

Sygn. akt III AUa 1218/15

Sygn. akt III AUz 402/15

Sygn. akt III AUz 403/15

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 10 listopada 2015 r.

Sąd Apelacyjny - III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w G.

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Jerzy Andrzejewski (spr.)
Sędziowie:	SSA Grażyna Czyżak SSO del. Maria Ołtarzewska
Protokolant:	stażysta Agnieszka Makowska

po rozpoznaniu w dniu 27 października 2015 r. w Gdańsku

sprawy A. K. i J. Ś.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G.

o przeniesienie odpowiedzialności za składki na ubezpieczenie społeczne

na skutek apelacji A. K., J. Ś.

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku VIII Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 8 grudnia 2014 r., sygn. akt VIII U 835/14

oraz zażaleń J. Ś. i A. K. na postanowienie Sądu Okręgowego w Gdańsku VIII Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 19 lutego 2015 r., sygn. akt VIII U 835/14

1. oddala apelację;
2. zasądza od A. K. i J. Ś. solidarnie na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. kwotę 2 700,00 (dwa tysiące siedemset 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za drugą instancję;
3. zmienia zaskarżone postanowienie w części i zasądza solidarnie od ubezpieczonych na rzecz organu rentowego kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, oddalając zażalenie w pozostałej części;
4. zasądza od ubezpieczonych solidarnie na rzecz organu rentowego kwotę 900,00 (dziewięćset 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

## UZASADNIENIE

Decyzjami z 27 marca 2014 roku Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. stwierdził, iż A. K. jako prezes zarządu oraz J. Ś. jako wiceprezes zarządu są solidarnie odpowiedzialni za zobowiązania (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G. z tytułu nieopłaconych składek na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych za okres od maja 2010 roku do września 2012 roku, ubezpieczenie zdrowotne od lipca 2010 roku do września 2012 roku, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych od listopada 2010 roku do września 2012 roku oraz kosztów egzekucyjnych, w łącznej kwocie 113.824,75 zł.

W odwołaniach od powyższych decyzji A. K. oraz J. Ś. podnieśli, iż nie zgadzają się z nimi. Wskazali, iż złożyli wniosek o ogłoszenie upadłości spółki 25 maja 2012 roku, bowiem stan trwałej niewypłacalności spółki powstał w momencie odstąpienia przez inwestora C. R. s. j. od realizacji przez spółkę wielomilionowego kontraktu budowy osiedla domów jednorodzinnych i obciążenia spółki notą karną w wysokości 1.042.390 zł. Podnieśli, iż wniosek o ogłoszenie upadłości złożyli zgodnie z art. 21 § 2 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze, a zatem wykluczona jest odpowiedzialność subsydiarna ich jako członków zarządu z art. 299 § 2 k.s.h. za zobowiązania spółki. Podali, iż na dzień 31 grudnia 2011 roku spółka miała dobrą sytuację finansową, dużą dynamikę wzrostu obrotów oraz 3,5-krotny wzrost zysków w stosunku do 2010 roku. Do dnia rozwiązania ze spółką umowy przez C. R. s. j. spółka miała płynność finansową. Dalsza realizacja umowy z C. gwarantowała zapłatę wszystkich wierzytelności, w tym wierzytelności ZUS.

W odpowiedzi na odwołania pozwany wniósł o ich oddalenie. Wskazał, iż egzekucja przeciwko spółce w postaci zajęcia rachunków bankowych okazała się bezskuteczna. Spółka nie posiada majątku, który pozwoliłby zaspokoić wierzytelność ZUS z tytułu zaległych składek. Zdaniem pozwanego, w sprawie nie zachodzi żadna z przesłanek egzoneracyjnych i tym samym nie ma podstaw do zwolnienia z odpowiedzialności członków zarządu spółki.

Sprawy z odwołań od obydwu decyzji połączono celem wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia.

Wyrokiem z dnia 8 grudnia 2014 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku VIII Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych oddala odwołania (1) oraz zasądził od wnioskodawców na rzecz pozwanego kwoty po 60 złotych od każdego z nich tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy wydał w oparciu o następujące ustalenia i rozważania:

W dniu 1 czerwca 1999 roku zawarta została w formie aktu notarialnego umowa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G. przy ul. (...). Spółka została wpisana do Rejestru Handlowego (...) Nr (...) Sądu Rejonowego w Gdańsku. Do Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 21 września 2004 roku, za numerem KRS (...). Podstawowym przedmiotem działalności spółki było budownictwo.

W skład zarządu spółki jako prezes zarządu został powołany A. K. oraz jako wiceprezes zarządu J. Ś.. Każdy z członków zarządu był uprawniony jednoosobowo do składania oświadczeń woli i występowania w imieniu spółki.

Za rok 2010 spółka wykazała zysk w kwocie 27.918,12 zł oraz za rok 2011 w kwocie 98.080,13 zł.

W okresie od maja 2010 roku do 25 maja 2012 roku spółka zatrudniała 9 pracowników, których zgłosiła do ubezpieczeń społecznych z kodem tytułu ubezpieczeń 110, tj. pracownik podlegający ubezpieczeniom społecznym i ubezpieczeniu zdrowotnemu oraz jedną osobę zgłoszoną z kodem 411, tj. wykonującą umowę agencyjną, umowę zlecenia lub umowę świadczenia usług.

Spółka jako płatnik składek nie uiszczala w całości należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od maja 2010 roku do września 2010 roku.

Za okres od października 2010 roku do września 2012 roku spółka nie opłacała w jakiegokolwiek części należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Na dzień 22 lutego 2012 roku spółka nie posiadała zaległości podatkowych.

Z dniem 10 maja 2012 roku kontrahent spółki rozwiązał umowę o roboty budowlane z 10 maja 2010 roku oraz w dniu 14 maja 2012 roku obciążył spółkę karą umowną w kwocie 1.042.390 zł.

Za okres od 1 stycznia 2012 roku do 24 maja 2012 roku spółka poniosła stratę finansową w kwocie 1.043.371,06 zł.

25 maja 2012 roku prezes zarządu spółki A. K. oraz wiceprezes zarządu J. Ś. złożyli w Sądzie Rejonowym Gdańsk – Północ w Gdańsku wniosek o ogłoszenie upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego.

Prawomocnym postanowieniem z 1 października 2012 roku Sąd Rejonowy Gdańsk – Północ w Gdańsku oddalił powyższy wniosek, bowiem spółka jako dłużnik nie dysponowała środkami potrzebnymi na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego.

Pozwany prowadził postępowanie egzekucyjne wobec spółki w oparciu o wystawione tytuły egzekucyjne nr (...) do (...). Bank (...) z siedzibą we W. zawiadomił pozwanego, że na rachunkach bankowych spółki brak jest środków pieniężnych, co stanowi przeszkodę w realizacji zajęcia egzekucyjnego.

Egzekucja wobec spółki z rachunku bankowego okazała się bezskuteczna. Wobec powyższego, pozwany przekazał ww. tytuły wykonawcze do Pierwszego Urzędu Skarbowego w G. celem dalszego prowadzenia postępowania egzekucyjnego.

Postanowieniem z 30 stycznia 2014 roku Naczelnik Pierwszego Urzędu Skarbowego w G. umorzył postępowanie egzekucyjne przeciwko spółce wobec braku majątku ruchomego i innych praw majątkowych, w stosunku do których można skutecznie zastosować środki egzekucji administracyjnej.

Po rozliczeniu konta płatnika składek - (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G., na dzień 17 marca 2014 roku, za okres od maja 2010 roku do września 2012 roku, należność główna wyniosła kwotę 85.550,65 zł, należność z tytułu nieopłaconych odsetek kwotę 26.607 zł oraz należność z tytułu niepokrytych kosztów egzekucyjnych kwotę 1.667,10 zł, tj. łącznie 113.824,75 zł.

Prezes zarządu spółki A. K. oraz wiceprezes zarządu J. Ś. nie wskazali mienia spółki umożliwiającego zaspokojenie zaległości wobec ZUS.

Stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy w postaci dokumentów złożonych przez strony do akt sprawy, w tym akt ubezpieczeniowych, których autentyczność i wiarygodność nie była przez strony kwestionowana, a jednocześnie nie wzbudziła uzasadnionych wątpliwości Sądu. Podstawę ustaleń faktycznych stanowiły również dokumenty zgromadzone w aktach sprawy o sygn. VI GU 103/12 oraz zeznania ubezpieczonych A. K. oraz J. Ś., którym Sąd dał wiarę w zakresie ustalonego stanu faktycznego jako zgodnym z pozostałym materiałem dowodowym zebrany w sprawie.

Analizując kwestię odpowiedzialności członka zarządu spółki, Sąd I instancji przywołał treść art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (t. j. Dz. U. z 2013 roku, poz. 1442 ze zm.), zgodnie z którym do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio przepis art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. z 2005 r. Dz. U. Nr 8, poz. 60 ze zm.).

Przywołany art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej stanowi, że 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 albo wszczęto postępowanie układowe albo

b) niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło bez jego winy,

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

Zawarte w treści art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej przesłanki odpowiedzialności osoby trzeciej za zaległości składkowe spółki z o.o. wymagają stwierdzenia przez ZUS, że nie nastąpiło dobrowolne wykonanie zobowiązania, co prowadzi do konieczności jego przymusowej realizacji i jednoczesnego ustalenia przez organ ubezpieczeniowy, że przymusowa realizacja zobowiązania podatkowego w stosunku do płatnika składek (spółki) nie daje gwarancji całego wykonania zobowiązania i zachodzi konieczność orzeczenia o odpowiedzialności również osoby trzeciej.

Sąd I instancji podkreślił również, że odpowiedzialność członków zarządu spółki kapitałowej z uwagi na swoją szczególną funkcję traktowana jest jako ostateczne zabezpieczenie roszczeń wierzycieli publicznoprawnych przeciwko spółce. Sąd Okręgowy w pełni podziela również stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego zaprezentowane w uzasadnieniu uchwały z dnia 8 grudnia 2008 r., sygn. II FPS 6/08, że odpowiedzialność na zasadach zawartych w Ordynacji ma odmienny charakter niż odpowiedzialność członków zarządu wprowadzona na gruncie prawa handlowego. Konstrukcja odpowiedzialności z art. 116 Ordynacji podatkowej nie pozostawia wątpliwości, że wierzyciele nie mają prawa zaspokoić się z majątku członków zarządu w sytuacji, gdy jest to możliwe z majątku spółki.

Odpowiedzialność członka zarządu wzmacnia powstającą z mocy prawa odpowiedzialność płatnika. Organ ubezpieczeniowy może orzekać i egzekwować odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania z tytułu składek dopiero po wyczerpaniu środków prawnych służących do wykonania świadczenia przez dłużnika. Odpowiedzialność członka zarządu spółki z o.o. – osoby trzeciej nie ma zatem charakteru odpowiedzialności samodzielnej, lecz jest odpowiedzialnością o charakterze subsydiarnym. Osoba trzecia odpowiada solidarnie ze spółką, niemniej jednak pociągana jest ona do odpowiedzialności dopiero w dalszej kolejności, zastosowane przez ustawodawcę rozwiązanie spełnia bowiem w głównej mierze funkcje gwarancyjne.

W myśl przepisu § 2 ww. art. 116 Ordynacji podatkowej, odpowiedzialność członków zarządu, określona w § 1, obejmuje zaległości podatkowe (należności z tytułu składek) z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu. Stosownie do treści § 4, przepisy § 1-3 stosuje się również do byłego członka zarządu oraz byłego pełnomocnika lub wspólnika spółki w organizacji.

Podmiotami odpowiedzialnymi solidarnie za zaległości podatkowe oraz należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne spółki z o.o. w organizacji, spółki akcyjnej, spółki akcyjnej w organizacji są członkowie jej zarządu. Zakresem przedmiotowym odpowiedzialności omawianej kategorii osób trzecich objęte są: zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu, podatki niepobrane oraz pobrane, a niewpłacone przez płatników lub inkasentów, odsetki za zwłokę od zaległości podatkowych, niezwrócone w terminie zaliczki naliczonego podatku od towarów i usług, a także ich oprocentowanie i koszty postępowania egzekucyjnego.

Natomiast przesłankami orzekania o odpowiedzialności tych podmiotów są:

a) powstanie zobowiązania w czasie pełnienia przez osobę trzecią funkcji członka zarządu spółki,

b) bezskuteczność egzekucji w stosunku do spółki w całości lub części,

c) niewykazanie przez członka zarządu, że złożono we właściwym czasie wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe albo wykazanie braku winy (jakiegokolwiek) w niepodjęciu działań w tym kierunku,

d) niewskazanie przez członka zarządu mienia spółki umożliwiającego zaspokojenie znacznej części zaległości podatkowych spółki.

Sąd Okręgowy podkreślił, iż niewątpliwie ubezpieczeni A. K. oraz J. Ś. byli członkami zarządu (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G. w spornym okresie. Nie ulega również wątpliwości, iż spółka jako płatnik składek nie zrealizowała ustawowego obowiązku opłacania składek, z którego to tytułu powstało zadłużenie na koncie płatnika. Ubezpieczeni zeznali, iż w pierwszej kolejności realizowali kontrakty, wskazali, iż ZUS może poczekać na zapłatę zobowiązań z tytułu składek. Ubezpieczeni ponoszą zatem odpowiedzialność z tytułu nieopłaconych składek na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych za okres od maja 2010 roku do września 2012 roku, ubezpieczenie zdrowotne od lipca 2010 roku do września 2012 roku oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych od listopada 2010 roku do września 2012 roku z uwagi na fakt, iż w tych okresach sprawowali - A. K. funkcję prezesa zarządu spółki oraz J. Ś. jej wiceprezesa.

W takich okolicznościach, w ocenie Sądu I instancji, zaistniały przesłanki umożliwiające ZUS przeniesienie na ubezpieczonych solidarnie odpowiedzialności za zobowiązania spółki wobec ZUS. Zgodnie bowiem z treścią powołanego art. 116 § 2 Ordynacji Podatkowej, odpowiedzialność członków zarządu, określona w § 1, obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu. Odpowiedzialność osoby trzeciej, o której mowa w art. 116 § 2 Ordynacji podatkowej, nie może być skierowana wobec takiej osoby, która ani faktycznie nie pełniła obowiązków członka zarządu Spółki, ani też nie miała możliwości pełnienia takich obowiązków w okresie, w którym powstały zaległości spółki.

Przechodząc do oceny kolejnych przesłanek, Sąd Okręgowy wskazał, iż w ocenie Sądu egzekucja w stosunku do spółki była bezskuteczna. Nadto, ubezpieczeni nie wskazali mienia spółki umożliwiającego zaspokojenie zaległości wobec ZUS.

W odniesieniu do zarzutów ubezpieczonych, Sąd I instancji stwierdził, iż ubezpieczeni nie wykazali, że złożyli wniosek o ogłoszenie upadłości spółki we właściwym czasie. Sąd zważył, iż spółka jako płatnik nie regulowała częściowo płatności z tytułu składek od maja 2010 roku, zaś całkowicie od października 2010 roku. W bilansie wykazywała przy tym zysk zarówno za 2010 rok, jak i 2011 rok. Niezrozumiałym jest zatem powód takiego postępowania. Członkowie zarządu nie ukrywali, iż inne zobowiązania spółki – cywilnoprawne - traktowali priorytetowo. Wskazywali, iż stan trwałej niewypłacalności spółki powstał dopiero w momencie odstąpienia przez kontrahenta od realizacji przez spółkę kontraktu i obciążenia spółki karą umowną i dlatego 25 maja 2012 roku złożyli wniosek o upadłość. W ocenie Sądu Okręgowego, wniosek o ogłoszenie upadłości jest spóźniony skoro spółka nie uiszczała jakichkolwiek wpłat z tytułu składek od października 2010 roku. Niewypłacalność, wbrew twierdzeniom ubezpieczonych, w niniejszej sprawie zachodziła przed majem 2012 roku. Fakt ten został również potwierdzony przez Sąd Rejonowy Gdańsk – Północ w Gdańsku, który w uzasadnieniu postanowienia o oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości wskazał, iż majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza nawet na zaspokojenie kosztów postępowania.

Zdaniem Sądu I instancji, ubezpieczeni nie wykazali istnienia żadnej z przesłanek egzogeneracyjnych, określonych w przepisie art. 116 Ordynacji Podatkowej, uwalniających ich od odpowiedzialności za zobowiązania spółki.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy uznał zaskarżone decyzje za prawidłowe i na mocy art. 477(14) § 1 k.p.c. i powołanych przepisów, orzekł jak w pkt I wyroku.

Pozwany organ rentowy wniósł zażalenie na rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów zastępstwa procesowego, w zakresie brakującej kwoty 7080 zł, domagając się zasądzenia na jego rzecz dodatkowo kosztów zastępstwa procesowego w kwotach po 3540 zł od każdego z wnioskodawców, stosownie do § 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. Skarżący zarzucił naruszenie § 11 ust. 2 cyt. rozporządzenia poprzez zasądzenia zaniżonego wynagrodzenia tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Postanowieniem z dnia 19 lutego 2015 r. Sąd Okręgowy uchylił zaskarżone postanowienie i zasądził od wnioskodawców A. K. i J. Ś. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. kwoty po 3600 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu Sąd Okręgowy powołał się na przepis art. 395 § 2 k.p.c. oraz wskazać, iż kwota pierwotnie zasądzona od wnioskodawców na rzecz pozwanego tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego została omyłkowo wyliczona w oparciu o §11 ust. 2 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 zamiast w oparciu o §6 pkt 6 cytowanego rozporządzenia (kwota nieopłaconych składek wynosiła 113 824,75 złotych). W tym zakresie należy mieć na uwadze fakt, iż składki na ubezpieczenie społeczne nie są świadczeniami pieniężnymi z ubezpieczenia społecznego, lecz świadczeniami na to ubezpieczenie (vide uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 1993 r., sygn. akt II UZP 5/93, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2009 r., sygn. akt I UZP 1/09). Wynagrodzenie pełnomocnika organu rentowego za udział w postępowaniu przed Sądem I instancji jest uzależnione od wartości przedmioty sporu.

Apelację od wyroku wywiedli wnioskodawcy, zaskarżając wyrok w całości i zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 299 § 2 k.s.h. i uznanie iż ubezpieczeni są zobowiązani solidarnie do zapłaty należności Spółki (...), bowiem nie wystąpiły okoliczności wyłączające odpowiedzialność subsydiarną Ubezpieczonych za zobowiązania Spółki
2. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 oraz 328 § 2 k.p.c. mające wpływ na rozstrzygnięcie, w szczególności poprzez nie rozpatrywanie istoty sprawy, brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, nieuzasadnione pominięcie niektórych dowodów przedłożonych przez ubezpieczonych.

Powołując się na powyższe, skarżący wnieśli o:

1. uchylenie wyroku w całości
2. przesłuchanie ubezpieczonych w charakterze stron
3. włączenie do rozpoznania apelacyjnego wszystkich dowodów załączonych w Odwołaniu od decyzji Pozwanego i w pismach procesowych ubezpieczonych.
4. zasądzenie od Pozwanego na rzecz ubezpieczonych wszystkich kosztów postępowania procesowego.

W uzasadnieniu apelujący podnieśli, że do dnia rozwiązania ze Spółką (...) umowy przez C. R. S.J. Spółka (...) miała płynność finansową. Dowodem świadczącym o płynności (...) Spółki (...) jest też opinia bankowa Raiffeisen Bank (...) z dnia 02.04.2012 r. o miesięcznych obrotach na koncie od 02.04.2011 r. do 31.03.2012 r. Spółka (...) w żadnym razie nie była w stanie trwałego zaprzestania płacenia swoich zobowiązań. Nie było zatem podstaw do złożenia wcześniejszego wniosku o ogłoszenie upadłości. Wobec Spółki nie były w tym czasie prowadzone żadne sprawy sądowe o zapłatę ani żadne postępowania egzekucyjne poza tytułami wykonawczymi ZUS (tytuły wykonawcze z 29.02.2012 r.) dostarczone 20.03.2012 r. Jedynym powodem, który zmusił Spółkę do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości było rozwiązaniem umowy przez Inwestora C. R..

W piśmie nazwanym „uzupełnienie apelacji” skarżący złożyli zarzut naruszenia art. 116 § 1 ustawy, z dnia 29 sierpnia 1997 roku Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2015 roku, poz. 613) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, iż członkowie zarządu odpowiadają za zaległości podatkowe Spółki, bowiem nie wykazali, że we właściwym czasie złożyli wniosek o ogłoszenie upadłości.

Oceniając przesłanki ekskulacyjne, skarżący wskazali, że pierwszym obowiązkiem sądów w takiej sprawie jest jednoznaczne stwierdzenie, że wystąpiły okoliczności uzasadniające złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania układowego, a dopiero w dalszej kolejności ocena, czy wniosek został, złożony w terminie oraz czy jego ewentualne niezłożenie w terminie jest zawinione przez członka zarządu (por. wyrok NSA z dnia 24 lutego 2015 r., I FSK 2147/13, LEX nr 1653841 oraz wyrok NSA z dnia 27 maja 2014 r., II FSK 1450/12, LEX nr 1479138).

Wskazali także, iż w orzecznictwie sądów ukształtował się pogląd, zgodnie z którym nie można odmówić członkowi zarządu prawa do podjęcia ryzyka i niezgłoszenia wniosku o upadłość, mimo wystąpienia stosownych ku temu przesłanek ustawowych w sytuacji, gdy według jego oceny uda się opanować sytuację finansową i w konsekwencji spłacić całość zobowiązań. W niniejszej sprawie w toku postępowania wnioskodawcy dowiedli, że pomimo nie płacenia zobowiązań na rzecz ZUS Spółka była w dobrej kondycji finansowej, miała płynność finansową, którą utraciła dopiero w dniu 10 maja 2012 roku, z chwilą odstąpienia od umowy przez C. R. Sp.j.

W celu czytelnego zobrazowania sytuacji finansowej Spółki odwołujący przedstawili zestawienie finansowe sporządzone na podstawie rachunku zysku i strat oraz bilansu, znajdujących się w aktach sprawy.

W odpowiedzi na apelację organ rentowy wniósł o jej oddalenie w całości jako bezzasadnej w przedmiocie oddalenia odwołania od decyzji pozwanego organu rentowego oraz zasądzenia na rzecz pozwanego organu rentowego kwot po 3600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego od każdego Odwołującego oraz o zasądzenie od wnioskodawców na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie apelacyjne według norm przepisanych tj. w oparciu o § 12 w związku z § 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.

Wnioskodawca J. Ś. wniósł także zażalenie na postanowienie Sądu Okręgowego z dnia 19 lutego 2015 r., podnosząc, że jest ono bezzasadne, ponieważ dotyczy zaskarżonego wyroku z dnia 8 grudnia 2014 r.

W odpowiedzi na zażalenie pozwany wniósł o jego oddalenie oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie zażaleniowe według norm przepisanych.

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

Apelacja wnioskodawców nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem nie zawiera zarzutów skutkujących uchynieniem bądź zmianą zaskarżonego wyroku.

Przedmiotem niniejszej sprawy była kwestia, czy A. K. i J. Ś. jako członkowie zarządu (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G. ponoszą odpowiedzialność za należności tej spółki powstałe z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych – za okresy i w kwotach wskazanych w decyzjach z dnia 27 marca 2014 r.

Sąd Apelacyjny podzielił dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenia stanu faktycznego, przyjmując je za własne, co czyni zbytecznym ich ponowne szczegółowe powtarzanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5.11.1998 r., sygn. I PKN 339/98, OSNAPiUS z 1999 r., z. 24, poz. 776) - konstatując, iż stanowiły one wystarczającą podstawę do stanowczego rozstrzygnięcia w sprawie.

Na wstępie przypomnieć należy, iż zgodnie z art. 31 ustawy z dnia 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 121; dalej: ustawa systemowa), do składek na ubezpieczenia społeczne mają odpowiednie zastosowanie enumeratywnie wymienione przepisy ustawy z dnia 29.08.1997 r. Ordynacja podatkowa (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 613), w tym także przepisy regulujące odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe.

Stosownie do art. 32 ustawy systemowej, do składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i Fundusz Emerytur Pomostowych oraz na ubezpieczenie zdrowotne w zakresie: ich poboru, egzekucji,

wymierzania odsetek za zwłokę i dodatkowej opłaty, przepisów karnych, dokonywania zabezpieczeń na wszystkich nieruchomościach, ruchomościach i prawach zbywalnych dłużnika, odpowiedzialności osób trzecich i spadkobierców oraz stosowania ulg i umorzeń stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące składek na ubezpieczenia społeczne. Z powyższego wynika zatem, iż do składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, jak również do składek na ubezpieczenie zdrowotne odpowiednie zastosowanie znajduje art. 31 ustawy systemowej, a w konsekwencji odpowiednie zastosowanie mają również wymienione w nim przepisy Ordynacji podatkowej, w tym przepisy o odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania podatkowe (tak: w uchwałach Sądu Najwyższego z dnia 7.05.2008 r., II UZP 1/08 oraz z dnia 4.06.2008 r., II UZP 3/08, niepubl.).

Odpowiedzialność członków zarządu spółki kapitałowej za jej zaległości podatkowe (składkowe) uregulowana jest przede wszystkim w art. 116 Ordynacji podatkowej. Powołany przepis określa ramy normatywne osobistej odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej za składki ubezpieczeniowe, których spółka ta nie uregulowała.

Odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe (składkowe) występuje w sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania podatkowego (składkowego) przez podatnika (płatnika). Odpowiedzialność ta, jako uzależniona od istnienia zobowiązania podatkowego podatnika, powoduje, że ma ona charakter akcesoryjny i następczy, gdyż nie może powstać bez uprzedniego powstania obowiązku w stosunku do pierwotnego dłużnika. Jest to także odpowiedzialność subsydiarna (posiłkowa), biorąc pod uwagę, że wierzyciel podatkowy (składkowy), nie ma swobody w kolejności zgłaszania roszczenia do podatnika lub osoby trzeciej, lecz w pierwszej kolejności musi dochodzić należności od podatnika.

Do pozytywnych przesłanek odpowiedzialności członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na gruncie art. 116 Ordynacji podatkowej należą: bezskuteczność egzekucji z majątku spółki oraz powstanie zaległości w czasie pełnienia obowiązków przez członka zarządu. Natomiast przesłanki negatywne tej odpowiedzialności zdefiniowane zostały następująco: wykazanie, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowania układowe) albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez winy członka zarządu, jak również wskazanie mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości spółki w znacznej mierze.

Zaakcentowania przy tym wymaga, iż w sprawach tego rodzaju na organie rentowym spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności pozytywnych, natomiast członek zarządu – aby uwolnić się od odpowiedzialności – powinien wykazać którąkolwiek z okoliczności negatywnych wskazanych powyżej (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26.10.2005 r., I FSK 30/05; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 14.09.2005 r., I FSK 2062/04).

W sprawie brak było sporu co do zaistnienia przesłanek pozytywnych przeniesienia odpowiedzialności za zaległości składkowe w postaci bezskuteczności egzekucji z majątku spółki oraz powstania zaległości w czasie pełnienia obowiązków przez członków zarządu. Skarżący podnosili jednak, iż we właściwym czasie złożyli wniosek o ogłoszenie upadłości.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, zasadnie Sąd I instancji ustalił, iż ubezpieczeni nie wykazali, iż złożyli wniosek o ogłoszenie upadłości spółki we właściwym czasie, czyli nie wykazali przesłanki eskulpacyjnej z art. 116 § 1 pkt 1a ordynacji podatkowej. Sąd I instancji nie badał wprawdzie dokładnie sytuacji finansowej spółki, tym niemniej, jak już wskazano wyżej, ustalone przez ten Sąd – i w zasadzie niesporne w sprawie - okoliczności faktyczne uprawniały do takiego wniosku.

Przypomnieć zatem należy, iż stosownie do art. 11 ust 1 i 2 ustawy z 28 lutego 2013r. – prawo upadłościowe i naprawcze (t.j. z 2015r. poz. 233 – dalej; „upun”), dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (ust.1). Dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania



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

Wyjaśnić w tym miejscu trzeba, iż dla określenia czy dłużnik jest niewypłacalny w myśl art. 11 ust 1 upun, nieistotne jest czy nie wykonuje wszystkich zobowiązań pieniężnych, czy też tylko niektórych z nich. Nieistotny jest też rozmiar niewykonanych przez dłużnika zobowiązań. Nawet niewykonanie zobowiązań o niewielkiej wartości oznacza jego niewypłacalność w rozumieniu art. 11 ust 1 upun (zob. F.Zedler Komentarz do art. 11 ustawy – Pr.upadłościowe i naprawcze progr.Lex). Podkreślić przy tym należy, iż jedynie krótkotrwale niepłacenie długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości (zob. uzasadnienia wyroków SN : z 10 grudnia 2010r. III CSK 46/10 LEX nr 970080, z 30 stycznia 2014r. III CSK 70/13 lex 14 63873, z 19 grudnia 2002r. V CKN 342/01 lex 75360, sygn. III CSK 107/03).

Utrwalone jest stanowisko Sądu Najwyższego zaprezentowane m.in. w uzasadnieniu wyroku z 25 kwietnia 2012r. sygn. II UK 218/11 (Legalis nr 526873), iż przepis art. 11 upun statuuje dwie samodzielne niezależne podstawy ogłoszenia upadłości spółki kapitałowej (zob. też wyrok SN w sprawie V CKN 342/01). Sąd Najwyższy wyjaśnił, iż na „na gruncie Prawa upadłościowego z 1934 r. pierwszą (podstawą ogłoszenia upadłości) było zaprzestanie płacenia długów i wówczas nie miała znaczenia wartość majątku dłużnika, skoro nie płacił długów. Drugą była sytuacja, w której długi były regulowane, lecz majątek dłużnika nie wystarczał na zaspokojenie wszystkich długów (art. 1 § 1 i § 2 Prawa upadłościowego z 1934 r.). Te podstawy upadłości nie różnią się istotnie od regulacji obecnego Prawa upadłościowego i naprawczego z 2003 r., zgodnie z którą dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11 ust. 1), a dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje (art. 11 ust. 2). Każda z dwóch przyczyn ogłoszenia upadłości ma samodzielny charakter, a to oznacza, że dysponujący nawet sporym majątkiem dłużnik będzie uznany za upadłego, jeżeli zaprzestał w sposób trwały płacenia długów.”

W konkluzji powyższego, jak podkreślił Sąd, właściwy czas zgłoszenia wniosku o upadłość należy oceniać w pierwszej kolejności w odniesieniu do konkretnej podstawy upadłości. „Jeżeli jest nią zaprzestanie płacenie długów, to tylko to uzasadnia ogłoszenie upadłości bez badania czy majątek spółki zaspokoi wierzycieli choćby częściowo i równomiernie. Ocena ta może mieć znaczenie w drugiej przyczynie upadłości, to znaczny, gdy majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów. Wówczas właściwego czasu zgłoszenia wniosku o upadłość nie należy wprawdzie rozumieć wprost jako terminu złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, przewidzianego w art. 5 Prawa upadłościowego z 1934 r., niemniej jednak przepis ten nie może być pomijany w wykładni tego terminu. Przedsiębiorca powinien zgłosić w sądzie wniosek o upadłość w terminie dwóch tygodni od dnia zaprzestania płacenia długów (art. 5 Prawa upadłościowego z 1934 r. i art. 21 Prawa upadłościowego i naprawczego z 2003 r.). Właściwy czas wobec odrębnej regulacji w art. 116 § 1 pkt 1 lit. a ordynacji podatkowej może być dłuższy od terminów Prawa upadłościowego. Właściwy czas zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, gdy majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów, to nie tylko czas określony w Prawie upadłościowym, ale też czas o którym można wnioskować z regulacji 116 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Składki powinny być płacone w terminie i należy to do obowiązku zarządu spółki. Z zaniechania tego obowiązku wynika uzasadnienie szczególnej odpowiedzialności członków zarządu spółki na podstawie tych przepisów. Jeżeli uprawnione jest również stwierdzenie, że o upadłości decyduje dłużnik, gdyż to po jego stronie leży powinność dbania o to, aby wierzyciele zaspokojeni zostali w równym i nie tylko w znikomym stopniu, to nie znajduje uzasadnienia sytuacja, w której "właściwy czas" może być rozumiany jako wielokrotne przekroczenie terminu podanego w prawie upadłościowym do zgłoszenia wniosku

o upadłość. Szczególną podstawę odpowiedzialności za składki wprowadzono nie po to, aby termin zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości upływał znacznie później niż termin dwóch tygodni, w którym przedsiębiorca lub jego reprezentant powinni zgłosić wniosek o upadłość od zaprzestania płacenia długów. "Właściwy czas" ogłoszenia upadłości ma już niemałe orzecznictwo wskazujące, że nie jest to moment, gdy sytuacja majątkowa dłużnika wystarcza na zaspokojenie wierzytelności uprzywilejowanych tylko w znikomej części. Przyjmuje się zasadniczo, że jest to czas, w którym ogłoszenie upadłości zapewni równomierne, choćby częściowe zaspokojenie wszystkich wierzycieli, czyli bez zaspokojenia jednych wierzycieli kosztem innych. Tak ogólne wnioski wynikające z wykładni prawa muszą być odnoszone do konkretnego stanu faktycznego. "Upadłość" nie jest konieczna gdy wierzyciel może bez niej uzyskać pełne zaspokojenie wierzytelności, z drugiej strony jest spóźniona gdy wierzyciel uzyskuje w niej znikomą lub niewielką część wierzytelności. Orzecznictwo, które waży te proporcje nie przesuwają ich w stronę znikomego zaspokojenia wierzytelności "w upadłości". Nie można zgodzić się na swoiste "kalkulowanie" przez zarząd spółki do kiedy może być w zwłoce w ogłoszeniu upadłości, aby w efekcie wystarczyło w niej majątku tylko na częściowe zaspokojenie wierzycieli. Nieuprawniona byłaby wykładnia, która prowadziłaby do instrumentalnej i korzystnej dla zarządu wykładni pojęcia "właściwego czasu" tylko przez przyzmat efektu w postaci częściowego zaspokojenia wierzyciela składkowego."

Dla oceny zatem kiedy powstał obowiązek prawny złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki w sytuacji wystąpienia obu przesłanek upadłości z art. 11 upun, przy ocenie czasu właściwego do złożenia wniosku o upadłość należy brać pod uwagę tę podstawę upadłości, która wystąpiła wcześniej – co wynika z funkcji ochronnej prawa upadłościowego (zob. np. wyrok WSA w Gdańsku z 4 kwietnia 2014r. I SA/Gd 194/14 Lex nr 146975).

W toku postępowania przed Sądem I i II instancji ubezpieczeni prezentowali stanowisko, iż stan trwałej niewypłacalności powstał w spółce dopiero w maju 2012 r., kiedy główny kontrahent spółki rozwiązał z nimi umowę oraz obciążył spółkę karą umowną w kwocie 1.042.390 zł. W świetle zaś przytoczonych wyżej rozważań Sądu Najwyższego, uzasadnionym jest jednak stwierdzenie, że skoro już w maju 2010 r. spółka zaprzestała uiszczania w pełnych kwotach należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, a od października 2010 r. zaprzestała ich opłacania w ogóle, to już wówczas, licząc termin ten z art. 21 ust. 1 upun od daty wymagalności składek za ten miesiąc, uznać ją należało za niewypłacalną, a tym samym na członkach zarządu spoczywał obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Powyższej konkluzji nie obalili więc skarżący, którzy wywodzili, iż pomimo braku opłacania składek, spółka była w dobrej kondycji finansowej.

Wobec powyższego, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny w pkt 1 sentencji oddalił apelację wnioskodawców.

W pkt 2 wyroku Sąd Apelacyjny rozstrzygnął o kosztach procesu w drugiej instancji, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu określoną w art. 98 i 99 k.p.c., stosownie do której strona przegrywająca proces obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty zastępstwa procesowego, na mocy przepisów § 6 pkt 6 w zw. z 12 ust.1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszeniu przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

W pkt 3 wyroku Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. zmienił zaskarżone postanowienie w części i zasądził solidarnie od ubezpieczonych na rzecz organu rentowego kwotę 3600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, oddalając zażalenie w pozostałej części. Zażalenie wnioskodawcy nie wskazywało wprawdzie konkretnych zarzutów do rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów, jednak Sąd I instancji niezasadnie zasądził na rzecz pozwanego od każdego z ubezpieczonych po 3600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. Pozwanemu bowiem zgodnie z dyspozycją § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszeniu przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu należy się zwrot kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3600 zł, zaś ubezpieczeni ponoszą bowiem odpowiedzialność solidarną z tego tytułu.

O kosztach postępowania zażaleniowego Sąd II instancji orzekł w pkt 4 wyroku, na podstawie § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszeniu przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu, zasadzając od ubezpieczonych solidarnie na rzecz organu rentowego kwotę 1800 zł.

SSA Grażyna Czyżak SSA Jerzy Andrzejewski SSO del. Maria Ołtarzewska