

Sygn. akt III AUa 1387/15

III AUz 140/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 września 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w składzie:

Przewodniczący: SSA Anna Szczepaniak-Cicha ( spr. )

Sędziowie: SSA Jolanta Wolska

SSA Joanna Baranowska

Protokolant: st. sekr. sąd. Patrycja Stasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2016 r. w Ł.

sprawy **H. K.**

**przy udziale zainteresowanych: Z. B. , (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B.**

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

o uregulowanie zobowiązań

na skutek apelacji H. K.

od wyroku Sądu Okręgowego w Kaliszu

z dnia 22 stycznia 2015 r. sygn. akt V U 27/14

i zażalenia organu rentowego od postanowienia zawartego w punkcie 2 wyroku

Sądu Okręgowego w Kaliszu

z dnia 22 stycznia 2015 r., sygn. akt V U 27/14,

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Kaliszu do ponownego rozpoznania pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania za drugą instancję.**

Sygn. akt: III AUa 1387/15

III AUz 140/15

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 31 października 2013 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. stwierdził, że H. K., jako prezes zarządu, i Z. B., jako wiceprezes zarządu, ponoszą solidarną odpowiedzialność za zobowiązania firmy pod nazwą Firma (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B. z tytułu niezapłaconych składek na ubezpieczenia społeczne za okresy: od grudnia 2007 r. do lutego 2008 r., od kwietnia 2008 r. do sierpnia 2010 r. w kwocie 15.880,92 zł, na ubezpieczenie zdrowotne za wskazane wyżej okresy w kwocie 4.140,02 zł, na Fundusz Pracy i Fundusz

Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okresy: od grudnia 2007 r. do lutego 2008, od kwietnia 2008 r. do lipca 2010 r. w kwocie 1.041,90 zł oraz odsetek liczonych na dzień wydania decyzji w kwocie 10.772,00 zł.

Odwołanie od tej decyzji złożyła H. K. wnosząc o jej zmianę i ustalenie, że nie ponosi odpowiedzialności z tytułu wymienionych w decyzji należności. Skarżąca powołała się na majątek należący do spółki, z którego możliwe jest wyegzekwowanie należności z tytułu zaległych składek, wielokrotnie przewyższający wartość tych należności.

Wezwani do sprawy w charakterze zainteresowanych: Z. B., J. S. oraz Firma (...) Spółka z o.o. w B. nie zajęli stanowiska co do wniesionego odwołania. Organ rentowy domagał się oddalenia odwołania.

Sąd Okręgowy w Kaliszu wyrokiem z dnia 22 stycznia 2015 r. oddalił odwołanie i nie obciążył H. K. kosztami zastępstwa procesowego organu rentowego.

Sąd Okręgowy ustalił, że Firma (...) Spółka z o.o. w B. powstała w 1991 r., a jej celem gospodarczym była produkcja żelatyny spożywczej i produktów spożywczych na bazie żelatyny, produkcja tłuszczu roślinnego, mączki wysokobiałkowej, obrót produktami naftowymi, usługi pośrednictwa, doradztwa, dzierżawa i wynajem.

W okresie objętym zaskarżoną decyzją H. K. sprawowała funkcję członka zarządu spółki.

Sąd ustalił również, że prowadzona egzekucja z majątku spółki na rzecz wierzycieli była bezskuteczna. Spółka posiadała co prawda aktywa w postaci sprzętu i nieruchomości zabudowanych obiektami, związanymi z prowadzoną działalnością, to jednak egzekucja z tego majątku nie doprowadziła do zaspokojenia wierzycieli z uwagi na brak chętnych na nabycie mienia w trybie przepisów o egzekucji. W tym zakresie postępowania egzekucyjne prowadzone przez komornika sądowego czy urząd skarbowy podlegały umorzeniu.

Sąd pominął dowód z zeznań odwołującej się, albowiem wezwana do osobistego stawiennictwa pod rygorem pominięcia zeznań na rozprawę w dniu 19 stycznia 2015 r. wystosowała pismo, zawierające wniosek o zawieszenie postępowania i zniesienie terminu rozprawy. Jako podstawę tak sformułowanego wniosku skarżąca wskazała wydanie przez ZUS nowej decyzji zmniejszającej podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne odwołującej się jako pracownika, w porównaniu z podstawą wynikającą z przedstawionych wcześniej deklaracji. W decyzji ustalono m.in. inną podstawę wymiaru składek za okres od kwietnia 2010 r. do sierpnia 2010 r. Decyzja ta nie tamuje dopuszczalności rozpoznania wniesionego odwołania albowiem sąd rozpoznaje odwołanie według stanu na dzień wydania decyzji.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał odwołanie za niezasadne. Sąd przywołał treść przepisu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej, w myśl którego za zaległości składkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością odpowiadają solidarnie, całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, chyba, że członek zarządu wykaże, iż we właściwym czasie zgłoszono wniosek o upadłość albo, że niezgłoszenie upadłości nastąpiło nie z jego winy bądź wskaże mienie, z którego egzekucja jest możliwa. Zgodnie z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, art. 116 Ordynacji podatkowej stosuje się odpowiednio do należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, a na podstawie art. 32 powołanej ustawy - także do składek na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i składek na ubezpieczenie zdrowotne.

Sąd podkreślił, że skarżąca w odwołaniu powołała się na istnienie majątku, z którego możliwe jest prowadzenie egzekucji. Jednakże, w ocenie Sądu, stan wskazywanych przez stronę odwołującą postępowań egzekucyjnych nie czyni powyższego zarzutu usprawiedliwionym, świadczy tylko o istnieniu nieruchomości o wartości szacunkowej przekraczającej wielokrotnie wartość przypisanych składek. Odwołująca się jako majątek spółki wskazała nieruchomości objęte czynnościami komornicznymi, w tym czynnościami prowadzonymi do przeprowadzenia sprzedaży w trybie licytacji. Żadna z licytacji nie zakończyła się przybyciem z uwagi na brak zainteresowanych zakupem. Wskazanie w tych warunkach majątku, który objęty jest postępowaniem egzekucyjnym nie czyni zadość warunkom zawartym w cytowanym na wstępie przepisie. W opinii Sądu Okręgowego, egzekucja obejmująca dotychczas licytowane mienie, która nie doprowadziła do jego sprzedaży nie może prowadzić do uznania możliwości

zaspokojenia organu rentowego, gdyż ideą cytowanego przepisu jest umożliwienie członkowi zarządu spółki uchylenia się od odpowiedzialności za składki przypadające na spółkę, tylko wtedy, gdy wskaże mienie, które dotychczas nie było przedmiotem bezskutecznej egzekucji.

Stwierdzając niespełnienie jednej z kumulatywnych przesłanek Sąd Okręgowy nie badał kolejnych przesłanek warunkujących uznanie trafności zaskarżonej decyzji, bowiem H. K. ani w odwołaniu, ani w kolejnych pismach procesowych nie powołała się na wadliwość zaskarżonej decyzji w odniesieniu do kwot zaległości przypadających na spółkę, jak i przesłankę dotyczącą wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Sąd zauważył, że wprawdzie odwołująca się wskazała na decyzję zmieniającą podstawę wymiaru składek, obejmującą między innymi okres od kwietnia do sierpnia 2010 r., a więc okres objęty niniejszą decyzją, jednak nie była to okoliczność wymagająca oczekiwania, aż uprawomocni się decyzja o nowej podstawie wymiaru składek w tym okresie i w oparciu o jej treść ponowne przeliczenie zaległości. W ocenie Sądu pierwszej instancji, odwołująca się przede wszystkim nie zgłosiła zarzutów dotyczących wysokości przypisanych składek, a ponadto takie nowe przeliczenie nie skutkuje wstrzymaniem postępowania w przedmiocie przeniesienia odpowiedzialności, gdyż sąd rozpoznając odwołanie bierze pod uwagę stan istniejący na dzień wydania decyzji. Wszelkie zmiany stanu faktycznego zaistniałe po wydaniu decyzji, a mające wpływ na wysokość zaległości mogą być korygowane w decyzjach zamiennych. Z formalnego punktu widzenia strona odwołująca się, będąca aktualnym członkiem zarządu, mogłaby w imieniu spółki w odniesieniu do każdego składnika wynagrodzenia dowolnego pracownika bądź też w imieniu własnym jako pracownik i to niezależnie od aktualnego statusu w spółce, zgłaszanymi wnioskami w przedmiocie podstawy wymiaru składek tamować rozpoznanie sprawy o przeniesienie odpowiedzialności składkowej na członka zarządu. Dlatego też brak jest przesłanek, aby taki stan, na który powołała się H. K., mógł stanowić przeszkodę do rozpoznania sprawy o przeniesienie odpowiedzialności za zaległości składkowe, dopóki nie skończy się postępowanie w przedmiocie wysokości zaległości przypadających na spółkę. Przy takiej ocenie nie mógł zostać uwzględniony wniosek o zawieszenie postępowania w sprawie zgłoszony przez odwołującą się przed rozprawą poprzedzającą wydanie wyroku. Nie było tym samym usprawiedliwionych powodów dla odwołania terminu rozprawy wyznaczonej na dzień 19 stycznia 2015 r. Z tego też względu rzeczą skarżącej, biorąc po uwagę wcześniej wydane postanowienie dowodowe o dopuszczeniu dowodu z przesłuchania strony, było stawienie się na rozprawę w celu złożenia zeznań. Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy odwołanie oddalił.

O kosztach Sąd orzekł na podstawie art. 102 k.p.c. uznając okoliczności, w jakich doszło do przeniesienia odpowiedzialności na H. K., za usprawiedliwiające skierowanie sprawy do postępowania odwoławczego z uwagi na wartość nieruchomości i wysokość przypisanych składek. Porównując te wielkości, odwołująca się mogła działać obiektywnie w błędnym przekonaniu o istnieniu możliwości prowadzenia dalszej egzekucji z majątku spółki i zaspokojenia długu z pominięciem jej osoby. Takie przekonanie, usprawiedliwione znaczną dysproporcją między szacunkową wartością nieruchomości a wielkością przypisanych składek, mogło rodzić przekonanie o wadliwości decyzji. Te subiektywne elementy w ocenie Sądu sprawiły o odstąpieniu w trybie art. 102 k.p.c. od obciążenia odwołującej się kosztami zastępstwa procesowego organu rentowego co uzasadniało rozstrzygnięcie zawarte punkcie drugim sentencji wyroku.

Apelację od powyższego wyroku złożyła H. K. zaskarżając go w części oddalającej odwołanie. Apelująca zarzuciła wyrokowi naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 116 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, polegające na wadliwym jego zastosowaniu i przyjęciu, że w niniejszym przypadku nastąpiła możliwość przeniesienia odpowiedzialności składkowej za zobowiązania spółki, podczas gdy taka możliwość przeniesienia odpowiedzialności istnieje w chwili ustalenia, że egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna, a nie wskutek ustalenia, że taka bezskuteczność egzekucji może wystąpić.

Zdaniem apelującej, postępowanie egzekucyjne z majątku spółki jest w toku, co wyłącza możliwość stwierdzenia, że egzekucja z nieruchomości jest bezskuteczna. Również przyjęcie, że nie ma zainteresowanych nabyciem nieruchomości na licytacji jest bezpodstawne, gdyż do pierwszej licytacji w dniu 23 kwietnia 2014 r. przystąpiło czterech zainteresowanych, którzy uiszcili wadium. Do licytacji nie doszło z powodu zgłoszonych przez spółkę zastrzeżeń formalno-prawnych, uniemożliwiających jej przeprowadzenie w tym dniu. Skarżąca podniosła, że zarówno

w piśmie z dnia 25 listopada 2014 r., jak i w piśmie z dnia 10 stycznia 2015 r. o zniesienie sprawy z terminu w dniu 19 stycznia 2015 r., zwracała także uwagę na wadliwość decyzji w odniesieniu do kwot zaległości.

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

Apelacja H. K. okazała się skuteczna prowadząc do uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Prawidłowe rozstrzygnięcie każdej sprawy uzależnione jest od spełnienia przez sąd orzekający dwóch naczelných obowiązków procesowych, tj. przeprowadzenia postępowania dowodowego w sposób zgodny z przepisami procedury oraz dokonania wszechstronnej oceny wszystkich okoliczności ujawnionych w toku rozprawy, zaś rozstrzygnięcie sądu winno znajdować swoje oparcie w przepisach prawa materialnego odpowiednio zastosowanych do poczynionych ustaleń faktycznych. Celem kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia jest ustalenie, czy w sprawie będącej przedmiotem rozpoznania sąd pierwszej instancji sprostał przedstawionym wyżej wymogom. Dokonana przez Sąd Apelacyjny kontrola zaskarżonego przez H. K. wyroku prowadzi do wniosku, że Sąd Okręgowy nie uczynił zadość powyższym wymaganiom, albowiem nie wyjaśnił starannie wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, co spowodowało konieczność uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia celem rozpoznania istoty sporu.

Zgodnie z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 963 ze zm.), do należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne mają odpowiednie zastosowanie enumeratywnie wyliczone przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 613 ze zm.), w tym także przepisy regulujące odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe. Odpowiedzialność członków zarządu spółki kapitałowej za zaległości podatkowe tej spółki została uregulowana przede wszystkim w przepisie art. 116 Ordynacji podatkowej. Odpowiedzialność ta ma charakter akcesoryjny, bowiem jest zależna od istnienia zobowiązania podatkowego (składkowego) płatnika oraz od jego realizacji przez ten podmiot. Prawną przesłanką odpowiedzialności za zobowiązania spółki jest nie tylko konieczność wdrożenia przymusowego wykonania zobowiązania podatkowego (składkowego) - wobec faktu, że nie nastąpiła jego dobrowolna realizacja - lecz także stwierdzenie, że tego rodzaju realizacja zobowiązania w stosunku do podatnika (płatnika) nie daje gwarancji pełnego wykonania zobowiązania składkowego i zachodzi konieczność wydania decyzji o odpowiedzialności następczej członków zarządu.

Przepis art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej 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. Do pozytywnych przesłanek odpowiedzialności członka zarządu za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, których zaistnienie wykazać musi Zakład Ubezpieczeń Społecznych należą: bezskuteczność 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 członka zarządu. Zatem powstanie po stronie tej osoby odpowiedzialności za zaległości składkowe jest uzależnione od czynności organu rentowego, którego obciąża wykazanie istnienia omawianych przesłanek, gdyż ich udowodnienie jest warunkiem wydania decyzji, mającej charakter konstytutywny i stanowiącej źródło odpowiedzialności osoby trzeciej za zobowiązania składkowe spółki. Oznacza to, że warunki prawne, pozwalające na obciążenie członka zarządu odpowiedzialnością za zaległości składkowe spółki muszą być spełnione już na dzień wydania decyzji. Konstytutywny charakter decyzji wyklucza możliwość uznania jej za prawidłową, gdy wydana została bez stwierdzenia stanu 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. Niewątpliwie decyzja wydana bez uprzedniego stwierdzenia bezskuteczności egzekucji w toku postępowania egzekucyjnego narusza art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 i art. 32 ustawy systemowej, który wymaga spełnienia tego właśnie materialnoprawnego warunku do obciążenia członka zarządu odpowiedzialnością za zaległości

składkowe (por. uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2009 r., I UZP 4/09, OSNP 2009 Nr 23-24, poz. 319, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2009 r., I UK 134/09, LEX nr 558287).

W przedmiotowej sprawie kluczowe znaczenie ma wykładnia terminu „bezskuteczność egzekucji z majątku spółki”, który nie został zdefiniowany ani w przepisach prawa podatkowego, ani w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym. W judykaturze podnosi się, że bezskuteczność egzekucji w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej oznacza, że w wyniku wszczęcia i przeprowadzenia przez organ egzekucyjny egzekucji skierowanej do majątku spółki nie doszło do przymusowego zaspokojenia wierzyciela, nie zachodzi zatem żadna możliwość zaspokojenia egzekwowanej wierzytelności z jakiegokolwiek części majątku spółki. W uchwale z dnia 8 grudnia 2008 r. ( (...) 6/08, (...) 2009 Nr 2 poz. 19) Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, 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. Dopiero w razie bezskuteczności egzekucji z tych wszystkich składników orzekać można o odpowiedzialności członków zarządu. W innym bowiem wypadku aktywność Zakładu Ubezpieczeń Społecznych przejawia się w wydaniu decyzji wobec tych ostatnich osób, mimo że istnieje możliwość zaspokojenia należności od dłużnika głównego, a to oznacza działanie bezprawne (podobnie wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2009 r., I UK 241/08, LEX nr 736715, z dnia 1 września 2010 r., II UK 89/10, LEX nr 661520). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 marca 2012 r., II UK 152/11, (LEX nr 1170997) także wyjaśnił, że dla stwierdzenia bezskuteczności egzekucji niezbędne jest wykazanie przez wierzyciela zastosowania środków egzekucyjnych skierowanych do całego majątku dłużnika, a bezskuteczność egzekucji w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej oznacza sytuację, w której nie ma jakichkolwiek wątpliwości, że nie zachodzi żadna możliwość zaspokojenia egzekwowanej wierzytelności z jakiegokolwiek części majątku spółki (podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 marca 2012 r., I UK 318/11, LEX nr 1165286).

Mając na uwadze przywołane zapatrywania, które Sąd Apelacyjny aprobuje, należy stwierdzić, że Sąd pierwszej instancji dokonując w zebranych materiale dowodowym oceny legalności zaskarżonej decyzji ocenił zbyt pobieżnie, że organ rentowy udowodnił spełnienie na dzień wydania zaskarżonej decyzji przesłanki bezskuteczności egzekucji z majątku spółki - w rozumieniu braku jakiegokolwiek majątku spółki, który realnie pozwala na przeprowadzenie egzekucji i zaspokojenie całości lub znacznej części roszczeń.

Na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego organ rentowy wskazywał, że egzekucja z majątku spółki jest bezskuteczna, gdyż postanowieniem z dnia 27 kwietnia 2011 r. organ egzekucyjny - Naczelnik Urzędu Skarbowego w K. umorzył postępowanie egzekucyjne prowadzone w stosunku do Spółki z o.o. (...) z siedzibą w B., obejmujące także egzekucję z nieruchomości oraz że Komornik sądowy przy Sądzie Rejonowym w Krotoszynie prowadzi postępowanie egzekucyjne KM 226/03 z nieruchomości oznaczonych następującymi numerami ksiąg wieczystych: KW (...) - suma oszacowania 655.416,00 zł (zabezpieczenia hipoteczne na łączną kwotę ponad 6 mln zł, w tym ponad 2,3 mln zł z pierwszeństwem zaspokojenia przez ZUS, a łączna wartość wpisów hipotecznych ZUS 11.065,69 zł za okres 10/2006 - 01/2011) i KW (...) - suma oszacowania 31.532,00 zł (zabezpieczenia hipoteczne na łączną kwotę ponad 395 tys. zł, w tym ponad 24,5 tys. zł z pierwszeństwem zaspokojenia przez ZUS, łączna wartość wpisów hipotecznych ZUS na kwotę 19.503,49 zł za okres 10/2006 - 06/2010), które nie zostało zakończone, gdyż spółka zaskarżyła operaty szacunkowe. Sąd pierwszej instancji podzielił stanowisko organu rentowego uznając, że egzekucja z majątku spółki na rzecz wierzycieli jest bezskuteczna, gdyż egzekucja z tego majątku nie doprowadziła do zaspokojenia wierzycieli, choć spółka istnieje, posiada aktywa w postaci sprzętu i nieruchomości zabudowanych obiektami związanymi z prowadzoną działalnością. Sąd Okręgowy ustalił, że prowadzone postępowania egzekucyjne przez komornika sądowego, jak i przez urząd skarbowy uległy umorzeniu. Na dowód powyższego Sąd wskazał postanowienie o umorzeniu postępowania egzekucyjnego znajdujące się w aktach ZUS i akta KM 226/03 Komornika sądowego przy Sądzie Rejonowym w Krotoszynie. To ostateczne ustalenie jest zupełnie bezpodstawne. Sąd nie przywołał konkretnej karty z akt komorniczych, na której znajdowałoby się owo postanowienie o umorzeniu postępowania egzekucyjnego z uwagi na bezskuteczność egzekucji. Takiego postanowienia nie wydano. Postępowanie egzekucyjne w zakresie egzekucji z nieruchomości prowadzone przez komornika sądowego przy Sądzie Rejonowym w Krotoszynie nadal się toczy, co potwierdza pismo z dnia 4 kwietnia 2014 r., w którym komornik poinformował, że prowadzi postępowanie egzekucyjne skierowane

do nieruchomości należących do (...) Sp. z o.o. w B. oznaczonych numerami ksiąg wieczystych (...) i oczekuje na polecenie sądu, czy zachodzą przesłanki do rozpisania terminu licytacji w/w nieruchomości (k. 141). Twierdzenie, że postępowania egzekucyjne prowadzone przez komornika sądowego zostały umorzone jest zatem całkowicie nieuprawnione.

Przypomnieć trzeba, że bezskuteczność egzekucji w rozumieniu art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej oznacza sytuację, w której nie ma jakichkolwiek wątpliwości, że nie zachodzi 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 (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Ł. z dnia 2 lutego 2016 r., I SA/Łd 947/15, LEX nr 2014479, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 lipca 2014 r., (...), LEX nr 1518854, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 listopada 2012 r., III AUa 232/12, LEX nr 1271943). Sama zaś bezskuteczność egzekucji może zostać w sposób nie budzący wątpliwości stwierdzona po przeprowadzeniu stosownego postępowania egzekucyjnego, z którego wynika pewność, że nie zachodzi żadna możliwość zaspokojenia egzekwowanej należności (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w G. z dnia 27 lutego 2013 r., I SA/Gl 832/12, LEX nr 1311074, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 16 lutego 2012 r., (...)). Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale w składzie 7 sędziów z dnia 13 maja 2009 r., I UZP 4/09 (OSNP 2009 Nr 23-24, poz. 319) wyrażając pogląd, że bezskuteczność egzekucji z majątku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, o której mowa w art. 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa w związku z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, może być stwierdzona wyłącznie w postępowaniu w sprawie egzekucji należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, poprzedzającym wydanie decyzji o odpowiedzialności członka zarządu spółki za te należności. W uzasadnieniu uchwały wskazano, że stan bezskuteczności egzekucji może być stwierdzony w toku egzekucji na podstawie okoliczności wynikających z czynności przeprowadzonych w postępowaniu egzekucyjnym, które podlegają weryfikacji sądowej.

Sąd Apelacyjny zapatrywania te podziela. Takiej weryfikacji zabrakło w postępowaniu zakończonym zaskarżonym wyrokiem. Z uzasadnienia postanowienia Naczelnika Urzędu Skarbowego w K. z dnia 27 kwietnia 2011 r. o umorzeniu postępowania egzekucyjnego wynika, że dwie nieruchomości spółki objęte licytacją nie zostały sprzedane, a wierzyciele nie przejęli nieruchomości na własność. Jednak postanowienie to zapadło ponad dwa i pół roku przed wydaniem zaskarżonej decyzji. W dacie zaskarżonej decyzji nadal prowadzone było postępowanie egzekucyjne przez komornika sądowego. Spółka istnieje i aktywnie uczestniczy w tym postępowaniu, weryfikuje operaty szacunkowe dowodząc, że zaniżają rzeczywistą wartość nieruchomości, zwalczą tytuły wykonawcze. Nie ulega zatem wątpliwości, że Spółka z o.o. (...) w B. posiada składniki majątkowe, z których możliwe jest prowadzenie egzekucji. Sąd Okręgowy nie poczynił jakichkolwiek uwag na tym tle, a w szczególności co do egzekucji z nieruchomości oznaczonej księgą wieczystą (...). Suma oszacowania wyżej wymienionej nieruchomości wynosi 31.532,00 zł, z pierwszeństwem zaspokojenia przez ZUS na łączną wartość wpisów hipotecznych na kwotę 19.503,49 zł.

Rozpoznając ponownie sprawę Sąd Okręgowy dokona oceny w zakresie wynikającym z rozważań przedstawionych wyżej oraz w sposób zgodny z zasadą dwuinstancyjności postępowania. Sąd pierwszej instancji weźmie pod uwagę, iż zarzut strony skarżącej sprowadza się do twierdzenia, że organ rentowy nie wykazał bezskuteczności egzekucji z majątku spółki na datę decyzji, gdyż nie można twierdzić, że organ rentowy nie ma możliwości zaspokojenia choćby części długu w ramach postępowania egzekucyjnego prowadzonego przez komornika sądowego. Zgodnie z art. 116 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej, na członku zarządu spółki kapitałowej, który chce się uwolnić od odpowiedzialności za jej zaległości podatkowe, spoczywa obowiązek wskazania mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych w znacznej części. Skarżąca wskazała mienie, z którego zaspokojenie zaległości składkowych byłoby możliwe i zarzut ten wymaga rzetelnego zbadania w postępowaniu sądowym. W judykaturze utrwalony jest pogląd, że wskazanie mienia, o którym mowa w art. 116 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej dotyczy czasu po stwierdzeniu bezskuteczności egzekucji. W przywołanym przepisie chodzi o taką sytuację, w której najpierw egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części nieskuteczna, a następnie członek zarządu wskazuje mienie, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie należności składkowych w znacznej części (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 15

lipca 2011 r., I UK 325/10, OSNP 2012 Nr 17-18, poz. 223, z dnia 17 lutego 2009 r., I UK 241/08, LEX nr 736715, z dnia 3 lutego 2012 r., II UK 121/11, LEX nr 1135993). Zdaniem Sądu Apelacyjnego, wskazanie mienia z art. 116 § 1 pkt 2 Ordynacji dotyczy również takiego przypadku, jaki zaistniał w rozpatrywanej sprawie, kiedy to w wyniku egzekucji skarbowej umorzono postępowanie egzekucyjne, a członek zarządu wskazuje, że istnieje realna możliwość zaspokojenia wierzytelności składkowych z mienia objętego innym, toczącym się postępowaniem egzekucyjnym. W każdej sytuacji organ odwoławczy orzekając o odpowiedzialności subsydiarnej kierować się winien regułą, że nie może być jakichkolwiek wątpliwości, iż nie zachodzi możliwość zaspokojenia egzekwowanej wierzytelności z jakiegokolwiek części majątku spółki. Zaskarżony wyrok zapadł przedwcześnie, bez rozpoznania tak rozumianej istoty sporu. Sąd Okręgowy nie podjął próby usunięcia owych wątpliwości, błędnie ustalając, że postępowanie egzekucyjne prowadzone przez komornika sądowego podlegało umorzeniu. Nie poczynił także rozważań, czy stan bezskuteczności egzekucji wynika z innych czynności prowadzonych w ramach tego postępowania. Jak podkreśla się w orzecznictwie, nie jest wykluczona ocena potencjalnego braku efektu egzekucji, a nie każda egzekucja gwarantuje spodziewany wynik (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 sierpnia 2015 r., III UK 229/14, Legalis nr 1337770). Dokonując takiej oceny należy mieć na względzie, że wskazane mienie musi być skonkretyzowane i realne, nadawać się efektywnej egzekucji oraz przedstawiać identyfikowalną wartość finansową, gdyż jest to konieczne dla stwierdzenia, czy egzekucja z tego mienia umożliwi zaspokojenie zaległości składkowych spółki (tak Sąd Najwyższy wyroku z dnia 20 marca 2013 r., I UK 554/12, Legalis nr 733545). Raz jeszcze podkreślenia wymaga, że dla przypisania odpowiedzialności składkowej w dacie konstytutywnej decyzji, oceniane czynności i poczynione na ich tle ustalenia nie mogą pozostawiać żadnych wątpliwości co do tego, że egzekwowana wierzytelność nie może być zaspokojona z jakiegokolwiek części majątku spółki.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 4 k.p.c., przy uwzględnieniu treści przepisu art. 108 § 2 k.p.c., orzekł jak w sentencji. Uchylając zaskarżony wyrok w całości Sąd drugiej instancji uznał za skuteczne zażalenie wniesione przez organ rentowy na postanowienie zawarte w punkcie drugim zaskarżonego wyroku w przedmiocie zwrotu kosztów procesu. Sąd Okręgowy powtórnie rozpoznając sprawę podejmie właściwe rozstrzygnięcie także w przedmiocie kosztów procesu, w odniesieniu do wyniku sprawy ustalonego w końcowym rozstrzygnięciu i przy uwzględnieniu kosztów postępowania za drugą instancję. Sąd Okręgowy rozważy i uzasadni także celowość występowania w sporze Spółki z o.o. (...) w B. w charakterze zainteresowanej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2014 r., II UK 539/13, LEX nr 1511199).