

Sygn. akt III AUa 176/12

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 grudnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie III Wydział Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Agata Pyjas - Luty
Sędziowie:	SSA Halina Gajdzińska SSA Monika Kowalska (spr.)
Protokolant:	st. sekr. sądowy Ewa Dubis

po rozpoznaniu w dniu 13 grudnia 2012 r. w Krakowie

sprawy z wniosku **R. B.**

przeciwko **Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w K.**

przy udziale zainteresowanych (...) **Spółki z o.o. w K.**

o przeniesienie odpowiedzialności za zobowiązania z tytułu składek

na skutek apelacji wnioskodawcy R. B.

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie Wydziału VII Ubezpieczeń Społecznych

z dnia 11 października 2011 r. sygn. akt VII U 1310/10

oraz zażalenia organu rentowego na postanowienie zawarte w pkt. 2 wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie Wydziału VII Ubezpieczeń Społecznych z dnia 11 października 2011 r. sygn. akt VII U 1310/10

**I. o d d a l a apelację,**

**II. z m i e n i a zaskarżony wyrok w punkcie 2 w ten sposób, że zasądzoną nim kwotę(...)zł podwyższa do kwoty (...)zł,**

**III. zasądza od R. B. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w K. kwotę (...)zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt III AUa 176/12

III AUz 19 /12

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 11 października 2011 r. Sąd Okręgowy w Krakowie oddalił odwołanie R. B. od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w K. z dnia 29 czerwca 2010 r, którą orzeczono o przeniesieniu odpowiedzialności za zobowiązania składkowe (...) sp. z o.o. w K. na członków jej zarządu jako dłużników solidarnych razem ze Spółką - w okresie od 1 października 2005 r. do 30 czerwca 2006 r. na S. B. i R. B. - na ubezpieczenie społeczne w łącznej wysokości (z odsetkami)(...)zł, na ubezpieczenie zdrowotne łącznie (...)zł, na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych łącznie (...)zł. (pkt 1) oraz zasądzi od R. B. na rzecz organu rentowego kwotę(...)zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt 2).

Sąd Okręgowy ustalił, że (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. powstała w lipcu 2005 r. Przedmiotem jej działania było wykonywanie robót ogólnobudowlanych związanych ze wznoszeniem budynków, hotele, restauracje i pozostałe placówki gastronomiczne, turystyka, zagospodarowanie, sprzedaż, wynajem nieruchomości na własny rachunek, pośrednictwo w obrocie nieruchomościami, zarządzanie nieruchomościami na zlecenie, doradztwo w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i zarządzania, działalność komercyjna. W skład pierwszego zarządu wszedł wnioskodawca R. B. (prezes) i S. B. (wiceprezes). Rozpoczynając działalność Spółka poczyniła inwestycje adaptując kamienicę na hotel i restaurację. Koszty inwestycji były wyższe niż zakładano co spowodowało kłopoty finansowe (zaległości płatnicze wobec podwykonawców oraz ZUS). Ówczesny prokurent Spółki (...) przewidywał „zastrzyk finansowy” dla spółki, gdzie pieniądze uzyskane z innej inwestycji, w którą zaangażowana była rodzina B., miały być przekazane do Spółki w formie pożyczki. Spółka (...) „to interes rodzinny” (wnioskodawca jest mężem siostrzenicy T. B.). Rodzina B. jest zaangażowana w działalność kilku spółek. Wnioskodawca pełnił funkcję prezesa w okresie objętym sporem (od 1 października 2005 r. do 30 czerwca 2006 r.). W tym czasie „pełną wolę decyzyjną” miał wiceprezes S. B. i prokurent T. B.. Odchodząc ze Spółki wnioskodawca dokonał z nią pisemnego rozliczenia. Spółka miała wobec niego duże zaległości finansowe, z których nie wywiązała do chwili obecnej. W latach 2005 - 2006 księgowość Spółki prowadziło Biuro (...). Biuro miało również trudności ze ściąganiem od Spółki należności za świadczone usługi. Na koniec 2005 r. Spółka wykazała stratę. Po dniu 30 czerwca 2006 r. nadal nie regulowała ona swoich zobowiązań wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. W celu wyegzekwowania tych należności zostało wszczęte postępowanie egzekucyjne. Pismami z dnia 16 listopada 2009 r. Komornik Sądowy przy (...)wK.poinformował Zakład Ubezpieczeń Społecznych o stanie sprawy. Z pisma wynikało, że w toku postępowania egzekucyjnego podczas czynności terenowych w lokalu przy ul. (...) w K. dokonano zajęcia ruchomości oraz otwarcia kasy. Następnie dokonano sprzedaży licytacyjnej zajętych ruchomości i w wyniku sprzedaży rzeczy należących do dłużnika uzyskano kwotę (...)zł . Po pomniejszeniu o podatek VAT oraz porto do podziału między wszystkich wierzycieli pozostała kwota(...)zł. Komornik Sądowy przeciwko spółce (...) prowadził 21 postępowań egzekucyjnych (łącznie kwota zadłużenia wynosiła ok. (...)zł). Zajęcie wierzytelności w Urzędzie Skarbowym okazało się też bezskuteczne. W piśmie podano również, że w dniu 18 sierpnia 2009 r. prezes dłużnej spółki (...) oświadczył w trybie art. 761 k.p.c., m.in. że spółka nie prowadzi działalności, w jej siedzibie nie ma żadnych ruchomości do niej należących, nie posiada ona pojazdów mechanicznych, nie jest właścicielem, współwłaścicielem, ani użytkownikiem wieczystym nieruchomości, nie posiada akcji, obligacji, udziałów ani innych papierów wartościowych. Postanowieniami z dnia 21 grudnia 2009 r. (w sprawach (...)i (...)) Komornik Sądowy oddalił wnioski organu rentowego o zawieszenie postępowania egzekucyjnego oraz umorzył postępowanie egzekucyjne wobec bezskuteczności egzekucji. Przeciwko spółce (...) prowadzone było również postępowanie egzekucyjne przez Urząd Skarbowy K.- S. w związku z zaległościami z tytułu podatku od towarów i usług. Postępowanie zostało umorzone wobec bezskuteczności egzekucji. Wobec uprawomocnienia się przedmiotowej decyzji o przeniesieniu odpowiedzialności na członków zarządu w stosunku do S. B. organ rentowy wszczął przeciwko niemu postępowanie egzekucyjne.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym sprawy, w ocenie Sądu Okręgowego, decyzja organu rentowego była prawidłowa w świetle art. 116 § 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (jedn. tekst Dz. U. z 2005 r. nr 8 poz. 60 ze zm.) w związku z art. 31 i 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jedn. tekst Dz. U. z 2009 r. nr 205 poz.1585 ze zm.). Sąd przytoczył treść art.116 § 1 Ordynacji podatkowej i wskazał, że w świetle tego przepisu na organie rentowym spoczywał obowiązek wykazania, że egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna oraz, że decyzja obejmuje zaległości z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez wnioskodawcę funkcji członka zarządu. Pozostawało zaś poza sporem, że wnioskodawca w okresie objętym go

zaskarżoną decyzją pełnił funkcję prezesa zarządu (...) sp. z o.o. w K.. Z kolei bezskuteczność egzekucji musi zostać stwierdzona w sposób formalny stosownym postanowieniem organu egzekucyjnego, potwierdzającym wyczerpanie w toku postępowania wszystkich możliwych sposobów prowadzących do zaspokojenia dłużnika z całego majątku spółki. Chodzi więc o taką sytuację, że nie ma wątpliwości co do tego, że egzekwowana wierzytelność nie może być zaspokojona z jakiegokolwiek części majątku spółki. Ustalenie przesłanki bezskuteczności egzekucji może nastąpić na podstawie każdego dowodu, z którego wynika, że spółka nie ma majątku pozwalającego na zaspokojenie wierzyciela (wyrok Sądu Najwyższego z 26 czerwca 2003 r. V CKN 416/01, OSNC 2004 /7-8/129). W rozpoznawanej sprawie postępowanie egzekucyjne prowadzone przez Komornika sądowego zostało umorzone wobec bezskuteczności egzekucji. W wyniku licytacji ruchomości należących do spółki udało się uzyskać do podziału między wszystkimi wierzycielami kwotę(...)zł, a łączna kwota zadłużenia wynosiła (...)zł. Także prowadzona egzekucja administracyjna przez Urząd Skarbowy (zaległości z tytułu podatku od towarów i usług) okazała się bezskuteczna. Według pisma Urzędu Skarbowego z dnia 6 kwietnia 2010 r. i uzasadnień postanowień Komornika Sądowego z dnia 21 grudnia 2009 r. w sprawach (...)i (...) spółka (...) nie prowadzi działalności, nie posiada też żadnego majątku ruchomego ani nieruchomości. Sąd Okręgowy zauważył, że w takiej sytuacji do rozważenia pozostaje kwestia, czy nie zachodzą przesłanki egzoneracyjne po stronie wnioskodawcy wyłączające jego odpowiedzialność za zobowiązania spółki. Podkreślił, że w świetle regulacji przepisu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na wnioskodawcy, a takiego skutecznego dowodu on nie przedstawił. Spółka (...) pomimo, że nie prowadzi działalności gospodarczej nadal figuruje w KRS, nie został zgłoszony wniosek o jej upadłość ani nie wszczęto postępowania układowego. Wnioskodawca nie wskazał też majątku spółki, z którego można by w znacznej części zaspokoić wierzyciela jakim jest Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Sąd ten w pełni podzielił stanowisko organu rentowego, że informacje podane przez wnioskodawcę odnośnie do ewentualnego majątku Spółki, a to, że „być może spółka prowadzi lub prowadziła lokal gastronomiczny przy (...) (...) w K. po lewej stronie od ul. (...)” i że nie ma on pewności czy w/w lokal należy do spółki (...) czy do T. B. nie są okolicznością która zwalniałaby wnioskodawcę od odpowiedzialności za zaległości składkowe Spółki. Sąd I instancji podkreślił przy tym, że wbrew twierdzeniom wnioskodawcy organ rentowy podejmował czynności mające na celu ustalenia całego majątku spółki (...) (w tym posiadanych przez nią nieruchomości), i m.in. w dniu 30 marca 2010 r. uzyskał informację z Ministerstwa Sprawiedliwości, że w elektronicznym rejestrze ksiąg wieczystych nie odnaleziono nieruchomości należących do (...) sp. z o.o. z siedzibą w K.. Wnioskodawca odchodząc ze Spółki miał świadomość, że Spółka miała zaległości finansowe (wobec podwykonawców, US i ZUS). Jego przekonanie, że z czasem spółka „upora się z kłopotami” i zaufanie jakim darzył T. B. okazały się nieuzasadnione (z upływem czasu zaległości zwiększały się).

Wszystko to doprowadziło Sąd I instancji do stwierdzenia, że w niniejszej sprawie nie wystąpiła też żadna z negatywnych przesłanek orzeczenia o odpowiedzialności członka zarządu, której zaistnienie uzasadniałoby wykluczenie odpowiedzialności wnioskodawcy. Z powyższych względów Sąd Okręgowy oddalił odwołanie wnioskodawcy od decyzji organu rentowego z dnia 29 czerwca 2010 r. w oparciu o wskazane wyżej przepisy prawa materialnego, a działając na zasadzie art. 477<sup>14</sup> § 1 k.p.c.

Orzeczenie o kosztach postępowania, przy częściowym obciążeniu nimi wnioskodawcy ((...) zł), zostało oparte na przepisie art. 102 k.p.c. Sąd Okręgowy wziął tu pod uwagę sytuację rodzinną i majątkową wnioskodawcy (na utrzymaniu niepracująca żona i dwoje dzieci, zobowiązania wobec przeniesienia odpowiedzialności za zaległości składkowe), a także uwzględnił, że był on jedyną osobą, która wykazała aktywność w postępowaniu.

**Apelację** od powyższego wyroku wywiódł wnioskodawca R. B., reprezentowany przez pełnomocnika. Zaskarżając wyrok w całości zarzucił naruszenie prawa materialnego, a to art. 116 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r.- Ordynacja podatkowa w zw. z art. 31 i 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, poprzez ich niezastosowanie pomimo braku winy wnioskodawcy w niezgłoszeniu wniosku o upadłość (...) sp. z o.o. w K.; błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że wnioskodawca nie wykazał majątku spółki (...) z którego egzekucja mogłaby być prowadzona. Wskazując na powyższe podstawy zaskarżenia, apelujący wniósł o uchylenie wyroku w całości oraz poprzedzającej go decyzji organu rentowego i orzeczenie, że nie ponosi on odpowiedzialności za zobowiązania (...) sp. z o.o. powstałe wskutek nieopłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres pełnienia

przez niego funkcji prezesa zarządu od 1 października 2005 r. do 30 czerwca 2006 r., ewentualnie wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu apelacji podniósł, że w toku przesłuchania przed Sądem Okręgowym wskazał na szereg okoliczności i zdarzeń, które w jego ocenie powodują, że nie może on ponosić winy za nie złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki. I tak wnioskodawca zeznał, że w momencie rezygnacji z funkcji prezesa Spółka była w sytuacji finansowej, która nie uzasadniała złożenia wniosku o upadłość. Spółka dysponowała majątkiem ruchomym, takim jak wyposażenie gastronomiczne hotelu, jak również pełnym wyposażeniem pokoi hotelowych. Spółka dokonała licznych inwestycji (remont wynajmowanych pomieszczeń z ich adaptacją na hotel, w następnej kolejności w związku z ich wyposażeniem). Zeznania wnioskodawcy wskazują, że sytuacja finansowa Spółki w chwili gdy pełnił on funkcję prezesa zarządu była trudna, ale nie było jeszcze trwałych zatorów płatniczych. Wiceprezes zarządu S. B. oraz prokurent T. B. deklarowali pozyskanie środków finansowych, które miały pozwolić na spłatę zobowiązań. Powyższe znalazło swój wyraz również w bilansie Spółki złożonym do akt sprawy za okres, w którym wnioskodawca był prezesem zarządu. W dacie złożenia przez niego rezygnacji z pełnienia funkcji prezesa zarządu nie zachodziły zatem przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Czasookres zaprzestania płatności nie miał wówczas charakteru trwałego, zważywszy chociażby na fakt, że Spółka powstała dopiero w lipcu 2005 r. i nie mogła od razu występować z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Zwłaszcza że poczyniła znaczne inwestycje, które w zamierzeniu miały pozwolić na rozwinięcie działalności i następnie na czerpanie zysku jaki miał przynosić hotel. Zgodnie z treścią przepisów prawa upadłościowego zaprzestanie płacenia zobowiązań musi mieć charakter trwały, a zdaniem apelującego, w tej sprawie nie doszło do trwałego zaprzestania płacenia długów przez przedmiotową Spółkę. W tym stanie sprawy uważa on, że wyrok Sadu I instancji został wydany z naruszeniem wskazanych na wstępie przepisów, zatem koniecznym jest jego zmiana, ewentualnie uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

**Zażalenie** na postanowienie zawarte w punkcie 2 wyroku wniósł organ rentowy, reprezentowany przez pełnomocnika będącego radcą prawnym. Wnosząc o zmianę tego postanowienia poprzez zasądzenie na jego rzecz tytułem kosztów zastępstwa procesowego kwoty(...)zł, a to w miejsce zasądzonych (...) zł, zarzucił naruszenie art. 102 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. W ocenie skarżącego Sąd I instancji niesłusznie przyjął jako podstawę prawną art 102 k.p.c. do tego by obciążyć wnioskodawcę jedynie kwotą (...) zł z tytułu kosztów zastępstwa procesowego organu rentowego. Organ rentowy wskazał, że posiadanie na utrzymaniu niepracującej żony i dwójki dzieci nie dowodzi trudnej sytuacji majątkowej i rodzinnej wnioskodawcy. Wprost przeciwnie, sytuacja w której wnioskodawca nie posiada wielodzietnej rodziny, a jego żona nie pracuje, może być z powodzeniem interpretowana jako przejaw dobrobytu rodziny. Zwłaszcza, że Sąd Okręgowy nie określił jaka jest faktycznie sytuacja rodzinna i majątkowa apelującego, co w ogóle wyklucza zastosowanie art. 102 k.p.c. Sąd ten błędnie również wskazał jako na podstawę zastosowania art. 102 k.p.c. na okoliczność, iż wnioskodawca został w tym postępowaniu obciążony odpowiedzialnością za zobowiązania składkowe spółki (...). Takie okoliczności sprowadzają się do ad absurdum - relacji przyczyny do skutku, co nie może zostać zaakceptowane. Jak i to, że uzasadnieniem do zastosowania art. 102 k.p.c. może być okoliczność, iż to tylko wnioskodawca wykazał aktywność w postępowaniu dotyczących przeniesienia odpowiedzialności członków zarządu za zaległości składkowe spółki (...).

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

Apelacja wnioskodawcy jest nieuzasadniona. Zasluguje natomiast na uwzględnienie zażalenie organu rentowego odnośnie do zasądzonych na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

Istotę sporu w niniejszej sprawie stanowiło ustalenie, czy apelujący jako prezes zarządu (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. odpowiada solidarnie ze spółką i z S. B. za zaległości składkowe tej spółki za okres od 1 października 2005 r. do 30 czerwca 2006 r.

W myśl art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (jedn. tekst Dz.U. z 2005 r. nr 8 poz.60 ze zm.) pozytywnymi przesłankami obciążającymi odpowiedzialnością członka zarządu za zobowiązania z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, których wykazanie obciąża organ rentowy, to nieskuteczna w całości lub w części egzekucja z majątku spółki oraz wykazanie, że zaległości dotyczą zobowiązań powstałych w czasie pełnienia

obowiązków członka zarządu, pełnomocnika czy też posiadania statusu wspólnika - i takie przesłanki, jak prawidłowo przyjął Sąd Okręgowy, po stronie wnioskodawcy zaistniały.

Z kolei wyłączenie odpowiedzialności członka zarządu za zaległości z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne wymaga, w myśl art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej wykazania przez niego istnienia negatywnych przesłanek orzeczenia o odpowiedzialności członków zarządu poprzez wykazanie, że we właściwym czasie podmiot ten zgłosił wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe), albo że nie zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez winy członków zarządu, ewentualnie wykazanie mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki.

Do przyjęcia odpowiedzialności członka zarządu spółki na podstawie cytowanego przepisu konieczne jest zatem ustalenie częściowej lub całkowitej bezskuteczności egzekucji z majątku spółki. Odpowiedzialność członków zarządu na podstawie powołanego przepisu ma charakter subsydiarny w stosunku do odpowiedzialności samej spółki, a zatem może wchodzić w rachubę nie jednocześnie z odpowiedzialnością spółki, lecz dopiero wówczas, gdy egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna. Sam problem obowiązku wszczęcia przez organ rentowy postępowania egzekucyjnego mającego poprzedzać stwierdzenie bezskuteczności egzekucji został rozstrzygnięty w uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2009 r. I UZP 4/09 (OSNP 2009/23-24/319), w której przyjęto, że bezskuteczność egzekucji z majątku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, o której mowa w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych może być stwierdzona wyłącznie w postępowaniu w sprawie egzekucji należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, poprzedzającym wydanie decyzji o odpowiedzialności członka zarządu spółki za te należności.

W tym kontekście przyjąć należy, że organ rentowy wykazał, że egzekucja przeciwko (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. była bezskuteczna. O bezskuteczności egzekucji świadczą jednoznacznie postanowienia Komornika Sądowego przy (...) (...)z dnia 21 grudnia 2009 r. (w sprawach (...)i (...)) umarżające w całości postępowanie egzekucyjne dotyczące należności składkowych spółki (...) wobec bezskuteczności egzekucji. Komornik Sądowy wskazał min., że w toku postępowania egzekucyjnego dokonano licytacyjnej sprzedaży ruchomości zajętych w restauracji (...) przy ul. (...) w K., z której uzyskano do podziału między wszystkich wierzycieli kwotę (...)zł., a łączna kwota zadłużenia wynosiła ok. (...)zł. Zajęcie rachunku bankowego Spółki okazało się też bezskuteczne, tak jak i zajęcie wierzytelności w Urzędzie Skarbowym. Ponadto Komornik Sądowy podał, że w dniu 18 sierpnia 2009 r. prezes dłużnej spółki - (...) oświadczył w trybie art. 761 k.p.c. że spółka nie prowadzi działalności gospodarczej, w jej siedzibie nie ma żadnych ruchomości do niej należących, nie posiada ona pojazdów mechanicznych, nie jest właścicielem, współwłaścicielem, ani użytkownikiem wieczystym nieruchomości, nie posiada akcji, obligacji, udziałów ani innych papierów wartościowych (vide: postanowienia z dnia 21 grudnia 2009 r. k 12 i k. 13 akt, tzw. rentowych).

Zostało także wykazane przez ZUS, że zaległości składkowe (z okresu od 1 października 2005 r. do 30 czerwca 2006 r.) dotyczą zobowiązań powstałych w czasie pełnienia przez wnioskodawcę obowiązków członka zarządu, czy to nawet dotyczą zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez niego funkcji członka zarządu (w tym ostatnim przypadku por. § 4 art.116 Ordynacji podatkowej w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2009 r.). Wnioskodawca został bowiem powołany do pełnienia funkcji prezesa zarządu w dniu 29 lipca 2005 r., a odwołany z tej funkcji z dniem 9 sierpnia 2006 r. (vide: § 19 odpisu umowy powstania przedmiotowej Spółki z dnia 29 lipca 2005 r. i odpis protokołu zgromadzenia wspólników z dnia 9 sierpnia 2006 r. - k. 7 i k.11 akt rentowych).

W tej sytuacji trafnie przyjął Sąd I instancji, że organ rentowy wykazał, w myśl art.116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa, zaistnienie pozytywnych przesłanek odpowiedzialności wnioskodawcy jako członka zarządu za zaległości składkowe spółki (...), a to bezskuteczność egzekucji z majątku spółki oraz, że zaległości dotyczą zobowiązań powstałych w czasie pełnienia przez apelującego funkcji członka zarządu - prezesa .

Sąd Apelacyjny podkreśla, że organ rentowy miał wykazać jedynie powyższe tzw. pozytywne przesłanki odpowiedzialności wnioskodawcy za zaległości składkowe, co też uczynił. Z kolei wyłączenie odpowiedzialności

członka zarządu za zaległości składkowe na ubezpieczenia społeczne wymaga, zgodnie z art. 116 §1 Ordynacji podatkowej, wykazania przez niego, a nie przez organ rentowy, zaistnienia negatywnych przesłanek orzeczenia o jego odpowiedzialności, poprzez wykazanie, że we właściwym czasie zgłosił on wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe), albo że nie zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy, ewentualnie wykazanie mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki (negatywne przesłanki egzoneracyjne).

Nie zasługuje na uwzględnienie podnoszony już w odwołaniu zarzut, że wnioskodawca wskazał majątek Spółki, z którego można by w znacznej części zaspokoić wierzyciela jakim jest organ rentowy. Sąd Apelacyjny w pełni podziela stanowisko Sądu Okręgowego i organu rentowego, że informacje podane przez wnioskodawcę odnośnie do ewentualnego majątku Spółki, a to, że „być może spółka prowadzi lub prowadziła lokal gastronomiczny przy (...) (...) w K. po lewej stronie od ul. (...)” nie są wystarczające do zwolnienia wnioskodawcy od odpowiedzialności za zaległości składkowe. Należy podnieść, że to nie organ rentowy miał dokonywać dalszych ustaleń w tym przedmiocie, a to na wnioskodawcy ciążył obowiązek wskazania mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowej spółki w znacznej części (art. 116 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej) i to nawet w sytuacji, gdy jako już były członkiem zarządu miał on ograniczony wgląd w sprawy spółki. Ponadto zauważyć należy, że organ rentowy - chcący skierować egzekucję do całego majątku Spółki - zwracał się o odpowiednią informację odnośnie do posiadania przez Spółkę nieruchomości, i w dniu 30 marca 2010 r. uzyskał informację z Ministerstwa Sprawiedliwości, że w elektronicznym rejestrze Ksiąg Wieczystych nie odnaleziono księgi wieczystej dla podmiotu (...) sp. z o.o.

Sąd Apelacyjny zauważa, że w odwołaniu od decyzji z dnia 29 czerwca 2010 r., i w trakcie postępowania przed Sądem I instancji wnioskodawca wskazywał jedynie na dwie okoliczności, które miałyby powodować uwolnienie go od odpowiedzialności za zaległości składkowe, a to że egzekucja była prowadzona jedynie z majątku ruchomego Spółki oraz, iż wskazał majątek, z którego można by w znacznej części zaspokoić wierzyciela. Przesłanki te, jak wskazano wyżej, okazały się nieprawdziwe. W apelacji wnioskodawca powołuje się natomiast na nowe przesłanki i wskazuje, że nie ponosi winy w niezgłoszeniu wniosku o upadłość (...) sp. z o.o. w K., gdyż w okresie sprawowania przez niego funkcji członka zarządu kondycja Spółki była taka, że brak było podstaw do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Apelujący podkreśla, że Spółka dysponowała majątkiem ruchomym, takim jak wyposażenie gastronomiczne hotelu, jak również pełnym wyposażeniem pokoi hotelowych, dokonała licznych inwestycji i te miały dać jej dochód w przyszłości. Czasookres zaprzestania płatności nie miał wówczas charakteru trwałego i nie istniała podstawa do złożenia wniosku o upadłość. Tymczasem to na skarżącym ciążył obowiązek wykazania zaistnienia okoliczności ekskulacyjnych z art. 116 § 1 pkt. 1 lit. a Ordynacji podatkowej, jaką jest udowodnienie, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe, czy też, że brak było podstaw do zgłoszenia takiego wniosku. Unormowanie zawarte w art. 116 Ordynacji podatkowej wprowadza osobistą odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki kapitałowej, m.in. z uwagi na ogromne znaczenie zarządu dla spółki. Ustawodawca uznał bowiem, że członkowie zarządu jako członkowie organu osoby prawnej mają decydujące znaczenie w zarządzaniu oraz w bieżącym kierowaniu sprawami spółki. Zatem w sytuacji, gdy z majątku spółki wierzyciele nie mogą wyegzekwować swoich wierzytelności, podmiotami odpowiedzialnymi za to są w zasadzie członkowie zarządu. Stąd też, pomimo tego, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest spółką kapitałową, wprowadzono osobistą odpowiedzialność majątkową członków zarządu i to nawet takich, którzy nie są udziałowcami spółki. Przy czym nieracjonalne byłoby, aby na gruncie art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej odpowiedzialność za zaległości składkowe ponosiła osoba, która wykaze, iż we właściwym czasie zrobiła wszystko, by zaległości publicznoprawne nie powstały. Okolicznością powodującą odstąpienie od przeniesienia odpowiedzialności za zobowiązania spółki jest sam fakt złożenia wniosku o upadłość we właściwym czasie, niezależnie od tego, kto ten wniosek złożył, byleby uczyniono to w terminie. Należy przy tym podkreślić, że bezpodstawne jest utożsamianie pojęcia „we właściwym czasie” użytego w art. 116 § 1 pkt. 1 lit. a Ordynacji podatkowej z terminem do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przewidzianym w prawie upadłościowym. Przede wszystkim należy zauważyć, że przepisy Ordynacji podatkowej nie odsyłają wprost do prawa upadłościowego (ani do obowiązującego do dnia 1 października 2003 r. rozporządzenia Prezydenta z dnia 24 października 1934 r. Prawo upadłościowe - tekst jedn.

Dz. U. z 1991 r. nr 118, poz. 512 ze zm., ani też do obecnie obowiązującej ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze - tekst jedn. Dz. U. z 2009 r. nr 175, poz. 1361 ze zm.) w związku z czym brakuje dogmatycznej podstawy do przyjmowania takiego bezpośredniego związku między wymienionymi uregulowaniami. Przepis art. 116 § 1 pkt. 1 lit. a Ordynacji podatkowej nie odwołuje się wprost do terminów wymienionych w prawie upadłościowym (art. 5 Prawa upadłościowego, art. 21 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego), lecz posługuje się niedookreślonym pojęciem „zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) we właściwym czasie”, co uznać należy za zabieg zamierzony i uzasadniony celem tej regulacji prawnej. Różny jest bowiem przedmiot regulacji wymienionych aktów prawnych, a w związku z tym również inny ich cel i funkcja. Ze względu na cel i funkcję uzasadnione jest natomiast odwołanie się do zasad odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki, na których zresztą wzorowano się formułując treść art. 116 Ordynacji podatkowej, choć odwołanie to musi mieć charakter jedynie posiłkowy, albowiem przepis art. 116 Ordynacji przewiduje zastrzeżenie, w porównaniu do Kodeksu handlowego, warunki odpowiedzialności członków zarządu. W myśl chociażby art. 299 k.s.h. (który jest odpowiednikiem już nieobowiązującego art. 298 k.h.), jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, członkowie zarządu odpowiadają solidarnie za jej zobowiązania. Członek zarządu może się uwolnić od odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe, albo że nie zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania upadłościowego nastąpiło nie z jego winy. Na gruncie art. 298 k.h. została ukształtowana wykładnia pojęcia "właściwego czasu" zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania układowego, która powinna zostać wzięta pod uwagę przy wykładni pojęcia użytego w art. 116 Ordynacji podatkowej. W szczególności na uwzględnienie zasługuje pogląd, według którego nie ma uzasadnienia dla mechanicznego przenoszenia do wykładni tego pojęcia użytego w kodeksie spółek handlowych unormowania prawa upadłościowego i naprawczego określającego w jakim terminie powinien zostać zgłoszony wniosek o ogłoszenie upadłości (por. wyroki Sądu Najwyższego z 6 czerwca 1997 r., III CKN 65/97, OSNC 1997/11/ 181; z 11 października 2000 r., III CKN 252/00, LexPolonica oraz z 14 czerwca 2006 r., I UK 324/05, OSN 2007/13-14 /200 oraz wyrok NSA z 22 listopada 2006 r., I FSK 189/06, Lex nr 262145). Z tych powodów konieczne jest dokonanie w każdym przypadku indywidualnej oceny, czy w warunkach występujących w konkretnej sprawie - przesłanka o jakiej mowa w art. 116 § 1 pkt. 1 lit a Ordynacji podatkowej - została spełniona przy uwzględnieniu okoliczności, iż z punktu widzenia realizacji celu postępowania upadłościowego oraz omawianego przepisu wniosek o ogłoszenie upadłości powinien być zgłoszony w takim czasie, żeby wszyscy wierzyciele mieli możliwość uzyskania równomiernego, chociaż tylko częściowego, zaspokojenia z majątku spółki. Przyjmuje się przy tym, że do takiego zabezpieczenia interesów wierzycieli musi dojść najpóźniej w przypadku wystąpienia okoliczności, o jakich mowa w przepisach prawa upadłościowego i naprawczego z dnia 28 lutego 2003 r. W art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn. Dz. U. z 2009 r. nr 175, poz. 1361 ze zm.) przewidziano, że upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Według art. 11 tej ustawy dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, a także dodatkowo wtedy, gdy min. jest on osobą prawną a jego zobowiązania przekraczają wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco zobowiązania wykonuje.

Sąd Okręgowy słusznie uznał zatem, że art.116 § 1 ustawy - Ordynacja podatkowa nie wskazuje jako przesłanki egzoneracyjnej braku winy członka zarządu w zaistnieniu określonej sytuacji finansowej spółki, a pozwalana tylko na jego uwolnienie od odpowiedzialności, gdy ten wykaże, że złożył wniosek o ogłoszenie upadłości w odpowiednim terminie, czy też brak było (a contrario) podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Tych okoliczności wnioskodawca nie wykazał, a wprost przeciwnie okazały się być one niezasadne. Sąd Apelacyjny, z uwagi na pojawienie się zarzutów wnioskodawcy odnośnie do bardzo dobrej sytuacji finansowej Spółki i braku podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości dopiero w postępowaniu apelacyjnym, dokonał w tym przedmiocie dodatkowych, własnych ustaleń na podstawie uzupełniających zeznań św. K. M., akt egzekucyjnych komorniczych i na podstawie wykazanych przez organ rentowy zestawień zaległości składowych Spółki w odniesieniu do tego jakie zaległości i kiedy były uiszczane przez Spółkę. W oparciu o zeznania świadka K. M., Sąd Apelacyjny ustalił, że na koniec 2005 r. spółka (...) wykazała stratę w wysokości (...)zł. Zobowiązania z tytułu podatków i ceł oraz ubezpieczeń społecznych wynosiły (...)zł. Zobowiązania te potem znacznie rosły. Dodatkowo zobowiązania wobec pozostałych jednostek na koniec 2005 r. wynosiły (...) zł. Aktywa spółki w tym czasie przedstawiały się w ten sposób, że na koniec 2005 r. wynosiły w

kasie i na rachunkach bankowych - (...)zł, na koniec czerwca 2006 r. - (...)zł, należności z tytułu podatków VAT wynosiły na koniec 2005 r. - (...)zł, a na koniec czerwca 2006 r. - (...)zł, należności od pozostałych jednostek (nie budżetowe) - na koniec 2005 r. stanowiły kwotę (...) zł, a na koniec czerwca 2006 r. kwotę (...)zł. Zapasy w towarach na koniec 2005 r. wyniosły (...)zł, a na koniec czerwca 2006 r.- (...)zł. Inwestycja długoterminowa (najprawdopodobniej spółka inwestowała w obcą nieruchomość) na koniec 2005 r. wskazała na kwotę (...)zł, a na koniec czerwca 2006 r. - według tego świadka - pojawia się dziwna historia, gdzie zostaje wniesiona do spółki jakaś nieruchomość o wartości (...)zł, być może jest to zobowiązanie wobec jednego ze współników. Pojawia się nowa pozycja po stronie zarówno pasywów jak i aktywów ( zeznania uzupełniające św. K. M. k. 136 - 137 a.s.). Z zestawienia organu rentowego w odniesieniu do zaległości składkowych Spółki i zapłaconych w tym czasie składek wynika, że Spółka od początku swojego istnienia nie regulowała należności składkowych, a w okresie spornym (1 październik 2005 r. do 30 czerwca 2006 r.), mimo comiesięcznych kilkutyśnięcznych zobowiązań składkowych, uiszczała z tego tytułu składki za październik 2005 r. i to w wysokości ledwie kilku groszy ( vide: zestawienie należności składkowych k.150 a.s.). Sąd Apelacyjny uznał zeznania uzupełniające świadka K. M. za miarodajny dowód w sprawie, jako korelujący z innymi dowodami, a to przedstawionym przez niego rachunkiem zysków i strat Spółki w okresie spornym (k. 133 – 137 a.s.). Na taką pozytywną ocenę dowodową zasługują także zestawienia organu rentowego w odniesieniu do zaległości składkowych Spółki i zapłaconych w tym czasie składek, gdyż i te znajdują swoje oparcie w aktach rentowych ZUS.

Przy takich ustaleniach faktycznych nie można przyjąć, tak jak chce tego apelujący, że w okresie gdy był on prezesem przedmiotowej spółki, kondycja tej była taka, iż nie uzasadniała złożenia wniosku o ogłoszenie jej upadłości. W tym miejscu jeszcze raz należy przypomnieć, że zgodnie z art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze, upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Według zaś art 11 tej ustawy dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Dodatkowo tylko można uznać (art. 11 ust 2 ustawy), że jeżeli chodzi o dłużnika będącego osobą prawną, to uważa się go za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekraczają wartość jego majątku i nawet wówczas, gdy na bieżąco zobowiązania wykonuje.

W rozpoznawalnej sprawie spółka (...) nie wykonywała swoich wymagalnych zobowiązań, min. w stosunku do organu rentowego i taki stan trwał praktycznie od początku jej istnienia (25 lipca 2005 r.). O ile można przyjąć, że Spółka „dostosowywała się” do warunków rynkowym w pierwszym okresie swojej działalności, i to nawet do końca roku 2005, to w okolicznościach tej sprawy nie sposób przyjąć, że i w następnych miesiącach roku 2006 miałyby ona nadal nie uiszczać, z niewiadomych przyczyn, należności składkowych. W dacie 30 czerwca 2006 r. nastąpił zatem, według Sądu Apelacyjnego, najpóźniej okres w którym wnioskodawca jako członek zarządu - prezes spółki (...) winien wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Sytuacja Spółki nie była w tym czasie taka jak sugeruje to apelujący. Spółka stała się niewypłacalna w rozumieniu art. 10 Prawa upadłościowego i naprawczego co najmniej od daty 30 czerwca 2006 r., kiedy to było wiadomym dla apelującego, że zarówno Prokurent Spółki z tego okresu -T. B., tak jak i drugi członek zarządu - S. B., nie zamierzają w istocie przyczynić się w jakikolwiek sposób do wyprowadzenia Spółki z zaległości składkowych, tak jak i z zaległości podatkowych i zaległości w stosunku do znacznej liczny innych podwykonawców. W tej sytuacji rzeczą wnioskodawcy było zgłoszenie przez niego wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki, a nie uznanie, że skoro on sam nie dostaje należności za pracę, to winien złożyć wniosek tylko o odwołanie go z funkcji członka zarządu. Taki wniosek dotyczący rezygnacji z funkcji prezesa zarządu nie przekłada się w żaden sposób na możliwość uznania, iż apelujący nie odpowiada za zobowiązania składkowe spółki (...).

W świetle powyższego trafne jest stanowisko Sądu I instancji, że brak jest podstaw do zwolnienia apelującego z odpowiedzialności za zaległości składkowe Spółki w oparciu o przepis art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Sąd Apelacyjny, uznając apelację za pozbawioną racji procesowych i prawnych, orzekł o jej oddaleniu na podstawie wyżej wskazanych przepisów i na zasadzie art. 385 k.p.c.

Zasadne jest zażalenie organu rentowego na postanowienie zawarte w punkcie 2 wyroku. Skarżący trafnie zauważył, że Sąd I instancji niesłusznie przyjął jako podstawę prawną do zastosowania art 102 k.p.c. i obciążenie wnioskodawcy kosztami zastępstwa procesowego w wysokości tylko (...) zł okoliczność, że wnioskodawca posiada na utrzymaniu



niepracującą żonę i dwójkę dzieci. Okoliczność ta istotnie bowiem nie dowodzi trudnej sytuacji majątkowej i rodzinnej wnioskodawcy, który zresztą nawet z ostrożności procesowej nie wnosił o zastosowanie w jego sprawie art.102 k.p.c. Wprost przeciwnie, sytuacja w której wnioskodawca nie posiada wielodzietnej rodziny, a jego żona nie pracuje może być z powodzeniem interpretowana jako przejaw dobrobytu rodziny. Tym bardziej, że żona wnioskodawcy - M. B. była udziałowcem spornej Spółki, posiadając w niej (...) udziałów o wartości (...)zł ( odpis pełny z KRS na dzień 28 stycznia 2011 r. k. 43 a.s.), a udziały te sprzedała A. B. w dniu 9 sierpnia 2006 r. i z uchwały nr 1 zgromadzenia wspólników (...) sp. z o.o. z tej daty, nie wynika, aby doszło do sprzedaży przez nią udziałów poniżej ich wartości ( k.45 akt rentowych). Tak też wnioskodawca prowadzi od lat własną działalność gospodarczą, która ze swojej istoty ukierunkowana jest na osiąganie zysków, a skoro jej nie likwiduje, to znaczy że działalność ta jest rentowna. Okoliczność, że wnioskodawca został w tym postępowaniu obciążony odpowiedzialnością za zobowiązania składkowe spółki (...), jak i to, iż on jedyny wykazał aktywność w postępowaniu dotyczących przeniesienia odpowiedzialności członków zarządu za zaległości składkowe Spółki również nie jest uzasadnieniem dla zastosowania art. 102 k.p.c.

W tej sytuacji zażalenie organu rentowego jest zasadne i postanowienie zawarte w punkcie 2 zaskarżonego wyroku musiało ulec zmianie na zasadzie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. a art. 397 § 2 k.p.c.

Orzeczenie o kosztach postępowania apelacyjnego (kosztach zastępstwa procesowego organu rentowego) znajduje swoje oparcie w treści art. 98 §1 k.p.c. w zw. z a art. 108 §1 k.p.c. oraz §12 ust 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu.