



Sygn. akt I UK 318/11

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 marca 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Zbigniew Myszka (przewodniczący)

SSN Bogusław Cudowski

SSN Beata Gudowska (sprawozdawca)

w sprawie z odwołania Zenona M. i in. ,
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych
o przeniesienie odpowiedzialności za zobowiązania Spółki "R." SA na członków
zarządu,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 6 marca 2012 r.,
skarg kasacyjnych ubezpieczonych od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 18 stycznia 2011 r.,

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

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 18 stycznia 2011 r. Sąd Apelacyjny, na skutek apelacji organu rentowego, zmienił wyrok Sądu Okręgowego z dnia 29 kwietnia 2009 r. zmieniający decyzje z dnia 23 lutego i 25 maja 2007 r. i stwierdzający, że Zenon M., Wiesław W. i Janusz J. nie odpowiadają za zaległości z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne i Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych stanowiące zobowiązanie spółki „R.” S.A. Sąd drugiej instancji oddalił odwołania wszystkich ubezpieczonych od decyzji stwierdzających, że spółka nie wywiązała się ze swojego zobowiązania zapłaty składek na wskazane fundusze w okresach od dnia 1 grudnia 2001 r. do dnia 28 lutego 2003 r. oraz od dnia 1 maja 2003 r. do dnia 31 lipca 2004 r., na ubezpieczenia zdrowotne za okres od dnia 1 lutego 2002 r. do dnia 30 kwietnia 2002 r., od dnia 1 maja 2003 r. do dnia 31 lipca 2004 r. i na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń pracowniczych za okres od dnia 1 grudnia 2001 r. do dnia 28 lutego 2003 r. oraz od dnia 1 maja 2003 r. do dnia 31 lipca 2004 r. i uznał za uzasadnione przeniesienie zobowiązań spółki powstałych w tych okresach na osoby, które wówczas pełniły funkcję członków zarządu – na Zenona M. do kwoty 1.277.700,97 zł, uwzględniającej odsetki w kwocie 837.060,97 zł, na Wiesława W. do kwoty 709.096,58 zł z odsetkami w wysokości 436.356,58 zł. i na Janusza J. do kwoty 1.277.700,97 zł z odsetkami w kwocie 837.060,97 zł – na dzień 23 lutego 2007 r.

Sąd pierwszej instancji, Sąd Okręgowy ustalił, że spółka „R.” S.A. prowadziła działalność gospodarczą w latach 2000 – 2004, produkując prefabrykowane budynki i świadcząc usługi budowlane. W latach 2000 - 2002 była w dobrej kondycji finansowej, zajmowała poważną pozycję na rynku, zatrudniała ok. 100 pracowników, realizowała kilka kontraktów, miała zabezpieczenia w kaucjach gwarancyjnych, których termin realizacji upływał w drugiej połowie 2004 r. Dysponowała majątkiem ruchomym i posiadała nieruchomości położoną przy ul. E. 4 z budynkiem biurowym o powierzchni około 200 m², halą produkcyjną o pow. 300 m² oraz halą magazynową o pow. 200 m², której wartość rynkowa w 1999 r. wynosiła 1.850.835,00 zł, a wartość odtworzeniowa kształtowała się w granicach

967 566,00 zł. W skład majątku nietrwałego spółki wchodziły środki transportu i wyposażenie techniczne hali produkcyjnej, których wartość szacowano na kwotę około 300.000 złotych. Ogólnie majątek spółki w tamtym okresie można było w przybliżeniu określić na kwotę 4 milionów złotych. Warunki finansowe pogorszyły się w drugiej połowie 2002 r. w związku z trudną sytuacją na rynku i niewywiązywaniem się kontrahentów z zobowiązań wobec spółki. Trudności miały jednak charakter przejściowy i nie uzasadniały złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Wobec powstałego zadłużenia względem Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, spółka przystąpiła do postępowania restrukturyzacyjnego i układu ratalnego, jednakże warunki restrukturyzacyjne określone przez organ ubezpieczeń społecznych okazały się niemożliwe do realizacji. W stosunku do spółki nie toczyło się ustępowanie upadłościowe ani postępowanie likwidacyjne i nie została wykreślona z rejestru przedsiębiorców. W dniu 27 sierpnia 2004 r. zmienił się zarząd; prezesem został Sebastian W. Zmienił się także właściciel nieruchomości położonej przy ul. E. 4, wpisanej do księgi wieczystej, którą w dniu 13 grudnia 2004 r. nabyła Dorota W.

Wnioskami z dnia 27 czerwca 2003 r. i z dnia 4 lipca 2003 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych, wystąpił o wszczęcie – na podstawie wielu tytułów egzekucyjnych obejmujących różne kwoty – egzekucji z ruchomości dłużnika znajdujących się w siedzibie spółki przez ich zajęcie i sprzedaż w drodze licytacji, z rachunku bankowego w BPH S.A. oraz z wierzytelności i innych praw majątkowych przysługujących spółce-dłużnicze. W wyniku czynności egzekucyjnych zrealizowano tytuły wykonawcze na kwoty 13.179,30 zł, 11.475,30 zł oraz 13.695,90 zł. W pozostałych sprawach prowadzonych przez komornika, o sygn. /.../, nie ujawniono żadnego majątku spółki podlegającego zajęciu, z wyjątkiem ruchomości niepodlegających egzekucji (art. 829 k.p.c.). Ostatecznie te postępowania zostały umorzone z mocy prawa, na podstawie art. 823 k.p.c., ponieważ organ rentowy nie wskazał w terminie wyznaczonym przez komornika sposobu egzekucji; nie dokonał czynności niezbędnej do dalszego jej prowadzenia, o czym zawiadomiono Zakład Ubezpieczeń Społecznych w dniu 21 czerwca 2006 r.

W ocenie Sądu pierwszej instancji, w tym stanie faktycznym nie było podstaw prawnych do przeniesienia odpowiedzialności za zobowiązania składkowe spółki na byłych członków jej zarządu, gdyż organ rentowy nie wykazał bezskuteczności egzekucji z majątku spółki, skoro nie wyczerpał wszelkich jej sposobów, a postępowanie egzekucyjne zostało umorzone nie wskutek bezskuteczności egzekucji, lecz ze względu na niewykonanie przez wierzyciela czynności umożliwiających jego kontynuowanie. Jednocześnie Sąd Okręgowy uznał, że w czasie sprawowania mandatów przez ubezpieczonych nie zachodziły przesłanki złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki.

W tym samym stanie faktycznym Sąd Apelacyjny stwierdził, że Sąd Okręgowy błędnie przyjął, iż organ rentowy nie wyczerpał wszystkich sposobów egzekucji, gdyż liczne postępowania egzekucyjne i administracyjne przeciwko spółce nie doprowadziły do zaspokojenia wierzytelności, a to stanowi niepodważalny dowód na okoliczność bezskuteczności egzekucji względem spółki. Uznał także, że Sąd pierwszej instancji błędnie ocenił sytuację finansową spółki, przez co bezzasadnie przyjął, iż podejmowana przez organ rentowy egzekucja nie odnosiła się do całości majątku, podczas gdy podejmowane przez organ rentowy próby egzekucji należności były kierowane do wszystkich możliwych składników majątkowych spółki, lecz nie przyniosły spodziewanego rezultatu. Nieruchomość położona w S. została sprzedana w dniu 10 września 2004 r., przed tym jak komornik pismem z dnia 15 października 2004 r. zobowiązał organ rentowy do wskazania sposobu egzekucji. Sąd Apelacyjny podał także, że organ rentowy od dnia 16 marca 2006 r. do dnia 31 maja 2006 r. przeprowadził kontrolę spółki, która nie doprowadziła do ujawnienia składników majątkowych umożliwiających zaspokojenie wierzytelności. Wskazał, że organ rentowy w sposób należyty wykazał spełnienie tzw. pozytywnych przesłanek odpowiedzialności członków zarządu spółki; ubezpieczeni byli członkami zarządu „R.” S.A. oraz egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna.

Skargi kasacyjne Zenona M. i Wiesława W., obejmujące wyrok Sądu Apelacyjnego w całości, zostały oparte na podstawie obejmującej naruszenie przepisów postępowania, w ramach której zarzucono obrazę art. 328 § 1 w związku z art. 391 k.p.c. przez pominięcie w uzasadnieniu orzeczenia podstawy

faktycznej rozstrzygnięcia, art. 236 w związku z art. 328 § 2 i art. 391 § 1 k.p.c. przez nieokreślenie w uzasadnieniu orzeczenia w sposób dostatecznie pewny materiału dowodowego mającego stanowić podstawę merytorycznego rozstrzygnięcia, art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 i art. 233 § 1 k.p.c. przez pominięcie w uzasadnieniu wyroku oceny znacznej części materiału dowodowego, mimo zmiany ustaleń faktycznych poczynionych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, art. 382 k.p.c. przez odwołanie się w ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego w zakresie przesłanek dających podstawy do ogłoszenia upadłości spółki wyłącznie do wybranych dokumentów, podczas gdy pominięty materiał dowodowy wskazywał na przeciwieństwo dowodów, które zostały poddane ocenie, art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. i w związku z art. 382 k.p.c. przez dokonanie odmiennej od Sądu pierwszej instancji oceny materiału sprawy bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, w szczególności co do wykazania przez organ ubezpieczeń społecznych bezskuteczności egzekucji prowadzonej przeciwko spółce oraz co do trwałości jej trudności finansowych, jednocześnie bez wskazania, na których dowodach oparto rozstrzygnięcie, które z nich uznano za wiarygodne, a którym tego przymiotu odmówiono i dlaczego, art. 233 § 1 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. przez dokonanie oceny dowodów przeprowadzonych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym sprzecznie z oceną dokonaną przez Sąd pierwszej instancji, bez wskazania, na czym polegała jej wadliwość.

W ramach podstawy skargi obejmującej naruszenie prawa materialnego skarżący wskazali na błędną wykładnię i w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych przez przyjęcie, że wskazane przepisy nie wymagają, by decyzja przenosząca na członka zarządu odpowiedzialność z tytułu niezapłaconych składek zawierała stwierdzenie, że jest to odpowiedzialność solidarna ze wszystkimi wymienionymi „z *imienia i nazwiska*” członkami zarządu spółki obowiązanej uprzednio do ich uiszczenia, a w konsekwencji niedokonanie zamiany decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w ten sposób; art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że każde postępowanie egzekucyjne niezakończone wyegzekwowaniem całości

dochodzonych należności bez względu na przyczynę zakończenia postępowania egzekucyjnego, w tym w szczególności na skutek niepodjęcia przez wierzyciela czynności niezbędnych dla dalszego prowadzenia egzekucji, obejmujących wskazanie wiadomego wierzycielowi mienia dłużnika, wypełnienia przesłankę bezskuteczności egzekucji, art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej (w stosunku do zobowiązań objętych zaskarżoną decyzją powstałych po dniu 1 stycznia 2003 r. art. 116 § 1 pkt 1 lit. Ordynacji podatkowej w brzmieniu zmienionym z dniem 1 stycznia 2003 r.) w związku z art. 31 i art. 32 ustawy systemowej przez błędną wykładnię, że przesłanka zwalniająca członka zarządu spółki kapitałowej od odpowiedzialności za jej zobowiązania, polegająca na braku winy w zgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości nie jest spełniona w sytuacji, gdy na dzień zaprzestania przez daną osobę pełnienia funkcji członka zarządu spółki kapitałowej majątek tej spółki znacznie przekraczał całkowitą wartość zobowiązań (zarówno publicznoprawnych, jak i cywilnoprawnych) tej spółki; przyjęcie, że nie wystąpiła przesłanka zwolnienia członka zarządu od odpowiedzialności za zobowiązania spółki, gdy skarżący zarówno w toku poprzedzającego wydanie decyzji przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, jak i w toku postępowania przed Sądem drugiej instancji wskazywał, znane organowi rentowemu, mające znaczną wartość mienie spółki, z którego nie została przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych przeprowadzona egzekucja, gdyż ten nie uścił zaliczki na bieglego mającego ustalić wartość zajętych ruchomości oraz pojazdu mechanicznego ujawnionego przez organ rentowy w toku kontroli spółki oraz mienie nieruchomości, do którego można było skierować egzekucję przez wystąpienie z powództwem opartym na art. 527 k.c. Na tle tego zarzutu skarżący sformułowali zagadnienie prawne, czy stanowi przesłankę egzoneracyjną przewidzianą w art. 116 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej wskazanie przez byłego członka zarządu mienia spółki stanowiącego nieruchomość, co do której pozostali wierzyciele spółki, w drodze powództwa pauliańskiego skierowanego do nabywcy tej nieruchomości, uzyskali prawomocne wyroki stwierdzające, że została zbyta z pokrzywdzeniem wierzycieli. W dalszej części wskazali niezastosowanie art. 116 § 2 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i 32 ustawy systemowej, skutkujące utrzymaniem w mocy decyzji

stwierdzających odpowiedzialność członków zarządu spółki za zobowiązania z tytułu odsetek, powstałe po dacie ich odwołania z pełnionej funkcji.

Skarżący wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy przez utrzymanie w mocy wyroku Sądu pierwszej instancji o uwzględnieniu ich odwołań i zasądzenie na ich rzecz kosztów postępowania obejmujących koszty zastępstwa przez radcę prawnego ustalone w odniesieniu do wartości przedmiotu zaskarżenia, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w Krakowie.

Skarga kasacyjna Janusza J. została oparta na podstawie naruszenia prawa materialnego przez błędną wykładnię art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych przez uznanie, że nastąpiło wypełnienie przesłanki bezskuteczności egzekucji, mimo że egzekucja nie była kierowana do całego majątku spółki, a Zakład Ubezpieczeń Społecznych wykazywał w jej trakcie bierność; art. 46 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy o rachunkowości przez uznanie na podstawie bilansów spółki, że spółka „R.” S.A. nie była w stanie regulować bieżących należności, gdyż jej dochód nie pokrywał straty, gdy tymczasem ujęta po stronie pasywów strata odzwierciedlała zobowiązania wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. W ramach drugiej podstawy kasacyjnej wskazał naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. przez niewskazanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyczyn, dla których uznano, że nie ma znaczenia bezczynność Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w postępowaniu egzekucyjnym, w szczególności nieprowadzenie egzekucji z ruchomości oraz przez niewskazanie wielkości zadłużenia spółki „R.” wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, którym członkowie zarządu nie mogą być obciążeni wobec częściowego wyegzekwowania długu od spółki. Skargą kasacyjną objął również orzeczenie zawarte w pkt II zaskarżonego wyroku w przedmiocie umorzenia postępowania zażaleniowego, zarzucając naruszenie art. 355 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. Wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu lub o jego zmianę przez oddalenie apelacji oraz orzeczenie w przedmiocie kosztów postępowania w zakresie postępowania kasacyjnego oraz w zakresie

objętym punktem II skarżonego wyroku, a zatem co do kosztów postępowania przed Sądami obu instancji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Należy uznać za trafne zarzuty, które wskazują na braki motywacyjne zaskarżonego wyroku, lecz jednocześnie podkreślić, że naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. stanowi podstawę kasacyjną tylko wtedy, gdy uchybienia sądu drugiej instancji uniemożliwiają kontrolę zaskarżonego orzeczenia (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2003 r. III CK 80/02, OSNC 2005, nr 1, poz. 17 i z dnia 5 października 2011 r., II PK 42/11), co w niniejszej sprawie nie nastąpiło. W szczególności nie napotyka przeszkód odtworzenie na podstawie uzasadnienia zaskarżonego wyroku podstawy faktycznej rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 382 k.p.c., należy przypomnieć, że sąd drugiej instancji może zmienić ustalenia faktyczne, stanowiące podstawę wydania wyroku sądu pierwszej instancji, w zasadzie bez konieczności przeprowadzenia postępowania dowodowego uzasadniającego odmienne ustalenia (por. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego, zasadę prawną z dnia 23 marca 1999 r., III CZP 59/98, OSNC 1999, nr 7-8, poz. 124). Sąd Apelacyjny, wydając zaskarżony wyrok, zanegował z przyczyn wyjaśnionych w uzasadnieniu część ustaleń Sądu Okręgowego; oparłszy się na materiale dowodowym zebrany przez Sąd pierwszej instancji, odmiennie ocenił okoliczność wykazania przez organ ubezpieczeń społecznych bezskuteczności egzekucji prowadzonej przeciwko spółce akcyjnej oraz inaczej odniósł się do dowodów wskazujących na trwałość jej trudności finansowych. Stwierdził, że choć egzekucja nie była prowadzona co całego znanego wierzycielowi majątku spółki-dłużniczki, próby egzekucji należności podejmowane przez organ ubezpieczeń społecznych były kierowane do "wszystkich możliwych" składników majątkowych spółki, lecz nie przyniosły spodziewanego rezultatu. Z ustaleń faktycznych Sądu pierwszej instancji wynikało, że wnioski egzekucyjne wskazywały na trzy sposoby prowadzenia egzekucji: z ruchomości, z rachunku bankowego oraz z wierzytelności i innych praw majątkowych przysługujących dłużnikowi, przy czym wniosku o egzekucję z

nieruchomości organ ubezpieczeń społecznych nie złożył. Pozwalało to na odniesienie się do kwestii bezskuteczności egzekucji wobec spółki, której rozstrzygnięcie ważyło na orzeczeniu co do istoty sprawy. Sąd drugiej instancji przyjął, że o bezskuteczności egzekucji można twierdzić przez odniesienie tego stanu do możliwości zaspokojenia ze względu na przedmiot i zakres prowadzonej egzekucji. Pogląd ten znajduje odniesienie do stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2009 r. (I UZP 4/09, OSNP 2009 nr 23-24, poz. 319) i podtrzymanego w wyrokach Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2009 r., I UK 134/09, z dnia 17 lipca 2009 r., I UK 49/09, z dnia 6 października 2009 r., II UK 43/09, z dnia 2 września 2009 r., II UK 336/08, z dnia 18 marca 2010 r., II UK 303/09, w których stwierdzono, że egzekucja z majątku spółki przewidziana w art. 116 § 1 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 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2009 r., Nr 205, poz. 1585 ze zm.) jest bezskuteczna, jeżeli nie ma wątpliwości, że nie istnieje żadna możliwość zaspokojenia egzekwowanej wierzytelności z jakiegokolwiek części majątku spółki. Bezskuteczność egzekucji rozumiana jest przy tym jako niemożność uzyskania zaspokojenia z całego majątku spółki, a nie tylko z pewnych jego składników. Takie stwierdzenie jest możliwe jednak nie tylko wówczas, gdy egzekucja prowadzona była do całego majątku spółki i nie dała rezultatu, lecz także, gdy egzekucja ze znanego organowi ubezpieczeń społecznych (wierzycielowi) majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a odpowiedzialni członkowie zarządu nie wskazali w postępowaniu egzekucyjnym na inne mienie spółki, z którego egzekucja umożliwiała zaspokojenie tych zaległości w znacznej części (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2008 r., II UK 283/07, niepublikowany).

Wprawdzie prowadzenie egzekucji do całego majątku spółki nabiera szczególnego znaczenia wtedy, gdy wobec spółki nie toczyło się postępowanie upadłościowe ani spółka nie uległa likwidacji i nadal jest podmiotem, przeciwko któremu dalsza egzekucja może być skutecznie prowadzona, lecz konieczne staje się rozważenie, czy przed wydaniem decyzji o przeniesieniu odpowiedzialności z tytułu egzekwowanych kwot na osoby trzecie (członków zarządu) egzekucja nie

dała rezultatu lub jej rezultat był częściowy. Z tego punktu widzenia motyw subsumcji art. 116 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, które Sąd Apelacyjny sprowadził do tezy, że „prowadzone liczne postępowania egzekucyjne i administracyjne przeciwko spółce nie doprowadziły do zaspokojenia wierzytelności, co stanowi niepodważalny dowód na bezskuteczność egzekucji wobec spółki”, są wystarczające. W świetle ujawnionych w uzasadnieniu Sądu drugiej instancji ustaleń zaistniała sytuacja, w której organ dochodzący należności, nieobciążony poszukiwaniem nieujawnionych przez dłużnika składników mienia, z którego egzekucja umożliwiałaby zaspokojenie należności składkowych w znacznej w całości lub choćby w znacznej części, miał do czynienia z beczynnym dłużnikiem. Prezentowane przez skarżących stanowisko obarczające wierzyciela (organ ubezpieczeń społecznych) obowiązkiem poszukiwania nieujawnionych przez dłużnika składników mienia, z którego egzekucja umożliwiałaby zaspokojenie należności składkowych w znacznej części, było chybione i bezpodstawne w zakresie, w jakim sprowadzało się do wytknięcia wadliwości prowadzonego postępowania egzekucyjnego ze względu na kierowanie go do innych składników majątku dłużnej spółki, niż posiadana nieruchomości. Należy zważyć, że egzekucja z nieruchomości wymaga wyłożenia znacznych kwot i dlatego może być brana przez wierzyciela pod uwagę jako ostateczność, oraz że – jak wskazują skarżący – nieruchomości należące do spółki została z pokrzywdzeniem wierzycieli wyzbyta zanim wierzyciel podjął decyzję o objęciu jej egzekucją.

Instytucja przeniesienia zobowiązań składkowych wobec funduszy ubezpieczeniowych na osoby trzecie nie została ustanowiona w celu ochrony dłużników, lecz w celu zabezpieczenia należności wierzyciela (organu ubezpieczeń społecznych), który w zamiarze odzyskania tych należności wskazuje na bezskuteczność egzekucji skierowanej do znanych lub ujawnionych mu w postępowaniu egzekucyjnym składników majątku dłużnej spółki. Należy pamiętać, że ocena działań wierzyciela musi być dokonywana z punktu widzenia celu instytucji ustanowionej do ochrony należności składkowych (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 1997 r., III CKN 65/97, OSNC 1997 nr 11, poz. 181, OSP 1998 nr 1, poz. 6, z dnia 24 lutego 2010 r., II UK 209/09 i z dnia 14 maja 2008

r., II UK 283/07, dotychczas niepublikowane). Nawet przy uwzględnieniu wyjątkowego, posiłkowego charakteru odpowiedzialności członków zarządu, która może zaistnieć tylko wtedy, gdy spółka – dłużnik główny – nie jest w stanie wywiązać się ze swoich zobowiązań (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 30 maja 2008 r., III CSK 12/08, niepublikowany), nie jest konieczne wyczerpanie wszelkich możliwości egzekucji bezpośrednio od samej spółki, gdy spółka jest niewypłacalna (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2007 r., V CSK 55/07, OSNC ZD 2008/A, poz. 24). Egzekucja prowadzona przed wydaniem decyzji w dniu 23 lutego 2007 r. od czerwca 2003 r., która doprowadziła tylko do częściowego zaspokojenia wierzyciela, jest bezskuteczna. Za bezskuteczną może być uznana także egzekucja, w której toku wierzyciel uzyskał tylko częściowe zaspokojenie. W takim przypadku egzekucja jest bezskuteczna co do tych roszczeń, które nie zostały zaspokojone (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 2010 r., III UK 83/09, dotychczas niepublikowany).

Z ugruntowanej wykładni art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych wynika, że dowodem bezskuteczności egzekucji jest nie tylko postanowienie o umorzeniu postępowania egzekucyjnego ze względu na jego bezskuteczność (por. uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2009 r., I UZP 4/09, OSNP 2009 nr 23-24, poz. 319 lub wyrok z dnia 2 września 2009 r., II UK 336/08, dotychczas niepublikowany). Wprawdzie decyzja komornika o umorzeniu postępowania egzekucyjnego na tej podstawie, że organ rentowy nie wskazał w terminie wyznaczonym przez komornika sposobu egzekucji, przez co nie dokonał czynności niezbędnej do dalszego jej prowadzenia postępowania egzekucyjnego (art. 823 k.p.c.), nie jest dowodem bezskuteczności egzekucji, lecz nic nie stoi na przeszkodzie wykazaniu bezskuteczności egzekucji w inny sposób. Aprobowana jest liberalna wykładnia, która dopuszcza potwierdzenie bezskuteczności egzekucji także w inny sposób, niż formalne postanowienie o umorzeniu postępowania egzekucyjnego lub upadłościowego z powodu ich bezskuteczności, z wykorzystaniem dowolnych środków dowodowych, wskazujących, że spółka nie ma majątku pozwalającego na zaspokojenie wierzyciela pozywającego członków zarządu (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2003 r., V CKN 416/01,

PPH 2004 nr 5, s. 53 z aprobowaną glosą A. Karolaka, z dnia 31 stycznia 2007 r., II CSK 417/06, niepublikowany, z dnia 9 kwietnia 2008 r., V CSK 527/07, niepublikowany, uchwałę składu siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 grudnia 2008 r., II FPS 6/08, ZNSA 2009 nr 2, poz.139).

Gdy egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, członkowie zarządu osób prawnych gwarantują całym swoim majątkiem wykonanie zobowiązania publicznego zarządzanej przez nich spółki. Ich odpowiedzialność może być wyłączona tylko po wykazaniu przesłanek egzoneracyjnych przewidzianych w art. 116 § 1 *in fine* i § 2 Ordynacji podatkowej. Jedną z nich jest zgłoszenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe). Stwierdzenie, że sytuacja majątkowa spółki obligowała członków zarządu do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości i uznanie, że „organ rentowy zasadnie wskazał, iż zarząd zamiast wniosku o restrukturyzację powinien był zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości”, choć lakoniczne, wskazuje, że żaden z członków zarządu nie zgłosił wniosku o ogłoszenie upadłości ani skutecznie nie wszczął postępowania zapobiegającego jej ogłoszeniu. W orzecznictwie prezentowany jest pogląd, że użyte w art. 116 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej pojęcie „postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości” obejmuje także postępowanie restrukturyzacyjne dotyczące składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne oraz innych należności Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, Funduszu Pracy i Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o restrukturyzacji niektórych należności publicznoprawnych od przedsiębiorców (Dz.U. Nr 155, poz. 1287 ze zm.). Złożenie wniosku o restrukturyzację może stanowić podstawę uwolnienia członków zarządu spółki od odpowiedzialności, jednak wszczęcie tego postępowania musi nastąpić we właściwym czasie, gdy zaspokojenie przez spółkę w całości należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych jako uprzywilejowanego wierzyciela wyłączonego z układu z mocy prawa pozostaje realne (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2009 r., II UK 83/09, OSNP 2011 nr 11-12, poz. 161 i z dnia 14 stycznia 2011 r., II UK 171/10, niepublikowany). Trudności finansowe spółki nie

pozwoły na wykonanie warunków restrukturyzacyjnych i układu ratalnego, gdyż okazały się niemożliwe do realizacji.

W celu uwolnienia się od odpowiedzialności za zaległości z tytułu składek na podstawie art. 116 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej członek zarządu może wskazać mienie spółki, z którego egzekucja ma umożliwić zaspokojenie zaległości składkowych spółki w znacznej części, lecz tylko takie, które istnieje po wydaniu decyzji przenoszącej odpowiedzialność za dług na osoby trzecie. Nie zwalnia z odpowiedzialności osobistej za dług spółki okoliczność, którą skarżący opisują jako egzonerujące wskazanie mienia, wskazanie nieruchomości, która po sprzedaży w dniu 13 grudnia 2004 r., jeszcze przed wydaniem decyzji o przeniesieniu odpowiedzialności za długi spółki na skarżących i po wydaniu decyzji w tym przedmiocie, do spółki nie należała.

W tym stanie rzeczy, gdy egzekucja długu składkowego wobec spółki okazała się bezskuteczna, a członkowie jej zarządu nie wykazali okoliczności uwalniających ich od osobistej odpowiedzialności za ten dług, aktualne stały się zarzuty Zenona M. i Wiesława W. dotyczące wad decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w zakresie określenia, że odpowiedzialność wszystkich skarżących, dłużników zobowiązań składkowych osoby prawnej, ustalona na podstawie decyzji o przeniesieniu tych zobowiązań, jest solidarna. Wyrzeczenie w decyzji o solidarności dłużników było konieczne, gdyż dopiero z chwilą jej wydania w stosunku do każdego z nich można dokonać wyboru dłużnika (członka zarządu), od którego Zakład Ubezpieczeń Społecznych będzie dochodził zaspokojenia wierzytelności, wykorzystując reżim odpowiedzialności solidarnej. Orzecznictwo Sądu Najwyższego w tej materii jest jednolite. W wyroku z 16 lipca 2008 r. (I UK 9/08, OSNP 2009 nr 23-24, poz. 324) Sąd Najwyższy stwierdził, że członkowie zarządu osoby prawnej, których odpowiedzialność za zaległości należności publicznoprawnych ustalił w decyzji właściwy organ Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, mogą odwołać się od tej decyzji także w części dotyczącej nieobjęcia odpowiedzialnością pozostałych członków zarządu, i podkreślił, że taka decyzja powinna dotyczyć wszystkich członków zarządu oraz wskazywać, że ich odpowiedzialność jest solidarna z innymi członkami zarządu. Decyzja ta ma charakter prawo kształtujący i wierzyciel (organ rentowy) może dokonać wyboru dłużnika dopiero po powstaniu solidarnego

zobowiązania. Stanowisko to zaakceptował Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 15 października 2009 r. (I UZP 3/09, OSNP 2011 nr 1-2, poz. 13), przeciwstawiając się jedynie tezie, że decyzja musi obejmować także spółkę (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2010 r., I UK 112/10, z dnia 3 marca 2011 r., II UK 307/10, Monitor Prawniczy 2011 nr 4, s. 170, wyrok z dnia 9 czerwca 2010 r., II UK 37/10, OSNP 2011 nr 23-24, poz. 302, uchwałę NSA z 9 marca 2009 r. I FPS 4/08, ONSAiWSA 2009 nr 3, poz. 47).

Skarżący Zenon M. i Wiesław W., dążąc do ograniczenia odpowiedzialności, wskazali na niezastosowanie art. 116 § 2 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i 32 ustawy systemowej, skutkujące utrzymaniem w mocy decyzji stwierdzających ich odpowiedzialność jako członków zarządu spółki za zobowiązania z tytułu odsetek, powstałe po dacie ich odwołania z pełnionej funkcji. Obciążenie składkami nie narusza tych przepisów; obowiązek zapłaty odsetek od zaległości podatkowych wynika z art. 107 § 2 pkt 2 Ordynacji podatkowej, który interpretowany w kontekście zasady subsydiarnej odpowiedzialności członków zarządu spółki w stosunku do odpowiedzialności tej spółki, nakazuje uwzględnienie, że zobowiązanie członka zarządu jest równe zobowiązaniu, które obciąża spółkę. Należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne stają się wymagalne każdorazowo w datach zaktualizowania się obowiązku samoobliczenia i opłacenia składek; nieopłacone w ustawowo określonym terminie składki na ubezpieczenia społeczne powodują powstanie od tej daty zaległości składkowej z mocy samego prawa (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2006 r., I UK 126/06, OSNP 2007 nr 21 – 22, poz. 331). Zobowiązanie spółki zwiększają zatem odsetki należne od wymagalności świadczenia objętego w tytule wykonawczym wydanym przeciwko spółce (por. art. 53 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 23 ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych; uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2006 r., III CZP 118/06, OSNC 2007 nr 9, poz. 136 z glosą Adama Karolaka, Prawo Spółek 2008, nr 7-8, s. 87 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2002 r., IV CKN 793/00, OSNC 2003 nr 2, poz. 22, z dnia 21 maja 2004 r. III CK 55/2003, niepublikowany i z dnia 22 czerwca 2005 r., III CK 678/2004, niepublikowany, z dnia 13 października 2004 r., II UK 489/03, OSNP 2005 nr 7, poz. 100, z dnia 4 lutego 2009 r., II UK 154/08, OSNP 2010 nr 15-16, poz. 201, z

dnia 9 maja 2007 r., I UK 362/06, OSNP 2008 nr 11-12, poz. 175). Członek zarządu spółki nie może ponosić odpowiedzialności tylko za odsetki za zwłokę za okres od daty ogłoszenia upadłości (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 1998 r., III CKN 650/97, OSNC 1999 nr 3, poz. 64 oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 grudnia 2011 r., I FSK 192/11, www.orzeczenia-nsa.pl).

Przepisy określające podstawy zaskarżenia wyroku skargą kasacyjną wyłączają dopuszczalność zgłaszania nowych zarzutów, wymagających ustaleń faktycznych, i w tym kontekście należało ocenić zarzuty naruszenia art. 46 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy o rachunkowości i rozmiaru zobowiązania określonego w decyzjach ZUS z dnia 23 lutego i z dnia 25 maja 2007 r., powiązane przez skarżącego Janusza J. z niewskazaniem wielkości zadłużenia spółki „R.” wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, którym członkowie zarządu nie mogą być obciążeni wobec częściowego wyegzekwowania długu od spółki. Z tego punktu widzenia wysokość zobowiązania nie była kwestionowana w postępowaniu sądowym.

Uwzględniając zarzuty ocenione jako uzasadnione, Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania także w przedmiocie umorzenia postępowania zażaleniowego co do kosztów postępowania (art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.).