu.

Stosownie do wyników postępowania Sąd zgodnie z art. 98 k.p.c. obciążył wnioskodawcę kosztami zastępstwa procesowego.

Wysokość wynagrodzenia pełnomocnika ZUS Sąd ustalił w oparciu o § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. 2013 poz. 490 ze zm. w brzmieniu obowiązującym w dniu wniesienia odwołania) – w kwocie 3.600 zł.

W apelacji P. C., zastąpiony profesjonalnie, zaskarżył wyrok w całości, zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego, a to art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku Ordynacja podatkowa (tj. Dz. U. 2017, poz. 201) poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i uznanie, iż P. C. odpowiada za zobowiązania spółki (...) Sp. z o.o. podczas gdy mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności obszernie zeznania P. C. oraz świadków, należy uznać, że zaszyły przesłanki wyłączające tę odpowiedzialność;

2. naruszenie prawa procesowego, które mogło mieć wpływ na wynik wydanego orzeczenia, a to art. 233 § 1 k.p.c. poprzez zastosowanie dowolnej zamiast swobodnej oceny materiału dowodowego poprzez :

- całkowite pominięcie zeznań P. C. przy ustalaniu stanu faktycznego w sprawie, podczas gdy brak w uzasadnieniu wyroku także wskazania przyczyny ich pominięcia, a zeznania te winny stanowić pełnowartościowy środek dowodowy z uwagi na to, że nie ujawniły się żadne okoliczności ograniczające wiarygodność P. C.;

- oparcie swojego rozstrzygnięcia na opinii biegłego z zakresu rachunkowości wydanej w przedmiotowej sprawie podczas gdy opinia ta nie może być uznana za pełnowartościowe źródło dowodowe w obliczu tego, że - jak sam stwierdził biegły - dokumentacja na której się oparł nie jest pełna, a jednocześnie nie udało się uzyskać pełnej dokumentacji księgowej od spółki;

3. błąd w ustaleniach faktycznych, który mógł mieć wpływ na wynik wydanego orzeczenia, wyrażający się w nieprawidłowym ustaleniu, że:

- P. C. nie wskazał mienia spółki (...) Sp. z o.o., z którego mogłaby być prowadzona skutecznie egzekucja;

- postępowanie egzekucyjne było prowadzone w sposób wyczerpujący, podczas gdy było ono skierowane jedynie do rachunków bankowych spółki, z całkowitym pominięciem egzekucji z ruchomości, a także czynności takich jak np. wyjawienie majątku;

- spółka (...) Sp. z o.o. posiadała długi wobec dostawców, hurtowni oraz pracowników - które to ustalenie miało wynikać z zeznań świadków I. P. oraz D. G. - podczas gdy świadkowie ci stwierdzili, że spółka posiadała w spornym okresie wiele zamówień i je realizowała, a wynagrodzenia były pracownikom wypłacane regularnie.

Mając na uwadze powyższe, apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uchylenie decyzji ZUS Nr (...) z dnia 10 grudnia 2013r., alternatywnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Wniósł także o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu apelacji podniesiono, że Sąd I instancji zupełnie pominął treść zeznań P. C., który wskazał, iż w istocie nie złożył wniosku o ogłoszenie upadłości, natomiast w okresie, w którym sprawował funkcję Prezesa Zarządu nie istniały ku temu przesłanki. Jak wynika z jego zeznań spółka w spornym okresie miała wiele zamówień, które realizowała, a wszelkie płatności z ich tytułu były dokonywane. Na bieżąco były także wypłacane wynagrodzenia dla pracowników. Jedynym problemem okazała się realizacja jednego z większych zamówień, którą uniemożliwiła niesprzyjająca ówczesnie pogoda - generując tym samym także znaczne koszty po stronie spółki. Spowodowało to pewien zastój finansowy spółki i pogorszyło jej kondycję. W celu uzyskania środków finansowych P. C. miał zamiar pozyskać nowego inwestora. W tym celu w toku postępowania został zgłoszony wniosek o dopuszczenie dowodu z zeznania I. G., jednakże wniosek ten nie mógł być zrealizowany z uwagi na fakt, iż świadek przebywa obecnie prawdopodobnie w Republice Południowej Afryki. Wbrew jednak oczekiwaniom P. C. pozyskanie nowego inwestora nie naprawiło kondycji finansowej spółki, natomiast fakt ten ujawnił się już po odwołaniu P. C. z pełnionej funkcji. Zgodnie zatem z wyrokiem NSA z dnia 20 listopada 2013 roku, (...) SA 110/02 - „odpowiedzialność członka zarządu za zaległości podatkowe nie może mieć miejsca, jeżeli przesłanki do złożenia wniosku o upadłość zaistniały gdy nie miał on już wpływu na podjęcie kroków zmierzających do ogłoszenia upadłości spółki”.

Ponadto, oceniając sytuację majątkową spółki w spornym okresie, Sąd dokonał nieprawidłowej oceny materiału dowodowego, pomijając całkowicie zeznania P. C., ale także uznając za w pełni miarodajną opinię biegłego z zakresu rachunkowości. Jak sam biegły wskazał, dokumentacja którą dysponował zawiera szereg sprzeczności i błędów, jest

także niekompletna. Nie zawiera także wymienionych wszystkich składników majątkowych spółki. Z uwagi na to materiał, którym dysponował biegły nie mógł stanowić podstawy do wydania pełnowartościowej opinii, a zatem Sąd I instancji winien w sposób bardziej krytyczny odnieść się do jej treści. Sąd przyjmuje wskazaną opinię jako w pełni wiarygodną, pomijając w uzasadnieniu całkowicie analizę jej treści.

Ponadto, na podstawie przeprowadzonych dowodów z zeznań świadków I. P. i D. G. Sąd I instancji wysnuł nieprawidłowe wnioski, co skutkowało błędem w ustaleniach faktycznych. Świadkowie ci bowiem potwierdzili, że spółka w okresie spornym miała wiele zamówień, a wynagrodzenia im były wypłacane regularnie. Nawet jeżeli Sąd I instancji nie podzielił powyższej argumentacji, to należy zauważyć, że odpowiedzialność P. C. za zobowiązania spółki została także wyłączona z uwagi na to, że wskazał on mienie spółki, z którego organ mógł uzyskać zaspokojenie. Z uwagi na to, iż spółka - pomimo szeregu wezwań - nie ujawniła pełnej dokumentacji księgowej, a P. C. nie ma już do niej dostępu - niemożliwe okazało się precyzyjne wskazanie położenie tych ruchomości. P. C. jednak wskazał dokładnie, że spółka posiadała naczepę samochodową o wartości 10.500 zł oraz rozdrabniacz do kruszywa o wartości 60.000 zł, które znajdują się w B..

Należy także wskazać, że aby uznać odpowiedzialność członka zarządu za zobowiązania spółki, egzekucja prowadzona wobec spółki musi być bezskuteczna co do całości - a nie jedynie części majątku spółki. Postępowanie egzekucyjne prowadzone przeciwko PET- SERWIS- (...) Sp. z o.o. było skierowane jedynie do rachunków bankowych spółki. Należy uznać zatem, że było skierowane jedynie do części potencjalnego majątku spółki. Postępowanie to nie zostało skierowane ani do ruchomości, nieruchomości, czy też wierzytelności spółki. Nie zostały także podjęte żadne czynności mające na celu wyjawienie majątku spółki. Zakład Ubezpieczeń Społecznych nie wykazał zatem w sposób dostateczny, że egzekucja z majątku spółki okazała się całkowicie bezskuteczna - a istniejący majątek ruchomy spółki wskazał P. C..

Apelujący wskazał również, że nie można zgodzić się w pełni ze stwierdzeniem, iż ciężar wykazania przesłanek negatywnych odpowiedzialności członka zarządu, spoczywa jedynie na nim. Jak wskazał WSA w Warszawie w wyroku z dnia 3 grudnia 2004, (...) SA/Wa 209/04 - „do ustalenia odpowiedzialności członka zarządu konieczne jest nie tylko ustalenie pozytywnych jej przesłanek, czyli bezskuteczności egzekucji zaległości podatkowej oraz powstania zobowiązania w okresie pełnienia przez niego funkcji, ale także wykazanie, że nie zachodzą przesłanki wyłączające tę odpowiedzialność". Teza ta stanowi przeciwwagę dla stanowiska, iż obowiązek dowodzenia powyższego obciąża jedynie stronę. Takie bowiem stanowisko stoi w sprzeczności z ogólnymi zasadami wynikającymi z Ordynacji podatkowej, jaką jest dążenie do realizacji zasady prawdy materialnej. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem, iż po stronie organu uzasadniona może być całkowita bierność w tym zakresie.

### ***Sąd Apelacyjny zważył co następuje.***

Apelacja jest bezzasadna i jako taka podlega oddaleniu.

Wbrew bowiem twierdzeniom apelacji, Sąd pierwszej instancji dokonał prawidłowych i wystarczających do merytorycznego rozstrzygnięcia ustaleń faktycznych, prawidłowo też zakwalifikował ustalony stan faktyczny pod przywołane normy prawa materialnego.

W szczególności prawidłowo tenże Sąd ustalił, że w sprawie spełniona była także przesłanka bezskuteczności egzekucji oraz, iż nie wystąpiły podnoszone przez apelanta przesłanki uwalniające od odpowiedzialności. Przy czym, już sama konstrukcja apelacji, wykazuje, że nie wychodzi ona poza granice bezskutecznej polemiki ze stanowiskiem sądu skoro powołując się na przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów argumentację motywacji zarzutów sprowadza do braku wszechstronnej oceny zebranego materiału dowodowego. Nadto, co jest najistotniejsze przy ocenie i zwalniające ze szczegółowego rozważania powyższego, powołuje się na okoliczności, faktyczne nie mające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

I tak, ma oczywiście rację apelant, podnosząc, że dla stwierdzenia bezskuteczności egzekucji jako warunku odpowiedzialności, konieczne jest wykazanie przez wierzyciela niemożności uzyskania zaspokojenia z całego majątku spółki a nie tylko z pewnych jego składników. Stanowisko judykatury jest w tym zakresie utrwalone i podgląd ten,

został także przyjęty przez Sąd pierwszej instancji. Powyższe stanowisko, zostało jednoznacznie wyrażone w wyrokach Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2012 roku II UK 152/11 oraz z dnia 6 marca 2012 roku I UK 318/11 /legalis/. W motywach orzeczenia wydanego w sprawie I UK 318/11 podkreślono także, że instytucja przeniesienia zobowiązań składkowych wobec funduszu ubezpieczeń społecznych na osoby trzecie, nie została ustanowiona w celu ochrony dłużników, lecz w celu zabezpieczenia należności organu ubezpieczeń społecznych, który w zamiarze odzyskania należności wskazuje na bezskuteczność egzekucji skierowanej do znanych lub ujawnionych mu w postępowaniu egzekucyjnym składników majątku dłużnej spółki. Dlatego też, ocena działań wierzyciela musi być dokonywana z punktu widzenia celu instytucji ustanowionej do ochrony należności składkowych. Skutkiem czego, członek zarządu spółki wiedząc, że organ rentowy wszczął postępowanie egzekucyjne winien wykazać się aktywnością w regulowaniu należności, tym bardziej, jeżeli twierdzi, iż w tym okresie była możliwość zaspokojenia zadłużenia ze składników majątku i wiarygodności. Trudno, oceniając spełnienie przesłanki bezskuteczności, oczekiwać od organu rentowego by w tym zakresie czynił więcej, niż mogłaby uczynić sama spółka, czy też członek zarządu.

Z akt niniejszej sprawy bezspornie wynika, że było prowadzone postępowanie egzekucyjne, które ostatecznie zostało umorzone przez Naczelnika Urzędu Skarbowego. Spółka o prowadzonym postępowaniu wiedziała i w jego toku, nie ujawniała majątku z którego możliwe byłoby zaspokojenie zadłużenia. Problematyka ta, była szczegółowo analizowana przez Sąd pierwszej instancji. Precyzyjnie jest także w motywach przedstawiony tok rozumowania, który należy podzielić. Wobec bowiem przeprowadzenia postępowania egzekucyjnego, jego formalnego umorzenia z uwagi na bezskuteczność egzekucji i bierność spółki w tym postępowaniu, nie można bez konkretnych dowodów skutecznie kwestionować oceny, iż przesłanka bezskuteczności została spełniona. Budowanie w tym zakresie, w apelacji, tezy o ograniczonym zakresie prowadzenia egzekucji, pozostaje wprost w sprzeczności z istotą postępowania egzekucyjnego w administracji a nadto z treścią dowodów, przywołanych przez Sąd na k.309 odwrót wers 12 ). Jak prawidłowo w tym zakresie ustalił Sąd w toku postępowania egzekucyjnego w administracji w okresie pełnienia funkcji prezesa przez apelanta, spółka w wykonaniu wezwania organu złożyła oświadczenie o braku majątku z którego byłaby możliwa egzekucja.

(co do przesłanki skutecznego podniesienia zarzutu braku bezskuteczności egzekucji z uwagi na realne możliwości zaspokojenia wierzyciela w toku prowadzonej egzekucji patrz - odpowiednio SA (...) wyrok z 6 czerwca 2017 r III AU a 868/16 /legalis/).

Ma rację apelujący, podnosząc, że mimo spełnienia przesłanki pozytywnych odpowiedzialności za składki, odpowiedzialność może być wyłączona jeżeli występuje jedna z przesłanki negatywnych. Prawidłowo także podnosi, iż jedną z nich jest wskazanie mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości w znacznej części.

Oczywistym jest również, że skuteczne podniesienie istnienia tej przesłanki możliwe jest po stwierdzeniu bezskuteczności egzekucji, już po wydaniu decyzji przenoszącej odpowiedzialność w ramach prowadzonego postępowania odwoławczego. (patrz bliżej SA (...) wyrok z 12 grudnia 2017 roku III AUa 507/16 /legalis/). Powyższe, pozwala, pominąć w rozważaniach przyjętą konstrukcję argumentacji apelacji, łączącej kwestię bezskuteczności egzekucji oraz wystąpienia wskazanej przesłanki negatywnej. Nie rozważając w szczególności powyższego, stwierdzić należy, że sądem pierwszej instancji, że apelant nie wykazał mienia spółki, którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości składkowych. I w tym zakresie nie ma żadnego błędu Sądu pierwszej instancji, co pośrednio wynika także z treści apelacji. Autor apelacji przyznaje w niej wprost, że P. C. nie potrafi precyzyjnie wskazać ruchomości i miejsca ich położenia, poprzestając na stwierdzeniu, że spółka ma naczepę samochodową o wartości 10500 złotych oraz rozdrabniacz do kruszywa o wartości 60 000 złotych. W świetle powyższego, kwestia spełnienia przywołanej przesłanki negatywnej to nie tylko rzecz faktów co subsumpcji przywołanych faktów pod normę art.116 ordynacji podatkowej. A w tym zakresie, w całej rozciągłości należy podzielić stanowisko Sądu pierwszej instancji, iż do uwolnienia się od odpowiedzialności na podstawie art.116 §1 pkt.2 Ordynacji podatkowej konieczne jest wskazanie konkretnego mienia, rzeczywiście istniejącego, nadającego się efektywnie do egzekucji. Tylko bowiem realnie istniejące mienie wskazane wraz z jego usytuowaniem, istniejące w okresie w którym prowadzone jest postępowanie dotyczące przeniesienia odpowiedzialności może być uznane za przesłankę egzoneryjną. Wykładnia

tego przepisu w orzecznictwie jest ugruntowana (patrz NSA wyrok z 19 października 2017 r (...) i tam wskazywane orzecznictwo /legalis/) prawidłowo też, została odkodowana przez Sąd pierwszej instancji.

Niezasadnie, też apelant powołuje się na wystąpienie przesłanki uwalniającej z art. 116 § 1 pkt.1 lit. a) Ordynacji podatkowej. A kwestie faktyczne, które podnosi w motywacji zarzutu, wręcz potwierdzają brak winy w niezgłoszeniu upadłości. Mieć bowiem należy na uwadze przy ocenie, że wniosek o ogłoszenie upadłości nie został zgłoszony a apelant nie kwestionuje tego, że składki na ubezpieczenia społeczne nie były płacone co najmniej od lipca 2007 roku, co już jest wystarczające do stwierdzenia niewypłacalności. Nie kwestionuje też, tego, że już co najmniej od 2008 roku pasywa przenosiły aktywa. Prowadzenie w tych warunkach działalności, nie występowanie z wnioskiem o upadłość, było zapewne działaniem w ramach tzw. ryzyka gospodarczego. Jednakże, działania te, nakierowane jak twierdzi w apelacji apelant na ratowanie firmy poprzez pozyskanie inwestora, okazały się nieskuteczne. Wobec czego, nawet przyjmując, że z ekonomicznego punktu widzenia były to działania sensowne, nie mogły doprowadzić do uwolnienia członka zarządu od odpowiedzialności za zaległe zobowiązania składkowe. Albowiem brak winy w niezgłoszeniu wniosku o upadłość nie może polegać na nadziei czy subiektywnym przekonaniu, że uda się naprawić finanse firmy. ( patrz bliżej - SN wyrok z 8 lipca 2015 ro II UK 6/15 /legalis/). Ocena dokonywana w tym zakresie, musi bowiem uwzględniać cel jakemu służy ogłoszenie upadłości a mianowicie ochrona wierzycieli. (patrz SN wyrok z 14 czerwca 2006 roku I UK 324/05; z 8 grudnia 2015 r II UK 435/14 /legalis/).

Kierując się wskazaną argumentacją Sąd Apelacyjny nie podzielając zasadności zarzutów apelacji i nie znajdując podstaw, które należałoby uwzględnić z urzędu, na podstawie art.385 k.p.c. oddalił apelację jako bezzasadną.

Orzeczenie o kosztach procesu lokuje się w treści art.98 k.p.c. i statuowanej tam zasady odpowiedzialności za wynik procesu a wysokość zasądzonych kosztów zastępstwa procesowego, wynika z treści art.22<sup>5</sup>§ 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 roku o radcach prawnych (Dz.U. t.j. z 2017 r poz.1870) i § 2 pkt.6 i § 10 ust.1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r poz.1804) w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia apelacji. (w.p.z. (...)/75%-4050/).