

Sygn. akt: III AUa 602/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 listopada 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi, III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący: SSA Janina Kacprzak

Sędziowie: SSA Maria Padarewska - Hajn (spr.)

SSO del. Marzena Głuchowska

Protokolant: stażysta Agata Józwiak

po rozpoznaniu w dniu 28 listopada 2012 r. w Łodzi

sprawy **L. O.**

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

o odpowiedzialność członka zarządu za zaległości z tytułu nieopłaconych składek,

na skutek apelacji L. O.

od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Płocku

z dnia 1 lutego 2012 r., sygn. akt: VI U 828/10;

1. uchyla zaskarżony wyrok oraz poprzedzającą go decyzję organu rentowego i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania organowi rentowemu;

2. zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w P. na rzecz L. O. kwotę 2 700, 00 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu zastępstwa procesowego za II instancję, oddalając wniosek w pozostałej części.

Sygn. akt III AUa 602/12

(...)

Decyzją z dnia 17 maja 2010 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w P. stwierdził, że L. O. jako były członek i prezes zarządu ustanowiony następnie likwidatorem firmy (...) SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ jest odpowiedzialny solidarnie za zaległości z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych przez wyżej wymienioną spółkę za okres łącznie od lipca 2005 r. (termin płatności 15.08.2005 r.) do października 2008 r. wraz z odsetkami za zwłokę w łącznej kwocie 70.985,99zł, a w tym :

1. ubezpieczenia społeczne za okres: 07/2005 r. - 11/2005 r. w łącznej kwocie 57.119,96 zł, w tym:

z tytułu składek - 36.875,96 zł z tytułu odsetek - 20.244,00 zł;

2. ubezpieczenie zdrowotne za okres: 07/2005 r. - 11/2005 r., 01/2006 r. - 10/2006 r., 12/2006 r. - 07/2008 r., 09/2008 r. - 10/2008 r. w łącznej kwocie 13.683,54 zł, w tym:

z tytułu składek - 9.005,54 zł z tytułu odsetek - 4.676,00 zł;

3. Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres: 07/2005 r. - 09/2005 r. w łącznej kwocie 162,49 zł, w tym:

z tytułu składek - 117,49 zł z tytułu odsetek - 65,00 zł.

W uzasadnieniu przedmiotowej decyzji organ rentowy wskazał, że (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością będąc płatnikiem składek, mimo ciężącego na niej z mocy prawa obowiązku, nie opłaciła składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. L. O. w okresie, w którym powstały zaległości określone zaskarżoną decyzją był członkiem i prezesem zarządu (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, a następnie ustanowiony został jej likwidatorem. W decyzji wskazano, iż wyżej wymieniona odpowiedzialność ma charakter odpowiedzialności solidarnej z drugim członkiem zarządu J. O.. Oddział ZUS podniósł, że podejmował liczne próby wyegzekwowania występujących zaległości zarówno w toku egzekucji realizowanej przez Urząd Skarbowy w P. oraz Komornika Sądowego w P., jak również egzekucji uniwersalnej w toku postępowania upadłościowego, jednak okazały się one bezskuteczne. Organ rentowy wskazał, że wniosek (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością o ogłoszenie upadłości nie został złożony we właściwym czasie i był spóźniony. Spółka począwszy od lipca 2003 r. (termin płatności 15.08.2003r.) trwale zaprzestała opłacania składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, a od 10/2003 r. (termin płatności 25.11.2003 r.) Spółka posiadała także zaległości w opłacaniu zobowiązań podatkowych. W ocenie organu rentowego powinno być to wystarczającą przesłanką przemawiającą za złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości (...) Sp. z o.o. i co najmniej początek grudnia 2003 r. był czasem właściwym na zgłoszenie przez zarząd tego wniosku. Wobec tego złożenie wniosku na początku 2004 r. należy uznać za spóźnione. Ponadto L. O. nie wskazał majątku spółki, z którego możliwe byłoby zaspokojenie należności, a fakt wykreślenia spółki z Krajowego Rejestru Sądowego nie powoduje uwolnienia byłego członka zarządu od odpowiedzialności za zadłużenie.

W odwołaniu od powyższej decyzji L. O. wniósł o nieobciążanie go obowiązkiem zwrotu nieopłaconych składek, podnosząc iż zobowiązanie dochodzone przez organ rentowy nie istnieje, gdyż dłużnik, tj. (...) Sp. z o.o. od kwietnia 2009 r. utracił byt prawny i nie występuje w obrocie gospodarczym, co oznacza, że w dniu wszczęcia postępowania administracyjnego zakończonego wydaniem zaskarżonej decyzji zobowiązania w niej wymienione nie istniały. Nadto podniósł, że zarząd spółki wystąpił na przełomie 2003 r. i 2004 r. z wnioskiem o ogłoszenie upadłości w czasie właściwym, gdyż spółka do dnia złożenia wniosku regulowała część swoich zobowiązań. Dodatkowo odwołujący się wskazał, że okoliczność, iż wniosek o ogłoszenie upadłości zawierał propozycję zawarcia układu, jego sporządzenie zajęło zarządowi 6 tygodni. Odwołujący się zarzucił, że w momencie umorzenia postępowania upadłościowego spółka dysponowała jeszcze majątkiem, zarówno nieruchomością, jak i ruchomościami, z których można było zaspokoić należności ZUS w znaczącym stopniu, jednakże Zakład nie przyłączył się do toczącego się w latach 2006 - 2008 postępowania egzekucyjnego. Wskazał na szczególnie trudną sytuację członków zarządu spółki po umorzeniu postępowania upadłościowego, kiedy brak było środków na regulowanie zobowiązań za lipiec 2005 r. wymagalnych w połowie sierpnia 2005 r. W tej sytuacji, nie ma podstaw do przypisania zarządowi odpowiedzialności za składki za lipiec 2005 r. W konsekwencji wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji i umorzenie postępowania w sprawie.

W odpowiedzi na odwołanie organ rentowy wniósł o jego oddalenie w całości z przyczyn tożsamyh z tymi, które wskazano w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

Sąd Okręgowy, Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Płocku wyrokiem z dnia 1 lutego 2012 r. w pkt 1 zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że ograniczył odpowiedzialność L. O. za zobowiązania przedmiotowej firmy do czasu następującego po dacie wydania postanowienia o umorzeniu postępowania upadłościowego tj. po dniu 5 sierpnia 2005

r. w pkt 2 oddalił odwołanie w pozostałej części a w pkt 3 zasądził od odwołującego się na rzecz organu rentowego zwrot kosztów zastępstwa procesowego i ustalił następujący stan faktyczny:

L. O. pełnił w spornym okresie funkcję prezesa zarządu (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Drugim członkiem zarządu - wiceprezesem był w tym samym czasie J. O.. W uwzględnieniu wniosku zarządu przedmiotowej spółki z dnia 26.03.2004 r., Sąd Rejonowy w Płocku Wydział Gospodarczy postanowieniem z dnia 08.06.2004 r. wydanym w sprawie V GU 22/04 ogłosił jej upadłość z możliwością zawarcia układu odbierając zarząd spółką dotychczasowemu zarządowi i ustanawiając Zarządcę w osobie W. M.. Postanowieniem z dnia 18.02.2005 r. Sąd ten, uwzględniając wnioski Zarządcy i upadłego, zmienił opcję postępowania z układowej na likwidacyjną i odwołał W. M. z funkcji Zarządcy powołując go na stanowisko Syndyka. Postanowieniem z dnia 05.08.2005 r. wydanym w sprawie V GU 5/04, Sąd Rejonowy, na podstawie art. 361 ust. 1 ustawy z dnia 28.02.2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze, umorzył postępowanie upadłościowe z uwagi na to, że majątek pozostały po wyłączeniu z niego przedmiotów majątkowych dłużnika obciążonych hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym lub hipoteką morską nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania. Aktem notarialnym z dnia 01.02.2006 r. spółkę postawiono w stan likwidacji i wyznaczono likwidatora w osobie byłego prezesa zarządu L. O., a z dniem 02.04.2009 r. spółka została wykreślona z Krajowego Rejestru Sądowego.

Spółka zaprzestała płacenia zobowiązań od lipca 2003 r. wobec 4 wierzycieli, od sierpnia 2003 r. wobec 4 wierzycieli, od września 2003 r. wobec 8 wierzycieli, od października 2003 r. wobec 7 wierzycieli. Największym wierzycielem wobec Spółki był Skarb Państwa, którego należności nie zapłacone przez Spółkę w wymaganym terminie wynosiły łącznie 647.322,48zł. Spółka zaprzestała płacenia długów w sposób trwały tzn. nie rokujący na to że w najbliższej przyszłości będzie mogła zaspokoić swoich wierzycieli, jeżeli będzie prowadzić w dalszym ciągu działalność.

Od sierpnia 2003 r. spółka trwale zaprzestała uiszczania należności składkowych. Zaległości z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych przez wyżej wymienioną spółkę za okres łącznie od lipca 2005 r. (termin płatności 15.08.2005 r.) do października 2008 r. wraz z odsetkami za zwłokę wynosiły 70.985,99zł.

Zawiadomieniami z dnia 17.12.2003 r. organ rentowy wszczął egzekucję z rachunku bankowego (...) Sp. z o.o. Egzekucja ta nie doprowadziła do pokrycia zadłużenia. Jedyna wpłata z dnia 02.01.2004 r. w kwocie 43.880,00 zł pokryła niewielką jego część, a bank informował o braku środków na rachunku. Wobec zbiegu egzekucji administracyjnej do rachunku bankowego Naczelnik Urzędu Skarbowego w P. postanowieniem z dnia 27.01.2005 r. przejął łączne prowadzenie postępowania egzekucyjnego. Z uwagi na kolejny zbieg egzekucyjny Urząd Skarbowy przekazał tytuły wykonawcze Komornikowi Sądowemu Rewiru I przy Sądzie Rejonowym w Płocku zgodnie z postanowieniem Sądu z 03.02.2006 r. W dniu 11.07.2006 r. Komornik poinformował, że postępowanie egzekucyjne z ruchomości zostało umorzone na podstawie art. 877 k.p.c. z uwagi na brak licytantów. Prowadzona przez Komornika egzekucja z nieruchomości spółki również nie doprowadziła do pokrycia zadłużenia z tytułu składek. Postanowieniem z dnia 24.10.2008 r. Sąd Rejonowy w Płocku po rozpoznaniu zarzutów Oddziału ZUS zatwierdził sporządzony przez Komornika Sądowego Rewiru I w P. plan podziału sumy uzyskanej z egzekucji, w którym należności ZUS uwzględniono tylko w niewielkim stopniu, a mianowicie w kwocie 22.965,47 zł. W związku z tym Komornik Sądowy w dniu 02.12.2008 r. zwrócił tytuły wykonawcze z uwagi na zakończenie postępowania egzekucyjnego z nieruchomości.

Spółka na dzień 31.12.2003 r. poniosła stratę w kwocie 3.721,6 tys. zł. Spółka poniosła również stratę przed 2002 r. w kwocie 806,6 tys. zł. W 2002 r. osiągnięty został przez Spółkę niewielki zysk w wysokości 145,00 tys. zł. P. saldo strata z lat ubiegłych wynosiła 661,5 tys. zł. Łącznie na 31.12.2003 r. Spółka posiadała stratę z lat ubiegłych i poniesioną w 2003 r. w wysokości 4.383,10 tys. zł. Strata ta pochłonęła 78,23% funduszy własnych Spółki. Na dzień 31.12.2003 r. istniało w Spółce nadmierne zadłużenie. Na dzień 31.12.2003 r. Spółka posiadała kapitały własne tylko w kwocie 1.219,50 tys. zł. Spółka aktywna na koniec 2003 r. finansowała głównie zobowiązaniami i kredytem. W 2003 r. w Spółce zmniejszył się wielokrotnie w stosunku do 2002 r. przychód, natomiast nie zostały obniżone w takim samym stopniu koszty, co spowodowało powstanie wysokiej straty. Działania Zarządu Spółki w 2003 r. nie były racjonalne. Ponoszone były koszty, które nie znajdowały pokrycia w przychodach.

Spółka już na dzień 31.12.2003 r. nie spełniała warunków do kontynuacji działalności. Była w złej sytuacji gospodarczej i ekonomicznej na tyle, że nie było szans na osiągnięcie od stycznia 2004 r. przychodów, które by przynajmniej pokryły ponoszone koszty, aby zahamować nieefektywne wydatkowanie kapitałów własnych i nie pogarszać sytuacji finansowej Spółki. Dalsze wykonywanie nieefektywnej działalności powodowało wzrost zobowiązań, ponieważ na ich zapłatę Spółka nie posiadała środków.

Spółka z uwagi na nie racjonalizowanie kosztów w 2003 r. weszła w 2004 r. z wysokim poziomem kosztów, na pokrycie których nie było zawartych i gwarantowanych w odpowiedniej ilości i wartości kontraktów zapewniających przychód. Spółka posiadała na 31.12.2003 r. cztery kontrakty zawarte w 2003 r. i nie zakończone, których wartość wynosiła 1.511.381 zł. Ponadto trzy z nich, były głęboko nierentowne.

Niski poziom kapitałów własnych i wysoka strata na działalności nie zapewniały Spółce zdolności kredytowej.

Spółka nie dysponowała na 31.12.2003 r. płynnymi środkami finansowymi. Nie posiadała na koncie bankowym ani w kasie środków pieniężnych w takiej kwocie, która pozwoliłaby na płacenie bieżących zobowiązań. Należności wynosiły tylko 722,4 tys. zł, z czego na kwotę 145,94 tys. zł. były trudne do ściągnięcia.

Urzeczywistniona wartość majątku spółki na 31.12.2003 r. wynosiła 3.480.229,76 zł, zaś wartość jej zobowiązań 3.488.500,00 zł. Różnicę stanowiła zatem kwota 8.270,24 zł. Natomiast rzeczywistniona wartość majątku spółki na 29.02.2004 r. wynosiła 3.647.029,76 zł, zaś wartość jej zobowiązań 4.273.000,00 zł. Różnicę stanowiła zatem kwota 625.970,24 zł. W związku z powyższym właściwym czasem na wszczęcie postępowania upadłościowego był dzień 31.12.2003 r. Wówczas bowiem w największym stopniu istniała możliwość spłacenia długów i ochrona interesu wierzycieli.

Zobowiązania, które powstały po ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu dotyczyły zakupu materiałów i usług produkcyjnych, zaciągnięcia kredytu w Banku (...), zobowiązań wobec Skarbu Państwa z tytułu podatku VAT, podatku dochodowego od osób fizycznych, podatku od nieruchomości i składek ZUS, wynagrodzeń pracowników i innych świadczeń na rzecz pracowników. W momencie ogłoszenia upadłości spółka zatrudniała około 130 - 140 pracowników. Po zmianie opcji postępowania z układowej na likwidacyjną z większością z nich zostały przez Syndyka rozwiązane stosunki pracy. Pozostało jedynie kilka osób niezbędnych do obsługi likwidacji. W okresie lipiec - sierpień 2005 r. była to grupa 10 osób, we wrześniu 2005 r. - 7 osób, październik - listopad 2005 r. - 2 osoby.

Zobowiązania po zmianie upadłości z możliwością zawarcia układu na upadłość z likwidacją majątku upadłego dotyczyły kosztów utrzymania firmy, zobowiązań wobec Skarbu Państwa z tytułu podatków i składek ZUS, zobowiązań dotyczących opłat komorniczych, wynagrodzeń pracowników i kosztów delegacji.

W dniu 17.05.2010 r. organ rentowy wydał zaskarżoną decyzję, w drodze której dochodzi również składek z tytułu ubezpieczeń społecznych, zdrowotnych oraz z tytułu Funduszu Pracy i Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych należnych od wynagrodzeń wypłacanych pracownikom zatrudnionym w okresie trwania upadłości likwidacyjnej.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów znajdujących się zarówno w aktach niniejszej sprawy, w tym w aktach rentowych, jak i w załączonych aktach spraw V GU 22/04, V GU 5/04, I Co 2239/07. Podstawę ustaleń stanowiły również zeznania W. M. oraz opinie biegłej, zarówno główna jak i uzupełniająca ustna oraz pisemna.

Sąd uznał za rzetelną, jasną i miarodajną opinię biegłej z zakresu księgowości i rachunkowości. Biegła udzieliła kompleksowej odpowiedzi na zadane przez Sąd pytania odnośnie „właściwego czasu” w rozumieniu art. 116 § 1 ustawy z dnia 29.08.1997 r. Ordynacja podatkowa na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości i wpływu działań Syndyka w okresie postępowania upadłościowego na wysokość zobowiązań spółki objętych zaskarżoną decyzją. Biegła w bardzo szczegółowy sposób uzasadniła, dlaczego 31.12.2003 r. był czasem właściwym dla złożenia przez zarząd spółki wniosku o ogłoszenie upadłości i to od razu likwidacyjnej. Co istotne, Sąd Rejonowy ogłaszając w dniu 08.06.2004 r. upadłość układową i ustanawiając Zarządcę swoją decyzję o nie pozostawieniu dłużnikowi zarządu własnego uzasadnił tym,

że upadły nie daje rękojmi należytego sprawowania zarządu gdyż dłużnik złożył wniosek o ogłoszenie upadłości co najmniej z kilkumiesięcznym opóźnieniem w stosunku do terminu wskazanego w ustawie, skoro już na koniec 2003 r. zaległość w płatność, niektórych należności wyniosła nawet do pięciu miesięcy, a wartość zadłużenia kilkukrotnie przekraczała wskazane w dyspozycji art. 12 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego 10% wartości bilansowej przedsiębiorstwa dłużnika. Zdaniem biegłej natomiast wzrost zobowiązań w okresie działania Syndyka związany był z tym, że prowadzone było postępowanie upadłościowe z możliwością zawarcia układu. Prowadzenie, po ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu, działalności nierentownej przy braku płynnych środków obrotowych i braku kapitału własnego musiało spowodować wzrost zobowiązań, na zapłatę środków, których Spółka nie posiadała. Biegła w swej uzupełniającej opinii wskazała, że w niniejszym postępowaniu ZUS dochodzi również składek na ubezpieczenia społeczne od wynagrodzeń pracowników zatrudnianych w okresie upadłości likwidacyjnej.

Sąd pominął natomiast opinię biegłej w części w jakiej uznała, że Zarząd Spółki wpływał na działalność Spółki w czasie postępowania upadłościowego prowadząc ją pod opieką Sądu i z pomocą Zarządcy. W okresie upadłości układowej zarząd spółką należał bowiem do Zarządcy, zaś w okresie upadłości likwidacyjnej do Syndyka. Oznacza to, że zarząd nie miał wiążącego wpływu na działalność spółki, który należał do ww. osób. Okoliczność, że zarząd spółki składał w Sądzie w okresie upadłości pisma zawierające propozycje układowe wraz z uzasadnieniem, opracował i przedłożył do pismo z dnia 25 listopada 2004 r. przedstawiające przez Zarząd sytuację ekonomiczno- (...) Spółki (...) na tle branży budowlanej za ostatnie trzy lata i analizę merytoryczną minionych 12 miesięcy oraz dotyczące wyjaśnień propozycji układowych w świetle opinii biegłych, pismo z dnia 9 grudnia 2004 r. dotyczące odpowiedzi na pismo Sądu Rejonowego V Wydział Gospodarczy wyjaśniające sprawę konwersji długu upadłego, pismo z dnia 28 grudnia 2004 r. z załącznikami dotyczącymi prognoz przy założeniu upadłości likwidacyjnej i upadłości układowej, nie przesądza o wpływie na zarząd spółki, lecz były to czynności faktyczne, bez skutku prawnego. Te czynności miały jedynie funkcję sygnalizacyjną, wskazywały na potrzebę i kierunek działań, lecz nie miały mocy wiążącej dla Zarządcy, syndyka czy też Sądu.

W tak ustalonym stanie faktycznym, w oparciu o przepis art. 107 § 1 i art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz U z 2005 r. Nr. 8 poz. 60) oraz art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych ([Dz.U.2009.205.1585), Sąd uznał, iż roszczenie odwołującego się w przeważającej części jest nie uzasadnione.

Sąd podkreślił w uzasadnieniu swego orzeczenia, iż skarżący, na którego przeniesiona została odpowiedzialność za zaległości płatnika składek, tj. (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. był członkiem zarządu tej spółki w czasie, gdy powstało to zobowiązanie.

Wprawdzie z załączonego odpisu KRS wynika, że wpisu tego dokonano dopiero 06.02.2004 r., jednakże z tego samego dokumentu wynika, że spółka wcześniej była wpisana do (...), a więc funkcjonowała przed tą datą. Przed dokonaniem wpisu w KRS odwołujący się był członkiem zarządu tej spółki, czego nie kwestionował. Po umorzeniu postępowania upadłościowego został likwidatorem spółki. Nie zasługuje przy tym na uwzględnienie argumentacja odwołującego, jakoby w niniejszej sprawie nie istniał dłużnik ((...) Sp. z o.o.), albowiem wykreślenie spółki z Krajowego Rejestru Sądowego nie oznacza, że z tą chwilą wygasają wszelkie jej zobowiązania. Zagadnieniem przeniesienia odpowiedzialności ze spółki na członków zarządu wielokrotnie zajmowały się sądy. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 lipca 2009 r. I UK 46/09 (LEX 529770) stwierdził, że warunek bezskuteczności egzekucji z majątku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, o której mowa w art. 116 § I Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych należy uznać za spełniony, jeżeli przed wydaniem decyzji o odpowiedzialności członka zarządu dojdzie do umorzenia postępowania upadłościowego na podstawie art. 361 pkt 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze. Zakres odpowiedzialności członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością obejmuje wszelkie zaległe zobowiązania z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, które powstały w okresie pełnienia obowiązków przez określoną osobę. W niniejszej sprawie postanowienie o umorzeniu postępowania upadłościowego zostało wydane w dniu 05.08.2005 r., zaś zaskarżona decyzja o odpowiedzialności członka zarządu datowana jest na dzień 17 maja 2010 r. W uchwale z dnia 15.10.2009 r. I UZP 3/09 (LEX nr 522965) Sąd Najwyższy stwierdził, że za zaległości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z tytułu składek na ubezpieczenia

społeczne oraz składek Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i na ubezpieczenie zdrowotne członkowie jej zarządu ponoszą odpowiedzialność także wówczas, gdy decyzja ZUS orzekająca o tej odpowiedzialności została wydana po wykreśleniu spółki z Krajowego Rejestru Sądowego (art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa, jednolity tekst Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz.60 ze zm., w związku z art. 31 i art. 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2009 r. Nr 205, póź. 1585 z późn. zm.). Odpowiedzialność przewidziana w art. 116 § I Ordynacji podatkowej (w związku z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych) odnosi się także do byłego członka zarządu powołanego na jej likwidatora, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2008 r. II UK 341/07 (OSNP 2009/23-24/322). Również w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2010 r. sygn. akt III CZP 91/09 stwierdzono, iż ustawowe zadania likwidatorów i członków zarządu, pokazujące daleko sięgające zbieżności, nie uzasadniają rozdzielenia istoty ich odpowiedzialności wobec wierzycieli spółki. Jeżeli sprawowanie funkcji likwidatorów przez dotychczasowych członków zarządu spółki jest typowe, to brak argumentów przemawiających za tym, aby członkowie zarządu wszczynali postępowanie likwidacyjne spółki po to, aby zostać likwidatorami, z zamiarem uchylenia się od odpowiedzialności solidarnej wobec wierzycieli, mimo że postępowaliby nadal bardzo podobnie jak w czasie sprawowania zarządu, tyle że w warunkach likwidacji spółki. W tej sytuacji, zachowując reguły wynikające z art. 108 § I, § 4 i art. 116 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, zachodzą przesłanki uzasadniające przeniesienie na odwołującego się jako byłego członka i prezesa zarządu ustanowionego następnie likwidatorem odpowiedzialności za zaległości firmy (...) Sp. z o.o. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Sąd uznał, iż wszczęte przeciwko spółce postępowanie egzekucyjne okazało się bezskuteczne. Zawiadomieniami z dnia 17.12.2003 r. organ rentowy wszczął egzekucję z rachunku bankowego (...) Sp. z o.o. Egzekucja ta nie doprowadziła do pokrycia zadłużenia. Jedyna wpłata z dnia 02.01.2004 r. w kwocie 43.880,00 zł pokryła niewielką jego część, a bank informował o braku środków na rachunku. Wobec zbiegu egzekucji administracyjnej do rachunku bankowego Naczelnik Urzędu Skarbowego w P. postanowieniem z dnia 27.01.2005 r. przejął łączne prowadzenie postępowania egzekucyjnego. Z uwagi na kolejny zbieg egzekucyjny Urząd Skarbowy przekazał tytuły wykonawcze Komornikowi Sądowemu Rewiru I przy Sądzie Rejonowym w Płocku zgodnie z postanowieniem Sądu z 03.02.2006 r. W dniu 11.07.2006 r. Komornik poinformował, że postępowanie egzekucyjne z ruchomości zostało umorzone na podstawie art. 877 k.p.c. z uwagi na brak licytantów. Prowadzona przez Komornika egzekucja z nieruchomości spółki również nie doprowadziła do pokrycia zadłużenia z tytułu składek. Postanowieniem z dnia 24.10.2008 r. Sąd Rejonowy w Płocku po rozpoznaniu zarzutów Oddziału ZUS zatwierdził sporządzony przez Komornika Sądowego Rewiru I w P. plan podziału sumy uzyskanej z egzekucji, w którym należności ZUS uwzględniono tylko w niewielkim stopniu, a mianowicie w kwocie 22.965,47 zł. W związku z tym Komornik Sądowy w dniu 02.12.2008 r. zwrócił tytuły wykonawcze z uwagi na zakończenie postępowania egzekucyjnego z nieruchomości.

Sąd uznał również, iż odwołujący się nie wskazał w niniejszej sprawie żadnej przesłanki zwalniającej go od przedmiotowej odpowiedzialności a wymienionej w art. 116 ordynacji podatkowej. Jedną z takich przesłanek jest złożenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania układowego albo wykazanie że nie zgłoszenie takiego wniosku we właściwym czasie nastąpiło bez winy członka zarządu .

Sąd podał w uzasadnieniu swego orzeczenia , iż z opinii biegłej wynika że czasem właściwym dla złożenia wniosku o upadłość był 31.12.2003 r. Tymczasem wniosek ten zarząd złożył dopiero w dniu 26.03.2004 r. Zdaniem biegłej nie powinna być wnioskowana upadłość z możliwością zawarcia układu tylko upadłość obejmująca likwidację majątku. Biegła podniosła, że Syndyk jeszcze jako Tymczasowy Nadzorca Sądowy w złożonej do Sądu Rejonowego w Płocku V Wydział Gospodarczy informacji dnia 21 maja 2004 r. trafnie ocenił sytuację ekonomiczno-finansową spółki i winien w tym momencie zawniekskować o zmianą upadłości z możliwością zawarcia układu na upadłość likwidacyjną. Analiza sytuacji ekonomiczno-finansowej Spółki wskazuje, że Spółka aby mieć szansę na wyjście z zapaści finansowej musiałaby od 01.01.2004 r. osiągać przychody na poziomie przynajmniej pokrywającym w pełni ponoszone koszty. Wówczas nie byłaby generowana strata, która pochłaniała kapitały własne i pogłębiała zadłużenie Spółki. Spółka

nie dokonując racjonalizacji kosztów w 2003 r. wchodziła w 2004 r. z wysokim poziomem kosztów w stosunku do gwarantowanych zawartymi umowami przychodów. Na 01.01.2004 r. Spółka kontynuowała z 2003 r. tylko 4 kontrakty na wartość i 511.381 zł, gdzie 3 z nich były głęboko nierentowne, czyli Spółka prowadząc dalej działalność skazana była na ponoszenie dalszej straty. Ponieważ Spółka już 78,23% kapitałów własnych miała zaangażowanych w pokrycie straty, dalsze prowadzenie działalności nierentownej prowadziło do pochłonięcia całych kapitałów własnych przez ponoszone straty, co powodowało, że finansowanie całego majątku zarówno trwałego jak i obrotowego było dokonywane tylko i wyłącznie zobowiązaniami i kredytem. Spółka prowadząc nierentowną działalność osiągała przychody niższe niż ponoszone wydatki kosztowe, więc nie miała możliwości zapłacenia z osiągniętych należności wszystkich zaciągniętych zobowiązań co powodowało dalszy wzrost zobowiązań i w konsekwencji prowadziło do bankructwa, czyli znacznego niedoboru majątku w stosunku do zobowiązań. Rosnący niedobór majątku zmniejszał szansę na zaspokojenie wierzycieli.

Ponadto odwołujący nie wskazał majątku spółki, z którego możliwe byłoby zaspokojenie należności.

Spełnione zatem zostały zadaniem Sądu wszystkie przesłanki warunkujące subsydiarną odpowiedzialność odwołującego się jako członka zarządu spółki (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. za obciążające ją składki na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Z tego też względu odwołanie w tym zakresie Sąd oddalił.

Natomiast w ocenie Sądu należało ograniczyć, przyjęty w zaskarżonej decyzji okres tej odpowiedzialności. Sąd uznał, że odwołującemu się można przypisać odpowiedzialność za zobowiązania składkowe spółki wobec ZUS dopiero od 05.08.2005 r., kiedy wraz z umorzeniem postępowania upadłościowego, ponownie objął on zarząd spółką. Zarówno bowiem w okresie upadłości układowej, jak i likwidacyjnej zarząd ten nie należał do zarządu spółki, lecz do Zarządcy i Syndyka, a zarząd spółki nie miał żadnego wpływu na sposób, w jaki go wykonywano. Tymczasem w okresie upadłości powstały nowe zobowiązania, w tym z tytułu zaległych składek od wynagrodzeń pracowników wówczas jeszcze zatrudnionych.

Postanowieniem z dnia 08.06.2004 r. Sąd Rejonowy ogłaszając upadłość układową ustalił, że upadły nie będzie sprawował zarządu swoim majątkiem, gdyż nie daje rękojmi należytego sprawowania zarządu i ustanowił zarządcę w osobie W. M.. Sąd ustanawia zarządcę, jeżeli upadły nie daje rękojmi należytego sprawowania zarządu. Sąd ten uznał, że nie zachodzą przesłanki pozwalające na ustanowienie zarządu własnego dłużnika. Sąd miał na względzie to, że dłużnik złożył wniosek o ogłoszenie upadłości co najmniej z kilkumiesięcznym opóźnieniem w stosunku do terminu wskazanego w ustawie, skoro już na koniec 2003 r. zaległość w płatności niektórych należności wyniosła nawet do pięciu miesięcy, a wartość zadłużenia kilkakrotnie przekraczała wskazane w dyspozycji art. 12 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego 10% wartości bilansowej przedsiębiorstwa dłużnika. Z kolei ogłaszając upadłość likwidacyjną Sąd ustanawia Syndyka (art. 156 w zw. z art. 51 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze). Czynności syndyka i zarządcy dotyczące masy upadłości są dokonywane na rachunek upadłego, lecz we własnym imieniu tych podmiotów (art. 160 ust. 1). Masa upadłości bowiem aż do jej likwidacji stanowi własność upadłego. Ogłoszenie upadłości nie pozbawia upadłego tego prawa. Syndyk, i zarządca w sprawach dotyczących masy upadłości działają więc jako zastępcy pośredni. Dotyczy to wszelkich czynności prawnych, w tym także czynności zobowiązaniowych. Konsekwencją działania we własnym imieniu, lecz na rachunek upadłego, jest również i to, że syndyk, i zarządca nie odpowiadają za zobowiązania zaciągnięte w sprawach dotyczących masy upadłości (art. 160 ust. 2). Za te zobowiązania odpowiada zawsze upadły, co wyraźnie wynika z postanowień art. 372. Zarządca niezwłocznie po powołaniu obejmuje zarząd masą upadłości, zabezpiecza ją przed zniszczeniem, uszkodzeniem lub zabránieniem przez osoby trzecie oraz sporządza spis inwentarza i sprawozdanie finansowe na dzień poprzedzający ogłoszenie upadłości, jeżeli dotychczas w toku postępowania nie zostały sporządzone (art. 182 ust. 1). Syndyk niezwłocznie obejmuje majątek upadłego, zarządza nim, zabezpiecza go przed zniszczeniem, uszkodzeniem lub zabránieniem go przez osoby postronne oraz przystępuje do jego likwidacji (art. 173). Dopiero na skutek postanowienia o umorzeniu postępowania upadłościowego upadły odzyskuje prawo zarządzania swoim majątkiem i rozporządzania jego składnikami (art. 364. 1).

W związku z tym zdaniem Sądu nie można przyjąć odpowiedzialności odwołującego się za składki należne od wynagrodzeń pracowników zatrudnionych w okresie postępowania upadłościowego. Zarząd majątkiem nie należał bowiem do zarządu spółki. Dopiero z chwilą odzyskania majątku, zarząd spółki zyskuje realny wpływ na ten majątek i dopiero od tej chwili aktualizuje się jego odpowiedzialność za jej zobowiązania, w tym z tytułu nieopłaconych składek. Odpowiedzialność ta obejmuje również okres likwidacji spółki, kiedy to odwołujący pełnił funkcję jej likwidatora będąc jednocześnie członkiem zarządu spółki. Zatem w tej części, w jakiej odwołanie kwestionowało czasokres przyjętej odpowiedzialności, okazało się zasadne, co skutkowało zmianą, na podstawie art. 477¹⁴ § 2 k.p.c., zaskarżonej decyzji, poprzez ograniczenie tej odpowiedzialności od 05.08.2005 r.

Powyższy wyrok w zakresie pkt 2 i 3 zaskarżył apelacją L. O. wnosząc o jego zmianę i orzeczenie, iż odwołujący się nie ponosi odpowiedzialności za zaległości z tytułu składek w związku z pełnioną przez niego funkcję w przedmiotowej firmie i w spornym okresie czasu ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu za obie instancje, zarzucając:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego, w szczególności art. 116 § 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa w zw. z art. 108 ordynacji i w zw. z art. 31 i 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że decyzja rozstrzygająca o odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne oraz składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i na ubezpieczenie zdrowotne - nie musi być wydana łącznie wobec wszystkich członków zarządu odpowiadających za zobowiązania spółki solidarnie oraz spółki.

1) naruszenie przepisów prawa materialnego, a konkretnie art. 116 § 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa w zw. z art. 108 ordynacji i w zw. z art. 31 i 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, poprzez ich błędne zastosowanie, polegające na przyjęciu, iż w przedmiotowej sprawie członkowie zarządu mogą ponosić odpowiedzialność za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne oraz składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i na ubezpieczenie zdrowotne, pomimo nie wydania decyzji rozstrzygającej o ich odpowiedzialności, której adresatami byłiby wszyscy członkowie zarządu oraz spółka.

2) naruszenie art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez przyjęcie, że doszło do spełnienia warunku bezskuteczności egzekucji wobec spółki, podczas gdy Zakład Ubezpieczeń Społecznych nie prowadził egzekucji z tytułu zobowiązań objętych decyzją, a w konsekwencji przesłanka aktualizująca subsydiarną odpowiedzialność członków zarządu nie została wykazana.

3) naruszenie art. 116 Ordynacji podatkowej poprzez przyjęcie, że zarząd ponosi winę za niedokonanie płatności zobowiązań wobec ZUS w sytuacji gdy powstanie tych zobowiązań wynikało wyłącznie z braku działań Syndyka - ma dokonanie wypowiedzeń pracownikom spółki w okresie upadłości likwidacyjnej, na które L. O. nie mógł mieć żadnego wpływu.

4) Sprzecznosc istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału poprzez przyjęcie, że w przedmiotowej sprawie L. O. ponosi odpowiedzialność za zobowiązania spółki za okres od 5 sierpnia 2005 r. tj., od dnia umorzenia postępowania o ogłoszeniu upadłości, gdyż w tamtym okresie miał wpływ na wykonywanie zarządu, a także nie wykazał, przesłanek zwalniających od odpowiedzialności członka zarządu za zaległości składkowe spółki, podczas gdy z okoliczności sprawy wynika, że w tamtym okresie z przyczyn obiektywnych nie było możliwe wykazanie przesłanek zwalniających jak również wpływanie na uniknięcie zaległości wobec ZUS.

W zakresie zarzutu wadliwości zaskarżonej decyzji strona skarżąca podniosła, iż organ rentowy w dwóch odrębnych decyzjach z dnia 17 maja 2010 r. wydanych w niezmienionym stanie faktycznym i w oparciu o te same podstawy prawne (na zasadzie art. 116 § 1 i 2 Ordynacji podatkowej oraz art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych): obciążył L. O. jako prezesa zarządu spółki odpowiedzialnością całym jego majątkiem za zobowiązania Spółki z o.o. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy, Fundusz

Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od lipca 2005 r. do października 2008 r. oraz obciążył J. O. jako członka zarządu spółki odpowiedzialnością całym jego majątkiem za zobowiązania Spółki z o.o. z tytułu w/w nieopłaconych składek za okres od lipca 2005 r. do listopada 2005 r.

Wymienione wyżej decyzje nie zawierają wskazania, że L. O. oraz J. O. ponoszą odpowiedzialność solidarną za zobowiązania spółki oraz nie wymieniają innych osób, których również mogłaby dotyczyć taka odpowiedzialność solidarna, a w tym wypadku (...) Spółka z o.o.

Ze względu na powyższe zdaniem skarżącego należy uznać, że doszło do naruszenia przepisów prawa materialnego w postaci art. 116 § 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa w związku z art. 108 tej ustawy oraz w związku z art. 31 i 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że decyzja rozstrzygająca o odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne oraz składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych nie musi być wydana wobec wszystkich członków zarządu spółki oraz teje spółki, jak również - poprzez przyjęcie, iż w przedmiotowej sprawie członkowie zarządu mogą ponosić odpowiedzialność za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne oraz składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, pomimo nie wydania decyzji rozstrzygającej o ich odpowiedzialności, której adresatami byłiby wszyscy członkowie zarządu, a także spółka.

Strona skarżąca podniosła, iż w realiach niniejszej sprawy, decyzja stwierdzająca odpowiedzialność określonego członka zarządu powinna wskazywać, że jest to odpowiedzialność solidarna z innymi członkami zarządu oraz ze spółką. Skoro decyzja wydawana na podstawie art. 116 Ordynacji podatkowej ma charakter konstytutywny, to przed jej wydaniem w ogóle nie istnieje żadna odpowiedzialność członków zarządu za zaległości składkowe spółki, zwłaszcza o charakterze solidarnym. Nie może więc być mowy o dokonywaniu przez organ rentowy wyboru jednego (kilku) z dłużników, bo nie istnieje jeszcze ich odpowiedzialność solidarna. Decyzja stwierdzająca odpowiedzialność określonego członka zarządu powinna wskazywać, że jest to odpowiedzialność solidarna ze spółką i innymi członkami zarządu. Decyzja ta (bez względu na jej treść) musi dotyczyć wszystkich członków zarządu i spółki, w przeciwnym wypadku jest niezgodna z prawem.

Uchybienia organu rentowego w tym względzie wykluczają zdaniem skarżącego możliwość dochodzenia przez osoby obciążone, które spełniłyby świadczenie względem Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, roszczeń regresowych przysługujących im wobec innych członków zarządu (art. 376 k.c.). Z konstytutywnego charakteru decyzji wynika bowiem, że brak decyzji oznacza brak odpowiedzialności (solidarnej). Z odesłania zawartego w art. 91 Ordynacji podatkowej do art. 366 § 1 i art. 369 k.c. wynika, że 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 trybie art. 108 § 1 Ordynacji podatkowej).

Jako potwierdzenie w/w stanowiska strona skarżąca powołała się na ugruntowane w tym względzie orzecznictwo Sądu Najwyższego w tym wyrok z dnia 3.03. 2011 r. sygn. **II UK 307/10** (LEX nr 785627, M. P. Pr. (...)) w którym to rozstrzygnięciu zaakcentowano, że decyzja stwierdzająca odpowiedzialność określonego członka zarządu powinna wykazywać, że jest to odpowiedzialność solidarna ze spółką i innymi członkami zarządu, przy czym decyzja organu musi dotyczyć wszystkich członków zarządu i spółki, zaś brak takiego określenia naraża ZUS na trudności z egzekucją zaległych składek z uwagi na wadliwość decyzji. Strona skarżąca wskazała również na podobny pogląd zaprezentowany w orzeczeniach : uchwała składu 7 sędziów NSA z dnia 9 marca 2009 r. I (...) 4/08, Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 15 października 2009 r., I UZP 3/09.

W tym stanie rzeczy zdaniem strony skarżącej decyzje Zakładu Ubezpieczeń Społecznych dotyczące L. O. i J. O. nie były prawidłowe, gdyż nie określały ich odpowiedzialności w sposób solidarny wobec siebie, a ponadto nie wymieniały w decyzji wszystkich osób, zwłaszcza spółki, za zobowiązania której mieliby odpowiadać.

W apelacji strona skarżąca uzasadniła również szczegółowo swoje pozostałe zarzuty jak: nie wykazanie istnienia bezskuteczności egzekucji , zarzut braku winy po stronie skarżącego za niedokonanie płatności wobec ZUS oraz zarzut

sprzeczności ustaleń Sądu z zebrany materiał dowodowy, które ze względu na treść rozstrzygnięcia Sądu II instancji w niniejszej sprawie nie zostały przytoczone w niniejszym uzasadnieniu.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu I instancji w sprawach zakresu ubezpieczeń społecznych jest przede wszystkim ocena prawidłowości zaskarżonej decyzji w aspekcie wniesionego odwołania, która w niniejszej sprawie dotyczy odpowiedzialności członka zarządu w świetle art. 116 § 1 ordynacji podatkowej.

Zgodnie z treścią przepisu art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity Dz. U. Nr 11 póź. 74 z 2007 roku) do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio m.in. art. 116 i art. 116a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku Ordynacja podatkowa (tekst jednolity Dz. U. Nr 1 póź. 14 z 2005 roku).

Na mocy art. 116 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa - w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji - za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej w organizacji opowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu:

1) nie wykazał, że:

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

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

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

Art. 116 § 2 stanowi, iż odpowiedzialność członków zarządu określona w § 1 obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu.

Przepis art. 107 § 1 ordynacji stanowi, iż w przypadkach i w zakresie przewidzianych w niniejszym rozdziale za zaległości podatkowe podatnika odpowiadają całym swoim majątkiem solidarnie z podatnikiem również osoby trzecie.

Z literalnego brzmienia powołanych przepisów jednoznacznie wynika, że członkowie zarządu odpowiadają za zobowiązania osób prawnych wymienionych w tych przepisach solidarnie.

A zatem przed zbadaniem czy w niniejszej sprawie występują jakiegokolwiek przesłanki zwalniające odwołującego od odpowiedzialności z tytułu przedmiotowych składek, kluczowe znaczenia ma ustalenie zasady jego odpowiedzialności. Powołane przepisy wskazują jednoznacznie na solidarną odpowiedzialność członków zarządu. A zatem odpowiedzialność ta wynika wprost z ustawy.

Definicje odpowiedzialności solidarnej zawiera treść przepisu art. 366 § 1 i 2 k.c., który stanowi, że kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie od kilku z nich lub od każdego z osobna a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. Aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy pozostają solidarni.

Zgodnie z treścią przepisu art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej.

Art. 376 § 1 i § 2 k.c. stanowi, iż jeżeli jeden z dłużników solidarnych spełnił świadczenie, treść istniejącego między współdłużnikami stosunku prawnego rozstrzyga o tym, czy i w jakich częściach może on żądać zwrotu od

współdłużników. Jeżeli z treści tego stosunku nie wynika nic innego, dłużnik który świadczenie spełnił może żądać zwrotu w częściach równych. Część przypadająca na dłużnika niewypłacalnego rozkłada się między współdłużników.

Powyższej kwestii solidarnej zasady odpowiedzialności odwołującego w odniesieniu do zaległości z tytułu składek, w niniejszej sprawie nie wziął pod uwagę ani Sąd ani organ rentowy. Z analizy akt rentowych wynika, że w okresie, za który obciążono odwołującego odpowiedzialnością finansową z tytułu niezapłaconych składek oprócz niego był jeszcze jeden członek zarządu J. O., którego Sąd wezwał jako zainteresowanego do udziału w niniejszym postępowaniu.

Organ rentowy co wynika z treści apelacji, gdyż w aktach rentowych brak jest decyzji dotyczącej odpowiedzialności J. O., w dniu 17 maja 2010 r. wydał dwie decyzje zobowiązujące do zapłaty zaległych składek za sporny okres, jedna dotyczyła odwołującego się a druga J. O.. Decyzje te dotyczyły odpowiedzialności za prawie ten sam okres, którym był objęty odwołujący się, natomiast różniły się między sobą czasem trwania tej odpowiedzialności co do jednego miesiąca. Natomiast poza kontrolą Sądu w niniejszej sprawie z uwagi na brak decyzji dotyczącej J. O., pozostaje kwestia wysokości kwot z tytułu obciążenia co do poszczególnych członków, co przy różnicy jednego miesiąca wpływa na należną wysokość z tytułu przedmiotowych zobowiązań.

Zaskarżona decyzja natomiast adresowana jest jedynie do odwołującego się, w jej sentencji zawarte jest określenie iż odwołujący się jest odpowiedzialny solidarnie, przy czym nie podano z kim ta solidarna odpowiedzialność występuje a w uzasadnieniu decyzji podane jest, iż odpowiedzialność ta ma charakter odpowiedzialności solidarnej z drugim członkiem zarządu J. O.. Z w/w decyzji wynika iż otrzymał ją tylko adresat – L. O..

Wybranie zatem przez organ rentowy z dwóch członków zarządu, jedynie odwołującego się za ten prawie sam okres powstałych zaległości z tytułu składek i obciążenie każdego z nich pojedynczo z podaniem w stosunku do odwołującego, że odpowiada solidarnie bez wymienienia z kim ponosi tę odpowiedzialność za sporne zaległości, w sytuacji gdy z ustawy wynika solidarna odpowiedzialność wszystkich członków zarządu oznacza, że zaskarżona decyzja jest niezgodna z prawem.

Powyższą kwestię podniósł Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 15 października 2009 r. w sprawie I UZP 3/09, gdzie stwierdził, iż za zaległości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne, na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, członkowie jej zarządu ponoszą odpowiedzialność także wówczas, gdy decyzja Zakładu Ubezpieczeń Społecznych orzekająca o tej odpowiedzialności została wydana po wykreśleniu spółki z Krajowego Rejestru Sądowego. Decyzja taka powinna być wydana wobec wszystkich członków zarządu spółki.

W uzasadnieniu swego stanowiska Sąd ten stwierdził, iż decyzja stwierdzająca odpowiedzialność określonego członka zarządu powinna wskazywać, że jest to odpowiedzialność solidarna ze spółką i innymi członkami zarządu i ma charakter konstytutywny a zatem przed jej wydaniem nie istnieje żadna odpowiedzialność członków zarządu. Nie może więc być mowy o dokonywaniu przez organ rentowy wyboru jednego z kilku dłużników, bo nie istnieje jeszcze ich odpowiedzialność solidarna. Decyzja ta musi dotyczyć wszystkich członków zarządu spółki, w przeciwnym wypadku jest niezgodna z prawem.

Podobne stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale 7 sędziów z dnia 9 marca 2009 r. w sprawie I (...) 4/08, stwierdzając, że przepis art. 116 § 1 ordynacji podatkowej nakłada na organ podatkowy obowiązek prowadzenia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności za zaległości podatkowe spółki z o.o. wobec wszystkich osób mogących ponieść taką odpowiedzialność.

W uzasadnieniu swojej uchwały Sąd Najwyższy powołując się na treść przepisów art. 108 § 1 i art. 107 § 1 ordynacji podatkowej stwierdził, iż solidarna odpowiedzialność płatnika składek z osobami trzecimi istnieje więc niezależnie od tego, czy został on wskazany w decyzji organu rentowego. Obowiązkiem organu rentowego jest wszczęcie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności osób trzecich, przeciwko wszystkim osobom mogącym taką

odpowiedzialność ponosić ze względu na okres wykonywania obowiązków członka zarządu art. 116 § 2 ordynacji w związku z art. 31 i art. 32 ustawy systemowej.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy uznać należy, iż zaskarżona decyzja jest niezgodna z treścią powyższych przepisów ustawy ordynacji podatkowej i w praktyce uniemożliwia odwołującemu w razie spełnienia zobowiązania nałożonego sporną decyzją, wystąpienia z regresem w stosunku do pozostałego członka zarządu, który pełnił razem z nim takie funkcje w okresie objętym zaskarżoną decyzją. Ponadto powołane przepisy ordynacji nie przewidują jednostkowej i samodzielnej zasady odpowiedzialności poszczególnych członków zarządu za zaległości z tytułu składek. Skoro zatem zasada jego odpowiedzialności została nieprawidłowo wskazana przez organ rentowy, czyniąc zaskarżoną decyzję nieprawidłową, brak jest podstaw w niniejszej sprawie do oceny pozostałych przesłanek zwalniających wskazanych w art. 116 § 1 ordynacji podatkowej, w sytuacji gdy ocenie przez Sąd I instancji przede wszystkim podlegała prawidłowość wydanych decyzji.

Nie można uznać, iż zaskarżoną decyzją organ rentowy prawidłowo określił charakter odpowiedzialności odwołującego się poprzez samo wskazanie w sentencji, iż odpowiada on solidarnie, gdyż z brzmienia decyzji wynika, że odpowiada solidarnie sam ze sobą.

Natomiast w sytuacji istnienia drugiej decyzji dotyczącej odpowiedzialności za składki drugiego członka decyzji za ten sam okres czasu zwiększony o jeden miesiąc, zawarcie w uzasadnieniu sformułowania, iż odwołujący się odpowiada solidarnie z tym członkiem jeszcze bardziej komplikują sprawę, na etapie postępowania egzekucyjnego i w drodze dochodzenia regresu, gdyż odwołujący się nie wie, ani za jaki okres czasu faktycznie odpowiada solidarnie ani jaka kwota z tytułu zaległych składek wynika z tak sformułowanej solidarnej odpowiedzialności. Natomiast z uwagi na brak doręczenia zaskarżonej decyzji drugiemu członkowi zarządu i brak określenia charakteru jego odpowiedzialności w zaskarżonej decyzji osoba ta również ma taki sam brak wiedzy w tym zakresie jak odwołujący się.

A zatem uzasadniony jest zarzut apelacji wadliwości zaskarżonej decyzji i naruszenia przez Sąd I instancji przepisów prawa materialnego art. 116 § 112 oraz art. 108 ordynacji podatkowej poprzez pominięcie kwestii, iż zaskarżona decyzja powinna być wydana wobec wszystkich członków zarządu oraz spółki, przy wskazaniu ich solidarnej odpowiedzialności, wymienienia okresu tej odpowiedzialności a przede wszystkim wysokości istniejącego zobowiązania.

Z tych wszystkich względów uznać należy, że zarówno organ rentowy jak i Sąd I instancji w niniejszej sprawie nie orzekły, co do jej istoty, jaką jest zasada odpowiedzialności L. O. za zaległe składki, co skutkuje uchyleniem zaskarżonego wyroku oraz poprzedzających go decyzji organu rentowego w świetle art. 386 §4 k.p.c. i art. 477^{14a} k.p.c.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy organ rentowy zatem wyda decyzję zobowiązującą wszystkich członków zarządu do poniesienia solidarnej odpowiedzialności wraz ze spółką za przedmiotowe zaległości z tytułu składek, mając na uwadze w szczególności okres powstania tych zaległości oraz ich wysokość.

O kosztach zastępstwa procesowego za II instancję, orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. i § 6 pkt 6 i § 13 pkt 2 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 (Dz.U.2002.163.1349), przyjmując 75 % stawki 3600 zł. Sąd oddalił wniosek pełnomocnika odwołującego się w zakresie przyznania w/w kosztów za I instancję z uwagi na brak wniosku pełnomocnika o przyznanie takich kosztów w toku postępowania przed Sądem I instancji.