

Sygn. akt III AUa 230/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 kwietnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku - III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Jerzy Andrzejewski
Sędziowie:	SA Maria Sałańska - Szumakowicz (spr.) SA Małgorzata Gerszewska
Protokolant:	sekr. sądowy Anna Kowalewska

po rozpoznaniu w dniu 25 kwietnia 2017 r. w Gdańsku

sprawy D. S. i T. S.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G.

o przeniesienie odpowiedzialności za zaległe składki

na skutek apelacji D. S. i T. S.

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku VII Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 6 grudnia 2016 r.,
sygn. akt VII U 296/15

oddala apelację.

SSA Maria Sałańska – Szumakowicz SSA Jerzy Andrzejewski SSA Małgorzata Gerszewska

Sygn. akt III AUa 230/17

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 28 listopada 2007 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. stwierdził, że D. S., jako członek zarządu Si- (...) sp. z o.o. w G. odpowiada za zadłużenie spółki powstałe wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z tytułu nieopłacenia składek na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, Fundusz Ubezpieczeń Zdrowotnych oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych powstałe w czasie pełnienia funkcji członka zarządu w łącznej kwocie 28.531,06 zł według stanu na dzień wydania decyzji.

Odwołanie od powyższej decyzji wywiodła D. S., wnosząc o jej zmianę poprzez stwierdzenie, iż nie odpowiada za zobowiązania spółki wskazane w decyzji.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany wniósł o jego oddalenie.

Decyzją z dnia 28 listopada 2007 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. stwierdził, że T. S., jako członek zarządu Si- (...) sp. z o.o. w G. odpowiada za zadłużenie spółki powstałe wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z tytułu nieopłacenia składek na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, Fundusz Ubezpieczeń Zdrowotnych oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych powstałe w czasie pełnienia funkcji członka zarządu w łącznej kwocie 28.531,06 zł według stanu na dzień wydania decyzji.

Odwołanie od powyższej decyzji wywiódł T. S., wnosząc o jej zmianę i stwierdzenie, iż nie odpowiada za zobowiązania spółki wskazane w decyzji.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany wniósł o jego oddalenie.

Postanowieniami z dnia 12 marca 2008 r. i z dnia 5 września 2008 r., Sąd na podstawie art. 477¹¹ § 1 i 2 k.p.c. wezwał do udziału w sprawie w charakterze zainteresowanego Si- (...) sp. z o.o. w G., bowiem prawa i obowiązki w/w zależą od rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Wyrokiem z dnia 3 stycznia 2012 r. o sygn. akt VII U 9/11 Sąd oddalił oba odwołania.

W związku z apelacją ubezpieczonych, Sąd Apelacyjny w Gdańsku wyrokiem z dnia 12 grudnia 2012 r. o sygn. akt III AUa 868/12 uchylił zaskarżony wyrok i znosząc postępowanie przed Sądem I instancji w całości, przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania za II instancję.

Postanowieniem z dnia 28 maja 2013 r. o sygn. akt VII U 605/13 Sąd - na mocy art. 174 § 1 pkt 2 k.p.c. - zawiesił postępowanie odwoławcze w sprawie z uwagi na brak zarządu w spółce uniemożliwiający jej działanie.

Postępowanie w sprawie podjęte zostało postanowieniem z dnia 4 lutego 2015 r. w związku z ustanowieniem kuratora płatnika składek.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy w Gdańsku VII Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G., wyrokiem z dnia 6 grudnia 2016 r. oddalił odwołania i zasądził od wnioskodawców na rzecz pozwanego kwoty po 2400 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. W uzasadnieniu Sąd Okręgowy wskazał, iż Spółka (...) S. w G. w dniu 26 marca 2002 r. została zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod nr (...).

Od daty rejestracji spółki w Krajowym Rejestrze Sądowym jedynymi jej udziałowcami byli ubezpieczeni D. S. i T. S., którzy posiadają odpowiednio po 75 i 95 udziałów o wartości odpowiednio 37.500 zł i 47.500 zł.

Z dniem 1 grudnia 2003 r. D. S. i T. S. zostali wykreśleni z rejestru jako współnicy spółki – wpisano natomiast L. L. z 170 udziałami o wartości 85.000 zł.

D. S. i T. S. pełnili funkcję jedynych członków zarządu Si- (...) sp. z o.o. w G. w okresie od dnia 28 stycznia 2002 r. do dnia 4 listopada 2003 r., kiedy zostali odwołani z w/w funkcji uchwałą nadzwyczajnego walnego zgromadzenia płatnika składek.

Z dniem 1 grudnia 2003 r. D. S. i T. S. zostali wykreśleni z rejestru, jako jedyne członka zarządu wskazano G. P..

T. S. równocześnie prowadził pozarolniczą działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa (...) w G..

Postanowieniem z dnia 22 listopada 2005 r. o sygn. akt VI GU 72/05 Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku ogłosił upadłość wnioskodawcy T. S. jako przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa (...) w G..

Według stanu na dzień 22 listopada 2002 r. Si- (...) sp. z o.o. w G. nie zalegała z opłatą składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od dnia 1 lutego 2002 r.

W dniu 8 listopada 2003 r. do sądu rejestrowego wpłynął wniosek o zmianę siedziby spółki (z ul. (...) w G. na ul. (...) w G.) oraz wniosek o ujawnienie jednoosobowego zarządu w osobie G. P.. Zmiana adresu wynikała z faktu, iż dotychczasowy właściciel nieruchomości i były prezes zarządu spółki T. S. nie wpuszcza nowego udziałowca i członka zarządu do pomieszczeń biurowych.

Si- (...) sp. z o.o. w G., będąc płatnikiem składek z tytułu obowiązkowych ubezpieczeń społecznych, ubezpieczenia zdrowotnego oraz na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, nie dopełnił obowiązku w zakresie odprowadzania składek za pracowników w okresie od grudnia 2002 r. do grudnia 2004 r.

Według stanu na dzień 3 października 2003 r. spółka nie posiadała zaległości podatkowych na rzecz III Urzędu Skarbowego w G..

Płatnik składek według stanu na dzień 18 stycznia 2003 r. deklarował posiadanie towarów handlowych w K. (o wartości 37.727,70 zł) i w K. (o wartości 42.512,83 zł).

Pozwany w związku z istniejącym zadłużeniem, w lutym 2004 r. wszczął postępowanie egzekucyjne z rachunków bankowych Si- (...) sp. z o.o. w G.. Na moment zajęcia rachunku bankowego wnioskodawca wykazywał saldo zerowe - rachunek został zablokowany, a skarżący nie wykazuje obrotów od grudnia 2004 r. – co uniemożliwia bankowi realizację zajęcia. Bank przekazał organowi wyłącznie 1 wpłatę na kwotę 280 zł.

Z kolei Bank (...) S.A. w W. poinformował organ, iż wypowiedział spółce prowadzenie rachunku bankowego w związku z zanikiem środków przez okres 6 miesięcy, stanowiącym naruszenie warunków umowy; od dnia 1 października 2005 r. rachunek bankowy spółki w tym banku jest zamknięty.

W kwietniu 2004 r. Si- (...) sp. z o.o. w G. uzyskała informację o przysługujących spółce wierzytelnościach od (...) NZOZ, które pozwany zajął w dniu 5 maja 2014 r. Wierzytelności nie zostały zrealizowane. Również w kwietniu 2004 r. pozwany skierował tytuły wykonawcze do I Urzędu Skarbowego w G. – jednakże prowadzone przez administracyjny organ egzekucyjne postępowanie nie zaowocowało jakimikolwiek wpłatami na rzecz organu.

W dniu 21 lipca 2006 r. Naczelnik I Urzędu Skarbowego w G. zwrócił tytuły wykonawcze wierzycielowi, wskazując, iż spółka nie prowadzi działalności pod wskazanym adresem.

Egzekucja kierowana do majątku spółki okazała się bezskuteczna.

Si- (...) sp. z o.o. w G. nie posiadała własnego majątku trwałego.

W latach 2002-2003 następował w niej wzrost przychodów ze sprzedaży – jednakże działalność spółki pozostawała działalnością nierentowną, generując stratę w kwocie 19.773,27 zł według stanu na dzień 1 stycznia 2003 r., pomimo osiągnięcia niewielkiego zysku w kwocie 13.111,07 zł – który to zysk nie pozwolił na pokrycie strat z lat poprzednich.

Koszty prowadzenia działalności przez płatnika składek w latach 2002-2003 przewyższały pochodzące z jej prowadzenia przychody,

Spółka była w stanie upadłości już w 2002 r., przy czym nie jest możliwe wskazanie konkretnego miesiąca wobec braku w aktach sprawy sprawozdań finansowych międzyokresowych z 2002 r. Jednakże już w 2002 r. spółka miała problemy z bieżącym regulowaniem swoich zobowiązań – utraciła płynność finansową. Dowodzi tego wzrost zobowiązań z kwoty 166.186,52 zł w 2002 r. do 252.711,34 zł w 2003 r. – a więc o 52%.

Wskaźnik płynności finansowej płatnika składek na koniec 2002 r., obliczany jako stosunek majątku obrotowego do zobowiązań (146.413,25 / 166.186,52) wynosił 0,88% - a więc był niższy od 1, co świadczy o utracie płynności finansowej już w 2002 r. Ustalenia powyższe Sąd oparł o sprawozdania finansowe spółki – w szczególności na sprawozdaniu finansowym sporządzonym na dzień 31 grudnia 2003 r., jako jedynym zawierającym wszystkie wymagane przez ustawę o rachunkowości elementy składowe – w przeciwieństwie do bilansu na dzień 30 czerwca 2002 r., 30 września 2002 r. i 31 grudnia 2002 r.

Nie ma możliwości ustalenia sytuacji i kondycji finansowej spółki na dzień 4 listopada 2003 r. wobec braku sporządzenia na tę datę sprawozdania finansowego.

Brak jest w aktach sprawy dowodu na faktycznie wpłacenie kapitału zakładowego, podwyższonego o kwotę 85.000 zł.

W dniu 31 sierpnia 2007 r. organ ubezpieczeniowy wszczął postępowanie wyjaśniające, mające na celu ustalenie odpowiedzialności członków zarządu Si- (...) sp. z o.o. w G. za zaległości z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne za okres od grudnia 2002 r. do grudnia 2004 r., wzywając wnioskodawcę do zajęcia stanowiska w sprawie.

Korespondencja kierowana w wyżej wymienionym zakresie do D. S. i T. S. nie została odebrana, odebrał ją wyłącznie G. P..

Postępowanie zakończone zostało w dniu 22 października 2007 r. Ubezpieczonych oraz G. P. powiadomiono o powyższym i pouczono o prawie zapoznania się i wypowiedzenia co do zebranego w sprawie materiału dowodowego w terminie 7 dni.

Ubezpieczony nie zajął stanowiska w sprawie.

Na kanwie tak poczynionych ustaleń pozwany wydał zaskarżone niniejszym postępowaniu decyzje.

Postanowieniem z dnia 15 kwietnia 2013 r. o sygn. akt VII Ns Rej KRS 2547/13/745 Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku ustanowił dla płatnika składek Si- (...) sp. z o.o. w G. kuratora w osobie radcy prawnego H. H., upoważniając kuratora do podjęcia działań w celu niezwłocznego powołania zarządu spółki, a w razie potrzeby likwidacji spółki.

Kuratorowi nie udało się zwołać zgromadzenia wspólników spółki – w związku z czym wystąpił on do sądu rejestrowego o rozwiązanie spółki.

Postanowieniem z dnia 8 września 2014 (VII Ns Rej KRS 14203/14/709) Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku rozwiązał płatnika składek Si- (...) sp. z o.o. w G..

Dokonując ustaleń faktycznych Sąd oparł się na dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy oraz w aktach składkowych pozwanego oraz na opinii biegłego sądowego, powołanego w sprawie.

Jednocześnie Sąd - na rozprawie w dniu 6 grudnia 2016 r. - pominął dowód z zeznań wnioskodawców D. S. i T. S., którzy – pomimo wezwania na rozprawę pod rygorem pominięcia dowodu z ich przesłuchania w charakterze stron - nie stawili się nie usprawiedliwiając jednocześnie swojego niestawiennictwa.

Nadto, Sąd nie uznał za zasadne ponownego dopuszczenia dowodu z zeznań świadka J. S. (1) – księgowej płatnika składek ze spornego okresu – jako że ich treść złożona w zniesionym przez Sąd Apelacyjny postępowaniu nie pozostawiała wątpliwości co do tego, że nie pamiętała ona, czy spółka wykazywała straty czy zyski, nie zajmowała się ona także bezpośrednio opłacaniem w imieniu spółki składek na rzecz pozwanego, zatem świadek nie posiada informacji istotnych z punktu widzenia przedmiotu niniejszego postępowania.

Dysponując materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie przy uwzględnieniu treści art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 121 ze zm.) oraz art. 116 § 1 Ordynacji

podatkowej, Sąd w pierwszej kolejności zaznaczył, że w sprawie poza sporem pozostawał fakt, że D. S. i T. S. pełnili funkcję jedynek członków zarządu Si- (...) sp. z o.o. w G. w okresie od dnia 28 stycznia 2002 r. do dnia 4 listopada 2003 r., kiedy to zostali odwołani ze wskazanej funkcji uchwałą nadzwyczajnego walnego zgromadzenia płatnika składek. Z dniem 1 grudnia 2003 r. D. S. i T. S. zostali wykreślieni z rejestru, jako członkowie zarządu spółki – wskazano, jako jedynego członka zarządu G. P.. Niespornym jest zatem, iż pełnili oni funkcje jedynek członków zarządu w okresie objętym zaskarżoną decyzją.

Dla powstania przesłanek prawnych odpowiedzialności osoby trzeciej (członka zarządu) niezbędne jest ustalenie przez ZUS, że nie nastąpiło dobrowolne wykonanie zobowiązania, co prowadzi do konieczności jego przymusowej realizacji. Jednocześnie organ rentowy powinien stwierdzić, 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. Jej odpowiedzialność wzmacnia powstająca z mocy prawa odpowiedzialność płatnika. ZUS zatem może orzekać i egzekwować odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania z tytułu składek dopiero po wyczerpaniu środków prawnych służących do wykonania świadczenia przez dłużnika.

W świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, nie budziło wątpliwości wykazanie przez pozwanego bezskuteczności egzekucji prowadzonej wobec spółki. W przedmiotowej sprawie ZUS wykazał bowiem, że na dzień wydania decyzji, tj. na dzień 28 listopada 2007 r. wyczerpał środki prawne służące do wyegzekwowania świadczenia od dłużnika Si- (...) sp. z o.o. w G., a nadto egzekucja z majątku dłużnika okazała się bezskuteczna.

Jak wynika z akt pozwanego, Spółka Si- (...), będąc płatnikiem składek z tytułu obowiązkowych ubezpieczeń społecznych, ubezpieczenia zdrowotnego oraz na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, nie dopełniła obowiązku w zakresie odprowadzania składek za pracowników w okresie od grudnia 2002 r. do grudnia 2004 r. Pozwany, w związku z istniejącym zadłużeniem, wszczął w lutym 2004 r. postępowanie egzekucyjne z rachunków bankowych Si- (...) sp. z o.o. w G., które okazało się bezskuteczne.

Poza tym, w kwietniu 2004 r. Si- (...) sp. z o.o. w G. uzyskała informację o przysługujących spółce wierzytelnościach od (...) NZOZ – które pozwany zajął w dniu 5 maja 2014 r. Wierzytelności nie zostały zrealizowane. Także w kwietniu 2004 r. pozwany skierował tytuły wykonawcze do I Urzędu Skarbowego w G. – jednakże prowadzone przez administracyjny organ egzekucyjny postępowanie nie zaowocowało jakimikolwiek wpłatami na rzecz organu. W dniu 21 lipca 2006 r. Naczelnik I Urzędu Skarbowego w G. zwrócił tytuły wykonawcze wierzycielowi, wskazując, iż spółka nie prowadzi działalności pod wskazanym adresem.

W konsekwencji powyższego, za uprawniony uznać należało wniosek, że egzekucja kierowana do majątku spółki okazała się bezskuteczna.

Stwierdzając zatem, że pozwany wykazał okoliczności warunkujące dopuszczalność przeniesienia odpowiedzialności za zaległości spółki na członków zarządu spółki przewidziane w art. 116 ordynacji rozważenia wymagało, czy wnioskodawcy ze swojej strony wykazali przewidziane w tym przepisie okoliczności uwalniające ich od subsydiarnej odpowiedzialności za zobowiązania spółki.

Pierwszą z przesłanek wyłączających odpowiedzialność członka zarządu, a także innych podmiotów wskazanych w art. 116 ordynacji, jest wykazanie, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo nie zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub nie wszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy.

Sąd podkreślił, że zdarzenia będące przedmiotem badania w niniejszej sprawie miały miejsce w latach 2002-2003, a zatem do ich oceny materialnoprawnej należało – zgodnie z postulatem skarżących – zastosować przepisy rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. - Prawo upadłościowe obowiązującego do

dnia 30 września 2003 r. – albowiem ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. z 2015 r. poz. 233 j.t. – weszła w życie dopiero w dniu 1 października 2003 r. (co wynika z jej art. 546).

Dla oceny zachowania wnioskodawców w okresie pełnienia przez nich funkcji członków zarządu spółki, w aspekcie zawinonego niezgłoszenia przez nich we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości, kluczowe znaczenie miały przepisy art. 1, art. 2 oraz art. 5 Prawa upadłościowego z 1934 r., a których wynika, że przedsiębiorca, który zaprzestał płacenia długów, będzie uznany za upadłego (art. 1 § 1 Prawa upadłościowego). Upadłość przedsiębiorcy będącego osobą prawną będzie ogłoszona także wówczas, gdy jego majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów (art. 1 § 2). Przedsiębiorca jest zobowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia zaprzestania płacenia długów, zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości (art. 5 § 1). Co istotne, zapis w art. 5 § 1 Prawa upadłościowego z 1934 r. odzwierciedlał następnie obowiązujące pierwotnie (do dnia 01 stycznia 2016 r.) brzmienie art. 21 ust. 1 Prawa upadłościowego z 2003 r., zgodnie z którym 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.

Analizując kwestię, czy spółka w okresie sprawowania funkcji członka zarządu przez D. S. oraz T. S. spełniała przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie rozporządzenia Prawa upadłościowego z 1934 r. oraz ustalenia, w jakiej dacie spółka zaprzestała płacenia długów, kiedy utraciła płynność finansową, jak również od kiedy jej majątek przewyższał zobowiązania i w jakiej wysokości, Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu rachunkowości, którego ustalenia miały kluczowe znaczenie dla wydanego w sprawie wyroku.

Z treści tejże opinii wynika mianowicie, że Si- (...) sp. z o.o. w G. nie posiadała własnego majątku trwałego. W latach 2002-2003 następował w niej wzrost przychodów ze sprzedaży – jednakże działalność spółki pozostawała działalnością nierentowną, generującą stratę w kwocie 19.773,27 zł według stanu na dzień 1 stycznia 2003 r. Koszty prowadzenia działalności przez płatnika składek w latach 2002-2003 przewyższały przychody i spółka nie była w stanie pokryć wszystkich kosztów – w konsekwencji, w latach 2002-2003 spółka posiadała nadwyżkę zobowiązań nad majątkiem. Strata w kwocie 19.773,27 zł nie mogła powstać w ostatnim miesiącu 2002 r. – zatem spółka była w stanie upadłości już w ciągu 2002 r., albowiem już wówczas miała problemy z bieżącym regulowaniem swoich zobowiązań – utraciła płynność finansową. Dowodzi tego wzrost zobowiązań z kwoty 166.186,52 zł w 2002 r. do 252.711,34 zł w 2003 r. – a więc o 52%. Ustalenia powyższe oparte są o sprawozdania finansowe spółki – w szczególności na sprawozdaniu finansowym przygotowanym na dzień 31 grudnia 2003 r., jako jedynym zawierającym wszystkie wymagane przez ustawę o rachunkowości elementy składowe – w przeciwieństwie do bilansu na dzień 30 czerwca 2002 r., 30 września 2002 r. i 31 grudnia 2002 r. Sąd podkreślił, że nie ma możliwości ustalenia sytuacji i kondycji finansowej spółki na dzień 4 listopada 2003 r. wobec braku sporządzenia na tę datę sprawozdania finansowego. Brak jest w aktach sprawy dowodu na faktycznie wpłacenie kapitału zakładowego, podwyższonego o kwotę 85.000 zł. Sąd zważył, iż bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostawała okoliczność braku obiektywnej możliwości ustalenia konkretnej i precyzyjnej daty – dziennej, miesięcznej – zaistnienia podstaw do ogłoszenia upadłości przez płatnika składek, skoro nawet ogólnikowe określenie powyższego momentu jako rok 2002 oznacza, iż niewątpliwie stało się to w czasie, kiedy członkami zarządu spółki byli właśnie skarżący D. S. i T. S..

Sąd przyjął opinię powołanego w sprawie biegłego za podstawę rozstrzygnięcia w sprawie, ponieważ w jego ocenie jest ona miarodajna, wnioski w niej wysnute logiczne i właściwe, zaś uzasadnienie wyczerpujące i przekonujące.

Sąd podkreślił, że – podobnie, jak już to uczynił Sąd Okręgowy przy uprzednim wyrokowaniu w sprawie – nie dał on wiary dokumentom przedłożonym przez ubezpieczonych wraz z zarzutami do opinii biegłego sądowego z zakresu księgowości tj. dane z bilansu z dnia 30 czerwca 2002 r. podpisanego przez Biuro (...) w G., główną księgową Ł. G. (podpis kierownika podmiotu nieczytelny). W bilansie tym zawarta jest informacja o wysokości kapitału własnego w kwocie 85.000 zł oraz wykazana jest wartość majątku rzeczowego w kwocie 35.000 zł, zapasów w kwocie 62.012 zł i środków pieniężnych w wysokości 1.014 zł. Łącznie suma bilansowa wykazana w załączonym do pisma bilansie wynosi 98.026 zł; pismo z dnia 5 lutego 2002 r., podpisane przez T. S., zawiera 15 pozycji aportu rzeczowego wniesionego na pokrycie kapitału zakładowego o wartości 35.000 zł. Należy zwrócić uwagę, że zapisy bilansowe z końca 2002 r. i z końca 2003 r. są sprzeczne z bilansem przedstawionym przez wnioskodawcę na dzień 30 czerwca 2002 r.

Wiarygodnym dokumentem dla Sądu był bilans za 2003 rok, zawierający dane z bilansu otwarcia, złożony w I Urzędzie Skarbowym w G. w dniu 29 czerwca 2004 r. Sąd za istotne uznał również uchwały zgromadzenia wspólników spółki. I tak, uchwała nr (...) z 30 czerwca 2003 r. zatwierdza stratę bilansową w kwocie 19.773,27 zł i sumę bilansową o wartości 231.413,25 zł - wykazane w bilansie za 2002 rok. Uchwała ta przyjmuje I wersję bilansu z wykazaną w aktywach należnością 85.000 zł z tytułu nie wniesionego kapitału zakładowego, zaś uchwała nr (...) z dnia 28 czerwca 2004 r. zatwierdza zysk bilansowy w wysokości 13.111,07 zł i sumę bilansową w kwocie 246.049,14 zł. Ta uchwała przyjmuje już wykazaną w pasywach, nie wniesioną wartość kapitału zakładowego. Wiarygodność tych danych można także potwierdzić wyciągiem sprawozdań finansowych, jeżeli były złożone do KRS za lata 2002 i 2003. Akta sprawy zawierają kopie bilansów przyjęte przez I Urząd Skarbowy w G. za 2003 r. wraz z kopiami uchwał zgromadzenia wspólników. Zważyć trzeba także, że akta rejestrowe spółki wskazują na wysokość kapitału zakładowego oraz objęcie tych kapitałów przez wspólników – nie wskazują natomiast czy te kapitały były rzeczywiście wpłacone. Na brak wpłaty na kapitał zakładowy wskazuje bilans.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że w odniesieniu do Si- (...) sp. z o.o. w G., najpóźniej z końcem 2002 r. ziściła się przesłanka uzasadniająca ogłoszenie upadłości, określona w art. 1 § 1 Prawa upadłościowego z 1934 r. A skoro tak, to zaskarżone w niniejszym postępowaniu decyzje uznać należało za trafne.

Z tych względów, Sąd Okręgowy, na mocy art. 477¹⁴ § 1 k.p.c. orzekł, jak w punkcie 1 wyroku.

W punkcie 2 Sąd, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 2 ust. 1 i 2 w zw. z § 3 ust. 1 w zw. z § 6 ust. 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. 2013 r. poz. 490), obciążył każdego z ubezpieczonych jako stronę przegrywającą, kosztami zastępstwa procesowego pozwanego w kwocie po 2.400 zł, zasądzając je w stawce minimalnej, biorąc pod uwagę rodzaj i stopień zawichości sprawy, nakład pracy pełnomocnika oraz jego wkład pracy w przyczynienie się do wyjaśnienia sprawy i dokonania jej rozstrzygnięcia.

Apelację od wyroku wywiedli wnioskodawcy zaskarżając go w całości i zarzucając mu naruszenie przepisów prawa, a mianowicie:

1. art. 116 § 1 zd. 1 Ordynacji Podatkowej przez błędne przyjęcie, że pozwany wykazał bezskuteczność egzekucji w odniesieniu do zainteresowanej Spółki, przez co miał ziścić się warunek uprawniający do wydania zaskarżonej decyzji - dotyczącej wnioskodawców, jako byłych członków Zarządu Spółki;
2. art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji Podatkowej w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. przez błędne przyjęcie, że wnioskodawcy nie wykazali przesłanki egzoneracyjnej, ponieważ postanowienie o umorzeniu egzekucji uznać należy za niewystarczające, gdyż wierzyciel nie uzyskał zaspokojenia ze względu na niepodjęcie w stosownym czasie postępowania egzekucyjnego przeciwko Spółce, natomiast w czasie, w którym wnioskodawcy pełnili funkcje członków zarządu, Spółka dysponowała majątkiem o znacznej wartości, a sytuacja zmieniła się po zbyciu przez nich udziałów w Spółce;
3. art. 227 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c. przez błędną interpretację wyjaśnień wnioskodawców oraz zeznań świadka J. S. (2), co skutkowało przyznaniem pełnej wiarygodności bilansu za rok 2012 - mimo, że wskazany świadek nie wykluczył zaistnienia błędu, co do kwoty 85 000 zł po stronie aktywów, że nie musi to być kapitał zakładowy. Błędna jest przyjęta przez Sąd I Instancji konkluzja, że materiał dowodowy nie dał podstaw do przyjęcia błędnego sporządzenia bilansu za rok 2002;
4. naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów przez przyjęcie tylko wyjaśnień pozwanego, oraz brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego - w szczególności w zakresie oceny ustaleń biegłego sądowego (art. 233 § 1 k.p.c.);

5. naruszenie zasad swobodnej oceny dowodów przez przyjęcie, że dokumenty potwierdzające pokrycie przez wnioskodawców kapitału zakładowego nie potwierdzają zakupu Spółki po tygodniu od daty objęcia przez skarżących udziałów w Spółce (art. 233 §1 k.p.c.);

6. pozbawienie wnioskodawców możliwości obrony swoich praw spowodowane wysłaniem na błędny adres wezwań do osobistego stawiennictwa celem przesłuchania w charakterze strony, co skutkuje nieważnością postępowania (art. 379 pkt 5 k.p.c.), a nieważność postępowania Sąd II instancji bierze pod uwagę z urzędu. Zdaniem apelujących również nieuznanie za zasadne ponownego dopuszczenia dowodu z zeznań świadka J. S. (2) - księgowej spowodowało pozbawienie wnioskodawców prawa do obrony ich uzasadnionych interesów. Skarżący podkreślili, że poprzednie postępowanie prowadzone w niniejszej sprawie przed Sądem Okręgowym w Gdańsku zostało zniesione - zatem treść zeznań świadka J. S. (2) nie może być uwzględniana w niniejszym postępowaniu.

Wskazując na powyższe, apelujący wnieśli o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i uwzględnienie odwołania wraz z zasądzeniem kosztów postępowania odwoławczego, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Gdańsku, przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego.

Swoje stanowisko apelujący szczegółowo i obszernie uzasadnili wskazując stosowne argumenty na jego poparcie.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja wnioskodawców nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutu pozbawienia wnioskodawców możliwości obrony swoich praw spowodowanego wysłaniem na błędny adres wezwań do osobistego stawiennictwa celem przesłuchania w charakterze strony, skutkującego ostatecznie nieważnością postępowania - art. 379 pkt 5 k.p.c. - uznać należy go za bezzasadny.

Zgodnie z art. 378 § 1 k.p.c., Sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji, w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. Nieważność postępowania w rozumieniu art. 379 pkt 5 k.p.c. zachodzi wówczas, gdy strona procesu, wbrew swej woli, zostaje faktycznie pozbawiona możliwości działania (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 1961 r., III CR 953/60, „Nowe Prawo” 1963 nr 1, s. 117; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 1999 r., II PR 371/65, OSNCP 1966 Nr 10, poz. 172; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 1999 r., II CKN 318/98, niepublikowany). Przytoczona podstawa nieważności postępowania jest spełniona, jeżeli z powodu wadliwości procesowych sądu lub strony przeciwnej, będących skutkiem naruszenia konkretnych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, których nie można było usunąć przed wydaniem orzeczenia w danej instancji, strona nie mogła - wbrew swej woli - brać i nie brała udziału w postępowaniu lub jego istotnej części (por. orzeczenia Sądu Najwyższego: z dnia 10 czerwca 1974 r., II CR 155/74, OSPiKA 1975 z. 3, poz. 66; z dnia 6 marca 1998 r., III CKN 34/98, Prok. i Pr. 1999 Nr 5, poz. 41 - dodatek; z dnia 10 maja 2000 r., III CKN 416/98, OSNC 2000 Nr 12, poz. 220; z dnia 10 lipca 2002 r., II CKN 822/0; niepublikowane; z dnia 28 listopada 2002 r., II CKN 399/01, niepublikowane i z dnia 22 maja 2014 r., IV CSK 545/13, niepublikowane). Sytuacja taka zachodzi zaś m.in., gdy wady zawiadomienia o terminie rozprawy, jedynej albo bezpośrednio poprzedzającej wydanie orzeczenia, uzasadniały odroczenie rozprawy, a sąd rozpoznał sprawę i wydał orzeczenie (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 10 lipca 1974 r., II CR 331/74, OSNC 1975 Nr 5, poz. 84; z dnia 15 stycznia 1999 r., II CKN 139/98, LEX nr 1214381; z dnia 6 marca 2002 r., III RN 12/01, niepublikowany; z dnia 8 stycznia 2004 r., I CK 19/03, niepublikowany; z dnia 15 grudnia 2006 r., I PK 122/05, OSNP 2006 nr 21-22, poz. 325; z dnia 7 lutego 2013 r., II CSK 325/12, niepublikowany).

Uwzględniając przedstawione wyżej rozważania i odnosząc je do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wyjaśnić należy, że T. S. i D. S. zostali wezwani do osobistego stawiennictwa na rozprawę pierwszoinstancyjną w dniu 6 grudnia 2016 r. Wezwania zostały wysłane do stron na adres przez nie wskazany, tj. ul. (...), G. i co znamienne zostały przez strony osobiście odebrane (T. S. epo k. 738; D. S. epo k. 746). Wezwania zawierały informację, że stawiennictwo na rozprawie jest obowiązkowe – pod rygorem pominięcia dowodu z przesłuchania w charakterze strony. Mimo to ani T. S. ani D. S. nie stawili się na termin rozprawy, w konsekwencji czego sami zdecydowali, iż nie będą składać żadnych

wyjaśnień, a skoro tak to podnoszenie aktualnie, że Sąd w sposób nieuprawniony pozbawił ich możliwości obrony swoich praw, co skutkowało nieważnością postępowania, uznać należy - co najmniej - za nieuzasadnione.

Przechodząc do meritum sprawy, przypomnieć należy, że przedmiotem sporu między stronami była kwestia, czy T. S. i D. S., jako członkowie zarządu Si- (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. ponoszą odpowiedzialność za należności tej spółki wobec organu rentowego, tj. za zaległe składki na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych objęte decyzjami z dnia 28 listopada 2007 roku.

We wskazanym powyżej zakresie Sąd Okręgowy przeprowadził stosowne postępowanie dowodowe, a w swych ustaleniach i wnioskach - co do zasady - nie wykroczył poza ramy swobodnej oceny wiarygodności i mocy dowodów wynikające z przepisu art. 233 k.p.c., nie popełnił też uchybień w zakresie zarówno ustalonych faktów, jak też ich kwalifikacji prawnej, które mogłyby uzasadnić ingerencję w treść zaskarżonego orzeczenia. W konsekwencji, Sąd odwoławczy oceniając, jako prawidłowe ustalenia faktyczne i rozważania prawne dokonane przez Sąd pierwszej instancji uznał je za własne, co oznacza, iż zbędnym jest ich szczegółowe powtarzanie w uzasadnieniu wyroku Sądu odwoławczego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 1998 r., sygn. I PKN 339/98, OSNAPiUS z 1999 r., z. 24, poz. 776).

Zgodnie z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 963 ze zm.) do składek na ubezpieczenia społeczne mają odpowiednie zastosowanie enumeratywnie wymienione w tym artykule przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2015 r., poz. 613 ze zm.), w tym także przepisy regulujące odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe.

Stosownie natomiast do treści art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych 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.

Tak więc, do składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i ubezpieczenie zdrowotne odpowiednie zastosowanie znajduje art. 31 tej ustawy, a w konsekwencji odpowiednie zastosowanie mają również wymienione w nim przepisy Ordynacji podatkowej, w tym przepisy o odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania podatkowe (por. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2008 r., sygn. akt II UZP 1/08 oraz z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt II UZP 3/08, niepubl.).

Odpowiedzialność członków zarządu spółki kapitałowej za jej zaległości podatkowe 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 więc 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, 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 za zobowiązania 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, co podkreślał również Sąd pierwszej instancji, 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 października 2005 r., sygn. akt I FSK 30/05; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 14 września 2005 r., sygn. akt I FSK 2062/04).

W ocenie Sądu w niniejszej sprawie organ rentowy bezspornie wykazał, tzw. pozytywne przesłanki zawarte w art. 116 § 1 Ordynacja podatkowa, wymagane do orzeczenia o odpowiedzialności członka zarządu, tj. istnienie zaległości podatkowych Si – (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, pełnienie przez skarżących funkcji członków zarządu w Spółce w czasie upływu terminu płatności zobowiązań objętych decyzją oraz bezskuteczność egzekucji skierowanej do majątku Spółki.

W analizowanej sprawie pozwany niewątpliwie trafnie ustalił, że każdy ze skarżących pełnił funkcję członka zarządu w okresie wskazanym w dotyczącej jego osoby decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, tj. od grudnia 2002 r. do września 2003 r.

Wobec powyższego koniecznym było wykazanie - i w tym zakresie ciężar dowodu spoczywał na organie rentowym - że wszczęta przeciwko spółce egzekucja okazała się bezskuteczna. Powyższe jest o tyle znaczące, że niedopuszczalne jest obciążanie osoby sprawującej funkcję członka zarządu odpowiedzialnością za zaległości spółki z tytułu składek bez przeprowadzenia formalnej egzekucji zakończonej niezaspokojeniem wierzyciela. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 13 maja 2009 r., (sygn. akt I UZP 4/09, Biul.SN 2009/5/22) wskazał, iż bezskuteczność egzekucji z majątku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, o której mowa w art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa w związku z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, może być stwierdzona wyłącznie w postępowaniu w sprawie egzekucji należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, poprzedzającym wydanie decyzji o odpowiedzialności członka zarządu spółki za te należności. W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy wyjaśnił, iż przewidzianą w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej przesłankę „bezskutecznej egzekucji”, rozumieć należy, jako sytuację, w której nie ma jakichkolwiek wątpliwości, iż nie zachodzi żadna możliwość zaspokojenia egzekwowanej wierzytelności z jakiegokolwiek części majątku spółki. Konieczne jest więc wszczęcie postępowania egzekucyjnego, w toku którego taka bezskuteczność zostanie stwierdzona. Bezskuteczność egzekucji należności składkowych, jako przesłanka odpowiedzialności członków zarządu za te zobowiązania spółki musi więc zostać potwierdzona przez organ ubezpieczeń społecznych przed wydaniem decyzji w tym przedmiocie. Sąd Najwyższy wskazał jednocześnie, że jeżeli chodzi o problem możliwości wykazywania bezskuteczności egzekucji już po wszczęciu postępowania egzekucyjnego, to dowodem na tę okoliczność jest przede wszystkim wydane po przeprowadzeniu postępowania egzekucyjnego przez organ egzekucyjny postanowienie o umorzeniu postępowania z uwagi na bezskuteczność egzekucji (art. 59 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym, art. 824 k.p.c.). Stan bezskuteczności egzekucji może być jednak stwierdzony również w toku egzekucji administracyjnej lub sądowej. Bezskuteczność egzekucji, rozumiana, jako brak możliwości przymusowego zaspokojenia wierzyciela publicznoprawnego w toku wszczętej i przeprowadzonej przez organ egzekucyjny egzekucji skierowanej do majątku spółki może być wykazana nie tylko na podstawie postanowienia o umorzeniu postępowania egzekucyjnego, ale także w inny sposób. Znajduje to potwierdzenie zarówno w wykładni językowej art. 116 § 1 Ordynacji, z którego nie wynikają żadne wymogi, co do formalnego stwierdzenia bezskuteczności egzekucji z majątku spółki, jak i wykładni systemowej, opartej na analizie art. 59 § 1 i 2 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym. Okoliczność nie uzyskania w toku postępowania egzekucyjnego dotyczącego należności pieniężnej kwoty przewyższającej wydatki egzekucyjne, czyli faktyczna bezskuteczność egzekucji, nie stanowi bowiem obligatoryjnej, a jedynie fakultatywną przesłankę umorzenia postępowania egzekucyjnego. Bezskuteczność egzekucji stwierdza się zatem na podstawie okoliczności wynikających z czynności przeprowadzonych w postępowaniu egzekucyjnym, a udowodnienie spełnienia tej przesłanki należy do organu ubezpieczeń społecznych.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż w ocenie Sądu odwoławczego organ rentowy bezspornie wykazał bezskuteczność egzekucji z majątku Si – (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

I tak, jak wynika z pisma z dnia 20 września 2004 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych wystosował do Banku (...) S.A. zawiadomienie o zajęciu rachunku bankowego, gdzie jako dłużnik egzekwowany występuje Si- (...) Sp. z o.o. w G., jednakże – jak poinformował pozwany bank – rachunek bieżący egzekwowanego dłużnika wykazywał na dzień wpływu zajęcia saldo zerowe i został zablokowany. Przed zablokowaniem rachunku Bank przelał na rzecz pozwanego w związku z prowadzonym postępowaniem egzekucyjnym kwotę 280 zł. (...) Bank (...) SA, w odpowiedzi na zawiadomienie o zajęciu wierzytelności z rachunku bankowego należącego do Si- (...) w G. pismem z dnia 25 lutego 2004 r., z dnia 15 września 2004 r. oraz z dnia 20 września 2004 r. wyjaśnił, że nie może zostać ono zrealizowane z uwagi na brak środków na rachunku bankowym. Kolejno, pismem z dnia 21 września 2005 r. Bank (...) SA powiadomił ZUS, że zajęcie rachunku bankowego należącego do spółki Si – (...) nie zostanie zrealizowane, albowiem z uwagi na utrzymujący się od 6 miesięcy zanik obrotów – co stanowi naruszenie warunków umowy – rachunek został zamknięty. Poza tym, w kwietniu 2004 r. Si – (...) w G. uzyskała informację o przysługujących spółce wierzytelnościach od (...) NZOZ, które pozwany zajął w dniu 5 maja 2014 r., a które ostatecznie nie zostały zrealizowane. Pozwany skierował również tytuły wykonawcze do I Urzędu Skarbowego, przy czym w dniu 21 lipca 2006 r. zostały one zwrócone przez Naczelnika ze wskazaniem, że Spółka nie prowadzi działalności pod wskazanym adresem. Bezowocne okazały się także podjęte przez pozwanego próby wyegzekwowania zaległej należności z nieruchomości oraz ruchomości. A skoro tak, to bezspornie uprawnionym był wniosek, że egzekucja z majątku Spółki była bezskuteczna.

Przystępując do analizy negatywnych przesłanek odpowiedzialności skarżących - których wykazanie należało do członków zarządu, pełniących wskazaną funkcję w okresach szczegółowo wymienionych w decyzjach pozwanego z dnia 28 listopada 2007 r. - Sąd Apelacyjny stanął na stanowisku, iż Sąd I instancji trafnie uznał, że nie zaszła żadna z okoliczności uwalniających skarżących od odpowiedzialności za zobowiązania Spółki wobec pozwanego organu.

Podkreślić należy, że żaden z wnioskodawców nie wykazał, iż we właściwym czasie zgłosił wniosek o ogłoszenie upadłości lub że zostało wszczęte postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy. Wnioskodawcy konsekwentnie w toku prowadzonego postępowania utrzymywali, że w ich ocenie w latach 2002-2003 spółka znajdowała się w dobrej kondycji finansowej, albowiem nie było przeciwko niej prowadzone żadne postępowanie egzekucyjne. Dodatkowo D. S. podniosła, że interesowała się spółką „tyle o ile”, albowiem w spornym okresie pracowała jako nauczyciel i nie angażowała się zbytnio w sprawy finansowe związane z prowadzoną działalnością, gdyż ta kwestia należała do jej męża.

Mając na uwadze treść wyjaśnień wnioskodawców, a w szczególności D. S. wskazać należy, że jak wynika z uzasadnienia wyroku Wojewódzkiego Sąd Administracyjny w Białymstoku z dnia 1 kwietnia 2015 r. (I SA/Bk 204/15, LEX nr 1669084), nie ma znaczenia dla zwolnienia z odpowiedzialności podatkowej skarżącego, jako członka Zarządu wskazywany brak wiedzy o stanie zobowiązań Spółki. Członek zarządu spółki nie może się bowiem powoływać na niezajomość stanu jej finansów, jako przyczynę niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) (uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 sierpnia 2009 r., II FPS 3/09). Członkowi zarządu powinien być znany na bieżąco stan finansów spółki, a co za tym idzie możliwość zaspokojenia długów (por. wyroki Sądu Najwyższego z: 2 października 2008 r., I UK 39/08; 24 września 2008 r., II CSK 142/08; 11 marca 2008 r., II CSK 545/07, 16 stycznia 2008 r., IV CSK 430/07).

Analiza sytuacji finansowej spółki Si- (...) w okresie od 2002 r. do 31 grudnia 2003 r. - wobec treści zeznań wnioskodawców oraz dokumentów finansowych znajdujących się w aktach - została poddana weryfikacji w drodze dowodu z opinii biegłego z zakresu księgowości. Biegły, po zapoznaniu się z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, w pierwszej kolejności wskazał, iż w okresie od 2002 r. do grudnia 2003 r. spółka nie posiadała - wbrew twierdzeniom wnioskodawców - żadnego majątku trwałego. Biegły podał, że w spółce w okresie od 2002 r. do 31 grudnia 2003 r. następował wzrost przychodów ze sprzedaży: z kwoty 89.485,57 zł w 2002 r. do 226.330,24 zł

w 2003 r. Działalność gospodarcza Spółki w 2002 r. była działalnością nierentowną generującą stratę w kwocie 19.773,27 zł. W okresie następnym Spółka osiągnęła niewielki zysk w kwocie 13.111,07 zł, przy rentowności 5 %. Zatem, pomimo 2.5 krotnego wzrostu sprzedaży zysk osiągnięty w 2003 r. nie pokrył straty z lat ubiegłych. To zaś, oznacza że w latach od 2002 do 2003 koszty prowadzonej działalności gospodarczej przewyższały jej przychody i Spółka nie była w stanie pokryć wszystkich ponoszonych kosztów z uzyskiwanych przychodów. Prowadzenie działalności gospodarczej, gdzie ponoszone koszty przewyższają przychody ze sprzedaży, przy jednoczesnym braku majątku trwałego spowodowało, że Spółka w latach 2002 - 2003 miała nadwyżkę zobowiązań nad majątkiem odpowiednio: -19.773,27 zł. w 2002 r. i -6.662,20 zł. w 2003 r. Zobowiązania przewyższające wartość posiadanego majątku oznaczają, że Spółka nie była w stanie uregulować wszystkich swoich zobowiązań. Oznacza to, że już w 2002 r. koszty prowadzonej działalności gospodarczej były wyższe od przychodów ze sprzedaży. Sytuacja ta nie uległa poprawie w kolejnym okresie sprawozdawczym. Strata na koniec 2002 r. w kwocie -19.773,27 zł nie mogła powstać w ostatnim miesiącu 2002 r., dlatego **Spółka w stanie upadłości była już w ciągu 2002 r. Zatem, przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez Zarząd Spółki na podstawie Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24.10.1934 r. Prawo Upadłościowe powstały w ciągu 2002 r.** Jednakże, w związku z faktem, że w aktach sprawy brak jest sprawozdań finansowych międzyokresowych za 2002 r. biegły nie był w stanie wskazać w którym miesiącu 2002 r. Spółka była w stanie upadłości. Na pewno, po sporządzeniu sprawozdania finansowego za 2002 r. Zarząd Spółki w przeciągu 2 tygodni powinien wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości.

W zakresie ustalenia, w jakiej dacie Spółka Si - (...) zaprzestała płacenia długów i w jakiej dacie utraciła płynność finansową - na podstawie zebranego materiału dowodowego, biegły nie był w stanie jednoznacznie określić daty powstania utraty płynności finansowej i zaprzestania płacenia długów. Fakt, że w 2002 r. i w następnym okresie przychody Spółki przewyższały jej koszty świadczy o tym, że już w 2002 r. Spółka miała kłopoty z bieżącym regulowaniem zobowiązań. Sytuacja ta utrzymywała się także w 2003 r. Świadczy o tym wzrost zobowiązań z 166.186,52 zł w 2002 r. do 252.711,34 zł w 2003 r. (tj o 52%). Biorąc pod uwagę stany na 1 stycznia 2003 r. ze sporządzonego sprawozdania finansowego na 31 grudnia 2003 r. (które powinny być zgodne ze stanami na 31 grudnia 2002 r.) wskaźnik płynności finansowej na koniec 2002 r. (stosunek majątku obrotowego do zobowiązań: 146.413,25/166.186,52) wynosił 0,88, co oznacza, że był niższy od 1. To zaś prowadzi do jednoznacznego ustalenia, że Spółka utraciła płynność finansową w 2002 r. Sam fakt, że zobowiązania spółki nie miały pokrycia w jej majątku świadczy o tym, że spółka utraciła płynność finansową i nie miała możliwości spłacenia wszystkich swoich zobowiązań już w 2002 r.

Z uwagi na fakt - na co trafnie zwrócił uwagę biegły - że zaległości składkowe dotyczą okresu do lipca 2002 r. do 2003 r., w sprawie zastosowanie miało rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 października 1934 r. - Prawo o postępowaniu układowym (Dz.U. Nr 93, poz. 836 ze zm.), obowiązujące do 30 września 2003 r. Do tego dnia obowiązywało również rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. - Prawo upadłościowe (jednolity tekst: Dz.U. z 1991 r. Nr 118, poz. 512 ze zm.). Tym samym zaistnienie przesłanki zgłoszenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości wobec odwołujących się należało rozpatrywać na gruncie powyższych przepisów.

Przesłanką ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy - w myśl przepisów Prawa upadłościowego z 1934 r. - jest zaprzestanie płacenia długów przez spółkę kapitałową (art. 1 § 1 tego Prawa) oraz sytuacja, w której spółka wprawdzie reguluje swoje zobowiązania, lecz jej majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów (art. 1 § 2), przy czym krótkotrwale wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości (art. 2). Takie założenie powinno stanowić podstawę oceny zarówno zaistnienia stanu niewypłacalności uzasadniającego złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości według powołanych przepisów Prawa upadłościowego, jak i oceny wystąpienia z tym wnioskiem „we właściwym czasie” według art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej. „Właściwy czas” nie może być wprawdzie utożsamiany z terminem określonym przez art. 5 § 1 i 2 Prawa upadłościowego, ale termin ten wyznacza podstawę oceny w tym zakresie. W pierwszej kolejności należy więc ocenić, kiedy wystąpił stan niewypłacalności dłużnika (rozpoczął się bieg terminu z art. 5 § 1 i 2 Prawa upadłościowego). „Właściwy czas” do złożenia wniosku o ogłoszenie

upadłości według art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej nie może być wcześniejszy niż upływ terminu z art. 5 § 1 i 2 Prawa upadłościowego, najczęściej będzie z nim tożsamy, ale może być późniejszy. Początek biegu terminu z art. 5 § 1 Prawa upadłościowego wyznaczony jest przez typowe zwroty niedookreślone takie, jak „trwale” (nie krótkotrwałe - art. 2 tego Prawa) „zaprzestanie płacenia długów” (art. 1 § 1). Trudno więc formułować jednolite kryteria oceny w tym przedmiocie, a więc data trwałego zaprzestania płacenia długów może być ustalona jedynie w kontekście konkretnych okoliczności sprawy. To samo dotyczy oczywiście pojęcia „właściwego czasu” z art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że trwale zaprzestanie płacenia długów (art. 1 § 1 i art. 2 Prawa upadłościowego) oznacza, że dłużnik nie tylko obecnie nie płaci długów, ale także nie będzie tego czynił w przyszłości z powodu braku niezbędnych środków (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2006 r., V CSK 39/06, Prawo Spółek 2008 nr 1, s. 58). Zaprzestanie płacenia długów zachodzi wtedy, gdy dłużnik z braku środków płatniczych nie płaci przeważającej części swoich wymagalnych długów. Sytuacja taka będzie mieć miejsce także wówczas, gdy dłużnik nie zaspokaja jednego tylko wierzyciela posiadającego znaczną wierzytelność (wyrok z dnia 19 listopada 2004 r., V CK 231/04, LEX nr 146360). Niewypłacalność przedsiębiorcy (art. 1 § 1 Prawa upadłościowego) polega na niemożności jednoczesnego spłacania wszystkich długów. Muszą więc być zaspokajane równoprawnie interesy wszystkich wierzycieli, a nie tylko interesy wierzycieli uprzywilejowanych (wybranych). Przesłanką upadłości jest przy tym trwała niewypłacalność przedsiębiorcy (art. 2 Prawa upadłościowego), co daje się zasadnie stwierdzić po upływie dłuższego okresu czasu, aczkolwiek taka prognoza może okazać się uprawniona - po zbadaniu sytuacji finansowej i majątkowej dłużnika - już po zaprzestaniu płacenia przez niego długów (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2002 r., V CKN 342/01, LEX nr 75360).

Jeżeli chodzi o pojęcie „właściwego czasu” z art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej to w orzecznictwie podkreśla się (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2004 r., V CK 533/03, LEX nr 194093), że „właściwym czasem” nie jest ani krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów na skutek przejściowych trudności, ani też całkowite zaprzestanie płacenia długów w następstwie wyzbycia się przez podmiot gospodarczy całego (lub prawie całego) majątku, lecz chwila kiedy wiadomo już, że dłużnik nie będzie w stanie zaspokoić wszystkich swych zobowiązań. Określenie tej chwili powinno być ujmowane elastycznie w zależności od okoliczności konkretnego wypadku, bowiem właściwy czas do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest przesłanką obiektywną, ustalaną w oparciu o okoliczności faktyczne każdej sprawy, dla określenia której nie ma znaczenia subiektywne przekonanie członków zarządu spółki (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2008 r., II CSK 142/08, LEX nr 470009). Dla oceny „właściwego momentu” na zgłoszenie upadłości nie ma zatem decydującego znaczenia sporządzenie bilansu rocznego spółki, jeżeli członek zarządu przy dołożeniu należytej staranności mógł i powinien już wcześniej uzyskać świadomość co do stanu finansowego spółki, wykonując prawidłowo bieżący zarząd (wyrok z dnia 13 grudnia 2007 r., I CSK 313/07, LEX nr 479340). Nie ma też podstaw do traktowania zaległości składkowych wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych jako pozbawionych znaczenia w aspekcie sytuacji finansowej spółki i przyjęcia w związku z tym, że - mimo powstania tych zaległości - nie doszło do trwałego zaprzestania spłaty długów (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2006 r., I UK 324/05, OSNP 2007 nr 13-14, poz. 200).

Z ustaleń faktycznych stanowiących podstawę zaskarżonego wyroku wynika, że bezsprzecznie Si- (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w okresie od 2002 r. od grudnia 2003 r. zaniechała regulowania wymagalnych zobowiązań względem Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a skoro tak to uprawniony jest wniosek, że względem podmiotu, jakim jest ZUS była niewypłacalna, to zaś stanowiło wystarczający argument, by wystąpić do Sądu z wnioskiem o ogłoszenie upadłości względnie z wnioskiem o wszczęcie postępowania układowego, celem zapobieżenia narastaniu dalszych zaległości. Mimo to, żaden z członków zarządu Spółki Si - (...) nie złożył wniosku o ogłoszenie upadłości ani w 2002 r. ani w 2003 r., podczas gdy - jak wynika z opinii biegłego z zakresu księgowości - już w 2002 r. Spółka utraciła płynność finansową i nie miała możliwości spłacenia wszystkich swoich zobowiązań. W ocenie Sądu Odwoławczego każdy z wnioskodawców bezsprzecznie posiadał wiedzę na temat zadłużenia, mimo braku tytułów egzekucyjnych, bo przecież nie sposób uznać, że przedsiębiorca prowadzący własną firmę i zatrudniający pracowników nie dysponuje elementarną wiedzą na temat konieczności regulowania zobowiązań publicznoprawnych, do których należą składki na ubezpieczenie społeczne. Jeśli składki nie były odprowadzane, to nawet wobec braku wezwań do

ich uiszczenia z ZUS-u, oczywistym jest, że w organie rentowym w okresie od 2002 r. do końca 2003 r. powstawało z tego tytułu zadłużenie. Mając na uwadze powyższe, oczywistym jest wniosek, że zaniechanie przez D. S. i T. S. złożenia wniosku o upadłość względnie postępowanie układowe miało charakter działania zawinionego. Podkreślić za Sądem Okręgowym należy, że „właściwy czas” do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania układowego, to czas, w którym zarząd spółki winien podjąć te działania, nie będąc już w stanie realizować zobowiązań względem wszystkich wierzycieli spółki, aby w ten sposób chronić ich interesy. „Właściwy czas” należy przy tym oceniać z punktu widzenia interesów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a określenie tej chwili powinno być ujmowane elastycznie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, bowiem właściwy czas do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest przesłanką obiektywną, ustalaną w oparciu o okoliczności faktyczne każdej sprawy, dla określenia której nie ma znaczenia subiektywne przekonanie członków zarządu spółki. Profesjonalizm wymagany od członków zarządu spółki kapitałowej, a także wynikająca z niego podwyższona staranność (art. 355 § 2 k.c.), pozwala na przyjęcie, iż każdy członek zarządu obowiązany jest kontrolować sytuację w spółce przynajmniej z taką uwagą, która pozwala na zorientowanie się, że jest ona niewypłacalna i że należy wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Wniosek o ogłoszenie upadłości może być uznany za zgłoszony we właściwym czasie, gdy wykazane zostało, że zgłaszając go zarząd (członek zarządu) uczynił ze swej strony wszystko, by nie dopuścić do zniweczenia celu postępowania upadłościowego poprzez stworzenie sytuacji, w której niektórzy wierzyciele są zaspokajani kosztem innych. „Właściwym czasem” w rozumieniu art. 116 o.p. nie jest ani krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów na skutek przejściowych trudności, ani też całkowite zaprzestanie płacenia długów w następstwie wyzbycia się przez podmiot gospodarczy, całego (lub prawie całego) majątku, lecz chwila kiedy wiadomo już, że dłużnik nie będzie w stanie zaspokoić wszystkich swych zobowiązań (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 czerwca 2013 r., III AUa 1210/12, LEX nr 1353585).

Jak ustalił Sąd Okręgowy, żaden z wnioskodawców nie złożył wniosku o ogłoszenie upadłości, co oznacza, iż za uprawnione uznać należało stwierdzenie zarówno organu rentowego, jak i Sądu I instancji, że w analizowanej sprawie skarżący nie wykazali przesłanki w postaci zachowania odpowiedniego terminu do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości względnie postępowania układowego – a skoro tak, to decyzje pozwanego, zaskarżone w niniejszym postępowaniu, uznać należało za trafne.

Zajmując stanowisko w zakresie pozostałych zarzutów apelacyjnych wskazać jedynie wypada, iż stanowią one wyłącznie powtórzenie argumentacji przytoczonej już w odwołaniu od spornych decyzji, do których Sąd I instancji odniósł się wyczerpująco w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a skoro tak, to powielanie argumentacji, którą - co zostało wyartykułowane w początkowej części uzasadnienia - Sąd Odwoławczy co do zasady podziela i przyjmuje za własną, byłoby bezprzedmiotowe.

Na marginesie jedynie wskazać wypada, iż bezsprzecznie trafnie wnioskodawcy wskazali, że Sąd Okręgowy dokonując ustaleń faktycznych nie mógł powołać się na zeznania świadka J. S. (1) złożone w poprzednim postępowaniu, które – co znamienne – wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 12 grudnia 2012 r. zostało zniesione, powyższe pozostało jednak bez wpływu na trafność poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych, jak również zasadność wyprowadzonych wniosków prawnych.

Odnosząc się do wniosku skarżących o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka Z. L., na okoliczność posiadania przez Spółkę Si – (...) w okresie od listopada 2002 r. do listopada 2003 r. trwałego majątku o znacznej wartości, Sąd uznał go za spóźniony. Zgodnie z treścią art. 381 k.p.c. sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. Powoływane przez stronę nowe fakty i dowody muszą być istotne dla rozstrzygnięcia, a postanawiając o ich dopuszczeniu sąd winien kierować się okolicznościami konkretnej sprawy. Uregulowanie zawarte w art. 381 k.p.c. nie służy natomiast wykrywaniu i zbieraniu nowych okoliczności faktycznych i środków dowodowych. Prawo do nowości, o którym traktuje powołany przepis rozumieć należy, jako otwarcie się możliwości dowodzenia okoliczności faktycznych wcześniej niemożliwych do wykazania z przyczyn obiektywnych. Takiemu rozumieniu powoływanego przepisu prezentowane przez ubezpieczonego stanowisko nie odpowiada, albowiem w ocenie Sądu Apelacyjnego wnioskodawca mógł zawarty w apelacji wniosek w zakresie dopuszczenia dowodu z zeznań świadka Z.

L., na okoliczność posiadania przez Spółkę Si – (...) w okresie od listopada 2002 r. do listopada 2003 r. trwałego majątku o znacznej wartości, złożyć w toku postępowania pierwszoinstancyjnego. Zdaniem instancji odwoławczej powoływanie się przez skarżącego na fakt, że potrzeba dopuszczenia dowodu z zeznań wskazanego w apelacji świadka wyniknęła dopiero „niedawno”, kiedy przypadkowo spotkał świadka w K., nie mieści się w dyspozycji powołanego przepisu art. 381 k.p.c. Skarżący podkreślał, że świadek był w spornym okresie pracownikiem w sklepie prowadzonym przez Spółkę, a następnie przejętym przez inne osoby, w konsekwencji czego dysponuje on wiedzą na temat towaru, jaki wówczas się z nim znajdował. Zdaniem Sądu Apelacyjnego skarżący, jako właściciele Spółki Si – (...) w latach 2002-2003 posiadali wiedzę na temat zatrudnianych wówczas przez siebie pracowników - w tym Z. L. - a skoro tak, to nic nie stało na przeszkodzie, aby wystąpić z wnioskiem o dopuszczenie dowodu z zeznań wnioskowanego aktualnie świadka na podnoszone we wniosku okoliczności już w toku postępowania przed Sądem Okręgowym. Obecnie wniosek skarżących uznać należy za spóźniony.

W tym stanie rzeczy, Sąd Apelacyjny podzielając ustalenia Sądu Okręgowego i uznając apelację wnioskodawców za bezzasadną, na mocy art. 385 k.p.c. orzekł, jak w sentencji.

SSA Maria Sałańska-Szumakowicz SSA Jerzy Andrzejewski SSA Małgorzata Gerszewska