



Sygn. akt II UK 365/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 listopada 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Romualda Spyt (przewodniczący)

SSN Zbigniew Korzeniowski (sprawozdawca)

SSN Zbigniew Myszka

w sprawie z wniosku H. K., A. W.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.

o nieobciążanie obowiązkiem zapłaty zaległych składek,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy i Ubezpieczeń
Społecznych w dniu 28 listopada 2018 r.,

skarg kasacyjnych organu rentowego i wnioskodawców od wyroku Sądu
Apelacyjnego w [...]

z dnia 8 listopada 2016 r., sygn. akt III AUa [...],

**I. uchyla zaskarżony wyrok w punktach I i III i oddala apelację
oraz zasądza od H. K. na rzecz pozwanego 8.100 zł (osiem tysięcy
i sto zł) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego
w postępowaniu apelacyjnym,**

II. oddala skargi kasacyjne A. W. i H. K.,

**III. zasądza na rzecz pozwanego 2.700 zł (dwa tysiące
i siedemset zł) od H. K. i 1.800 zł (jeden tysiąc i osiemset zł)
od A. W. - tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego
w postępowaniu kasacyjnym.**

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny w [...] uwzględnił apelacje skarżących H. K. i A. W. w częściach w ten sposób, że wyrokiem z 8 listopada 2016 r. zmienił oddalający ich odwołania od decyzji pozwanego wyrok Sądu Okręgowego w Ś. z 22 marca 2016 r. i poprzedzające go decyzje pozwanego z 31 grudnia 2013 r. w zakresie odsetek, ustalając datę końcową ich naliczania na dzień 10 września 2009 r., tj. do dnia ogłoszenia upadłości spółki [...] J. Sp. z o.o. w J., a dalej idące apelacje oddalił.

Pozwany obciążył skarżących odpowiedzialnością za składki niezapłacone przez spółkę – H. K. jako prezesa zarządu za okres od stycznia 2008 r. do sierpnia 2009 r. w kwocie 200.324,55 zł a A. W. za okres od stycznia 2008 r. do stycznia 2009 r. w kwocie 76.156,36 zł.

Sąd Okręgowy w Ś. wyrokiem z 22 marca 2016 r. oddalił ich odwołania. Ustalił, że spółka miała zaległości składkowe, które pozwany egzekwował z rachunku bankowego. W kwietniu 2008 r. spółka uzyskała pożyczkę 300.000 zł, przeznaczoną w części na zobowiązania składkowe. Wówczas też złożyła wniosek o rozłożenie składek na raty w kwocie 446.406,72 zł. W listopadzie 2008 r. spółka zwróciła się o przesunięcie terminu spłaty zobowiązań, motywując to ciężką sytuacją finansową. Pozwany nie uwzględnił wniosku. Pismem z 26 czerwca 2009 r. poinformował spółkę, że wobec niewywiązywania się z warunków umowa ulega rozwiązaniu. 14 sierpnia 2009 r. prezes zarządu H. K. złożył wniosek o ogłoszenie upadłości. Sąd Rejonowy w W. postanowieniem z 10 września 2009 r. ogłosił upadłość spółki obejmującą likwidację majątku. Pozwany postanowieniem z 8 października 2009 r. umorzył postępowania egzekucyjne prowadzone z rachunku bankowego spółki. Pozwany zgłosił do masy upadłości wierzytelności w kwocie 430.234,67 zł, uzyskując ostatecznie 178.416 zł. Sąd Rejonowy w W. postanowieniem z 18 czerwca 2013 r. stwierdził zakończenie postępowania upadłościowego spółki. Sąd Okręgowy w tej sprawie stwierdził, iż zarząd spółki był zobowiązany do zgłoszenia wniosku o upadłość do 14 kwietnia 2008 r. Od 1 stycznia 2008 r. sytuacja finansowo-ekonomiczna spółki uległa dalszemu istotnemu pogorszeniu. Zgłoszenie wniosku o upadłość do 14 kwietnia 2008 r. gwarantowało

splata zobowiązań uprzywilejowanych, tj. wierzytelności wobec ZUS w kwocie 446.406,72 zł. Zdolność pokrycia długów majątkiem na koniec lipca 2009 r. wynosiła 22,8%. Wycena majątku spółki na dzień wniosku o upadłość (14 sierpnia 2009 r.) była nierealna i obejmowała wycenę hipotetyczną i zawyżoną o 51,16% (...).

Sąd Okręgowy decyzje pozwanego uznał za zasadne na podstawie przepisów ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Op) i ustawy z 13 października 1997 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (sus). Egzekucja składek była bezskuteczna i obejmowała należności z okresów pełnienia przez skarżących funkcji w zarządzie spółki. Skarżący H. K. po złożeniu rezygnacji z funkcji prezesa w kwietniu 2009 r. nadal wykonywał czynności prezesa, bowiem podpisywał dokumenty spółki. 12 sierpnia 2009 r. złożył wniosek o ogłoszenie upadłości spółki. W świetle opinii biegłego wniosek o ogłoszenie upadłości został zgłoszony z opóźnieniem. Prowadzenie przez spółkę działalności do września 2009 r. spowodowało poniesienie dodatkowych strat i zmalała zdolność pokrycia długów majątkiem. Wnioskodawcy nie wykazali przesłanek egzoneracyjnych z art. 116 Op.

Sąd Apelacyjny apelację skarżących uznał za niezasadne co do przesłanek odpowiedzialności. Stwierdził, że Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki przeniesienia na skarżących jako członków zarządu odpowiedzialności za nieopłacone przez spółkę należności składkowe. Sąd Apelacyjny nie zgodził się, że skarżący H. K. nie pełnił funkcji w zarządzie, w szczególności po 16 kwietnia 2009 r., gdyż złożył rezygnację. Skarżący nie podnosił wcześniej okoliczności dotyczących nieformalnego podziału obowiązków pomiędzy członkami zarządu w 2008 r. i do 18 marca 2009 r., dlatego spóźniony był wniosek o przeprowadzenie dowodów zmierzających do wykazania, że jako wiceprezes zarządu nie zajmował się sprawami finansowymi spółki i nie miał pełnej wiedzy w zakresie jej działalności. Wniosek dowodowy nie spełniał wymogów z art. 381 k.p.c. Negatywnie Sąd ocenił zarzut rezygnacji z funkcji w zarządzie. Skarżący po 16 kwietnia 2009 r. wykonywał obowiązki prezesa zarządu spółki, o czym świadczy chociażby „zawartość akt postępowania upadłościowego, jak i korespondencja z organem rentowym i posługiwanie się odpowiednią pieczęcią”. Sąd drugiej instancji nie podzielił także wątpliwości skarżących odnośnie braku

spełnienia przesłanki bezskuteczności egzekucji z majątku spółki. Postępowanie egzekucyjne w związku z zawartym układem zostało zawieszone. Ogłoszona została upadłość spółki. Podstawowym sposobem wykazania bezskuteczności egzekucji jest postanowienie o umorzeniu postępowania egzekucyjnego, co jednak nie wyklucza wykazania tej okoliczności w inny sposób, który nie podaje w wątpliwość oceny, że środki majątkowe podmiotu, który wszczął procedurę upadłościową nie wystarczą na zaspokojenie istotnej części jego długów. Pozwany uzyskał w upadłości jedynie 178.416 zł przy zgłoszonej kwocie 430.234 zł. W takiej sytuacji przesłanka bezskuteczności egzekucji została wykazana. Jeśli zaś wnioskodawcy zaprzeczają temu i uważają, że istnieje majątek spółki, z którego egzekucja nie została przeprowadzona, winni byli majątek ten wskazać. We właściwym czasie nie zgłoszono wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Na koniec marca 2008 r. spółka była niewypłacalna i członkowie zarządu winni byli zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości (art. 21 ust. 1 i ust. 2, art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze).

Sąd Apelacyjny za zasadne uznał jedynie umniejszenie odpowiedzialności w zakresie daty końcowej naliczenia odsetek od zaległości z tytułu składek. Odpowiedzialność na podstawie art. 116 Op w związku z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych ma charakter akcesoryjny i następczy. Podstawa prawna odsetek – art. 107 § 2 pkt 2 Op – nie może być oderwana od art. 92 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego, który przewiduje odpowiedzialność masy upadłości za odsetki od wierzytelności przypadających od upadłego tylko do daty ogłoszenia upadłości. Prezes spółki z o.o. odpowiada wobec ZUS tylko za długi spółki powstałe do dnia złożenia do sądu wniosku o upadłość, nawet jeśli sąd wyda później postanowienie o umorzeniu postępowania upadłościowego (wyrok Sądu Najwyższego z 3 grudnia 2013 r., I UK 213/13). Oznacza to, że apelujący mogli ponosić odpowiedzialność odsetkową za okres do 10 września 2009 r., czy do dnia ogłoszenia upadłości spółki.

H. K. w skardze kasacyjnej zarzucił naruszenie: 1) art. 202 § 4 i 5 k.s.h. w związku z art. 116 Op przez błędną wykładnię i przyjęcie, iż pomimo złożenia przez skarżącego skutecznego oświadczenia o rezygnacji z pełnionej funkcji, odpowiada za zobowiązania spółki również po dniu złożenia oświadczenia o rezygnacji z

funkcji członka zarządu; 2) art. 116 § 1 pkt 1a Op w związku z art. 21 ust. 1 Prawa upadłościowego przez błędne zastosowanie i przyjęcie, że właściwym czasem dla złożenia wniosku o upadłość jest dwutygodniowy termin zawarty w ustawie Prawo upadłościowe i naprawcze; 3) art. 381 k.p.c. przez nieprzeprowadzenie dowodu z zeznań świadków, pomimo oczywistego uzasadnienia, iż potrzeba powołania się na przedmiotowy dowód wynikła później; 4) art. 385 k.p.c. w wyniku oddalenia apelacji wnioskującego.

A. W. w skardze kasacyjnej zarzucił naruszenia art. 108 § 4 w związku z art. 116 Op przez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż organ rentowy wykazał przesłankę bezskuteczności egzekucji z majątku spółki pomimo braku postanowienia o bezskuteczności egzekucji, co miało istotny wpływ na wynik postępowania w sprawie, skutkowało bowiem uznaniem odpowiedzialności skarżącego za zaległości spółki z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenia zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych; 2) art. 116 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa przez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż czasem właściwym do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania układowego był przewidziany w art. 21 ust. 1 i 2 ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze termin 2 tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, czyli niewypłacalność, rozumiana jako „niewykonywanie zobowiązań przez spółkę”. Ustalenie to miało istotny wpływ na wynik postępowania w sprawie, gdyż przyjęcie niewłaściwej daty skutkowało uznaniem odpowiedzialności skarżącego za zaległości spółki z tytułu nieopłaconych składek.

Pozwany Zakład Ubezpieczeń Społecznych zaskarżył wyrok w części dotyczącej rozstrzygnięcia o odsetkach i kosztach. Zarzucił naruszenie art. 92 § 1 ustawy Prawo upadłościowe w związku z art. 116 § 1 oraz art. 107 § 2 ustawy Ordynacja podatkowa i art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych przez błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, iż odpowiedzialność członków zarządu spółki kapitałowej za odsetkowy dług od zaległości składkowych upadłego dłużnika pierwotnego, z uwagi na przewidziane w art. 92 § 1 Prawa upadłościowego ograniczenie możliwości dochodzenia i zaspokojenia z masy upadłości upadłego

odsetek od zaległości wyłącznie za okres do dnia ogłoszenia upadłości, jest w takim zakresie wyłączona.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Nie są zasadne skargi kasacyjne A. W. i H. K..

Zasadna jest skarga kasacyjna pozwanego.

I. Skarga kasacyjna A. W. nie jest zasadna z następujących powodów:

a) Nieuprawnione jest założenie sformułowane w zarzucie, że przesłanką stwierdzenia bezskuteczności egzekucji jest tylko postanowienie o bezskuteczności egzekucji. Z art. 116 Op nie wynika jeden wiążący metodycznie i merytorycznie model prowadzenia egzekucji. Chodzi o postępowanie właściwe dla danej sytuacji. Bezskuteczność egzekucji nie musi być bezwzględnie stwierdzona tylko postanowieniem o umorzeniu postępowania egzekucyjnego bezpośrednio przed wydaniem decyzji przenoszącej odpowiedzialność (wyrok Sądu Najwyższego z 11 sierpnia 2016 r., II UK 315/15). Uchwała Sądu Najwyższego z 13 maja 2009 r., I UZP 4/09, nie zamyka problemu bezskuteczności egzekucji. Przyjęta w niej wykładnia nie zastępuje samego przepisu art. 116 Op. Nie wynika z niego założenie, że każdorazowo przed wydaniem decyzji wymagane jest bezwzględnie przeprowadzenie egzekucji totalnej, czyli do każdego składnika majątku i wszelkim sposobami. Późniejsze orzecznictwo przyjmuje też inną wykładnię (por. wyroki Sądu Najwyższego z 24 września 2015 r., II UK 297/14; z 5 czerwca 2014 r., I UK 437/13; z 18 marca 2014 r., II UK 372/13; z 6 marca 2013 r., II UK 329/12, także wyrok NSA z 25 marca 2014 r., I GSK 1024/12). Chodzi o to, że z postanowienia o umorzeniu egzekucji ze względu na jej bezskuteczność może wynikać domniemanie o braku majątku dłużnika. Domniemanie to może być podważane, czyli weryfikowane także w postępowaniu sądowym, co zdarza się po przeniesieniu odpowiedzialności na osobę trzecią - członka zarządu spółki (por. wyrok Sądu Najwyższego z 6 sierpnia 2015 r., III UK 229/14). Rzecz jednak w tym, że nawet posiadanie majątku nie jest równoznaczne z wypłacalnością, gdyż wedle prawa upadłościowego dłużnik zobowiązany jest ogłosić upadłość, gdy dysponuje sporym majątkiem lecz nie ma środków pieniężnych i nie płaci należności.

b) Bezskuteczność egzekucji jest przesłanką decyzji i stwierdza się ją na moment jej wydania. Decyzja o odpowiedzialności skarżącego została wydana 31 grudnia 2013 r. a więc po zakończeniu postępowania upadłościowego likwidacyjnego w 2013 r., rozpoczętego w 2009 r., w którym pozwany jako uprzywilejowany wierzyciel nie uzyskał nawet połowy należności. Po upadłości doszło do wykreślenia spółki z rejestru (KRS). W takiej sytuacji nie można wymagać od pozwanego aby po zakończeniu upadłości wszczął (ponowił) postępowanie egzekucyjne składek do spółki. Skarżący nie wskazali mienia spółki z którego egzekucja prowadziłaby do zaspokojenia wierzytelności (art. 116 Op § 1 pkt 2).

c) Drugi zarzut skargi nie jest zasadny, gdyż poprzestaje na ogólnym zarzucie błędnej wykładni art. 116 § 1 Op co do czasu właściwego zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, natomiast nie podważa stosowania prawa przez Sąd powszechny w indywidualnej sprawie skarżącego. Nie jest wystarczająca konstatacja, że przyjęcie niewłaściwej daty skutkowało uznaniem odpowiedzialności skarżącego. Sąd Apelacyjny przedstawił w uzasadnieniu analizę prawa i stanu faktycznego, które zdecydowały o rozstrzygnięciu, że wniosek o ogłoszeniu upadłości był spóźniony, czyli nie został zgłoszony we właściwym czasie. Skarżący nie podważa ustaleń stanu faktycznego w tym zakresie (brak zarzutów procesowych), dlatego wiążą ustalenia stanu faktycznego na których oparto zaskarżony wyrok (art. 398¹³ § 2 k.p.c.).

d) Z zarzutu wynika próba wykładni art. 116 § 1 pkt 1 lit. a Op bez ścisłego związku z terminem przewidzianym w art. 21 ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze. Można zgodzić się z argumentacją, że przepisy upadłościowe nie działają wprost, co jednak nie oznacza, że są bez znaczenia. Pojęcie "we właściwym czasie", użyte w art. 116 § 1 pkt 1 lit. a Op powinno być odnoszone w pierwszej kolejności do podstawy upadłości. Jeżeli jest nią zaprzestanie płacenia długów, to tylko to uzasadnia ogłoszenie upadłości bez badania czy majątek spółki zaspokoi wierzycieli choćby częściowo i równomiernie. Ocena ta może mieć znaczenie w drugiej przyczynie upadłości, to znaczny, gdy majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów. Już wcześniej powiedziano, że właściwego czasu zgłoszenia wniosku o upadłość nie należało wprowadzić rozumieć

wprost jako terminu złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, przewidzianego w art. 5 Prawa upadłościowego z 1934 r., niemniej jednak przepis ten nie mógł być pomijany w wykładni tego terminu. Przedsiębiorca powinien zgłosić w sądzie wniosek o upadłość w terminie dwóch tygodni od dnia zaprzestania płacenia długów (art. 5 Prawa upadłościowego z 1934 r. i art. 21 Prawa upadłościowego i naprawczego z 2003 r.). Właściwy czas wobec odrębnej regulacji w art. 116 § 1 pkt 1 lit. a Op może być dłuższy od terminów Prawa upadłościowego. Właściwy czas zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, gdy majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów, to nie tylko czas określony w Prawie upadłościowym, ale też czas o którym można wnioskować z regulacji 116 Op w związku z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Składki powinny być płacone w terminie i należy to do obowiązku zarządu spółki. Z zaniechania tego obowiązku wynika uzasadnienie szczególnej odpowiedzialności członków zarządu spółki na podstawie tych przepisów. Jeżeli uprawnione jest również stwierdzenie, że o upadłości decyduje dłużnik, gdyż to po jego stronie leży powinność dbania o to, aby wierzyciele zaspokojeni zostali w równym a nie tylko w znikomym stopniu, to nie znajduje uzasadnienia sytuacja, w której "właściwy czas" może być rozumiany jako wielokrotne przekroczenie terminu podanego w prawie upadłościowym do zgłoszenia wniosku o upadłość. Szczególną podstawę odpowiedzialności za składki wprowadzono nie po to, aby termin zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości upływał znacznie później niż termin dwóch tygodni, w którym przedsiębiorca lub jego reprezentant powinni zgłosić wniosek o upadłość od zaprzestania płacenia długów. "Właściwy czas" ogłoszenia upadłości wskazuje, że nie jest to moment, gdy sytuacja majątkowa dłużnika wystarcza na zaspokojenie wierzytelności uprzywilejowanych tylko w znikomej części. Przyjmuje się zasadniczo, że jest to czas, w którym ogłoszenie upadłości zapewni równomierne, choćby częściowe zaspokojenie wszystkich wierzycieli, czyli bez zaspokojenia jednych wierzycieli kosztem innych. Tak ogólne wnioski wynikające z wykładni prawa muszą być odnoszone do konkretnego stanu faktycznego. "Upadłość" nie jest konieczna gdy wierzyciel może bez niej uzyskać pełne zaspokojenie wierzytelności, z drugiej strony jest spóźniona gdy wierzyciel uzyskuje w niej znikomą lub niewielką część wierzytelności. Orzecznictwo, które waży te proporcje nie przesuwają ich w stronę

znikomego zaspokojenia wierzytelności "w upadłości". Nie można zgodzić się na swoiste "kalkulowanie" przez zarząd spółki do kiedy może być w zwłoce w ogłoszeniu upadłości, aby w efekcie wystarczyło w niej majątku tylko na częściowe zaspokojenie wierzycieli. Nieuprawniona byłaby wykładnia, która prowadziłaby do instrumentalnej i korzystnej dla zarządu wykładni pojęcia "właściwego czasu" tylko przez pryzmat efektu w postaci częściowego zaspokojenia wierzyciela składkowego. Poprzednie podstawy upadłości z Prawa upadłościowego z 1934 r. nie różnią się istotnie od regulacji obecnego Prawa upadłościowego i naprawczego z 2003 r., zgodnie z którą dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11 ust. 1), a dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje (art. 11 ust. 2). Każda z dwóch przyczyn ogłoszenia upadłości ma samodzielny charakter, a to oznacza, że dysponujący nawet sporym majątkiem dłużnik będzie uznany za upadłego, jeżeli zaprzestał w sposób trwały płacenia długów. Właściwy czas nie może być zatem oderwany od okresu dwutygodniowego z Prawa upadłościowego, gdyż systemowo nie ma uzasadnienia, aby termin "właściwego czasu", przy szczególnej regulacji z art. 116 Op, mógł być dowolnie zwielokrotniany. Z drugiej strony, elastyczne ujmowanie "właściwego czasu" tłumaczy się tym, że reżim terminu dwutygodniowego nie powinien być zawsze bezwzględny, gdyż chodzi o szczególną odpowiedzialność odszkodowawczą i nie są wykluczone sytuacje, gdy termin nieznacznie dłuższy niż dwa tygodnie określone w prawie upadłościowym może być uzasadniony i będzie uwalniać od tej odpowiedzialności. Można zatem przyjąć, że jeżeli przyczyną ogłoszenia upadłości jest zaprzestanie płacenia długów, a nie sytuacja w której majątek spółki nie wystarcza na zaspokojenie długów, to właściwy czas zgłoszenia wniosku o upadłość spółki w rozumieniu art. 116 § 1 pkt 1 lit. a Op należy oceniać w odniesieniu do przyczyny upadłości, czyli do trwałego zaprzestania płacenia długów, a nie do analizy, czy majątek spółki wystarczy w upadłości na co najmniej częściowe i równomierne zaspokojenie wszystkich jej wierzycieli (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 25 kwietnia 2012 r., II UK 218/11).

e) W tej sprawie uprawnione jest stwierdzenie, że wniosek o upadłość był spóźniony. Mimo, że spółka zawarła układ ratalny z pozwanym w 2008 r. i uzyskała nawet pożyczkę od wspólnika to nadal wierzytelności składkowe w znacznej części nie zostały zapłacone. Potwierdza to ustalenie, że możliwości płatnicze nie pozwalały na uregulowanie należności. W konsekwencji również, że opinia biegłego na której także oparto ustalenie o spóźnieniu wniosku o upadłość nie była bez racji w aspekcie niewypłacalności jako podstawy ogłoszenia upadłości już w kwietniu 2008 r. Nie wystarczało majątku w 2008 i w 2009 r. do ogłoszenia upadłości na uregulowanie wierzytelności składkowych. Spóźnienie potwierdza też wynik postępowania upadłościowego, jako że uprzywilejowane wierzytelności składkowe zostały zaspokojone tylko w części, nawet nie w połowie.

f) Zestawienie w koniunkcji art. 108 § 4 w związku z art. 116 ust. 1 Op nie jest uprawnione, gdyż art. 108 § 4 ma zastosowanie dopiero na etapie egzekucji odpowiedzialności osoby trzeciej, a nie na etapie stwierdzania tej odpowiedzialności w decyzji wydawanej na podstawie art. 116 ust. 1 Op. Wyraźnie však stanowi, że egzekucja zobowiązania wynikającego z decyzji o odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej może być wszczęta dopiero wówczas, gdy egzekucja z majątku podatnika okazała się w całości lub w części bezskuteczna (...). Ponadto warunkiem odpowiedzialności za składki na podstawie art. 116 Op w związku z art. 31 i 32 sus nie jest prowadzenie egzekucji składek w czasie pełnienia obowiązków przez członka zarządu. Pozwany w wydaniu decyzji o odpowiedzialności członka zarządu za składki organiczny jest tylko terminem przedawnienia. Przesłanką negatywną odpowiedzialności nie jest też to jak starannie członek zarządu sprawował funkcję skoro składki nie zostały zapłacone.

II. Skarga kasacyjna H. K. nie jest zasadna z następujących powodów:

a) Zarzut procesowy naruszenia art. 381 k.p.c. nie ma realnego uzasadnienia w skardze. Nie wystarczy stwierdzenie, że dopuszczenie nowych dowodów pozostaje w granicach uznania sądu a oddalenie przez Sąd drugiej instancji wniosków dowodowych pełnomocnika wnioskodawcy stanowi o naruszeniu tego przepisu procesowego. Zarzut procesowy powinien mieć konkretną treść, chodzi však o wykazanie wadliwości która miała wpływ na wynik sprawy, czyli na stosowanie prawa materialnego (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.). Na

etapie skargi kasacyjnej punktem odniesienia dla zarzutu procesowego jest zarzut materialny skargi kasacyjnej, bo tylko w tych granicach rozpoznawana jest skarga kasacyjna (art. 398¹³ § 1 k.p.c.). Pierwszy zarzut skargi dotyczy odpowiedzialności po dniu rezygnacji z pełnionej funkcji w zarządzie a nie wcześniejszej daty i podstawy powołania skarżącego jako wiceprezesa zarządu (taki zarzut był w apelacji, do oceny rozpoznania którego właściwy byłby zarzut naruszenia art. 378 k.p.c., jednak przy sporze o okres przed powierzeniem funkcji prezesa zarządu). Ponadto skarżący przyznaje w skardze, że po rezygnacji z funkcji prezesa zarządu, jedynie wykonywał czynności przypisane członkowi zarządu, nie posiadając mandatu do ich wykonywania. Z ustaleń w sprawie nie wynika, iżby w tym czasie był drugi członek zarządu spółki.

b) Zarzut naruszenia art. 116 § 1 pkt 1a Op w związku z art. 21 ust. 1 Prawa upadłościowego nie składa się na zarzut procesowy (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.), gdyż jego treść wskazuje na kwestię materialnoprawną (przesłankę) odpowiedzialności, czyli ocenę, „że właściwym czasem dla złożenia wniosku o upadłość jest dwutygodniowy termin zawarty w ustawie Prawo upadłościowe i naprawcze”. Wówczas ocena tego zarzutu jest taka jak wyżej w pkt. I, ppkt. c, d, e.

c) Zarzut naruszenia art. 202 § 4 i 5 k.s.h. w związku z art. 116 Op nie jest zasadny. Przede wszystkim rezygnacja skarżącego z funkcji w zarządzie nie łączyła się z zaniechaniem czynności w spółce. Takie są ustalenie zaskarżonego wyroku, które wiążą w ocenie zarzut materialnego skargi (art. 398¹³ § 2 k.p.c.). Skarżący podaje też w skardze, iż po rezygnacji „nie pełnił funkcji członka zarządu spółki, a jedynie wykonywał czynności przypisane członkowi zarządu, nie posiadając mandatu do ich wykonywania”. Sąd Apelacyjny ocenił tę sytuację z uwzględnieniem wykładni przedstawionej przez Sąd Najwyższy w wyroku z 3 marca 2016 r., I UK 91/16. Orzeczenie to właściwie odnosi się do problemu wykładni i stosowania prawa w związku z rezygnacją z funkcji w zarządzie. Składki na ubezpieczenie powinny być płacone na bieżąco i odpowiedzialna jest za to osoba pełniąca funkcję członka zarządu spółki. Odpowiedzialność członków zarządu spółki obejmuje zobowiązania składkowe, których termin płatności upływał w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu. Znaczenie ma więc pełnienie obowiązków – taka jest norma art. 116 § 2 Op. Pozwala stwierdzić, iż pełnienie

obowiązków wypełnia tę regulację, czyli norma spełnia się, gdy funkcja nadal jest sprawowana przez członka zarządu choć złożył rezygnację a nie został powołany inny członek zarządu. Należy dostrzec, że powołanie do zarządu spółki odpowiada zleceniu. Przyjmujący zlecenie może je wypowiedzieć w każdym czasie. Jednakże gdy zlecenie jest odpłatne, a wypowiedzenie nastąpiło bez ważnego powodu, to przyjmujący zlecenie jest odpowiedzialny za szkodę (art. 746 § 2 k.c.). W interesie nie tylko spółki, ale i rezygnującego członka zarządu jest podjęcie przez niego inicjatywy powołania nowego członka zarządu (zwołania posiedzenia organu uprawnionego do obsady zarządu) jeszcze przed złożeniem rezygnacji (zob. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 31 marca 2016 r., III CZP 89/15). Członek zarządu składając rezygnację nie może więc „uciec” od odpowiedzialności na podstawie art. 116 Op, gdy nadal pełni funkcję zarządu w spółce (por. wskazany wyżej wyrok Sądu Najwyższego z 3 marca 2016 r., I UK 91/15, a także wyroki z 14 grudnia 2016 r., II UK 494/15 i z 23 września 2014 r., II UK 560/13 oraz z 9 stycznia 2018 r., III UK 12/17). Działający za spółkę nie może twierdzić, że nie odpowiada bo złożył rezygnację. Znaczenie ma faktyczne pełnienie obowiązków i realizacja (nierealizacja) obowiązku składkowego. Spółka nie powinna być bez zarządu, tak wynika z prawa handlowego (k.s.h.) i odpowiednio z reżimu rejestru sądowego (KRS). Po rezygnacji nie było drugiego członka zarządu w spółce i to skarżący podejmował czynności. Skoro skutecznie złożył wniosek o upadłość spółki, to nie był zwolniony z obowiązku regulowania składek. Członek zarządu mimo rezygnacji powinien nadal działać w interesie spółki w sytuacji gdy nie ma innego członka zarządu.

d) Sąd Apelacyjny nie naruszył art. 385 k.p.c. w części w jakiej apelację skarżącego uznał za niezasadną (punkt II wyroku).

e) Skargi kasacyjnej nie rozpoznano na rozprawie, gdyż wskazane we wniosku istotne zagadnienie prawne nie miało takiej rangi, gdyż że sformułowana kwestia nie wykracza poza zwykłą wykładnię i stosowanie prawa.

III. Skarga kasacyjna pozwanego jest zasadna, gdyż ograniczenie odpowiedzialności za odsetki w upadłości nie przenosi się na odpowiedzialność członka zarządu na podstawie art. 116 Op w związku z art. 31 i 32 sus. Upadłość to egzekucja generalna i dlatego odsetki nie biegną aby nie różnicować sytuacji

wierzycieli uprzywilejowanych i z większymi wierzytelnościami w podziale masy. Jest to szczególna sytuacja całościowej egzekucji. Czym innym jest odpowiedzialność członka zarządu spółki. Ponosi odpowiedzialność za niezapłacone przez spółkę składki wraz z odsetkami. Odpowiedzialność oparta jest na samodzielnych przesłankach, które mają rodowód w uprzedniej odpowiedzialności cywilnej (odszkodowawczej) Wcześniej pozwany występował z powództwem cywilnym na podstawie prawa handlowego przeciwko członkom zarządu (zob. uchwała Sądu Najwyższego z 15 września 1993 r.). Obecnie podstawą odpowiedzialności za składki jest art. 116 Op w związku z art. 31 i 32 sus oraz art. 107 Op. Odpowiedzialność członka zarządu za składki na wskazanej podstawie prawnej jest jego własną odpowiedzialnością, która nie wygasa z chwilą utraty bytu prawnego przez spółkę (uchwała Sądu Najwyższego z 4 grudnia 2008 r., II UZP 6/08). Nie jest to nowa wykładnia w odniesieniu do odpowiedzialności za odsetki. Przedstawiana była w orzecznictwie (zob. wyroki Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2017 r., II UK 605/15, z 11 sierpnia 2016 r., II UK 315/15, 17 maja 2016 r., II UK 248/15, z 12 sierpnia 2015 r., I UK 391/14, z 5 czerwca 2014 r., I UK 437/13). Kwestię tę doprecyzował ustawodawca przyjmując regulację z art. 107 § 3 (uzasadnienie projektu ustawy). Przepis jednoznacznie stanowi, że ogłoszenie upadłości podatnika nie ma wpływu na naliczanie odsetek za zwłokę w odniesieniu do osoby trzeciej.

Z powyższych motywów skargi kasacyjnej A. W. i H. K. jako niezasadne zostały oddalone (art. 398¹⁴ k.p.c.).

Skarga kasacyjna pozwanego jest zasadna i dlatego uchylono w części wyrok Sądu Apelacyjnego i oddalono apelacje odwołujących się w tym zakresie.

Wynik sprawy uzasadnia zmianę orzeczenia o kosztach postępowania apelacyjnego. W odpowiedzi na apelację H. K. pozwany żądał zasądzenia kosztów. Zastosowanie ma rozporządzenie z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Przy wartości przedmiotu zaskarżenia w apelacji 200.325 zł i na podstawie § 2 pkt 7 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, należało zasądzić na rzecz pozwanego 8.100 zł kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym (10.800 zł stawka minimalna x 75%).

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono odpowiednio na podstawie § 2 pkt 5 i 6 oraz § 10 ust. 4 pkt 2 wskazanego rozporządzenia.