

Sygn. akt III AUa 1972/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 sierpnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Małgorzata Gerszewska
Sędziowie:	SSA Iwona Krzeczowska – Lasoń (spr.) SSO del. Monika Popielińska
Protokolant:	sekretarz sądowy Urszula Kowalska

po rozpoznaniu w dniu 8 sierpnia 2018 r. w Gdańsku

sprawy J. M.

z udziałem K. K. oraz Fundacji (...) z siedzibą we W.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w T.

o przeniesienie odpowiedzialności za zobowiązania płatnika składek Fundacji (...) z siedzibą we W.

na skutek apelacji J. M.

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku VII Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 20 lipca 2017 r., sygn. akt VII U 2604/17

1) oddala apelację;

2) zasądza od J. M. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w T. kwotę 1.350,00 (jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję.

SSO del. Monika Popielińska SSA Małgorzata Gerszewska SSA Iwona Krzeczowska–Lasoń

Sygn. akt III AUa 1972/17

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 30 grudnia 2016 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w T. przeniósł na J. M. odpowiedzialność za zobowiązania płatnika składek Fundacji (...) we W. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne wraz z odsetkami za zwłokę w kwocie 6.568,79 zł wzywając ubezpieczonego do uregulowania przedmiotowych należności po uprawomocnieniu się decyzji.

Odwołanie od powyższej decyzji wywiódł ubezpieczony, wskazując, iż płatnik składek jako fundacja nie posiadała zdolności upadłościowej. Dodatkowo skarżący podniósł zarzut przedawnienia należności składkowych objętych sporną decyzją.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany wniósł o jego oddalenie.

Postanowieniem z dnia 22 maja 2017 r. Sąd Okręgowy na podstawie art. 477¹¹ § 1 i 2 k.p.c. zawiadomił o toczącym się postępowaniu zainteresowanych K. K. oraz Fundację (...) we W..

K. K. zajął w sprawie stanowisko tożsame ze stanowiskiem ubezpieczonego J. M..

Wyrokiem z dnia 20 lipca 2017 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku VII Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w punkcie 1 oddalił odwołanie i w punkcie 2 odstąpił od obciążania wnioskodawcy kosztami zastępstwa procesowego. Uzasadniając swoje stanowisko Sąd wskazał, że Fundacja (...) we W. (pierwotnie z siedzibą w T.) została zarejestrowana w rejestrze stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 5 marca 2007 r. pod numerem KRS (...). Przedmiotem działalności miała być szeroko pojęta ochrona środowiska, opieka nad zabytkami, jak również działalność w zakresie oświaty i wychowania. Fundacja nie została wykreślona z Krajowego Rejestru Sądowego.

Fundacja została ustanowiona w dniu 2 czerwca 2006 r. na czas nieograniczony na mocy oświadczeń fundatorów K. L., S. K. oraz J. M..

W dniu 3 czerwca 2006 r. powołano, dwuosobowy zarząd fundacji w składzie: K. L., jako prezes zarządu oraz ubezpieczony J. M., jako wiceprezes zarządu.

Fundacja w myśl statutu miała gromadzić środki finansowe także poprzez prowadzenie działalności gospodarczej.

Na majątek fundacji składał się fundusz założycielski w kwocie 90.000 zł, który miał być uzupełniany przez środki finansowe uzyskane w toku jej działania, a także stanowiące dochody z prowadzenia działalności gospodarczej (punkty 9-10 statutu).

J. M. pełnił funkcję wiceprezesa i członka zarządu Fundacji (...) we W. w okresie od 3 czerwca 2006 r. do 28 lutego 2016 r.

Z dniem 2 sierpnia 2010 r. z funkcji prezesa zarządu fundacji zrezygnowała K. L., występując jednocześnie z rady fundacji.

Uchwałą z dnia 3 sierpnia 2010 r. rada fundacji przyjęła do wiadomości rezygnację w/w z funkcji prezesa zarządu oraz wystąpienie ze składu rady – powołując na prezesa zarządu fundacji K. K., przyjętego także w skład rady fundacji. J. M. pozostał wiceprezesem zarządu.

Powyższe zmiany w organach fundacji zostały ujawnione w KRS.

Od dnia 15 lutego 2011 r. siedziba fundacji mieści się we W..

Z dniem 20 maja 2011 r. płatnik składek Fundacja (...) we W. został również wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.

Uchwałą z dnia 28 lutego 2016 r. rada (fundatorów) Fundacji (...) w T. dokonała zmiany punktu 15 statutu fundacji, określając zarząd fundacji, jako jednoosobowy (punkt 1), przy jednoczesnym odwołaniu dotychczasowego zarządu: K. L., i J. M. oraz ustanowieniu prezesa zarządu w osobie S. K.. Przedmiotowa uchwała, pomimo jej podjęcia, nie została ujawniona w KRS – gdzie w składzie zarządu nadal widnieje J. M.. Fundacja nie złożyła wniosku o ujawnienie zmiany zarządu w rejestrze.

Płatnik składek z powodu braku środków finansowych nie prowadził żadnej działalności.

Fundacja nie była i nie jest płatnikiem podatku od towarów i usług (VAT).

W latach 2012-2016 płatnik składek na potrzeby rozliczeń skarbowych nie wykazał w deklaracjach CIT-8 żadnego przychodu.

Fundacja (...) we W., będąc płatnikiem składek z tytułu obowiązkowych ubezpieczeń społecznych, ubezpieczenia zdrowotnego, nie dopełniła obowiązku w zakresie odprowadzania składek za pracowników za sporny okres. Płatnik nie wywiązywał się także z obowiązku składania co roku sprawozdania z działalności na ręce właściwego ministra (Ministra Środowiska), jako organu nadzoru nad fundacją.

W związku z zaległością z zakresu sprawozdań za lata 2007-2015, Minister Środowiska wystąpił do sądu rejestrowego z wnioskiem o zawieszenie zarządu Fundacji (...) we W. oraz wyznaczenie zarządcy przymusowego.

Z uwagi na złożenie zaległych sprawozdań, wnioskodawca cofnął wnioski o zawieszenie zarządu oraz wyznaczenie zarządcy przymusowego – postępowanie zostało umorzone.

Postępowanie egzekucyjne prowadzone przez Naczelnika Urzędu Skarbowego we W. w stosunku do płatnika składek zostało umorzone z uwagi na bezskuteczność egzekucji w dniu 8 września 2016 r.

Pismem z dnia 26 października 2016 r. pozwany poinformował ubezpieczonego o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie przeniesienia na niego, jako członka zarządu odpowiedzialności za zobowiązania płatnika składek Fundacji (...) z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne.

Pismem z dnia 1 grudnia 2016 r. ZUS poinformował ubezpieczonego o zakończeniu postępowania w sprawie przeniesienia na niego, jako członka zarządu odpowiedzialności za zobowiązania płatnika składek Fundacji (...) z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne, pouczając o prawie wypowiedzenia się przed wydaniem decyzji, co do zebranych dowodów.

Decyzją z dnia 30 grudnia 2016 r. pozwany przeniósł na J. M. odpowiedzialność za zobowiązania płatnika składek Fundacji (...) we W. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne wraz z odsetkami za zwłokę w kwocie 6.568,79 zł – w tym:

- na ubezpieczenia społeczne za okres od czerwca do października 2011 r. oraz za styczeń 2012 r.: 3.176,27 zł należności głównej, 1.732 zł odsetek za zwłokę na dzień wydania decyzji

- na ubezpieczenie zdrowotne za okres od czerwca do października 2011 r. oraz za styczeń 2012 r.: 1.073,52 zł należności głównej, 587 zł odsetek za zwłokę na dzień wydania decyzji

- wzywając ubezpieczonego do ich uregulowania po uprawomocnieniu się decyzji.

Decyzję doręczono pełnomocnikowi ubezpieczonego S. K. w dniu 17 stycznia 2017 r.

Decyzję o przeniesieniu odpowiedzialności za zobowiązania składkowe fundacji pozwany wydał w stosunku do zainteresowanego K. K. (prezesa i drugiego członka zarządu fundacji w spornym okresie), który zaskarżył ją do Sądu – postępowanie toczy się w sprawie o sygn. akt VII U 2605/17.

Okoliczności faktyczne w sprawie Sąd ustalił na podstawie dokumentów zgromadzonych w aktach składkowych pozwanego oraz w aktach sprawy, których treść i prawdziwość nie były przez żadną ze stron kwestionowane. Nadto, Sąd wziął pod uwagę zeznania J. M., które uznał za wiarygodne w znacznej części. Sąd dał wiarę zeznaniom ubezpieczonego, co do utworzenia fundacji, zakresu jej działalności oraz pełnienia przez niego funkcji członka zarządu. Sąd ocenił, jako wiarygodne zeznania ubezpieczonego, że nie pobierał on wynagrodzenia za pełnienie funkcji członka

zarządu, że fundacja faktycznie nie prowadziła działalności oraz że nie posiadała żadnych środków finansowych. Również K. K. przyznał, że fundacja nie posiadała majątku i środków finansowych oraz nie prowadziła działań przewidzianych statutem. Z ostrożnością Sąd podszedł natomiast do zeznań ubezpieczonego, co do stanu jego zdrowia, bowiem nie zostały one poparte żadnymi dowodami, w szczególności dokumentacją lekarską. Za niewiarygodne sąd uznał z kolei zeznania ubezpieczonego, w zakresie, w jakim twierdził on, że nie wie, czy został odwołany z funkcji członka zarządu fundacji, bowiem przeczy temu uchwała Rady Fundacji, którą sam podpisał, co oznacza, że musiał wiedzieć, że została podjęta.

Analizując kwestię odpowiedzialności członka zarządu fundacji, Sąd w pierwszej kolejności zważył, że bezsprzecznie fundacja jest osobą prawną, co wynika z treści art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach, a skoro tak to podstawę odpowiedzialności ubezpieczonego za zaległości składkowe fundacji stanowi przepis art. 116a § 1 Ordynacji podatkowej, który wskazuje na odpowiednie stosowanie art. 116 przedmiotowej ustawy.

Sąd wyjaśnił, że art. 116a Ordynacji podatkowej nie określa przesłanek odpowiedzialności członków zarządu innych niż spółki prawa handlowego osób prawnych, odsyłając do art. 116 ordynacji podatkowej, który winien być stosowany odpowiednio. A zatem, w odniesieniu do członków zarządu osób prawnych (innych niż spółki prawa handlowego wymienione w art. 116 ordynacji podatkowej) powinny być spełnione przesłanki pozytywne ich odpowiedzialności określone w art. 116 ordynacji podatkowej i nie mogą wystąpić okoliczności negatywne określone w art. 116 §1 pkt 1 i 2 ordynacji podatkowej, zwalniające członków organów zarządzających tych innych osób prawnych z odpowiedzialności za zaległości tychże osób prawnych.

W analizowanej sprawie poza sporem pozostawał fakt, że fundacja, której członkiem zarządu był ubezpieczony, posiada zaległości z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne. Okoliczność ta nie była kwestionowana w toku postępowania, a zarzuty ubezpieczonego koncentrowały się wokół możliwości uznania fundacji za podmiot mający zdolność upadłościową oraz wokół kwestii przedawnienia należności składkowych.

Sąd zważył, że J. M. bezsprzecznie pełnił funkcję wiceprezesa i członka zarządu Fundacji (...) we W. w okresie od 3 czerwca 2006 r. do 28 lutego 2016 r. tj. do daty odwołania ze stanowiska – a więc w okresie, który obejmuje należności wskazane w treści spornej decyzji pozwanego: od czerwca do października 2011 r. oraz za styczeń 2012 r.

Sąd rozważał, czy w przedmiotowej sprawie wystąpiła przesłanka odpowiedzialności członka zarządu za nieopłacone składki w postaci bezskuteczności egzekucji przeciwko fundacji i uznał, że na dzień wydania decyzji (30 grudnia 2016 r.) egzekucja z majątku fundacji istotnie okazała się bezskuteczna. Okoliczność ta wynika jednoznacznie z treści postanowienia Naczelnika Urzędu Skarbowego we W. o umorzeniu postępowania egzekucyjnego.

Mając na uwadze powyższe, Sąd uznał, że w sprawie wystąpiły wszystkie przesłanki pozytywne warunkujące powstanie odpowiedzialności członka zarządu osoby prawnej - ubezpieczonego - za zaległości składkowe fundacji.

Istotnym było zatem rozważenie, czy zaistniały okoliczności warunkujące zwolnienie członka zarządu od odpowiedzialności za zaległości składkowe, określone w art. 116 § 1 pkt 1 i 2 Ordynacji podatkowej. Do orzeczenia o odpowiedzialności członka zarządu osoby prawnej organ ubezpieczeniowy jest obowiązany wykazać jedynie okoliczność pełnienia obowiązków członka zarządu w czasie powstania zobowiązania składkowego, które przerodziło się w zaległość składkową oraz bezskuteczność egzekucji przeciwko osobie prawnej, zaś ciężar wykazania którejkolwiek okoliczności uwalniającej od odpowiedzialności spoczywa na członku zarządu. Dla zwolnienia się od odpowiedzialności za zaległości z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne, członek zarządu może wskazać mienie osoby prawnej, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości składkowych osoby prawnej w znacznej części (art. 116 § 1 pkt 2 O.p. w zw. z art. 116a § 1 O.p.).

W przedmiotowej sprawie ubezpieczony nie wskazał żadnych składników majątkowych, czy też innego mienia, z którego prowadzenie egzekucji pozwoliłoby na zaspokojenie – w znacznej części – zaległości składkowych. Co więcej, zainteresowany K. K. przyznał, że fundacja nie ma majątku.

W odniesieniu do przesłanki z przepisu art.116 § 1 pkt 1 a i b Ordynacji podatkowej, Sąd zważył, że nie można go w analizowanej sprawie stosować wprost. Wbrew bowiem stanowisku organu rentowego, Fundacja (...) we W. nie jest przedsiębiorcą, a więc nie jest podmiotem, który posiada zdolność upadłościową i wobec którego może zostać ogłoszona upadłość. Przepis art.1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe odwołuje się bowiem do pojęcia przedsiębiorcy. Zgodnie zaś z art.43¹ k.c., przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Definicję działalności gospodarczej na gruncie prawa publicznego, sformułowaną na jego użytek, do której nawiązuje przytoczone stanowisko judykatury, zawiera art. 2 ustawy z 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej - stanowi ją zarobkowa działalność wytwórcza, handlowa, budowlana, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatacja zasobów naturalnych, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Kluczowe znaczenie dla zdefiniowania pojęcia przedsiębiorcy ma element funkcjonalny, łączący się z prowadzeniem działalności gospodarczej lub zawodowej. Ustawa wymaga, aby przedsiębiorca „prowadził” działalność gospodarczą lub zawodową. Samo stwierdzenie „prowadzi działalność” zakłada określony ciąg działań, a nie tylko pojedyncze czynności. Przedsiębiorcą jest więc ten, kto wykonuje czynności powtarzalne w taki sposób, że tworzą one pewną całość, a nie stanowią oderwanego świadczenia czy też świadczeń określonych rzeczy lub usług. Jeżeli takie działania mają charakter gospodarczy lub zawodowy, to istnieją podstawy do uznania, że podejmujący je podmiot jest przedsiębiorcą.

Zgodnie z art.1 ustawy o fundacjach, fundacja może być ustanowiona dla realizacji zgodnych z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych, w szczególności takich, jak: ochrona zdrowia, rozwój gospodarki i nauki, oświata i wychowanie, kultura i sztuka, opieka i pomoc społeczna, ochrona środowiska oraz opieka nad zabytkami. Oznacza to, że podstawowym celem fundacji nie jest prowadzenie działalności gospodarczej, czy realizacja zadań gospodarczych, nastawionych na osiąganie przychodu. Wprawdzie stosownie do art. 5 ust. 5 ustawy o fundacjach, fundacja może prowadzić działalność gospodarczą w rozmiarach służących realizacji jej celów, jednakże nie oznacza to, że jest ona przedsiębiorcą. Nie każda więc fundacja prowadzi działalność gospodarczą – może to czynić, lecz nie musi, co przeczy możliwości przyjęcia, że niejako ex definitione fundacja jest przedsiębiorcą. Nie ma więc podstaw do tego, aby przyjąć, iż fundacja jako osoba prawna ze swojej istoty jest podmiotem będącym przedsiębiorcą w rozumieniu art. 43¹ k.c. (nie zaś, jak błędnie wskazano, art. 43 k.c.) w zw. z art. 33 k.c. – w tym sensie, iż z założenia każda fundacja prowadzi działalność gospodarczą.

Sąd Okręgowy zauważył, że w statucie fundacji (pkt 9, pkt 10) wskazano, że dla realizacji celów statutowych gromadzi ona środki finansowe także poprzez prowadzenie działalności gospodarczej, zaś na majątek fundacji składają się m.in. środki finansowe uzyskane w toku jej działania, pochodzące także z dochodów z działalności gospodarczej fundacji, jednakże brak jest jakichkolwiek dowodów na to, by istotnie fundacja taką działalność prowadziła. Przeciwnie, z dokumentacji Naczelnika Urzędu Skarbowego we W. wynika, że w latach 2012-2016 fundacja nie wykazała w deklaracjach CIT-8 żadnego przychodu.

Okoliczności powyższych, nie zmienia fakt, iż z dniem 20 maja 2011 r. Fundacja (...) we W. została wpisana także do rejestru przedsiębiorców KRS, albowiem faktycznie nie przystąpiła ona do wykonywania działalności i nie osiągnęła z jej tytułu żadnego przychodu.

W tych warunkach, zdaniem Sądu, nie można było zgodzić się ze stanowiskiem organu rentowego, że przesłanką uwalniającą ubezpieczonego od odpowiedzialności za zaległości składkowe było wykazanie zgłoszenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości (lub otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego) lub wykazanie, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości (otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego) nastąpiło bez winy ubezpieczonego. W ocenie sądu, Fundacja (...) we W. nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu art.43¹ k.c., a więc nie mają do niej zastosowania przepisy prawa upadłościowego. A skoro tak, to nie można zarzucać ubezpieczonemu, że nie zgłosił we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie jej upadłości.

Jednocześnie, zgodnie z art.15 ust.1 ustawy o fundacjach, w razie osiągnięcia celu, dla którego fundacja była ustanowiona lub w razie wyczerpania środków finansowych i majątku fundacji, fundacja podlega likwidacji w sposób

wskazany w statucie. Stosownie do art.15 ust.2 tejże ustawy, jeżeli statut nie przewiduje likwidacji fundacji lub jego postanowienia w tym przedmiocie nie są wykonywane, w wypadkach wymienionych w ust.1 organ, o którym mowa w art.13, zwraca się do sądu o likwidację fundacji. Natomiast w myśl art.15 ust.4 ustawy o fundacjach, jeżeli statut fundacji nie określa przeznaczenia środków majątkowych pozostałych po jej likwidacji, sąd orzeka o przeznaczeniu tych środków z uwzględnieniem celów, którym fundacja służyła.

A zatem, w sytuacji, gdy fundacja nie ma majątku i środków finansowych dla zaspokojenia wierzycieli konieczne jest przeprowadzenie likwidacji fundacji, co oznacza, że w realiach niniejszej sprawy, dla uwolnienia się od odpowiedzialności za zaległości składkowe, należało wykazać, czy w odpowiednim momencie podjęte zostały czynności zmierzające do likwidacji fundacji (art.15 ust.1 ustawy o fundacjach).

Rozważając powyższe, Sąd Okręgowy przypomniał, że - jak wynika z poczynionych ustaleń faktycznych - fundacja nie prowadziła faktycznie działalności, co wynika zarówno z zeznań ubezpieczonego, jak i z dokumentów skarbowych wskazujących na brak przychodu. Również i pełnomocnik K. K. przyznał, że fundacja nie prowadziła działalności, nie miała już od dawna majątku i środków finansowych. Powyższe wynika także z pisma płatnika składek z marca 2016 r., kierowanego do Ministerstwa Środowiska, w którym precyzuje on, że od chwili powstania fundacja nie prowadziła i nie prowadzi żadnej działalności, co oznacza, że zaistniały podstawy do wszczęcia postępowania likwidacyjnego Fundacji, jednakże ubezpieczony nie podjął czynności zmierzających do osiągnięcia powyższego rezultatu.

Nie wystąpiła więc okoliczność wyłączająca odpowiedzialność ubezpieczonego za zaległości składkowe, określona w art.116 § 1 pkt 1a w zw. z art.116a § 1 ordynacji podatkowej.

Materiał dowodowy nie dał także podstaw do przyjęcia, by niepodjęcie działań zmierzających do likwidacji fundacji, w tym np. wystąpienie do sądu o jej likwidację, nastąpiło bez winy ubezpieczonego, co ostatecznie prowadzi do ustalenia, że nie zostały przez ubezpieczonego wykazane przesłanki negatywne ponoszenia odpowiedzialności subsydiarnej wskazane w art.116 § 1 pkt 1 a i b i pkt 2 w zw. z art.116a § 1 ordynacji podatkowej.

Sąd zaznaczył, że na powstanie i zakres odpowiedzialności ubezpieczonego bez wpływu pozostawał fakt, że - jak twierdzi - nie wykonywał żadnych czynności członka zarządu fundacji, nie miał wpływu na działania fundacji i nie podejmował decyzji w fundacji.

Charakter prawny funkcji członka zarządu oznacza nie tylko obowiązek wykonywania czynności zarządzających (obowiązek wykonywania powierzonych zadań), ale również zwiększony zakres odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności za skutki działań kierowanej spółki, a więc i skutki działań osób w tej spółce zatrudnionych. Ze względu na taki charakter funkcji członka zarządu, nie ma uzasadnienia, aby art. 116 Ordynacji podatkowej interpretować wąsko, przyjmując odpowiedzialność członka zarządu za zaległości podatkowe spółki jedynie w takich przypadkach, gdy członek zarządu faktycznie kierował spółką (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 18 marca 2014 r., V SA/Wa 528/13). Użyte w treści art. 116 § 2 Ordynacji podatkowej sformułowanie „pełnienie” obowiązków członka zarządu, a nie ich „wykonywanie”, oznacza, iż chodzi o zajmowanie stanowiska od momentu powołania do dnia odwołania. Charakter prawny funkcji członka zarządu oznacza nie tylko obowiązek wykonywania czynności zarządzających (obowiązek wykonywania powierzonych zadań), oznacza też zwiększony zakres odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności za skutki działań kierowanej spółki, a więc i skutki działań osób w tej spółce zatrudnionych. Ze względu na taki charakter funkcji członka zarządu, nie ma uzasadnienia, aby art. 116 Ordynacji podatkowej interpretować wąsko, przyjmując odpowiedzialność członka zarządu za zaległości podatkowe spółki jedynie w takich przypadkach, gdy członek zarządu faktycznie kierował spółką (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z 8 sierpnia 2010 r. II FSK 336/09 i z 23 listopada 2010 r. I FSK 2082/09, czy też wyrok SN z 14 lutego 2012 r. III UK 24/11).

Sąd zaznaczył, że nie zasługuje również na uwzględnienie podniesiony przez ubezpieczonego zarzut przedawnienia należności składkowych objętych sporną decyzją. Zgodnie bowiem z obecnym brzmieniem art. 24 ust. 4 ustawy systemowej, należności z tytułu składek ulegają przedawnieniu po upływie 5 lat, licząc od dnia, w którym stały się wymagalne, z zastrzeżeniem ust. 5-6. Przepis w obecnym brzmieniu obowiązuje od dnia 1 stycznia 2012 r. Należy przy

tym uwzględnić, że w okresie od daty wejścia w życie ustawy systemowej do dnia 31 grudnia 2002r. art. 24 ust.4 ustawy systemowej stanowił, że należności z tytułu składek ulegają przedawnieniu po upływie 5 lat, a w przypadku przerwania biegu przedawnienia, o którym mowa w ust. 5, po upływie 10 lat licząc od dnia, w którym stały się wymagalne. Powyższy 5-letni termin został wydłużony do lat 10 na mocy ustawy nowelizującej z dnia 18 grudnia 2002r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U z 2002 nr 241, poz. 2074) z mocą obowiązującą od 1 stycznia 2003r. Charakterystyczną cechą tej regulacji był brak przepisów przejściowych określających zasady przedawniania się zaległości składkowych powstałych przed 1 stycznia 2003r. Problem ten rozstrzygnięto w orzecznictwie przyjmując, iż do składek na ubezpieczenia społeczne należnych i nieprzedawnionych przed dniem 31 grudnia 2002 r. należy stosować przepis art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. 2007 r. Nr 11 poz. 74) w brzmieniu nadanym ustawą (uchwała Sądu Najwyższego z 8 lipca 2008 r., I UZP 4/2008, wyrok z 5 kwietnia 2005 r., I UK 232/04, OSNP 2006/1-2/26). Kolejna nowelizacja art.24 ust.4 przywróciła stan pierwotny, powracając do koncepcji 5-letniego terminu przedawnienia- na mocy ustawy z dnia 16 września 2011 r. o redukcji niektórych obowiązków obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. z 2011 nr 232, poz.1378) z mocą obowiązywania od 1 stycznia 2012 r. W wymienionej nowelizacji poruszono jednak już kwestię stanów przejściowych. Na mocy art. 27 ustawy nowelizującej, zgodnie z którą do przedawnienia należności z tytułu składek, o którym mowa w art. 41b ust. 1 ustawy wymienionej w art. 2 oraz w art. 24 ust. 4 ustawy wymienionej w art. 11, którego bieg rozpoczął się przed dniem 1 stycznia 2012 r., stosuje się przepisy w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, z tym że bieg przedawnienia rozpoczyna się od dnia 1 stycznia 2012 r. Jeżeli przedawnienie rozpoczęte przed dniem 1 stycznia 2012 r. nastąpiłoby zgodnie z przepisami dotychczasowymi wcześniej, przedawnienie następuje z upływem tego wcześniejszego terminu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Sąd zważył, że na moment wydania zaskarżonej decyzji przedawnieniu nie uległy żadne należności składkowe objęte zaskarżoną decyzją. Nie upłynęło bowiem 5 lat od 1 stycznia 2012 r., który to termin początkowy został wskazany w przywołanych przepisach - przedawnienie zaś zgodnie z przepisami wcześniejszymi nie nastąpiłoby wcześniej. Również należności za styczeń 2012 r. nie uległy przedawnieniu, bowiem nie upłynął w dacie wydania decyzji pięcioletni okres od daty ich wymagalności.

W ocenie Sądu, nie można zgodzić się ze stanowiskiem ubezpieczonego, że z uwagi na fakt, iż przedmiotową decyzję doręczono ubezpieczonemu w styczniu 2017 r., a więc po upływie terminu przedawnienia, zasadne jest uznanie, że doszło do przedawnienia zaległości składkowych. W przepisie art.118 ordynacji podatkowej mowa jest bowiem o wydaniu decyzji, a nie o jej doręczeniu.

W tych warunkach, wobec wykazania wszystkich przesłanek odpowiedzialności ubezpieczonego za zaległości składkowe oraz z uwagi na niewykazanie przesłanek zwalniających z tej odpowiedzialności, Sąd – na podstawie powołanych przepisów oraz art.477¹⁴ § 1 k.p.c. – oddalił odwołanie (pkt 1).

W punkcie 2 wyroku, sąd orzekł o kosztach postępowania, odstępując od obciążania ubezpieczonego kosztami zastępstwa procesowego na podstawie art.102 k.p.c.

Sąd podkreślił, że w analizowanej sprawie przedmiotem postępowania była kwestia subsydiarnej odpowiedzialności ubezpieczonego za zaległości składkowe fundacji - jest to materia skomplikowana, zaś konstrukcja przepisu art. 116 Ordynacji podatkowej wymaga zbadania zarówno przesłanek pozytywnych, jak i negatywnych wystąpienia takiej odpowiedzialności. Z uwagi na odesłanie zawarte w art.116a Ordynacji podatkowej, nakazujące odpowiednie stosowanie art.116, sprawa nie miała prostego charakteru, zaś strony prezentowały odrębne stanowiska, co do możliwości oraz sposobu stosowania art.116 ordynacji podatkowej. Również subiektywne przekonanie ubezpieczonego o słuszności własnego stanowiska, poparte wywodami także o charakterze prawnym, wskazuje na zasadność zastosowania art.102 k.p.c. Wszystkie te okoliczności, we wzajemnym powiązaniu, sprawiają, że istniały podstawy do odstąpienia od obciążania ubezpieczonego kosztami zastępstwa procesowego na podstawie art.102 k.p.c.

Apelację od wyroku wywiódł J. M. zaskarżając go w całości i zarzucając mu naruszenie przepisów prawa materialnego polegające na błędnej interpretacji instytucji przedawnienia w postępowaniu administracyjnym, a także naruszenie

przepisów postępowania mających wpływ na treść wydanego wyroku polegające na nieuwzględnieniu zeznań złożonych na rozprawie przez S. K., a dotyczących likwidacji fundacji.

Mając na uwadze powyższe, ubezpieczony wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz decyzji pozwanego, względnie o przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w przypadku uznania, iż postępowanie dowodowe wymaga uzupełnienia.

W uzasadnieniu skarżący podniósł, że wyrok Sądu I instancji opiera się w zasadzie na dwóch tezach.

Po pierwsze. Fundacja nie jest przedsiębiorstwem, więc nie ma zdolności upadłościowej. Zarząd nie mógł wystąpić o upadłość, ale mógł i powinien na mocy art. 15 ustawy o fundacjach wystąpić o likwidację fundacji, czego – według Sądu – nie zrobił. Sąd nie zauważył jednak, że przesłuchiwany na rozprawie S. K. mówił o kierowanych do sądu wnioskach o zamknięcie fundacji, z których ostatni miał miejsce w dniu 19 marca 2014 r., co oznacza, że teza Sądu jest nieprawidłowa.

Po drugie. Przedawnienie. Zdaniem skarżącego kluczowe znaczenie w sprawie ma moment doręczenia - a nie jak wyjaśniał Sąd - wydania decyzji Uregulowania kwestii decyzji należy szukać w kodeksie postępowania administracyjnego, do czego odsyła art. 123 Ordynacji podatkowej. A według kpa sytuacja jest jasna: art. 109 k.p.a. nakazuje decyzję doręczyć stronie, a na mocy art. 110 decyzją tą organ jest związany od chwili jej doręczenia. Jeśli zatem, w niniejszej sprawie doręczenie decyzji nastąpiło w dniu 17 stycznia 2017 r., to jest oczywiste, że nastąpiło przedawnienie. Odmienne w tej kwestii stanowisko Sądu Okręgowego należy uznać za chybione.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja J. M. nie zasługiwała na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu między stronami była kwestia, czy J. M., jako wiceprezes zarządu Fundacji (...) we W. ponosi odpowiedzialność za należności płatnika z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne wraz z odsetkami za zwłokę za okresy i w kwotach wskazanych w zaskarżonej decyzji.

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

Celem postępowania apelacyjnego jest ponowne rozpoznanie sprawy pod względem faktycznym i prawnym, przy czym prawidłowa ocena prawna, może być dokonana jedynie

na podstawie właściwie ustalonego stanu faktycznego sprawy, którego kontrola poprzedzać musi ocenę materialno-prawną. Jeżeli bowiem Sąd I instancji błędnie ustali kluczowe dla rozstrzygnięcia fakty, to nawet przy prawidłowej interpretacji stosowanych przepisów prawa materialnego, wydany wyrok nie będzie odpowiadał prawu. Innymi słowy, subsumcja nieodpowiadających prawdzie przedmiotowo istotnych ustaleń faktycznych skutkuje naruszeniem prawa materialnego. W pierwszej zatem kolejności rozważania wymagają zarzuty podniesione w ramach podstawy naruszenia prawa procesowego. Ocena zarzutów odnoszących się do naruszenia prawa materialnego może być dokonana jedynie na podstawie prawidłowo ustalonego stanu faktycznego sprawy.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut poczynienia przez Sąd I instancji błędnych ustaleń w zakresie zawinonego zaniechania przez ubezpieczonego wystąpienia do Sądu o likwidację fundacji. Skarżący podnosił bowiem, że Sąd pominął treść składanych na rozprawie zeznań S. K., z których wynika, że kierował on do Sądu wnioski o „zamknięcie fundacji, z których ostatni miał miejsce w dniu 19 marca 2014 r.”, podczas gdy S. K. - wbrew twierdzeniom skarżącego - nie był słuchany w toku postępowania pierwszoinstancyjnego. A skoro tak, to czynienie zarzutu pominięcia złożonych przez niego zeznań, jest co najmniej nieuprawnione.

S. K. - jak wynika z akt sprawy - zeznawał na rozprawie, która odbyła się w Sądzie Rejonowym w Toruniu VII Wydziale Gospodarczym Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 1 marca 2016 r., a z której kserokopia protokołu została dołączona do akt niniejszej sprawy, gdzie podał: „w marcu 2015 r. Fundacja składała wniosek o wykreślenie z Rejestru, który to wniosek z uwagi na braki formalne został zwrócony”, co jednakowoż nie jest jednoznaczne z twierdzeniem apelującego, jakoby przedmiotowe wnioski były składane wielokrotnie. Poza tym wskazany przez S. K. wniosek z marca 2015 r. (jedyne, o którym wspomniał) został zwrócony z uwagi na braki formalne. Wniosek nie został ponownie złożony, stąd podnoszenie przez wnioskodawcę argumentu, jakoby zostały podjęte czynności zmierzające do likwidacji fundacji - w konsekwencji czego nie jest uprawnionym ustalenie, że ponosi winę za niezłożenie we właściwym czasie stosowanego wniosku - uznać należy za zbyt daleko idące. Na okoliczność powyższego wnioskodawca nie przedstawił żadnych dowodów, których przeprowadzenie mogłoby skutkować uznaniem, że wykazał negatywne przesłanki ponoszenia odpowiedzialności, o których mowa w art. 116 § 1 pkt 1a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2017 r., poz. 201 ze zm.).

Przypomnieć bowiem trzeba, że zgodnie z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1778 ze zm.) do składek na ubezpieczenia społeczne mają odpowiednie zastosowanie enumeratywnie wymienione przepisy ustawy Ordynacja podatkowa, w tym także przepisy regulujące odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe.

Odpowiedzialność członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej w organizacji za zaległości podatkowe (składkowe) uregulowana jest przede wszystkim w art. 116 Ordynacji podatkowej. Powołany przepis określa ramy normatywne osobistej odpowiedzialności członka zarządu spółki za składki ubezpieczeniowe, których spółka ta nie uregulowała. Odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania składkowe występuje w sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania składkowego przez płatnika, a zatem jest odpowiedzialnością za cudzy dług, uzależnioną od istnienia zobowiązania składkowego płatnika składek (spółki), co powoduje, że ma ona charakter akcesoryjny, następczy, gwarancyjny i subsydiarny. Odpowiedzialność ta powstaje na mocy konstytutywnej decyzji o odpowiedzialności podatkowej osób trzecich (art. 108 § 1 Ordynacja podatkowa w zw. z art. 31 i art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych), tworzącej nowe stosunki pod względem podmiotowym i przedmiotowym. Podmiotem tych stosunków są osoby trzecie, a przedmiotem - odpowiedzialność, która nie odnosi się do obowiązku świadczenia dłużnika składkowego, lecz dotyczy pokrycia długu. Odpowiedzialność osób trzecich została wprowadzona w interesie wierzycieli spółki, w tym wierzyciela składkowego (Zakładu Ubezpieczeń Społecznych), a jej funkcją jest ułatwienie zaspokojenia roszczeń zagrożonych niewypłacalnością dłużnika, przez poszerzenie kręgu podmiotów, od których wierzyciel składkowy może dochodzić zaspokojenia należności (por. wyrok SN z dnia 9 marca 2017 r., I UK 93/16, LEX nr 2296623).

Jak wynika z art. 116 a § 1 powołanej ustawy za zaległości podatkowe innych osób prawnych niż wymienione w art. 116 - w tym fundacji (art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach, Dz. U. z 2016 r., poz. 40 ze zm.) - odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie organów zarządzających tymi osobami. Przepis art. 116 stosuje się odpowiednio.

Do pozytywnych przesłanek odpowiedzialności członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (fundacji) na gruncie art. 116 Ordynacji podatkowej 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 części.

Zaakcentowania przy tym wymaga, iż w sprawach tego rodzaju na organie rentowym spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności pozytywnych, natomiast członek zarządu – aby uwolnić się od odpowiedzialności – powinien wykazać którąkolwiek z okoliczności negatywnych wskazanych powyżej (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26 października 2005 r., sygn. akt I FSK 30/05; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 14 września 2005 r., sygn. akt I FSK 2062/04).

W ocenie Sądu odwoławczego Sąd Okręgowy prawidłowo zastosował wszystkie omówione powyżej normy prawne.

Nie budziło wątpliwości zaistnienie pozytywnych przesłanek odpowiedzialności członka zarządu. Bezsprzeczne było, że zaległości z tytułu nieopłaconych przez fundację składek objęte zaskarżoną decyzją powstały w czasie, gdy J. M. pełnił funkcję wiceprezesa i członka zarządu Fundacji (...) we W. tj. w okresie od 3 czerwca 2006 r. do 28 lutego 2016 r. Nie była także kwestionowana przez odwołującego się bezskuteczność egzekucji prowadzonej przeciwko fundacji. Sąd odwoławczy, jak już wyżej wskazano, podziela prawidłowe ustalenia faktyczne i rozważania prawne Sądu Okręgowego poczynione w tym zakresie, nie widząc w związku z tym potrzeby ich ponownego przytaczania.

Trafnie bowiem Sąd I instancji wskazał, że na dzień wydania decyzji, tj. na dzień 30 grudnia 2016 r. egzekucja z majątku fundacji okazała się bezskuteczna, co wynika jednoznacznie z treści postanowienia Naczelnika Urzędu Skarbowego we W. z dnia 8 września 2016 r. o umorzeniu postępowania egzekucyjnego. Przez bezskuteczność egzekucji prowadzonej przez organ rentowy rozumieć należy sytuację, w której nie ma możliwości przymusowego zaspokojenia wierzyciela poprzez wszczęcie i przeprowadzenie przez organ egzekucyjny egzekucji skierowanej do majątku spółki z jakiegokolwiek jego części. Bezskuteczność egzekucji jest więc stanem obiektywnym, a przyczyny, jakie doprowadziły do jego powstania, pozostają bez znaczenia dla stwierdzenia jego zaistnienia. Przepis art. 116 § 1 OP uzależnia bowiem odpowiedzialność członków zarządu spółek kapitałowych wyłącznie od zaistnienia bezskuteczności egzekucji w stosunku do spółki nie odnosząc się przy tym do przyczyn takiego stanu rzeczy. Przyczyny te są więc prawnie obojętne dla stwierdzenia braku możliwości zaspokojenia egzekwowanej wierzytelności z majątku spółki (por. Sąd Najwyższy w uchwale w składzie 7 sędziów z 13 maja 2009r. I UZP 4/09 Legalis nr 128096).

Jak wynika z uzasadnienia postanowienia Naczelnika Urzędu Skarbowego we W. z dnia 8 września 2016 r. w sprawie umorzenia postępowania egzekucyjnego prowadzonego na podstawie tytułów wykonawczych, przeprowadzone czynności nie pozwoliły na ustalenie składników majątkowych zobowiązanego, z których można by przeprowadzić skuteczną egzekucję: Fundacja nie prowadzi działalności pod adresem (...) we W., a ostatnia deklaracja CIT8 złożona 31 marca 2016 r. wykazała zerowy dochód. Wobec tak pozyskanych informacji prowadzenie przez pozwanego dalszej egzekucji, przy ustaleniu, że fundacja nie posiada jakichkolwiek składników majątku było niecelowe.

W przedmiotowej sprawie pozwany wykazał zatem, że na dzień wydania decyzji orzekającej o odpowiedzialności J. M. wyczerpał środki prawne służące do wyegzekwowania świadczenia od Fundacji (...) we W. i egzekucja z majątku tego dłużnika okazała się bezskuteczna. Nadto pozwany wykazał także, że sporne zaległości z tytułu składek powstały w czasie, gdy wnioskodawca pełnił funkcję członka zarządu Fundacji.

Przechodząc do zarzutów błędnego ustalenia przez Sąd Okręgowy, że odwołujący się nie złożył we właściwym terminie wniosku o likwidację fundacji (a nie, jak błędnie wskazywał w zaskarżonej decyzji oraz w odpowiedzi na odwołanie pozwany – wniosku o ogłoszenie upadłości, którą to kwestię Sąd I instancji wyczerpująco uzasadnił) ani nie wykazał, że niezgłoszenie takiego wniosku nastąpiło bez jego winy, Sąd Apelacyjny wskazuje, że w pełni podziela i przyjmuje

za własne trafne i wyczerpujące rozważania Sądu Okręgowego poczynione w tej kwestii w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia.

Jak podnosił bowiem Sąd I instancji, zgodnie z art.15 ust.1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz. U. z 2018 r., poz. 1491), w razie osiągnięcia celu, dla którego fundacja była ustanowiona lub w razie wyczerpania środków finansowych i majątku fundacji, fundacja podlega likwidacji w sposób wskazany w statucie. Stosownie do art.15 ust.2 tejsze ustawy, jeżeli statut nie przewiduje likwidacji fundacji lub jego postanowienia w tym przedmiocie nie są wykonywane, w wypadkach wymienionych w ust.1 organ, o którym mowa w art.13, zwraca się do sądu o likwidację fundacji. Natomiast w myśl art.15 ust. 4 ustawy o fundacjach, jeżeli statut fundacji nie określa przeznaczenia środków majątkowych pozostałych po jej likwidacji, sąd orzeka o przeznaczeniu tych środków z uwzględnieniem celów, którym fundacja służyła. Jeśli więc fundacja nie ma majątku i środków finansowych dla zaspokojenia wierzycieli konieczne jest przeprowadzenie jej likwidacji. A skoro tak, to - w realiach niniejszej sprawy – ubezpieczony winien wykazać, że w odpowiednim momencie zostały podjęte czynności zmierzające do likwidacji fundacji (art.15 ust.1 ustawy o fundacjach). Dowodów na powyższą okoliczność skarżący jednak nie przedłożył, albowiem nie można za taki uznać zawartego w kserokopii protokołu rozprawy przeprowadzonej przed Sądem Rejonowym w Toruniu VII Wydziałem Gospodarczym Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 1 marca 2016 r. wyjaśnienia S. K., z którego wynika, że w marcu 2015 r. Fundacja złożyła w Sądzie wnioski o wykreślenie z Rejestru, przy czym został on – z uwagi na braki formalne – zwrócony. Powyższej okoliczności skarżący w żadnej mierze nie wykazał, a nadto, nawet gdyby przyjąć, że takowy wniosek istotnie został złożony w 2015 r. to i tak nie można uznać, że jego złożenie nastąpiło we właściwym czasie, gdyż z poczynionych w sprawie ustaleń wynika, że fundacja od 2007 r. (tj. od daty powstania) nie prowadziła i prowadzi żadnej działalności, a tym samym nie osiąga żadnych przychodów, co oznacza, że przesłanki do wszczęcia postępowania likwidacyjnego bezsprzecznie wystąpiły i to już w okresie znacznie wcześniejszym aniżeli wskazywany przez skarżącego w wywiedzionej apelacji.

Materiał dowodowy nie dał także podstaw do przyjęcia, by niepodjęcie działań zmierzających do likwidacji fundacji, nastąpiło bez winy ubezpieczonego. Dla jego odpowiedzialności nie ma przy tym znaczenia okoliczność, że - jak podnosił w odwołaniu - rzeczywiste zarządzanie fundacją należało do S. K., który jako pełnomocnik zarządu robił to samodzielnie, nie konsultując żadnych decyzji z zarządem, albowiem to członek zarządu ma prawo i obowiązek prowadzić sprawę fundacji, gdyż to jego właśnie prawo czyni „menadżerem” fundacji i osobą odpowiedzialną za jej losy. Jeśli nawet członek zarządu godzi się na jakies nieformalne ustalenia dotyczące tego, kto de facto prowadzi sprawę fundacji i godzi się na status menadżera pozornego, fikcyjnego, to nie zmienia to jego odpowiedzialności prawnej. Takie okoliczności jak: dobrowolne wyzbycie się możliwości rzeczywistego działania i reprezentowania spraw fundacji, mimo zgody na pełnienie funkcji członka zarządu, świadome godzenie się na dokonanie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego, którego dane korzystają z domniemania prawdziwości i niepodjęcie żadnych kroków celem wykreślenia wpisu, nie mogą zwalniać z odpowiedzialności, o której mowa w art. 116 § 1 i 2 O.p. Brak podejmowania przez członka zarządu działań mających na celu zapewnienie mu rzeczywistego egzekwowania praw i realizacji obowiązków przypisanych mu z racji piastowanej funkcji, nie może stanowić okoliczności wyłączającej odpowiedzialność za zobowiązania. Brak dostępu do informacji, co się dzieje w fundacji, nie zwalnia z odpowiedzialności członka zarządu za jej długi podatkowe (składkowe). Każdy członek zarządu obowiązany jest kontrolować sytuację w fundacji (spółce) przynajmniej z taką uwagą, która pozwala na zorientowanie się, że jest ona niewypłacalna i że należy wystąpić z wnioskiem o jej likwidację (wyrok Naczelnego Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 25 czerwca 2014 r., II FSK 1735/12, LEX nr 1518901; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 2 grudnia 2016 r., II GSK 3809/16, LEX nr 2206141; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 grudnia 2016 r., III SA/Wa 2820/15, LEX nr 2282253; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 sierpnia 2014 r., II FSK 2260/12, LEX nr 1498561). Konsekwencje przyjęcia na siebie obowiązków członka zarządu implikują bowiem określone skutki, a odpowiedzialność - jak wyjaśniał Sąd Apelacyjny w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 maja 2017 r. (III AUa 852/16, LEX nr 2310585) - wynika z samego faktu bycia członkiem zarządu od chwili powołania do zarządu do czasu skutecznego wygaśnięcia mandatu. Bierna postawa członka zarządu nie pozwala na uwolnienie się od odpowiedzialności za zobowiązania składkowe, a nadto

uniemożliwia - do czego zmierzał skarżący w wywiedzionej apelacji - wykazanie omawianej przesłanki uwalniającej od odpowiedzialności.

Zajmując stanowisko w przedmiocie zarzutu naruszenia przepisów prawa materialnego polegającego na błędnej interpretacji instytucji przedawnienia również należy uznać go za nieuprawniony. Apelujący podnosił bowiem, że z powołanego przez Sąd przepisu art. 118 Ordynacji podatkowej nie wynika, czy momentem od którego należy liczyć przedawnienie jest dzień wydania, czy doręczenia decyzji. Zdaniem skarżącego, uregulowania kwestii decyzji należy szukać w kodeksie postępowania administracyjnego, do czego odsyła art. 123 Ordynacji podatkowej, a konkretnie art. 109 k.p.a., który nakazuje decyzję doręczyć stronie oraz art. 110, z którego wynika, że organ jest związany tą decyzją od chwili jej doręczenia. W ocenie apelującego więc, jeśli w niniejszej sprawie doręczenie decyzji nastąpiło w dniu 17 stycznia 2017 r., to jest oczywiste, że nastąpiło przedawnienie.

Stanowisko wnioskodawcy jest błędne.

Jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2010 r., III UK 27/10 (LEX nr 786815) pojęcie wydania decyzji, określonej w art. 118 § 1 Ordynacji podatkowej nie oznacza jej doręczenia. Sąd wyjaśnił, że chociaż przedmiotowy problem nie był jednakowo rozstrzygany w judykaturze, to w chwili obecnej, tak w doktrynie, jak i orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego i Sądu Najwyższego dominuje pogląd, że wydanie decyzji na podstawie art. 118 § 1 Ordynacji podatkowej nie obejmuje obowiązku jej doręczenia. I tak Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 25 kwietnia 2006 r., II OSK 714/05 (ONSAiWSA 2006 Nr 5, poz. 132) stwierdził, iż obowiązujące przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego nie dają podstaw do utożsamiania wydania decyzji z jej doręczeniem. W wyroku tym podkreślono znaczenie dla wykładni omawianej normy przepisu art. 107 § 1 k.p.a., który stanowi, że jednym z elementów decyzji jest data jej wydania. Przepis art. 107 § 1 k.p.a. nie stwarza możliwości pozostawienia w treści tego aktu miejsca na wpisanie w przyszłości daty wydania decyzji, dlatego też organ nie może wyczekiwać chwili, w której decyzja zostanie doręczona, aby w stosownym momencie wprowadzić do jej treści datę wydania. Określenie w tym przepisie daty wydania decyzji, jako jej niezbędnego elementu ma przeciwdziałać sytuacji, w której za datę wydania decyzji należałoby uznać datę doręczenia jej stronie lub stronom. Bez tego elementu (daty) w postępowaniach administracyjnych, w których uczestniczyłyby wiele stron, powstałaby konieczność przyjęcia kilku różnych dat wydania decyzji, trudno bowiem założyć, aby w praktyce doręczenie stronom decyzji nastąpiło w tym samym czasie. Uznanie sprawy za załatwioną w kilku różnych datach pozostawałoby w sprzeczności z racjonalnym interpretowaniem prawa. Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił także, że sąd administracyjny ocenia zgodność z prawem zaskarżonej doń decyzji wedle stanu prawnego, jaki obowiązywał w dacie jej wydania. Trudno byłoby wyobrazić sobie efektywność takiej kontroli przy akceptacji tezy, że miarodajną dla oceny legalności decyzji byłaby data jej doręczenia stronie.

W uchwale z dnia 17 grudnia 2007 r., I FPS 5/07 (ONSAiWSA 2008 Nr 2, poz. 22) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził wprost, że pojęcie wydania decyzji, określonej w art. 118 § 1 Ordynacji podatkowej nie oznacza jej doręczenia. W jej uzasadnieniu podkreślono, że przepis ten skierowany jest do organu, który może skorzystać z określonych w nim kompetencji w odpowiednim czasie, po upływie którego traci przyznane w nim prawo do działania. Sposób sformułowania tego przepisu przez użycie określenia „nie można wydać decyzji” wskazuje, że bezpośrednio kształtuje on uprawnienia organu podatkowego, jakkolwiek pośrednio wynika z niego pozycja strony postępowania prowadzonego na jego podstawie. Z tego względu, jeśli wziąć pod uwagę literalne znaczenie określenia „wydanie decyzji”, należy uznać, że pojęcie to odnosi się do sporządzenia aktu (decyzji) w ustawowo przewidzianej formie. Wyrazem sporządzenia decyzji jest, między innymi, jej podpisanie przez osobę upoważnioną i opatrzenie datą wydania. Okoliczność, że zarówno w przepisach procesowych, jak i w materialnoprawnych zawartych w Ordynacji podatkowej jest mowa o wydaniu, ale i o doręczeniu decyzji, potwierdza (przy założeniu racjonalności ustawodawcy), że pojęcia te mają odmienne znaczenia i pełnią różne funkcje. W prawie publicznym, do którego zalicza się prawo podatkowe, prymat wykładni językowej wynika przede wszystkim z potrzeby zapewnienia realizacji zasady pewności stanu prawnego i związanej z nią zasady zaufania, wynikających z art. 2 Konstytucji. Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego, za niedopuszczalnością odejścia przy interpretowaniu art. 118 § 1 Ordynacji podatkowej od wyników wykładni językowej przemawia także to, iż wiązanie uprawnienia organów do wydania decyzji odnoszących

się do odpowiedzialności osób trzecich z ich doręczeniem mogłoby także oznaczać naruszenie konstytucyjnej zasady równości wobec prawa, gdy taka odpowiedzialność dotyczy kilku osób, wobec których doręczenie w jednym terminie okazałoby się niemożliwe, na skutek czego wobec niektórych z nich mogłoby dojść do przedawnienia prawa do orzekania (por. też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2011 r., III UK 56/11 LEX nr 1647079).

W odniesieniu do odpowiedzialności osób trzecich za zaległości z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne mają zastosowanie dwa terminy przedawnienia: pięcioletni termin do wydania decyzji stwierdzającej ową odpowiedzialność (art. 118 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 ustawy systemowej) oraz pięcioletni termin przedawnienia należności wynikających z tej decyzji (art. 24 ust. 5d ustawy systemowej).

W rozpoznawanej Sąd Okręgowy dokonał prawidłowej oceny zachowania przez pozwanego terminu wydania decyzji o odpowiedzialności osoby trzeciej (art. 118 § 1 Ordynacji podatkowej) i braku przedawnienia składek (art. 24 ust. 5d ustawy systemowej). Pozwany wskazany termin do wydania decyzji zachował, gdyż najwcześniej należna składka (za czerwiec 2011 r.) była wymagalna 15 lipca 2011 r. i od końca roku kalendarzowego, w którym powstała zaległość (31 grudnia 2011r.) do dnia wydania zaskarżonej decyzji (30 grudnia 2016 r.) nie upłynęło 5 lat.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd pierwszej instancji w zaskarżonym wyroku w sposób nie naruszający prawa dokonał subsumcji art. 31 ustawy systemowej w związku z art. 116a Ordynacji podatkowej.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny, na mocy art. 385 k.p.c., orzekł, jak w punkcie 1 sentencji.

W punkcie II wyroku Sąd Apelacyjny wydał rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów postępowania za II instancję, które znajduje swoje uzasadnienie w treści art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. w zw. z art. 108 k.p.c. oraz § 2 pkt 4 w zw. z § 10 ust.1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U 2015 r., poz. 1804), mając na uwadze datę wniesienia apelacji (27 września 2017 r.).

SSA Małgorzata Gerszewska SSA Iwona Krzeczowska-Lasoń SSO del. Monika Popielińska