

Sygn. akt **III AUa 2148/16**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 grudnia 2017 r.

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych**

w składzie:

Przewodniczący: SSA Wiesława Stachowiak

Sędziowie: SSA Małgorzata Aleksandrowicz

SSA Małgorzata Woźniak-Zendran (spr.)

Protokolant: st. sekr. sądowy Beata Tonak

po rozpoznaniu w dniu 6 grudnia 2017 r. w Poznaniu

sprawy **G. J. (1), P. D.**

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

o przeniesienie odpowiedzialności z tytułu składek

na skutek apelacji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w P. i P. D.

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 21 kwietnia 2016 r. sygn. akt VIII U 1587/14

1. Zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 3 i oddala odwołanie P. D. w całości;
2. Zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 5 i zasądza od odwołującego P. D. na rzecz pozwanego kwotę 3600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;
3. Oddala apelację odwołującego P. D.;
4. Zasądza od odwołującego P. D. na rzecz pozwanego kwotę 3600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

SSA Małgorzata Woźniak-Zendran	SSA Wiesława Stachowiak	SSA Małgorzata Aleksandrowicz
--------------------------------	-------------------------	-------------------------------

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 30 grudnia 2013r. znak (...) - (...)G. Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w P. na podstawie art. 83 ust. 1, art. 32 oraz art. 31 ustawy z dnia 13.10.1998 r. ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009r. Nr 205, poz. 1585 ze zm.), w związku z art. 107 § 1 i 2 pkt 2 i 4, art. 108 § 1, art. 116 oraz 118 § 1 ustawy z dnia 29.08.1997r. Ordynacja Podatkowa (Dz. U. 2012r. poz. 749 t. j.) stwierdził, że G. J. (1) (PESEL (...)) jako osoba

pełniącą w okresie, za który niniejszą decyzją zostaje przeniesiona odpowiedzialność za zadłużenie (...) Sp. z o.o. z siedzibą w O. (NIP (...), REGON (...)) pełnił funkcję członka zarządu tejże spółki:

I. odpowiada solidarnie wraz z członkiem zarządu P. D. (1) z tytułu nieopłaconych przez spółkę składek na:

1. ubezpieczenia społeczne - 37 883,78 zł, w tym:

- z tytułu składek za okres od 12/2007 do 12/2008: 22 648,78 zł,
- z tytułu odsetek wyliczonych na dzień 30 grudnia 2013 roku: 15.235,00 zł,

2. ubezpieczenie zdrowotne - 10 508,73 zł, w tym:

- z tytułu składek za okres od 12/2007 do 12/2008: 6 286,73 zł,
- z tytułu odsetek wyliczonych na dzień 30 grudnia 2013 roku: 4 222,00 zł,

3. Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych - 3 293,05 zł, w tym:

- z tytułu składek za okres od 12/2007 do 12/2008: 1.971,05 zł,
- z tytułu odsetek wyliczonych na dzień 30 grudnia 2013 roku: 1 322,00 zł.

W związku z powyższym z tytułu solidarniej odpowiedzialności wraz z członkiem zarządu P. D. (1) jest G. J. (1) zobowiązany do zapłaty należności w kwocie: 51 685,56 zł.

II. odpowiada z tytułu nieopłaconych przez spółkę składek na:

1. ubezpieczenia społeczne - 58 340,14 zł, w tym:

- z tytułu składek za okres od 01/2009 do 04/2010: 38 956,14 zł,
- z tytułu odsetek wyliczonych na dzień 30 grudnia 2013 roku: 19 384,00

2. ubezpieczenie zdrowotne - 14 946,41 zł, w tym:

- z tytułu składek za okres od 01/2009 do 04/2010: 9 975,41 zł,
- z tytułu odsetek wyliczonych na dzień 30 grudnia 2013 roku: 4 971,00 zł,

3. Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych - 4 884,15 zł, w tym:

- z tytułu składek za okres od 01/2009 do 04/2010: 3 261,15 zł,
- z tytułu odsetek wyliczonych na dzień 30 grudnia 2013 roku: 1 623,00 zł.

Odwołanie od tej decyzji złożył G. J. (1), wnosząc o ustalenie, że nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania spółki (...) sp. z o.o. z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne. W uzasadnieniu wskazał, że roszczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych powinno zostać zaspokojone w całości, bądź w większej części z majątku firmy (...) sp. z o.o. W roku 2010 Komornik Sądowy prowadził egzekucję z nieruchomości. Nieruchomość sprzedał i podzielił kwotę pomiędzy wierzycieli. Zakład był również wpisany na hipotekę tej nieruchomości i zgodnie z literą prawa powinien być zaspokojony jako jeden z pierwszych wierzycieli.

Decyzją z dnia 30 grudnia 2013r. nr (...). Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w P. na podstawie art. 83 ust. 1, art. 32 oraz art. 31 ustawy z dnia 13.10.1998r. ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009r. Nr 205, poz. 1585 ze zm.), w związku z art. 107 § 1 i 2 pkt 2 i 4, art. 108 § 1, art. 116 oraz 118 § 1 ustawy z dnia 29.08.1997r.

Ordynacja Podatkowa (Dz. U. 2012r. poz. 749 t. j.). stwierdził, że P. D. (PESEL (...)) jako osoba pełniąca w okresie, za który niniejszą decyzją zostaje przeniesiona odpowiedzialność za zadłużenie (...) Sp. z o.o. z siedzibą w O. (NIP (...), REGON (...)) funkcję członka zarządu tejże spółki -odpowiada solidarnie wraz z członkiem zarządu G. J. (1) z tytułu nieopłaconych przez spółkę składek na:

1. ubezpieczenia społeczne - 37 883,78 zł, w tym:

- z tytułu składek za okres od 12/2007 do 12/2008: 22 648,78 zł,
- z tytułu odsetek wyliczonych na dzień 30 grudnia 2013 roku: 15 235,00 zł,

2. ubezpieczenie zdrowotne - 10 508,73 zł, w tym:

- z tytułu składek za okres od 12/2007 do 12/2008: 6 286,73 zł,
- z tytułu odsetek wyliczonych na dzień 30 grudnia 2013 roku: 4 222,00 zł,

3. Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych - 3 293,05 zł, w tym:

- z tytułu składek za okres od 12/2007 do 12/2008: 1 971,05 zł,
- z tytułu odsetek wyliczonych na dzień 30 grudnia 2013 roku: 1 322,00 zł,

W związku z powyższym z tytułu solidarnej odpowiedzialności wraz z członkiem zarządu G. J. (1) jest P. D. zobowiązany do zapłaty należności w kwocie: 51.685,56 zł.

Odwołanie od tej decyzji złożył P. D., wnosząc o ustalenie, iż nie jest odpowiedzialny za zadłużenie (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne za okres od 12/2007 do 12/2008 oraz odsetek obciążających należność za ten okres. Wobec wydanej decyzji odwołujący zgłosił również zarzut przedawnienia. W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zaskarżona decyzja została jej doręczona po upływie 5 lat, licząc od końca roku, w którym powstał obowiązek podatkowy. Odwołujący podniósł, że nie miał wpływu na organizację finansową i regulacje zobowiązań spółki co najmniej od dnia 1 sierpnia 2008r. Odwołujący podniósł, że w w/w spółce był członkiem zarządu zatrudnionym w oparciu o umowę o pracę, a w dniu 1 sierpnia 2008r. odwołujący otrzymał pismo rozwiązujące umowę o pracę w trybie art. 52 k.p. oraz został odsunięty od wykonywania jakichkolwiek czynności związanych ze spółką oraz pozbawiony możliwości wglądu w dokumentację spółki.

Zarządzeniem z dnia 10 lipca 2015r. połączono sprawę o sygn. akt VIII U 1654/14 ze sprawą o sygn. akt VIII U 1587/14 do wspólnego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w Poznaniu, Wydział VIII Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, wyrokiem z dnia 21 kwietnia 2016r., w sprawie VIII U 1587/14:

1. oddalił odwołanie G. J. (1) od decyzji z dnia 30 grudnia 2013 roku nr (...),
2. zasądził od odwołującego G. J. (1) na rzecz pozwanego organu rentowego kwotę 3600 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,
3. zmienił zaskarżoną decyzję z dnia 30 grudnia 2013 roku nr (...) i stwierdził, że P. D. nie odpowiada solidarnie z G. J. (1) za zadłużenie zainteresowanej spółki (...) sp. z o. o z siedzibą w O. z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne i ubezpieczenie zdrowotne oraz na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od lipca 2008 roku do grudnia 2008 roku,
4. w pozostałym zakresie odwołanie P. D. od decyzji z dnia 30 grudnia 2013 roku nr (...) oddalił,

5. zniósł wzajemnie koszty procesu pomiędzy odwołującym P. D. (1) a pozwanym organem rentowym.

Sąd Okręgowy ustalił, iż Spółka (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. została zawiązana aktem notarialnym sporządzonym w dniu 27 października 2005 r. Spółka została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem (...) w dniu 17 listopada 2005 r., prowadzonym przez Sąd Rejonowy Poznań – Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego. Przedmiotem działalności spółki jest m.in. działalność usługowa w zakresie budownictwa konstrukcji metalowych, tj. budowy targowisk dla kupców, chłodni dla sadowników. Do reprezentowania spółki uprawniony jest zarząd, przy czym każdy członek zarządu może ją reprezentować jednoosobowo.

W skład pierwszego Zarządu powołani zostali P. D. – członek zarządu, G. J. (1) – członek zarządu.

P. D. złożył rezygnację z funkcji Członka Zarządu z dniem 3 lutego 2009 r. G. J. (1) złożył rezygnację z funkcji członka zarządu w dniu 26 maja 2010 r.

Pierwotnie jedynym wspólnikiem w spółce był P. D. posiadający 100 udziałów o łącznej wartości 50.000 zł. W dniu 5 listopada 2007 r. została zawarta umowa sprzedaży udziałów, na podstawie której, P. D. zbył na rzecz G. J. (1) 50 udziałów za cenę 25.000 zł. Powyższa zmiana nie została zarejestrowana w KRS.

Spółka złożyła do Sądu Rejonowego Poznań – Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego następujące dokumenty: sprawozdanie finansowe za okres: 01.11.2005 r. – 31.12.2006 r., uchwały o zatwierdzeniu sprawozdania finansowego za okres: 01.11.2005 r. – 31.12.2006 r., sprawozdanie z działalności podmiotu za okres: 01.11.2005 r. – 31.12.2006 r.

W spornym okresie, zgodnie z rozdziałem obowiązków dokonany zgodnie przez obu odwołujących jako członków zarządu, wszelkimi sprawami finansowymi dotyczącymi spółki (...) sp. z o.o., w tym sprawami z zakresu ubezpieczeń społecznych (uiszczaniem należnych składek z tytułu ubezpieczeń społecznych) oraz sprawami kadrowymi (zawieraniem umów o pracę) zajmował się wyłącznie G. J. (1). To on również wypłacał wynagrodzenie pracownikom. Dokumenty finansowe dotyczące zainteresowanej spółki znajdowały się w gabinecie G. J. (1), który był zamykany na klucz. P. D. zaś, z uwagi na swoje kwalifikacje i umiejętności (technik budownictwa) zajmował się sprawami technicznymi, przebywał głównie na budowach prowadzonych przez zainteresowaną spółkę. Odwołujący wzajemnie nie ingerowali w swoje działania w spółce.

Odwołujący G. J. (1), korzystał w zakresie prowadzenia księgowości z pomocy E. K., która była zatrudniona w zainteresowanej spółce w okresie od 2.01.2006 r. do 4.06.2007 r. jako księgowa na podstawie umowy o pracę. Następnie firma zewnętrzna - Centrum Rachunkowości (...) S. C. z siedzibą w W. - świadczyła na rzecz zainteresowanej spółki obsługę księgową przez okres kilku miesięcy. Przy zawarciu umowy zainteresowaną spółkę reprezentował G. J. (1). Do zakresu obowiązków w/w biura należało m.in.: sporządzanie deklaracji VAT 7, rozliczanie podatku dochodowego i rozliczanie płatności ZUS, przy czym księgowane były tylko te dokumenty, które biuro otrzymało od zainteresowanej spółki. Spółka przekazywała dokumenty niekompletne, z opóźnieniem, nawet kilkumiesięcznym. Biuro nigdy nie otrzymało dowodów uiszczenia należności z tytułu składek na rzecz ZUS. Kontakt z G. J. (1) był nieregularny. Z uwagi na fakt, iż zainteresowana spółka nie regulowała należności z tytułu świadczenia obsługi księgowej, w/w firma zakończyła współpracę ze spółką.

Odwołujący P. D. zajmował się w spółce (...) sp. z o.o. sprawami technicznymi w oparciu o umowę o pracę zawartą w dniu 1 marca 2007 r. P. D. był zatrudniony na stanowisku dyrektora ds. technicznych.

Z inicjatywy G. J. (1) były organizowane w zainteresowanej spółce zebrania, odbywające się pod koniec każdego dnia, w których oprócz odwołujących uczestniczyli również: L. W. i E. S. oraz ewentualnie majster. Na takim spotkaniu omawiane były bieżące sprawy spółki. Jeśli ktoś z uczestników zgłaszał potrzeby, które wiązały się z koniecznością wydania pieniędzy, G. J. (1) przeważnie twierdził, że spółka ich nie posiada. Na tym tle dochodziło do nieporozumień pomiędzy odwołującymi. G. J. (1) twierdził, że nie posiada środków finansowych na zakup materiałów budowlanych,

które P. D. uznawał za konieczne. Z kolei, w ocenie P. D. spółka powinna posiadać środki finansowe, ponieważ spływały zaliczki od kontrahentów. Nieporozumienia te pojawiły się szczególnie w okresie realizacji budowy w M. w roku 2008r.

W konsekwencji, pismem z dnia 1 sierpnia 2008 r. G. J. (1), działając w imieniu spółki (...) sp. z o.o., rozwiązał z P. D. (1) umowę o pracę bez wypowiedzenia, w trybie art. 52 § 1 k.p., w uzasadnieniu wskazując, że powyższe nastąpiło z powodu ciężkiego naruszenia przez pracownika podstawowych obowiązków pracowniczych, do których należy niestawienie się do pracy w okresie od dnia 14 lipca 2008 r. do dnia 31 lipca 2008 r. P. D. odwołał się od powyższej decyzji pracodawcy do Sądu Rejonowego – Sądu Pracy w S., wskazując, iż w tym okresie przebywał na zaległym urlopie wypoczynkowym, którego to termin ustalili wspólnie z G. J. (1) w formie ustnej. W toku tego postępowania sądowego strony ostatecznie zawarły w dniu 20 marca 2009 r. ugodę, w której strony zgodnie ustaliły, że umowa o pracę uległa rozwiązaniu z dniem 5 sierpnia 2008 r. za porozumieniem stron.

Od sierpnia 2008r. odwołujący P. D. utracił jakąkolwiek możliwość wpływu na sprawy spółki (...) sp. z o.o., w tym dostępu do siedziby zainteresowanej spółki i wglądu w jej dokumentację. Wcześniej nie domagał się od G. J. dostępu do dokumentacji spółki, nie zasięgał informacji u księgowej, a potem w biurze rachunkowym o sytuacji finansowej spółki. Miał świadomość istnienia zaległości, ale był przekonany, że są niewielkie.

Ostatecznie, z uwagi na brak jakiegokolwiek możliwości porozumienia się z drugim członkiem zarządu G. J. (1) (w tym w kwestii budowy targowiska w M.), P. D. złożył rezygnację z funkcji członka zarządu z dniem 3 lutego 2009r.

Zainteresowana spółka w okresie spornym zatrudniała 5 – 7 pracowników. Nie wypłacano im w terminie wynagrodzeń.

Wyrokiem z dnia 7 grudnia 2010r. sygn. akt II K 115/10 Sąd Rejonowy w Obornikach uznał G. J. (1) winnego tego, że w okresie od stycznia 2008 r. do września 2009 r. pełniąc funkcję członka zarządu spółki (...) sp. z o.o., wykonując czynności z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, dopuścił się przestępstwa przywłaszczenia kwoty 17.457,25 zł składek ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych potrąconą z wynagrodzeń pracowniczych. Orzeczenie to uprawomocniło się w dniu 15 grudnia 2010r.

W okresie swojej działalności płatnik spółka (...) Sp. z o.o. nie dopełniła obowiązku opłacania składek, co w konsekwencji spowodowało powstanie zadłużenia wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w P..

Na koncie (...) Sp. z o.o. figuruje zadłużenie z tytułu składek na:

1. ubezpieczenia społeczne - 166 870,02 zł, w tym:

- z tytułu składek za okres od 04/2006 do 06/2006, od 10/2006 do 01/2007, 03/2007, od 06/2007 do 12/2010: 104 730,42 zł,
- z tytułu odsetek wyliczonych na dzień 30 grudnia 2013 roku: 59 785,00 zł,
- z tytułu kosztów upomnienia: 281,60 zł,
- z tytułu kosztów egzekucyjnych w kwocie: 2 073,00 zł.

2. ubezpieczenie zdrowotne - 42 188,57 zł, w tym:

- z tytułu składek za okres od 11/2006 do 12/2006 oraz od 03/2007 do 12/2010: 26 554,59 zł,
- z tytułu odsetek wyliczonych na dzień 30 grudnia 2013 roku: 15. 047,00 zł,
- z tytułu kosztów upomnienia: 286,88 zł,
- z tytułu kosztów egzekucyjnych: 300,10 zł.

3. Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych - 14 403,00 zł, w tym:

- z tytułu składek za okres od 07/2006 do 08/2006, od 11/2006 do 12/2006 oraz od 03/2007 do 12/2010: 8 899,60 zł,
- z tytułu odsetek wyliczonych na dzień 30 grudnia 2013 roku: 5. 123,00 zł,
  - z tytułu kosztów upomnienia: 290,40 zł,
- z tytułu kosztów egzekucyjnych: 90,00 zł.

Wobec istniejącego zadłużenia składkowego, organ rentowy pierwsze tytuły wykonawcze wystawił w roku 2006. Następnie organ rentowy wystawił tytuły wykonawcze, m.in. w dniu 28 października 2009 r. oraz 19 kwietnia i 29 lipca 2010 r.

W 2006 i 2007 r. tytuły wykonawcze zostały skierowane do rachunku bankowego w (...) i zrealizowane w latach 2006 – 2007. W latach 2007 – 2011 z uwagi na bezskuteczną egzekucję tytuły wykonawcze zostały przekazane Naczelnikowi Urzędu Skarbowego w O.. W czerwcu 2011 r. Naczelnik Urzędu Skarbowego w O. przekazał tytuły wykonawcze Komornikowi Sądowemu przy Sądzie Rejonowym w Szamotułach T. C., który zgodnie z postanowieniem Sądu przejął łączne prowadzenie postępowania egzekucyjnego.

Postanowieniami z dnia 1 marca 2013 roku w sprawach KM 3206/11 i KM 3207/11 oraz postanowieniami z dnia 6 marca 2013 roku w sprawach KM 3586/09 i KM 3596/09 Komornik Sądowy przy Sądzie Rejonowym w Szamotułach T. C. umorzył prowadzone na wniosek Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wobec (...) Sp. z o.o. postępowanie egzekucyjne. W uzasadnieniu Komornik Sądowy wskazał, że prowadzona wobec (...) Sp. z o.o. egzekucja z ruchomości, wierzytelności oraz rachunków bankowych okazała się bezskuteczna.

Przeciwko spółce (...) sp. z o.o. prowadzona był egzekucja z nieruchomości o nr (...). Przedmiotowa nieruchomość została sprzedana w drodze licytacji. Wierzyciel ZUS nie uzyskał kwoty ze sprzedaży, gdyż wierzyciel (...) sp. z o.o. dysponował tytułem wykonawczym przeciwko G. J. (1) wraz z prawomocnym orzeczeniem Sądu w przedmiocie uznania czynności prawnej zbycia nieruchomości na rzecz (...) sp. z o.o. za bezskuteczną wobec spółki (...) sp. z o.o. ZUS nie uzyskał żadnej kwoty z podziału sumy uzyskanej ze sprzedaży przedmiotowej nieruchomości.

Odwołujący nie wskazali majątku spółki (...) Sp. z o.o., z którego egzekucja umożliwiłaby spłatę zaległości składkowych.

Nie został złożony wniosek o ogłoszenie upadłości spółki (...) Sp. z o.o.

Do dnia wyrokowania zainteresowana spółka (...) Sp. z o.o. nie została wykreślona z KRS.

Na podstawie powyżej przedstawionego stanu faktycznego, Sąd I instancji zważył, iż przedmiotem niniejszego postępowania było ustalenie, czy organ rentowy zasadnie przeniósł odpowiedzialność za nieuiszczone przez spółkę (...) sp. z o.o. składki na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, i to na G. J. (1) oraz P. D. jako ówczesnych członków jej zarządu.

Sąd Okręgowy wskazał, że pierwszy z odwołujących, tj. G. J. (1) w treści odwołania podniósł, że nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania spółki (...) sp. z o.o. z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, bowiem roszczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych powinno zostać zaspokojone w całości, bądź w większej części z majątku firmy (...) sp. z o.o. Natomiast odwołujący P. D. wskazał, że zaskarżona decyzja została mu doręczona po upływie 5 lat, licząc od końca roku, w którym powstał obowiązek podatkowy. Podniósł także, że nie miał on wpływu na organizację finansową i regulację zobowiązań spółki co najmniej od dnia 1 sierpnia 2008r., ponieważ w spółce był członkiem zarządu zatrudnionym w oparciu o umowę o pracę, a w dniu 1 sierpnia 2008 r. odwołujący otrzymał pismo rozwiązujące umowę o pracę w trybie art. 52 k.p. oraz został odsunięty od wykonywania jakichkolwiek czynności związanych ze spółką oraz pozbawiony możliwości wglądu w dokumentację spółki.

Zgodnie z art. 32 i 33 ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r. poz. 121) do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio wskazane tam przepisy z ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jednolity: Dz. U. z 2012 poz. 749). Przepisy te określają to, w jakich okolicznościach odpowiedzialnością za nieuiszczone składki organ rentowy może obciążyć osoby trzecie.

Kwestię odpowiedzialności za zaległości podatkowe, a co za tym idzie i składkowe, członków zarządu spółek reguluje art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa. Zgodnie z tym przepisem za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej w organizacji odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu:

1) nie wykazał, że:

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

b) niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy,

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

Zgodnie z § 2 powołanego przepisu odpowiedzialność członków zarządu, określona w § 1, obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu. Nadto § 4 art. 116 stanowi, że przepisy § 1-3 stosuje się również do byłego członka zarządu oraz byłego pełnomocnika lub współnika spółki w organizacji.

Z powołanych przepisów wynika jednoznacznie, iż dla orzeczenia o odpowiedzialności członka zarządu spółki za zobowiązania z tytułu składek konieczne jest wykazanie:

1/ istnienia zaległości,

2/ bezskuteczności egzekucji

3/ oraz tego, że dana osoba pełniła funkcję członka zarządu w czasie, kiedy zaległości powstały.

Ciężar dowodowy w tym zakresie spoczywa na Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych. Podkreślono, że strona odwołująca nie zakwestionowała wysokości zaległości składkowych. Odwołujący nie kwestionowali również faktu pełnienia funkcji członków zarządu spółki (...) sp. z o.o. w okresach wskazanych w zaskarżonej decyzji. Pozwany organ udowodnił, że egzekucja wobec spółki okazała się bezskuteczna. Jak stwierdził NSA w wyroku z 25.03.2014r. (I GSK 1024/12) LEX nr 1487684:

„1. Stwierdzenie bezskuteczności egzekucji następuje na podstawie każdego prawnie dopuszczalnego dowodu. O bezskuteczności postępowania egzekucyjnego, w rozumieniu art. 116 o.p., nie musi przesądzać wyłącznie umorzenie postępowania egzekucyjnego oraz wydanie, formalnego postanowienia w sprawie umorzenia tego postępowania. Mogą za tym przemawiać inne działania organu egzekucyjnego, muszą one jednak nie pozostawiać żadnych wątpliwości co do tego, że egzekwowana wierzytelność nie może być zaspokojona z jakiegokolwiek części majątku spółki. Tym samym fakt ewentualnego zawieszenia postępowania egzekucyjnego wobec spółki, nie może przesądzać o tym czy egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna.

2. Możliwe jest ustalenie przesłanki bezskuteczności egzekucji w stadium poprzedzającym wszczęcie egzekucji, wówczas, gdy przeciwko spółce została przeprowadzona egzekucja zaległości podatkowych czy też nawet innych

wierzytelności niemających charakteru publicznoprawnego. Powielanie czynności egzekucyjnych tylko po to, by formalnie potwierdzić bezskuteczność egzekucji jest oczywiście zbędne.”

Wskazano, że postanowieniami z dnia 1 marca 2013 roku w sprawach KM 3206/11 i KM 3207/11 oraz postanowieniami z dnia 6 marca 2013 roku w sprawach KM 3586/09 i KM 3596/09 Komornik Sądowy przy Sądzie Rejonowym w Szamotułach T. C. umorzył prowadzone na wniosek Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wobec (...) Sp. z o.o. postępowanie egzekucyjne. W uzasadnieniu Komornik Sądowy wskazał, że prowadzona wobec (...) Sp. z o.o. egzekucja z ruchomości, wierzytelności oraz rachunków bankowych okazała się bezskuteczna.

W świetle powyższego również przesłanka bezskuteczności egzekucji w sposób niebudzący wątpliwości została wykazana.

Zdaniem Sądu I instancji organ rentowy wykazał wszelkie okoliczności uzasadniające wydanie decyzji, które są przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie ,tj. istnienie określonych zaległości składkowych powstałych w okresie, w którym odwołujący zarządzali spółką (...) sp. z o.o., jak i to, że egzekucja wobec spółki okazała się bezskuteczna.

Podkreślono, że w drugiej kolejności należało rozważyć to, czy strona odwołująca skutecznie wykazała istnienie okoliczności wyłączających jej odpowiedzialność za określone w zaskarżonej decyzji zaległości składkowe.

Odnosząc się do podniesionego przez G. J. (1) zarzutu, iż przeciwko spółce (...) sp. z o.o. toczyła się egzekucja z nieruchomości o nr (...), w toku której roszczenie ZUS zostało choćby w większej części zaspokojone, wskazano, że przedmiotowa nieruchomość została sprzedana w drodze licytacji, jednakże wierzyciel ZUS nie uzyskał kwoty ze sprzedaży. (...) sp. z o.o. dysponował bowiem tytułem wykonawczym przeciwko G. J. (1) wraz z prawomocnym orzeczeniem Sądu w przedmiocie uznania czynności prawnej zbycia nieruchomości na rzecz (...) sp. z o.o. za bezskuteczną wobec spółki (...) sp. z o.o. W konsekwencji ZUS nie uzyskał żadnej kwoty z podziału sumy uzyskanej ze sprzedaży przedmiotowej nieruchomości. Tym samym odwołujący nie wskazali majątku spółki (...) sp. z o.o., z którego egzekucja umożliwiłaby spłatę zaległości składkowych (pkt 2 do art. 116 § 1).

Odnosząc się do zarzutu P. D., że za regulowanie składek ZUS, odpowiedzialny był w oparciu o wewnętrzne i ustne ustalenia wyłącznie drugi członek zarządu, tj. G. J. (1), Sąd I instancji wskazał, iż odwołujący jako członek zarządu, do którego zgodnie z art. 201 § 1 k.s.h. należało prowadzenie spraw spółki i jej reprezentacja, winien był podejmować wszelkie działania mające na celu zapewnienie mu rzeczywistego egzekwowania praw i realizacji obowiązków przypisanych mu z racji piastowanej funkcji. Rozdział funkcji między członków zarządu ustalony między nimi samymi dobrowolnie, tak jak w sprawie niniejszej, nie stanowi przesłanki egzoneracyjnej w myśl wyżej wskazanego art. 116 ordynacji podatkowej.

Każdy z członków zarządu spółki z należytą starannością powinien bowiem zadbać o ochronę interesów wszystkich wierzycieli zagrożonych stanem niewypłacalności spółki i nie dopuścić do sytuacji, w której żaden z wierzycieli nie zostanie zaspokojony lub niektórzy z nich zostaną zaspokojeni ze szkodą dla innych. Przesłanki uwolnienia się przez członka zarządu od odpowiedzialności za zobowiązania spółki sprowadzają się więc do wykazania, że - pomimo zachowania należytej staranności w działaniach zmierzających do wszczęcia postępowania upadłościowego lub układowego (co oznacza wykazanie, że uczynił on ze swej strony wszystko, aby nie dopuścić do zniweczenia celu tych postępowań) - obiektywnie zaistniały przyczyny, które uniemożliwiły mu dokonanie takich czynności.

Argument, iż to odwołujący G. J. (1) był osobą odpowiedzialną za prowadzenie spraw finansowych zainteresowanej spółki (w tym uiszczania należności z tytułu składek względem ZUS) i to w jego gabinecie znajdowała się dokumentacja finansowa spółki nie oznacza jeszcze, że odwołujący P. D. nie miał do niej dostępu i nie mógł podjąć działań celem uzyskania informacji dotyczących rzeczywistej sytuacji zainteresowanej spółki, przeciwdziałać rosnącemu zadłużeniu spółki, a nadto zadecydować, że należy złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości tej spółki. Podkreślono, że rozdział

funkcji między członków zarządu nie stanowi przesłanki egzoneracyjnej w myśl wyżej wskazanego art. 116 ordynacji podatkowej.

Omawiany art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej nie wprowadza rozróżnienia, iż przesłanka braku winy, jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność członka zarządu za zaległości podatkowe spółki odnosi się wyłącznie do braku winy umyślnej, czy też braku winy nieumyślnej. Przesłanka ta dotyczy więc obu wskazanych postaci winy, w tym winy nieumyślnej. Członek zarządu może uwolnić się od odpowiedzialności za zaległości podatkowe spółki dopiero wówczas, gdy wykaże, iż nie ponosi winy również nieumyślnej, a więc, że nie przewidywał i nie mógł w żaden sposób przewidzieć, że zaistniała w danym momencie sytuacja finansowa w spółce wymaga zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości bądź wszczęcia postępowania układowego w celu zapewnienia ochrony interesów jej wierzycieli przed niewypłacalnością (tak: wyrok NSA z dnia 22 listopada 2006 r. I FSK 189/2006, LEX nr 262145, POP 2007/3/41). W ocenie Sądu Okręgowego nie sposób stwierdzić, aby niezajomość sytuacji finansowej spółki, była przez niego niezawiniona, z wyjątkiem okresu po rozwiązaniu umowy o pracę.

Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że odwołujący P. D. od momentu rozwiązania z nim umowy o pracę, tj. od dnia 1 sierpnia 2008 r. nie miał żadnego wpływu na sprawy spółki, utracił możliwość wglądu w dokumentację finansową spółki (tym samym weryfikację jej sytuacji finansowej), nie mógł nawet dostać się do siedziby spółki. Z zeznań świadków wynika, że dokumenty znajdowały się w pomieszczeniu, do którego miał dostęp G. J. (1), a z kolei P. D. zeznał, że G. J. (1) zabronił mu wstępu do biura. Zeznania odwołującego są wiarygodne zważywszy na silny konflikt, do jakiego między nimi doszło w związku z rozwiązaniem umowy o pracę, zakończony procesem sądowym. W ocenie tego Sądu, od tego momentu P. D. utracił jakąkolwiek możliwość wpływu na sprawy spółki (...) sp. z o.o., w tym przeciwdziałania zadłużania zainteresowanej spółki, również względem ZUS.

Ze względu na powyższe, nie sposób czynić odwołującemu P. D. (1) zarzutu, iż uchybił on obowiązkowi zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w okresie od dnia 1 sierpnia 2008 r., powyższe wynikało bowiem z przyczyn całkowicie niezależnych od niego. Do momentu rozwiązania przez zainteresowaną spółkę z P. D. (1) umowy o pracę (do końca lipca 2008 r.), według wiedzy odwołującego P. D., brak było podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Od sierpnia 2008 r. odwołujący P. D. nie miał natomiast już z niezależnych od niego przyczyn wglądu w sytuację finansową zainteresowanej spółki i podjęcia stosownych decyzji, w tym złożenia ewentualnie wniosku o ogłoszenie upadłości zainteresowanej spółki.

Ustawodawca w art. 116 Ordynacji podatkowej posłużył się pojęciem "właściwego czasu" na zgłoszenie wniosku. Zgodnie ze stanowiskiem judykatury, chodzi tu o czas, w którym zarząd spółki winien podjąć te działania, nie będąc już w stanie realizować zobowiązań względem wszystkich wierzycieli spółki, aby w ten sposób chronić ich interesy. "Właściwy czas" należy przy tym oceniać z punktu widzenia interesów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a określenie tej chwili powinno być ujmowane elastycznie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, 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 (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 16 kwietnia 2014 r. LEX nr 1466821).

Zgodnie zaś z art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r. poz. 1112 ) upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny.

Zgodnie z art. 21 ust. 1 Prawa upadłościowego, dłużnik jest obowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości.

Podkreślono, że żaden z odwołujących nie podnosił, iż czynił starania w kierunku złożenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości zainteresowanej spółki. Jak wynika natomiast z materiału dowodowego, zainteresowana spółka już w 2006 r. nie regulowała swoich należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne. Pierwsze tytuły wykonawcze zostały wystawione już w 2006 r., kolejne w latach 2007, 2009 i 2010 i 2011. Zadłużenie

zainteresowanej spółki narastało. Ostatecznie, w 2013 r. postępowanie egzekucyjne zostało umorzone w 2013 r., zainteresowana spółka stała się bankrutem.

Uznano, że w niniejszej sprawie organ rentowy wykazał wszelkie okoliczności uzasadniające wydanie decyzji, tj. istnienie określonych zaległości składkowych powstałych w okresie, w którym odwołujący zarządzali spółką (...) sp. z o.o., jak i to, że egzekucja wobec spółki jest bezskuteczna.

W ocenie tego Sądu odwołujący P. D. wykazał, że od momentu rozwiązania z nim umowy o pracę tj. od dnia 1 sierpnia 2008 r. nie miał żadnego wpływu na sprawy spółki, w tym na przeciwdziałanie zadłużaniu zainteresowanej spółki poprzez m.in. uiszczenie należności z tytułu składek za miesiąc lipiec 2008 r. Zainteresowana spółka jako płatnik składek zgodnie z art. 46 ust.1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 121), była obowiązana według zasad wynikających z przepisów ustawy obliczać oraz opłacać należne składki za każdy miesiąc kalendarzowy. W myśl natomiast art. 47 ust. 1 i 2 wyżej cytowanej ustawy systemowej, zainteresowana spółka winna była przesłać w tym samym terminie deklarację rozliczeniową, imienne raporty miesięczne oraz opłacić składki za dany miesiąc 15 dnia następnego miesiąca. W konsekwencji przyjęto, że w świetle całokształtu okoliczności sprawy, że odwołujący P. D. utracił od dnia 1 sierpnia 2008 r. możliwość wglądu w dokumentację finansową zainteresowanej, nie mógł nawet dostać się do siedziby spółki i nie sposób przypisać odwołującemu P. D. (1) jakiegokolwiek winy (umyślnej, czy też nieumyślnej) w zakresie braku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w okresie od dnia 1 sierpnia 2008 r. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że odwołujący P. D. nie odpowiada za zadłużenie z tytułu zaległości składkowych zainteresowanej spółki w okresie od dnia 1 lipca 2008 r. (ponieważ składka za miesiąc lipiec 2008 r. płaćta była w sierpniu 2008 r.) do dnia 31 grudnia 2008 r.

Odnosząc się natomiast do podniesionego w toku postępowania zarzutu przedawnienia, Sąd I instancji wskazał, iż zgodnie z art. 118 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, nie można wydać decyzji o odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej, jeżeli od końca roku kalendarzowego, w którym powstała zaległość podatkowa, upłynęło 5 lat. Zaskarżona decyzja została wydana z zachowaniem powyżej określonego terminu. Należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne były bowiem egzekwowane w drodze postępowania egzekucyjnego prowadzonego początkowo przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w O., a następnie Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Szamotułach T. C.. Zgodnie zaś z art. 70 § 6 ordynacji podatkowej, bieg terminu przedawnienia zostaje przerwany wskutek zastosowania środka egzekucyjnego, o którym podatnik został zawiadomiony. Po przerwaniu biegu terminu przedawnienia biegnie on na nowo od dnia następującego po dniu, w którym zastosowano środek egzekucyjny. W orzecznictwie sądowo - administracyjnym przyjmuje się, że zastosowanie środka egzekucyjnego przerywa bieg terminu przedawnienia na podstawie art. 70 § 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.), w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 września 2005 r., gdy zawiadomienie podatnika o jego zastosowaniu nastąpi przed upływem terminu przedawnienia (uchwała 7 sędziów NSA z dnia 3 czerwca 2013 r. FPS 6/12 ONSAiWSA 2013/5/76). Organ rentowy pierwsze tytuły wykonawcze wystawił w roku 2006, następnie kolejne w dniu 28 października 2009 r. oraz 19 kwietnia i 29 lipca 2010 r. W 2006 i 2007 r. tytuły wykonawcze zostały skierowane do rachunku bankowego w (...) i zrealizowane w latach 2006 – 2007. W latach 2007 – 2011 z uwagi na bezskuteczną egzekucję tytuły wykonawcze zostały przekazane Naczelnikowi Urzędu Skarbowego w O.. W czerwcu 2011 r. Naczelnik Urzędu Skarbowego w O. przekazał tytuły wykonawcze Komornikowi Sądowemu przy Sądzie Rejonowym w Szamotułach T. C., który zgodnie z postanowieniem Sądu przejął łączne prowadzenie postępowania egzekucyjnego. Postanowieniami z dnia 1 marca 2013 roku w sprawach KM 3206/11 i KM 3207/11 oraz postanowieniami z dnia 6 marca 2013 roku w sprawach KM 3586/09 i KM 3596/09 Komornik Sądowy przy Sądzie Rejonowym w Szamotułach T. C. umorzył prowadzone na wniosek Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wobec (...) Sp. z o.o. postępowanie egzekucyjne. Zaskarżona decyzja została wydana w dniu 30 grudnia 2013 r., a więc przed upływem terminu przedawnienia.

Ze względu na powyższe Sąd I instancji na podstawie cytowanych przepisów prawa materialnego i art. 477<sup>14</sup> § 1 k.p.c. oddalił odwołanie G. J. (1) (tj. jak w punkcie 1. sentencji orzeczenia). O kosztach zastępstwa procesowego orzeczono na podstawie w myśl art. 98 k.p.c. oraz § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002

r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r. poz. 490).

Na podstawie art. 477<sup>(14)</sup> § 2 k.p.c. w punkcie 3 wyroku Sąd Okręgowy zmienił zaskarżoną decyzję z dnia 30 grudnia 2013 roku nr (...) i stwierdził, że P. D. nie odpowiada solidarnie z G. J. (1) za zadłużenie zainteresowanej spółki (...) sp. z o. o z siedzibą w O. z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne i ubezpieczenie zdrowotne oraz na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od lipca 2008 roku do grudnia 2008 roku. W konsekwencji w punkcie 4. Wyroku na podstawie art. 477<sup>(14)</sup> § 1 k.p.c. w pozostałym zakresie odwołanie P. D. od decyzji z dnia 30 grudnia 2013 roku nr (...) oddalił. Z uwagi na częściowe uwzględnienie odwołania, o kosztach zastępstwa procesowego Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany organ rentowy, zaskarżając go w części, tj. zakresie pkt 3 i 5.

Zaskarżonemu wyrokowi pozwany zarzucił naruszenie prawa materialnego, tj. niewłaściwe zastosowanie art. 116 § 1, 2 i 4 ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 ustawy z dnia 13.10.1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez przyjęcie, że odwołujący P. D., jako członek zarządu nie ponosił od dnia 1 sierpnia 2008r. winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości (...) Sp. z o.o. z uwagi na rozwiązanie umowy o pracę ze spółką, podczas gdy okoliczność rozwiązania umowy o pracę nie ma wpływu na ustalenie odpowiedzialności członka zarządu sp. z o.o. w świetle art. 116 Ordynacji podatkowej.

Mając na uwadze powyższe, apelujący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 3 i oddalenie odwołania w tym zakresie,
2. zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 5 i zasądzenie od odwołującego na rzecz organu rentowego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu pierwszoinstancyjnym według norm przepisanych,
3. zasądzenie od odwołującego na rzecz organu rentowego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Apelację od powyższego wyroku wniósł także odwołujący P. D., zaskarżając go w części, tj. zakresie pkt 3, 4 i 5.

Zaskarżonemu wyrokowi odwołujący zarzucił naruszenie prawa procesowego, tj. art. 118 § 1 ordynacji podatkowej, w części stanowiącej o materialnych przesłankach ustania odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania względem ZUS, w sytuacji gdy decyzja wobec odwołującego została wydana w dniu 30 grudnia 2013r., a została mu doręczona dopiero 7 stycznia 2014r., a więc po upływie ściśle wskazanego w ustawie pięcioletniego terminu.

Mając na uwadze powyższe, apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie odwołania P. D. w całości.

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

Apelacja organu rentowego okazała się w całości uzasadniona i skutkować musiała zmianą wyroku w zaskarżonej części, natomiast apelacja odwołującego P. D. nie zasługiwała na uwzględnienie.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów zgłoszonych przez stronę apelującą wskazać na wstępie należy, iż zgodnie z art. 378 § 1 kpc Sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania.

Kontrola instancyjna nie daje podstaw do stwierdzenia nieważności w niniejszej sprawie. Tym samym dalszy zakres kognicji Sądu odwoławczego wyznacza treść orzeczenia i zakres zarzutów podniesionych w apelacji.

Sąd II instancji rozważając wyniki postępowania w I instancji, władny jest przy tym ocenić je samodzielnie i odmiennie od sądu I instancji.

Podkreślić przy tym należy, iż Sąd Okręgowy przeprowadził w sprawie prawidłowe, obszernie postępowanie dowodowe zmierzające do wyjaśnienia istotnych okoliczności w sprawie i w większości dokonał prawidłowej subsumcji.

Zasadnie jednak zarzucił apelujący organ rentowy, iż dokonując oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, Sąd Okręgowy naruszył przepis prawa materialnego poprzez niewłaściwe zastosowanie art.116§1,2 i 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. ordynacja podatkowa polegające na przyjęciu, iż odwołujący P. D. , jako członek zarządu, nie ponosi od 1.08.2008r. winy za niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości (...) Sp. z o.o.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela zarzuty stawiane w tym zakresie orzeczeniu Sądu I instancji w apelacji wywiedzionej przez pozwaną Zakład oraz w jej uzasadnieniu - bez potrzeby ponownego przytaczania argumentacji tam zawartej.

W tym miejscu podkreślić należy, iż zgodnie z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t. j. Dz. U. z 2009r., Nr 205, poz. 1585 ze zm.) do składek na ubezpieczenia społeczne mają odpowiednie zastosowanie enumeratywnie wymienione w tym przepisie przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa (t. j. Dz. U. z 2005r. Nr 8, poz. 60 ze zm.), w tym także przepisy regulujące odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe. Stosownie natomiast do art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych do składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, na ubezpieczenie zdrowotne w zakresie: ich poboru, egzekucji, wymierzania odsetek za zwłokę i dodatkowej opłaty, przepisów karnych, dokonywania zabezpieczeń na wszystkich nieruchomościach, ruchomościach i prawach zbywalnych dłużnika oraz stosowania ulg i umorzeń stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące składek na ubezpieczenia społeczne. Tak więc do składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i ubezpieczenie zdrowotne ma odpowiednie zastosowanie art. 31 tej ustawy, a w konsekwencji mają odpowiednie zastosowanie wymienione w nim przepisy Ordynacji podatkowej, w tym przepisy o odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania podatkowe (tak: w uchwałach Sąd Najwyższy z dnia 7 maja 2008r., sygn. akt II UZP 1/08 oraz z dnia 4 czerwca 2008r., sygn. akt II UZP 3/08, niepubl.).

Odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe (składkowe) występuje w sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania podatkowego (składkowego) przez podatnika (płatnika). Odpowiedzialność ta, jako uzależniona od istnienia zobowiązania podatkowego podatnika, powoduje, że ma ona charakter akcesoryjny i następczy, gdyż nie może powstać bez uprzedniego powstania obowiązku w stosunku do pierwotnego dłużnika. Jest to także odpowiedzialność subsydiarna (posiłkowa), biorąc pod uwagę, że wierzyciel podatkowy (składkowy), nie ma swobody w kolejności zgłaszania roszczenia do podatnika lub osoby trzeciej, lecz w pierwszej kolejności musi dochodzić należności od podatnika.

Do pozytywnych przesłanek odpowiedzialności członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością 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 mierze.

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 26.10.2005r., I FSK 30/05; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 14.09.2005r., I FSK 2062/04).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, w niniejszej sprawie ziściły się przesłanki pozytywne przeniesienia odpowiedzialności za zaległości składkowe w postaci bezskuteczności egzekucji z majątku spółki oraz powstania zaległości w czasie pełnienia obowiązków przez członków zarządu, w tym także P. D. (1).

Bezzasadnie natomiast Sąd I instancji przyjął, iż od 1.08.2008r. P. D. uwolnił się od solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania składkowe spółki, mimo, iż nadal był członkiem zarządu spółki w okresie ich powstania.

Rozważając, czy skarżący odpowiada za zobowiązania spółki mieć bowiem należy na uwadze nie tylko przepisy przywołanej wyżej ustawy Ordynacja podatkowa, ale również przepisy ustawy z dnia 15 września 2000r. kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 1030 ze zm.) zwłaszcza te dotyczące organów spółki kapitałowej, zasad reprezentacji spółki, praw i obowiązków członków zarządu.

Podkreślić należy, iż zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest organem prowadzącym jej sprawy, czyli zarządza spółką i ma w zasadzie wyłączną kompetencję do jej reprezentowania na zewnątrz. Z przepisów k.s.h. wynika, że jest jej organem obligatoryjnym powoływanym przed rejestracją spółki (art. 163 § 1 pkt 5 k.s.h.) – bez jego powołania nie jest możliwa rejestracja spółki. Zarząd spółki może być zarówno ciałem kolegiałnym, jak i jednoosobowym.

Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością statutowana treścią normatywną art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej jest sankcją za nieprawidłowe kierowanie sprawami spółki w sposób prowadzący do bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce. Przejawem kierowania sprawami spółki w wymieniony sposób jest niezłożenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości. Odpowiedzialność członków zarządu oparta jest na zasadzie winy, z tym, że ustawodawca wprowadza tu domniemanie winy w wadliwym prowadzeniu spraw spółki, które doprowadziło do sytuacji, w której egzekucja wobec spółki okazała się bezskuteczna. Członek zarządu może uwolnić się od ponoszenia osobistej odpowiedzialności za jej zadłużenie poprzez wykazanie jednej z wskazanych wyżej okoliczności egzoneracyjnych.

Innymi słowy, w przypadku kwestionowania odwołaniem decyzji przez członka zarządu spółki, to on winien wykazać istnienie przesłanki uwalniającej od odpowiedzialności, bowiem na nim spoczywa ciężar dowodzenia braku odpowiedzialności. Niewątpliwie kwestia istnienia albo nieistnienia przesłanek wyłączających odpowiedzialność członka zarządu na podstawie art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej jest okolicznością zasadniczą, jednak z brzmienia tego przepisu wynika wyraźnie, iż ciężar dowodu spoczywa na członku zarządu. Porządkowo warto zauważyć, że również na gruncie art. 299 § 1 k.s.h. to członek zarządu spółki ma wykazać okoliczności zwalniające go z odpowiedzialności za długi względem wierzycieli spółki (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2013r., III CSK 321/12).

Tymczasem, w realiach niniejszej sprawy, wbrew stanowisku Sądu I instancji i stanowisku apelującego P. D. (1), ubezpieczony nie wykazał zaistnienia przesłanek egzoneracyjnych, tj. uwalniających od odpowiedzialności za zobowiązania dłużnej spółki w myśl art. 116 ust. 1 ustawy Ordynacja podatkowa.

Przewidziana w tym przepisie odpowiedzialność członka zarządu jest niezależna od tego, czy niewypłacalność spółki, spowodowana zaciąganiem zobowiązań przekraczających jej możliwości płatnicze, była zawiniona przez zarząd czy też powstała z przyczyn leżących po stronie innych organów spółki, jej wspólników lub z przyczyn obiektywnych.

Dlatego twierdzenia odwołującego, że nie miał wpływu na gospodarkę finansową spółki, ponieważ tymi sprawami spółki zajmował się prezes zarządu, są dla ustalenia jego odpowiedzialności bez znaczenia.

Fakt, że sprawowanie kontroli nad finansami spółki – od początku przeciw jej istnieniu, powierzyli jednemu z dwóch członków zarządu, nie zwalnia go od odpowiedzialności określonej w powołanym przepisie. Od odpowiedzialności tej członek zarządu może się uwolnić tylko w przypadku wykazania jednej z następujących okoliczności: 1) wniosek o ogłoszenie upadłości został zgłoszony we właściwym czasie, 2) niezgłoszenie wniosku o upadłość nastąpiło bez jego winy, 3) wskazał mienie, z którego egzekucja jest możliwa.

Odwołujący P. D. tymczasem powołuje się na drugą z tych okoliczności twierdząc, że nie miał możliwości zgłoszenia wniosku o upadłość, gdyż nie znał kondycji finansowej spółki. Jednakże powoływanie się przez członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na nieznaną kondycję stanu finansów spółki jako przyczynę niezgłoszenia wniosku o upadłość, nie jest okolicznością uzasadniającą zwolnienie go od odpowiedzialności za zaległości podatkowe na podstawie art. 116 Ordynacji podatkowej.

Zgodnie z art. 201 § 1 Kodeksu spółek handlowych zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę. W przypadku, gdy zarząd jest wieloosobowy, każdy członek zarządu ma prawo i obowiązek prowadzenia spraw spółki (art. 208 § 2). Zarząd spółki może rozmaicie kreować swoje wewnętrzne relacje, jednak organem spółki jest zarząd jako całość, a nie jego poszczególni członkowie.

Wynika stąd obowiązek posiadania przez każdego członka zarządu elementarnej wiedzy o najważniejszych sprawach spółki. Brak wiedzy w sprawach spółki, na który P. D. się powołuje w sprawie, jest okolicznością leżącą po jego stronie. Nie powinien on bowiem podejmować się pełnienia funkcji członka zarządu, jeżeli nie miał do tego kompetencji czy odpowiedniej ilości czasu.

Jeżeli niewiedza odwołującego była przyczyną niezgłoszenia przez niego wniosku o upadłość, to nie jest to okoliczność świadcząca o braku winy w rozumieniu art. 116 Ordynacji podatkowej.

Wbrew zatem stanowisku Sądu I instancji, braku winy odwołującego P. D. od 1.08.2008r. nie można wywodzić z wewnętrznego podziału obowiązków między członkami zarządu Spółki, czy braku szczegółowej wiedzy odwołującego o sytuacji finansowej i majątkowej tego podmiotu. Podział czynności ma jedynie znaczenie wewnątrzorganizacyjne, nie niweczy skutków z art. 204 § 1 KSH, którego brzmienie jest jednoznaczne i nie może wyłączyć odpowiedzialności członka zarządu płynącej z ustawy Ordynacja podatkowa.

Ponadto art. 21 ust. 2 PrUpNapr jednoznacznie obliguje do złożenia wniosku o ogłoszenia upadłości każdą osobę, która samodzielnie lub z innymi osobami reprezentuje spółkę.

Przepis art.204§1 KSH stanowi natomiast wprost, iż **prawo członka zarządu do prowadzenia spraw spółki i jej reprezentowania dotyczy wszystkich czynności sądowych i pozasądowych spółki.**

Rację ma zatem apelujący ZUS, iż także odwołujący, wbrew jego stanowisku, „jako członek zarządu, miał prawo i obowiązek złożyć we właściwym czasie wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki.

Obowiązków członków zarządu spółki w tym zakresie ustawodawca w żaden sposób nie powiązał bowiem z faktem ewentualnego bycia jednocześnie pracownikiem spółki. Członek zarządu może pozostawać jednocześnie w stosunku pracy ze Spółką, ale przecież nie musi. A zatem okoliczność, iż od 1.08.2008r. P. D. nie był już pracownikiem dłużnika, pozostaje bez znaczenia dla jego odpowiedzialności w oparciu o przepis art.116 ordynacji podatkowej, skoro bez wątplenia składki objęte zaskarżoną decyzją dotyczą okresu, kiedy apelujący nadal był pełnoprawnym członkiem zarządu spółki i miał nadal prawo, ale także obowiązek zajmować się sprawami Spółki.

Przepis art.116§1 ordynacji podatkowej, nie może być także interpretowany w oderwaniu od treści art. 293 § 2 KSH i podwyższonych standardów należytej staranności obowiązujących członków zarządu. W rezultacie brak wiedzy o kondycji zarządzanego podmiotu wynikający wyłącznie z zaniechania odwołującego P. D. (skarżący sam przyznawał, iż sprawami finansowymi spółki nigdy się nie zajmował, nie żądał przedkładania dokumentacji w tym zakresie, zdając się w tej kwestii na drugiego odwołującego), nie może prowadzić do uwolnienia go od odpowiedzialności z art.116§1 ordynacji.

Zauważyć w szczególności jednak należy, iż P. D. był członkiem zarządu spółki (...) Sp. z o.o. co najmniej do dnia 3 lutego 2009r. (albowiem złożył rezygnację z funkcji członka zarządu dopiero z tą datą), a zatem w okresie, w którym stały się wymagalne należności objęte zaskarżoną decyzją i w zarzut, iż od momentu rozwiązania z nim umowy o pracę, tj. od 1 sierpnia 2008r. nie miał żadnego wpływu na sprawy spółki i utracił możliwość wglądu w dokumentację

spółki, tym bardziej nie zasługiwał na uwzględnienie, że, jak sam odwołujący zeznał, także w okresie kiedy był jeszcze pracownikiem spółki, nie wnikał w jej sprawy finansowe, bo tym zajmował się drugi ze współników.

Ani zatem do 1.08.2008r., ani po tej dacie, odwołujący P. D. nie wykazał się minimum staranności w dbałości o interesy spółki, o czym świadczy w szczególności fakt, iż spółka już od 2006r. miała długi, wystawiane były tytuły wykonawcze, a odwołujący się tym nie interesował, chociaż jak zeznał- wiedział o tym ,ale myślał, że te zobowiązania są niewielkie.

Jakkolwiek zatem istotnie w wyroku WSA w Olsztynie z dnia 3 marca 2004r., III SA 2889/02, wskazano, iż posłużenie się określeniem "pełnienie obowiązków" wskazuje, że chodzi tu o rzeczywiste (czynne, faktyczne) ich wykonywanie, a nie tylko o piastowanie (bierne) funkcji, z którą te obowiązki są związane, to zauważyć należy, iż jest to jednak pogląd odosobniony.

W orzecznictwie sądowo - administracyjnym w zdecydowanej większości przyjmuje się pogląd, który sąd w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę w pełni podziela, że użycie w przepisie art. 116 § 2 ordynacji podatkowej sformułowania "pełnienie" obowiązków członka zarządu, a nie ich "wykonywanie" oznacza, że chodzi o zajmowanie stanowiska od momentu powołania do dnia odwołania. Okoliczności związane z faktycznym wykonywaniem lub niewykonywaniem tych obowiązków nie mają znaczenia dla tej oceny.

Zatem także odwołujący, wbrew zarzutom ,jako członek zarządu, miał prawo i obowiązek złożyć we właściwym czasie wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki.

Jak zauważył Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 23 listopada 2010r., sygn. akt I FSK 2082/09, wskazując na cel przepisu, który konstruuje odpowiedzialność członka zarządu o charakterze odszkodowawczym, podkreśla się, że podstawą powstania odpowiedzialności jest sam fakt bycia członkiem zarządu. Przesłanka ta, z racji wykładni systemowej, winna być ustalana w oparciu o obiektywnie istniejące kryteria - spełnienie formalnych warunków "pełnienia funkcji członka zarządu". Na takie też rozumienie przesłanki "pełnienia obowiązków członka zarządu" wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 8 lipca 2010r., sygn. akt II FSK 335/09 w którym stwierdził, że "pełnić obowiązki" z art. 116 § 2 ordynacji podatkowej oznacza otrzymać legitymację do tego, aby realizować wszystkie czynności związane z pełnioną funkcją, czyli jest to kompetencja do realizowania funkcji członka zarządu przez określony czas. Podobnie w wyroku z dnia 26 kwietnia 2013r. I FSK 979/12, Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że zawarte w art. 116 § 2 ordynacji podatkowej pojęcie "pełnienie obowiązków członka zarządu" nie zawiera w swoim zakresie faktyczne wykonywanie obowiązków takiego członka bez posiadania ku temu formalnych uprawnień. Z kolei w wyroku z dnia 23 listopada 2010r., I FSK 1193/10 Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że "To, że członek zarządu nie miał wpływu na działalność spółki, nie zwalnia go z odpowiedzialności za jej długi podatkowe. Ustawodawca nie łączy odpowiedzialności z faktycznym wykonywaniem obowiązków członka zarządu".

Niezależnie od powyższego stanowiska przedstawionego w judykaturze, które kategorycznie potwierdza objęcie P. D. (1) odpowiedzialnością za długi składkowe spółki, w której był członkiem zarządu – zauważyć należy, iż odwołujący brał czynny udział w działalności spółki i znał jej sytuację finansową.

Z zeznań żadnego ze świadków powołanych przez odwołującego nie wynika, aby P. D. domagał się od G. J. (1) dostępu do dokumentacji spółki, czy też udzielenia informacji o sytuacji finansowej spółki oraz aby spotkało się to z odmową ze strony G. J. (1). Przyznał to sam odwołujący P. D., że G. J. nie odmawiał mu dostępu do informacji, bo o nią nie zwracał się. Z zeznań natomiast samego P. D. wynika, że działał w zaufaniu do drugiego członka zarządu G. J. (1) i dobrowolnie powierzył mu prowadzenie spraw finansowych spółki, na których się nie znał. P. D. przyznał ponadto, że nie ingerowali wzajemnie w zakres swoich obowiązków. Nigdy G. J. (1) nie odmówił mu wglądu do dokumentacji finansowej spółki, bo nigdy o taki wgląd nie prosił. Był świadomy istnienia zaległości, ale w jego ocenie były one niewielkie, wiedział w szczególności o zaległościach w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne. Na rozprawie w dniu 8 września 2015r. P. D. zeznał, że rozmowa w cztery oczy z G. J. (1), który mu potwierdził, że nie ma pieniędzy ,zaniepokoiła go i utwierdziła w przekonaniu, że jeśli spółka nie będzie na bieżąco regulować zobowiązań finansowych, to popadnie w kłopoty. Odwołujący zeznał, że spodziewał się, że spółka ma zaległości.

Co istotne przy tym, sygnały o nieprawidłowościach i zaległościach pojawiły się jeszcze w okresie, kiedy była zatrudniona w spółce księgowa, a zatem na długo przed 1.08.2008r. Odwołujący potwierdził także, że nie zasięgał informacji w zewnętrznej firmie księgowej, jaka jest sytuacja finansowa spółki, kiedy to po zwolnieniu księgowej, księgowość spółki prowadziło biuro rachunkowe.

P. D. nie podjął zatem w żadnym momencie żadnych działań, aby ustalić, choćby ogólnie, stan finansów spółki i podjąć ewentualnie kroki przewidziane dla członków zarządu, w szczególności –złożyć we właściwym czasie wnioski o ogłoszenie upadłości spółki.

Odwołując się natomiast do poglądów ugruntowanego już orzecznictwa sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, wskazać w tym miejscu należy, że użyte w określenie „właściwy czas” do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, winno być odczytywane z uwzględnieniem z jednej strony określonego w art. 21 ust. 2 PrUpNaprz obowiązku członka zarządu spółki dopełnienia tej czynności w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, z drugiej zaś strony - funkcji art. 299 KSH oraz celu postępowania upadłościowego, jakim jest ochrona wierzycieli spółki przed konsekwencjami pozbawienia ich możliwości zaspokojenia swoich roszczeń. Właściwym czasem na zgłoszenie wniosku jest zatem moment, w którym wprowadzie wszystkich wierzycieli nie da się już zaspokoić, ale istnieje jeszcze majątek spółki pozwalający na przynajmniej częściowe zaspokojenie wierzycieli w postępowaniu upadłościowym.

Tymczasem, zeznająca na rozprawie w dniu 17 grudnia 2015r. świadek E. K., która była księgową spółki w okresie od 2 stycznia 2006r. do 4 czerwca 2007r. wskazała, że problemy finansowe spółka miała od samego początku. Gdy świadek odchodziła ze spółki, to zaległości były wobec ZUS i US. G. J. (1) o tym wiedział, lecz świadek zeznała, że nie posiada wiedzy, czy wiedział o tym fakcie P. D., ponieważ nigdy się tym nie interesował i nie pytał księgowej o stan finansowy spółki. Świadek składała do KRS sprawozdanie za rok 2006, było ono w firmie dostępne i zostało podpisane przez osoby reprezentujące spółkę.

Ponadto, zeznający w sprawie świadkowie potwierdzili, że ze względu na trudną sytuację finansową spółki wynagrodzenia były płacone bardzo nieregularnie. Na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2016r. E. S., która była pracownikiem spółki przez okres 2/3 lat do 2006r. zeznała, że w rozmowie z P. D. (1) zapytała go, kiedy będzie miała wypłaconą pensję, bo było już po dacie planowej wypłaty. Odwołujący odpowiedział, że wszelkie zapytania dotyczące spraw finansowych świadek ma kierować do G. J. (1). Świadek wskazała, że również pozostali pracownicy nie otrzymywali wynagrodzenia na czas.

Ponadto, nie może umknąć z pola widzenia, że wobec istniejącego zadłużenia składkowego, organ rentowy pierwsze tytuły wykonawcze wystawił już w roku 2006 i 2007. Następnie organ rentowy wystawił tytuły wykonawcze, m.in. w dniu 28 października 2009r. oraz 19 kwietnia i 29 lipca 2010r. W 2006 i 2007r. tytuły wykonawcze zostały skierowane do rachunku bankowego w (...) i zrealizowane w latach 2006 – 2007. W latach 2007 – 2011 z uwagi na bezskuteczną egzekucję tytuły wykonawcze zostały przekazane Naczelnikowi Urzędu Skarbowego w O..

Biorąc zatem pod uwagę powołane wyżej okoliczności faktyczne nie sposób uznać, że P. D. nie miał wiedzy na temat sytuacji finansowej spółki, że przynajmniej nie domyślał się, iż nie jest ona dobra, że spółka nie reguluje terminowo należności, że ma długi. Fakt natomiast, że sam zrezygnował z konieczności zainteresowania się tą sytuacją, że nie przejawiał w tym zakresie żadnej inicjatywy, w żadnej mierze, nie może go uwolnić aktualnie od odpowiedzialności, w szczególności nie może stanowić podstawy uznania, iż

niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło bez winy odwołującego P. D..

Tym bardziej, że odwołujący w ogóle nie wystąpili z wnioskiem o upadłość dłużnika, a w niniejszym postępowaniu nawet nie wskazywali do kiedy należało to uczynić i w żadnej mierze nie zostało wykazane przez P. D. (wbrew zasadzie dowodowej wyrażonej w art.6 kc i 232 kpc), że z wnioskiem o upadłość należało wystąpić w okresie kiedy nie był już pracownikiem spółki.

Brak jest zatem, tym bardziej, wbrew stanowisku Sądu I instancji, jakichkolwiek podstaw do uznania, iż wniosek o upadłość winien być zgłoszony w okresie po 1.08.2008r. i dlatego P. D. winien być zwolniony z odpowiedzialności za niezgłoszenie tego wniosku .

Odwołując się do poglądów ugruntowanego już orzecznictwa sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, wskazać w tym miejscu bowiem należy, że użyte określenie „właściwy czas” do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, winno być odczytywane z uwzględnieniem z jednej strony określonego w art. 21 ust. 2 PrUpNaprz obowiązku członka zarządu spółki dopełnienia tej czynności w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, z drugiej zaś strony - funkcji art. 299 KSH oraz celu postępowania upadłościowego, jakim jest ochrona wierzycieli spółki przed konsekwencjami pozbawienia ich możliwości zaspokojenia swoich roszczeń. Właściwym czasem na zgłoszenie wniosku jest zatem moment, w którym wprowadzie wszystkich wierzycieli nie da się już zaspokoić, ale istnieje jeszcze majątek spółki pozwalający na przynajmniej częściowe zaspokojenie wierzycieli w postępowaniu upadłościowym.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, zaniechanie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki miało zatem – z obu opisanych powyżej przyczyn-po stronie skarżącego P. D.- charakter zawiniony. Nie dołożył on bowiem należytej staranności w prowadzeniu spraw spółki, do których na mocy m.in. art. 204 i 208 k.s.h. był jednocześnie uprawniony i zobligowany. Uzasadniona przy tym ,w świetle dostępnego materiału dowodowego, jest ocena, że skarżący miał świadomość złej sytuacji finansowej spółki w okresie pełnienia przez siebie funkcji członka zarządu.

Podkreślić dodatkowo należy, iż tut.Sąd w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego, a wyrażone w wyroku z 20 stycznia 2011 roku w sprawie II UK 174/10 , iż świadome i dobrowolne oddanie faktycznego zarządzania spółką osobie spoza zarządu nie zwalnia członka zarządu ani od jego obowiązków wynikających z pełnienia funkcji w tym organie, ani od odpowiedzialności za ich niedopełnienie, a w konsekwencji nie można uznać, że niezgłoszenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło bez winy członka zarządu.

Mając na uwadze powyższe, w punkcie 1 wyroku Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił wyrok Sądu I instancji w punkcie 3 i oddalił odwołanie P. D. w całości.

Z uwagi na powyższe, w punkcie 2 wyroku, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 98 k.p.c. oraz § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. z 2013r. poz. 490) zasądził od odwołującego P. D. na rzecz pozwanego kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, albowiem ostatecznie to organ rentowy, a nie odwołujący jest stroną wygrywającą postępowanie.

Niezasadny okazał się w całości zarzut apelującego P. D., który zarzucił naruszenie art. 118 § 1 ordynacji podatkowej.

Z utrwalonego już orzecznictwa , które tut.Sąd w całości podziela, jak również z literalnego brzmienia samego przepisu § 1 art.118 powołanej ustawy wynika wprost, iż nie można wydać decyzji o odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej, jeżeli od końca roku kalendarzowego, w którym powstała zaległość podatkowa, upłynęło 5 lat. Powyższe oznacza, iż wystarczającym do zachowania terminu, o którym stanowi art.118§1 ustawy ,jest samo wydanie decyzji, a nie jej doręczenie stronie.

Przykładowo należy powołać wyrok NSA w sprawie I GSK 1263/15 z dnia 02-08-2017, w którym podkreślono, iż w przepisie art. 118 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 613 ze zm.) przedawnienie powiązane z wydaniem, a nie doręczeniem decyzji, czyli jako jej sporządzenie i podpisanie. Podobnie NSA przyjął w wyroku z dnia 11-10-2017r. (II FSK 2115/17), iż stosownie do art. 118 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku - Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2012 r. poz. 749 ze zm.) nie można wydać decyzji o odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej, jeżeli od końca roku kalendarzowego, w którym powstała zaległość podatkowa, upłynęło 5 lat. Nie można jednak wiązać uprawnienia organów do wydania decyzji odnoszących się do odpowiedzialności osób

trzecich z ich doręczeniem. Pojęcie "wydania" odnosi się do sporządzenia aktu zawierającego elementy, o których mowa w art. 210 ustawy. Wyrazem sporządzenia decyzji jest m.in. jej podpisanie przez osobę upoważnioną i opatrzenie datą wydania (por.także np. WSA w Gdańsku w wyroku z dnia 13-06-2017r. ,I SA/Gd 1553/16).

Skoro zatem przedmiotem zaskarżonej decyzji są zobowiązania za okres od grudnia 2007r. do grudnia 2008r., które wymagalne stały się najwcześniej w styczniu 2008r., to do 31.12.2013r. biegł pięcioletni termin przedawnienia , o którym mowa w art.118§1 ordynacji podatkowej.

Zaskarżona decyzja wydana została natomiast 30.12.2013r. , a zatem przed upływem terminu przedawnienia.

Z tych względów, w punkcie 4 wyroku Sąd Apelacyjny ,na podstawie art. 385 k.p.c., oddalił apelację odwołującego P. D., jako bezzasadną.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie przepisów § 2 pkt 5 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015r., poz. 1804).

SSA Małgorzata Woźniak-Zendran	SSA Wiesława Stachowiak	SSA Małgorzata Aleksandrowicz
--------------------------------	-------------------------	-------------------------------