

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 sierpnia 2020 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku - III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Iwona Krzeczowska-Lasoń
Sędziowie:	SSA Grażyna Czyżak SSA Małgorzata Gerszewska
Protokolant:	st. sekr. sądowy Urszula Kowalska

po rozpoznaniu w dniu 6 sierpnia 2020 r. w Gdańsku

sprawy T. R. i R. Z.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B.

o przeniesienie odpowiedzialności za składki

na skutek apelacji T. R. i R. Z.

od wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy VI Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 21 czerwca 2018 r., sygn. akt VI U 840/17

I. zmienia zaskarżony wyrok w stosunku do R. Z. w następującym zakresie:

- w punkcie 1 (pierwszym) zmieniając częściowo zaskarżoną decyzję w ten sposób, że R. Z. nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania (...) sp. z o.o. (wcześniejsza nazwa spółki – Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o.) z siedzibą w B. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami za zwłokę oraz kosztami egzekucyjnymi od stycznia 2014 r. do lipca 2014 r. w łącznej kwocie 259.549,55 (dwieście pięćdziesiąt dziewięć tysięcy pięćset czterdzieści dziewięć 55/100) złotych w tym: na ubezpieczenie społeczne: 150.801,20 zł z tytułu nieopłaconych składek za okres 01/2014 - 07/2014, 36.144,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 05 kwietnia 2017 r. i 8. 274,40 zł z tytułu kosztów egzekucyjnych; na ubezpieczenie zdrowotne: 37.934,44 zł z tytułu nieopłaconych składek za okres 01/2014 - 07/2014, 9.078,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 05 kwietnia 2017 r. i 2.064,30 zł z tytułu kosztów egzekucyjnych; na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych 11.773,11 zł z tytułu nieopłaconych składek za okres 01/2014 - 07/2014, 2.826,00 zł z tytułu odsetek za zwłokę naliczonych na dzień 05 kwietnia 2017 r. i 654,10 zł z tytułu kosztów egzekucyjnych;

- w punkcie 2 (drugim) w ten sposób, że znosi wzajemnie między stronami koszty procesu;

II. oddała apelację R. Z. w pozostałym zakresie i znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego;

III. oddała apelację T. R.;

IV. zasądza od T. R. na rzecz pozwanego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych kwotę 8.100 (osiem tysięcy sto) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;

V. przyznaje radcy prawnemu K. P. od Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Bydgoszczy kwotę 8.100 (osiem tysięcy sto) złotych powiększoną o należną stawkę podatku VAT, tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej T. R. z urzędu w postępowaniu apelacyjnym.

SSA Grażyna Czyżak SSA Iwona Krzeczowska-Lasoń SSA Małgorzata Gerszewska

Sygn. akt III AUa 1394/18

## UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. przeniósł na T. R. odpowiedzialność za zobowiązania (...) Sp. z o.o. z siedzibą

w B. (poprzednio Przedsiębiorstwo (...)Sp. z o.o.) z tytułu nieopłaconych składek za okres od lipca 2014 roku do lutego 2015 roku: na ubezpieczenie społeczne w kwocie 134.592,84 zł (plus odsetki za zwłokę w kwocie 24.698 zł naliczone na dzień 15 marca 2017 roku oraz koszty egzekucyjne 2.981,60 zł), na ubezpieczenie zdrowotne w kwocie 37.856,78 zł (plus odsetki za zwłokę w kwocie 6.940 zł naliczone na dzień 15 marca 2017 roku oraz koszty egzekucyjne 768,60 zł), na FPiFGŚP w kwocie 7.657,09 zł (plus odsetki za zwłokę w kwocie 1.428 zł naliczone na dzień 15 marca 2017 roku oraz koszty egzekucyjne 237 zł, Łącznie 217.159,91 zł.

Odwołanie od powyższej decyzji wywiódł T. R. domagając się zwolnienia z obowiązku zapłaty należności z tytułu składek ujętych w zaskarżonej decyzji. Odwołujący wskazał, iż w momencie rezygnacji przez niego z funkcji członka zarządu Spółki (...), Spółka ta prowadziła działalność, kończyła dużą inwestycję i oczekiwała na należności przekraczające kwotę 2.300.000 zł. Tymczasem organ rentowy ograniczył się stwierdzenia, że nie zachodzi przesłanka egzoneracyjna z art. 116 ust. 1 pkt lit. b Ordynacji podatkowej, nie czyniąc w tym zakresie żadnych ustaleń.

Decyzją nr (...) Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. przeniósł na R. Z. odpowiedzialność za zobowiązania (...) Sp. z o.o. z siedzibą

w B. (poprzednio Przedsiębiorstwo (...)Sp. z o.o.) z tytułu nieopłaconych składek za okres od stycznia 2014 roku do lutego 2015 roku: na ubezpieczenie społeczne w kwocie 268.364,91 zł (plus odsetki za zwłokę w kwocie 57.879 zł naliczone na dzień 5 kwietnia 2017 roku oraz koszty egzekucyjne 8.556,40 zł), na ubezpieczenie zdrowotne w kwocie 71.073,60 zł (plus odsetki za zwłokę w kwocie 15.198 zł naliczone na dzień 5 kwietnia 2017 roku oraz koszty egzekucyjne 2.148,40 zł), na FPiFGŚP w kwocie 18.171,19 zł (plus odsetki za zwłokę w kwocie 4.022 zł naliczone na dzień 5 kwietnia 2017 roku oraz koszty egzekucyjne 677,90 zł, Łącznie 446.091,40 zł.

Odwołanie od powyższej decyzji wywiódł R. Z. domagając się orzeczenia, iż nie odpowiada on swoim majątkiem za zobowiązania składkowe Spółki (...). Odwołujący wskazał, iż niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki (...) nastąpiło bez jego winy, czego organ rentowy nie ustalił, nie dokonując przy tym kompleksowej oceny sytuacji finansowej tej Spółki i nie ustalając kiedy Spółka ta stała się niewypłacalna. Zdaniem odwołującego ZUS nie wyjaśnił istotnych okoliczności sprawy i nie rozpatrzył w wyczerpujący sposób zebranego w sprawie materiału dowodowego, czym naruszył przepisy k.p.a.

Pozwany organ rentowy wniósł o oddalenie odwołań oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego. Pozwany podkreślił, że odwołujący pełnili funkcję prezesa i członka zarządu w okresie, kiedy powstało wymienione w decyzji zadłużenie i nie składali wniosku

o ogłoszenie upadłości Spółki pomimo tego, że Spółka ta zaprzestała opłacania swoich wymagalnych zobowiązań – składek od stycznia 2014 roku, jak również nie wskazali mienia, z którego możliwe byłoby zaspokojenie zobowiązań w znacznej części. Wykazanie przesłanki egzoneracyjnej spoczywa zaś na członku zarządu.

Sąd Okręgowy Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Bydgoszczy wyrokiem z 21 czerwca 2018 roku oddalił odwołania (pkt 1) oraz zasądził od R. Z. na rzecz pozwanego kwotę 10.800 zł tytułem kosztów zastępstwa prawnego (pkt 2), przyznał pełnomocnikowi z urzędu radcy prawnemu K. P. ze Skarbu Państwa kwotę 7.200 wraz z należnym podatkiem VAT tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (pkt 3) oraz odstąpił od obciążania T. R. kosztami zastępstwa prawnego należnymi organowi rentowemu (pkt 4).

Sąd Okręgowy ustalił, iż (...) Sp. z o.o. nie opłacała składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne, na FPIFGŚP, w związku z czym na jej koncie figuruje zadłużenie za okres od stycznia 2014 roku do lutego 2017 roku, które na dzień wydania zaskarżonej decyzji wynosi 528.866,97 zł. W celu wyegzekwowania należności z tytułu nieopłaconych składek, Dyrektor Oddziału ZUS

w B. prowadził egzekucję w formie zajęcia rachunków bankowych Spółki. Rachunek bankowy Spółki w Banku (...) w B. był również zajęty przez komorników sądowych w związku z czym doszło do zbiegu egzekucji do tego samego prawa majątkowego

i egzekucja nie przyniosła efektów. W ramach podejmowanych przez Oddział działań nie udało się ustalić innych rachunków bankowych. ZUS uzyskał informacje od Naczelnika (...) Urzędu Skarbowego o adresie prowadzenia działalności przez Spółkę oraz o braku zaległości wobec urzędu skarbowego. W piśmie z 11 grudnia 2015 roku Urząd Skarbowy wskazał, że nie posiada informacji o posiadanym przez Spółkę majątku ruchomym i nieruchomym. 26 lutego 2016 roku Oddział przekazał dalsze tytuły egzekucyjne do Naczelnika (...) Urzędu Skarbowego w B. w celu prowadzenia postępowania egzekucyjnego z innych praw majątkowych. Zawiadomieniem z 3 stycznia 2017 roku Naczelnik (...) Urzędu Skarbowego w B. poinformował ZUS o zakończeniu prowadzonej egzekucji, wskazując, iż w lokalu mieszczącym się przy ul. (...) oraz przy ul. (...)

(...) w B. Spółka (...) nie prowadzi działalności i nie posiada żadnych składników majątkowych podlegających egzekucji.

15 marca 2017 roku ZUS wydał decyzje przenoszące odpowiedzialność za zobowiązania Spółki (...) z tytułu składek na pozostałych członków zarządu: P. S. decyzja nr (...) przenosząca odpowiedzialność za okres od marca do sierpnia 2015 roku; Y. R. decyzja nr (...) przenosząca odpowiedzialność za okres od września 2015 roku do grudnia 2016 roku.

T. R. został powołany w skład zarządu Spółki (...) na mocy uchwały nr (...) nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników (...) Sp. z o.o. z 12 sierpnia 2014 roku. R. Z. został powołany w skład zarządu spółki na mocy uchwały nr (...) Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki z 28 stycznia 2013 roku. Obydwaj odwołujący odwołani zostali z funkcji członków zarządu Spółki na mocy uchwały nr (...) Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników z 27 marca 2015 roku.

Odwołujący przedłożyli organowi rentowemu dokumenty dotyczące sytuacji finansowej Spółki (...), w tym rachunek zysków i strat, bilans i sprawozdanie zarządu za 2014 rok oraz dokumentację potwierdzającą istnienie zadłużenia kontrahentów wobec Spółki (...). Przedstawiono także dokumenty świadczące o objęciu funkcji prezesa zarządu przez P. S.. W momencie odwołania skarżących z funkcji członków zarządu, Spółka (...) prowadziła działalność. Spółka finalizowała m.in. dużą inwestycję dla Spółki (...) oraz oczekiwała na należności znacznie przekraczające kwotę powstałych zobowiązań. Tylko same należności od (...) i (...) opiewały wówczas na kwotę przekraczającą 2.300.000 zł. Spółka (...) wykonywała jako podwykonawca kontrakty budowlane dla (...) i (...). Majątek (...) po ogłoszeniu upadłości jest sprzedawany, a wierzytelność Spółki (...) wpisano na listę wierzytelności. (...) nie chciała zapłacić za prace dodatkowe. Ugodę

w imieniu Spółki (...) negocjował P. S., któremu przekazano firmę. Zobowiązał się on do uregulowania zaległych zobowiązań, czego jednak nie uczynił i sprzedał firmę dalej.

Sytuacja finansowa Spółki (...) w okresie od sierpnia 2014 roku do kwietnia 2015 roku uniemożliwiła spłatę terminowo wszystkich wymagalnych zobowiązań. Co najmniej między końcem 2014 roku, a 27 marca 2015 roku zaistniały przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Spółka ta nie posiadała aktywów trwałych, które mogłyby być rezerwą dla spłaty zobowiązań i stanowić o trwałości biznesowej podmiotu. Zapasy robót w toku są aktywem

o niskiej płynności i ich wpływ na obliczanie płynności finansowej należy eliminować. Płynność finansowa Spółki była niska. Miała ona trudności płatnicze już na koniec 2014 roku. Hipotetycznie należności z zaległych faktur pozwoliłyby na spłatę zobowiązań, gdyby ich w tym czasie nie zwiększono. Potwierdzeń zapłaty nie przedłożono.

Stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił, na podstawie dowodów zgromadzonych w sprawie oraz opinii biegłego. W ocenie tego Sądu nie było podstaw do uzupełnienia opinii przez biegłego celem ustalenia konkretnej daty – właściwego czasu – na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, gdyż ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na odwołujących, a jak wyjaśniła biegła, na podstawie przedłożonych przez nich niecałościowych dokumentów dotyczących kondycji finansowej Spółki (...) zmiana dokonanej w opinii głównej oceny nie była możliwa.

Sąd Okręgowy wskazał, iż orzekając o odpowiedzialności członka zarządu spółki na podstawie art. 116 Ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, organ rentowy jest zobowiązany wykazać jedynie okoliczność pełnienia obowiązków członka zarządu w czasie, kiedy upływał termin płatności zobowiązania składkowego oraz bezskuteczność egzekucji prowadzonej przeciwko spółce. W ocenie tego Sądu organ rentowy skutecznie wykazał, że egzekucja skierowana do majątku Spółki (...) była bezskuteczna gdyż nie był znany majątek Spółki, do którego można byłoby skierować egzekucję. Bezskuteczność egzekucji to stan obiektywny, wynikający z braku majątku, który sprawia, że potencjalna egzekucja nie pozwoliłaby zaspokoić wierzytelności w całości lub w części. Egzekucji nie prowadzi się dla samej egzekucji, a więc tym bardziej dla uzyskania formalnego stwierdzenia jej bezskuteczności, lecz celem spieniężenia majątku spółki i zaspokojenia wierzyciela. Bezspornym zaś było, że zaległości składkowe były wymagalne w czasie pełnienia obowiązków przez obu członków zarządu. Znaczenia nie ma to, jak starannie i szybko organ rentowy wprowadza zaległość składkową do windykacji oraz prowadzi jej egzekucję. Stwierdzenie bezskuteczności egzekucji ustala się na podstawie każdego prawnie dopuszczalnego dowodu.

Sąd I instancji podkreślił, iż członek zarządu chcąc uwolnić się od tej odpowiedzialności może wykazać, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) bądź też, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub nieszczęście postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy lub wskazuje mienie spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części. W trakcie niniejszego postępowania skarżący nie wskazali mienia Spółki, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości składkowych Spółki w znacznej części, a także nie uprawdopodobnili, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło bez ich winy. Wymóg z art. 116 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej dotyczy wskazania mienia, z którego egzekucja jest faktycznie możliwa. Przy czym tylko realnie istniejące mienie wskazane wraz z jego usytuowaniem, istniejące w momencie, w którym toczy się postępowanie dotyczące przeniesienia odpowiedzialności, wypełniałoby przesłankę zwalniającą członka zarządu od odpowiedzialności. W przedmiotowej sprawie w ogóle nie został złożony wniosek o ogłoszenie upadłości. Członkowie zarządu będąc uprawnieni i zobowiązani do kontrolowania stanu finansów i majątku spółki, w sytuacji, gdy spółka nie jest niewypłacalna mają obowiązek zgłoszenia wniosku o upadłość lub otwarcie postępowania układowego. Niewypłacalność to stan kiedy dłużnik nie wykonuje ciężących na nim wymagalnych zobowiązań (art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego). Nieistotne jest czy dłużnik nie reguluje wszystkich zobowiązań, czy też tylko niektórych z nich oraz z jakich przyczyn. Dłużnik będący osobą prawną jest uznawany za niewypłacalnego także gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje (art. 11 ust. 2 Prawa upadłościowego i naprawczego). Zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości powinno nastąpić nie później niż w terminie dwóch tygodni (30 dni według stanu prawnego od 1 stycznia 2016 roku) od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości. Tymczasem odwołujący pomimo obiektywnych trudności

w wyegzekwowaniu należności (upadłość kontrahenta Spółki (...)) oraz odmowa zapłaty przez kontrahenta za prace dodatkowe) i świadomości posiadanych zobowiązań nie zdecydowali się na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Podjęli oni decyzję o kontynuowaniu działalności, a docelowo o sprzedaży Spółki. Tym ostatnim działaniem pobawieni zostali możliwości decydowania o spłacie zadłużenia nawet po odzyskaniu, wyegzekwowaniu zaległych spłat z (...) i (...). Zawarta przez nich umowa z P. S. odnosi skutek tylko między jej stronami i nie ma znaczenia dla wierzycieli. Jak można wywnioskować z zeznań świadków i odwołujących nowy zarząd na drodze ugody otrzymał zapłatę za wykonane prace – przynajmniej większą część. To natomiast pozwala na dokonanie ustalenia, że dana wierzytelność już jest zaspokojona, a zadłużenie wobec organu rentowego pozostało nieuregulowane. Jest to konsekwencja decyzji podjętej przez samych odwołujących. Aby wskazać dokładny moment na ogłoszenie upadłości należałoby przebadać dokumentację księgową z każdego miesiąca, a tym materiałem biegły nie dysponował. Przedłożone przez odwołujących faktury nie były ujęte w księgach. Według dostępnych i przedłożonych do akt dokumentów, wnioski biegłego co do daty niewypłacalności nie mogły być inne. Kolejną jej konsekwencją jest brak dostępu do pełnej dokumentacji księgowej firmy (a przynajmniej takowej nie przełożono do akt sprawy), co być może mogłoby służyć wykazaniu, że nie nastąpił właściwy czas do złożenia wniosku o upadłość. Ostatecznie jednak odwołujący – jak wynika z ustalonego stanu faktycznego opartego na dowodach przedstawionych – nie udowodnili, że do momentu odwołania ich z funkcji członków zarządu nie wystąpiły przesłanki uzasadniające ogłoszenie upadłości. Niewątpliwie natomiast to na nich, a nie na pozwanym organie rentowym spoczywał ciężar wykazania tych okoliczności. Stąd argumenty odwołujących sprowadzające się do założenia, iż w ich ocenie spłata wierzytelności jakie spółka miała wobec wiodących kontrahentów pozwoliłaby zaspokoić zaległości składkowe nie ma żadnego znaczenia dla sprawy. Jeżeli odwołujący - działając w przekonaniu, że mają szansę "wyprowadzić Spółkę na prostą" - podjęli ryzyko prowadzenia działalności i niezgłaszania wniosku o upadłość, chociaż istniały podstawy do jej ogłoszenia, to mimo szlachetnych intencji owo ryzyko obciąża właśnie ich. Gdyby osiągnęli oni pełny sukces finansowy, mogli by mówić o satysfakcji z niezgłoszenia upadłości, o prawidłowości decyzji z punktu widzenia utylitarne. Nie ma to jednak znaczenia z punktu widzenia prawnego, bowiem w prawie ubezpieczeń społecznych i prawie podatkowym nie ma zastosowania art. 5 k.c.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy, w punkcie pierwszym wyroku oddalił odwołania – stosownie do art. 477<sup>(14)</sup> § 1 k.p.c. W punkcie drugim wyroku Sąd ten zasądził od R. Z. na rzecz pozwanego kwotę 10.800 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego – stosownie do art. 98 k.p.c. w związku z § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie. W punkcie trzecim wyroku, Sąd I instancji przyznał – na podstawie § 8 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu. – wynagrodzenie dla pełnomocnika reprezentującego T. R. z urzędu. W punkcie czwartym wyroku, Sąd Okręgowy odstąpił o obciążania T. R. kosztami zastępstwa procesowego należnymi pozwanego – stosownie do art. 102 k.p.c. – uznając, iż odwołujący nie otrzymał od Spółki (...) należności za wykonywaną pracę, a egzekucja z je majątku jest bezskuteczna. Ponadto odwołujący utrzymuje się z prac dorywczych z czego osiąga dochody około 1000 zł. Nie posiada majątku ani oszczędności.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł T. R. zaskarżając go w dotyczącej oddalenia jego odwołania oraz domagając się jego zmiany i stwierdzenia, że nie ponosi on odpowiedzialności całym swym majątkiem za zobowiązania Spółki (...) z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz FPIFGŚP wraz z odsetkami za zwłokę oraz kosztami egzekucyjnymi za okres i w kwotach wskazanych w zaskarżonej decyzji. Odwołujący domagał się ewentualnie uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Apelujący zarzucił poczynienie przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych pozostających w sprzeczności z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wskutek naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez: pominięcie dokonanej biegłą sądową analizy danych, dotyczących sytuacji finansowej Spółki (...) i ograniczenie się jedynie do wniosków opinii, stanowiących de facto ocenę prawną stanu faktycznego, podczas gdy prawidłowa ocena tego dowodu w świetle całości zgromadzonego materiału dowodowego winna prowadzić do przyjęcia, iż kondycja finansowa Spółki w czasie

pełnienia przez odwołującego funkcji członka zarządu nie uzasadniała złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości; dowolne przyjęcie, iż opinia biegłej sądowej nie była niezgodna z pozostałym zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w sytuacji gdy wnioski opinii są lakoniczne, niekompletne oraz wewnętrznie sprzeczne, a nadto nie korespondują z dokumentami finansowymi Spółki (...) i nie odnoszą się w żadnej mierze do zeznań świadka A. D., jak również zeznań strony odwołującej, co w konsekwencji doprowadziło do uznania, że w czasie pełnienia przez odwołującego funkcji członka zarządu zaistniały poważne przesłanki do złożenia wniosku o upadłość; pominięcie dowodu w postaci postanowienia Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 29 września 2015 roku, sygn. akt V ACz 646/15, wydanego na skutek oddalenia przez Sąd Okręgowy w Bydgoszczy wniosku o zwolnienie Spółki (...) z ponoszenia kosztów sądowych w sprawie o zapłatę przeciwko (...), w sytuacji gdy opłata sądowa od pozwu w tej sprawie wynosiła 72.683 zł, co niewątpliwie świadczy o wypłacalności Spółki na dzień wydania w/w postanowienia. Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 116 § 1 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez jego niezastosowanie w skutek przyjęcia, że odwołujący nie wykazał przesłanek egzoneracyjnych w zakresie odpowiedzialności członka zarządu za zaległości składkowe Spółki, podczas gdy materiał dowodowy zgromadzony w sprawie dał podstawę do przyjęcia, że niezgłoszenie wniosku o upadłość nastąpiło bez winy odwołującego.

W uzasadnieniu apelacji skarżący wskazał, iż sporządzona w sprawie opinia biegłej sądowej nie jest kategoryczna, a w świetle pozostałego materiału dowodowego jej wnioski są sprzeczne ze rzeczywistym stanem faktycznym. Dokonane przez biegłą ustalenia w zakresie poziomu wyników finansowych Spółki (...) nie uzasadniają przyjęcia, że na dzień rezygnacji

z pełnienia funkcji członka zarządu istniały przesłanki do złożenia wniosku o upadłość. Spółka wykazywała bowiem nadwyżkę przychodów nad kosztami, generując w 2014 roku zysk

w wysokości 507.580 zł. Na dzień 27 marca 2015 roku Spółka również wykazała zysk. Zobowiązania bieżące Spółki znajdowały pokrycie w majątku obrotowym. Wskaźnik ten znajduje się powyżej przyjętego standardu płynności finansowej, a co więcej, wykazuje wartość rosnącą na dzień 27 marca 2015 roku w stosunku do wyników za 2014 roku. Zdaniem biegłej sądowej zapasy robót w toku - "produkcja w toku" - jako składnik majątku obrotowego są aktywem o niskiej płynności, stąd dla oceny kondycji finansowej Spółki biegła przyjęła wskaźnik płynności szybkiej, eliminując tym samym wpływ tego rodzaju aktywów na płynność finansową. Niemniej jednak nie sposób nie zauważyć, że owe zapasy na przestrzeni dwóch badanych okresów, tj.

w czasie 3 miesięcy, zmniejszyły swój udział w aktywach o przeszło połowę. Równocześnie aktywa w postaci należności, które są brane pod uwagę w wyliczeniu wskaźnika płynności szybkiej, wzrosły o prawie 60%. Powyższe dane świadczą zatem o wyższej płynności zapasów jako składnika majątku obrotowego dłużnej Spółki niż zakładana w opinii. W związku z tym płynność finansowa Spółki winna zostać dokonana z uwzględnieniem wskaźnika płynności bieżącej. Niezrozumiałe jest również wykazanie niedoboru kapitału obrotowego na poziomie - 1.613,12 w 2014 roku i 770,54 zł na dzień 27 marca 2015 roku. Skoro wartość ta uzyskiwana jest poprzez różnicę między aktywami obrotowymi, w tym zapasów prac w toku, a zobowiązaniami, to jej obliczenie według tego wzoru daje wynik dodatni zarówno na koniec 2014 roku, jak i na 27 marca 2015 roku, z tendencją wzrostową. Co więcej biegła sądowa zauważyła, że wartość bilansowa Spółki była dodatnia, jednakże jej zadaniem taki bilans nie musi stanowić pozytywnego argumentu dla oceny sytuacji finansowej Spółki, z uwagi jedynie na ewentualne doliczenie oszacowanych odsetek od nieterminowych wpłat, bez wykazania stanu zobowiązań wymagalnych i czasu powstałych zaległości. Ten hipotetyczny argument miał zdaniem biegłej sądowej świadczyć o „dużym prawdopodobieństwie ujemnych kapitałów własnych”. Jednakże nie wiadomo w jakim dokładnie stopniu szacunkowe odsetki miałyby mieć wpływ na wartość bilansową co w ocenie powoda bezzasadnie dyskredytuje tę wartość.

Zdaniem apelującego analiza danych finansowych dłużnej Spółki, powinna być sporządzona nie tylko na podstawie dokumentów finansowych, ale również w oparciu o zeznania świadka A. D. i strony odwołującej. W chwili rezygnacji odwołującego z funkcji członka zarządu, dłużna Spółka finalizowała dużą inwestycję dla Spółki (...) oraz oczekiwała na należności od Spółek (...) i (...), które opiewały wówczas na kwotę przekraczającą 2.300.000 zł. Jak wynika z zeznań świadka A. D., należności przysługujące od Spółki (...) były realne do odzyskania. Dłużnik był wypłacalny, a na mocy

ugody Spółka (...) (podwykonawca Spółki (...)), w której funkcję członka zarządu pełnił świadek, została zaspokojona na poziomie 90-95 %. Świadek wskazał również, że negocjacje w sprawie spłaty należności w imieniu Spółki (...) prowadził w 2015 roku późniejszy członek zarządu, P. S., który uzyskał spłatę z tego tytułu. Z powyższego wynika, że Spółka (...) miała tylko przejściowe kłopoty finansowe, zwłaszcza w świetle spodziewanego wpływu należności, który faktycznie nastąpił, jednak już po rezygnacji odwołującego z funkcji członka zarządu. Sąd Okręgowy pominął przy tym fakt, że 29 września 2015 roku Sąd Apelacyjny (V ACz 646/15) oddalił zażalenie Spółki (...) na postanowienie przedmiocie odmowy zwolnienia jej od opłaty od pozwu w wysokości 72.683 zł, uznając, że Spółka posiada środki, które pozwolą na uiszczenie opłaty sądowej od pozwu. W związku z tym sprzeczne z zasadami logiki byłoby przyjęcie, że sytuacja Spółki w czasie pełnienia przez odwołującego funkcji członka zarządu była na tyle zła, iż zasadne było złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Skoro krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości, a biorąc pod uwagę specyfikę branży budowlanej i znaczną wartość należności, będących w realnym zakresie do wyegzekwowania w chwili rezygnacji z pełnienia funkcji członka zarządu, to nie można uznać, że Spółka w tym czasie była niewypłacalna, co miało uzasadniać złożenie wniosku o upadłość. Sam fakt, iż spłacone wierzytelności nie zostały przez nowego członka zarządu przeznaczone na spłatę zobowiązań względem ZUS, nie może wpływać na ocenę poprzednich członków zarządu. Spółka dysponowała bowiem majątkiem obrotowym pozwalającym na uiszczenie zaległości, a z momentem rezygnacji odwołującego z funkcji członka zarządu został on pozbawiony możliwości decydowania o spłacie zadłużenia.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł również R. Z. zaskarżając go w zakresie dotyczącym oddalenia jego odwołania i domagając się jego zmiany i orzeczenia, iż nie odpowiada on całym swoim majątkiem za zobowiązania Spółki (...), powstałe wobec ZUS z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, FPiFGŚP za okres wskazany w zaskarżonej decyzji, ewentualnie uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, jak też zasądzenia kosztów postępowania za obie instancje. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie jego wniosków dowodowych w zakresie powołania nowego biegłego sądowego oraz art. 233 § 1 k.p.c. poprzez: zaniechanie ustalenia, czy kondycja finansowa Spółki (...) w okresie pełnienia przez skarżącego funkcji prezesa zarządu obligowała członków zarządu do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości, pomimo faktu, że Spółka w tym okresie nadal prowadziła swoją działalność, posiadając przy tym szereg wierzytelności wobec swoich kontrahentów, znacznie przekraczających wysokość zadłużenia wobec ZUS, zawarła ugodę z (...), w ramach której Spółka (...) otrzymała środki na uregulowanie swojego zadłużenia; zaniechanie ustalenia, kiedy dokładnie Spółka (...) stała się niewypłacalna i według jakiego stanu prawnego zaistnienie tych przesłanek powinno być oceniane; zaniechanie ustalenia okoliczności, kiedy ewentualnie w czasie pełnienia przez skarżącego funkcji prezesa zarządu nastąpił „właściwy czas” do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki stanowiący przesłankę egzoneracyjną w zakresie uwolnienia od odpowiedzialności majątkowej za jej zobowiązania i jednocześnie poprzestanie na zupełnie dowolnym przyjęciu, iż moment ten jest zbieżny z chwilą zaprzestania uiszczania składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, FPiFGŚP przez Spółkę. Odwołujący zarzucił ponadto naruszenie art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych przez ich błędną wykładnię, poprzez błędne uznanie, że bezskuteczność egzekucji zachodzi również w przypadku, gdy istnieje majątek dłużnika (wierzytelność wobec (...), wobec (...) sp. z o. o.), z którego możliwe jest prowadzenie skutecznej egzekucji oraz błędne uznanie, że nie został wykazany brak winy skarżącego w terminowym zgłoszeniu wniosku o upadłość, pomimo iż R. Z. pozostawił Spółkę w takiej kondycji finansowej, że po zawarciu ugody z (...) niezasadne było złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości tej Spółki.

W uzasadnieniu apelacji odwołujący wskazał, iż biegła sądowa nie odpowiedziała na pytania wskazane w tezie dowodowej. Jej opinia jest wyjątkowo lakoniczna, nie daje się zweryfikować oraz nie uwzględniała zmiany okoliczności skutkujących diametralną różnicą

w sytuacji finansowej Spółki z powodu rozliczenia robót wykonanych dla (...). Apelujący wskazał, iż trudno uznać Spółkę (...) za niewypłacalną skoro wierzytelności należne od (...) Sp. z o. o. (inwestora w sprawie z (...) S.A.) oraz od (...) albo zostały uzyskane albo są egzekwowane. Bardziej zasadne jest twierdzenie, że organ rentowy w ogóle nie

podjął działań zmierzających do uzyskania należności z tych płatności, a za tę okoliczność nie sposób odpowiedzialność przypisywać skarżącemu. Bezskuteczność egzekucji trzeba rozumieć jako niemożność uzyskania zaspokojenia z całego majątku spółki, a nie tylko

z pewnych jego składników. Jednocześnie ciężar udowodnienia przesłanek zwalniających od odpowiedzialności za zaległości składkowe spółki nie może być w całości przerzucony na stronę, gdyż ZUS powinien dążyć do ustalenia prawdy obiektywnej. Skarżący podkreślił, że w okresie objętym zakresem postępowania organu rentowego, w skład zarządu wchodził jeszcze T. R., a pozwany zaniechał orzeczenia o odpowiedzialności majątkowej tego członka zarządu w zaskarżanej decyzji, co jest sprzeczne z obowiązującą procedurą. Ponadto zarówno w sentencji zaskarżanej decyzji, jak w jej uzasadnieniu brak jest stwierdzenia, że odpowiedzialność członków zarządu jest odpowiedzialnością solidarną. To zaś stawia pod znakiem zapytania możliwość ewentualnego regresowego dochodzenia należności przez skarżącego, w sytuacji uiszczenia przez niego całości żądanej kwoty.

Apelujący wskazał również, że obowiązkiem Sądu Okręgowego było ustalenie sytuacji finansowej i majątkowej Spółki (...) (w tym wierzytelności) oraz "właściwego czasu" do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości, czego jednak nie uczynił. Okoliczność ta jest zaś istotna w aspekcie ustalenia ewentualnej przesłanki egzoneracyjnej, uwalniającej skarżącego od odpowiedzialności za zobowiązania Spółki. Skarżący podkreślił przy tym, że brak możliwości realizowania należności wobec ZUS był przejściowy, dlatego też niemożliwe jest pociągnięcie go do odpowiedzialności za zaległości składkowe Spółki, nawet gdyby sytuacja Spółki poprawiła się po jego ustąpieniu z funkcji członka zarządu. Oznacza to, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki (...) nastąpiło bez winy odwołującego, albowiem w momencie odwołania go

z funkcji członka zarządu, tj. 27 marca 2015 roku, Spółka (...) prowadziła działalność, finalizowała m.in. dużą inwestycję dla Spółki (...) oraz oczekiwała na należności znacznie przekraczające kwotę powstałych zobowiązań. Spółka (...) uzyskiwała należności od (...), które wystarczyłyby na spłatę zobowiązań wobec ZUS. Ponadto, w toku były postępowania z udziałem (...) S.A. i (...) sp. z o. o., które mogły i mogą zapewnić jej dodatkowe środki w przypadku zajęcia wierzytelności. Mimo że skarżący wskazał na istnienie tych należności, ZUS nie wykazał aby próbował je egzekwować. Nie było więc powodu do składania przez zarząd wniosku o ogłoszenie upadłości, skoro z chwilą zapłaty należności przez (...), ZUS uzyskałby całą należność. Co więcej pozwany mógł te działania realizować przymusowo przez organy egzekucyjne. W tych okolicznościach rozsądnym było dalsze prowadzenie działalności przez Spółkę. Przeświadczenie o możliwości realizacji zysku

i uzyskania płynności nie było bowiem subiektywne, tylko się zrealizowało. Spełniona została zatem przesłanka braku winy skarżącego.

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

Apelacja R. Z. - w świetle uzupełnionego przez Sąd Apelacyjny materiału dowodowego - była częściowo uzasadniona. Natomiast apelacja T. R. nie zasługiwała na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu między stronami była kwestia, czy T. R. i R. Z. jako członkowie zarządu Spółki (...) ponoszą odpowiedzialność za zaległości tej Spółki z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne oraz FPiFGŚP wobec ZUS ujęte w zaskarżonych decyzjach.

Przypomnieć należy, że kształtujący odpowiedzialność członków zarządu spółki kapitałowej za jej zaległości składkowe art. 116 Ordynacji podatkowej (w związku z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych), zakreśla ramy normatywne osobistej odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej za składki ubezpieczeniowe, których spółka ta nie uregulowała. Pociągnięcie członka zarządu do odpowiedzialności w trybie art. 116 Ordynacji podatkowej wymaga skutecznego wykazania bezskuteczności egzekucji prowadzonej przeciwko spółce kapitałowej oraz powstanie i istnienie wymagalnych zaległości w czasie pełnienia przez tą osobę obowiązków członka zarządu. Obowiązek ten spoczywa na organie rentowym (por. wyroku NSA z 13 kwietnia 2016 roku, II FSK 394/14, LEX nr 2019372; z 7 kwietnia 2016 roku,

I GSK 892/14, LEX nr 2081094/14, LEX nr 2081094; z 4 sierpnia 2017 roku, II FSK 1955/15, LEX nr 2345351)



W rozpoznawanej sprawie nie budzi wątpliwości fakt nieopłacenia przez Spółkę (...) składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz FPiFGŚP w kwotach i za okres wskazany w zaskarżonych decyzjach. Bezspornym też było, że wskazane w zaskarżonych decyzjach zaległości z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne oraz FPiFGŚP powstały i stały się wymagalne w czasie pełnienia przez odwołujących funkcji członków zarządu Spółki (...). Odwołujący kwestionowali natomiast przesылkę bezskuteczności egzekucji.

Bezskuteczność egzekucji to brak możliwości przymusowego zaspokojenia wierzyciela z majątku spółki. Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z 13 maja 2009 roku (I UZP 4/09, OSNP 2009 nr 23-24, poz. 319 z glosą R. Sadlika, Prawo Spółek z 2010 nr 4, s. 50-54) wskazał, iż bezskuteczność egzekucji z majątku spółki 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. Bezskuteczność egzekucji stwierdza się na podstawie okoliczności wynikających z czynności przeprowadzonych w postępowaniu egzekucyjnym. W późniejszym orzecznictwie Sądu Najwyższego stwierdzono, że bezskuteczność egzekucji to sytuacja obiektywna, czyli nie zawsze znaczenie ma to, że postanowienie o umorzeniu egzekucji zostało wydane już po decyzji obciążającej byłego członka zarządu za składki spółki. Bezskuteczność egzekucji może być wykazana nie tylko na podstawie postanowienia o umorzeniu postępowania egzekucyjnego, ale także w inny sposób, który nie poddaje w wątpliwość oceny, że środki majątkowe podmiotu nie wystarczą na zaspokojenie istotnej (znaczej) części długu (wyrok z 24 września 2015 roku, II UK 297/14 i powołany w nim w wyrok SN wyższego z 5 czerwca 2014 roku, I UK 437/13 oraz wyrok NSA z 25 marca 2014 roku, I GSK 1024/12). W wyroku z 11 sierpnia 2016 roku (II UK 315/15, LEX nr 2120893) Sąd Najwyższy wskazał, iż bezskuteczność egzekucji w rozumieniu art. 116 Ordynacji podatkowej, jako przesłanka odpowiedzialności członka zarządu spółki, nie musi być bezwzględnie stwierdzona tylko postanowieniem o umorzeniu postępowania egzekucyjnego bezpośrednio przed wydaniem decyzji przenoszącej odpowiedzialność. Bezskuteczność egzekucji to stan obiektywny, wynikający z braku majątku, który sprawia, że potencjalna egzekucja nie pozwoliłaby zaspokoić wierzyciela w całości lub w części. Egzekucji nie prowadzi się dla samej egzekucji, a więc tym bardziej dla uzyskania formalnego stwierdzenia jej bezskuteczności, lecz celem spieniężenia majątku spółki i zaspokojenia wierzyciela. Decyduje zatem majątek spółki, który jest poszukiwany w egzekucji a wcześniej powinien być wskazany.

Instytucja przeniesienia zobowiązań składkowych na członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie została ustanowiona w celu ochrony dłużników, lecz w celu zabezpieczenia należności wierzyciela (organu ubezpieczeń społecznych), który w zamiarze odzyskania tych należności wskazuje na bezskuteczność egzekucji skierowanej do znanych lub ujawnionych mu w postępowaniu egzekucyjnym składników majątku dłużnej spółki. Nawet przy uwzględnieniu wyjątkowego, posiłkowego charakteru odpowiedzialności członków zarządu, która może zaistnieć tylko wtedy, gdy spółka - dłużnik główny - nie jest w stanie wywiązać się ze swoich zobowiązań (por. wyrok SN z 30 maja 2008 roku, III CSK 12/08, niepublikowany), nie jest konieczne wyczerpanie wszelkich możliwości egzekucji bezpośrednio od samej spółki, gdy spółka jest niewypłacalna (por. wyrok SN z 18 kwietnia 2007 roku, V CSK 55/07, OSNC-ZD 2008/A, poz. 24). Jednocześnie podkreślić trzeba, że z art. 116 Ordynacji podatkowej nie wynika jeden wiążący metodycznie i merytorycznie model prowadzenia egzekucji, a także konieczność przeprowadzenia egzekucji totalnej, czyli do każdego składnika majątku i wszelkimi sposobami. Chodzi o postępowanie właściwe dla danej sytuacji. Spośród kilku sposobów egzekucji wierzyciel powinien zastosować najmniej uciążliwy dla dłużnika (art. 799 k.p.c.). Ogólną zasadą jest stopniowanie sposobów i etapów postępowania egzekucyjnego, czyli stosuje się w pierw miejsce te środki egzekucyjne które w założeniu zapewnią jej efektywność przy jednoczesnej ochronie dłużnika. Tłumaczy to, że trudne i kosztowne rodzaje egzekucji nie są stosowane w pierwszej kolejności. Egzekucja z rachunku bankowego i wierzyciela wyprzedza tu egzekucję z ruchomości i nieruchomości jako bardziej kosztowne i nie zawsze efektywne, czego z reguły dowodzi postępowanie upadłościowe. Innymi słowy przymus egzekucyjny nie powinien być od razu niezasadnie dolegliwy ze względu na ochronę dłużnika. Z reguły już pierwszy etap postępowania, połączony nawet z wyjawieniem majątku, pozwala racjonalnie ocenić, czy majątek dłużnika pozwoli zaspokoić koszty postępowania egzekucyjnego (por. wyrok SN z 6 grudnia 2018 roku, II UK 389/17, LEX nr 2591111). Zaznaczyć należy, że stosownie do art. 19 § 4 ustawy z 17 czerwca

1966 roku o postępowaniu egzekucyjnym w administracyjnym wynika, że Dyrektor oddziału Zakładu Ubezpieczeń jest organem egzekucyjnym uprawnionym do stosowania egzekucji z wynagrodzenia za pracę, ze świadczeń z ubezpieczenia społecznego, z renty socjalnej, z wierzytelności pieniężnych oraz z rachunków bankowych, w egzekucji administracyjnej należności pieniężnych z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne i należności pochodnych od składek oraz nienależnie pobranych świadczeń z ubezpieczenia społecznego lub innych świadczeń wypłacanych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, które nie mogą być potrącane z bieżących świadczeń. W praktyce oznacza, to że Dyrektor ZUS w przypadku zaległości składekowych i jego pochodnych może w ramach własnych działań prowadzić przeciwko spółce z ograniczoną odpowiedzialnością egzekucję jedynie rachunków bankowych i wierzytelności pieniężnych, ewentualnie przekazać egzekucję do dalszego prowadzenia właściwemu Naczelnikowi Urzędu Skarbowego.

Ponadto organ rentowy ograniczony jest jedynie terminem przedawnienia odpowiedzialności i do tego czasu sam decyduje kiedy i jakie czynności egzekucyjne powinny być podjęte. Jednocześnie bezskuteczność egzekucji w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej zależy od stanu majątkowego dłużnej spółki. Prawnego znaczenia nie ma to, jak starannie i szybko organ rentowy wprowadza zaległość składekową do windykacji oraz prowadzi jej egzekucję. Zatem to jak wierzyciel prowadzi egzekucję nie umniejsza zakresu odpowiedzialności dłużnika i odwoływanie się do przyczynienia się organu rentowego do bezskuteczności egzekucji jest nieuzasadnione (por. wyrok SN z 18 marca 2014 roku, II UK 372/13, OSNP 2015/7/95).

Tymczasem jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego pozwany organ rentowy wszczął postępowanie egzekucyjne i już w 2014 roku zajął rachunek bankowy Spółki (...) prowadzony przez Bank (...) w B.. Egzekucja ta była nieskuteczna,

a jak się okazało rachunek ten był już zajęty przez komornika sądowego na skutek działań podjętych na wniosek innych wierzycieli Spółki (...). Organ rentowy wskazał, iż próbował ustalić numery rachunków bankowych Spółki (...) w innych bankach te działania również okazały się bezowocne. Następnie pozwany „przekazał” egzekucję do dalszego prowadzenia Naczelnikowi Urzędu Skarbowego w B., który pomimo podjętych czynności zmierzających do ustalenia majątku Spółki (...) również nie uzyskał żadnych informacji mogących mieć wpływ na egzekucję. Co istotne Naczelnik Urzędu Skarbowego w B. prowadził już wcześniej postępowania egzekucyjne przeciwko Spółce (...) na rzecz innych wierzycieli. W wyniku prowadzonego przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w B. postępowania egzekucyjnego nie udało się ustalić majątku ruchomego i nieruchomego Spółki (...). W piśmie z 22 listopada 2016 roku Naczelnik Urzędu Skarbowego w B. poinformował ZUS Oddział w B. o wyniku postępowania egzekucyjnego oraz o tym, że zmierza do umorzenia postępowania egzekucyjnego. Następnie pismem z 3 stycznia 2017 roku Naczelnik Urzędu Skarbowego w B. zawiadomił organ rentowy o zakończeniu prowadzenia postępowania egzekucyjnego oraz nieustalenia jakiegokolwiek majątku, z którego egzekucja byłaby możliwa nieuzyskaniu jakiegokolwiek kwoty i nieuzyskaniu jakiegokolwiek kwoty pozwalającej na spłatę wierzytelności.

Nie sposób zatem uznać, że pozwany na dzień wydania zaskarżonej decyzji nie udowodnił przesłanki bezskuteczności egzekucji prowadzonej przeciwko Spółce (...). Nie ulega bowiem wątpliwości, iż organ rentowy podjął próbę wyegzekwowania swoich należności sięgając po różne instrumenty prawne i każda z tych prób okazała się nieskuteczna. Trudno przy tym uznać aby pozwany świadomie prowadził postępowanie egzekucyjne w sposób nieudolny.

Z ujawnionego materiału dowodowego nie wynika aby członkowie zarządu Spółki (...) informowali organy egzekucyjne o jakichkolwiek składnikach majątku umożliwiających przeprowadzenie skutecznej egzekucji, w szczególności o posiadanych wierzytelnościach wobec kontrahentów Spółki (...). Takich działań nie podjęli odwołujący i to pomimo tego, że pozwany organ rentowy wszczął egzekucję z rachunku bankowego Spółki (...) już w 2014 roku, a więc

w czasie gdy pełnili oni funkcję członków zarządu tej Spółki, tj. gdy Spółka (...) posiadała już wierzytelność wobec (...) S.A. w S.. Takie informacje nie zostały jednak przekazane pozwanemu. Oczywiście jest, że wierzyciel po to wszczyna egzekucję aby skutecznie uzyskać zapłatę za nieuregulowane długi. Jednakże równie oczywistym jest też, że wierzyciel

„prowadzi” egzekucję z takiego majątku, o którym istnieniu ma wiedzę. Trudno winić pozwanego organ rentowy za to, że nie zażądał prowadzenia egzekucji

z jakichś składników majątku Spółki (...), o których istnieniu nie miał pojęcia lub z takich, których istnienie było wątpliwe lub związane byłoby z koniecznością poniesienia znacznych kosztów przez wierzyciela, a nie było pewności uzyskania zadowalającej sumy wierzytelności. Nie miały więc znaczenia twierdzenia odwołujących, iż pozwany mógł w ramach postępowania egzekucyjnego zaspokoić się z wierzytelności Spółki (...). Co istotne, ocena bezskuteczności egzekucji na podstawie art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, następuje na datę wydania decyzji w tym przedmiocie (zob. wyrok SN z 2 października 2013 roku, II UK 66/13 LEX nr 1396080). Tymczasem na dzień wydania zaskarżonej decyzji przeprowadzone czynności egzekucyjne, zarówno przez Dyrektora Oddziału ZUS w B. i Naczelnika Urzędu Skarbowego w B. nie doprowadziły do ujawnienia majątku Spółki (...) z którego egzekucja pozwalałaby na uzyskanie jakiegokolwiek kwoty wierzytelności. Nie można przy tym zapominać, że Spółka (...) posiadała więcej wierzycieli. Naczelnik Urzędu Skarbowego w B. prowadził egzekucję nie tylko na wniosek organu rentowego. Egzekucję z majątku Spółki (...) prowadził też komornik sądowy, co wynika z informacji przekazanych przez organ rentowy i co znajduje potwierdzenie w odpisie

z KRS Spółki (...), którego wynika, że na przełomie 2016 i 2017 roku dokonano w KRS wpisów o umorzeniu postępowań egzekucyjnych prowadzonych przeciwko Spółce (...) z powodu bezskuteczności tych egzekucji (wszczętych jeszcze w 2015 roku, o czym świadczą sygnatury postępowań egzekucyjnych). Skarżący nie wskazali żadnych obiektywnych, miarodajnych

i przekonujących dowodów na okoliczności tego, iż na dzień wydania zaskarżonej decyzji manifestowana przez nich wierzytelność Spółki (...) względem (...) Sp. z o.o. (poprzednio (...) Sp. z o.o., w dokumentach podmiot ten określany jest jako (...) albo (...) – dalej dla ujednoczenia jako Spółka (...)) nadal istniała i było wówczas możliwe przeprowadzenie z niej egzekucji. Sam fakt, że podwykonawca Spółki (...), tj. Spółka (...) na podstawie ugody zawartej z (...) uzyskał bezpośrednio od tego podmiotu 90/95% zapłaty za wykonane prace, nie oznacza automatycznie, że taką zapłatę również otrzymałaby Spółka (...). Co więcej skoro z twierdzeń skarżących wynika, iż ówczesny prezes zarządu Spółki (...) P. S. uzyskał od (...) jakąś kwotę, to i tak nie została ona przeznaczona na spłatę zobowiązań wobec ZUS. Nie wiadomo zresztą jak to była kwota, z jakiego dokładnie tytułu i co stało się z pieniędzmi rzekomo przekazanymi P. S. (równie dobrze można uznać, że uzyskana wówczas kwota od razu została przeznaczona na wynagrodzenia pracowników i tym samym nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, że egzekucja z tej nieokreślonej kwoty mogłaby skutkować realnym zaspokojeniem roszczeń pozwanego w znacznej części). Nie można przy tym zapominać o tym, że z dowodów zgromadzonych w sprawie wynika, że wierzytelność Spółki (...) wobec Spółki (...) była sporna albowiem Spółka (...) nie chciała zapłacić całej żądanej przez Spółkę (...) kwoty. Odnośnie samej wysokości wierzytelności Spółki (...) względem (...), a określonej przez odwołujących na kwotę ponad 1,4 mln złotych (w tym kara umowna ok. 300.000 zł i zwrot kaucji gwarancyjnej ok. 180.000 zł) wskazać należy, że z pisma Spółki (...) skierowanego do (...) (k. 18-19 akt sprawy) wynika, iż w/w kwota to nie kwota stanowiąca czysty zysk Spółki (...) ale kwota jakiej domaga się ta Spółka jako główny wykonawca i którą musi rozliczyć ze swoimi podwykonawcami. Z kolei z pozostałych dokumentów dotyczących rozliczeń pomiędzy Spółką (...) a Spółką (...) (k. 132-154 akt sprawy) wynika, że na dzień 27 kwietnia 2015 roku do zapłaty na rzecz Spółki (...) pozostawała kwota 91.417,54 zł (k. 153 akt sprawy). Co więcej, z dowodu w postaci porozumienia z 9 września 2015 roku (k. 185-186 akt sprawy) zawartego pomiędzy (...) Sp. z o.o. a (...) S.A. wynika, że jako Spółka (...) jako podwykonawca Spółki (...) domaga się zapłaty kwoty 630.000 zł i że jest to w zasadzie jedyny nierozliczony podwykonawca. W porozumieniu tym ustalono, że Spółka (...) zapłaci bezpośrednio Spółce (...) kwotę 630.000 zł, a w przypadku wystąpienia przez innego podwykonawcę Spółki (...) przeciwko Spółce (...) z roszczeniem o zapłatę, Spółka (...) zaspokoi roszczenie Spółki (...), co zwolni Spółkę (...) z obowiązku tego świadczenia, zaś w przypadku dochodzenia przez podwykonawcę od Spółki (...) roszczenia o zapłatę na drodze sądowej Spółka (...) przystąpi do postępowania po stronie Spółki (...) i podejmie czynności mające na celu zwolnienie Spółki (...) z udziału w sprawie. W tych okolicznościach trudno stwierdzić jaka była faktyczna kwota wierzytelności Spółki (...) wobec Spółki (...) oraz ilu własnych wierzycieli Spółka (...) musiała jeszcze rozliczyć z tej wierzytelności. Tym samym trudno uznać aby egzekucja

z tej wierzytelności mogłaby skutkować realnym zaspokojeniem roszczeń ZUS.

Jeśli chodzi natomiast o wierzytelność Spółki (...) względem zobowiązanych solidarnie (...) S.A. i (...) Sp. z o.o., to przede wszystkim podkreślić trzeba, że wierzytelność ta również była sporna. Obydwa podmioty kwestionowały obowiązek zapłaty spornych kwot na rzecz Spółki (...) i tym samym trudno uznać aby - nawet po poinformowaniu organu rentowego o istnieniu takiej wierzytelności czy nawet samodzielnym pozyskaniu przez organ rentowy wiedzy o tej wierzytelności - egzekucja tej wierzytelności okazałaby się możliwa do realizacji w szybkim terminie i jednocześnie skuteczna. Nie ma przy tym żadnych dowodów na to, że ówczesny prezes zarządu Spółki (...) informował organy egzekucyjne o uzyskanej kwocie i możliwości prowadzenia egzekucji z tego składnika majątku Spółki (...). Nie ma też żadnych dowodów by ówczesny prezes zarządu Spółki (...) próbował porozumieć się bezpośrednio z wierzycielami Spółki (...) i spłacić poszczególne zaległości. Nie ma jednak żadnych podstaw aby obciążać organ rentowy odpowiedzialności za niewyegzekwowanie swoich wierzytelności z majątku Spółki (...), o którym nie miał wiedzy

i który był niejako „ukrywany” przed organami egzekucyjnymi. Co więcej, omawiana wierzytelność 20 sierpnia 2015 roku została przeniesiona przez Spółkę (...) na rzecz J. D.. Zatem po tej dacie organ rentowy nie mógł prowadzić egzekucji z tej wierzytelności. Co prawda w/w wierzytelność została odsprzedana na rzecz J. D., ale nie wiadomo za jaką kwotę i nie wiadomo, czy kwota ta wpłynęła na rachunek bankowy Spółki (...) i co stało się z tymi pieniędzmi, w jaki sposób zostały zagospodarowane i czy nie zostały przeznaczone na spłatę innych bieżących zobowiązań Spółki (...), która w tym czasie posiadała już bardzo wysokie zadłużenie wobec organu rentowego, pojawiły się nowe zaległości z tytułu podatku,

a w 2015 roku przeciwko Spółce (...) wszczęto dwa komornicze postępowania egzekucyjne.

W tych okolicznościach trudno uznać aby ewentualna egzekucja z w/w wierzytelności czy kwoty uzyskanej z jej sprzedaży pozwoliłaby na realne zaspokojenie roszczeń organu rentowego w znacznej części.

W świetle powyższych okoliczności, w ocenie Sądu Apelacyjnego, pozwany zdołał wykazać obydwie przesłanki niezbędne do pociągnięcia T. R. i R. Z. do odpowiedzialności za sporne zaległości składkowe (ich pochodne) i w tych okolicznościach ciężar uwolnienia się od tej odpowiedzialności spoczywał na odwołujących. Art. 116 § 1 pkt 1 i 2 Ordynacji podatkowej (w brzmieniu z daty odwołania skarżących z funkcji członków zarządu Spółki (...)) ustanawiał następujące przesłanki, które uwalniają członka zarządu od odpowiedzialności za zaległości składkowe spółki z o.o.: 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.

Skarżący kwestionując bezskuteczność egzekucji z majątku Spółki (...) wskazywali, że Spółka ta posiada wierzytelności wobec Spółki (...) oraz zobowiązanych solidarnie (...) S.A. i (...) Sp. z o.o. Twierdzenia odwołujących w tym zakresie były jednak nieprecyzyjne. Raz twierdzili, że Spółka (...) posiada w/w wierzytelności, a raz że Spółka ta już uzyskała pewne środki finansowe od swoich dłużników co pozwalałoby zaspokoić roszczenia organu rentowego. Bez względu jednak na pewne niespójności w stanowisku stron, w ocenie Sądu Apelacyjnego należało rozważyć, czy naprowadzone przez skarżących okoliczności wypełniają przesłankę z art. 116 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej.

Podkreślić należy, że określenie "zaspokojenie zaległości podatkowych (odpowiednio składkowych) w znacznej części" oznacza, że można przewidzieć z dużą dozą pewności, że egzekucja będzie skuteczna i doprowadzi do wyegzekwowania należności, a ich wysokość będzie miała wartość stanowiącą znaczny (duży) odsetek, porównując ją z wysokością zaległości podatkowych spółki (por. wyroki NSA z 10 kwietnia 2015 roku, I FSK 366/14, LEX nr 1772769). Skoro wskazanie mienia spółki umożliwiającego zaspokojenie znacznej części zaległości składkowych wymaga wskazania mienia, z którego egzekucja jest faktycznie możliwa, to za takie mienie nie mogą być uznane wierzytelności sporne (por. wyrok NSA z 15 lipca 2011 roku, I FSK 899/10, LEX nr 1082301, wyrok NSA z 5 czerwca 2012 roku, II FSK 2426/10, LEX nr 1218972). W przypadku tej przesłanki nie chodzi o wskazanie majątku spółki jaki ona posiadała w toku postępowania egzekucyjnego, ale po jej zakończeniu (por. wyrok SN z 9 marca 2017 roku, I UK 93/16, LEX nr

2296623; z 3 lutego 2012 roku, II UK 121/11, LEX nr 1135993; z 15 lipca 2011 roku, I UK 325/10, z 17 lutego 2009 roku, OSNP 2012 nr 17-18, poz. 223).

Tymczasem jak już wyżej wskazano wierzytelność Spółki (...) względem (...) S.A. i (...) Sp. z o.o. została sprzedana na rzecz J. D. jeszcze przed wydaniem zaskarżonej decyzji i tym samym przed zakończeniem postępowania egzekucyjnego. Zatem Spółka (...) w istocie nie posiada już w/w wierzytelności i prowadzenie z niej egzekucji nie jest możliwe. Z kolei ewentualne postępowanie o uznanie czynności prawnej za bezskuteczną, na skutek której doszło do pokrzywdzenia wierzyciela a osoba trzecia, z którą dłużnik dokonał tejże czynności uzyskała korzyść majątkową (w sytuacji gdy dłużnik działał ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli, a osoba trzecia o tym wiedziała lub przy zachowaniu należytej staranności mogła się dowiedzieć) jest niezależnym roszczeniem niezwiązanym z postępowaniem egzekucyjnym prowadzonym z majątku dłużnika. Z tych też względów członek zarządu nie może się bronić w ten sposób, że wskazuje czynność, którą spółka z ograniczoną odpowiedzialnością dokonała zbycia części majątku i niejako pozostawia woli organu rentowego ewentualne kwestionowanie tej czynności w ramach skargi paulińskiej (art. 527 k.c.). Takie działanie nie wypełnia znamion wykazania majątku spółki, z której egzekucja pozwoli zaspokoić wierzytelności w znacznej części. Bez względu na powyższe w niniejszej sprawie skarżący nie naprowadzili okoliczności, które wskazywałyby, że Spółka (...) posiada w kasie czy na rachunku bankowym kwotę uzyskaną z tytułu cesji w/w wierzytelności. Sam fakt wypłacenia Spółce (...) w sierpniu 2015 roku jakiejś kwoty za przeniesienie przez nią omawianej wierzytelności nie oznacza, że obecnie Spółka ta nadal posiada jakiegokolwiek środki pieniężne pozwalające na spłatę zaległości składkowych. Pokreślić bowiem trzeba, że wypełnieniem przesłanki z art. 116 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej jest wskazanie konkretnego majątku, z określeniem miejsca jego położenia. Stanowisko prezentowane przez skarżących nie pozwala na uznanie, że w sprawie zachodzi sytuacja przewidziana w /w przepisie i to tym bardziej, że z materiału dowodowego wynika, iż Spółka (...) oprócz ZUS posiadała również innych wierzycieli, zatem jeśli nawet udałoby się ustalić, że Spółka (...) nadal dysponuje jakąś gotówką lub posiada środki pieniężne na jakichś rachunkach bankowych, to i tak nie ma pewności, że skierowana do tych składników majątku egzekucja pozwoliłaby na zaspokojenie roszczenia organu rentowego w znacznej części.

W podobny sposób należy ocenić wierzytelność Spółki (...) względem (...) Sp.

z o.o. Nie ma dowodów na to, że Spółka (...) uznała całą podawaną przez odwołujących kwotę jako swój dług. Sam fakt, że podwykonawca Spółki (...), tj. (...) S.A. otrzymał bezpośrednio od Spółki (...) kwotę 630.000 zł tytułem wynagrodzenia za wykonane prace nie świadczy automatycznie o tym, że również roszczenie Spółki (...) jest niepodważalne. Jak już wyżej wskazano z manifestowanej przez odwołujących kwoty 1,4 mln złotych należnej od Spółki (...) ok. 300.000 zł to kara umowna i ok. 180.000 zł to zwrot kaucji gwarancyjnej, a więc kwoty, które dotyczą zapłaty za wykonane prace. Nie ma podstaw do uznania, że roszczenie Spółki (...) o zapłatę tych kwot jest uzasadnione i niepodważalne,

a tym samym, że egzekucja do całej kwoty ok. 1,4 miliona złotych byłaby możliwa. Poza tym jak już wyżej wskazano nie ma podstaw do uznania, że w/w kwota to czysty zysk Spółki (...) za realizację umowy o roboty budowlane z 22 września 2014 roku. Cały kontrakt opiewał na ok. 3 miliony złotych, wątpliwym jest więc aby niespełna połowa z tej sumy dochód Spółki (...) pozwalający na spłatę zaległych i bieżnych zobowiązań i tym bardziej, że budowa inwestycji na rzecz Spółki (...) odbywała się za pośrednictwem szeregu podwykonawców,

a z zeznań odwołujących wynika, że Spółka (...) zatrudniała jedynie ok. 30 pracowników fizycznych. Sama należność jednego z podwykonawców Spółki (...), tj. Spółki (...) wynosiła 630.000 zł. Dlatego też uznać trzeba, że manifestowana przez odwołujących kwota to kwota z której Spółka (...) jako główny wykonawca musi czy musiała się jeszcze rozliczyć ze swoimi podwykonawcami. Jednocześnie z dokumentów tych wynika, że na dzień 27 kwietnia 2015 roku do zapłaty na rzecz Spółki (...) przez Spółkę (...) pozostawała jedynie kwota 91.417,54 zł. Trudno więc również uznać jaka kwota przypadłaby wyłącznie Spółce (...)

i tym samym nie ma podstaw do stwierdzenia, że egzekucja z tej wierzytelności mogłaby skutkować realnym zaspokojeniem roszczeń ZUS w znacznej części. Jednocześnie trudno też

w tym przypadku stwierdzić, że Spółka (...) nadal posiada w/w wierzytelność gdyż według skarżących prezes zarządu Spółki (...), który prowadził rozmowy ze Spółką (...), j. P. S., uzyskał już jakąś kwotę od tego podmiotu. Nie wiadomo

jednak dokładnie czy tak faktycznie było, jaka to była kwota, w jaki sposób została zapłacona i co się stało uzyskanymi pieniędzmi, a w szczególności czy Spółka (...) nadal posiada jakieś środki pieniężne w jakiegokolwiek formie, a tym samym czy jest możliwe skuteczne wyegzekwowanie tej kwoty przez organ rentowy.

W związku z powyższym, w ocenie Sądu Apelacyjnego nie ma podstaw do uznania, że skarżący wskazali majątek Spółki (...), z którego egzekucja pozwalałaby zaspokoić roszczenie pozwanego, i to choćby częściowo. Podkreślić trzeba, że skoro ciężar udowodnienia przesłanek egzoneracyjnych spoczywa na członkach zarządu to brak inicjatywy dowodowej strony odwołującej lub niedostateczne wykazanie zasadności jej stanowiska co do zasady skutkować będzie oddaleniem odwołania. Wykazaniem majątku spółki, z którego egzekucja pozwoli na spłatę zaległości składkowych, nie jest wskazanie jakichś wątpliwych wierzytelności, dochodzonych na drodze sądowej przez samą spółkę, a nie bliżej nieokreślonych kwot, które spółka rzekomo już otrzymała od swoich kontrahentów. Zaznaczyć przy tym należy, że rządząca procesem cywilnym zasada kontradyktoryjności polega na tym, że to nie na sądzie, lecz stronach procesowych spoczywa ciężar aktywnego uczestniczenia w czynnościach procesowych, oferowania dowodów na potwierdzenie własnych tez oraz podważenie twierdzeń przeciwnika. Pożądana aktywność wyraża się zarówno w składaniu pism procesowych jak też

w odpowiednim reagowaniu na zachowania procesowe przeciwnika i przedstawiane przez niego dowody tak w pismach procesowych jak i na rozprawie. Dlatego też w toku postępowania przed Sądem Okręgowym to skarżący winni zaferować takie dowody i naprowadzić takie okoliczności, które mogłyby doprowadzić do uznania, że przesłanka z art. 116 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej została spełniona. Ani Sąd Okręgowy, ani też Sąd Apelacyjny nie byli zobowiązani z urzędu poszukiwać dowodów mających za zadanie wykazać zasadność twierdzeń odwołujących.

Odnosząc się do argumentacji skarżących dotyczącej braku winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki (...) czy też braku istnienia przesłanek do złożenia takiego wniosku, podkreślić należy, że przepis art. 11 ust. 1 i 2 Prawa upadłościowego i naprawczego

(w brzmieniu obowiązującym do 31 grudnia 2015 roku) statuował dwie samodzielne niezależne podstawy ogłoszenia upadłości spółki kapitałowej. Dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego), 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 Prawa upadłościowego i naprawczego).

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 (zob. wyrok SN z dnia 25 kwietnia 2012 roku, II UK 218/11, Legalis nr 526873 i postanowienie SN z dnia 19 grudnia 2002 roku, V CKN 342/01, LEX nr 75360 – zapadłe na kanwie poprzednio obowiązującego rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej

z dnia 24 października 1934 roku Prawo upadłościowe). Podkreślić przy tym trzeba, że dla określenia czy dłużnik jest niewypłacalny w myśl powołanego art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego, nieistotne jest czy nie wykonuje wszystkich zobowiązań pieniężnych, czy też tylko niektórych z nich. Nieistotny jest też rozmiar niewykonywanych przez dłużnika zobowiązań. Nawet niewykonywanie zobowiązań o niewielkiej wartości oznacza jego niewypłacalność w rozumieniu w/w przepisu. Dla określenia stanu niewypłacalności bez znaczenia jest też przyczyna niewykonywania zobowiązań. Niewypłacalność istnieje więc nie tylko wtedy, gdy dłużnik nie ma środków, lecz także wtedy, gdy dłużnik nie wykonuje zobowiązań z innych przyczyn (zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 września 2017 roku, III SA/Wa 3379/16, LEX nr 2394470; wyrok NSA w Warszawie z dnia 25 lipca 2017 roku, I FSK 2226/15 LEX nr 2356373; wyrok NSA w Warszawie z dnia 12 lipca 2017 roku, I FSK 429/17, LEX nr 2347615). Tylko krótkotrwale niepłacenie długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości (zob. uzasadnienia wyroków SN: z dnia 10 grudnia 2010 roku, III CSK 46/10, LEX nr 970080; z dnia 30 stycznia 2014 roku, III CSK 70/13 LEX nr 14 63873; z dnia 19 grudnia 2002 roku, V CKN 342/01, LEX nr 75360).

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż nawet w przypadku ziszczenia się choćby jednej z przesłanek wymienionych w art. 11 Prawa upadłościowego i naprawczego, członek zarządu spółki z ograniczoną

odpowiedzialnością powinien wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości bądź wszczęcie postępowania układowego. Zgodnie z art. 21 ust. 1 Prawa upadłościowego (w brzmieniu obowiązującym przed 1 stycznia 2016 roku), 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.

Utrwalone jest stanowisko Sądu Najwyższego zaprezentowane m.in. w uzasadnieniu wyroku z 25 kwietnia 2012 roku, II UK 218/11, Legalis nr 526873) zgodnie z którym czas zgłoszenia wniosku o upadłość należy oceniać w pierwszej kolejności w odniesieniu do konkretnej podstawy upadłości. Jeżeli jest nią zaprzestanie płacenia 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. Właściwy czas wobec odrębnej regulacji w art. 116 § 1 pkt 1 lit. a Ordynacji podatkowej może być dłuższy od terminów Prawa upadłościowego i naprawczego. Właściwy czas zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, gdy majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów, to nie tylko czas określony w Prawie upadłościowym i naprawczym, ale też czas o którym można wnioskować z regulacji art. 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 niemalże 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 przesuwa 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 prowadziłyby do instrumentalnej i korzystnej dla zarządu wykładni pojęcia "właściwego czasu" tylko przez przyzmat efektu w postaci częściowego zaspokojenia wierzyciela składkowego" (por. również podobne wyroki SN: z 14 czerwca 2006 roku, I UK 324/05, OSNP 2007 nr 13-14, poz. 200; z 10 lutego 2011 roku, II UK 265/10, LEX nr 844740 oraz z 19 grudnia 2013 roku, II UK 196/13, LEX nr 1438648). Dla oceny zatem kiedy powstał obowiązek prawny złożenia wniosku

o ogłoszenie upadłości Spółki w sytuacji wystąpienia obu przesłanek upadłości z art. 11 Prawa upadłościowego i naprawczego, 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 2014 roku, I SA/Gd 194/14, LEX nr 146975).

W ocenie Sądu Apelacyjnego ustalenia faktyczne w zakresie stanu finansowego Spółki (...) i jej ewentualnej niewypłacalności w okresie pełnienia przez odwołujących funkcji członków zarządu wymagały uzupełnienia. Podkreślić bowiem trzeba, że Spółka (...) już od stycznia 2014 roku zaprzestała opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne i FPIFGŚP. Brak regulowania tych obowiązkowych należności miał charakter permanentny i długotrwały. Jednocześnie przypomnieć należy, że w wyniku podjętych działań egzekucyjnych przez Dyrektora Oddziału Zakład Ubezpieczeń Społecznych ustalono, że rachunek bankowy Spółki (...) był już zajęty przez inny organ egzekucyjny. Co więcej z odpisu KRS Spółki (...) wynika, że na przełomie 2016 i 2017 roku dokonano w tym

rejestrze wpisów odnośnie umorzenia trzech komorniczych postępowań egzekucyjnych z powodu bezskuteczności egzekucji. Dwie sygnatury spraw komorniczych świadczą o tym, że egzekucja została wszczęta jeszcze w 2015 roku. Biorąc zaś pod uwagę okoliczności jakie co do zasady poprzedzają wszczęcie postępowania egzekucyjnego, tj. konieczność wszczęcia postępowania sądowego, rozstrzygnięcia sprawy prawomocnym wyrokiem i uzyskania tytułu wykonawczego, oraz uwzględniając średni okres trwania postępowania sądowego, uprawniony jest wniosek, że Spółka (...) znacznie wcześniej musiała zaprzestać swoich wymagalnych zobowiązań również wobec innych kontrahentów. Jako że postępowanie egzekucyjne również musiało trwać kilka miesięcy zanim zostało umorzone z powodu bezskuteczności, to zdaniem Sądu Apelacyjnego fakt zaprzestania płacenia większej ilości wymagalnych zobowiązań przez Spółkę (...) z pewnością musiał nastąpić jeszcze w 2014 roku.

W celu ustalenia czy i kiedy Spółka (...) stała się niewypłacalna i kiedy nastąpił właściwy czas na złożenie wniosku o ogłoszenie jej upadłości lub wszczęcie postępowania układowego oraz czy niezgłoszenie w/w wniosków przez odwołujących nastąpiło bez ich winy, Sąd Apelacyjny przeprowadził ponadto dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu wyceny przedsiębiorstw i udziałów spółek prawa handlowego.

Biegły dokonując analizy kondycji finansowej Spółki (...) zwrócił uwagę na specyfikę rynku budowlanego. Biegły wskazał, iż w branży tej zobowiązania płacone są po otrzymaniu zapłaty od innych podmiotów za poszczególne etapy prac lub po ich zakończeniu, przy czym zapłata wobec podwykonawców często następuje po terminie płatności uwidocznionym na fakturze. Zła sytuacja występuje wtedy kiedy spółka nie ma możliwości spłaty zobowiązań, tj. gdy główny kontrahent nie reguluje płatności, nie odbiera robót budowlanych, obniża ich wartość itp. Gdy główny wykonawca nie ma środków na zapłatę bieżących zobowiązań czy zobowiązań wobec podwykonawców często finansuje je z przychodów z innych robót (tzw. rolowanie zobowiązań) ale może to doprowadzić do trwałej utraty możliwości regulowania zobowiązań.

Biegły wskazał, iż spłata zobowiązań może być realizowana z trzech podstawowych źródeł: 1. z zysku ze sprzedaży po wypracowaniu nadwyżki, 2. ze sprzedaży majątku, w szczególności majątku zbędnego do prowadzenia dalszej działalności, 3. z ściągniętych należności za wykonane prace. W przypadku Spółki (...) pierwszy sposób regulowania zobowiązań był praktycznie niemożliwy do zastosowania. Spółka ta bowiem w 2013 roku zanotowała stratę w wysokości ok. 500.000 zł, co przy zysku za 2014 rok wynoszącym ok. 500.000 zł powodowało, że w latach 2013-2014 Spółka nie wypracowała nadwyżki finansowej, która mogłaby stanowić rezerwę w przypadku zachwiania płynności (w niniejszej sprawie z powodu braku wpłat za wykonane prace na rzecz Spółki i jednoczesne powstawanie długów tej Spółki). Drugi sposób również nie był możliwy do realizacji, gdyż Spółka (...) nie posiadała żadnych aktywów trwałych. W ocenie biegłego jedynym sposobem na spłatę zobowiązań Spółki (...) było zastosowanie trzeciej możliwości, poprzez zafakturowanie robót w toku i ściągnięcie należności.

Biegły wyjaśnił też, że aby dokładnie poznać sytuację finansową spółki należy poszczególne wskaźniki porównać ze wskaźnikami z poprzedniego okresu lub ze wskaźnikami innych firm z tej samej branży, co pozwala ocenić kondycję spółki na tle innych podobnych podmiotów. Z uwagi na długi cykl produkcji i rozliczanie kontraktów po zakończeniu etapu lub po zakończeniu inwestycji podmioty w branży budowanej nie osiągają w większości wypadków wskaźników wartości referencyjnych. Dlatego też istotne jest dokonanie analizy poziomej, co pozwala na uchwycenie tendencji i ewentualnych zagrożeń. Zarząd firmy powinien monitorować całość sytuacji firmy aby wspomóc podejmowanie decyzji. Biegły sporządził tabelaryczne zestawienie poszczególnych wskaźników Spółki (...) za lata 2013, 2014 i okres do 1 stycznia do 27 marca 2015 roku (pokrycia aktywów trwałych kapitałem własnym, pokrycia aktywów trwałych kapitałem stałym, zadłużenia ogólnego, płynności bieżącej, płynności szybkiej, rentowności aktywów, rentowność sprzedaży netto, rotacji należności w razach, rotacji zobowiązań). Zdaniem biegłego analiza tych wskaźników wskazuje, że sytuacja Spółki (...) nie ulegała poprawie. W 2014 zysk Spółki był co prawda bardzo wysoki, ale praktycznie wystarczył on na pokrycie straty z 2013 roku. Spółka nie posiadała majątku trwałego, który mógłby posłużyć do wytworzenia przychodów. Głównym składnikiem aktywów Spółki w tym okresie były należności za wykonane prace i roboty w toku, zaś pasywów - zobowiązania na rzecz podwykonawców i z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne. Zarząd Spółki (...) powinien monitorować stan należności oraz możliwość ich ściągnięcia



bowiem były to jedyne aktywa, którymi można było pokryć zobowiązania. Biegły zwrócił przy tym uwagę, że Spółka (...) posiadała dużą różnicę pomiędzy zyskiem obliczonym dla celów podatku dochodowego, a zyskiem bilansowym, czyli różnicę pomiędzy naliczonymi, a wypłaconymi płacami, pomiędzy naliczonymi, a zapłaconymi składkami na ZUS itp. Zdaniem biegłego analiza w/w wskaźników wskazuje, że sytuacja ten Spółki była dość niestabilna, wymagała dużej uwagi i zaangażowania zarządu w celu zachowania płynności i prowadzenia działalności.

Spółka nie wypracowała więc żadnej nadwyżki finansowej pozwalającej jej na spłatę zobowiązań (z zysku za 2014 spółka musiała pokryć stratę z 2013). Na koniec 2014 roku spółka posiadała aktywa obrotowe (roboty w toku, należności i gotówkę). Mogły one posłużyć do spłaty zobowiązań spółki. Na koniec 2014 roku sytuacja spółki była dość „delikatna”. Musiał nastąpić zbieg kilku czynników, aby spółka mogła zachować płynność. Spółka musiała sprzedać wszystkie roboty w toku oraz uzyskać zapłatę za nie (roboty w toku musiały by „zamienić się” na gotówkę). Kolejnym czynnikiem powinno być ściągnięcie wszystkich należności spółki. Dodatkowo spółka nie powinna generować nadmiernych kosztów. Dopiero spełnienie łącznie tych warunków pozwoliło by na spłatę swoich wymagalnych zobowiązań. Niespełnienie chociażby jednego z warunków uniemożliwiło spłatę wszystkich zobowiązań. Suma zobowiązań za 2014 rok nieznacznie przekraczała wielkość aktywów spółki. Spółka nie miała praktycznie żadnego marginesu bezpieczeństwa, musiała zaangażować wszystkie możliwe aktywa w spłatę zobowiązań.

Odnosząc się do manifestowanych przez odwołujących wierzytelności wobec (...) S.A. w S. (należność główna to 829.000 zł) oraz (...) Sp. z o.o. (należność ok. 1 milion zł, bez kary umownej i kaucji gwarancyjnej) wskazał, iż ściągnięcie tych kwot tylko częściowo pokryłoby zobowiązania Spółki (...), które wynosiły 3,3 miliona zł. Biegły pokreślił jednak, że pomimo tego, iż 12 marca 2014 roku (...) S.A. w S. złożyło oświadczenie, że jest dłużnikiem Spółki (...) z tytułu płatności za faktury na kwotę 9.756 zł i 664.227 zł, oraz że Spółka (...) uzyskuje nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym zasądzający na jej rzecz od w/w (...) kwotę 829.000 zł, to egzekucja tej wierzytelności okazała się bezskuteczna i ostatecznie została ona zgłoszona do masy upadłości (...)S.A. w S.. Zdaniem biegłego już na przełomie 2013 i 2014 roku Spółka (...) miała kłopoty z egzekucją swoich należności od (...) S.A. Brak zapłaty przez (...) S.A. za fakturę ze stycznia 2014 roku związany jest czasowo z zaprzestaniem regulowania przez Spółkę (...) składek na ubezpieczenie społeczne, co spowodowało obniżenie płynności finansowej tego podmiotu. Skoro Spółka (...) 30 stycznia 2015 roku otrzymała zawiadomienie z Sądu

o skutecznym zgłoszeniu wierzytelności, a postanowienie o ogłoszeniu upadłości zostało wydane 4 sierpnia 2014 roku, to pomiędzy tymi datami zarząd Spółki (...) posiadał informację, że odzyskanie wierzytelności w wysokości ok. 900 000 zł (kwota główna z odsetkami i kosztami)

w dającym się określić czasie jest mało prawdopodobne (pomiędzy tymi datami Spółka musiała zgłosić wierzytelności do Syndyka, a zgłoszenie wierzytelności musiał podpisać Zarząd). Biorąc pod uwagę upadłość likwidacyjną, kategorię wierzytelności Spółki (...), można uznać, że

w wyniku podziału masy upadłości Spółka (...) otrzyma tylko jakiś procent swojej wierzytelności. Na pewno nie można było uwzględniać tej kwoty do analizy płynności w drugiej połowie 2014 i 2015 roku. Spółka (...) nie miała żadnych realnych szans na odzyskanie tej kwoty w tym okresie. A w konsekwencji nie miała środków na zapłacenie zaległych zobowiązań, w tym zobowiązań w stosunku do ZUS. Odnośnie wierzytelności Spółki (...) wobec (...) Sp. z o.o. wynoszącej 1.453.583,22 zł, biegły wskazał, iż (...) był podwykonawcą Spółki (...) to najprawdopodobniej wystawiał faktury na rzecz Spółki (...). Skoro (...) uzyskał płatność od (...), to po stronie Spółki (...) powinny zostać skorygowane zarówno należności od (...), jak i zobowiązania wobec Spółki (...). Wynika to z porozumienia pomiędzy (...) a (...) Sp. z o.o. z 9 września 2015 roku, gdzie w punkcie

C przywołano porozumienie pomiędzy Spółką (...) a (...) z 19 sierpnia 2015 roku i wskazano, że Spółka (...) nie ma innych roszczeń wobec (...) Sp. z o.o. niż roszczenia (...). Prowadzi to do wniosku, że powoływane przez odwołujących potencjalne przychody z kontraktu (...) Sp. z o.o. na pewno w sierpniu 2015 roku już nie istniały. W spisie rozliczeń z podwykonawcami z kontraktu (...) Sp. z o.o. z 15 marca 2015 nie ma rozliczenia z (...), który był podwykonawcą w tym kontrakcie. Znajdujące się w aktach informacje o wytoczeniu przez Spółkę (...) przeciwko (...) Sp. z o.o. pozwu o zapłatę było złożone przed datą zawarcia ugody i należność od (...) Sp. z o.o. nie istniała w wysokości wskazywanej

przez odwołujących. Zobowiązanie to nie było zafakturowane na Spółkę (...). Skarżący nie przedłożyli dokumentów wskazujących na to, że wierzytelność wobec (...) Sp. z o.o. wynosiła ok. 1,4 mln zł, a co najmniej 650.000 zł z tej kwoty należało się (...) jako podwykonawcy. Odnosząc się do argumentów skarżących, że Sąd Apelacyjny postanowieniem z 29 września 2015 roku oddalił zażalenie Spółki (...) o zwolnienie od kosztów sądowych czym potwierdził dobrą sytuację finansową tej Spółki, biegły wskazał, iż skoro taki wniosek został złożony to w ocenie zarządu Spółki (...) jej sytuacja finansowa w pierwszej połowie 2015 roku musiała być zła.

W związku z powyższym biegły sądowy wskazał, iż zarząd Spółki (...) wiedzę o tym, że Spółka ta nie będzie w stanie regulować wszystkich swoich wymagalnych zobowiązań musiał posiadać w okresie zamkniętym od 4 sierpnia 2014 roku do 30 stycznia 2015 roku, bowiem już wówczas jeden z głównych dłużników tej Spółki został postawiony w stan upadłości obejmującej likwidację majątku. Zarząd Spółki (...) musiał posiadać wiedzę, że Spółka (...) nie będzie miała wystarczających środków na zapłacenie zaległych, wymagalnych zobowiązań gdyż odzyskanie kwoty ok. 900.000 zł jest wątpliwe, a na pewno odsunięte w odległą przyszłość. Ta okoliczność stanowiła – stosownie do art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego - podstawę do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki (...). Płynność finansowa Spółki (...) była cały czas zagrożona lub zachwiana, a sukces gospodarczy zależał od kilku bardzo istotnych czynników. Zarząd świadomie podjął decyzję o nieskładaniu wniosku o ogłoszenie upadłości wychodząc z założenia, że przyszłe wpływy pozwolą na odzyskanie płynności. Takie działanie takie było jednak obciążone dużym ryzykiem i nie przyniosło spodziewanych efektów.

Biegły sądowy analizując podstawę zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 11 ust. 2 Prawa upadłościowego i naprawczego, wskazał, iż już w bilansie z 31 grudnia 2013 roku zobowiązania Spółki (...) przekroczyły wartość jej majątku, jednakże dostępne w aktach sprawy dokumenty wskazują, że z dużym prawdopodobieństwem, stan taki mógł być uwarunkowany długim tokiem robót budowlanych. W 2013 roku Spółka (...) realizowała już prace na rzecz (...), a w styczniu 2014 roku wystawiła fakturę za roboty budowlane na kwotę 664.227 zł, co oznacza, że prace były wykonane w większości w 2013 roku, a zakończenie i odbiór robót nastąpił w styczniu 2014 roku. Koszty związane z tymi pracami mogły być poniesione w 2013 roku, stąd ujemny wynik finansowy w 2013 rok, a w konsekwencji przekroczenie wielkości zobowiązań nad aktywami Spółki. Był to jednak stan przejściowy, związany z cyklem prac budowlanych i okresem ich rozliczania. W kolejnych latach zobowiązania Spółki (...) były mniejsze niż jej majątek i nie było konieczności zgłaszania z tego powodu wniosku o ogłoszenie upadłości tej Spółki.

Ustosunkowując się do opinii biegłej sporządzonej w toku postępowania przed Sądem I instancji, biegły wskazał, iż jest ona dość skrótowa i lakoniczna, ale wnioski z niej płynące są co do zasady zbieżne z wnioskami w niniejszej opinii. Biegła w prawidłowo zauważyła, że istnieje rozbieżność pomiędzy poziomem podatku dochodowego (bilansowym i podatkowym). Biegła słusznie też zauważyła, że w budownictwie sezonowość odgrywa znaczącą rolę, do tego dochodzą roboty w toku, jednakże sposób pomiaru robót w toku i zasady wyceny mogą być (nie muszą) obciążone błędem. Nie można jednak stwierdzić na podstawie akt sprawy, że Spółka wadliwie prowadziła księgowość. Wniosek biegłej dotyczący braku aktywów trwałych, których sprzedaż mogłaby zaspokoić spłatę zobowiązań jest nieprecyzyjny. Spółka rzeczywiście nie posiadała aktywów trwałych, ale w toku normalnej działalności przedsiębiorstwa nie zbywają aktywów trwałych, są one im niezbędne do prowadzenia działalności i nie mogą one stanowić rezerwy na spłatę zobowiązań, bo zagrażałoby to trwałości przedsiębiorstwa. Biegła ta również wadliwie nie uwzględniła jako aktywów trwałych robót w toku i w swojej ocenie nie odniosła się do przesłanek niewypłacalności, przez co jej sformułowania były nieprecyzyjne.

W ocenie Sądu Apelacyjnego opinia biegłego K. O. zasługiwała na uwzględnienie. Opinia ta jest fachowa, rzeczowa i bardzo analityczna. Wnioski biegłego są logiczne i zostały oparte na zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Biegły oceniając kondycję finansową Spółki (...) wziął pod uwagę cały szereg czynników mających wpływ na prowadzenie działalności, w tym specyfikę branży budowlanej. Biegły w kompleksowy i przejrzysty sposób objaśnił jak wyglądała sytuacja finansowa Spółki (...) przez cały okres, kiedy odwołujący pełnili funkcję członków zarządu. Wyjaśnił co stanowiło majątek Spółki (...) i jakie były jej zobowiązania oraz jakie Spółka ta miała możliwości w spłacie wymagalnych zobowiązań. Sporządzona w postępowaniu apelacyjnym opinia biegłego rozwiewała wszelkie wątpliwości i odpowiadała na wszystkie pytania zadane przez Sąd II instancji w postanowieniu dowodowym. Strony

w istocie nie złożyły żadnych merytorycznych zastrzeżeń do w/w opinii. Skoro dla określenia, czy dłużnik jest niewypłacalny, nie ma znaczenia to, czy nie wykonuje on wszystkich zobowiązań pieniężnych, czy tylko niektórych z nich, a irrelevantna pozostaje też wielkość niewykonalnych przez dłużnika zobowiązań, to w ocenie Sądu Apelacyjnego zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym opinia biegłego z zakresu wyceny przedsiębiorstw i udziałów spółek prawa handlowego, pozwalała na kategoryczne rozstrzygnięcie sporu i nie było potrzeby jej uzupełniania. Dlatego też Sąd Apelacyjny – stosownie do art. 227 k.p.c. – oddalił wnioski dowodowe stron o uzupełnienie opinii przez tego biegłego. Z powyższych względów Sąd Apelacyjny oddalił również pozostałe wnioski dowodowe odwołujących zgłoszone w pismach procesowych z 4 listopada 2019 roku i 24 lipca 2020 roku. Załączone do tych pism dokumenty albo stanowiły powielenie dowód już złożonych lub znajdujących się w aktach sprawy XX GC 1030/15 albo też dotyczyły przebiegu postępowania upadłościowego (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej, zaś wierzycelność przysługująca Spółce (...) od tego podmiotu (solidarnie zobowiązanego ze Spółka (...)) została sprzedana na rzecz J. D. już w 2015 roku.

Biorąc pod uwagę ustalenia i wnioski biegłego K. O. oraz zebrany w sprawie materiał dowodowy, w ocenie Sądu Apelacyjnego zarząd Spółki (...) powinien zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości najpóźniej w sierpniu 2014 roku. Skoro od stycznia 2014 roku Spółka (...) całkowicie zaprzestała opłacać składki na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz FPiFGŚP, to już wówczas jej zarząd ze wzmoczoną uwagą winien śledzić i analizować kondycję finansową tego podmiotu. Spółka (...) miała przy tym innych wierzycieli, którzy już w 2015 roku dochodzili swoich praw na drodze egzekucji komorniczej, co również świadczy o trudnej sytuacji finansowej tego podmiotu w 2014 roku. Nie ma zaś podstaw do uznania, że niepłacenie długów przez Spółkę (...) nastąpiło wskutek przejściowych trudności. Ostatecznie bowiem sporne składki na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz FPiFGŚP nie zostały zapłacone, a poza tym wysokość zobowiązań wobec ZUS ciągle rosła, ponadto postępowania egzekucyjne prowadzone przeciwko Spółce (...) (w KRS ujawniono cztery postępowania) zostały umorzone w 2016 roku z powodu bezskuteczności egzekucji, co niewątpliwie wyklucza uznanie, że sytuacja Spółki (...) była dobra. Do takiego wniosku nie uprawnia też okoliczność, iż Sąd Apelacyjny postanowieniem z 29 września 2015 roku oddalił zażalenie Spółki (...) o zwolnienie od kosztów sądowych w sprawie, w której opłata od pozwu wynosiła 72.685 zł. Podkreślić bowiem trzeba, że Sąd Apelacyjny nie dokonywał wówczas analizy kondycji finansowej Spółki (...) pod kątem niewypłacalności, a jedynie tego czy posiadała jakies bieżące środki pieniężne pozwalające na uiszczenie opłaty od pozwu, mając przy tym na uwadze, że Spółka ta jako profesjonalny podmiot powinna już wcześniej przewidzieć konieczność poniesienia kosztów sądowych w sprawie dotyczącej jej wierzycelności i zabezpieczyć środki pieniężne na opłatę od pozwu. Nie ma więc żadnych podstaw do uznania, że w/w postanowienie Sądu Apelacyjnego świadczy do dobrej sytuacji finansowej Spółki (...) w tym znaczeniu, że nie była ona wówczas niewypłacalna. Nie mniej jednak podkreślić trzeba, że skoro Spółka (...) złożyła wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych to w jej ocenie sytuacja finansowa w pierwszej połowie 2015 roku nie mogła być tak dobra jak to obrazują odwołujący. Spółka (...) nie posiadała przy tym żadnych ruchomości i nieruchomości, a w skład jej aktywów wchodziły należności od kontrahentów, w tym za prace wykonane i prace w toku. Co prawda Spółka (...) za 2014 rok wygenerowała zysk w kwocie 507.658,27 zł, to jednak kwota ta pozwala w zasadzie na pokrycie straty za uprzedni rok która wyniosła 502.556,59 zł, czego odwołujący zdają się w ogóle nie dostrzegać. Jednocześnie już na koniec 2013 roku zobowiązania Spółki (...) przekroczyły wartość jej majątku, co już samo w sobie mogłoby stanowić przesłankę do złożenia wniosku o ogłoszenie jej upadłości, ale wówczas Spółka ta realizowała jeszcze kontrakty i nie było podstaw do uznania, że nie uzyska zapłaty za wykonane prace. W listopadzie 2013 roku dokonano pozytywnego odbioru robót wykonanych przez Spółkę (...) na inwestycji w M. i w listopadzie tego roku oraz styczniu 2015 roku wystawiła faktury za wykonane prace. Faktury ze stycznia 2015 roku nie zostały jednak opłacone przez kontrahenta Spółki (...). Biorąc jednak pod uwagę specyfikę branży budowlanej (długi proces realizacji kontraktów, częste opóźnienia w płatnościach) odwołujący jako członkowie zarządu Spółki (...) na początku 2014 roku mogli pozostawać w uzasadnionym i usprawiedliwionym przekonaniu, że Spółka (...) wkrótce odzyska płynność finansową i otrzyma zapłatę za wykonane roboty budowlane, a tym samym, że będzie mogła opłacić własne bieżące zobowiązania. Zarząd Spółki (...) podjął przy tym działania mające na celu uzyskanie należnej zapłaty: (...) S.A. nawet uznała swoje zobowiązanie wobec Spółki (...), a następnie Spółka (...) uzyskała nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym, którym zasądzono na jej rzecz kwotę 829.000 zł. Jednakże egzekucja z majątku (...) S.A. okazała się bezskuteczna i wierzycelność odwołującej Spółki została zgłoszona do masy upadłości. Z chwilą ogłoszenia upadłości

(...) S.A. - co nastąpiło 4 sierpnia 2014 roku - zarząd Spółki (...) powinien mieć świadomość tego, że w najbliższym czasie nie uzyska należnej zapłaty, a tym samym, że nie będzie w stanie opłacić nie tylko zaległych, wymagalnych zobowiązań ale również bieżących, co będzie prowadziło do narastania zadłużenia. Sytuacji tej nie zmieniało zawarcie 22 września 2014 roku nowego kontraktu ze Spółką (...). Co prawda kontrakt ten opiewał na kwotę ponad 3 milionów złotych, ale nie wiadomo nawet jaka część z tej kwoty – po odliczeniu wynagrodzenia wszystkich podwykonawców, materiałów potrzebnych do budowy, kosztów własnych, wynagrodzenia pracowników własnych – stanowiłaby dochód Spółki (...), a tym samym, że za kilka miesięcy Spółka (...) będzie w stanie spłacić wszystkie wymagalne zobowiązania. Z pewnością takim dochodem nie była manifestowana przez odwołujących kwota ok. 1,4 miliona złotych. Odwołujący zawierając umowę o roboty budowlane nie mogli zakładać, że za kilka miesięcy pewny dochód Spółki (...) będzie stanowił kwota kary umownej czy zwrot kaucji gwarancyjnej, a więc kwot wchodzących w skład w/w sumy. Co więcej z zebranych w sprawie dowodów wynika, że kwota ponad 600.000 zł jakiej Spółka (...) domagała się od Spółki (...) to wynagrodzenie za prace dodatkowe. Zatem na etapie zawierania umowy o roboty budowlane we wrześniu 2014 roku odwołujący nie mogli zakładać, że dochód Spółki (...) będzie też stanowił wynagrodzenie za prace dodatkowe zlecone w toku realizacji tejże umowy. Przy czym przypomnieć trzeba, że przesłanki do ogłoszenie upadłości Spółki (...) niewątpliwie wystąpiły już wcześniej, a w sierpniu 2014 roku członkowie zarządu tej Spółki nie mogli już pozostawać w uzasadnionym przekonaniu, że za moment Spółka ta spłaci wszystkie swoje zaległości.

Podkreślić należy, że jednym z obowiązków członka zarządu jest monitorowanie zadłużenia spółki pozwalające na zgłoszenie w odpowiednim czasie wniosku o upadłość lub wszczęcie postępowania układowego. Charakter prawny funkcji członka zarządu oznacza nie tylko obowiązek wykonywania czynności zarządzających (obowiązek wykonywania powierzonych zadań), oznacza też zwiększony zakres odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności za skutki działań kierowanej spółki. Podkreślić także należy, że subiektywna ocena sytuacji majątkowej spółki nie świadczy o braku winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie (zob. wyrok SN z dnia 10 lutego 2011 roku, II UK 265/10, LEX nr 844740). Członek zarządu spółki nie może uchylać się od ponoszenia odpowiedzialności za zaległości składkowe spółki, powołując się na niewiedzę dotyczącą stanu finansów spółki (por. wyrok SN z dnia 17 października 2006 roku, II UK 85/06, OSNP 2007 nr 21-22, poz. 328). Natomiast brak winy w niezgłoszeniu wniosku o upadłość nie może polegać na nadziei na wpływy i zyski. Brak winy może być odnoszony jedynie do wyjątkowych sytuacji, w których członek zarządu nie ma wiedzy co do rzeczywistej sytuacji w zakresie płacenia zobowiązań przez spółkę z obiektywnie uzasadnionych przyczyn i przy dołożeniu należytej staranności nie może tej wiedzy uzyskać albo podjąć stosownych działań.

W niniejszej sprawie odwołujący nie wykazali aby z jakichkolwiek obiektywnych powodów nie mogli zgłosić wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki (...) w sierpniu 2014 roku, a więc w czasie gdy Spółka (...) już od kilku miesięcy nie realizowała części swoich wymagalnych zobowiązań, nie posiadała majątku trwałego, który można byłoby w każdej chwili spieniężyć i uzyskać dodatkowe środki pieniężne i jasnym się stało, że jeden z jej głównych kontrahentów jest niewypłacany i otrzymanie zapłaty kwoty ok. 900.000 zł jest co najmniej wątpliwe, a z całą pewnością niemożliwe do zrealizowanie w czasie kilku-kilkunastu miesięcy. Sytuacji tej nie zmienia fakt, że Spółka (...) we wrześniu zawarła kontrakt ze Spółką (...)

(i z pewnością negocjowała go już wcześniej), nie ma bowiem podstaw do uznania, że Spółka (...) uzyskalaby z tego kontraktu dochód pozwalający za zaspokojenie wszystkich zaległych zobowiązań, zwłaszcza, że z uzyskiwanych z tego kontraktu kwot musiała na bieżąco nabywać materiały budowlane i rozliczać się z podwykonawcami,

W związku z powyższym, w ocenie Sądu Apelacyjnego nie ma podstaw do uznania, że mimo podjętego przez odwołujących ryzyka związanego z zarządzeniem podmiotem będącym w złej kondycji finansowej, zrealizowali takie działania, które do czasu odwołania ich z funkcji członków zarządu, dawałyby gwarancję uzyskania w szybkim tempie zysków, pozwalających na spłatę narastających od kilku miesięcy zobowiązań. W tych okolicznościach trudno uznać aby odwołujący od sierpnia 2014 roku mogli pozostawać w usprawiedliwionym przekonaniu, że Spółka (...) w niedalekiej przyszłości nie tylko będzie w stanie w sposób płynny i regularny prowadzić działalność oraz regulować bieżące zobowiązania ale też regularnie spłacać bardzo wysokie kwoty

zadłużenia. Tym samym nie sposób uznać aby odwołujący nie ponosili winy za decyzje biznesowe i ryzyko gospodarcze podjęte przez w/w Spółkę.

Zarzut skarżącego R. Z. dotyczący niewskazania w decyzji, że jego odpowiedzialność za należności z tytułu składek Spółki (...) jest solidarna z T. R., który pełnił funkcję członka zarządu tej Spółki częściowo w tym samym okresie jest nieuzasadniony.

Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z 16 kwietnia 2014 roku (I UZP 2/13, OSNP 2014 Nr 10, poz. 147) wskazał, iż decyzja Zakładu Ubezpieczeń Społecznych ustalająca odpowiedzialność członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zaległości składkowe spółki nie musi zawierać wskazania, że odpowiedzialność ta jest solidarna z innymi członkami zarządu, co do których zostały wydane odrębne decyzje (art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i 32 ustawy systemowej). Sąd Najwyższy wyjaśnił, iż

z konstytucyjnego charakteru decyzji stwierdzającej odpowiedzialność za zaległości składkowe spółki kapitałowej członka zarządu spółki wynika jednoznacznie, że dopiero wydanie decyzji na podstawie art. 108 § 1 Ordynacji podatkowej kreuje odpowiedzialność jej adresata (adresatów) jako osoby trzeciej za zaległości składkowe płatnika składek, natomiast brak takiej decyzji jest równoznaczny z brakiem odpowiedzialności osoby (osób), wobec której decyzja nie została wydana. Z kolei, jeśli wspomniana decyzja dotyczy członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (w przypadku, gdy jest on wieloosobowy), to tworzy ona odpowiedzialność członków zarządu spółki na warunkach określonych w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, to jest ukształtowaną przepisami Kodeksu cywilnego o odpowiedzialności solidarnej (art. 91 w związku

z art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej). Bez tej decyzji nie powstaje natomiast jakakolwiek odpowiedzialność żadnego z członków zarządu spółki za długi składkowe tej spółki, nie powstaje więc także ich odpowiedzialność solidarna. Nie oznacza to jednak, że odpowiedzialność solidarna członków zarządu powstaje z mocy decyzji wydanej na podstawie art. 108 § 1 Ordynacji podatkowej, jest ona bowiem jedynie konsekwencją wydania tej decyzji określoną

w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, a więc wynika nie z decyzji lecz dopiero z mocy tego przepisu, stanowiącego właściwą podstawę prawną solidarnej odpowiedzialności członków zarządu spółki kapitałowej. Z kolei przepis art. 108 § 1 Ordynacji podatkowej wskazuje tylko na konstytucyjny charakter decyzji, sam zaś z całą pewnością nie określa skutków jego zastosowania w zakresie odnoszącym się do reżimu odpowiedzialności, a także kręgu osób, którego reżim ten dotyczy. Te są określone w konkretnych przepisach dotyczących odpowiedzialności różnych osób trzecich za zaległości składkowe płatników (por. art. 110-117b Ordynacji podatkowej). Podsumowując Sąd Najwyższy wskazał, iż o ile brak decyzji jest równoznaczny z brakiem odpowiedzialności członka zarządu, wobec którego taka decyzja nie została wydana, to jej wydanie w wyżej określonych warunkach rodzi wprawdzie solidarną odpowiedzialność wszystkich członków zarządu spółki wymienionych w owej decyzji jako jej adresatów, ale tylko dlatego, że tak stanowi art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej. Jak trafnie więc stwierdził Naczelny Sąd Administracyjny, między innymi, w wyrokach: z 8 kwietnia 2008 roku,

I FSK 520/07 (LEX nr 475536), z 13 stycznia 2012 roku, I FSK 408/11 (LEX nr 1126223) i z 15 czerwca 2012 roku, I FSK 1455/11 (LEX nr 1216468), a także SN w wyrokach: z 6 czerwca 2013 roku, II UK 329/12 (LEX nr 1331292) i z 13 lutego 2013 roku, I UK 483/12 (LEX nr 1360192), z manifestowaniem w decyzji organu podatkowego (rentowego), iż osoba, której dotyczy orzeczenie o przeniesieniu odpowiedzialności za zaległości podatkowe (składkowe), ponosi odpowiedzialność solidarnie z inną osobą, na której taka odpowiedzialność ciąży z mocy odrębnej decyzji, nie kreuje owej odpowiedzialności solidarnej, albowiem ta wynika nie z treści decyzji organu podatkowego (rentowego), lecz z mocy prawa, to jest z treści art. 116 Ordynacji podatkowej.

Jednocześnie podkreślić należy, że art. 116 § 1 i art. 118 Ordynacji podatkowej nie wymaga aby jedną tylko decyzją ("wspólną") ZUS obarczył członków zarządu solidarną odpowiedzialnością za zaległości składkowe spółki z o.o. Tylko niewydanie konstytucyjnej decyzji w stosunku do któregokolwiek z odpowiedzialnych członków zarządu spółki z o.o. wyłącza możliwość dochodzenia przez osoby obciążone, które uregulują orzeczone (wymierzone) taką decyzją zaległości składkowe na rzecz organu ubezpieczeń społecznych, roszczeń regresowych przysługujących im wobec pozostałych członków zarządu (art. 376 k.c.). Tylko w takim przypadku, brak konstytucyjnej decyzji, która nie zostałaby wydana wobec niektórych współodpowiedzialnych solidarnie za zaległości składkowe członków zarządu,

oznaczałby brak odpowiedzialności solidarnej "pominiętych" członków zarządu. Jakkolwiek zatem pożądanym jest prowadzenie jednego postępowania i wydanie jednej decyzji obejmującej wszystkich solidarnie odpowiedzialnych członków zarządu, to nie może być poczytywane za błąd istotny prowadzenie odrębnych postępowań - pod warunkiem, że dotyczyły one oraz w ich następstwie wydane zostały decyzje dotyczące wszystkich członków zarządu odpowiedzialnych solidarnie za zaległości składkowe spółki z o.o. (por. uchwałę składu siedmiu sędziów SN z 15 października 2009 roku, I UZP 3/09, OSNP 2011 nr 1-2, poz. 13 lub uchwałę składu siedmiu sędziów naczelnego SA z 9 marca 2009 roku, I FPS 4/08, czy wyrok SN z 5 czerwca 2012 roku, II UK 269/11, LEX nr 1229808).

Reasumując, w rozpatrywanej sprawie zaistniały wszystkie przesłanki pozytywne warunkujące odpowiedzialność członków zarządu za zaległości spółki kapitałowej. Zarząd Spółki (...) nie złożył wniosku o ogłoszenie upadłości tego podmiotu, pomimo że Spółka ta od stycznia 2014 roku przestała opłacać składki na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne i FPiFGŚP, a jednocześnie przestała opłacać również inne zobowiązania, zaś co najmniej od sierpnia 2014 roku, nie było już szans na realne i szybkie uzyskanie własnych wierzytelności od kontrahentów. Skarżący nie wykazali, aby wystąpiła którakolwiek z przesłanek warunkujących wyłączenie ich odpowiedzialności i nie wykazali oni także mienia, które umożliwiłoby zaspokojenie zaległości składkowych w znacznej części. Oznacza to, że obydwaj członkowie zarządu Spółki (...) ponoszą odpowiedzialność za zobowiązania z tytułu składek i ich pochodne, które powstały dopiero od sierpnia 2014 roku.

Z tych też względów apelacja R. Z. okazała się uzasadniona w części i Sąd Apelacyjny wyrokował reformatoryjnie jak w punkcie pierwszym tiret pierwszy na podstawie art. 386 § 1 k.p.c., oddalając apelację R. Z. w pozostałym zakresie w zgodzie z art. 385 k.p.c. (pkt II), a także zniósł wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania przed Sądami obu instancji z uwzględnieniem dyspozycji art. 100 k.p.c. Sąd Apelacyjny przyjął, że R. Z. częściowo wygrał sprawę. Z łącznej kwoty 446.091,40 zł zaległości składkowych i ich pochodnych, skarżący został zwolniony od odpowiedzialności za zobowiązania Spółki w kwocie 259.549,55 zł.

Apelacja T. R. w całości okazała się nieuzasadniona (odwołujący funkcję członka zarządu Spółki (...) zaczął pełnić od sierpnia 2014 roku, a więc w czasie gdy zaistniały przesłanki do ogłoszenia jej upadłości) dlatego też Sąd Apelacyjny oddalił jego apelację, stosownie do art. 385 k.p.c. (pkt II)

Rozstrzygnięcie o kosztach zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym n/w odniesieniu do T. R. wydano stosownie do art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 109 k.p.c. i art. 98 § 1 i 2 k.p.c. oraz § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U. z 2018 roku poz. 265).

O wynagrodzeniu należnym pełnomocnikowi reprezentującemu T. R. z urzędu w postępowaniu apelacyjnym Sąd Apelacyjny orzekł stosownie do § 2, § 4 ust 1 i 2, § 8 pkt 7 i § 16 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2019 roku poz. 68).

SSA Grażyna Czyżak SSA Iwona Krzeczowska-Lasoń SSA Małgorzata Gerszewska