

Sygn. akt III AUa 943/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 kwietnia 2018 r.

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

Przewodniczący: SSA Jacek Zajązkowski

Sędziowie: SSA Beata Michalska ( spr. )

del. SSO Karol Kotyński

Protokolant: st. sekr. sąd. Patrycja Stasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2018 r. w Ł.

***sprawy A. P.***

***przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Ł.***

***o odpowiedzialność za długi składkowe***

***na skutek apelacji A. P.***

***od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi***

***z dnia 19 kwietnia 2017 r. sygn. akt VIII U 1027/16***

***oddala apelację.***

Sygn. akt III AUa 943/17

## UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Łodzi wyrokiem z 19 kwietnia 2017r. oddalił odwołanie A. P. od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Ł. z 29 lutego 2016 r. przenoszącej , na podstawie art.108§1 w związku z art.107§1, §2 pkt 1, 2 i 4, art.116, art.118§1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (j.t.:Dz. U. z 2018r., poz.800 ) w związku z art.83 ust.1, art.31 i art.32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (j.t.:Dz. U. z 2017 r., poz.1778 ze zm.) na niego, jako członka zarządu, odpowiedzialność za zobowiązania płatnika (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. i stwierdzającą, że odpowiada całym swoim majątkiem za zaległe należności składkowe w łącznej kwocie 37.920,61 zł.

Rozstrzygnięcie zapadło po następujących ustaleniach faktycznych i prawnych:

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. została zawiązana na podstawie umowy z dnia 11 maja 2007 r. i w dniu 24 maja 2007 r. została wpisana do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS (...). Na dzień wydania zaskarżonej decyzji zadłużenie spółki wyniosło 130.543,64 zł w tym: należność główna z tytułu nieopłaconych składek za: lipiec 2009 r., październik 2009 r., od stycznia do lutego 2010 r. oraz od kwietnia 2010 r. do kwietnia 2011 r. w wysokości 82.252,24 zł, odsetki za zwłokę liczone na dzień 29 lutego 2016 r. w wysokości 48.133 zł oraz koszty upomnień w wysokości 158,40 zł.

Jak ustalił Sąd Okręgowy, odwołujący się pełni funkcję członka zarządu spółki (...) od dnia 24 maja 2007r. Na dzień wydania zaskarżonej decyzji zadłużenie spółki z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od grudnia 2010 r. do kwietnia 2011 r. wyniosło 37 920,61 zł. Postanowieniem z dnia 8 sierpnia 2011 r. Naczelnik (...) Urzędu Skarbowego umorzył postępowanie egzekucyjne prowadzone wobec (...) spółki z o.o. z powodu bezskuteczności egzekucji.

W toku niniejszego postępowania ubezpieczony był reprezentowany przez zawodowego pełnomocnika, który nie zgłaszał wniosków dowodowych, a ponadto, pomimo wezwania do osobistego stawiennictwa przed Sądem ubezpieczony, nie stawił się na rozprawie i nie usprawiedliwił nieobecności. W rezultacie skarżący w żaden sposób nie podważył stanowiska zaprezentowanego przez organ rentowy w treści zaskarżonej decyzji. Sąd Okręgowy przywołał art.3 KPC, art.6 KC i art. 232 KPC oraz art. 227 KPC.

W uzasadnieniu stanu prawnego powołano art.31 ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (j.t.: Dz.U. z 2016 roku, poz.963 z późn. zm.), w myśl którego do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio m.in. art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa, jak też art.116§1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. ordynacja podatkowa (j.t.: Dz. U. z 2017 r., poz. 201 z późn. zm.), 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) niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie 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.

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 powstałe w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu (art.116§2 Ordynacji podatkowej).

Podkreślono, że przesłankami odpowiedzialności członka zarządu za zaległości składkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest ustalenie, że zaległości składkowe powstały w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu przez daną osobę, że egzekucja do majątku spółki okazała się bezskuteczna oraz że nie zaistniały żadne okoliczności zwalniające tej osoby od odpowiedzialności. Ciężar wykazania dwóch pierwszych przesłanek (pozytywnych) spoczywa na Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych, natomiast ciężar dowodu przesłanki trzeciej - w zakresie istnienia okoliczności uwalniających od tej odpowiedzialności - spoczywa na odwołującym się. W rozpoznawanej sprawie zaskarżoną ZUS stwierdził, że odwołujący, jako członek zarządu (...) spółki z o.o. ponosi odpowiedzialność całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenia zdrowotne, FP i FGŚP za okres od grudnia 2010r. do kwietnia 2011r. w łącznej kwocie 37.920,61 zł.

Odwołujący nie kwestionował faktu istnienia zaległości w takim wymiarze, w jakim została ona określona w zaskarżonej decyzji, jak też faktu wykonywania obowiązków członka zarządu spółki w okresie objętym zaskarżoną decyzją. Organ rentowy wykazał, że prowadzone wobec spółki (...) postępowanie egzekucyjne okazało się bezskuteczne, gdyż postanowieniem z 8 sierpnia 2011 r. Naczelnik (...) Urzędu Skarbowego z tego powodu umorzył prowadzone postępowanie egzekucyjne. Niewątpliwie odwołujący nie składał wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, ani też nie złożył wniosku o wszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe).

Nie wykazał także, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy. Nie wskazał też mienia spółki, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części.

Wobec zatem niewykazania przez skarżącego zaistnienia względem jego osoby którejkolwiek okoliczności egzoneracyjnej przewidzianej w art.116 Ordynacji podatkowej, Sąd Okręgowy na podstawie art.47714 §1 KPC oddalił odwołanie.

Apelację od powyższego wyroku złożył ubezpieczony, zaskarżając go w całości i zarzucając:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 232 KPC poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że powód nie wykazał istnienia przesłanek negatywnych uwalniających go od odpowiedzialności za zaległości spółki w składkach w sytuacji, gdy nie był zobligowany do wykazywania takich przesłanek negatywnych, gdyż organ rentowy nie wykazał istnienia wszystkich przesłanek pozytywnych umożliwiających przeniesienie odpowiedzialności za zaległości w składkach na członka zarządu, a mianowicie przesłanki powstania po stronie płatnika stanu niewypłacalności oraz chwili jego powstania, która to przesłanka jest niezbędna dla zaistnienia przedmiotowej odpowiedzialności - stosownie do przepisów art. 116 Ordynacji podatkowej;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- art. 108 §1 w zw. z art 107 §1 i art. 116 §1 Ordynacji podatkowej w zw. z przepisem art. 31 i art. 32 ustawy o s.u.s. poprzez błędną wykładnię wyrażającą się w przyjęciu, że przesłankami pozytywnymi umożliwiającymi przeniesienie odpowiedzialności za zaległości w składkach, które wykazać winien organ rentowy, jest wyłącznie ustalenie, że zaległości składkowe powstały w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu przez daną osobę oraz że egzekucja do majątku spółki okazała się bezskuteczna przy jednoczesnym braku istnienia przesłanek wyłączających odpowiedzialność członka zarządu (przesłanek negatywnych), które obowiązany jest wykazać członek zarządu, w sytuacji gdy dla przypisania tej odpowiedzialności konieczne jest jeszcze wykazanie przesłanki w postaci istnienia po stronie spółki stanu niewypłacalności uzasadniającego złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz ustalenie momentu powstania tego stanu (dla określenia czy stan niewypłacalności istniał w dacie powstania zaległości);

-art. 6 KC poprzez przyjęcie, że to na odwołującym spoczywał obowiązek wykazania, że nie ponosi on odpowiedzialności za zaległości płatnika w składkach, w sytuacji gdy ciężar wykazania wszystkich przesłanek pozytywnych obciążał organ rentowy, zaś Powód zobowiązany był jedynie do wykazywania przesłanek zwalniających go od odpowiedzialności, co mogłoby mieć miejsce jedynie w przypadku łącznego wystąpienia wszystkich przesłanek pozytywnych.

Wskazując na powyższe zarzuty apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie, że odwołujący, jako członek zarządu, nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania płatnika (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ł. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od 12/2010 roku do 04/2011 roku wraz z odsetkami za zwłokę liczonymi na dzień 29 lutego 2016r., w łącznej kwocie 37.920,61 złotych oraz zasądzenie od organu rentowego na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu sądowym przed Sądem I i II instancji według norm przepisanych.

Zdaniem apelującego, warunkiem koniecznym orzeczenia o odpowiedzialności członka zarządu sp. z o.o. za jej zobowiązania z tytułu składek (analogicznie jak za zobowiązania podatkowe) jest uprzednie wykazanie, że w ogóle powstał stan uzasadniający ogłoszenie upadłości przez spółkę, a nadto precyzyjne określenie, kiedy powstała przesłanka ogłoszenia upadłości, co pominął ZUS i Sąd Okręgowy, koncentrując się na stwierdzeniu, że odwołujący nie wykazał przesłanek egzoneracyjnych, uwalniających go od tej odpowiedzialności. To ZUS obowiązany jest udowodnić powstanie stanu niewypłacalności oraz datę zaistnienia tego stanu rzeczy. Nie wynika to z literalnego brzmienia przepisów art. 116 Ordynacji podatkowej, lecz z jego wykładni funkcjonalnej. W uchwale siedmiu sędziów z 10 sierpnia 2009 r. ( (...) 3/09) Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że odpowiedzialność członka zarządu

może zmaterializować się jedynie wtedy, gdy w stosunku do spółki wystąpiły przesłanki upadłości, podnosząc, iż „odpowiedzialność członka zarządu może wchodzić w rachubę tylko w sytuacji, gdy w stosunku do spółki wystąpiły przesłanki ogłoszenia upadłości. Z kolei członek zarządu tylko wtedy ponosi odpowiedzialność, kiedy obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania układowego nie wypełnił w terminie lub też ponosi winę za jego niedopełnienie. W każdym wypadku zatem należy ustalić, że taki obowiązek w ogóle na członku zarządu ciążył oraz kiedy powinien być dopełniony.” NSA podkreślał wyrażone stanowisko wskazując w kolejnym fragmencie uzasadnienia, że „w każdym przypadku orzekania o odpowiedzialności członka zarządu organ podatkowy jest zobowiązany zbadać, czy i kiedy wystąpiły przesłanki do ogłoszenia upadłości. Tylko bowiem niezłożenie wniosku o upadłość w terminie czyni otwartą kwestię odpowiedzialności członka zarządu na podstawie art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej. Do takiego wniosku prowadzi wnioskowanie a contrario: skoro członek zarządu nie odpowiada, jeśli we właściwym czasie zgłoszono upadłość, to odpowiadać może tylko wtedy, kiedy upadłości we właściwym czasie nie zgłoszono. Zatem, również w takiej sytuacji przedmiotem ustaleń faktycznych, niezbędnych do oceny właściwego zastosowania przepisu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w zakresie wprowadzonych w nim przesłanek egzoneracyjnych, powinno być zbadanie, czy w tym czasie sytuacja finansowa spółki nakazywała ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania układowego”.

Zdaniem apelującego, prawidłowa wykładnia art. 116 nakazuje najpierw ustalić, że w ogóle nastąpił stan niewypłacalności podmiotu zobowiązanego oraz ustalić datę powstania tego stanu, od którego liczony winien być właściwy termin do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Obowiązki w tym zakresie spoczywają na organie prowadzącym wydającym zaskarżoną decyzję. Sąd Okręgowy w ogóle nie odniósł się do argumentacji prawnej przedstawionej przez skarżącego. Nadto wskazano na wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w G. z dnia 5 kwietnia 2017 roku, w sprawie o sygn. akt I SA/Gd 982/16, gdzie stwierdzono, że w ramach badania przesłanek odpowiedzialności osoby trzeciej za zobowiązania podatnika koniecznym jest ustalenie czy w spółce wystąpił w ogóle stan niewypłacalności oraz w którym momencie ewentualnie to nastąpiło. Okoliczności te warunkują odpowiedzialność członka zarządu. Co więcej, WSA wyraźnie stwierdził, że ustalenia te obciążają organy i mogą być prowadzone różnymi środkami dowodowymi. Jak trafnie zauważył Wojewódzki Sąd Administracyjny „ustalenie okoliczności faktycznej, kiedy w spółce wystąpił stan niewypłacalności, należy do ustaleń, które samodzielnie powinny przeprowadzić organy podatkowe”. Podobne stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 22 października 2014 r. „w sprawie I (...). Przytoczono też wyrok NSA z 25 czerwca 2014 r. (sygn. II FSK 1743/12). Ograniczenie się do stwierdzenia przez Sąd bezskuteczności egzekucji prowadzonej przeciwko Spółce w określonej dacie nie oznacza, że wystąpiły przesłanki do ogłoszenia upadłości (niewypłacalność płatnika).

Nieakceptowalny jest pogląd Sądu I instancji, zgodnie z którym to powód miałby wykazywać okoliczności egzoneracyjne, w sytuacji w której w ogóle nie ustalono, czy zaistniały podstawy do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez zarząd spółki, co warunkuje ewentualną odpowiedzialność członków zarządu. Skoro zgodnie z przytoczonymi powyżej poglądami stwierdzenie wystąpienia podstaw do ogłoszenia przez Spółkę upadłości oraz ustalenie daty zaistnienia tego stanu warunkuje odpowiedzialność członka zarządu, to bez wątpienia obowiązek wykazania tych okoliczności spoczywa na podmiocie, który wywodzi z tego skutki prawne w postaci odpowiedzialności osoby trzeciej za zaległości płatnika. Podmiotem tym jest organ rentowy. Jednocześnie powód zaprzeczył, że w okresie objętym decyzją istniały podstawy do ogłoszenia upadłości Spółki.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja ubezpieczonego nie zasługiwała na uwzględnienie. Rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji jest prawidłowe i znajduje oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym oraz w obowiązujących przepisach prawa.

W niniejszej sprawie spór dotyczył odpowiedzialności członka zarządu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. za zaległości z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne i Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres, kiedy odwołujący się pełnił funkcję członka zarządu spółki od grudnia 2010r. do kwietnia 2011r. Jak wynika z niekwestionowanego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, (...) spółka z o.o. w Ł. powstała z dniem 11 maja 2007r., a od 11 lutego 2010r. A. P. był jedynym członkiem

zarządu spółki ( wcześniej był jednym z dwóch członków zarządu ). Zgodnie z niespornymi dowodami w postaci wydruków stanu zaległości składkowych spółki znajdujących się w aktach ZUS, od sierpnia 2010r. spółka zaprzestała płaćenia składek na ubezpieczenie. Na maj 2011r. zaległości spółki z tego tytułu wraz z odsetkami wyniosły łącznie 136 559,90 zł. Naczelnik (...) Urzędu Skarbowego w Ł. postanowieniem z 8 sierpnia 2011r. umorzył postępowanie egzekucyjne prowadzone wobec (...) spółki z o.o. w Ł. na podstawie tytułów wykonawczych wystawionych w dniu 4 lutego 2011r. obejmujących zaległości z tytułu składek należnych ZUS II Oddział w Ł. w kwocie 49 042 zł. - z powodu bezskuteczności egzekucji.

W myśl art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (j.t.:Dz.U. z 2017 r. poz. 1778 ze zm.), do składek na ubezpieczenia społeczne mają odpowiednie zastosowanie enumeratywnie wymienione w tym artykule przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (j.t.:Dz.U. z 2018 r. poz.800), w tym także przepisy regulujące odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe. Stosownie natomiast do treści art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych do składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i Fundusz Emerytur Pomostowych oraz na ubezpieczenie zdrowotne w zakresie: ich poboru, egzekucji, wymierzania odsetek za zwłokę i dodatkowej opłaty, przepisów karnych, dokonywania zabezpieczeń na wszystkich nieruchomościach, ruchomościach i prawach zbywalnych dłużnika, odpowiedzialności osób trzecich i spadkobierców oraz stosowania ulg i umorzeń stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące składek na ubezpieczenia społeczne. Tak więc, do składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i ubezpieczenie zdrowotne odpowiednie zastosowanie znajduje art. 31 tej ustawy, a w konsekwencji odpowiednie zastosowanie mają również wymienione w nim przepisy Ordynacji podatkowej, w tym przepisy o odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania podatkowe (por. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2008 r., sygn. akt II UZP 1/08 oraz z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt II UZP 3/08). Odpowiedzialność członków zarządu spółki kapitałowej za jej zaległości podatkowe uregulowana jest przede wszystkim w art. 116 Ordynacji podatkowej. Zgodnie z art.116 § 1 pkt 1 i 2, w brzmieniu obowiązującym do 31 grudnia 2015r., za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu: 1) nie wykazał, że: a) we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo

b) niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie 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.

Powołany przepis określa ramy normatywne osobistej odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej za składki ubezpieczeniowe, których spółka ta nie uregulowała. Odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe (składkowe) występuje w sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania podatkowego (składkowego) przez podatnika (płatnika). Odpowiedzialność ta, jako uzależniona od istnienia zobowiązania podatkowego podatnika, powoduje, że ma ona charakter akcesoryjny i następczy, gdyż nie może powstać bez uprzedniego powstania obowiązku w stosunku do pierwotnego dłużnika. Jest to także odpowiedzialność subsydiarna, biorąc pod uwagę, że wierzyciel podatkowy (składkowy), nie ma swobody w kolejności zgłaszania roszczenia do podatnika lub osoby trzeciej, lecz w pierwszej kolejności musi dochodzić należności od podatnika. Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy, do pozytywnych przesłanek odpowiedzialności członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za jej zobowiązania należą: bezskuteczność egzekucji z majątku spółki oraz powstanie zaległości w czasie pełnienia obowiązków przez członka zarządu. Natomiast przesłanki negatywne tej odpowiedzialności zdefiniowane zostały następująco: wykazanie, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowania układowe) albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez winy członka zarządu, jak również wskazanie mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości spółki w znacznej mierze. Zaakcentowania przy tym wymaga, co podkreślał również Sąd pierwszej instancji, iż w sprawach tego rodzaju na organie rentowym spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności

pozytywnych, natomiast członek zarządu - aby uwolnić się od odpowiedzialności - powinien wykazać którąkolwiek z okoliczności negatywnych wskazanych powyżej (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26 października 2005 r., sygn. akt I FSK 30/05; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 14 września 2005 r., sygn. akt I FSK 2062/04).

Zarzuty apelacji koncentrują się na tym, że w sprawie organ rentowy nie wykazał koniecznych pozytywnych przesłanek odpowiedzialności ubezpieczonego, co spowodowało, w ocenie skarżącego, brak obowiązku wykazywania przez niego przesłanek negatywnych, który to obowiązek powstaje w dalszej kolejności. W rezultacie analiza zaskarżonego rozstrzygnięcia z punktu widzenia podniesionych zarzutów ogranicza się do badania zaistnienia pozytywnych przesłanek odpowiedzialności członka zarządu za długi spółki z o.o.

Sąd Apelacyjny podziela ocenę Sądu I instancji, że w niniejszej sprawie organ rentowy bezsprzecznie wykazał tzw. pozytywne przesłanki zawarte w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, wymagane do orzeczenia o odpowiedzialności członka zarządu, w tym zarówno istnienie zaległości składkowych spółki, pełnienie przez skarżącego funkcji członka zarządu w spółce w czasie upływu terminu płatności zobowiązań objętych decyzją oraz bezskuteczność egzekucji skierowanej do majątku spółki. Przy tym dwie pierwsze przesłanki w ogóle nie były przedmiotem sporu i dlatego Sąd Apelacyjny w tym zakresie w całości podziela ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego, przyjmując je za własne bez potrzeby ponownego ich przytaczania.

Natomiast spór ogniskuje się na zbadaniu, czy egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, ponieważ zdaniem apelującego ta przesłanka nie została przez organ rentowy udowodniona. W tym miejscu warto przypomnieć, że bezskuteczność egzekucji następuje wówczas, gdy egzekucja dotyczyła całego ujawnionego za pomocą odpowiednich procedur majątku spółki, a wierzyciel wyczerpał wszystkie sposoby egzekucji, jednak cel egzekucji, jakim jest wyegzekwowanie wszystkich zaległości podatkowych, nie został osiągnięty (wyr. WSA w Warszawie z 22 lutego 2005 r., (...) SA (...)). Stwierdzenie przez organ podatkowy bezskuteczności egzekucji powinno być dokonane po przeprowadzeniu postępowania egzekucyjnego (uchw. NSA(7) z 8 grudnia 2008 r., (...) 6/08, L.).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, trzeba podkreślić, co apelujący zupełnie pomija, że już w dniu 8 sierpnia 2011r. Naczelnik (...) Urzędu Skarbowego w Ł. na podstawie art. 59§ 2 i 3 ustawy z 17 czerwca 1966r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. z 2005r., Nr 229, poz.1954 ze zm.) umorzył postępowanie egzekucyjne prowadzone wobec (...) spółki z o.o. w Ł. na podstawie tytułów wykonawczych wystawionych w dniu 4 lutego 2011r., obejmujących zaległości z tytułu składek należnych ZUS II Oddział w Ł. w kwocie 49 042 zł. z powodu bezskuteczności egzekucji. Wskazane orzeczenie, jak też okoliczności z niego wynikające, nie były kwestionowane przez odwołującego się ani na etapie administracyjnego postępowania egzekucyjnego, ani w toku niniejszego procesu.

Zgodnie natomiast z powołanym wyżej art.59 §2 EgzAdmU, postępowanie egzekucyjne może być umorzone w przypadku stwierdzenia, że w postępowaniu egzekucyjnym dotyczącym należności pieniężnej nie uzyska się kwoty przewyższającej wydatki egzekucyjne. Jednocześnie w myśl art. 7, art. 77 § 1 i art. 80 KPA w zw. z art. 18 EgzAdmU organ administracji publicznej obowiązany jest w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy. Na podstawie całokształtu materiału dowodowego organ ocenia, czy dana okoliczność została udowodniona (art. 80 KPA). Naczelnny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 2 czerwca 2011 r. sygn. akt II FSK 169/10 stwierdził, że umorzenie postępowania egzekucyjnego dotyczącego należności pieniężnej w sytuacji, gdy postępowanie to nie doprowadzi do uzyskania kwoty przewyższającej koszty jego prowadzenia, następuje wedle uznania organów egzekucyjnych, które winny kierować się względami celowości. Organ egzekucyjny ma zatem prawo umorzenia postępowania, gdy zaistnieje opisana wyżej przesłanka, nie ciąży na nim jednak w tym zakresie żaden obowiązek. Co więcej, umorzenie postępowania egzekucyjnego zgodnie z 59 § 2 EgzAdmU może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy brak jest jakiegokolwiek majątku, z którego możliwe byłoby skuteczne przeprowadzenie postępowania egzekucyjnego. Z kolei Wojewódzki Sąd Administracyjny we W. w wyroku z dnia 14 lipca 2010 r. sygn. akt III SA/Wr 169/10, podkreślił, że generalną regułą egzekucji administracyjnej jest doprowadzenie do przymusowego wykonania obowiązku ciążącego na zobowiązanym. Organ egzekucyjny jest zobowiązany do podjęcia

wszelkich środków przewidzianych w ustawie, by ten cel zrealizować. Zasadniczo nie jest też w tym zakresie ograniczony terminem. Oznacza to, że zastosowanie art.59§ 2 EgzAdmU wymaga stwierdzenia, że zobowiązany nie posiada środków przewyższających wydatki egzekucyjne oraz, że stan ten ma charakter definitywny, czyli w świetle obiektywnych okoliczności nie ma podstaw do uznania, że w przyszłości środki takie zostaną przez zobowiązanego zgromadzone. Reasumując powyższe, należy podkreślić, że zastosowanie cyt. art. 59 § 2 wymaga stwierdzenia, iż zobowiązany nie posiada środków przewyższających wydatki egzekucyjne oraz, że stan ten ma charakter definitywny, czyli w świetle obiektywnych okoliczności nie ma podstaw do uznania, że w przyszłości środki takie zostaną przez zobowiązanego zgromadzone. Organ egzekucyjny przed podjęciem rozstrzygnięcia na podstawie 59 § 2 ustawy - regulacji przewidującej uznanie administracyjne, zobowiązany jest do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie istnienia przesłanki bezskuteczności egzekucji, gdyż tylko takie postępowanie pozwala na podjęcie zgodnego z prawem postanowienia w przedmiocie umorzenia postępowania egzekucyjnego” (por. wyrok NSA z dnia 5 stycznia 2017 r., (...), wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 23 listopada 2011 r., sygn. akt I SA/Bd 620/11).

Jak wynika przy tym z treści powołanego postanowienia Naczelnika (...) w Ł. z 8 sierpnia 2011r. przed umorzeniem postępowania egzekucyjnego prowadzonego wobec majątki spółki (...) dokonano szeregu czynności zmierzających do ustalenia majątku spółki i wyegzekwowania długu. W dniu 6 kwietnia 2011r. doszło do zajęcia rachunku bankowego w banku (...) SA. Pismem z 11 kwietnia 2011r. bank poinformował o braku środków pieniężnych na koncie spółki, o czym został powiadomiony zobowiązany. Ustalono aktualną siedzibę spółki przy ul.6 sierpnia nr 36 w Ł., gdzie dokonano zajęcia znajdujących się w pomieszczeniu ruchomości, które zostały następnie wydane na żądanie (...) spółki z o.o. na podstawie przedstawionej umowy. Ustalono ,że spółka jest właścicielem pojazdu marki s. (...). W dniu 18 kwietnia 2011r. w odpowiedzi na wezwanie spółka przesała dokumenty i wyjaśnienie, że nie posiada żadnych wierzytelności ani nieruchomości, samochód marki s. (...) został sprzedany w 2009r. Organ egzekucyjny stwierdził w rezultacie przeprowadzonych czynności egzekucyjnych, że zobowiązany nie posiada środków majątkowych przewyższających wydatki egzekucyjne, jak też nie ma podstaw do uznania , że w przyszłości środki takie zostaną przez zobowiązanego zgromadzone. Jak już wyżej wskazano, okoliczności wynikające wprost z treści ostatecznego postanowienia o umorzeniu postępowania egzekucyjnego z powodu jego bezskuteczności, a prowadzonego wobec majątki spółki (...), nie były kwestionowane.

W kontekście tych niespornych faktów chybione są zarzuty apelacji naruszenia art. 108 §1 w zw. z art 107 §1 i art. 116 §1 Ordynacji podatkowej w zw. z przepisem art. 31 i art. 32 ustawy o s.u.s. poprzez błędną wykładnię i pominięcie, że dla przypisania odpowiedzialności członkowi zarządu za zobowiązania spółki konieczne jest wykazanie przez ZUS przesłanki w postaci istnienia po stronie spółki stanu niewypłacalności uzasadniającego złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz ustalenie momentu powstania tego stanu (dla określenia czy stan niewypłacalności istniał w dacie powstania zaległości). Problem badania okoliczności dotyczących ewentualnej daty powstania stanu niewypłacalności spółki ( uzasadniającego zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania układowego) pojawia się bowiem dopiero w tym momencie, gdy zaistnieje w sprawie spór co do tego, czy w dacie powstania zaległości i w okresie sprawowania przez odwołującego funkcji członka zarządu ( w niniejszej sprawie to jest okres od grudnia 2010r. do kwietnia 2011r.) kondycja finansowa spółki umożliwiała spłatę zaległości. To z kolei dotyczy wprost przesłanek egzoneracyjnych, których wykazanie obciąża stronę odwołującą.W niniejszej sprawie skarżący żadnych zarzutów w tym zakresie nie zgłosił i nie powoływał okoliczności uzasadniających zwolnienie go z odpowiedzialności. Wskazana w uzasadnieniu apelacji uchwała Siedmiu Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 sierpnia 2010r., w sprawie III FPS 3/09, dotyczy wątpliwości powstałych na gruncie art.116 w związku ze zmianą treści przepisu od 1 stycznia 2003r. w sprawie, gdzie dłużnik powoływał się na okoliczności egzoneracyjne. NSA w uchwale przesądził , że członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, o którym mowa w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 stycznia 2003 r., może również po zakończeniu pełnienia tej funkcji, uwolnić się od odpowiedzialności za zaległości podatkowe powstałe w tym czasie, jeżeli wykaże w postępowaniu podatkowym, że w okresie pełnienia przez niego funkcji członka zarządu nie było podstaw do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub postępowania zapobiegającego upadłości (postępowanie układowe). Umknął zatem apelującemu istotny fragment uchwały odnoszący się do obowiązku wykazania przez członka zarządu przesłanek egzoneracyjnych. Innymi słowy, aby stwierdzić, po której stronie leży ciężar udowodnienia jakiegokolwiek okoliczności mającej istotne znaczenie w

sprawie w rozumieniu art.227 KPC, w pierwszej kolejności muszą takie okoliczności w sprawie zaistnieć. Nawet gdyby przyjąć, jak chce apelujący, że to organ rentowy winien wykazać, na jaką datę wystąpiły przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenia upadłości spółki ( lub wszczęcia postępowania układowego), musiałby w sprawie zaistnieć spór co do tego, czy w okresie od grudnia 2010r. do kwietnia 2011r. spółka była w stanie ewentualnej wypłacalności. Takiego zarzutu jednak odwołujący nie podnosił ani na etapie postępowania w ZUS, ani w sądzie. Wbrew twierdzeniom apelującego, cyt. art.116 §1 Ordynacji podatkowej nie nakłada na organ rentowy obowiązku badania w każdym wypadku in abstracto, „teoretycznie” stanu majątkowego dłużnika w sytuacji formalnie stwierdzonej bezskuteczności egzekucji prowadzonej do majątku spółki oraz wobec braku jakichkolwiek zarzutów co do możliwej daty zaistnienia niewypłacalności spółki. Badanie faktu niewypłacalności spółki w ramach stosowania art.116 następuje bowiem w konkretnym celu – gdy członek zarządu chce uwolnić się od odpowiedzialności za długi spółki, którą w danym okresie zarządzał, ponieważ uważa, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub w tym czasie zostało wszczęte postępowanie układowe (w brzmieniu art.116 obowiązującym do 31 grudnia 2015r.), albo też niezgłoszenie ww. wniosku nastąpiło bez jego winy. To oznacza, że badanie kondycji finansowej dłużnika i ustalanie momentu powstania stanu jego niewypłacalności nie zawsze jest konieczne, jak chce apelujący, dla stwierdzenia odpowiedzialności członka zarządu za zobowiązania spółki. Przesłanką odpowiedzialności członka zarządu spółki jest wina polegająca na nieprawidłowym prowadzeniu spraw spółki i doprowadzenie do utraty "zdolności majątkowej" spółki, powodującej bezskuteczność egzekucji przeciwko niej (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2003 r., IV CK 219/02; z dnia 13 lipca 2005 r., I UK 292/04; z dnia 6 grudnia 2010 r., II UK 136/10). Ustalenie „właściwego czasu”, w którym członek zarządu winien był zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości spółki w myśl art.10 i art.21 ustawy z dnia 28 lutego 2003r. Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2017 r. poz. 2344) jest zatem ważne dla oceny przesłanek egzoneracyjnych. W rezultacie badanie daty powstania niewypłacalności spółki aktualizuje się dopiero w momencie zgłoszenia przez członka zarządu którejś z negatywnych przesłanej z art.116 Ordynacji podatkowej. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie wystąpiła, ponieważ ani w odwołaniu, ani w apelacji skarżący nie wskazuje żadnych okoliczności uzasadniających potrzebę badania „właściwego czasu”, w którym skarżący winien był zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości spółki lub wszczęcie postępowania układowego. Stąd zarzuty naruszenia art.232 KPC czy art.6 KC tracą na znaczeniu, skoro skarżący nie był w stanie wykazać, czy i jakie znaczenie dla rozstrzygnięcia miałyby dodatkowe badanie przez ZUS okoliczności faktycznych dotyczących kondycji (...) spółki (...).

W rezultacie zaskarżony wyrok odpowiada prawu i jest niesprzeczny z treścią zgromadzonych w sprawie dowodów, które potwierdzają w całości prawidłowość rozstrzygnięcia Sądu I instancji, a apelacja ubezpieczonego, jako pozbawiona uzasadnionych podstaw, podlegała oddaleniu w oparciu o treść art.385 KPC.