



Sygn. akt I UK 630/12

**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 14 maja 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Teresa Flemming-Kulesza (przewodniczący,
sprawozdawca)

SSN Bogusław Cudowski

SSN Zbigniew Myszka

w sprawie z odwołania J. N.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych
o odpowiedzialność członka zarządu Spółki z tytułu zaległych składek na
ubezpieczenie społeczne,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 14 maja 2013 r.,
skargi kasacyjnej ubezpieczonego od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 19 czerwca 2012 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i orzeczenia o
kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 30 kwietnia 2004 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych stwierdził odpowiedzialność ubezpieczonego J. N., jako wiceprezesa „T. E.” spółki z o.o. w J., za zobowiązania z tytułu nieopłaconych składek na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, Fundusz Ubezpieczeń Zdrowotnych i Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami, opłatami dodatkowymi i kosztami egzekucyjnymi w łącznej kwocie 291 626,38 zł, plus dalsze odsetki od 1 maja 2004 r.

J. N. wniósł odwołanie od powyższej decyzji.

Organ rentowy wniósł o oddalenie odwołania.

Sąd Okręgowy w K. zarządzeniem z 20 listopada 2004 r. na podstawie art. 477 § 4 k.p.c. zwrócił akta sprawy Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych „celem uzupełnienia materiału w sprawie”. Sąd stwierdził, że organ rentowy nie pouczył odwołującego się, że może uwolnić się od odpowiedzialności przez wskazanie mienia Spółki. Polecił też organowi rentowemu przeprowadzenie dochodzenia, czy wskazany przez odwołującego się majątek jest w stanie „zaspokoić w znacznej części roszczenia ZUS”, dochodzenia mającego „na celu ustalenie wartości nieruchomości, wartości wierzytelności Spółki z tytułu zawartej umowy najmu”. Sąd zauważył też, że organ rentowy nie wystąpił do dłużnika o wyjawienie majątku Spółki w trybie art. 26 ust. 5 „ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych”. Stwierdził też że w aktach brak jest „dokumentacji, czy na nieruchomościach Spółki została ustanowiona hipoteka przymusowa”.

Organ rentowy w piśmie z 27 czerwca 2008 r. ponownie przesłał do Sądu Okręgowego akta sprawy i wniósł o przeprowadzenie postępowania odwoławczego. Zakład Ubezpieczeń Społecznych podtrzymał decyzję z 30 kwietnia 2004 r., z tym że wobec tego, że J. N. zaprzestał pełnienia funkcji w zarządzie Spółki z dniem 31 grudnia 2000 r. jego odpowiedzialność za zaległości składkowe winna obejmować okres od czerwca do września 2000 r. oraz listopad i grudzień 2000 r.

Sąd Okręgowy - Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z 21 grudnia 2010 r. w pkt. 1. zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że przyjął

odpowiedzialność J. N. za zobowiązania Spółki „T. E.” z o.o. z siedzibą w J. z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne za okres od miesiąca czerwca do miesiąca grudnia 2000 r., na Fundusz Ubezpieczeń Zdrowotnych za okres od miesiąca czerwca do miesiąca grudnia 2000 r., na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od miesiąca czerwca do miesiąca grudnia 2000 r. W pkt. 2. zwolnił J. N. od opłaty dodatkowej z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, Fundusz Ubezpieczeń Zdrowotnych, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, a w pkt 3. w pozostałym zakresie oddalił odwołanie.

Sąd Okręgowy podał, że decyzją z 30 kwietnia 2009 r. organ rentowy stwierdził odpowiedzialność A. D. – prezesa – i B. Z. za zobowiązania z tytułu nieopłaconych składek Spółki „T. E.” B. Z. nie wniósł odwołania od tej decyzji. Nieprawomocnym wyrokiem z 2 czerwca 2009 r. Sąd Okręgowy zamienił decyzję w odniesieniu do A. D. ustalając jego odpowiedzialność za okres od czerwca do grudnia 2000 r. i oddalił odwołanie w pozostałej części.

Sąd Okręgowy ustalił, że podstawowym przedmiotem działalności „T. E.” Spółki z o.o. w J. była produkcja i sprzedaż stolarki budowlanej z plastiku, drewna i aluminium. J. N. był pracownikiem spółki od grudnia 1993 r. Zatrudniony był w charakterze kierownika Działu Sprzedaży, a następnie kierownika Działu Logistyki a od 21 czerwca 2000 r. powierzono odwołującemu się stanowisko wiceprezesa Spółki, z tym samym dniem stanowisko prezesa zarządu objął A. D. Z taką też datą Sąd Rejonowy w K. dokonał wpisu do rejestru handlowego o powołaniu na stanowisko prezesa A. D. i na stanowisku wiceprezesa zarządu J. N. W dniu 30 czerwca 2000 r. dokonano zmiany warunków wynagradzania odwołującego się w związku z trudną sytuacją ekonomiczną spółki. Wynagrodzenie zasadnicze ustalono w kwocie 1.600 zł, określono nowe wskaźniki wysokości premii: regulaminowej na 60%, motywacyjnej na 55%. Zasady te miały obowiązywać w okresie od 1 lipca do 31 grudnia 2000 r. Zmiany te dotyczyły wszystkich pracowników Spółki. Nie dokonano wypowiedzeń zmieniających. Obniżenie wysokości wynagrodzenia nastąpiło po uzyskaniu zgody zatrudnionych. Pierwsze problemy z płynnością finansową Spółki pojawiły się w 1998 r. W 1999 r. sytuacja uległa pogorszeniu, Spółka miała problemy z zakupem środków do produkcji,

narastały wierzytelności, bowiem część klientów nie regulowała zobowiązań. Dłużnikami w większości były osoby fizyczne, nieposiadające środków na pokrycie zobowiązań. Więksi odbiorcy nie opłacali faktur w terminie. Zadłużenie tej grupy kształtowało się w wysokości od 20.000 do 100.000 zł. Produkcja odbywała się normalnie. Przyczyną nieuiszczenia składek na ubezpieczenie społeczne był brak środków pieniężnych. Produkcja odbywała się do wiosny 2002 r. Uzyskane z jej sprzedaży środki przeznaczane były na opłatę bieżących rachunków, typu energia elektryczna, wynagrodzenia pracowników. W celu poprawienia sytuacji spółka zredukowała zatrudnienie. Przez organ rentowy zostało zablokowane konto bankowe.

Wyrażając zgodę na objęcie stanowiska wiceprezesa J. N. miał świadomość złej sytuacji Spółki. Pełny rozmiar wierzytelności i zadłużenia poznał dopiero wykonując obowiązki, w czerwcu 2000 r. Wpływ na sytuację Spółki miało pogorszenie się koniunktury, pojawienie konkurencji na rynku. W tym okresie aktywa i pasywa jeszcze się bilansowały. Odwołujący się zajmował technologią i w pewnym zakresie sprzedażą produktów wytwarzanych przez Spółkę. W dniu 7 grudnia 2000 r. J. N. złożył oświadczenie o rezygnacji ze stanowiska członka zarządu i wiceprezesa. Swoje stanowisko umotywował problemami zdrowotnymi, deklarując wolę dalszej współpracy dla dobra firmy. Rada nadzorcza pismem z 11 grudnia 2000 r. poinformowała o przyjęciu rezygnacji z dniem 31 grudnia 2000 r.

Uchwałą rady nadzorczej oraz zgromadzenia wspólników Nr 1/1 z dnia 2 stycznia 2001 r. przyjęto rezygnację odwołującego i prezesa zarządu A. D. i na stanowisko prezesa zarządu powołano W. D. W związku z przedstawioną przez zarząd sytuacją ekonomiczną spółki i przyjęciu informacji o zaistnieniu jednej z przesłanek ogłoszenia upadłości spółki, a to przekroczenia 50% udziału wartości zobowiązań w stosunku do kapitału Spółki, uchwałą Nr 2/12 z dnia 20 grudnia 2000 r. zgromadzenie wspólników upoważniło zarząd do wystąpienia do sądu z wnioskiem o otwarcie postępowania układowego, a w przypadku niedojścia do otwarcia postępowania układowego - wystąpienia z wnioskiem o otwarcie postępowania upadłościowego. W dniu 5 stycznia 2001 r. Spółka „T. E.” wystąpiła do Sądu Rejonowego w K. z wnioskiem o otwarcie postępowania układowego. Wniosek ten nie wywołał jednak żadnych skutków prawnych, gdyż z uwagi na

bezskuteczny upływ terminu do uzupełnienia braków formalnych, został zwrócony. Kolejny wniosek Spółki o otwarcie postępowania układowego, postanowieniem Sądu Rejonowego z 13 kwietnia 2001 r. został oddalony z uwagi na to, że zdaniem Sądu przedsiębiorca przewidywał zaprzestanie płacenia długów i nie było to spowodowane wyjątkowymi i niezależnymi od przedsiębiorcy okolicznościami.

Spółka jest użytkownikiem wieczystym nieruchomości o powierzchni 17642 m² położonej w J., przy ul. K. [...], dla której Sąd Rejonowy w J. prowadzi księgę wieczystą KW Nr [...] oraz właścicielem posadowionych na niej budynków. Prawo użytkowania wieczystego przedmiotowej nieruchomości, jak również stanowiące odrębną własność budynki, obciążone są 8 hipotekami, z których 3 zostały ustanowione na rzecz organu rentowego, na zabezpieczenie roszczeń z tytułu zaległych składek na ubezpieczenia społeczne. Przedmiotowe hipoteki zostały ustanowione do następujących kwot: [...]

8. na rzecz ZUS w kwocie 6.215,22 zł.

Pierwszy wniosek o wpis hipoteki na rzecz ZUS został złożony 18 września 2000 r., a wpisana ona została w dniu 4 października 2000 r.

W skład majątku spółki wchodziło również wyposażenie budynków, maszyny do produkcji, instalacja grzewcza, system komputerowy, wyposażenie biurowe, będące w leasingu samochody: dostawczy Lublin i Daewoo Espero oraz dwa Polonezy i wózek widłowy. Celem przeprowadzenia oględzin składników majątku spółki, organ rentowy dwukrotnie podjął czynności w trybie przepisów ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. W wyniku przeprowadzonych przez ZUS kontroli uzyskano informację, że własność ruchomości pierwotnie będąca własnością Spółki, w wyniku umowy przewłaszczenia z dnia 31 marca 1999 r., stanowiącej zabezpieczenie umowy kredytowej została przeniesiona na rzecz Banku PKO S.A. Umowa przewłaszczenia objęła również ruchomości pod postacią maszyn i urządzeń wymienionych w załączniku do przedmiotowej umowy. W toku przeprowadzonych kontroli dokonano sprawdzenia, czy kwoty wynikające z deklaracji zostały przekazane na konto organu rentowego. Na podstawie analizy bilansów za rok powstania zaległości i za rok poprzedzający dokonywano oceny sytuacji finansowej płatnika. Ustalano, czy kondycja finansowa ma charakter spadkowy, czy też rosnący. Badaniem objęte były wszystkie wierzytelności.

Odnutowywano wielkość zapasów, wyprodukowanego towaru, numery fabryczne maszyn i urządzeń, treść zapisów w dowodach rejestracyjnych pojazdów. Jednocześnie, organ rentowy w ramach podejmowania działań mających na celu ustalenie majątku ruchomego spółki, do którego mogłaby być skierowana egzekucja, wielokrotnie wzywał Spółkę do dostarczenia informacji na temat tego majątku oraz do przedstawienia propozycji spłaty zadłużenia.

Egzekucja prowadzona na podstawie tytułów wykonawczych wystawionych przeciwko spółce „T. E.” przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w J. okazała się częściowo bezskuteczna. Naczelnik prowadził egzekucję ze środków pieniężnych oraz z wierzytelności spółki. Jedynie wskutek egzekucji z rachunków bankowych uzyskano częściowe zaspokojenie należności organu rentowego. W stosunku do spółki „T. E.” Sp. z o.o. prowadzona była także egzekucja sądowa z nieruchomości objętej księgą wieczystą Nr [...]. Podczas pierwszej licytacji, jak i drugiej licytacji tej nieruchomości oszacowana ona została na kwotę 800.710,00 zł. Wobec niesprzedania na obu terminach licytacji nieruchomości oraz nieprzejęcia jej przez wierzycieli, Komornik Sądowy postanowieniem z 10 grudnia 2001 r. umorzył postępowanie egzekucyjne, pouczając jednocześnie strony, że nowa egzekucja z tej nieruchomości może być wszczęta dopiero po upływie roku od daty umorzenia. I tak, kolejna egzekucja z przedmiotowej nieruchomości została wszczęta w marcu 2003 r., z jednoczesnym pozostawieniem zarządu nieruchomości dłużnikowi. Egzekucja z przedmiotowej nieruchomości nie doprowadziła jednak do zaspokojenia należności organu rentowego. W ramach prowadzonej egzekucji, spółka „T. E.” dokonała następujących wpłat: na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych - 80.736,84 zł; na Fundusz Ubezpieczeń Zdrowotnych -17.797,42 zł; na Fundusz Pracy i Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych – 7.354,83 zł. Łącznie należności z tytułu składek zostały wyegzekwowane w kwocie 29.654,98 zł.

Postanowieniem Sądu Rejonowego w K. z 12 października 2007 r. ustanowiono dla spółki „T. E.” Sp. z o.o. likwidatora w osobie B. Z. W związku z powyższym Komornik Sądowy przy Sądzie Rejonowym w J. podjął postępowanie egzekucyjne w 17 toczących się sprawach o egzekucję z nieruchomości będącej w użytkowaniu wieczystym dłużnika. Nieruchomość ta została oszacowana na kwotę

315.740,00 zł. W ocenie B. Z. wartość ta została zaniżona, gdyż wartość nieruchomości powinna kształtować się w wielkości 20.000.000 zł. Wycena została uchylona. Ze względu na brak środków nie dokonano wyceny odpowiadającej realnej wartości nieruchomości. W toku czynności egzekucyjnych nie zdołano ustalić innego majątku dłużnika, z którego można prowadzić skuteczną egzekucję. Obecnie w hali głównej prowadzony jest skup euro - palet przez firmę z D. W ten sposób zapewniona jest ochrona obiektu a należności uzyskiwane z tytułu czynszu przekazywane są na rzecz energetyki. Ochrona obiektu ma istotne znaczenie, gdyż została dokonana kradzież dokumentów spółki wraz z szafami. Ukradziono i zdemastowano majątek o wartości około 400.000 zł. Zdarzenie to miało miejsce w kwietniu 2005 r. Sprawcy zostali ukarani, lecz majątku nie odzyskano.

W ocenie Sądu Okręgowego, odwołanie ubezpieczonego zasługiwało na częściowe uwzględnienie. W pierwszej kolejności Sąd podniósł, że J. N. pełnił funkcję wiceprezesa Zarządu Spółki tylko w okresie od czerwca do grudnia 2000 r.

Sąd pierwszej instancji zauważył, że organ rentowy w sposób należyty udokumentował, iż egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna. Jak wynika z dokumentacji zgromadzonej w toku postępowania, egzekucja ta została skierowana do całości majątku spółki i została przeprowadzona z wykorzystaniem możliwych sposobów egzekucji. Przeprowadzona została egzekucja z rachunków bankowych dłużnika, egzekucja ze środków pieniężnych oraz egzekucja z użytkowanej przez Spółkę nieruchomości. Ponieważ Spółka w momencie wszczęcia postępowania egzekucyjnego nie posiadała już żadnego majątku ruchomego podlegającego zajęciom egzekucyjnym, którego sprzedaż mogłaby zaspokoić zaległości objęte tytułami wykonawczymi, nie sposób było taką egzekucję przeprowadzić. W trakcie prowadzonego przez organ rentowy postępowania egzekucyjnego z majątku spółki, nie istniał majątek pozwalający na prowadzenie skutecznej egzekucji, ponieważ własność maszyn, sprzętu informatycznego i wyposażenia biurowego spółki w wyniku umowy przewłaszczenia z dnia 31 marca 1999 r., stanowiącej zabezpieczenie umowy kredytowej, została przeniesiona na rzecz Banku PKO S.A. Samochody użytkowane przez Spółkę w ramach umowy leasingu, nigdy nie stanowiły jej „faktycznej” własności, a podnoszona okoliczność istnienia materiałów produkcyjnych nie została w żaden

sposób udowodniona. Również nieruchomości spółki obciążona 8 hipotekami, w tym trzema na rzecz organu rentowego, nie stanowi majątku, z którego mógłby on uzyskać zaspokojenie swojej należności, bowiem nieruchomości ta jest obciążona ponad swą wartość wierzytelnościami również innych osób.

W ocenie Sądu Okręgowego, J. N. nie wskazał jakichkolwiek okoliczności mogących skutkować zwolnieniem go od odpowiedzialności za zaległości spółki z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne. Gdy chodzi o złożenie w Sądzie Rejonowym wniosku o otwarcie postępowania układowego, Sąd Okręgowy zauważył, że wnioski o otwarcie postępowania układowego były składane przez spółkę 16 czerwca 2000 r., a zatem jeszcze przed objęciem przez J. N. funkcji wiceprezesa, a następnie w styczniu 2001 r., to jest gdy nie pełnił już funkcji. Zdaniem Sądu, odwołujący nie wykazał, że mimo bardzo złej sytuacji finansowej Spółki, podjął niezwłocznie jakichkolwiek działania mające na celu zabezpieczenie pozostałego majątku na potrzeby wierzycieli, a także pracowników. Odwołujący pomimo przewidzianego prawem uprawnienia do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości tego nie uczynił. Już w chwili objęcia funkcji ciążył na nim obowiązek podjęcia decyzji co do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że jedną z możliwości uwolnienia się członka zarządu od odpowiedzialności jest też wskazanie mienia spółki umożliwiającego zaspokojenie znacznej części zaległości i to mienia, z którego egzekucja faktycznie jest możliwa. Niemniej, samo twierdzenie odwołującego, że spółka ma majątek, z którego może być prowadzona egzekucja, tj. zapasy magazynowe materiałów do produkcji, sprzętu informatycznego i inne środki ruchome, nie daje, w ocenie Sądu, możliwości wszczęcia egzekucji w stosunku do wskazanego mienia, po pierwsze z uwagi na przewłaszczenie części tych ruchomości przez Bank Pekao S.A., a tym bardziej z uwagi na fakt, że skarżący nie przedstawił żadnych jednoznacznych dowodów świadczących o istnieniu materiałów produkcyjnych. Tymczasem ciężar dowodu w zakresie istnienia okoliczności uwalniających członka zarządu Spółki od odpowiedzialności za zaległość składkową spoczywał na ubezpieczonym w myśl art. 6 k.c. Sąd Okręgowy uznał za niecelowe wymierzenie przez organ rentowy opłaty dodatkowej.

Sąd Apelacyjny – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z 19 czerwca 2012 r. oddalił apelację odwołującego się od wyroku Sądu Okręgowego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd pierwszej instancji ustalając stan faktyczny przeprowadził szczegółowe postępowanie dowodowe, zaś zebrany w sprawie materiał został oceniony prawidłowo.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że w przypadku spółek kapitałowych, do których należy również spółka T. E. Spółka z o.o. z siedzibą w J., odpowiedzialność za zaległości z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne może zostać przeniesiona na członków zarządu tych spółek, w tym również byłych członków zarządu. Odpowiedzialność ta ma charakter osobisty, członkowie zarządu odpowiadają solidarnie ze spółką całym swoim majątkiem. Z art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej wynika, że odpowiedzialność członków zarządu spółki ma charakter solidarny ze spółką, ale solidarność występuje także pomiędzy członkami zarządu, a zatem, w ocenie Sądu, w postępowaniu przed Sądem Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z mocy przepisu art. 477¹¹ k.p.c. wszyscy członkowie zarządu powinni występować jako ubezpieczeni bądź zainteresowani w rozumieniu powołanego przepisu. Sąd Apelacyjny podkreślił, że z urzędu wiadomo jest, że wobec członka zarządu Spółki A. D. pełniącego funkcję w okresie obejmującym okres odpowiedzialności J. N. zapadł prawomocny wyrok Sądu Apelacyjnego - Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 16 marca 2010 r. w sprawie o sygn. akt III AUa .../09.

Sąd Apelacyjny uznał, że zaskarżona decyzja przenosząca odpowiedzialność na członka zarządu Spółki w okresie od czerwca do grudnia 2000 r. wydana została „z zachowaniem zasady, iż egzekucja wobec spółki okazała się bezskuteczna”. Sąd Apelacyjny podkreślił, że Sąd pierwszej instancji wskazał w uzasadnieniu wyroku że ani egzekucja prowadzona przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w J. ze środków pieniężnych oraz z wierzytelności, ani egzekucja sądowa z nieruchomości objętej księgą wieczystą Nr [...] nie doprowadziły do zaspokojenia wierzycieli i w toku czynności egzekucyjnych nie zdołano ustalić innego majątku dłużnika - przedmiotowej spółki - z którego można by prowadzić skuteczną egzekucję. Sąd Apelacyjny uznał, że przepis art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji wymagał co najmniej częściowej bezskuteczności egzekucji jako przesłanki

pozytywnej przeniesienia odpowiedzialności za zobowiązania spółki na członków jej zarządu.

W zakresie drugiej przesłanki pozytywnej odpowiedzialności odwołującego się - powstanie zobowiązań w okresie pełnienia funkcji członka zarządu – Sąd Apelacyjny stwierdził, że jej występowanie jest w niniejszej sprawie bezsporne.

Sąd drugiej instancji podkreślił, że odwołujący się nie wskazał mienia spółki, z którego egzekucja mogłaby zaspokoić w znacznej części zaległe należności z tytułu składek. Jak zaznaczył Sąd drugiej instancji, w sprawie III AUa .../09 Sąd Apelacyjny odniósł się szczegółowo do zarzutów w tej kwestii podnoszonych również przez drugiego członka zarządu A. D. wyjaśniając, że ruchomości spółki stanowiące wyposażenia jej siedziby nie mogły być w ogóle przedmiotem egzekucji prowadzonej na rzecz organu rentowego, ponieważ ich własność została przeniesiona na rzecz Banku PKO S.A. już w marcu 1999 r. jako zabezpieczenie umowy kredytowej. To samo dotyczyło samochodów, które spółka użytkowała w ramach umowy leasingu. Co do wierzytelności, nie zostało nigdy „formalnie wykazane”, że były one wymagalne.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że spełnienie pozostałych przesłanek egzoneracyjnych również nie zostało przez ubezpieczonego wykazane. Obejmując funkcję członka zarządu spółki T. E. w czerwcu 2000 r. ubezpieczony miał świadomość złej sytuacji finansowej i konieczności spłacania zaległych należności Spółki, mnogości wierzycieli czyli sytuacji, z której wynika, że zarząd, a zatem również odwołujący się miał obowiązek złożyć wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego. Nie potrzebował zgody walnego zgromadzenia wspólników.

Sąd Apelacyjny nie podjął się oceny „czy czas właściwy do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości” Spółki nastąpił przed objęciem funkcji przez odwołującego się, ale uznał, że „z punktu widzenia jego odpowiedzialności był to na pewno czerwiec 2000 r.”.

Odwołujący się nie może zatem ekskulpować się faktem, że większość zaległych zobowiązań powstała w okresie poprzedniego zarządu, gdyż istota odpowiedzialności zawarta w przepisie art. 116 Ordynacji podatkowej leży w odpowiednio wczesnym złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości w celu ochrony

interesów wierzycieli w tym należności Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, niezależnie od tego, z jakich przyczyn trwałe zaprzestanie płacenia długów nastąpiło.

Powyższy wyrok został w całości zaskarżony skargą kasacyjną wniesioną przez J. N. Zarzucano w niej „naruszenie prawa materialnego, a to art. 116 § 1 ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (wg brzmienia obowiązującego w 2000 r. tj. od 13 listopada 1997 r. do 1 stycznia 2001 r.) przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na błędnym przyjęciu, iż zaistniała przesłanka "bezskuteczności egzekucji" względem spółki, która z kolei do odpowiedzialności subsydiarnej członka zarządu (ubezpieczonego) w sytuacji gdy z materiału dowodowego wynika, iż egzekucja z majątku spółki trwała oraz że istniał majątek spółki, który mógł posłużyć za przedmiot egzekucji, a sam fakt, że organ rentowy egzekucji do tego majątku nie skierował nie pozwala mu na powoływanie się na to, że egzekucja okazała się bezskuteczna (przesłanka powodująca odpowiedzialność osoby trzeciej)", oraz naruszenie „prawa materialnego, a to art. 21 ustawy z dnia 12 września 2002 r. o zmianie ustawy - Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 169, poz. 1387) przez jego niezastosowanie, które polegało na błędnym przyjęciu odpowiedzialności osób trzecich za zaległości w składkach ZUS w brzmieniu obowiązującym przed po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy, czyli po dniu 1 stycznia 2003 r., podczas gdy winno się stosować ustawę sprzed tej daty”.

Wskazując na powyższe wniesiono o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz orzeczenie co do istoty sprawy tj. uchylenie zaskarżonej decyzji ZUS z 30 kwietnia 2004 r. i rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna ma uzasadnione podstawy.

Treść przepisu art. 116 Ordynacji podatkowej stosowanego odpowiednio do odpowiedzialności członków zarządu spółki handlowej (w tej sprawie: spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) za zaległości składowe na podstawie art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych

(obecnie: jednolity tekst: Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585) ulegała istotnym zmianom od czasu jego wejścia w życie (1 stycznia 1998 r.). Zmiany te dotyczyły przesłanek i zasad subsydiarnej odpowiedzialności członków zarządu spółki za jej długi publicznoprawne (zaległości podatkowe i – odpowiednio – składkowe). Zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 116 Ordynacji podatkowej, za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (a także spółki akcyjnej) odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, chyba że członek zarządu wykaże, że we właściwym czasie zgłoszono upadłość lub wszczęto postępowanie układowe albo że niezgłoszenie upadłości oraz brak postępowania układowego nastąpiły nie z jego winy, bądź też wskaże on mienie, z którego egzekucja jest możliwa (§ 1). Odpowiedzialność członków zarządu spółki określona w § 1 obejmuje zobowiązania podatkowe, które powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członków zarządu spółki (§ 2). Od 1 stycznia 2001 r. przepis art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej uległ zmianie tylko w zakresie określenia rodzajów spółek i postępowań upadłościowych i zapobiegających upadłości. Znacznie poważniejsze zmiany zostały wprowadzone do art. 116 Ordynacji podatkowej z dniem 1 stycznia 2003 r. ustawą z dnia 12 września 2002 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 169, poz. 1387). Przepis art. 116 § 1 Ordynacji otrzymał nowe brzmienie. Zgodnie z nim, 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 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. Zmianie uległa też treść paragrafu 2. Od 1 stycznia 2003 r. odpowiedzialność członków zarządu obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, które

powstały w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu. Według art. 21 ustawy zmieniającej z 12 września 2002 r., do odpowiedzialności podatkowej osób trzecich z tytułu zaległości podatkowych powstałych przed dniem wejścia w życie tej ustawy stosuje się przepisy ustawy zmienianej w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej.

Materialnoprawna podstawa odpowiedzialności członka zarządu winna być prawidłowo ustalona. W rozpoznawanej sprawie odwołujący się pełnił funkcję w zarządzie od czerwca do grudnia 2000 r. Decyzja przenosząca na niego odpowiedzialność za zaległości składkowe Spółki zapadła 30 kwietnia 2004 r. Sąd Apelacyjny uznał, że podstawą odpowiedzialności odwołującego się winien być przepis art. 116 Ordynacji podatkowej według brzmienia z daty wydania decyzji. Jest to nieprawidłowy pogląd w świetle art. 21 ustawy zmieniającej z 12 września 2002 r. Zaległości składkowe, o które chodzi w tej sprawie powstały niewątpliwie przed wejściem w życie tej ustawy. Nieopłacone w ustawowo określonym terminie składki na ubezpieczenia społeczne powodują powstanie od tej daty zaległości składkowej z mocy prawa (por. uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 13 maja 2009 r., I UZP 4/09, OSNP 2009 nr 23-24, poz. 319). Zaległości powstały zatem bez wątplenia przed wejściem w życie ustawy zmieniającej. Powstanie zaległości wyznacza podstawę materialnoprawną odpowiedzialności członka zarządu czyli to, jaka wersja przepisu prawnego kształtującego tę odpowiedzialność winna być zastosowana. Data wydania decyzji w przedmiocie odpowiedzialności członka zarządu nie ma znaczenia w tym zakresie.

J. N. może zatem odpowiadać całym swym majątkiem solidarnie ze Spółką T. E. Sp. z o.o. za jej zaległości składkowe „jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna”. Udowodnienie bezskuteczności egzekucji w dacie wydania decyzji obciąża organ rentowy. Decyzja przenosząca na członka zarządu odpowiedzialność za zaległości składkowe ma charakter konstytutywny. Kreuje ona odpowiedzialność wyjątkową i subsydiarną za cudzy dług. Dla powstania tej odpowiedzialności konieczne jest spełnienie jej przesłanek w dacie decyzji. Przepis art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w pierwotnym brzmieniu zawierał sformułowania analogiczne do użytych w Kodeksie handlowym a później w Kodeksie spółek

handlowych. Chodzi zwłaszcza o zwrot „egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna”. W brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2003 r. zwrot ten zastąpiono sformułowaniem znacząco odmiennym: „egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna”. Różnice sprowadzają się do czasu (przeszły a nie przyszły) czasownika „okazać się” oraz do wprowadzenia pojęcia częściowej bezskuteczności egzekucji. Z różnic tych wypływają istotne dla rozstrzygnięcia tej sprawy wnioski. Z konieczności zastosowania przepisu art. 116 § 1 w pierwotnym brzmieniu wynika możliwość wykorzystania poglądów formułowanych na tle art. 298 k.h. (art. 299 k.s.h.), co do rozumienia bezskuteczności egzekucji. Trzeba mieć jednakże na uwadze odmienną konstrukcję prawnej odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na gruncie prawa handlowego i Ordynacji podatkowej. Odpowiedzialność według Kodeksu spółek handlowych (Kodeksu handlowego) ma charakter odszkodowawczy, jakiego nie ma odpowiedzialność subsydiarna za dług publicznoprawny innego podmiotu. Warto jednakże zwrócić uwagę na przedstawiane w orzecznictwie Sądu Najwyższego wymaganie skierowania egzekucji do całego majątku spółki (por. wyrok Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2000 r., II CKN 682/98, LEX nr 51055 i powołane w nim wcześniejsze orzeczenia). Gdy istnieje majątek spółki pozwalający na zaspokojenie wierzyciela, nie sposób uznać przesłanki bezskuteczności egzekucji za spełnioną. Bezskuteczność egzekucji nie musiała być stwierdzona w formalny sposób lecz mogła być wykazywana wszelkimi dowodami. W przypadku ukończenia bez zaspokojenia wierzyciela egzekucji skierowanej nie do całości majątku spółki tylko wtedy można byłoby przyjąć jej bezskuteczność, gdyby z okoliczności sprawy wynikało, że także pozostały majątek nie pozwalał na zaspokojenie wierzyciela (por. wyrok Sądu Najwyższego z 26 czerwca 2006 r., V CKN 416/11, OSNC 2004 nr 7-8, poz. 129). Bezskuteczność egzekucji oznacza sytuację, w której nie ma najmniejszych wątpliwości, że nie ma żadnych możliwości zaspokojenia wierzyciela. Zatem nawet przed zmianą treści art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej mogłaby być przyjęta bez skierowania egzekucji przez organ rentowy do całego majątku spółki tylko w zupełnie wyjątkowych wypadkach całkowitej pewności opartej na niebudzących wątpliwości podstawach.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreślano, że zmiana zasad odpowiedzialności członków zarządu spółek za zaległości składkowe wprowadzona od 1 stycznia 2003 r. polega, między innymi, na wprowadzeniu dopiero od tej daty przesłanki częściowej bezskuteczności egzekucji (por. uzasadnienie powołanej już uchwały Sądu Najwyższego z 13 maja 2009 r., I UZP 4/09).

Różnice w zasadach odpowiedzialności członków zarządu spółek za zaległości składkowe wynikających ze zmian dokonanych w brzmieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej dotyczą też przesłanek egzoneracyjnych. W szczególności chodzi o wskazanie majątku spółki. Według pierwotnego brzmienia, członek zarządu mógł uwolnić się od odpowiedzialności wskazując „mienie, z którego egzekucja jest możliwa”. Po zmianie uwolnienie od odpowiedzialności może nastąpić w razie wskazania „mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części”. Zmiana ma zatem charakter jakościowy, poprzednio nie było konieczne umożliwienie zaspokojenia zaległości w znacznej części. Tymczasem Sąd Apelacyjny uznał, że takie wymaganie ma zastosowanie w tej sprawie. O ile bezskuteczność egzekucji musi istnieć (i być wykazana przez organ rentowy) w dniu wydania decyzji obciążającej odpowiedzialnością członka zarządu, to wskazanie mienia do którego możliwe jest prowadzenie egzekucji dotyczy tych składników, które istnieją i nadają się do egzekucji po tym dniu.

Przedstawione rozważania prowadzą do wniosku, że podniesione w skardze kasacyjnej zarzuty naruszenia art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej (stosowanego odpowiednio na podstawie art. 31 ustawy systemowej) i art. 21 ustawy zmieniającej z 12 września 2002 r. okazały się słuszne.

Z tych względów zaskarżony wyrok podlegał uchyleniu a sprawa przekazaniu do ponownego rozpoznania na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.