

Sygn. akt III AUa 1516/14

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 10 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie Wydział III Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Agata Pyjas - Luty (spr.)
Sędziowie:	SSA Jadwiga Radzikowska SSO del. Bożena Lichota
Protokolant:	st. sekr. sądowy Mariola Pater

po rozpoznaniu w dniu 10 marca 2015 r. w Krakowie

sprawy z wniosku **A. U.**

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

przy udziale zainteresowanych: **E. M., J. D.**

o przeniesienie odpowiedzialności z tytułu składek

na skutek apelacji wnioskodawcy A. U. oraz organu rentowego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w C.

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie Wydziału VIII Ubezpieczeń Społecznych

z dnia 20 września 2011 r. sygn. akt VIII U 173/10

**I. z m i e n i a zaskarżony wyrok w punkcie I w ten sposób, że stwierdza, iż A. U. nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania (...) Sp. z o.o. w T. z tytułu składek za miesiąc styczeń 2005r. i kwiecień 2005r., a w pozostałej części odwołanie oddala,**

**II. w pozostałej części oddala obydwie apelacje,**

**III. koszty postępowania między stronami wzajemnie znosi.**

Sygn. akt III AUa 1516/14

## UZASADNIENIE

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w C. decyzją z dnia 21 grudnia 2009 r. przeniósł na A. U. jako członka zarządu (...) spółki z o.o. z siedzibą w T. odpowiedzialność całym swoim majątkiem za zobowiązania powstałe na skutek nieopłacenia składek na ubezpieczenie społeczne tej spółki za okres od stycznia do kwietnia 2005 r.; na ubezpieczenie

zdrowotne od stycznia do lutego 2005 r. oraz na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych od stycznia do kwietnia 2005 r. - w łącznej kwocie wraz z odsetkami w wysokości 586.653,01 zł .

Wyrokiem z dnia 20 września 2011 r. Sąd Okręgowy w Krakowie zmienił częściowo zaskarżoną przez odwołującego się decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w C. w ten sposób, że ustalił, iż A. U. nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania "G. - K." spółki z o.o. z siedzibą w T. z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne od stycznia 2005 r. do 17 kwietnia 2005 r.; z tytułu składek na ubezpieczenia zdrowotne od stycznia 2005 r. do lutego 2005 r. i z tytułu składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych od stycznia 2005 r. do 17 kwietnia 2005 r., a dalej idące powództwo oddalił.

Sąd Okręgowy w Krakowie uznał za bezsporne, że A. U. jest z wykształcenia prawnikiem. W okresie od 3 stycznia 2005 r. do 30 kwietnia 2005 r. był vice-prezesem zarządu przedmiotowej spółki ds. organizacyjno- produkcyjnych. Prezesem spółki, od początku jej działania do 15 lutego 2005 r. oraz od 30 kwietnia 2005r. do końca jej działalności, był zainteresowany J. D.. W okresie od 15 lutego 2005 r. do 30 kwietnia 2005 r. prezesem spółki była zainteresowana E. D. (obecnie M.) - ówczesnie żona J. D.. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w C. podejmował działania mające na celu wyegzekwowanie wierzytelności z majątku spółki. Egzekucja prowadzona na podstawie tytułów egzekucyjnych przez Dyrektora Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w C., okazała się jednak bezskuteczna. Odwołujący się nie kwestionował określonego sporną decyzją zadłużenia spółki (...) w T. oraz wykazanych przez organ rentowy okresów, za które nie zostały opłacone sporne należności składkowe. Sąd pierwszej instancji wskazał, że organ rentowy wydał decyzje o odpowiedzialności, choć za różne okresy, wobec pozostałych członków zarządu: E. D., J. D., K. P. i F. U..

Ponadto Sąd Okręgowy ustalił, że przedmiotem działalności(...) spółki z o.o. w T., działającej od 1 stycznia 2001 r., było konfekcjonowanie tkanin. Spółka nie opłaciła składek na ubezpieczenie społeczne za sporny okres ponieważ nie było wpłat od dłużników, w łącznej wysokości 1,5 mln zł - w szczególności od spółki (...) z K. . Sytuacja spółki na grudzień 2004 r. była trudna ze względu na wysokie należności wobec organu rentowego, przekraczające kwotę 2.700.000 zł. Z raportu kontroli wewnętrznej z dnia 21 stycznia 2005 r., sporządzonego przez doradcę podatkowego T. S., wynikało jednakże, że po odzyskaniu wierzytelności sytuacja finansowa spółki uległaby zmianie, a po zawarciu porozumienia z ZUS w zakresie restrukturyzacji zobowiązań, renegecji niekorzystnych umów z kontrahentami oraz ewentualnie sprzedaży części majątku, istniałaby możliwość na wyprowadzenie spółki z trudniej sytuacji finansowej. W raporcie podkreślono, że w trakcie czynności kontroli wewnętrznej, podjęte zostały znaczące działania zarządu spółki mające pozytywny wpływ na sytuację ekonomiczną spółki. Doradca podatkowy wymienił jako te czynności: zawarcie w dniu 7 stycznia 2005 r. porozumienia pomiędzy zarządem spółki, a związkami zawodowymi w sprawie zobowiązań pracowniczych za pranie odzieży, wpłatę na rzecz ZUS w dniu 14 stycznia 2005 r. kwoty 48.049,70 zł tytułem spłaty zadłużenia z tytułu składki zdrowotnej za 2001r. oraz bieżącą zaległość z tyt. składki na ubezpieczenie społeczne oraz przejęcie przez ZUS wierzytelności wobec (...) S.A w K. w kwocie 912.725,09 zł. Doradca poddał jedynie pod rozagę zarządu spółki kwestię czy nie wystąpiły przesłanki niewypłacalności, o których mowa w art. 11 prawa upadłościowego i naprawczego. Sprawozdanie finansowe za okres od stycznia 2001r. do końca grudnia 2001r. wykazywało, że majątek Spółki wystarczał na zaspokojenie jej długów, ale wskazywało również na trwale zaprzestanie ich płacenia, co wykazuje kwota zobowiązań przeterminowanych na grudzień 2001r. w wysokości 461.733,85 zł. Równocześnie zobowiązania z tytułu podatków i ceł wynosiły 1.514.046,58 zł, a wobec ZUS 991.532,98 zł, z tytułu podatku VAT 375.135,52 zł, z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych 88.945,00 zł, a z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych 58.433,08 zł. Sąd Okręgowy wskazał dalej, że A. U. jako v-ce prezes ds. organizacji i produkcji zajmował się reformą systemu wynagrodzeń dla szwaczek (280 osób) i nadzorował produkcję. W styczniu 2005 r. wiedział jedynie, że spółka jest w trudniej sytuacji finansowej oraz że rozpoczęto próby spłacania zaległości. Odwołujący się , w dniu 18 kwietnia 2005 r. zrezygnował z funkcji członka zarządu, ponieważ stwierdził, że sytuacja spółki ulega pogorszeniu. Obejmując funkcję v-ce prezesa odwołujący opierał się wyłącznie na raporcie z dnia 21 stycznia 2005 r., natomiast na przełomie kwietnia 2005 r. zaczął zapoznawać się z bilansami spółki za poprzednie lata i sprawozdaniem finansowym składanym do KRS-u, rachunkiem zysków i strat i informacją dodatkową. W dniu 30 kwietnia 2005 r. doszło do jego spotkania z udziałem J. D. - właściciela spółki, prezesa zarządu oraz księgowego, które utwierdziło A. U. w przekonaniu, że nierealne są przesłanki do programu naprawczego w postaci inwestora i

restrukturyzacji, co zdecydowało o podtrzymaniu złożonej w dniu 18 kwietnia 2005 r. rezygnacji z funkcji członka zarządu.

Na wniosek Naczelnika Urzędu Skarbowego w C., postanowieniem Sądu Rejonowego dla Krakowa- Śródmieścia w Krakowie z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. VIII GU 181/06/S) została ogłoszona upadłość spółki (...), a postanowieniem tego Sądu z 27 lipca 2007 r. umorzono upadłość, gdyż majątek spółki nie pozwalał na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego. Wcześniej organ rentowy skierował egzekucję do majątku spółki, która okazała się bezskuteczna.

W tak ustalonym stanie faktycznym sprawy Sąd Okręgowy przyjął, że odwołanie A. U. zasługuje na częściowe uwzględnienie. Sąd pierwszej instancji, wskazując na treść art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz.U. z 2005 r. nr. 8, poz. 60 ze zm.), podniósł, iż wykazanie przesłanek egzoneracyjnych wskazanych w tym przepisie obciąża członka zarządu, zaś organ rentowy winien wykazać, że egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, oraz iż decyzja obejmuje zaległości z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez zobowiązanego obowiązków członka zarządu. W rozpoznawanej sprawie organ rentowy wykazał w prawidłowy sposób bezskuteczność egzekucji prowadzonej wobec spółki. Z formalnego punktu widzenia A. U. jako członek zarządu spółki należy do kręgu osób ponoszących solidarną odpowiedzialność za zobowiązania spółki.

Odnosnie dwóch punktów warunkujących odpowiedzialność odwołującego się, Sąd Okręgowy wyróżnił dwa okresy na przestrzeni pełnienia przez A. U. funkcji v-ce prezesa zarządu spółki. W okresie od stycznia 2005 r. do 17 kwietnia 2005 r. (przed złożeniem rezygnacji z funkcji członka zarządu), według tego Sądu, zgromadzone dowody wskazują, że odwołujący się nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania spółki z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne. Podstawowym dowodem w tej sprawie jest raport z kontroli wewnętrznej z dnia 21 stycznia 2005 r., uzupełniony rzetelnymi zeznaniami świadka T. S.- doradcy podatkowego, który go sporządził oraz zeznania odwołującego się. Odwołujący zeznał bowiem, że w oparciu o ten raport oceniał sytuację finansową spółki. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, powyższy raport nie dokonywał zaś jednoznacznej oceny sytuacji spółki ponieważ z jednej strony w pkt. 7 poddawał pod rozwagę zarządu kwestię, czy nie wystąpiły przesłanki niewypłacalności, o których mowa w art. 11 prawa upadłościowego i naprawczego, a z drugiej strony wskazywał na możliwość wyprowadzenia spółki z trudnej sytuacji, zalecając konkretne działania w postaci zawarcia porozumienia z ZUS odnośnie restrukturyzacji zobowiązań; odzyskanie wierzytelności od firmy (...) S.A. w K.; renegotjacje niekorzystnych umów z kontrahentami, a nawet ewentualnie sprzedaż części majątku. Ponadto doradca podatkowy pozytywnie ocenił i wymienił: „znaczące działania zarządu mające pozytywny wpływ na sytuację ekonomiczną spółki” podjęte już w styczniu 2005 r., w trakcie kontroli wewnętrznej. Powyższe wraz z rzetelnymi zeznaniami świadka T. S., oznacza, według Sądu, że zarząd spółki, w szczególności J. D. (właściciel zajmujący się finansami), próbował restrukturyzować spółkę. Na podstawie powyższego raportu A. U. mógł zatem słusznie przyjmować, że istnieje możliwość wyprowadzenia spółki z trudnej sytuacji finansowej. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, z tych przyczyn, stan wiedzy odwołującego się w powyższym okresie faktycznie nie uzasadniał jego odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Tym bardziej, że podejmowanie prób restrukturyzacji spółki, nie może według Sądu stanowić zarzutu wobec zarządu spółki ponieważ jest to obowiązek tego organu i stanowi działanie w dobrze pojętym interesie społecznym, ze względu na znaczenie przedsiębiorczości, tak w znaczeniu społecznym w postaci miejsc pracy (aż dla 280 osób), poprzez kwestię wpływów do budżetu państwa (danina publiczno-prawna), a kończąc na istotnym znaczeniu dla całej gospodarki. Sąd Okręgowy podkreślił, że istotne jest jednak, aby podejmowane działania wpłynęły na poprawę sytuacji spółki, co w tym wypadku nie nastąpiło, gdyż później spółka straciła płynność finansową, co spowodowało wzrost jej zadłużenia.

Według Sądu, na dzień 18 kwietnia 2005 r. odwołujący się posiadał już jednak wiedzę o złym stanie finansów spółki ponieważ podjął decyzję o rezygnacji z funkcji członka zarządu w oparciu o zapoznanie się z wcześniejszymi bilansami i rachunkiem zysków i strat. Zatem dzień 18 kwietnia 2005 r. winien być dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez odwołującego się, czego nie uczynił, a co według Sądu, skutkuje odpowiedzialnością A. U. za zobowiązania składkowe od tej daty do końca kwietnia 2005 r.

Z tych względów Sąd Okręgowy, na podstawie w/w przepisu art. 116 § 1 pkt 1 ordynacji podatkowej zmienił częściowo zaskarżoną decyzję, a w pozostałym zakresie oddalił odwołanie.

Apelację od wyroku wywiódł odwołujący A. U. oraz Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w C..

Odwołujący zaskarżył wyrok w części oddalającej odwołanie. Zarzucił naruszenie przepisów postępowania, w szczególności art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i przyjęcie, że dzień 18 kwietnia 2005 r. z uwagi na stan posiadanej przez odwołującego się wiedzy winien być dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości; naruszenie przepisów art. 116 Ordynacji podatkowej, art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych określających zasady odpowiedzialności członków zarządu za zaległe składki poprzez przyjęcie, że zaskarżona decyzja mimo, iż pomija w swej treści osoby pełniące funkcję prezesów zarządu w okresie gdy v-ce prezesem był skarżący oraz zakres ich odpowiedzialności jest zgodna z prawem.

Wskazując na powyższe zarzuty A. U. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie II i orzeczenie, że nie jest on odpowiedzialny za zobowiązania (...) sp. z o.o. z siedzibą w T. z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne za okres od 18 kwietnia do 30 kwietnia 2005 r. oraz składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od 18 kwietnia do 30 kwietnia 2005 r. Apelujący podniósł przede wszystkim, że zaskarżona decyzja jest niezgodna z prawem z powodu nieobjęcia jej treścią wszystkich osób sprawujących funkcję prezesów zarządu w czasie, gdy odwołujący się pełnił funkcję v-ce prezesa, jak również nie określenie zakresu ich odpowiedzialności. W tej kwestii odwołujący się w pełni podtrzymał argumenty prawne zawarte w swoich pismach procesowych z dnia 11 kwietnia 2011 r. oraz 1 września 2011 r. Wskazał, że wbrew stanowisku Sądu Okręgowego odpowiedzialność solidarna członków zarządu za zobowiązania składkowe nie powstaje ex lege, a jest wynikiem decyzji organu rentowego, która to decyzja ma charakter konstytutywny. Apelujący wskazał także, że wydana wobec E. D. (obecnie M.) decyzja ZUS przenosząca na nią odpowiedzialność za zaległości składkowe, jest przedmiotem postępowania odwoławczego przed Sądem Okręgowym w Krakowie, gdzie ta podnosi, iż nie brała udziału w postępowaniu administracyjnym przed organem rentowym z powodu braku zawiadomienia jej o tym postępowaniu. Zawiadomienie o oddzielnym w stosunku do niej postępowaniu zostało jej doręczone na adres pod którym nigdy nie była zameldowana, ani nie zamieszkiwała. Konsekwencją tego będzie stwierdzenie nieważności względnie uchylene decyzji jej dotyczącej.

W piśmie procesowym z dnia 15 maja 2012 r. ( k. 191) apelujący podniósł dodatkowo, że zaskarżona decyzja jest niezgodna z prawem, a to z treścią art. 116 § 2 Ordynacji podatkowej. Odwołujący pełnił funkcję v-ce prezesa zarządu w okresie od 3 stycznia do 30 kwietnia 2005 r. Terminem płatności należności składkowych jest zgodnie z art. 47 ust.1 pkt 3 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych -15 dzień następnego miesiąca za który składki mają być zapłacone. Zatem - według skarżącego - zakres jego odpowiedzialności winien obejmować należności składkowe za miesiące: grudzień 2004 r., styczeń, luty i marzec 2005 r., a nie jak przyjęto okres styczeń - kwiecień 2005 r. Ponadto z uwagi na fakt pełnienia przez skarżącego funkcji członka zarządu w okresie, gdzie członkami zarządu byli też J. D. i E. D. ( M.) odpowiedzialność ich powinna być solidarna z odwołującym się, co winno było znaleźć swoje odzwierciedlenie w zaskarżonej decyzji, gdyż ta przenosi odpowiedzialność jedynie na A. U..

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w C. zarzucił w apelacji naruszenie art. 116 § 1 pkt 1 b Ordynacji podatkowej poprzez przyjęcie, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub nieszczęście postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości ( postępowania układowego) nastąpiło bez winy A. U.; wyrok pozostaje w sprzeczności z zebrany w sprawie materiałem dowodowym. W konsekwencji organ rentowy wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania. Podniósł, że przedmiotowa spółka (...) prowadziła pełną księgowość i co miesiąc sporządzane były sprawozdania finansowe określające sytuację finansową spółki. Zatem nie zapoznanie się przez członka zarządu A. U. z treścią tych sprawozdań lub ignorowanie ich treści nie może wyłączać jego winy na gruncie art. 116 Ordynacji podatkowej. Według apelującego organu rentowego z uzasadnienia wyroku wynika, że już sprawozdanie finansowe za 2001 r. wykazywało podstawę do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. W następnym okresie było już tylko gorzej . Sama zaległość z tytułu należności składkowych w dacie objęcia przez ubezpieczonego funkcji członka zarządu bez odsetek za zwłokę, wzrosła do kwoty 3.150. 461,53 zł. W tym kontekście podejmowane przez

ubezpieczonego próby restrukturyzacji zadłużenia Spółki, były od początku skazane na niepowodzenie. Szczególnie, że jak to ustalił Sąd Okręgowy, były one podejmowane w oparciu o niepełną wiedzę w zakresie stanu finansowego spółki. W tej sytuacji, zdaniem apelującego organu rentowego, A. U. winien w całości odpowiadać za zaległości składkowe spółki w okresie wskazanym w decyzji z dnia 21 grudnia 2009 r.

Rozpoznając apelacje stron po raz pierwszy Sąd Apelacyjny w Krakowie wyrokiem z dnia 3 października 2012 r. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie II oraz poprzedzając go decyzją organu rentowego w ten sposób, że stwierdził, iż odwołujący się nie jest odpowiedzialny za zobowiązania Spółki z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne oraz na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od 18 kwietnia 2005 r. do 30 kwietnia 2005 r. (pkt I) i oddalił apelację organu rentowego (pkt II).

Sąd Apelacyjny podniósł, że zaskarżona przez odwołującego się decyzja organu rentowego wskazuje tylko na niego jako osobę odpowiedzialną całym majątkiem za zobowiązania składkowe Spółki, nie zawiera natomiast stwierdzenia, że odpowiedzialność odwołującego się jest solidarna i w jakim zakresie z pozostałymi członkami zarządu E. M. i J. D. (dalej: „zainteresowani”). Wydanie tej decyzji poprzedziło z kolei postępowanie administracyjne dotyczące samego odwołującego się, przy oddzielnie toczących się postępowaniach dotyczących zainteresowanych. W ocenie sądu odwoławczego, zaskarżona przez odwołującego się decyzja została wydana w sposób wadliwy i naruszający art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, z tej przyczyny, że nie obejmuje wszystkich członków zarządu i nie wskazuje na ich wspólną odpowiedzialność solidarną i zakres tej odpowiedzialności w okresie od stycznia do kwietnia 2005 r. Przy prezentowaniu takiego stanowiska sąd drugiej instancji powołał się na poglądy wyrażone przez Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 16 lipca 2008 r., I UK 9/08 (OSNP 2009 nr 23-24, poz. 324), z dnia 4 października 2011 r., I UK 113/11 (niepublikowanym) i z dnia 6 marca 2012 r., I UK 318/11 (LEX nr 1165286), wskazując, że w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 15 października 2009 r., I I UZP 3/09 (OSNP 2011 nr 1-2, poz. 13) Sąd Najwyższy przeciwstawił się jedynie tezie, iż decyzja musi obejmować także spółkę.

Na skutek skargi kasacyjnej organu rentowego Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 20 sierpnia 2014r. uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Apelacyjnemu w Krakowie do ponownego rozpoznania o orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego. Rozstrzygnięcie powyższe zapadło po przedstawieniu przez skład zwykły Sądu Najwyższego postanowieniem z dnia 3 grudnia 2013 r. - na podstawie art. 398<sup>17</sup> § 1 k.p.c. - do rozstrzygnięcia powiększonemu składowi tego Sądu zagadnienie prawne: czy na podstawie art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (jednolity tekst: Dz.U. z 2012 r., poz. 749 ze zm.) w związku z art. 31 i 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 ze zm.; dalej jako: „ustawa systemowa”) dopuszczalne jest pominięcie w decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych ustalającej odpowiedzialność członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zaległości składkowe spółki wskazania, że odpowiedzialność ta jest solidarna z innymi członkami zarządu, co do których zostały wydane odrębne decyzje. Po rozpoznaniu przedstawionego zagadnienia prawnego, Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów podjął uchwałę z dnia 16 kwietnia 2014 r., I UZP 2/13 (Biul. SN 2014 nr 4, s. 20), stwierdzając, że decyzja Zakładu Ubezpieczeń Społecznych ustalająca odpowiedzialność członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zaległości składkowe spółki nie musi zawierać wskazania, że odpowiedzialność ta jest solidarna z innymi członkami zarządu, co do których zostały wydane odrębne decyzje (art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i 32 ustawy systemowej). W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy podniósł, między innymi, że „zgodnie z art. 369 k.c. solidarność wynika z ustawy lub z czynności prawnej. Przewidziana w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej solidarna odpowiedzialność członków zarządu za zaległości składkowe spółki bez wątplenia wynika przy tym z ustawy, a nie z czynności prawnej. Za uprawnione należy zatem uznać stwierdzenie, że o ile dla samego powstania odpowiedzialności członków zarządu za zaległości składkowe spółki konieczne jest wydanie konstytutywnej decyzji przenoszącej na te osoby ową odpowiedzialność, gdyż wynika to z regulacji art. 108 § 1 Ordynacji podatkowej, o tyle solidarny charakter tej odpowiedzialności wynika z mocy ustawy, a więc z mocy samego prawa. W decyzji tej nie ma bowiem żadnych przesłanek o charakterze uznaniowym, które byłyby zależne od organu ustalającego odpowiedzialność. Wszystkie przesłanki odpowiedzialności osoby trzeciej są ustawowo określone (w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej). Dlatego też organ rentowy po wydaniu jednej prawomocnej decyzji obejmującej wszystkich członków zarządu lub

kilku kolejnych prawomocnych decyzji obejmujących łącznie wszystkich członków zarządu, przenoszących na te osoby odpowiedzialność za zaległości składkowe spółki, może, stosownie do art. 366 § 1 k.c., żądać zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności w całości lub w części od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna. (...) Tylko niewydanie konstytutywnej decyzji w stosunku do któregośkolwiek z odpowiedzialnych członków zarządu spółki wyłącza bowiem możliwość dochodzenia przez osoby obciążone, które uregulują orzeczone (wymierzone) taką decyzją zaległości składkowe na rzecz organu rentowego, roszczeń regresowych przysługujących im wobec pozostałych członków zarządu na podstawie art. 376 k.c.”

W konsekwencji podjętej uchwały, uwzględniając skargę kasacyjną odwołującego, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji na podstawie art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c. oraz odpowiednio stosowanego art. 108 § 2 k.p.c.

### **Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacje obydwu stron okazały się częściowo uzasadnione.

Rozpoznając sprawę ponownie po uchyleniu zaskarżonego skargą kasacyjną wyroku Sąd Apelacyjny uzupełnił postępowanie dowodowe w celu poczynienia ustaleń w związku z podniesionymi w apelacji odwołującego zarzutu braku objęcia decyzją organu rentowego o przeniesieniu na niego jako członka zarządu odpowiedzialności z tytułu nieopłaconych przez (...) sp. z o.o. w T. składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne i Fundusz Pracy wszystkich osób będących w spornym okresie członkami zarządu, ponoszącymi solidarną odpowiedzialność za składki na podstawie art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (jednolity tekst: Dz.U. z 2012 r., poz. 749 ze zm.), poprzez przeprowadzenie dowodu z akt rejestrowych spółki (...) prowadzonych przez Sąd Rejonowy dla Krakowa –Śródmieścia w Krakowie Kr XII Ns –Rej KRS (...). W oparciu o znajdujące się w tych aktach dokumenty Sąd Apelacyjny ustalił, że A. U. objął funkcję wiceprezesa zarządu spółki z dniem 3 stycznia 2005r. a rezygnację z tej funkcji złożył w dniu 30 kwietnia 2005r. i uchwałą nr NZW 02/04/2005 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników spółki z dnia 30 kwietnia 2005r. i z tą datą rezygnacja ta została przyjęta (rezygnacja A. U. -k. 476 akt rejestrowych) i uchwałą NZW 02/04/2005 –k.477 akt rejestrowych). Ponadto w spornym okresie funkcję prezesa zarządu spółki pełnił J. D. do dnia 14 lutego 2005r, natomiast uchwałą nr NZW 02/02/2005 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników spółki z 14 lutego 2005r. został on odwołany z tą datą z pełnionej funkcji i zwolniony z obowiązku świadczenia pracy i w jego miejsce uchwałą nr NZW 03/02/2005 z tej samej daty na prezesa zarządu spółki powołano z dniem 14 lutego 2005r. zainteresowaną E. D., obecnie M. (uchwała NZW 02/02/2005 k.431 akt rejestrowych, uchwała NZW 03/02/2005 - k.431 akt rejestrowych). E. D. pełniła funkcję prezesa zarządu do dnia 30 kwietnia 2005r., z tym dniem zrezygnowała z pełnionej funkcji, a prezesem zarządu został ponownie J. D. ( uchwała NZW nr 01/04/2005 k. 473 akt rejestrowych). Nadto w oparciu o sporządzone przez organ rentowy wyszczególnienie zaległości składkowych objętych zaskarżoną w sprawie decyzją Sąd Apelacyjny ustalił, iż decyzją z dnia 21 grudnia 2009r. przeniesiono na A. U. odpowiedzialność za składki należne i nie zapłacone za miesiące od stycznia 2005 do kwietnia 2005r., których terminu płatności przypadały odpowiednio w datach 15 lutego, 15 marca, 15 kwietnia i 15 maja 2005r.( zestawienie zaległości –k. 337 akt sprawy). Sąd Apelacyjny podzielił i przyjął za własne ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego w zakresie istnienia zaległości składkowych po stronie spółki (...), bezskuteczności egzekucji prowadzonej przeciwko spółce, istnieniu i wielkości niezapłaconych zobowiązań już od 2001r., niewypłacalności spółki istniejącej już w styczniu 2005r., okoliczności ogłoszenia upadłości spółki w dniu 30 stycznia 2007r. i umorzenia postępowania upadłościowego postanowieniem z dnia 27 lipca 2007r. wobec braku po stronie spółki środków pozwalających na poniesienie kosztów postępowania upadłościowego. W przedstawionym zakresie ustalenia Sądu Okręgowego nie były zresztą kwestionowane przez żadną z apelujących stron, których stanowiska różniły się jedynie w kwestii oceny wpływu przedstawionych ustaleń na zasadę i zakres odpowiedzialności odwołującego. Ze względów podanych poniżej Sąd Apelacyjny nie podzielił jedynie stanowiska Sądu Okręgowego, iż w tak ustalonej sytuacji finansowej spółki jako datę właściwą do złożenia przez odwołującego wniosku o upadłość winno się przyjąć dzień 18 kwietnia 2005r.

Oceniając zatem zasadność przeniesienia na A. U. jako członka zarządu spółki odpowiedzialności za nieopłacone składki na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne i Fundusz Pracy Sąd Apelacyjny miał na uwadze, iż w myśl art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2012r. poz. 749) pozytywne przesłanki

obciążenia odpowiedzialnością członka zarządu za zobowiązania z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, których wykazanie obciąża organ rentowy, to nieskuteczna egzekucja z majątku spółki (§1) oraz wykazanie, że zaległości dotyczą zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu (§2 w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 7 listopada 2008r. o zmianie ustawy ordynacja podatkowa i niektórych innych ustaw – Dz.U. 2008 Nr 209 poz. 1318, mającym zastosowanie w niniejszej sprawie w związku z treścią art. 8 ustawy zmieniającej – por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 sierpnia 2010r., I UK 87/10, OSNP 2011/23-24/309). Jak prawidłowo przyjął Sąd Okręgowy, bezskuteczność egzekucji prowadzonej przeciwko spółce została w niniejszej sprawie wykazana. Z ustaleń Sądu Apelacyjnego z kolei wynika, że zaległości objęte zaskarżoną decyzją obejmują zaległości z tytułu składek, których terminy płatności upływały w okresach, kiedy odwołujący pełnił funkcję członka zarządu z wyjątkiem zaległości za miesiąc kwiecień 2005r., których terminy płatności upływał w dniu 15 maja 2005r, a zatem już po dacie przyjęcia rezygnacji i odwołania A. U. z funkcji prezesa zarządu. W tym bowiem okresie, pomimo, iż formalnie wykreślenie go jako członka zarządu w KRS nastąpiło dopiero w dniu 18 maja 2005r., , który to wpis posiada charakter deklaratoryjny, odwołujący nie był już członkiem zarządu wobec rezygnacji z członkostwa w zarządzie i formalnego przyjęcia odwołania przez Zgromadzenie Wspólników w dniu 30 kwietnia 2005r. należy mieć na uwadze, że prawny status członka zarządu spółki określają umowa spółki i przepisy art. 201-211 kodeksu spółek handlowych. W świetle tych unormowań za członka zarządu można uznawać tylko osobę, która w przewidzianym prawem trybie powołana została na tę funkcję i której mandat nie wygasł zgodnie z powołanymi przepisami. W utrwalonym orzecznictwie przyjmuje się, że zakwalifikowanie danej osoby jako członka zarządu nie jest zależne od tego, czy i w jakim zakresie faktycznie spełnia ona swoje obowiązki w spółce. Czas trwania kadencji, sposób i okoliczności skutkujące ustaniem (wygaśnięciem) mandatu członka zarządu reguluje art. 202 k.s.h. Zgodnie z § 4 tego artykułu wygaśnięcie mandatu następuje m.in. wskutek rezygnacji, a § 5 stanowi, że „do złożenia rezygnacji przez członka zarządu stosuje się odpowiednio przepisy o wypowiedzeniu zlecenia przez przyjmującego zlecenie”. Kodeks spółek handlowych odsyła więc do art. 746 § 2 i § 3 kodeksu cywilnego. Oznacza to, że członek zarządu spółki, jako przyjmujący zlecenie, może je w każdym czasie wypowiedzieć przez złożenie oświadczenia woli drugiej stronie. Oświadczenie takie jest złożone z chwilą, gdy doszło do drugiej strony w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Jeżeli umowa spółki inaczej nie stanowi, od tej chwili wywołuje ono natychmiastowe skutki prawne w postaci wygaśnięcia zlecenia. Kodeks spółek handlowych nie reguluje, komu członek zarządu powinien złożyć rezygnację, aby można było uznać ją za skuteczną. Wskazane wyżej odesłanie do kodeksu cywilnego oznacza, że oświadczenie powinno być skierowane do właściwego organu spółki, gdyż spółka jako osoba prawna działa poprzez swe organy (art. 38 k.c.). Rezygnacja jako jednostronna czynność prawna członka zarządu może nastąpić z dniem albo w terminie określonym w oświadczeniu o rezygnacji. Rezygnacja nie wymaga przyjmowania przez organ spółki i podejmowania z jej strony jakichkolwiek czynności, od których zależałaby skuteczność rezygnacji, nie można też zrzec się prawa do rezygnacji (art. 746 § 3 k.c.). Rezygnacja jest całkowicie odrębnym sposobem wygaśnięcia mandatu członka zarządu, innym niż pozostałe przewidziane w art. 202 § 4 k.s.h., w tym odwołanie. (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2010r., I UK 47/10, Lex nr 653661, z dnia 21 stycznia 2010r., II UK 157/09, Lex nr 583805, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 23 lutego 2012r., I SA/Ol 739/11, Lex nr 1117515). Skoro zatem w niniejszej sprawie odwołujący taką rezygnację w sposób skuteczny złożył Zgromadzeniu Wspólników jako uprawnionemu organowi w dniu 30 kwietnia 2005r. a nadto Zgromadzenie Wspólników tę rezygnację przyjęło w tej samej dacie, utracił on status członka zarządu spółki pomimo braku formalnego wykreślenia w KRS. Skuteczność oświadczenia woli o rezygnacji z członkostwa w zarządzie oraz odwołania z funkcji nie jest bowiem zależna od dokonania wpisu w KRS. W tych okolicznościach brak było podstaw do przyjmowania, że odwołujący ponosi odpowiedzialność za nieopłacone składki należne za miesiąc kwiecień 2005r., których termin płatności upływał w dniu 15 maja 2005r. i w tym zakresie apelację odwołującego uznać należy za skuteczną. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie zasługiwał natomiast na uwzględnienie zarzut odwołującego nie uwzględnienia przez sąd pierwszej instancji, iż należycie wykazał on okoliczności uwalniające go od odpowiedzialności za zobowiązania składkowe spółki. Równocześnie, odnosząc się do tej samej kwestii, za zasadne uznał Sąd Apelacyjny zarzuty podniesione w apelacji organu rentowego co do braku możliwości przyjęcia w niniejszej sprawie, że niezgłoszenie przez odwołującego w terminie wniosku o upadłość nie nastąpiło z jego winy. Ustalając zakres pojęcia "właściwy czas" użytego w art. 116 § 1 ordynacji podatkowej należy odnieść się do regulacji zawartej w art. 21 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn. Dz.U. z 2012r. poz. 1112), zgodnie z którego §1 dłużnik jest obowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni

od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, zgłosić w sądzie wnioski o ogłoszenie upadłości. Stosownie do §2 jeżeli dłużnikiem jest osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, obowiązek, o którym mowa w ust. 1, spoczywa na każdym, kto ma prawo go reprezentować sam lub łącznie z innymi osobami. Osoby, o których mowa w ust. 1 i 2 powyższych przepisów, ponoszą odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną wskutek nie złożenia wniosku w terminie określonym powyżej. Z kolei w myśl art. 11 ust. 2 tej ustawy 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. Dla określenia stanu niewypłacalności bez znaczenia jest przyczyna niewykonania zobowiązań. W judykaturze wskazuje się, że „właściwym czasem” dla zgłoszenia wniosku dłużnika o ogłoszenie upadłości jest termin 2 tygodni od dnia, gdy nie wykonuje on swoich wymagalnych zobowiązań lub gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, lub termin, który pozwoli na równomierne, choćby tylko częściowe, zaspokojenie wszystkich wierzycieli (wyrok WSA w Lublinie z dnia 20 lutego 2008 r., I SA/Lu 794/07, LEX nr 462725). W wyroku NSA z dnia 6 lipca 2006 r., I FSK 11 15/05, M. Pod. 2007, nr 5, s. 47, wskazano, że nie jest dopuszczalne jakiegokolwiek odstępstwo od tego terminu, a możliwość taka nie wynika też z żadnego innego przepisu. Za czas „właściwy” nie może być uznana chwila, w której pasywa przewyższają aktywa i z tej przyczyny dłużnik nie posiada już dostatecznych środków na zaspokojenie wierzycieli” (wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 9 marca 2010 r., I SA/Rz 790/09, LEX nr 570706). „Właściwy czas” należy też oceniać z punktu widzenia interesów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a określenie tej chwili powinno być ujmowane elastycznie w zależności od okoliczności konkretnego wypadku, bowiem właściwy czas do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest przesłanką obiektywną, ustalaną w oparciu o okoliczności faktyczne każdej sprawy, dla określenia której nie ma znaczenia subiektywne przekonanie członków zarządu spółki (wyrok SN z dnia 18 stycznia 2012 r. II UK 109/11). W tym kontekście wszczęcie postępowania upadłościowego bądź układowego „we właściwym czasie” w rozumieniu art. 116 § 1 ordynacji podatkowej oznacza wszczęcie go w takim czasie, że zaspokojenie przez spółkę w całości należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (jako uprzywilejowanego wierzyciela wyłączonego z układu z mocy prawa) pozostaje realne.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego z analizy zebranego materiału dowodowego w niniejszej sprawie trudności finansowe w zainteresowanej spółce istniały właściwie od pierwszego roku funkcjonowania spółki i z czasem jedynie narastały, prowadząc do sytuacji, że jak wynika z raportu z kontroli wewnętrznej z dnia 21 stycznia 2005r., sporządzonego przez doradcę podatkowego T. S. (k.14-33), w grudniu 2004r. zaległość wobec ZUS wynosiła 2.606.254,23 zł, natomiast ogółem zobowiązania publicznoprawne wynosiły 3.979.836,61 zł. Równocześnie wszystkie zobowiązania spółki osiągnęły wartość 5.657.807,44 zł w stosunku do aktywów spółki wynoszących ogółem 1.927.902,04 zł. Należy zauważyć, że w punkcie 7 wniosków końcowych raportu znalazło się stwierdzenie, iż aktualna sytuacja finansowa spółki wskazuje, że zarząd winien rozważyć czy nie wystąpiły przesłanki niewypłacalności o których mowa w art. 11 prawa upadłościowego i naprawczego. Z kolei z opinii biegłego z zakresu finansów M. L., sporządzonej w dniu 31 sierpnia 007r. na dla Prokuratury Rejonowej w Chrzanowie potrzeby postępowania karnego 1 Ds. 791/06/S, toczącego się przeciwko F. U., pełniącemu funkcję członka zarządu spółki (...) w okresie od 20 kwietnia 2006r. do 20 września 2006r., a mającej na celu ustalenie daty powstania niewypłacalności tej spółki, wynika, że przesłanki niewypłacalności spółki wystąpiły już w dniu 31 grudnia 2003r., a termin do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości upływał z dniem 14 kwietnia 2004r. (opinia – k. 103). Należy podkreślić, że wniosków wypływających z opinii co do daty powstania niewypłacalności spółki odwołujący nie zakwestionował, zarzucając tylko, że sytuacja finansowa spółki nie była mu dokładnie znana, stąd wynikał fakt nie złożenia przez niego wniosku o upadłość, mimo, że już momencie objęcia przez niego funkcji spółka była niewypłacalna, jednak zamiast złożyć wniosek o upadłość, podjęto nieskutecznie próbę wprowadzenia programu naprawczego. Z zeznań odwołującego wynika, że z raportem T. S. tym jak i z sytuacją finansową spółki zapoznał się na początku pełnienia funkcji wiceprezesa zarządu, tj. w styczniu 2005r. Pomimo to nie złożył wniosku o upadłość, jak stwierdził z tego powodu że zajmował się reformą systemu wynagrodzeń dla szwaczek a nie sytuacją finansową spółki. W tych okolicznościach w ocenie Sądu Apelacyjnego uznać należało, że skarżący nie wykazał braku swej winy w nie złożeniu wniosku o upadłość. Na każdym członku zarządu ciąży bowiem obowiązek zachowania staranności w badaniu stanu majątkowego spółki, wynikający z treści art. 201 § 1 i art. 208 § 2 k.s.h. Zarząd bowiem prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę a każdy członek zarządu ma prawo i obowiązek prowadzenia



spraw spółki. Fakt, że skarżący zajmował się spółce sprawami organizacyjno – produkcyjnymi a nie wykonał swoich uprawnień kontrolnych w spółce i nie analizował dokładnie jej sytuacji finansowej oraz nie domagał się skutecznie przedstawienia ksiąg i dokumentów spółki celem ustalenia jej sytuacji finansowej należy uznać za lekkomyślność, tym bardziej iż, jak sam zeznał, zapoznał się z raportem T. S. już w styczniu 2005r. Wynika z tego, że skarżący dowiedział się o długach spółki i w związku z tym winien był przewidywać, że sytuacja może wymagać złożenia wniosku o upadłość a za tym idzie, podjęcia przez niego zdecydowanych kroków w celu ustalenia rzeczywistej kondycji finansowej spółki. Takie działanie, a właściwie jego brak, rzeczywiście mogło spowodować, że skarżący nie złożył wniosku o ogłoszenie upadłości. Jednak jego zachowanie nie może być ocenione jako przesłanka egzoneracyjna w rozumieniu art. 116 § 1 ust. 1 pkt. b Ordynacji podatkowej. Należy bowiem podkreślić, że niezajomość stanu finansów spółki nie stanowi okoliczności uzasadniającej zwolnienie członka zarządu z odpowiedzialności na podstawie art. 116 Ordynacji podatkowej. Znajomość powyższych faktów jest obowiązkiem członka zarządu, nawet jeśli zagadnienia te nie pozostają w jego bezpośredniej gestii czy kompetencji. Obowiązek posiadania elementarnej wiedzy o najważniejszych sprawach spółki, do których z całą pewnością należy jej kondycja finansowa, stan zadłużenia i trudności płatnicze wynika bowiem z ustanowionego w art. 208 § 2 k.s.h. prawa i obowiązku prowadzenia spraw spółki przez każdego członka zarządu (por. wyrok SN z dnia 17 października 2006 r., II UK 85/06, OSNP 2007/21-22/328). Bierna postawa członka zarządu w powyższym zakresie nie tylko nie pozwala na uwolnienie się przez niego od odpowiedzialności za zobowiązania składkowe spółki, ale przeciwnie - uniemożliwia mu wykazanie jednej z przesłanek uwalniających od odpowiedzialności przewidzianych w art. 116 ordynacji podatkowej.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny uznał, że skoro już w momencie objęcia przez odwołującego funkcji wiceprezesa zarządu sytuacja finansowa spółki uzasadniała złożenie wniosku o upadłość, brak złożenia takiego wniosku przez cały okres pełnienia funkcji pomimo takiej możliwości powoduje, że obecnie odwołujący nie może uwolnić się od odpowiedzialności za nieopłacone przez spółkę zaległości składkowe. Odwołujący, co niesporne, nie wykazał także kolejnej przesłanki egzoneracyjnej w postaci wskazania majątku spółki, z którego egzekucja jest możliwa. W tych okolicznościach uznać należało, że co do zasady istniały przesłanki do obciążenia A. U. odpowiedzialnością za składki spółki (...) za usprawiedliwione.

Z kolei dokonując oceny, czy organ rentowy objął decyzjami przenoszącymi odpowiedzialnością za składki na wszystkie osoby pełniące funkcje członków zarządu w spornych okresach, których odpowiedzialność jest w myśl art. 116 § 1 ordynacji podatkowej solidarna, Sąd Apelacyjny miał na uwadze uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 15 października 2009 r., I UZP 3/09 (OSNP 2011 nr 1-2, poz. 13) zgodnie z którą decyzja organu rentowego o przeniesieniu na członków zarządu spółki prawa handlowego odpowiedzialności za zaległości spółki z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne oraz składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i na ubezpieczenie zdrowotne powinna być wydana wobec wszystkich członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (także spółki akcyjnej), którzy pełnili tę funkcję w czasie powstania zaległości składkowych. Niewydanie przez organ rentowy decyzji w stosunku do któregośkolwiek z członków zarządu spółki wyklucza możliwość dochodzenia przez osoby obciążone, które spełniły świadczenie względem Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, roszczeń regresowych przysługujących im wobec innych członków zarządu. Z konstytucyjnego charakteru decyzji wynika bowiem, że brak decyzji oznacza brak odpowiedzialności. Przepis art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej należy zatem rozumieć jako nakładający na organ podatkowy (rentowy) obowiązek prowadzenia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności za zaległości podatkowe (składkowe) spółki z o.o. wobec wszystkich osób mogących ponosić taką odpowiedzialność ze względu na okres wykonywania funkcji członka zarządu. Podkreślenia wymaga, że z zawartego w art. 91 Ordynacji podatkowej odesłania do art. 366 § 1 i art. 369 k.c. wynika, iż wierzyciel (organ rentowy) może dokonać wyboru dłużnika (członka zarządu), od którego będzie dochodził zaspokojenia wierzytelności dopiero po powstaniu solidarnego zobowiązania, a zatem po wydaniu decyzji w przedmiocie solidarnej odpowiedzialności (por. wyrok SN z dnia 16 lipca 2008 r., I UK 9/08; uchwała składu siedmiu sędziów NSA z 9 marca 2009 r., FPS 4/08). Dopóki decyzja taka wobec osoby trzeciej nie zostanie wydana, nie można jej traktować jako dłużnika, przez co nie mają do niej zastosowania zasady odpowiedzialności solidarnej.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy podkreślić, że Zakład Ubezpieczeń Społecznych prowadził stosowne postępowanie w przedmiocie ewentualnej odpowiedzialności za zaległości składkowe spółki (...) w stosunku odwołującego, jak też w stosunku do J. D. oraz E. D., obecnie M., przy czym odrębnymi decyzjami z dnia 21 grudnia 2009r. stwierdził odpowiedzialność E. D. za składki należne za okres od lutego 2005 do kwietnia 2005r. oraz J. D. m.in. za składki za miesiąc styczeń 2005r.(k. 207). Decyzja wydana w stosunku do J. D. uprawomocniła się natomiast odnośnie do decyzji dotyczącej E. D. toczy się postępowanie sądowe na skutek jej odwołania od powyższej decyzji. Tymczasem, skoro termin płatności składek za miesiąca styczeń 2005r. przypadła w dniu 15 lutego 2005r., odpowiedzialność za składki za ten miesiąc ponosili solidarnie odwołujący oraz E. D., która objęła funkcję prezesa zarządu od 14 lutego 2005r., pełniła zatem tę funkcję w dacie upływu terminu płatności składek za ten miesiąc. J. D. natomiast, który z dniem 14 lutego 2005r został odwołany z pełnionej funkcji, nie ponosił odpowiedzialności za nieopłacone za ten okres składki. Brak objęcia E. D. decyzją przenoszącą odpowiedzialność za składki za styczeń 2005r. prowadził do uznania, że decyzja organu rentowego wydana w stosunku do A. U., w zakresie przeniesienia na niego odpowiedzialności za składki za ten miesiąc jest nieprawidłowa, co skutkowało uwzględnieniem apelacji odwołującego w tym zakresie.

Natomiast wbrew zarzutom odwołującego podniesionym w jego apelacji, decyzja przenosząca odpowiedzialność za składki należne za miesiące luty i marzec 2005r została wydana zarówno w stosunku do niego jak i E. D., a zatem objęła wszystkie osoby pełniące funkcje członków zarządu i ponoszące z tego tytułu solidarną odpowiedzialność za nieopłacone za te miesiące przez spółkę składki. Brak wskazania w treści zaskarżonej decyzji, iż odpowiedzialność A. U. jest solidarna z odpowiedzialnością E. D., w świetle omówionej powyżej podjętej w niniejszej sprawie w toku postępowania kasacyjnego uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2014r., sygn. akt I UZP 2/13, nie powoduje wadliwości decyzji, skoro, jak przyjął Sąd Najwyższy, solidarna odpowiedzialność wynika wprost z przepisu ustawy, tj. z art. 116§1 ordynacji podatkowej. Również podnoszona przez odwołującego zarzuty co do ważności decyzji wydanej w stosunku do E. D. nie mogą prowadzić do uwzględnienia jego apelacji w sytuacji, gdy decyzja została wydana i do chwili ewentualnego stwierdzenia nieważności we właściwym trybie pozostaje w obrocie prawnym a postępowanie odwoławcze od tej decyzji aktualnie jeszcze się toczy. Nie zasługiwały także na uwzględnienie zarzuty odwołującego kwestionujące prawidłowość postępowania administracyjnego prowadzonego wobec niego przez organ rentowy. Jak konsekwentnie przyjmuje się w orzecznictwie (por. wyżej cyt. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2014r., I UZP 2/13, uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 2011r., III UZP 1/11, OSNP 2012/ 5-6/68 i orzecznictwo tam powołane) naruszenie przepisów postępowania administracyjnego nie stanowi przesłanki wzruszenia decyzji organu rentowego przez sąd ubezpieczeń społecznych.

W świetle powyższych rozważań Sąd Apelacyjny uznał, że apelacja organu rentowego zasługiwała na uwzględnienie w części obejmującej przeniesienie na odwołującego odpowiedzialność za składki należne za miesiące luty i marzec 2005r., których terminy płatności przypadły odpowiednio w dniach 15 marca i 15 kwietnia 2005r., w pozostałej części podlegała oddaleniu. Z kolei apelacja odwołującego prowadziła do zwolnienia go z odpowiedzialności za składki należne za miesiące styczeń ( brak decyzji co do E. D.) i kwiecień 2005r. ( skuteczna rezygnacja z funkcji w dniu 30 kwietnia 2005r., przed upływem terminu płatności tych składek przypadającym 15 maja 2005r.). Uwzględniając powyższe orzeczono jak w punkcie I wyroku na podstawie art. 386§1 k.p.c., w pozostałej części apelacji obu stron podlegały oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c., o czym orzeczono w punkcie II wyroku.

Mając na uwadze ostateczny wynik postępowania sądowego, w którym obydwie strony uległy w połowie, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 100 k.p.c. zniósł wzajemnie koszty postępowania, obejmujące koszty obydwu instancji oraz koszty postępowania kasacyjnego.