

Sygn. akt III AUa 2056/15

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 26 kwietnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny - III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Gdańsku

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Maciej Piankowski
Sędziowie:	SSA Aleksandra Urban SSA Maria Sałańska - Szumakowicz (spr.)
Protokolant:	stażysta Anita Musijowska

po rozpoznaniu w dniu 26 kwietnia 2016 r. w Gdańsku

sprawy W. P. (1)

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B.

o przeniesienie odpowiedzialności za należności składkowe

na skutek apelacji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B.

od wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy VI Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 28 października 2015 r., sygn. akt VI U 491/15

1. zmienia zaskarżony wyrok i oddala odwołanie;
2. zasądza od W. P. (1) na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. kwotę 2700,00 (dwa tysiące siedemset 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za II instancję.

SSA Maria Sałańska – Szumakowicz SSA Maciej Piankowski SSA Aleksandra Urban

Sygn. akt III AUa 2056/15

## UZASADNIENIE

Zaskarżoną decyzją organ rentowy stwierdził, iż W. P. (1), jako były prezes zarządu Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością(...)z siedzibą w B. odpowiada solidarnie ze Spółką całym swoim majątkiem za zaległości z tytułu nieopłaconych składek wynikające z działalności spółki, które wynoszą na:

- 1) Fundusz Ubezpieczeń Społecznych za okres: 12/2008r.-07/2012r. w kwocie 110.325,03zł oraz odsetki za zwłokę naliczone na dzień 30.12.2014r. w wysokości 55.354,00zł,

2) ubezpieczenie zdrowotne za okres: 12/2008r.-07/2012r. w kwocie 33.639,17zł oraz odsetki za zwłokę naliczone na dzień 30.12.2014r. w wysokości 17.477,00zł,

3) Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres: 12/2008r.-07/2012r. w kwocie 10.482,82zł oraz odsetki za zwłokę naliczone na dzień 30.12.2014r. w wysokości 5.461,00zł.

RAZEM: 232.739,02zł.

W odwołaniu od decyzji organu rentowego ubezpieczony stwierdził, iż dnia 08.02.2012r. Uchwałą Nr 1 Zgromadzenia Wspólników (...) sp. z o.o. w B. został odwołany z funkcji prezesa zarządu tej spółki. Jednocześnie Zgromadzenie Wspólników spółki - Uchwałą Nr 2 również z 08.02.2012r. powołało nowy zarząd spółki w osobie A. B.. Nowemu zarządowi ubezpieczony przekazał cały majątek spółki a spółka przeniosła siedzibę z B. do S.. W dniu 19.11.2014r. ubezpieczony złożył do (...) Oddział B. wniosek o umorzenie postępowania wobec jego osoby, jako byłego członka zarządu ww. spółki. Następnie w dniu 13.12.2014r. zgłosił żądanie do prowadzonego przez ZUS Oddział w B. postępowania w sprawie. ZUS nie uwzględnił żadnych argumentów z tych pism. Zdaniem odwołującego się ZUS powinien swoich roszczeń dochodzić wobec spółki i jej aktualnego zarządu, a nie od niego. Zdaniem odwołującego się ZUS nie wykazał należytej aktywności w dochodzeniu swoich roszczeń wobec spółki, obecnie z siedzibą w S., ul. (...) (KRS (...)). Ubezpieczony zwrócił uwagę, iż ww. Spółka nadal figuruje w KRS, nie ma ogłoszonej ani likwidacji ani upadłości.

W odpowiedzi na odwołanie organ rentowy podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji. Odnosząc się do wniosku powoda o umorzenie przedmiotowego postępowania organ wskazał, iż zgodnie z art. 105 § 1 k.p.a. gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części. Postępowanie w sprawie administracyjnej jest natomiast połączeniem wzajemnie uwarunkowanych elementów podmiotowych i przedmiotowych, dlatego też bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego może być spowodowana zarówno przyczynami o charakterze podmiotowym jak i przedmiotowym. W niniejszej sprawie, do chwili obecnej na rozliczeniowym koncie spółki figuruje zadłużenie z tytułu nieopłaconych składek za okres, w którym ubezpieczony pełnił funkcję prezesa zarządu spółki, a prowadzone wobec płatnika postępowanie egzekucyjne okazało się bezskuteczne i tym samym nie znaleziono podstaw do umorzenia przedmiotowego postępowania.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych ustalił, iż dotychczas wobec spółki nie została ogłoszona upadłość, nie wskazano również mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości. Ponadto ustalono, iż prowadzone w stosunku do spółki postępowanie egzekucyjne okazało się bezskuteczne i nie doprowadziło do realizacji wierzytelności Zakładu. Tym samym nie zachodzi żadna ze wskazanych powyżej okoliczności wyłączających odpowiedzialność członka zarządu spółki. Ubezpieczony zaskarżoną decyzję odebrał dnia 05.01.2015r. (potwierdzenie odbioru-karta 74 akt), odwołanie zaś wniósł dnia 06.02.2015r.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy zmienił decyzję organu rentowego w ten sposób, iż odwołujący się W. P. (1), jako były prezes zarządu Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) z siedzibą w S. nie odpowiada całym swoim majątkiem za zaległości z tytułu nieopłaconych składek wynikające z działalności Spółki, które wynoszą na:

a) Fundusz Ubezpieczeń Społecznych za okres 12/2008r. – 07/2012r. w kwocie 110.325,03zł plus odsetki za zwłokę od powyższych należności naliczone do dnia 30.12.2014r. w wysokości 55.354,00zł,

b) Ubezpieczenie zdrowotne za okres 12/2008r. – 07/2012r. w kwocie 33.639,17zł plus odsetki za zwłokę od powyższych należności naliczone do dnia 30.12.2014r. w wysokości 17.477,00zł,

c) Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres 12/2008r. – 07/2012r. w kwocie 10.482,82zł plus odsetki za zwłokę od powyższych należności naliczone do dnia 30.12.2014r. w wysokości 5.461,00zł.

Sąd I instancji uznał wniosek organu rentownego o odrzucenie odwołania za niezasadny, stwierdzając, iż zwrotne potwierdzenie odbioru zaskarżonej decyzji, na które powołuje się organ zostało nieprawidłowo wypełnione - brak na nim wskazania przez odbiorcę daty przekazania przesyłki. Na zwrotnym poświadczeniu przesyłki przystawiono jedynie stempel z datą, czego dokonał dostarczyciel przesyłki. Ponadto odwołanie zostało złożone jedynie z jednodniowym opóźnieniem trudno, zatem uznać by było ono nadmierne.

Z dokumentacji zebranej w sprawie (m.in. odpisu pełnego z rejestru przedsiębiorców KRS oraz korespondencji prowadzonej z Sądem Rejonowym w Szczecinie XIII Wydział Gospodarczy KRS - k 51 akt sądowych) wynika, że w okresie od 09.03.1992r. do 08.02.2012r. powód pełnił funkcję prezesa zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...). W ramach prowadzonej przez spółkę działalności należne składki na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych nie zostały uregulowane w całości, a zatem na koncie płatnika figuruje zadłużenie z tego tytułu wraz z odsetkami za zwłokę.

Zakład w celu realizacji należności z tytułu nieopłaconych składek podejmował czynności zmierzające do wyegzekwowania należności bezpośrednio od spółki w trybie egzekucji administracyjnej. Z pisma organu rentownego z dnia 05 czerwca 2015r. wynika, że:

1. Postępowanie egzekucyjne prowadzone było przez Naczelnika II Urzędu Skarbowego w B. oraz z rachunków w (...) BANK SA i (...) BANK SA. Postępowanie egzekucyjne prowadzone przez urząd skarbowy okazało się częściowo skuteczne (wpłaty w latach 2006-2011). Z banków uzyskano informacje o zbiegach z Naczelnikiem II Urzędu Skarbowego oraz komornikami sądowymi. Mocą postanowienia Sądu Rejonowego w Bydgoszczy organem do dalszego prowadzenia łącznej egzekucji wyznaczony został Naczelnik II Urzędu Skarbowego w B.. Kolejne tytuły wykonawcze zostały przekazane do urzędu.
2. W dniu 05.03.2013r. Drugi Urząd Skarbowy w B. zgodnie z właściwością miejscową przekazał tytuły do Naczelnika Urzędu Skarbowego w G.. Nowo ustalony adres to: G., ul. (...).
3. Dnia 05.09.2013r. Urząd Skarbowy po przeprowadzeniu analizy właściwości miejscowej przekazał sprawę do Naczelnika II Urzędu Skarbowego w S.. (...) ul. (...).
4. W dniu 25.06.2014r. Naczelnik Urzędu Skarbowego w S. przekazał po ustaleniu nowego adresu tj. G., ul. (...) tytuły do Naczelnika Urzędu Skarbowego w K..
5. W dniu 07.08.2014r. Naczelnik Urzędu Skarbowego w K. poinformował o przekazaniu tytułów ponownie do II Urzędu Skarbowego w S. z uwagi na nieaktualność adresu w G..
6. W dniu 02.06.2015r. (a zatem już po wydaniu decyzji) pracownik ZUS przeprowadziła rozmowę telefoniczną z pracownikiem II US w S. D. K., który potwierdził, iż urząd posiada tytuły skierowane do realizacji przez ZUS w B.. Jednocześnie poinformował, iż adres ul. (...) S. jest adresem korespondencyjnym. Jest to główna siedziba(...) M. K. składająca się tylko z biura.

Pozwany dodał, iż ostatnie wpłaty egzekucyjne nastąpiły w 2011 roku.

W ocenie Sądu I instancji z powyższego wynika, iż co najmniej od marca 2013r. organy egzekucyjne ograniczały swą aktywność do ustalania właściwości miejscowej. Do tej pory nie zostało wydane postanowienie o umorzeniu postępowania egzekucyjnego.

Przedmiotem postępowania przed Sądem Okręgowym była ocena, czy W. P. (2), jako prezes zarządu (...)Sp. z o.o. w B. odpowiada całym swoim majątkiem za zaległości z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych objęte decyzją z dnia 30 grudnia 2014r.

Odpowiedzialność członków zarządu spółki kapitałowej za jej zaległości podatkowe uregulowana jest przede wszystkim w art. 116 Ordynacji podatkowej. Powołany przepis określa ramy normatywne osobistej odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej za składki ubezpieczeniowe, których spółka ta nie uregulowała.

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

Do pozytywnych przesłanek odpowiedzialności członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania spółki należą: bezskuteczność egzekucji z majątku spółki oraz powstanie zaległości w czasie pełnienia obowiązków przez członka zarządu. Natomiast przesłanki negatywne tej odpowiedzialności zdefiniowane zostały następująco: wykazanie, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowania układowe) albo, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z jego winy, bądź też wskazanie mienia, z którego egzekucja jest możliwa.

Sąd I instancji zaakcentował, iż w sprawach tego rodzaju na organie rentowym spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności pozytywnych, natomiast członek zarządu - aby uwolnić się od odpowiedzialności - powinien wykazać którąkolwiek z okoliczności negatywnych. Przewidziana w powyższym przepisie odpowiedzialność członka zarządu jest niezależna od tego, czy niewypłacalność spółki była zawiniona przez członka zarządu, czy też powstała z przyczyn leżących po stronie innych organów spółki, wspólników, czy też z przyczyn obiektywnych. Organ rentowy nie wykazał drugiego warunku odpowiedzialności członka zarządu, jakim jest bezskuteczność egzekucji. Dopiero w razie bezskuteczności tych środków kierować należy działania wobec członków zarządu.

Reasumując w ocenie Sądu Okręgowego organ rentowy wykazał w znacznej mierze istnienie pierwszej przesłanki warunkującej odpowiedzialność W. P. (1), tj. powstanie zaległości składkowych (grudzień 2008r. - 08 lutego 2012r.) w okresie pełnienia przez niego obowiązków prezesa, jednakże nie wykazał drugiego warunku odpowiedzialności członka zarządu, jakim jest bezskuteczność egzekucji.

Sąd I instancji wyraził pogląd, iż niedopuszczalne jest obciążanie osoby sprawującej funkcję członka zarządu odpowiedzialnością za zaległości spółki z tytułu składek bez przeprowadzenia formalnej egzekucji zakończonej niezaspokojeniem wierzyciela. Bezskuteczność egzekucji ma miejsce wówczas, gdy egzekucja dotyczyła całego majątku spółki, a wierzyciel wyczerpał wszelkie sposoby egzekucji. Oznacza to, że nie ma już żadnych wątpliwości, co do tego, że egzekwowana wierzytelność nie może być zaspokojona z jakiegokolwiek majątku spółki. Dlatego też trudności z egzekucją związane ze zmianami siedziby spółki i ustalaniem właściwości miejscowej organu egzekucyjnego nie wypełniają przesłanek pozytywnych, co do dopuszczalności orzeczenia w przedmiocie odpowiedzialności członka zarządu spółki za jej zaległości wobec ZUS.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wywiódł organ rentowy, zaskarżając orzeczenie Sądu I instancji w całości, zarzucając:

1. błąd u ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu przez Sąd Okręgowy, iż organ rentowy nie wykazał drugiego warunku odpowiedzialności członka zarządu, jakim jest bezskuteczność egzekucji, pomimo, iż z przeprowadzonego postępowania dowodowego wynika, że postępowanie egzekucyjne było prowadzone, a egzekucja okazała się bezskuteczna;

2. naruszenie art. 116 § 1 ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że organ rentowy orzekając o odpowiedzialności członka zarządu spółki za należności z tytułu składek nie przeprowadził formalnej egzekucji zakończonej orzeczeniem o umorzeniu tej egzekucji wydanym przez organ egzekucyjny oraz nie wykazał w inny sposób, że postępowanie egzekucyjne okazało się bezskuteczne.

Powołując się na podaną podstawę apelacji pozwany wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Uzasadniając obrane stanowisko organ rentowy argumentował, iż wymóg „uzyskiwania” formalnego stwierdzenia bezskuteczności egzekucji nie znajduje jakiegokolwiek oparcia w obowiązującym prawie. Doktryna formułując powyższy wymóg nie wskazuje podstawy prawnej w oparciu, o którą organ egzekucyjny stwierdzałby bezskuteczność egzekucji. Przepisu takiego w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji jednak nie ma. Niewątpliwie nie jest nim przepis art. 59 ww. ustawy. Spośród określonych w nim podstaw umorzenia postępowania egzekucyjnego żadna, nawet określona w § 2, nie przystaje, bowiem do pojęcia bezskuteczności egzekucji. To pojęcie nie zostało w prawie zdefiniowane. Sprawia to, że należy je rozumieć zgodnie z dyrektywami wykładni językowej. W języku potocznym pod pojęciem „bezskuteczności” rozumie się „nieprzynoszenie” (brak) pożądaných rezultatów, daremność, bezowocność. Stąd też, gdy pojęciu temu nada się takie znaczenie i gdy weźmie się pod uwagę, że nie wiąże się z nim żadna dyrektywa prawna, to za w pełni uprawniony uznać trzeba pogląd, że w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 116 § 1 Ordynacji Podatkowej organy obowiązane są, co prawda, udowodnić bezskuteczność egzekucji, niemniej uczynić to mogą za pomocą wszelkich dowodów, które okoliczności te mogą potwierdzić. W ramach tego winny one przede wszystkim wykazywać za pomocą obiektywnych dowodów, że w toku egzekucji ustalono, iż spółka nie posiada majątku, z którego można by zaspokoić wierzytelności.

Zakład w celu realizacji należności z tytułu nieopłaconych składek podejmował czynności zmierzające do wyegzekwowania należności bezpośrednio od spółki w trybie egzekucji administracyjnej. Podjęto czynności w celu wyegzekwowania wierzytelności Zakładu w formie zajęcia rachunku bankowego. Wobec zbiegu egzekucji do tego samego prawa majątkowego nie uzyskano oczekiwanego rezultatu. Prowadzono także w stosunku do spółki postępowanie egzekucyjne za pośrednictwem Naczelnika II Urzędu Skarbowego w S. oraz Naczelnika Urzędu Skarbowego w K.. Powyższe działania nie doprowadziły jednak do uregulowania zobowiązań wobec Zakładu.

Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13.03.2007r. (sygn. akt II FSK 342/06) o bezskuteczności postępowania egzekucyjnego nie musi przesądzać wyłącznie fakt umorzenia postępowania egzekucyjnego oraz wydania, w jego konsekwencji, postanowienia w sprawie umorzenia tego postępowania. Analogiczne stanowisko zaprezentowano w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22.09.2009r. (sygn. akt II FSK 535/08), w myśl, którego użyte w art. 116 § 1 o.p. pojęcie stwierdzenia bezskuteczności egzekucji należy rozumieć, jako możliwość wykazania niemożności zaspokojenia wierzyciela za pomocą wszelkich prawem dostępnych dowodów, nie jest konieczne przedstawienie prawomocnego postanowienia o umorzeniu egzekucji. W uzasadnieniu wyroku wskazano, że bezskuteczność może być stwierdzona także wówczas, gdy z okoliczności sprawy wynika niezbicie, że spółka nie ma żadnego majątku, z którego wierzyciel mógłby uzyskać zaspokojenie swoich należności. W niniejszej sprawie nie wskazano mienia spółki, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości.

Prowadzone w stosunku do spółki postępowanie egzekucyjne okazało się bezskuteczne i nie doprowadziło do realizacji wierzytelności ZUS. O bezskuteczności prowadzonego postępowania egzekucyjnego świadczy przede wszystkim fakt, iż od 2011r., nie wpłynęła jakkolwiek wpłata na poczet istniejącego zadłużenia. Jak wynika z pisma (...) Bank (...) S.A z 21.03.2012r. skierowanego do Dyrektora ZUS, na rachunku bankowym należącym do spółki brak było środków na pokrycie wszystkich wyegzekwowanych świadczeń. Poza tym, jak ustalił Zakład, spółka nie posiada nieruchomości, ani pojazdów (pismo procesowe pozwanego z dnia 24.07.2015r. wraz z załącznikami). Możliwość stwierdzenia bezskuteczności egzekucji na podstawie każdego prawnie dopuszczalnego dowodu została potwierdzona również uchwałą 7 sędziów NSA z dnia 08.12.2008r. (sygn. akt II FSP 6/08).

Mając na uwadze powyższe należy uznać, że w niniejszej sprawie spełnione zostały wszystkie niezbędne wymogi przeniesienia odpowiedzialności za należności z tytułu składek na odwołującego, jako byłego prezesa zarządu Spółki z o.o. P-P z siedzibą w S..

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

Apelacja organu rentowego jest zasadna, skutkując koniecznością ingerencji w rozstrzygnięcie Sądu I instancji i wydaniem orzeczenia reformatoryjnego.

Istotą sporu było stwierdzenie, czy W. P. (1), jako były prezes zarządu Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością(...) z siedzibą w B. odpowiada solidarnie ze Spółką całym swoim majątkiem za zaległości z tytułu nieopłaconych składek na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wynikające z działalności spółki za okres: 12/2008r.-07/2012r., w łącznej kwocie: 232.739,02zł.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zasadne okazały się zarzuty organu rentowego odnośnie błędu ustalenia okoliczności faktycznych – braku wykazania bezskuteczności egzekucji oraz niewłaściwej wykładni przepisów art. 116 ordynacji podatkowej (t.j. Dz. U. z 2012r. poz. 749 z późn. zm.) w zw. z art. 31 i 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2015r. poz. 121 z późn. zm.).

Sąd Okręgowy rozważając przedmiotową kwestię wprawdzie zasadnie stwierdził, że badanie spełnienia przesłanek odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej za jej zobowiązania publicznoprawne z tytułu nieopłaconych składek podlega ocenie na podstawie przepisu art. 116 § 1 ordynacji podatkowej, dokonując powyższej oceny poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, jednakże dokonał błędnej subsumcji prawnej, co ostatecznie skutkowało wadliwym rozstrzygnięciem.

Powołany przepis, stanowiący materialnoprawną podstawę rozstrzygnięcia w rozpoznawanej sprawie, określa dwie pozytywne i trzy negatywne przesłanki odpowiedzialności członków zarządu spółki kapitałowej za jej zobowiązania publicznoprawne powstałe w czasie pełnienia przez nich funkcji w zarządzie spółki. Przesłanki pozytywne tej odpowiedzialności, których zaistnienie wykazać musi Zakład Ubezpieczeń Społecznych to bezskuteczności egzekucji prowadzonej przeciwko samej spółce oraz powstanie zobowiązania składkowego, które przerodziło się w zaległość składkową w czasie pełnienia przez daną osobę obowiązków członka zarządu spółki. Obie przesłanki winne być spełnione łącznie w chwili wydania decyzji przenoszącej odpowiedzialność na osobę trzecią. Zatem powstanie po stronie osoby trzeciej odpowiedzialności za zaległości składkowe jest uzależnione od czynności organu rentowego, który obciąża wykazanie istnienia ww. przesłanek, bowiem ich udowodnienie jest warunkiem wydania decyzji, mającej charakter konstytutywny i stanowiącej źródło odpowiedzialności osoby trzeciej za zobowiązania składkowe spółki. Oznacza to, że przesłanki materialnoprawne do obciążenia członka zarządu odpowiedzialnością za zaległości składkowe spółki muszą być spełnione już na dzień wydania decyzji. Konstytutywny charakter decyzji wyklucza, zatem możliwość uznania jej za prawidłową, gdy została wydana bez stwierdzenia stanu całkowitej lub częściowej bezskuteczności egzekucji w postępowaniu egzekucyjnym, na co bez żadnego wpływu pozostaje późniejsze wszczęcie takiego postępowania. Odpowiedzialność członka zarządu spółki powstaje, bowiem z chwilą wydania decyzji, a nie w momencie wykazania materialnoprawnych przesłanek tej odpowiedzialności w toku postępowania sądowego. Decyzja wydana bez uprzedniego stwierdzenia bezskuteczności egzekucji w toku postępowania egzekucyjnego narusza art. 116 § 1 Ordynacji w związku z art. 31 i art. 32 ustawy systemowej, który wymaga spełnienia takiego materialnoprawnego warunku do obciążenia członka zarządu odpowiedzialnością za zaległości (por: uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 13 maja 2009r., I UZP 4/09, OSNP 2009, Nr 23-24, poz. 319, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2009r., I UK 134/09 lexlege.pl).

Przechodząc do wyjaśnienia terminu „bezskuteczności egzekucji”, Sąd Apelacyjny stwierdza, iż nie zostało ono zdefiniowane ani w przepisach prawa podatkowego, ani w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym (administracyjnym czy kodeksie postępowania cywilnego). Bezskuteczność egzekucji w rozumieniu art. 116 § 1 O.p.

oznacza, że w wyniku wszczęcia i przeprowadzenia przez organ egzekucyjny egzekucji skierowanej do majątku spółki nie doszło do przymusowego zaspokojenia wierzyciela; pod tym pojęciem należy, zatem rozumieć sytuację, w której nie ma wątpliwości, że nie zachodzi żadna możliwość zaspokojenia egzekwowanej wierzytelności z jakiegokolwiek części majątku spółki. Należy przy tym nadmienić, że zgodnie z art. 116 § 1 O.p. do uznania egzekucji za bezskuteczną wystarczający jest choćby częściowy brak możliwości zaspokojenia wierzyciela.

W uchwale z 08 grudnia 2008r., sygn. akt II FPS 6/08 Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że stwierdzenie przez organ podatkowy bezskuteczności egzekucji, o której mowa w art. 116 § 1 O.p. powinno być dokonane po przeprowadzeniu postępowania egzekucyjnego; ponadto stwierdzenie bezskuteczności egzekucji ustala się na podstawie każdego prawnie dopuszczalnego dowodu. Należy przyjąć, że o bezskuteczności egzekucji w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej Zakład Ubezpieczeń Społecznych może mówić wówczas, gdy skierował egzekucję do wszystkich możliwych i znanych mu elementów mienia dłużnika. Oznacza to, że Zakład Ubezpieczeń Społecznych winien skorzystać z przysługujących np. praw zastawu na ruchomościach, egzekucji z nieruchomości a nie jedynie zajmowania rachunków bankowych dłużnika. Jeżeli nie jest znany majątek dłużnika, należy podjąć próbę sądowego zobowiązania dłużnika do wyjawienia majątku. Dopiero w razie bezskuteczności tych środków kierować należy działania wobec członków zarządu. W innym, bowiem wypadku aktywność Zakładu Ubezpieczeń Społecznych przejawia się w działaniu wobec tych ostatnich osób, mimo, że istnieje możliwość zaspokojenia należności od dłużnika głównego. Prowadzi to do podejmowania działań, które nie prowadzą do jak najpełniejszej, możliwie najszerszej i najszybszej ochrony Funduszu Ubezpieczeń Społecznych przed utratą należnych składek ubezpieczeniowych (podobnie wyrok Sądu Najwyższego z 01 września 2010r., sygn. akt II UK 89/10). W orzeczeniu z dnia 24 września 2015 roku w sprawie o sygn. akt II UK 297/14 (LEX nr 1816557) Sąd Najwyższy, w podobnym stanie faktycznym wyraził pogląd w pełni aprobowany przez Sąd w niniejszym składzie, iż nie stanowi naruszenia art. 116 § 1 O.p. skierowanie egzekucji tylko do części majątku – rachunków bankowych, jeżeli egzekucja nie mogła zostać skierowana do innego majątku, albowiem takiego nie było (nie ustalono).

Zważyć należy, że Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 marca 2012r., II UK 152/11 (LEX nr 1170997) wskazał, że dla stwierdzenia bezskuteczności egzekucji niezbędne jest wykazanie przez wierzyciela zastosowania środków egzekucyjnych skierowanych do całego majątku dłużnika. Bezskuteczność egzekucji w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej oznacza, bowiem sytuację, w której nie ma jakichkolwiek wątpliwości, że nie zachodzi żadna możliwość zaspokojenia egzekwowanej wierzytelności z jakiegokolwiek części majątku spółki. W wyroku z dnia 06 marca 2012r., I UK 318/11 (LEX nr 1165286) Sąd Najwyższy wskazał, że egzekucja z majątku spółki przewidziana w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 ustawy systemowej 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.

Słusznie podnosił w apelacji organ rentowy, iż błędnie stwierdził Sąd I instancji, jakoby, co najmniej od marca 2013r. organy egzekucyjne ograniczały swą aktywność do ustalania właściwości miejscowej i do tej pory nie zostało wydane postanowienie o umorzeniu postępowania egzekucyjnego, co miałyby prowadzić do wniosku o niemożności uznania postępowania za bezskuteczne. Przytoczenia wymaga przepis art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 roku o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (t.j. Dz. U. 2014. 1619 z późn. zm.), który stanowi, iż postępowanie egzekucyjne umarza się: jeżeli obowiązek został wykonany przed wszczęciem postępowania (pkt 1); jeżeli obowiązek nie jest wymagalny, został umorzony lub wygasł z innego powodu albo jeżeli obowiązek nie istniał (pkt 2); jeżeli egzekwowany obowiązek został określony niezgodnie z treścią obowiązku wynikającego z decyzji organu administracyjnego, orzeczenia sądowego albo bezpośrednio z przepisu prawa (pkt 3); gdy zachodzi błąd co do osoby zobowiązanego lub gdy egzekucja nie może być prowadzona ze względu na osobę zobowiązanego

(pkt 4); jeżeli obowiązek o charakterze niepieniężnym okazał się niewykonalny (pkt 5); w przypadku śmierci zobowiązanego, gdy obowiązek jest ściśle związany z osobą zmarłego (pkt 6); jeżeli egzekucja administracyjna lub zastosowany środek egzekucyjny są niedopuszczalne albo zobowiązanemu nie doręczono upomnienia, mimo iż obowiązek taki ciążył na wierzycielu (pkt 7); jeżeli postępowanie egzekucyjne zawieszono na żądanie wierzyciela nie zostało podjęte przed upływem 12 miesięcy od dnia zgłoszenia tego żądania (pkt 8); na żądanie wierzyciela (pkt 9); w innych przypadkach przewidzianych w ustawach (pkt 10) - (ustawie z dnia 03 lutego 1993 roku o restrukturyzacji finansowej przedsiębiorstw i banków oraz o zmianie niektórych ustaw Dz. U. 1993.18.82. z późn. zm.). Wobec powyższego postanowienie o umorzeniu postępowania egzekucyjnego nie jest wymagane dla stwierdzenia bezskuteczności prowadzonej egzekucji. Niemniej ewentualne wydanie takiegoż postanowienia nie tamuje uznania stanu „bezsuteczności”.

W orzecznictwie zasadnie przyjmuje się, że bezskuteczność egzekucji może być wykazana nie tylko na podstawie postanowienia o umorzeniu postępowania egzekucyjnego, ale także w inny sposób, który nie poddaje w wątpliwość oceny, że środki majątkowe podmiotu nie wystarczą na zaspokojenie istotnej (znacznej) części dług (por. wyrok Sądu Najwyższego z 05 czerwca 2014r., I UK 437/13; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 marca 2014r., I GSK 1024/12). Do zagadnienia tego odniósł się Sąd Najwyższy także w wyroku z dnia 06 sierpnia 2015 roku w sprawie o sygn. akt III UK 229/14 (LEX nr 1808595), wskazując, iż postanowienie o umorzeniu egzekucji **może** stanowić uzasadnienie dla domniemania bezskuteczności egzekucji, jednak podlega ono weryfikacji faktycznej i prawnej.

W niniejszej sprawie skarżący nie wskazał mienia spółki na zaspokojenie wierzyciela w znacznej części. Podkreślić należy, iż nie decyduje stan majątku z chwili pełnienia funkcji, lecz późniejszy, czyli z chwili wydania decyzji i także etapu sądowego postępowania odwoławczego. Organ rentowy może wydać decyzję do upływu przedawnienia odpowiedzialności. Oznacza to, że bezskuteczność egzekucji składek ustala się także w okresie, gdy skarżący nie pełnił już funkcji w zarządzie spółki. W tym wyraża się ryzyko odpowiedzialności członka zarządu za składki. Jeżeli składki nie były płacone na bieżąco, to były członek zarządu może być obciążony za składki w późniejszym okresie, czyli nawet, gdy zmiana ulegnie sytuacja majątkowa spółki. Wówczas były prezes spółki jest też w gorszej sytuacji, gdyż tylko realnie i konkretnie wskazane mienie mogłoby prowadzić do uwolnienia od odpowiedzialności. Majątku takiego nie ustalono i skarżący w ramach dopuszczalnej egzoneracji z art. 116 § 1 pkt 2 O.p. mienia takiego nie wskazał.

Sąd Apelacyjny podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd, że orzekając o odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej organ podatkowy zobowiązany jest wykazać okoliczności pełnienia obowiązków członka zarządu w czasie, w którym upływał termin płatności zobowiązania podatkowego, które przerodziło się w dochodzoną zaległość podatkową spółki oraz bezskuteczność egzekucji przeciwko spółce, zaś wykazanie zaistnienia którejkolwiek z przesłanek egzoneracyjnych spoczywa na członku zarządu. W tej kwestii poglądy orzecznictwa i doktryny są zbieżne i utrwalone (por. wyrok NSA z 06 marca 2003r. sygn. akt SA/Bd 85/03 - publ. "Przegląd Orzecznictwa Podatkowego" 2003 Nr 4, poz. 93; wyrok WSA w Olsztynie z 24 marca 2005 r. sygn. akt I SA/Ol 345/04 - publ. ZNSA 2005/1/98; A. Mariański i A. Karolak, Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o., Warszawa 2004, s. 234-236; S. Babiarz i in. Ordynacja podatkowa. Komentarz, Warszawa 2004, s. 402; B. Adamiak i in. Ordynacja podatkowa. Komentarz 2004, Wrocław 2004, s. 433). Na powyższą okoliczność zostało przeprowadzone stosowne postępowanie dowodowe (k. 53-70 akt ZUS) przed organem rentowym, które Sąd I instancji prawidłowo ocenił, stwierdzając, iż w spornym okresie W. P. (1) pełnił funkcję członka zarządu Spółki(...).

Mając powyższe na względzie Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. orzekł, jak w punkcie 1 sentencji wyroku. W pkt. 2 sentencji wyroku Sąd Apelacyjny zasądził od W. P. (1) na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych kwotę 2.700,00zł tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję, działając na podstawie na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z § 2 ust. 1 i 2, § 6 ust. 6 i § 12 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. 2013.490 z późn. zm.).

**SSA Maria Salańska – Szumakowicz SSA Maciej Piankowski SSA Aleksandra Urban**