

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 lutego 2019 r.

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

**Przewodniczący: SSA Irena Różańska-Dorosz (spr.)**

**Sędziowie: SSA Monika Kiwiorska-Pajak**

**SSA Maria Pietkun**

**Protokolant: Karolina Sycz**

**po rozpoznaniu w dniu 13 lutego 2019 r. we Wrocławiu**

**na rozprawie**

**sprawy W. K. (1), K. S. (1), B. P.**

**przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w L.**

**o odpowiedzialność członków zarządu za składki**

**na skutek apelacji W. K. (1), K. S. (1), B. P.**

**oraz zażalenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w L.**

**od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych**

**z dnia 27 listopada 2017 r. sygn. akt VII U 301/17**

**I. odrzuca zażalenie,**

**II. oddala apelację,**

**III. zasądza od wnioskodawców W. K. (1) i K. S. (1) kwoty po 2700 złotych, a od wnioskodawcy B. P. kwotę 8100 złotych na rzecz strony pozwanej tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

## UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Świdnicy Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z dnia 27 listopada 2017r. oddalił odwołania K. S. (1), W. K. (1) i B. P. od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w L. z dnia 19 września 2016 r., którymi to decyzjami jako byli członkowie zarządu Kopalni (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. zostali obciążeni odpowiedzialnością osobistą za zaległości powstałe z tytułu nieopłaconych przez Spółkę należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenia zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych oraz zasądził od strony pozwanej na rzecz wnioskodawców K. S. (1) i W. K. (1) kwotę po 5.400 zł oraz B. P. kwotę 10.800 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

### ***Rozstrzygnięcie to oparł Sąd Okręgowy na następujących ustaleniach faktycznych:***

W dniu 31 stycznia 1992 r. została zawiązana spółka Kopalnia (...) sp. z o.o. w Z.. Zgodnie z § 20.1 umowy spółki zarząd składa się z 1 do 5 członków powołanych przez Zgromadzenie Wspólników na czas nieograniczony, a § 26.2 umowy stanowi, że rok obrachunkowy pokrywa się z rokiem kalendarzowym. Z kolei sprawozdanie roczne zarządu powinno być zatwierdzone na zgromadzeniu wspólników, które winno się odbyć najpóźniej po upływie 6 miesięcy od zakończenia roku obrachunkowego (§ 27.1 i 2).

Kopalnia (...) sp. z o.o. dokonała rejestracji w KRS z dniem 22 listopada 2002 r. pod nr (...), przedmiotem prowadzonej przez nią działalności gospodarczej jest produkcja wyrobów ze skał i kamienia naturalnego, cięcie, formowanie i wykańczanie kamieni.

Na koniec 2006 r. jej aktywa wyniosły 3.192.730,36 zł, strata z działalności 360.118,24 zł (w tym strata z lat ubiegłych wyniosła 2.619.296,59 zł), a zobowiązania i rezerwy na zobowiązania wyniosły 4.769.152,81 zł z czego z tytułu podatków i ceł, ubezpieczeń i innych świadczeń 4.062.481,62 zł. Na koniec 2007r. jej aktywa wyniosły 3.216.603,96 zł, strata z działalności 13.801,76 zł (strata z lat ubiegłych wyniosła 2.979.414,83 zł), z kolei zobowiązania i rezerwy na zobowiązania wyniosły 4.803.291,37 zł, z czego z tytułu podatków i ceł, ubezpieczeń i innych świadczeń 3.892.279,49 zł.

W dniu 18 sierpnia 2008 r. spółka zawarła ze stroną pozwaną umowę nr (...) o rozłożenie na raty należności z tytułu składek za okres marca 2001 r. do kwietnia 2008 r. w ogólnej kwocie 2.041.538,27 zł. Powyższa należność została rozłożona na 60 rat miesięcznych płatnych w okresie od sierpnia 2008r. do lipca 2013 r.

Na koniec 2009r. jej aktywa wyniosły 2.533.587,04 zł, strata z działalności 613.421,85 zł (strata z lat ubiegłych wyniosła 3.863.877,63 zł), a zobowiązania i rezerwy na zobowiązania wyniosły 5.596.987,94 zł. Na koniec 2010r. jej aktywa wyniosły 2.186.093,63 zł, strata z działalności 484.526,50 zł (strata z lat ubiegłych wyniosła 4.477.299,48 zł), zobowiązania i rezerwy na zobowiązania wyniosły 5.730.178,73 zł. Na koniec 2011 r. jej aktywa wyniosły 4.908.861,03 zł, strata z działalności 421.775,42 zł (strata z lat ubiegłych wyniosła 4.961.825,98 zł), a z kolei zobowiązania i rezerwy na zobowiązania wyniosły 8.898.959,63 zł.

Na dzień 31 marca 2012 r. jej aktywa wyniosły 6.938.862,98 zł, strata z działalności 117.080,83 zł (strata z lat ubiegłych wyniosła 5.373.488,50 zł), zobowiązania i rezerwy na zobowiązania wyniosły 11.070.052,31 zł. Na koniec 2012 r. jej aktywa wyniosły 1.309.934,97 zł, strata z działalności 2.825.212,83 zł (strata z lat ubiegłych wyniosła 5.582.632,23 zł), przy tym zobowiązania i rezerwy na zobowiązania wyniosły 8.331.177,23 zł.

Uchwałami zgromadzenia wspólników podjętymi w 2008r. K. S. (1), W. K. (1) i w styczniu 2009 r. B. P. zostali powołani na członków zarządu spółki. Uchwałą zgromadzenia wspólników z dnia 28 czerwca 2010 r. zostało zatwierdzone sprawozdanie finansowe spółki za okres od 1.01.2009 r. do 31.12.2009 r.

W dniu 30 sierpnia 2011 r. S. S. jedyny udziałowiec Kopalni (...) sp. z o.o. w Z. sprzedał należące do niego udziały Grupie Handlowej (...) sp. z o.o. z/s w W. za łączną kwotę 26.000.000 zł.

W dniu 5 września 2011 r. K. S. (1) i W. K. (1) złożyli ustne oświadczenia woli o rezygnacji z funkcji członków zarządu spółki, co potwierdzili pismami z dnia 29 grudnia 2011 r. skierowanymi do zgromadzenia wspólników spółki. W dniu 25 maja 2012 r. B. P. złożył pisemne oświadczenie woli wobec zgromadzenia wspólników o rezygnacji z funkcji członka zarządu spółki.

W okresie prowadzenia działalności spółka nie wywiązywała się z obowiązku opłacania należnych za zatrudnionych pracowników składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Spółka zaprzestała opłacania składek wobec ZUS począwszy od należności za grudzień 2010 r. Termin wymagalności tej składki przypadał na dzień 15 stycznia 2011 r. Wobec powyższego na koncie spółki figuruje m.in. zadłużenie z tytułu nieopłaconych składek za grudzień 2010 r. i kwiecień

2010 r. w łącznej kwocie 84.863,37 zł. Z kolei zadłużenie z powyższego okresu wraz z zadłużeniem za sierpień 2011 r. i od października 2011 r. do kwietnia 2012 r. wynosi 675.383,77 zł.

Naczelnik Urzędu Skarbowego W. postanowieniem z dnia 1 grudnia 2014 r. umorzył postępowanie egzekucyjne prowadzone wobec Kopalni (...).

Zaskarżonymi decyzjami z dnia 19 września 2016 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych orzekł o osobistej odpowiedzialności wnioskodawców W. K. (1), K. S. (1) i B. P. z tytułu pełnienia funkcji członków zarządu za zaległości z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, na ubezpieczenia zdrowotne i z tytułu składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych łącznie z odsetkami w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (...) z/s we W., które wynoszą w odniesieniu do W. K. (1) i K. S. (1) po 84.863,37 zł, a w odniesieniu do B. P. 675.383,77 zł.

Przy tak poczynionych ustaleniach faktycznych Sąd Okręgowy uznał, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Do należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i Fundusz Emerytur Pomostowych zgodnie z treścią art. 31 i art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j.:Dz.U.2015.121 ze zm.) stosuje się odpowiednio art. 116 ustawy Ordynacja podatkowa (t.j.:Dz.U.2015.613 dalej o.p.) dotyczący odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania podatkowe (uchwały SN z 7.05.2008r., II UZP 1/08 i z 4.06.2008r., II UZP 3/08, niepubl.).

Przed przystąpieniem do merytorycznej oceny odpowiedzialności wnioskodawców jako osób trzecich za zobowiązania składkowe spółki Sąd Okręgowy zauważył, że nieuprawnione są zarzuty podniesione w odwołaniach wskazujące, że wydanie decyzji wobec osób trzecich (wnioskodawców) winno poprzedzać wydanie decyzji ustalającej wysokość należności z tytułu zaległych składek wobec spółki. Na podstawie art. 108 § 1 o.p. o odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej organ podatkowy orzeka w formie decyzji, przy czym zgodnie z art. 108 § 2 pkt 2 w/w ustawy ta decyzja nie może zostać wydana m.in. przed "dniem doręczenia decyzji określającej wysokość zobowiązania podatkowego". Przepis art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych zawiera odesłanie tylko do art. 108 § 1 i 4 o.p., nie zawiera więc odesłania do art. 108 § 2 tej ustawy. Sąd Najwyższy w wyroku z 30 stycznia 2008r., I UK 187/07, niepubl.) stwierdził, że oznacza to, iż do wydania przez organ rentowy decyzji o obciążeniu odpowiedzialnością członka zarządu spółki z tytułu zaległości składkowych spółki nie jest wymagane uprzednie wydanie przez organ rentowy decyzji ustalającej zobowiązanie płatnika składek, bowiem zobowiązania z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne powstają z mocy samego prawa wskutek spełnienia przesłanek objęcia ubezpieczeniem społecznym. Przepisy ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych określają wysokość składek i sposób ich obliczania, terminy i sposób uiszczenia obowiązkowych składek, dokonywania korekty itd. W tym kontekście zrozumiałe jest, że ta ustawa odsyła tylko do przepisów art. 108 § 1 i § 4 ustawy o.p. Na gruncie rozpoznawanej sprawy brak odesłania do art. 108 § 2 ustawy oznacza, że organ rentowy może wydać decyzję obciążającą osobę trzecią odpowiedzialnością za niezapłacone przez podmiot zobowiązany składki ubezpieczeniowe, także w sytuacji gdy w stosunku do podmiotu zobowiązanego nie wydano uprzednio decyzji.

Stosownie do treści art.116 § 1 o.p. w zw. z art. 31 i 32 ustawy systemowej za zaległości składkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu nie wykazał, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe). Nadto członek zarządu może uwolnić się od odpowiedzialności, jeżeli niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy bądź wskazać mienie spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części.

Z kolei Zakład Ubezpieczeń Społecznych obciążając członka zarządu za istniejące zobowiązania musi wskazać osoby odpowiedzialne, wykazać istnienie zobowiązań, ich wysokość oraz fakt, że egzekucja z majątku spółki okazała

się w całości lub w części bezskuteczna. Natomiast na odpowiedzialnym członku zarządu spółki ciąży obowiązek udowodnienia przesłanek zwalniających go od odpowiedzialności.

W myśl § 2 art. 116 o.p. w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 stycznia 2009 r. odpowiedzialność członków zarządu obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu. Przepis art. 116 § 2 o.p. ogranicza zatem odpowiedzialność członków zarządów spółek za ich (spółek) zaległości podatkowe do okresu pełnienia przez nich obowiązków członków zarządu.

W niniejszej sprawie należało ocenić, w kontekście zarzutu odwołania B. P., czy w okresie wskazanym w zaskarżonej decyzji posiadał on mandat członka zarządu spółki. Sąd Okręgowy stwierdził, że wnioskodawcy zostali powołani uchwałami zgromadzenia wspólników zgodnie z umową spółki na czas nieograniczony (nieoznaczony) w datach, które przypadały przed okresem za który organ rentowy przypisał im odpowiedzialność. Również pierwszy rok obrachunkowy który pokrywa się z rokiem kalendarzowym i zatwierdzenie przez zgromadzenie wspólników sprawozdania rocznego zarządu miało miejsce przed okresem, za który strona pozwana przypisała im odpowiedzialność. Niemniej powyższe okoliczności są w sprawie bez znaczenia skoro członkowie zarządu uchwałami zgromadzenia wspólników zostali powołani zgodnie z umową spółki na czas nieograniczony (§ 20 ust. 1). Stąd zachodzi szczególnie sytuacja, która nie jest wymieniona w art. 202 § 1 i § 2 k.s.h., lecz w § 4 tego przepisu. Wynika z niej, że członek zarządu powołany na czas nieograniczony będzie pełnił swoją funkcję tak długo, dopóki nie spełni się którakolwiek z przesłanek wygaśnięcia mandatu w nim określona, w szczególności zaś - dopóki nie zostanie uchwałą wspólników odwołany. W takim przypadku mandat nie wygaśnie po upływie pełnego roku obrotowego pełnienia funkcji, ale wygaśnie jedynie w przypadku niezwiązanym z upływem czasu, tj. śmiercią, odwołaniem, rezygnacją czy gdy zaistnieją przyczyny określone w art. 18 k.s.h. Sąd Okręgowy podzielił w tym zakresie stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 12 października 2011r., II CSK 29/11, że w razie powołania członka zarządu na czas nieoznaczony nie znajdują zastosowania przepisy art. 202 § 1-2 k.s.h., lecz § 4, co oznacza, że członek zarządu powołany na czas nieoznaczony będzie pełnił swoją funkcję tak długo, dopóki nie spełni się którakolwiek z przesłanek wygaśnięcia mandatu w nim określona, w szczególności zaś, dopóki nie zostanie uchwałą wspólników odwołany.

Wobec tego, w ocenie Sądu Okręgowego, niewątpliwym jest, że wszyscy wnioskodawcy w okresach objętych zaskarżonymi decyzjami pełnili funkcję członków zarządu.

Wbrew twierdzeniom wnioskodawców, Sąd I instancji stwierdził, że niewątpliwie jest, iż egzekucja z majątku spółki okazała się w całości bezskuteczna, bowiem strona pozwana dokonała zajęć rachunków bankowych spółki, które okazały się w całości nieskuteczne. Po bezskutecznym prowadzeniu egzekucji organ rentowy przekazał tytuły wykonawcze do realizacji Naczelnikowi Urzędu Skarbowego, który w toku prowadzonego postępowania egzekucyjnego nie ustalił jakiegokolwiek majątku spółki (nieruchomości i ruchomości) oraz mimo podjętych dalszych zajęć rachunków bankowych spółki z powodu bezskuteczności egzekucji w dniu 1 grudnia 2014 r. umorzył postępowanie egzekucyjne. W toku postępowania sądowego słuchani w sprawie świadkowie, jak i strony nie byli w stanie wskazać majątku spółki, z którego można by prowadzić skutecznie egzekucję. Nie uwalnia wnioskodawców stwierdzenie, że egzekucja byłaby skuteczna w okresie powstania zaległości składkowych, ponieważ w świetle przesłanek z art. 116 o.p. istotne jest to, że w konsekwencji egzekucja okazała się bezskuteczna, zaś wskazanie majątku, z którego można prowadzić skutecznie egzekucję winno dotyczyć się od czasu po wydaniu decyzji do chwili obecnej.

W ocenie Sądu Okręgowego, negatywne przesłanki, których wystąpienie mogłoby uwolnić wnioskodawców od odpowiedzialności za zaległe składki to zgodnie z zasadą rozłożenia ciężaru dowodu właśnie oni byli zobowiązani wykazać. Wnioskodawcy nie wykazali by we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub w tym czasie zostało otwarte postępowanie restrukturyzacyjne w rozumieniu ustawy z dnia 15 maja 2015r. - Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2016.1574) albo zatwierdzono układ w postępowaniu o zatwierdzenie układu (art. 116 §1 ust. 1a o.p.). Wnioskodawcy nie wykazali także, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło bez ich winy (art. 116 § 1 ust. 1b o.p.). W szczególności należy podkreślić, że spółka w całym okresie poddanym ocenie - lata 2006-2012 - przynosiła z działalności gospodarczej stratę, która początkowo wynosiła ponad 360.000 zł i wzrosła w 2012 r. do kwoty 2.825.212,83 zł, przy czym strata z lat ubiegłych wyniosła 5.582.632,23 zł. Również rokrocznie wartość

jej aktywów była niższa od jej zobowiązań. Wprawdzie spółka w tym okresie prowadziła działalność gospodarczą, jednocześnie jednak jej zadłużenie wzrastało w szczególności z tytułu danin publicznych (składek ubezpieczeniowych i podatków), jednocześnie regulując swoje zobowiązania wobec bieżących kontrahentów i dostawców co umożliwiało jej prowadzenie działalności.

W przekonaniu Sądu Okręgowego fakt, że jej właściciel, jako jej jedyny udziałowiec sprzedał swoje udziały w dniu 31 sierpnia 2011r. za kwotę 26.000.000,00 zł nie oznacza, że spółka posiadała taką wartość, o czym stanowią zapisy księgowe w postaci danych zawartych w rachunkach zysków i strat oraz bilansach. Wskazać przy tym należy, że rok później 23 lipca 2012 r. istotny majątek spółki w postaci nieruchomości został zbyty za kwotę niespełna 2.000.000,00 zł.

Zapisy księgowe wskazują jednoznacznie na złą sytuację finansową spółki na przestrzeni całego okresu 2006-2012, przesądzającymi o tym dowodami są bilanse oraz rachunek zysków i strat wskazujące na stałe przynoszenie z działalności gospodarczej strat i zwiększenie się przewagi wartości zobowiązań spółki nad wartością jej aktywów. Jako znaczące przywołał Sąd zeznania świadka Z. J. (k.239 a.s.) w których podała, że spółka przynosiła z działalności straty, na podstawie bilansu były podstawy do ogłoszenia upadłości, jednak firma posiadała majątek i tym się nie przejmowała i nie wystąpiono o ogłoszenie upadłości, choć zarząd o tym był informowany.

Wobec powyższego, zdaniem Sądu Okręgowego, wnioskodawcy nie wykazali że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z ich winy (art. 116 § 1 ust. 1b o.p.). W okresie, w którym wnioskodawcy pełnili funkcje członków zarządu obowiązywała ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. prawo upadłościowe i naprawcze, która w art. 11 ust. 1 stanowiła, że dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Zgodnie z ust. 2. 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. Z kolei zgodnie z art. 21 ust. 1 w/w ustawy, 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.

Powołując się na stanowisko doktryny i orzecznictwa, Sąd I instancji uznał, że dla określenia czy dłużnik jest niewypłacalny w myśl powołanego art. 11 ust. 1, nieistotne jest czy nie wykonuje wszystkich zobowiązań pieniężnych, czy też tylko niektórych z nich. Nieistotny jest też rozmiar niewykonanych przez dłużnika zobowiązań. Nawet niewykonanie zobowiązań o niewielkiej wartości oznacza jego niewypłacalność w rozumieniu art. 11 ust. 1. Utrwalone jest przy tym stanowisko Sądu Najwyższego zaprezentowane m.in. w uzasadnieniu wyroku z 25 kwietnia 2012 r., (II UK 218/11, Legalis nr 526873), iż przepis art. 11 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze statuuje dwie samodzielne niezależne podstawy ogłoszenia upadłości spółki kapitałowej - pierwszą (podstawą ogłoszenia upadłości) było zaprzestanie płacenia długów i wówczas nie miała znaczenia wartość majątku dłużnika, skoro nie płacił długów, a drugą była sytuacja, w której długi były regulowane, lecz majątek dłużnika nie wystarczał na zaspokojenie wszystkich długów (art. 1 § 1 i § 2 Prawa upadłościowego z 1934 r.). Te podstawy upadłości nie różnią się istotnie od regulacji Prawa upadłościowego i naprawczego z 2003 r., zgodnie z którą dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11 ust. 1), a dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje (art. 11 ust. 2). Każda z dwóch przyczyn ogłoszenia upadłości ma samodzielny charakter, a to oznacza, że dysponujący nawet sporym majątkiem dłużnik będzie uznany za upadłego, jeżeli zaprzestał w sposób trwały płacenia długów."

W tym miejscu podkreślić należy, że odpowiedzialność wnioskodawców K. S. i W. K. za zadłużenie spółki dotyczyła okresów kilku miesięcy przed ich rezygnacją z funkcji w zarządzie spółki tj. grudnia 2010 r. i kwietnia 2011 r., natomiast B. P. oprócz ww. okresów zaległości dotyczyły ponadto sierpnia 2011 r. oraz nieprzerwanie okresu od października 2011 r. do kwietnia 2012 r. Jednocześnie przez cały ten okres aktywa spółki były niższe od jej zobowiązań. Zatem

kilkumiesięczna zwłoka w obowiązku uiszczenia spornych składek, jak i przewyższenie zobowiązaniami spółki jej aktywów niewątpliwie uzasadniało konieczność złożenia przez skarżących, jako członków zarządu spółki wniosku o ogłoszenie jej upadłości. Podkreślić przy tym należy, iż obowiązywał ich termin dwutygodniowy do złożenia ww. wniosku liczony od daty nie tylko zaprzestania płacenia zobowiązań z tego tytułu, ale gdy wartość zobowiązań przewyższała wartość aktywów co miało miejsce co najmniej od końca 2006 r.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy uznał, że wnioskodawcy nie wykazali przesłanek zwalniających ich od odpowiedzialności za zobowiązania Kopalni (...) sp. z o.o. z tytułu nieopłaconych składek na podstawie art. 116 o.p., a co za tym idzie odpowiadają oni solidarnie za zobowiązania spółki w pełnej wysokości i za cały okres, wskazany w decyzjach organu rentowego. Stąd odwołania jako bezzasadne na podstawie art. 477<sup>14</sup> § 1 k.p.c. oddalono.

O kosztach zastępstwa procesowego orzekł Sąd w oparciu o przepis art. 102 k.p.c.

Powyższy wyrok został zaskarżony zarówno przez wnioskodawców, jak i stronę pozwaną.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych wnosząc apelację zaskarżył wyrok w całości zarzucając naruszenie prawa procesowego, w szczególności art. 235 k.p.c. poprzez sprzeczność w zakresie sentencji wyroku, która mówi o oddaleniu odwołań, a jednocześnie o zasądzeniu od organu rentowego na rzecz odwołujących kosztów zastępstwa procesowego, w wyniku czego oba punkty wyroku wzajemnie się wykluczają, czyniąc orzeczenie niezrozumiałym i niewykonalnym oraz art. 98 § 1 i 3 k.p.c. przez zasądzenie od organu rentowego na rzecz odwołujących kosztów zastępstwa procesowego, w sytuacji gdy przegrali oni sprawę, ponieważ z pkt I. wyroku wynika, iż odwołania zostały oddalone, nadto strona pozwana wniosła o doręczenie uzasadnienia wyroku w trybie art. 9 k.p.c.

Wskazując na powyższe zarzuty, strona pozwana, wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje.

W kolejnym piśmie procesowym strona pozwana cofnęła apelację w części dotyczącej pkt I. zaskarżonego wyroku, czyli w zakresie, w którym odwołania zostały oddalone i wniosła o umorzenie postępowania apelacyjnego w tej części, podtrzymała natomiast apelację w części dotyczącej rozstrzygnięcia o kosztach zastępstwa procesowego, zarzucając Sądowi I instancji naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

- a) art. 98 § 1 i 3 k.p.c. przez niezasądzenie od odwołujących się na rzecz organu rentowego kosztów zastępstwa procesowego, w sytuacji gdy przegrali oni sprawę, a organ rentowy we właściwym czasie zgłosił wniosek o zwrot kosztów zastępstwa procesowego,
- b) art. 102 k.p.c. przez jego zastosowanie w przedmiotowej sprawie i obciążenie organu rentowego jako strony wygrywającej sprawę kosztami procesu, w sytuacji gdy przywołany przepis nie daje podstaw do obciążenia kosztami procesu strony wygrywającej sprawę, lecz do nieobciążania tymi kosztami - z uwagi na szczególnie uzasadniony wypadek - strony przegrywającej sprawę,
- c) art. 328 § 2 k.p.c. przez niewskazanie w uzasadnieniu wyroku podstawy faktycznej rozstrzygnięcia o kosztach zastępstwa procesowego.

W oparciu o wyżej sprecyzowane zarzuty strona pozwana wniosła o zmianę pkt II. zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od odwołujących na rzecz organu rentowego kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie przed Sędem I instancji wg norm przepisanych, przy uwzględnieniu wartości przedmiotu sporów w wysokościach po 43.527 zł w sprawach W. K. (1) i K. S. (1) i 439.158 zł w sprawie B. P..

Pozwany organ rentowy wniosł ponadto o nieobciążanie kosztami procesu w postępowaniu apelacyjnym, w tym kosztami zastępstwa procesowego, a to ze względu na wystąpienie w niniejszej sprawie szczególnie uzasadnionego wypadku, o którym mowa w art. 102 k.p.c. oraz o zasądzenie od odwołujących na rzecz organu rentowego kosztów

zastępstwa procesowego za postępowanie apelacyjne wg norm przepisanych, przy uwzględnieniu wartości przedmiotu zaskarżenia podanych w apelacji.

Wnioskodawcy W. K. (1) i K. S. (1) zaskarżyli wyrok w całości zarzucając:

1. rażąco naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 116 § 1 ordynacji podatkowej poprzez uznanie, że wnioskodawcy K. S. (1) i W. K. (1) ponoszą odpowiedzialność subsydiarną za zobowiązania Spółki w łącznej kwocie 84.863,37 zł, bowiem w ocenie Sądu wystąpiły przesłanki do ogłoszenia upadłości a wnioskodawcy nie wykazali aby taki wniosek złożyli, gdy faktycznie zdaniem wnioskodawców wystąpiły przyczyny uwalniające ich od odpowiedzialności;

2. rażąco naruszenie prawa procesowego tj. art. 328 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność ustalenia rzeczywistego majątku Spółki - a tym samym oparcie się przez Sąd I instancji jedynie na informacjach księgowych, które nie mogą stanowić jedynej podstawy do ustalenia majątku Spółki, a wyłącznie odnoszą się do wartości księgowych, które nie są tożsame z wartością rynkową składników tego majątku; z daleko posuniętej ostrożności wnioskodawcy wskazują, iż w związku z oddaleniem przez Sąd wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego zgłosili zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c.;

3. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia polegający na nieuzasadnionym przyjęciu, że wobec informacji księgowych wskazujących na złą sytuację finansową spółki w latach 2006-2012 wystąpiły przesłanki do ogłoszenia upadłości - a do takiego ustalenia nie wymagana jest wiedza specjalistyczna a jedynie nie wymagająca jej analiza księgowa finansów spółki przeprowadzona przez Sąd meriti. Natomiast przesłanki niewypłacalności dłużnika, stanowiące zarazem podstawę do ogłoszenia jego upadłości, normują dwie różne sytuacje. Nie można ich więc ujednotlić i łączyć w ramach ogólnej oceny stanu finansowego dłużnika(spółki), lecz muszą być one analizowane i oceniane oddzielnie, w sposób umożliwiający precyzyjne i specjalistyczne ustalenie faktycznego - rzeczywistego majątku dłużnika - który nie zawsze można ustalić prawidłowo odnosząc się do stanu finansowego spółki poprzez wyłączną analizę jej aktywów i pasywów, skoro jak zeznawała Z. J. - prowadząca rachunkowość Spółki wartość księgowa nie odzwierciedlała jej wartości rynkowej. Z jej zeznań wynika, że wartość rynkowa Spółki znacznie przewyższała zobowiązania co faktycznie eliminowało wystąpienie przesłanki do ogłoszenia upadłości Spółki. Wbrew ustaleniom Sądu, zdaniem wnioskodawców fakt sprzedaży majątku Spółki za kwotę 26.000.000,00 zł świadczy jednoznacznie, iż jej faktyczna wartość rynkowa była co najmniej na poziomie podanej wyżej ceny sprzedaży;

4. naruszenie prawa procesowego mające wpływ na rozstrzygnięcie, a to art. 233 § 1 k.p.c. poprzez ocenę dowodów sprzeczną z zasadami doświadczenia życiowego i zasad logicznego rozumowania, poprzez przyjęcie, że członkowie zarządu nie uwolnili się od odpowiedzialności za zobowiązania Spółki mimo, że Zakład Ubezpieczeń Społecznych zabezpieczył swoje zobowiązania ustanawiając na nieruchomościach Spółki hipoteki i obecnie organ ten podejmuje czynności procesowe zmierzające do odzyskania swoich zobowiązań od podmiotów, którym przysługuje obecnie prawo własności nieruchomości zabezpieczonych hipotekami. W ocenie wnioskodawców jest to mienie konkretne rzeczywiście istniejące, nadające się do efektywnej egzekucji, charakteryzujące się odpowiednimi właściwościami, a egzekucja z niego jest realna do przeprowadzenia i będzie skutkować zaspokojeniem wierzyciela (ZUS);

5. naruszenie prawa materialnego, a to art. 5 k.c. poprzez sprzeczne z zasadami współzycia społecznego oddalenie odwołań sankcjonujące chęć osiągnięcia przez pozwanego dodatkowego nienależnego świadczenia od wnioskodawców - skoro wg oświadczenia pełnomocnika Organu - ZUS przedsięwziął kroki umożliwiające uzyskanie zobowiązania z ustanowionych hipotek na nieruchomościach Spółki, stanowiących obecnie własność osób trzecich (dłużnicy rzeczowi). W kontekście art. 5 k.c. i przy jego zastosowaniu Sąd meriti nie wziął pod uwagę, iż ZUS nie egzekwując w sposób aktywny swoich składek w trakcie istnienia płatnika składek, w szczególności posiadania majątku w postaci nieruchomości, egzekwowanie ich zaczyna wobec członków zarządu kilka lat po zakończeniu sprawowania przez nich funkcji w sytuacji, gdy nie mieli wpływu na działania Spółki polegające na celowym wyzbywaniu się majątku (przenoszenie prawa własności nieruchomości i ruchomości na powiązane osobowo i

kapitałowo Spółki). Zdaniem wnioskodawców, stanowi to wypaczenie oraz nadinterpretację przepisów dotyczących odpowiedzialności członków zarządów za niezapłacone składki. Sąd I Instancji nie wziął także pod uwagę, że w okresie funkcjonowania spółki pod zarządem wnioskodawców - ZUS współpracował z zarządem płatnika składek, odraczając terminy ich płatności i godząc się na powstałe opóźnienia ich w zapłacie. Sama egzekucja składek prowadzona była też przez ZUS opieszale i ograniczała się jedynie do zajęcia konta bankowego lub w stosownym czasie nie była prowadzona w ogóle. Oznacza to, że ZUS nie podejmował żadnej aktywności w zakresie egzekwowania swoich wierzytelności w okresie kiedy było to możliwe. Z pewnością bez żadnego trudu Organ mógł przeprowadzić egzekucję z nieruchomości i ruchomości, kiedy stanowiły jeszcze mienie Spółki, wszelkie obecne ograniczenia wynikają z braku działania ZUS. Obecne utrudnienia przejawiające się koniecznością egzekwowania przez ZUS zobowiązań od dłużników rzeczowych wynikają właśnie z opisanej już opieszałości tego Organu.

Wskazując na powyższe zarzuty wnioskodawcy W. K. (1) i K. S. (1) wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy tj. zmianę w całości zaskarżonej decyzji i tym samym uznanie, że wnioskodawcy nie ponoszą odpowiedzialności za zaległości Spółki z powodu nieopłacenia składek za okres wskazany w tej decyzji. zasądzenie od strony pozwanej kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Wnioskodawca B. P. w swojej apelacji zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

- sprzeczność istotnych w sprawie ustaleń faktycznych z zebrany materiał dowodowy poprzez:
  - a) pominięcie, że zobowiązania spółki wobec organu rentownego zostały zabezpieczone wpisami hipotek przymusowych na nieruchomościach dla których Sąd Rejonowy w Jaworze prowadzi księgi wieczyste o numerach (...),
  - b) pominięcie, że zaległości spółki wobec ZUS były objęte układem ratalnym, a raty w okresie pełnienia przez skarżącego funkcji członka zarządu spółki - były przez spółkę regulowane,
- naruszenie przepisów postępowania t.j. art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., które miało istotny wpływ na wynik sprawy poprzez oddalenie wniosków dowodowych skarżącego o:
  - a. dopuszczenie dowodu ze sprawozdań finansowych spółki (...) sp. z o.o. za lata 2008 - 2010 oraz kopii warunkowej umowy sprzedaży udziałów spółki (...) sp. z o.o. z dnia 30 sierpnia 2008 r. sporządzonej w formie aktu notarialnego, Repertorium A nr 7598/11 oraz
  - b. o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości i księgowości na okoliczność zweryfikowania sytuacji finansowo-majątkowej spółki (...) sp. z o.o. w okresie od 2008r. do 2012 r., w tym w szczególności braku przesłanek do wszczęcia postępowania upadłościowego bądź naprawczego wobec spółki w tym okresie,
- w sytuacji gdy wnioski te dotyczyły okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, a ponadto zweryfikowanie sytuacji finansowo-majątkowej spółki (...) sp. z o.o. w okresie od 2008 r. do 2012 r., w tym w szczególności braku przesłanek do wszczęcia postępowania upadłościowego bądź naprawczego wobec spółki w tym okresie, wymaga wiadomości specjalnych,
- naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:
  - a. art. 202 § 1, 2 i 4 k.s.h. poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że w razie powołania członka zarządu na czas nieoznaczony nie znajdują zastosowania przepisy art. 202 § 1, 2 k.s.h., ale jedynie § 4 tego artykułu, podczas gdy w istocie mandat członka zarządu wygasa w terminie przewidzianym w art. 202 § 1 k.s.h., także wtedy, gdy według uchwały wspólników powołanie nastąpiło na czas nieokreślony,
  - b. art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że wobec skarżącego zaistniały przesłanki pociągnięcia go do



subsydiarnej odpowiedzialności za zobowiązania spółki (...) sp. z o.o. z/s we W., z tytułu nieuregulowanych zobowiązań składkowych za okres od grudnia 2010r. do kwietnia 2012 r., w sytuacji gdy organ rentowy nie wykazał bezskuteczności egzekucji wierzytelności z majątku spółki, zważywszy na fakt, że wierzytelności organu rentowego wobec spółki zostały zabezpieczone wpisami hipotek przymusowych na nieruchomościach dla których Sąd Rejonowy w Jaworze prowadzi księgi wieczyste wobec których organ rentowy nie podjął żadnych działań zmierzających do wyegzekwowania należności.

Wskazując na powyższe zarzuty wnioskodawca domagał się zmiany zaskarżonego wyroku w punkcie I. poprzez zmianę zaskarżonej decyzji i stwierdzenie, że skarżący B. P. jako członek zarządu nie odpowiada za zaległości płatnika spółki (...) sp. z o.o. powstałe z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, wraz z odsetkami za zwłokę naliczonymi na dzień 16 stycznia 2016 r., za okres od grudnia 2010 r. do kwietnia 2012 r., w łącznej kwocie 675.383,77 zł oraz zasądzenia od organu rentowego na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie wyroku Sądu I instancji w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Jednocześnie wnioskodawcy wnieśli o odrzucenie środka zaskarżenia wniesionego przez stronę pozwaną i zasądzenie kosztów zastępstwa, a strona pozwana wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

### **Sąd Apelacyjny zważył:**

Apelacje wnioskodawców jako bezzasadne podlegały oddaleniu.

Sąd Okręgowy przeprowadził właściwe postępowanie dowodowe w sprawie i na jego podstawie ustalił prawidłowy stan faktyczny, który Sąd Apelacyjny akceptuje i przyjmuje za własny. Nadto Sąd pierwszej instancji dokonał trafnej interpretacji przepisów prawa materialnego, które były podstawą rozstrzygnięcia, a w szczególności przepisu art. 116 ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, którą to wykładnię Sąd Apelacyjny podziela.

Odnosząc się do zarzutów apelacji w pierwszej kolejności wskazania wymaga, że wbrew zarzutom apelujących w swych ustaleniach i wnioskach Sąd pierwszej instancji nie wykroczył poza ramy swobodnej oceny wiarygodności i mocy dowodów wynikających z przepisu art. 233 k.p.c. i nie popełnił błędów w rozumowaniu, zarówno w zakresie ustalonych faktów, jak też ich kwalifikacji prawnej. Sąd ten dokładnie przedstawił w uzasadnieniu tok swojego rozumowania, jak i wyprowadzonych wniosków, co czyni niezasadnym również zarzut apelacji naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. O uchybieniu temu przepisowi można mówić wtedy, gdyby uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie zawierało danych pozwalających na kontrolę tego orzeczenia (por. wyrok SN z dnia 12 lipca 2012 r., II PK 301/11). Tymczasem uzasadnienie Sądu pierwszej instancji w pełni czyni zadość wymogom powołanego przepisu, ponieważ zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia z powołaniem konkretnych dowodów oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Zgodnie z kodeksem spółek handlowych, spółka z o.o. z chwilą uzyskania wpisu do rejestru uzyskuje osobowość prawną, czyli staje się podmiotem praw i obowiązków, w tym z zakresu ubezpieczeń społecznych i ubezpieczenia zdrowotnego. Jeżeli bowiem spółka z o.o. zatrudnia pracowników, zleceniobiorców lub inne osoby, które z tytułu tego zatrudnienia są objęte obowiązkiem ubezpieczeń społecznych lub ubezpieczenia zdrowotnego to na spółce ciąży obowiązek płatnika składek. Do obowiązków tych należą - obowiązek zgłoszenia zatrudnionych osób do właściwych ubezpieczeń oraz obowiązek rozliczania i opłacania składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Co do zasady odpowiedzialność za nieprawidłowe wykonywanie powyższych obowiązków ponosi spółka z o.o. W pewnych wypadkach i w określonym zakresie odpowiedzialność ta może jednak spaść także za członków zarządu spółki z o.o., a więc osoby wchodzące w skład organu spółki, co którego zadań należy prowadzenie spraw spółki

i jej reprezentowanie. W myśl art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, zwanej dalej ustawą systemową, do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio m.in. art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, zwanej dalej o.p. Natomiast z mocy art. 32 ustawy systemowej do składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, Fundusz Emerytur Pomostowych oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne w zakresie ich poboru, egzekucji, wymierzania odsetek za zwłokę i dodatkowej opłaty, przepisów karnych, dokonywania zabezpieczeń na wszystkich nieruchomościach, ruchomościach i prawach zbywalnych dłużnika, odpowiedzialności osób trzecich i spadkobierców oraz stosowania ulg i umorzeń stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące składek na ubezpieczenia społeczne, a więc także art. 31 u.s.u.s.

Art. 116 § 1 o.p. (w brzmieniu obowiązującym w czasie sprawowania przez wnioskodawców funkcji członków zarządu) stanowi, że za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej w organizacji odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu:

1) nie wykazał, że:

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

b) nie zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub nie wszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy;

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

Z § 2 i 4 art. 116 o.p. wynika ponadto, że odpowiedzialność członków zarządu obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu oraz zaległości wymienione w art. 52 o.p. powstałe w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu.

Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. wobec ZUS z tytułu należnych składek ma charakter subsydiarny w stosunku do odpowiedzialności samej spółki. Wchodzi w rachubę nie jednocześnie ze spółką, ale w sytuacji gdy egzekucja wobec spółki w całości lub w części okaże się bezskuteczna. Odpowiedzialność ta ma również charakter solidarny co oznacza, że ZUS może poszukiwać zaspokojenia wierzytelności z tytułu składek w całości lub w części od wszystkich członków zarządu łącznie, od niektórych z nich lub od każdego z osobna. Członek zarządu odpowiada za nieopłacone składek bez ograniczeń, całym swoim majątkiem. Jednakże, mimo że istota solidarnej odpowiedzialności polega na tym, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników - art. 366 § 1 k.c.), to jednak aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani (art. 366 § 1 k.c.). Tym samym wydanie decyzji przenoszącej odpowiedzialność za zaległości składkowe na członków zarządu spółki samo w sobie nie powoduje, że spółka (płatnik) przestaje być zobowiązana do uregulowania zaległości składkowych.

Do ustalenia - w drodze stosownej decyzji ZUS - odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. za zobowiązania z tytułu składek, konieczne jest jednak stwierdzenie, że zostały spełnione przesłanki tej odpowiedzialności określone w art. 116 o.p.

**Pierwszą** z tych przesłanek jest to, aby egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna. W orzecznictwie sądowym przeważa pogląd, że bezskuteczność egzekucji w rozumieniu art. 116 § 1 o.p. zachodzi wówczas, gdy w wyniku wszczęcia i przeprowadzenia przez organ egzekucyjny egzekucji (sądowej, administracyjnej), skierowanej do majątku spółki, nie doszło do przymusowego zaspokojenia wierzyciela.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że strona pozwana wykazała, że egzekucja z majątku spółki okazała się w całości bezskuteczna, bowiem w toku postępowania egzekucyjnego prowadzonego przez Naczelnika Urzędu Skarbowego dokonano zajęcia rachunków bankowych spółki, jednak nie stwierdzono na nich środków pieniężnych. Nadto ustalono, że spółka nie figuruje w Centralnej Informacji Ksiąg Wieczystych ani w Centralnej Ewidencji Pojazdów. W związku z tym organ egzekucyjny stwierdził, iż dalsze prowadzenie postępowania egzekucyjnego jest niecelowe i postanowieniem z 1 grudnia 2014 r. umorzył postępowanie egzekucyjne.

W tym miejscu przypomnieć należy, że zagadnienie bezskuteczności egzekucji jest aktualnie dostatecznie wyjaśnione w judykaturze Sądu Najwyższego. Szeroko ten wątek wyjaśnia uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 13 maja 2009 r., I UZP 4/09 (OSNP 2009/23-24/319 z glosą R. Sadlika, Prawo Spółek z 2010 nr 4, s. 50-54). W uchwale wskazano, że 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. Z kolei, w wyroku Sądu Najwyższego z 22 października 2013 r., III UK 154/12 (LEX nr 1463908), przyjęto że dowodem bezskuteczności egzekucji będzie przede wszystkim, wydane po przeprowadzeniu postępowania egzekucyjnego przez organ egzekucyjny, postanowienie o umorzeniu postępowania z uwagi na bezskuteczność egzekucji (art. 59 ustawy z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, t.j.: Dz.U.2017.1201).

W odniesieniu do zarzutu błędnej wykładni art. 116 § 1 o.p., to podkreślić należy, że ta przesłanka za każdym razem powinna być oceniana ex ante, a więc z perspektywy sytuacji istniejącej w dniu wydania decyzji o przeniesieniu odpowiedzialności za zaległości składkowe, a nie ex post, to jest z uwzględnieniem późniejszych zdarzeń. W przedmiotowej sprawie jest to wyraźnie widoczne, zwłaszcza przy starannej ocenie ustalonych w sprawie okoliczności faktycznych. Z ustaleń tych wynika, że postępowanie egzekucyjne, prowadzone przez pozwanego, zostało formalnie umorzone w związku z jego bezskutecznością. Zdarzenia, jakie ewentualnie nastąpią po wydaniu prawidłowej co do zasady decyzji strony pozwanej z 19 września 2016r., umożliwiają wciąż członkom zarządu uwolnienie się do tej odpowiedzialności przez wykazanie jednej z przesłanek (tu chodzi o wskazanie mienia, z którego egzekucja umożliwi wierzycielowi zaspokojenie się w znacznej części - w niniejszej sprawie znaczenie może mieć orzeczenie w sprawie przeciwko (...) o zapłatę należności zabezpieczonych hipotecznie przez ZUS).

Co do zarzutu naruszenia art. 116 § 1 pkt 2 o.p. w zw. z art. 31 i 32 ustawy systemowej przez jego niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do przeniesienia na skarżących odpowiedzialności za należności z tytułu składek spółki, pomimo że skarżący wskazywali, że organ rentowy zabezpieczył swoje wierzytelności wpisami hipotek przymusowych na nieruchomościach, z którego możliwe było zaspokojenie należności z tytułu składek w znacznej części, to również nie zasługuje on na uwzględnienie. Hipoteka przymusowa nie jest bowiem rodzajem ani sposobem egzekucji, lecz środkiem zabezpieczenia ułatwiającym jej wyegzekwowanie (por. postanowienie SN z 21 sierpnia 2013 r., II CSK 17/13, LEX nr 1460952). U podstaw poglądu zaprezentowanego przez skarżących legło założenie, że hipoteka przymusowa jest środkiem egzekucyjnym, a postępowanie dotyczące wpisu hipoteki przymusowej traktować należy, jako postępowanie egzekucyjne. Postępowania o wpis hipoteki przymusowej nie można jednak traktować jak postępowania egzekucyjnego, a hipoteki przymusowej, jako środka egzekucyjnego, bowiem hipoteka przymusowa nie zmierza do zaspokojenia wierzyciela i nie warunkuje wszczęcia egzekucji z nieruchomości, a sąd wieczystoksięgowy nie działa jako organ egzekucyjny. W administracyjnym postępowaniu egzekucyjnym, w którym ustawodawca posłużył się pojęciem „środek egzekucyjny” wskazuje się na egzekucję m.in. z nieruchomości oraz z określonych praw majątkowych, nie wymienia się natomiast ustanowienia hipoteki przymusowej (art.1a pkt 12 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji). Ustanowienie hipoteki przymusowej nie jest - jak zaznaczono wyżej - ani rodzajem, ani sposobem egzekucji; jego skutkiem nie jest też wyegzekwowanie roszczenia, lecz zabezpieczenie wykonania zobowiązania. Jest to postępowanie zmierzające do ułatwienia przyszłego postępowania egzekucyjnego. Postanowienie o udzieleniu zabezpieczenia przez obciążenie nieruchomości obowiązanego hipoteką przymusową (art. 747 pkt 2 k.p.c.) nie nadaje się do wykonania w postępowaniu egzekucyjnym, podlega wykonaniu we wspomnianym postępowaniu rozpoznawczym nieprocesowym uregulowanym w art. 626(1)-626(13) k.p.c. Zaspokojenie wierzyciela z nieruchomości, na której ustanowiona została hipoteka przymusowa następuje w postępowaniu egzekucyjnym,

którego nie wszczyna ani wniosek o wpis hipoteki do księgi wieczystej, ani dokonanie takiego wpisu. Postępowanie egzekucyjne zostaje wszczęte przez złożenie wniosku o wszczęcie egzekucji, albo z urzędu, a także na żądanie uprawnionego organu.

Z przytoczonych regulacji odnoszących się do hipoteki przymusowej oraz postępowania, w ramach którego jest ustanawiana wynika więc, że hipoteka przymusowa jest środkiem zabezpieczenia wierzytelności, a postępowanie o jej ustanowienie jest postępowaniem rozpoznawczym, nie mającym takich odniesień do postępowania egzekucyjnego, które pozwalałyby na traktowanie tego postępowania „jak postępowania egzekucyjnego”.

Wobec powyższych rozważań zarzuty podnoszone w apelacjach przez wnioskodawców dotyczące pominięcia przez Sąd Okręgowy faktu, że organ rentowy w żaden sposób nie wykazał, że egzekucja z nieruchomości zabezpieczonych hipotekami, okazała się bezskuteczna są chybione, skoro ustanowienie hipoteki przymusowej nie jest środkiem egzekucyjnym ani sposobem egzekucji (por. postanowienia Sądu Najwyższego: z 23 czerwca 2005r., II CSK 92/05, Lex nr 180869; z 17 listopada 2011r., IV CSK 20/11, Lex nr 1147771; z 21 sierpnia 2013r., II CSK 17/13, Lex nr 1460952; z 12 lutego 2014r., IV CSK 275/13, Lex nr 1441195; z 5 marca 2015r., V CSK 467/13, Lex nr 1666915).

**Drugą** przesłanką jest okoliczność, że członkowie zarządu pełnili swoją funkcję w okresie, w którym powstały niezaspokojone przez spółkę z o.o. zobowiązania z tytułu składek. W tym zakresie wnioskodawcy zarzucają, że Sąd Okręgowy naruszył dyspozycję art. 202 § 1, 2 i 4 k.s.h. przyjmując, że w razie powołania członka zarządu na czas nieoznaczony, zastosowanie znajduje § 4, podczas gdy w istocie mandat członka zarządu wygasa w terminie przewidzianym w § 1, także wówczas, gdy według uchwały wspólników powołanie to nastąpiło na czas nieokreślony.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela stanowisko Sądu I instancji, że okoliczność pełnienia obowiązków członków zarządu spółki strona pozwana wykazała w sposób nie budzący wątpliwości. Słusznie Sąd ten nie uwzględnił zastrzeżeń związanych z wygaśnięciem mandatu po rozpatrzeniu i zatwierdzeniu sprawozdania finansowego spółki za pierwszy pełny rok obrachunkowy, tj. po 28 czerwca 2010r. Sąd powołał w tym miejscu tezę wyroku Sądu Najwyższego z 12 października 2011r., II CSK 29/11, Lex nr 1043996), zgodnie z którą w razie powołania członka zarządu na czas nieoznaczony nie znajdują zastosowania przepisy art. 202 § 1-2 k.s.h., lecz § 4, co oznacza, że członek zarządu powołany na czas nieoznaczony będzie pełnił swoją funkcję tak długo, dopóki nie spełni się którakolwiek z przesłanek wygaśnięcia mandatu w nim określona, w szczególności zaś, dopóki nie zostanie uchwałą wspólników odwołany.

Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że stosownie do art. 201 § 1 k.s.h., zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę. Piastowanie funkcji w organie zarządzającym osoby prawnej wiąże się z określonymi obowiązkami i wynikającymi z tego tytułu możliwymi konsekwencjami prawnymi, w tym także, na warunkach określonych w ustawie, odpowiedzialnością za długi zarządzanego podmiotu. Jak wykazał organ rentowy, w istotnym dla zaskarżonej decyzji okresie skarżący czynnie wypełniali swoje obowiązki, o czym świadczyły choćby podpisywane przez nich w imieniu spółki dokumenty (sprawozdanie z działalności zarządu za 2010 r., bilans za 2010 r., rachunek zysków i strat za 2010 r., akt notarialny z dnia 30 sierpnia 2011 r. dotyczący warunkowej sprzedaży udziałów). Sąd Okręgowy powołał się ponadto na oświadczenia skarżących o rezygnacji z funkcji członka zarządu złożone początkowo ustnie w dniu 5 września 2011 r., a następnie potwierdzone pisemnie w dniu 29 grudnia 2011 r. o rezygnacji z funkcji członka zarządu przez W. K. (1) i K. S. (1), a w dniu 25 maja 2012 r. przez B. P..

W rozpoznawanej sprawie umowa spółki z o.o. (...) nie zawierała uregulowań dotyczących wygaśnięcia mandatu członków zarządu, a uchwała o powołaniu na te stanowiska wnioskodawców nie określała czasu trwania ich kadencji. W konsekwencji przyjąć należało, iż powołani oni zostali na czas nieoznaczony i ich mandat wygaśnie zgodnie z § 4 art. 202 k.s.h., tj. wskutek śmierci, rezygnacji albo odwołania ze składu zarządu. Zatem skarżący, wbrew zawartym w apelacji zarzutom po dniu 28 czerwca 2010 r. nie stracili legitymacji formalnej do zasiadania w składzie zarządu spółki, ich mandat bowiem nie wygasł po zatwierdzeniu sprawozdania finansowego spółki za pierwszy pełny rok obrotowy pełnienia przez nich funkcji członków zarządu. Zamieszczenie w umowie spółki z o.o. postanowienia o powołaniu „na czas nieograniczony” jest równoznaczne z wyłączeniem stosowania przewidzianej w art. 202 § 1 k.s.h. reguły wygaśnięcia mandatu z dniem odbycia zgromadzenia wspólników zatwierdzającego sprawozdanie finansowe za

pierwszy pełny rok obrotowy pełnienia funkcji. Sąd Najwyższy w orzeczeniach z 12 października 2011 r., II CSK 29/11 i z 4 marca 2015 r. IV CSK 340/14, Lex nr 1663416) jednoznacznie podkreślił, że w takim przypadku mandaty członków zarządu wygasają w razie zaistnienia zdarzeń określonych w art. 202 § 4 k.s.h. W przytoczonym wyroku 4 marca 2015 r. IV CSK 340/14, Sąd Najwyższy dokonał uporządkowania stanowisk, które pojawiały się w orzecznictwie sądowym oraz literaturze prawniczej w zakresie powoływania członków zarządu na czas nieoznaczony i jednoznacznie opowiedział się za możliwością odnowienia mandatu członka zarządu spółki z o.o. w drodze uchwały per facta concludentia.

Zatem wbrew stanowisku skarżących pełnili oni funkcje członków zarządu w okresach wskazanych w decyzjach przenoszących na nich odpowiedzialność za składki na ubezpieczenia społeczne i na ubezpieczenia zdrowotne oraz składki na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Nie zasługują na uwzględnienie zarzuty naruszenia art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. dotyczące uchybień, które miałyby mieć wpływ na wynik sprawy, a polegające na oddaleniu wniosków dowodowych mających na celu ustalenie sytuacji finansowo-majątkowej spółki w okresie od 2008 r. do 2012 r., a w szczególności ustalenie braku przesłanek do wszczęcia postępowania upadłościowego lub naprawczego w okresie, w którym skarżący pełnili funkcje członków zarządu spółki.

Przepis § 2 art. 116 stanowi, że odpowiedzialność członków zarządu, określona w § 1, obejmuje zaległości składkowe z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu. W konstrukcji powołanego przepisu z jednej strony zawarto obowiązki, do których wypełnienia zobowiązany jest organ i od których spełnienia uzależnione jest orzekanie o odpowiedzialności osób trzecich, tj.: wykazanie okoliczności pełnienia obowiązków członka zarządu w czasie powstania zobowiązania podatkowego oraz bezskuteczność egzekucji skierowanej do majątku spółki, o czym mowa powyżej. Z drugiej strony, ściśle określono w nim tzw. przesłanki egzoneracyjne, które uwalniają członków zarządu, o ile uprzednio wykażą oni ich wystąpienie. Zalicza się do nich wykazanie, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości spółki lub wszczęto postępowanie zapobiegające upadłości (postępowanie układowe) albo, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z jego winy, bądź też, że wskazał on mienie spółki, z którego egzekucja jest możliwa.

Jedną z przesłanek uwalniających członków zarządu osoby prawnej od odpowiedzialności za jej zaległości składkowe jest zgłoszenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania zapobiegającego jej ogłoszeniu (postępowanie układowe). Wnioski o upadłość w przedmiotowej sprawie nie zostały zgłoszone przez zarząd spółki. Zatem słuszne jest stanowisko organu rentowego i Sądu pierwszej instancji, że nie doszło do złożenia wniosku we właściwym terminie. Spółka z zapłatą składek na ubezpieczenia społeczne zalegała już od marca 2001 r. Niewypłacalność spółki wystąpiła już w końcu 2006 r., skoro wówczas wartość zobowiązań przewyższała wartość aktywów. W sierpniu 2008 r. zawarto układ ratalny dotyczący zaległości wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych określając je na kwotę 2.041.538,27 zł za okres od marca 2001 r. do sierpnia 2008 r., który miał być realizowany w okresie od sierpnia 2008 r. do lipca 2013 r. Układ ten był realizowany do grudnia 2010 r., od tego okresu nie były spłacane bieżące składki, nadto nadal działalność spółki przynosiła straty, bowiem ze sprawozdań finansowych spółki za lata 2008 – 2012 wynika, że wartość aktywów nie przewyższa wartości zobowiązań, zaś kwestionowanie tych sprawozdań obecnie, jest co najmniej spóźnione. Sąd Apelacyjny podziela także pogląd Sądu pierwszej instancji, że nie mają racji skarżący wskazując, że moment powstania obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości mógłby zostać stwierdzony jedynie przez biegłego, zwłaszcza że sami wnioskodawcy i świadkowie przesłuchani w niniejszej sprawie jednoznacznie twierdzili, że nie wystąpiły przesłanki do złożenia wniosku o upadłość i mimo, że spółka przynosiła z działalności straty, a na podstawie bilansu były podstawy do ogłoszenia upadłości, jednak firma posiadała majątek i tym się nie przejmowała i nie wystąpiono o ogłoszenie upadłości, choć zarząd o tym był informowany (zeznania świadka Z. J. k. 238-239 a.s.).

Podstawowa przesłanka niewypłacalności dłużnika, w świetle postanowień art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (t.j.Dz.U.2017.2344 ze zm.) wiąże się z faktem niewykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych. W ocenie Sądu Apelacyjnego dla ustalenia okoliczności tego rodzaju nie są potrzebne wiadomości

specjalne, nie ma więc konieczności przeprowadzania dowodu z opinii biegłego. Skarżący nie dowiedli również, że wskazali składniki majątku spółki, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości składkowych spółki w znacznej części.

Sądowi I instancji nie można również zarzucić naruszenia zasad współżycia społecznego (art. 5 k.c.). Zgodnie bowiem z ugruntowaną linią orzecniczą, w prawie ubezpieczeń społecznych nie stosuje się klauzul generalnych zasad współżycia społecznego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 czerwca 2011 r. (III UK 214/10, Legalis nr 443698), do złagodzenia rygorów prawa ubezpieczeń społecznych nie stosuje się art. 5 k.c., bo przepisy prawa ubezpieczeń społecznych mają charakter przepisów prawa publicznego (zob. Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2009 r., II UK 81/09, OSNAPiUS 2011/11-12/166).

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny na mocy art. 385 k.p.c. orzekł o oddaleniu apelacji jako bezzasadnych.

Odnosząc się z kolei do środka zaskarżenia wniesionego przez stronę pozwaną nazwanego „apelacją” należy stwierdzić, że środkiem odwoławczym w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach zastępstwa procesowego jest zażalenie, które wnosi się w terminie 7 dni od daty ogłoszenia orzeczenia zawartego w wyroku. O charakterze pisma procesowego jako środka zaskarżenia od rozstrzygnięcia zawartego w wyroku Sądu I instancji rozstrzyga treść pisma, a nie jego nazwa (por. postanowienia SN: z 25 lutego 2016r., IIK CZ 4/16, Lex nr 2023162 i z 12 października 2016 r., II CZ 82/16, Lex nr 2142554). Z treści pisma wniesionego przez profesjonalnego pełnomocnika strony pozwanej wynika jednoznacznie, że skarży on orzeczenie o kosztach zastępstwa procesowego, na co wskazuje treść kolejnego pisma zawierającego sprecyzowanie „apelacji” sporządzonej w dniu 11 grudnia 2017 r., iż cofa „apelację” odnośnie punktu I. wyroku, natomiast podtrzymuje „apelację” w zakresie rozstrzygnięcia w kosztach postępowania procesowego. Na tego rodzaju rozstrzygnięcie, które jest postanowieniem zawartym w wyroku służy zażalenie, które zgodnie z art. 394 § 4 k.p.c. wnosi się w terminie tygodniowym od jego ogłoszenia na rozprawie. Tym samym środek odwoławczy wniesiony przez stronę pozwaną jako „apelacja” Sąd Apelacyjny uznał za zażalenie na postanowienie o kosztach postępowania i z uwagi na wniesienie go po upływie tygodniowego terminu orzekł o jego odrzuceniu na podstawie art. 397 § 2 k.p.c. w zw. z art. 370 k.p.c.

Orzeczenie o kosztach wydane zostało na podstawie art. 98 k.p.c. i § 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 ust. 5 i 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U.2018.265).

***SSA Monika Kiwiorska-Pajak SSA Irena Różańska-Dorosz SSA Maria Pietkun***

R.S.