



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 grudnia 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jolanta Frańczak (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Halina Kiriło

SSN Dawid Miąsik

w sprawie z odwołania A. D., A. P. i D. M.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych [...] Oddziałowi w Warszawie
o przeniesienie odpowiedzialności za składki,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy i Ubezpieczeń
Społecznych w dniu 12 grudnia 2023 r.,
skargi kasacyjnej organu rentowego od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie
z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt III AUa 183/20,

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

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie wyrokiem z dnia 2 grudnia 2019 r. zmienił trzy zaskarżone decyzje Zakładu Ubezpieczeń Społecznych [...] Oddział w Warszawie z dnia 28 grudnia 2011 r. i stwierdził, że odwołujący się A. P.,

A. D. i D. M. nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania Fundacji „N.” w W. (dalej jako Fundacja) z tytułu zaległych składek na ubezpieczenia społeczne, na ubezpieczenie zdrowotne oraz na Fundusz P. w kwotach określonych w tych decyzjach (pkt 1, 2 i 3), zasądził od organu rentowego na rzecz odwołujących się A. P. i A. D. kwoty po 16.230 zł (pkt 4 i 5) tytułem zwrotu kosztów procesu oraz przyznał adwokatowi T. K. ze Skarbu Państwa - kasy Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie koszty nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w wysokości 7.200 zł powiększonej o kwotę podatku od towarów i usług (pkt 6).

Sąd Okręgowy ustalił, że celem Fundacji, której organem sprawującym nadzór został Minister Zdrowia i Opieki Społecznej, było udzielanie pomocy dzieciom i młodzieży niepełnosprawnej przez rehabilitację i działalność kulturalno-oświatową oraz gromadzenie informacji o dzieciach niepełnosprawnych z terenu gminy B. Fundacja została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 28 listopada 2001 r., a w skład Zgromadzenia Fundatorów (organ nadzoru) wchodziły fundatorki: E. R., J. J., J. Ś., I. L., A. S., D. L. i E. C.. Do zarządu Fundacji weszły: E. R. jako prezes zarządu, T. D. jako sekretarz zarządu oraz M. W. jako wiceprezes zarządu, a zarazem główna księgowa, zatrudniona na podstawie umowy o pracę.

Zgodnie ze statutem Fundacji do kompetencji Zgromadzenia Fundatorów należało m.in. powoływanie i odwoływanie zarządu (prezesa i członków); zmiana statutu i struktury wewnętrznej organizacji Fundacji; podejmowanie uchwał o przekształceniu, połączeniu lub likwidacji Fundacji i przeznaczeniu jej majątku; udzielanie wiążących zaleceń zarządowi; kontrola nad działalnością zarządu; rozpatrywanie sprawozdań zarządu sporządzanych na każdorazowe polecenie Zgromadzenia; zatwierdzanie rocznych sprawozdań z działalności zarządu. Uchwały zarządu zapadały zwykłą większością głosów przy obecności co najmniej 2/3 jego członków. Oświadczenia woli w imieniu Fundacji składał prezes zarządu lub osoby upoważnione przez zarząd, zgodnie z udzielonymi pełnomocnictwami. Do kompetencji zarządu należało kierowanie wszystkimi sprawami Fundacji, w szczególności prowadzenie statutowej działalności społecznej i gospodarczej, zarządzanie majątkiem Fundacji, decyzje o formach, środkach i wysokości udzielanej pomocy społecznej, podejmowanie uchwał o przeznaczeniu i wykorzystaniu dochodów Fundacji i o przekazywaniu określonej części dochodów z działalności

gospodarczej na społeczną działalność statutową. Statut Fundacji przewidywał możliwość prowadzenia działalności gospodarczej, której formy określono w § 6 statutu. Początkowo Fundacja działała prężnie, zatrudniała osoby na podstawie umów o pracę i umów cywilnoprawnych, jej głównym źródłem finansowania była dotacja z Urzędu m.st. Warszawy oraz dotacje z Ministerstwa Zdrowia i Kuratorium Oświaty, których wysokość miesięcznie oscylowała w granicach 125.000 zł, w zależności od liczby dzieci niepełnosprawnych. Ostatnie sprawozdanie Fundacja złożyła Ministrowi Zdrowia za 2006 r., nie złożono sprawozdań za lata 2007-2011. Nieprawidłowości w prowadzonym przez Fundację Ośrodku Rehabilitacyjno-Integracyjnym „K.” stwierdzone w trakcie kontroli przez Urząd Miasta w dniu 7 czerwca 2006 r., polegające na niemożności ustalenia faktycznej liczby dzieci uprawnionych do dotacji, spowodowały znaczne obcięcie dotacji w czerwcu 2006 r. O ile liczba takich dzieci w okresie od stycznia do maja 2006 r. oscylowała wokół 200, to już w okresie od czerwca do września 2006 r. zmalała do około 60, a pod koniec 2006 r. do około 30 dzieci. Wobec tego dotacja w poszczególnych miesiącach 2006 r. kształtowała się następująco: w styczniu - 116.070,24 zł, w lutym - 113.848,80 zł, w marcu - 117.736,32 zł, w kwietniu i maju - po 126.622,08 zł, w czerwcu - 34.432,32 zł, w lipcu - 73.724,52 zł, w sierpniu - 38.611,98 zł, we wrześniu - 39.530,54, w październiku - 10.530,54 zł, w listopadzie - 11.700,60 zł i w grudniu - 27.496,41 zł (32.761,68 zł - wyrównanie za październik i listopad). Łącznie kwota dotacji za 2006 r. wyniosła 869.939,61 zł. Zmniejszenie dotacji w kolejnych miesiącach przyczyniło się do znacznego zmniejszenia możliwości płatniczych Fundacji, która zaprzestała regulować zobowiązania z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne. Fundacja już wcześniej nie zawsze i nie w pełni wywiązywała się ze swoich zobowiązań składkowych.

Pismem z dnia 4 maja 2006 r. fundatorki A. S., D. L. i J. Ś. zwróciły się do zarządu Fundacji o stosowne informacje związane z przeprowadzoną w Fundacji kontrolą. W odpowiedzi z dnia 10 maja 2006 r. główna księgowa M. W. poinformowała, że bilanse za lata 2003-2005/druk CIT-8 bilans, rachunek zysków i strat, informacje dodatkowe oraz zestawienie „różne koszty działalności statutowej” zostały fundatorkom przedstawione w dniach 24 i 27 kwietnia 2006 r., tak jak wykazy zobowiązań za lata 2003-2005 czy finansowy plan kont oraz zestawienie obrotów i

sald za 2005 r. W piśmie tym podano, że w latach 2003-2004 nie istniało konto należności, ponieważ Fundacja nie wystawiała i nie wystawia żadnych rachunków. W 2005 r. w związku ze zmianą ustawy o rachunkowości niewypłacone wynagrodzenia i pochodne w danym miesiącu nie mogły być księgowane w koszty tego miesiąca i traktowano je jak należności.

Według raportu z dokonania analiz dokumentów księgowych Fundacji za lata 2003-2005 - sporządzonego dnia 19 czerwca 2006 r. przez B. M.- stan środków pieniężnych zdecydowanie utrudnił płynność finansową Fundacji, niewystarczające kwoty dotacji w latach 2003-2004 spowodowały wzrost zobowiązań publicznoprawnych; naliczanie składek oraz podatków było prawidłowe. Wynagrodzenia osobowe i bezosobowe zajmowały znaczną część wszystkich ponoszonych kosztów (ok. 64%). Wynik finansowy Fundacji za 2005 r. wynosił - 523.264,95 zł. W dniu 20 czerwca 2006 r. odbyło się Zgromadzenie Fundatorów, na którym jednogłośnie odrzucono sprawozdania za lata 2003-2005. Żaden z członków zarządu nie otrzymał absolutorium. Wobec tego dokonano wyboru nowego zarządu, do którego weszli: A. P. jako prezes, A. S. i A. D. jako wiceprezesi. W momencie powołania nowego zarządu sytuacja finansowa Fundacji była niejasna. A. P. miał wiedzę o zadłużeniu, bowiem został zapoznany z raportem z dnia 19 czerwca 2006 r., ale nie miał świadomości, że dotacja została drastycznie zmniejszona, wobec czego pozostawał w błędzie co do możliwości płatniczych Fundacji. Wiedzy w tym zakresie nie miała A. D., ponieważ nie otrzymywała dokumentów, które pozwoliłyby jej poznać rzeczywistą sytuację finansową Fundacji, mimo że występowała o ich udostępnienie.

Na posiedzeniu zarządu Fundacji w dniu 4 lipca 2006 r. przyjęto podział kompetencji jego członków na okres do połowy sierpnia 2006 r., według którego A. P. miały podlegać finanse, płace, sprawy personalne i BHP, A. D. Ośrodek „K.”, a A. S. NZOZ - Poradnia „N.”. Na Zgromadzeniu Fundatorów w dniu 13 lipca 2006 r. wiceprezes A. S. stwierdziła, że ze względu na brak porozumienia między członkami zarządu należy wnieść o odwołanie zarządu. Złożyła jednocześnie rezygnację z funkcji członka zarządu, ale z uwagi na brak *quorum* (fundatorki D. L., J. J., E. C. opuściły Zgromadzenie), posiedzenie zostało przełożone na dzień 27 lipca 2006 r. W dniu 18 lipca 2006 r. odbyło się posiedzenie zarządu, na którym obecni byli A. D. i A.

P.. Ustalono porządek, regulamin i termin obrad Nadzwyczajnego Walnego Zgromadzenia Fundatorów zwołanego na dzień 27 lipca 2006 r., który przewidywał informacje na temat bieżącej działalności Fundacji i bilansu sporządzonego przez główną księgową na dzień 30 czerwca 2006 r., przyjęcie rezygnacji A. S. i wybór nowego wiceprezesa zarządu.

W dniu 27 lipca 2006 r. prezes zarządu rozwiązał umowę o pracę z główną księgową M. W. bez wypowiedzenia z powodu ciężkiego naruszenia obowiązków pracowniczych przez nieterminowe sporządzanie dokumentów i bilansów księgowych niezgodnie z istniejącym stanem faktycznym, przywłaszczenie środków pieniężnych będących własnością Fundacji i bezprawne realizowanie swoich zobowiązań, tj. spłacenie z tych pieniędzy własnego zadłużenia na prywatnej karcie bankowej i własnych zaległości komorniczych.

W tym samym dniu (tj. 27 lipca 2006 r.) odbyło się Zgromadzenie Fundatorów, podczas którego obecne były tylko cztery fundatorki: E. C., E. R., A. S. i J. Ś., pozostali - prawidłowo powiadomieni - nie stawili się. Przewodnicząca Zgromadzenia J. Ś. zaproponowała, aby zgłosić do właściwego ministra informację, że w związku z niezatwierdzeniem sprawozdań za lata 2003-2005 dokonano zmiany zarządu Fundacji, któremu postawiono zadanie dokonania wszelkich czynności wyjaśniających stan faktycznego zadłużenia oraz oceny dalszego funkcjonowania Fundacji. Uchwała została podjęta jednogłośnie. Fundatorzy podjęli również uchwałę wyznaczającą nowo powstałemu zarządowi trzymiesięczny okres na sporządzenie planu naprawczego oraz podjęcie działań zmierzających do poprawy sytuacji Fundacji. Odwołano A. S. z funkcji wiceprezesa zarządu w związku z jej rezygnacją i powołano na to stanowisko D. M.. J. Ś. złożyła wniosek o przeprowadzenie audytu w Fundacji, zaś E. C. wystąpiła z wnioskiem o przeprowadzenie jej likwidacji. Wynik głosowania nad przeprowadzeniem audytu w Fundacji był pozytywny, natomiast za przeprowadzeniem likwidacji oddano dwa głosy, przy trzech głosach przeciwko.

Na posiedzeniu zarządu w dniu 28 lipca 2006 r. prezes zarządu zaproponował podział zadań członków zarządu według stanu na dzień 4 lipca 2006 r., z tym, że zadania A. S. przejąć miała D. M. oraz przedstawił bieżący plan wydatków. Podczas posiedzenia zarządu w dniu 10 sierpnia 2006 r., na którym obecna była główna księgowa J. M., ustalono, że do dnia 21 sierpnia zostanie zgłoszone zawiadomienie

o popełnieniu przestępstwa przez byłą główną księgową M. W. W trakcie kolejnego posiedzenia zarządu w dniu 24 sierpnia 2006 r. prezes zarządu przedstawił sytuację finansową Fundacji, z której wynikało, że zmniejszenie dotacji z Urzędu Miasta powoduje zatory płatnicze, brak środków na bieżące wypłaty, na zapłatę zobowiązań wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (dalej też jako organ rentowy) oraz na opłacanie innych świadczeń. Na kolejnym posiedzeniu zarządu omówiono sprawę strat spowodowanych przez byłą główną księgową na kwotę 105.000 zł, przygotowanego zawiadomienia do prokuratury, sprawę poświadczenia nieprawdy i sfalszowania podpisu E. R. i pieczętek poradni. W tym samym dniu złożono zawiadomienie do prokuratury o popełnieniu przestępstwa z art. 278 § 1 k.k., ewentualnie z art. 284 § 1, art. 286 § 1 oraz art. 270 § 1 k.k. przez byłą główną księgową M. W. na szkodę Fundacji.

Podczas posiedzenia zarządu w dniu 12 września 2006 r. ustalono porządek Walnego Zgromadzenia Fundatorów zwołanego na dzień 28 września 2006 r., które miało dotyczyć aktualnego stanu Fundacji oraz propozycji zarządu wyjścia ze stanu zapaści finansowej. Prezes zarządu zawiadomił pisemnie wszystkich fundatorów o terminie Zgromadzenia, jednak z powodu braku *quorum* nie zostały na nim podjęte żadne decyzje. W związku z tym na posiedzeniu zarządu omówiono informacje dotyczące bieżącej sytuacji finansowej Fundacji i propozycje rozwiązania problemów finansowych. Została przekazana informacja, że w związku z sytuacją finansową i zmniejszeniem dotacji zredukowano koszty do minimum, podjęto decyzję o zmniejszeniu zatrudnienia o 2 osoby oraz o wydatków na cele statutowe i działalność Fundacji. Prezes zarządu poinformował, że w imieniu Fundacji podpisał porozumienie z byłą główną księgową M. W. na spłatę kwoty 115.000 zł. Dodatkowo zarząd postanowił wystąpić do fundatorów o podjęcie uchwały w sprawie zaciągnięcia kredytu w kwocie 300.000 zł celem spłaty dużej części zadłużenia Fundacji. Podjęto uchwałę o ponownym zwołaniu Walnego Zebrania Fundatorów z porządkiem obrad poszerzonym o zmiany w statucie. Na kolejnym posiedzeniu zarządu ustalono termin następnego Zgromadzenia Fundatorów na dzień 23 listopada 2006 r., zarząd zapoznał się z propozycjami zmian w statucie. Podczas posiedzenia zarządu w dniu 21 listopada 2006 r. podjęto uchwałę o zaciągnięciu pożyczki u osoby prywatnej w kwocie 25.000 zł i zapoznano się z aktualną sytuacją

finansową Fundacji. Kolejne Zgromadzenia Fundatorów planowane w 2006 r. oraz w 2007 r. nie odbyły się. Fundatorzy nie wykazywali zainteresowania sprawami Fundacji, a w razie prób zwołania Zgromadzenia Fundatorów nie stawiali się na posiedzenia.

Pismem z dnia 25 czerwca 2007 r., z uwagi na złożony przez Fundację wniosek o rozliczenie konta, organ rentowy poinformował zarząd, jak kształtują się zaległości. Kolejne pismo w sprawie wysokości zaległości na koncie składkowym Fundacji organ rentowy sporządził w dniu 11 października 2007 r. W okresie luty-marzec 2007 r. organ rentowy przeprowadził kontrolę w Fundacji w zakresie prawidłowości obliczania potrącania i opłacania składek, wypłacanych zasiłków z ubezpieczenia chorobowego, zgłaszania do ubezpieczeń społecznych i do ubezpieczenia zdrowotnego, zgłaszania danych ubezpieczonych, która zakończyła się protokołem wskazującym nieprawidłowości. Na dzień 20 września 2007 r. zostało zwołane Zgromadzenie Fundatorów, jednak spośród fundatorów obecna była jedynie J. Ś..

W dniu 4 stycznia 2008 r. do Ministerstwa Zdrowia zostało złożone sprawozdanie z działalności Fundacji za 2006 r. W związku ze złożonym sprawozdaniem, Ministerstwo Zdrowia pismem z dnia 3 kwietnia 2008 r. zwróciło się do Fundacji o nadesłanie uzupełnienia sprawozdania, podając, że do czasu nadesłania tego uzupełnienia obowiązek sprawozdawczy Fundacji pozostaje niespełniony. W piśmie tym Ministerstwo Zdrowia powołało się także na przesłanki likwidacji fundacji określone w art. 15 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (obecnie jednolity tekst: Dz.U. z 2023 r., poz. 166) oraz na art. 46 ust. 1 statutu Fundacji, który przewiduje, że uchwałę o likwidacji Fundacji z powodu osiągnięcia celów, dla których została ustanowiona lub z powodu wyczerpania się środków finansowych i majątku, podejmuje zarząd w porozumieniu z Radą Fundacji.

W dniu 20 marca 2008 r. wiceprezes A. D. wystosowała pismo do prezesa zarządu z zastrzeżeniami dotyczącymi funkcjonowania Fundacji oraz złożyła swoją rezygnację z funkcji wiceprezesa zarządu. Sporządziła też pismo do fundatorów z wnioskiem o zwołanie Zgromadzenia Fundatorów celem zbadania sytuacji w Fundacji i podjęcia adekwatnych działań oraz przyjęcia jej rezygnacji. W związku z tym fundatorka D. L. zaproponowała zwołanie Zgromadzenia Fundatorów na dzień

10 kwietnia 2008 r., na które stawili się wszyscy fundatorzy z wyjątkiem E. R. i I. L. oraz członkowie zarządu. Prezes zarządu A. P. przedstawił czynności, które podjął od czasu powołania go na stanowisko prezesa zarządu Fundacji, a to: przeprowadził w miarę możliwości kontrolę dokumentów, wszczął postępowanie prokuratorskie wobec głównej księgowej M. W.. Wyjaśnił, że konto Fundacji było traktowane przez E. R. i M. W. jak prywatne, księgowa fałszowała raporty kasowe, a ówczesna prezes zarządu przepisywała na Fundację pożyczki, które sama zaciągała, udzielała pożyczek Fundacji, podrabiała podpisy, a w Fundacji zatrudniana była jej rodzina i znajomi. Po kontroli organu rentowego nastąpiło rozwiązanie umowy o pracę z E. R. w trybie art. 52 § 1 pkt 1 k.p., która zatrudniona była na stanowisku dyrektora.

Prezes zarządu poinformował fundatorów, że trwa egzekucja komornicza wobec Fundacji, a jej dług wynosił 1.700.000 zł. Fundacja nie miała środków, by złożyć pozew przeciwko współdziałającym na jej szkodę E. R. i M. W.. Zakomunikował o kontroli przeprowadzonej przez Urząd Miasta, która wykryła szereg nieprawidłowości (np. brak wymaganych przy dofinansowaniu kompletnych dokumentów oraz udzielanie świadczeń tylko na podstawie decyzji z CPR), przez które dotacja została zmniejszona ze 130.000 zł do 30 zł. Oznajmił fundatorkom, że podjął działania, by uzyskać prawidłowe dokumenty z Poradni, poinformował o zaległościach Fundacji wobec wielu osób, przy czym nie potrafił określić liczby wierzycieli po stronie pracowników i rozmiaru zaległości. Zobowiązał się przygotować zestawienie pracowników i zadłużenia Fundacji względem nich oraz list wiarytelności. Stwierdził, że informacje co do osób wpisanych w KRS-ie jako członkowie zarządu są nieaktualne. Zwrócił uwagę, że w 2007 r. zwoływał Zgromadzenia Fundatorów, które się nie odbyły z uwagi na niestawiennictwo fundatorów. Dodatkowo poddał pod rozagę wniosek o likwidację Fundacji, przedstawiając rezygnację, którą w dniu 20 marca 2008 r. złożyła A. D.. Sam wraz z D. M. również zrezygnowali z funkcji członków zarządu. W konsekwencji fundatorzy podjęli jednogłośnie uchwały w sprawie udzielenia absolutorium A. D. oraz przyjęcia jej rezygnacji, natomiast wstrzymano się z podjęciem decyzji w sprawie przyjęcia rezygnacji A. P. do czasu przedstawienia przez niego posiadanej dokumentacji, zobowiązując go do uregulowania w terminie 7 dni sytuacji faktycznej w KRS i poinformowania o tych działaniach fundatorów. W sprawie likwidacji Fundacji

wstrzymano się z podjęciem uchwały do czasu spełnienia obowiązków nałożonych na zarząd.

Na kolejne Zgromadzenie Fundatorów zaplanowane na dzień 18 kwietnia 2008 r. nikt się nie stawił, a przygotowane przez prezesa zarządu dokumenty zostały przekazane do archiwum. W dniu 28 września 2008 r. A. P. złożył do Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego zawiadomienie o złożeniu rezygnacji przez członków zarządu Fundacji wraz ze stosownymi dokumentami.

W związku z zaległościami Fundacji z tytułu składek za lata 2002-2005 organ rentowy wystawił tytuły wykonawcze, doręczone dłużnikowi. Zajęte zostały wierzytelności Fundacji z tytułu dotacji wypłacanych przez Urząd Miasta. W związku z tym zajęciem w dniu 3 lipca 2008 r. Urząd Miasta przekazał na konto Urzędu Skarbowego [...] kwotę 189.749,90 zł, stanowiącą dotację należną Fundacji za okres styczeń-czerwiec 2008 r., w dniu 24 lipca 2008 r. przekazana została kwota 30.752,57 zł należna za lipiec 2008 r. Fundacja w sierpniu 2008 r. zaprzestała prowadzenia działalności i w tym miesiącu ani później organ prowadzący Fundację nie złożył w Urzędzie Miasta miesięcznej informacji o liczbie uczniów, nie było zatem podstawy do naliczenia należnej dotacji i przesłania jej na konto Urzędu Skarbowego. Fundacja została wykreślona z ewidencji szkół i placówek niepublicznych prowadzonej przez Urząd Miasta.

W dniu 22 grudnia 2009 r. Bank poinformował Urząd Skarbowy [...], że na rachunku Fundacji brak jest środków na pokrycie zobowiązań oraz że z tym dniem rachunek został wypowiedziany i zamknięty. W związku z bezskutecznością postępowania egzekucyjnego skierowanego z rachunku bankowego Fundacji tytuły wykonawcze zostały przekazane Naczelnikowi Urzędu Skarbowego [...], który ustalił, że w wyniku zajęcia przysługującej Fundacji dotacji doszło jedynie do częściowego zaspokojenia wierzyciela. Fundacja nie prowadzi działalności i nie posiada żadnego majątku, podlegającego egzekucji, co uniemożliwia dalsze prowadzenie postępowania egzekucyjnego. Wobec powyższego postanowieniem z dnia 4 marca 2010 r. Naczelnik Urzędu Skarbowego [...] umorzył postępowanie egzekucyjne z majątku Fundacji. Na zajęтым rachunku bankowym prowadzonym dla Fundacji przez Bank S.A. wystąpił zbieg egzekucji administracyjnej i sądowej, a dalsze prowadzenie

postępowania egzekucyjnego zostało powierzone Dyrektorowi [...] Oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie. W wyniku tego postępowania uzyskano z zajętego rachunku kwotę 73,01 zł, która wystarczyła wyłącznie na pokrycie części kosztów egzekucyjnych. Postanowieniem z dnia 23 grudnia 2011 r. prowadzone postępowanie egzekucyjne zostało umorzone z uwagi na jego bezskuteczność.

Decyzjami z dnia 28 grudnia 2011 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych [...]

Oddział w Warszawie orzekł o obciążeniu E. R., M. W. i T. D. odpowiedzialnością całym swoim majątkiem za zobowiązania z tytułu zaległych składek ubezpieczeniowych za zatrudnionych pracowników, wskazując, że jest to odpowiedzialność solidarna z Fundacją oraz pozostałymi członkami zarządu Fundacji. W dniu 26 czerwca 2015 r. E. R. uregulowała przypisaną jej zaległość z tytułu składek.

Pismami z dnia 19 października 2010 r. organ rentowy zawiadomił odwołujących się A. P., A. D. oraz D. M. o wszczęciu postępowania wyjaśniającego w sprawie ustalenia ich odpowiedzialności jako członków zarządu Fundacji, informując o przysługującym im prawie udziału w toczącym się postępowaniu oraz wezwał do złożenia dowodów i wyjaśnień. Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego organ rentowy wydał będące przedmiotem niniejszego postępowania trzy decyzje z dnia 28 grudnia 2011 r., w których stwierdził, że odwołujący się ponoszą odpowiedzialność, odpowiednio: 1) A. P. jako były prezes zarządu Fundacji całym swoim majątkiem solidarnie z Fundacją oraz z byłą wiceprezes zarządu Fundacji – A. D., a w zakresie zadłużenia za okres od lipca 2006 r. także z byłą wiceprezes Fundacji – D. M., za zobowiązania z tytułu zaległych składek za zatrudnionych pracowników na: ubezpieczenia społeczne za okres od czerwca do września 2006 r., od listopada 2006 r. do lutego 2007 r. i od kwietnia do grudnia 2007 r. w łącznej kwocie 319.394,75 zł; na ubezpieczenie zdrowotne za okres od lipca 2006 r. do grudnia 2007 r. w łącznej kwocie 69.779,86 zł oraz Fundusz P. za okres od czerwca do września 2006 r., od listopada 2006 r. do lutego 2007 r. i od kwietnia do grudnia 2007 r. w łącznej kwocie 22.894,03 zł; 2) A. D. jako była wiceprezes zarządu Fundacji całym swoim majątkiem solidarnie z Fundacją oraz z byłym prezesem zarządu Fundacji – A. P., a w zakresie zadłużenia za okres od lipca 2006 r. także z byłą wiceprezes Fundacji – D. M., za zobowiązania z tytułu zaległych

składek za zatrudnionych pracowników na: ubezpieczenia społeczne za okres od czerwca do września 2006 r., od listopada 2006 r. do lutego 2007 r. i od kwietnia do grudnia 2007 r. w łącznej kwocie 319.394,75 zł, ubezpieczenie zdrowotne za okres od lipca 2006 r. do grudnia 2007 r. w łącznej kwocie 69.779,86 zł; Fundusz P. za okres od czerwca do września 2006 r., od listopada 2006 r. do lutego 2007 r. i od kwietnia do grudnia 2007 r. w łącznej kwocie 22.894,03 zł, 3) D. M. jako była wiceprezes zarządu Fundacji całym swoim majątkiem solidarnie z Fundacją oraz z byłym prezesem zarządu Fundacji – A. P. i była wiceprezes zarządu – A. D., za zobowiązania z tytułu zaległych składek za zatrudnionych pracowników na: ubezpieczenia społeczne za okres od czerwca do września 2006 r., od listopada 2006 r. do lutego 2007 r. i od kwietnia do grudnia 2007 r. w łącznej kwocie 297.433,07 zł; ubezpieczenie zdrowotne za okres od lipca 2006 r. do grudnia 2007 r. w łącznej kwocie 69.779,86 zł; Fundusz P. za okres od czerwca do września 2006 r., od listopada 2006 r. do lutego 2007 r. i od kwietnia do grudnia 2007 r. w łącznej kwocie 21.405,63 zł.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał odwołania za uzasadnione. Według art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (obecnie jednolity tekst: Dz.U. z 2023 r., poz. 2383 ze zm.) - w brzmieniu obowiązującym na dzień wydania zaskarżonych decyzji, do pozytywnych przesłanek odpowiedzialności członka zarządu spółki z o.o. (spółki z o.o. w organizacji, spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej w organizacji) - za zaległości podatkowe oraz z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne (na mocy art. 31 i art. 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, obecnie jednolity tekst: Dz.U. z 2023 r., poz. 1230 ze zm., dalej jako ustawa systemowa) należą: bezskuteczność egzekucji z majątku spółki oraz powstanie zaległości w czasie pełnienia obowiązków przez członka zarządu. Natomiast do przesłanek negatywnych, pozwalających członkom zarządu spółki na uwolnienie się od tej odpowiedzialności należy: wykazanie, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowania układowe) (art. 116 § 1 pkt 1a) albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez winy członka zarządu (art. 116

§ 1 pkt 1b), jak też wskazanie mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości spółki w znacznej mierze (art. 116 § 1 pkt 2). Na podstawie art. 116a Ordynacji podatkowej wprowadzonego ustawą z dnia 12 września 2002 r. o zmianie ustawy - Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 169, poz. 1387, dalej jako nowelizacja), art. 116 Ordynacji podatkowej stosuje się odpowiednio do odpowiedzialności za zaległości podatkowe innych osób prawnych niż wymienione w tym przepisie, za które odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie organów zarządzających tymi osobami. W uzasadnieniu projektu nowelizacji (Sejm RP IV kadencji, druk nr 414) stwierdzono, że członkowie zarządu takich osób prawnych jak fundacje, stowarzyszenia, zrzeszenia czy spółdzielnie powinni ponosić odpowiedzialność na „zasadach identycznych” jak członkowie zarządów spółek handlowych, ponieważ status członka zarządu fundacji jest podobny do statusu członka zarządu spółki z o.o. lub spółki akcyjnej. Stąd pozytywne i negatywne przesłanki odpowiedzialności członka zarządu za zaległości składkowe, przewidziane w art. 116 Ordynacji podatkowej stosuje się odpowiednio do fundacji.

W niniejszej sprawie - w ocenie Sądu Okręgowego - niewątpliwie zostały spełnione przesłanki pozytywne, ponieważ w okresie powstania zaległości składkowych objętym zaskarżonymi decyzjami odwołujący się byli członkami zarządu Fundacji, a egzekucja z majątku Fundacji okazała się bezskuteczna. Jeśli zaś chodzi o negatywne przesłanki odpowiedzialności bezspornie odwołujący się nie wskazali mienia Fundacji, z którego możliwe byłoby zaspokojenie zaległości w znacznej części (art. 116 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej). Zatem jedyną możliwością uwolnienia się przez nich od odpowiedzialności za zobowiązania składkowe Fundacji było wykazanie okoliczności wymienionych art. 116 § 1 pkt 1a i 1b Ordynacji podatkowej, tj. że wniosek o upadłość spółki został złożony we właściwym czasie lub że do jego niezłożenia w tym czasie doszło bez winy członka zarządu.

Według Sądu Okręgowego dla odpowiedniego zastosowania wymienionych przepisów do członka zarządu fundacji istotna jest kwestia zdolności upadłościowej i układowej osoby prawnej, jaką jest fundacja. Zdolność upadłościowa została powiązana ze spełnieniem kryteriów uznania danego podmiotu za przedsiębiorcę. Z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe w brzmieniu

obowiązującym w okresie pełnienia przez odwołujących się funkcji członków zarządu fundacji (jednolity tekst: Dz.U. z 2019 r., poz. 498) wynika, że przepisy tej ustawy stosuje się do przedsiębiorców w rozumieniu Kodeksu cywilnego, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Definicja przedsiębiorcy zawarta w art. 43¹ k.c. obejmuje osoby prowadzące działalność gospodarczą i działalność zawodową. Pojęcie przedsiębiorcy wyznaczają zatem dwa kryteria: 1) podmiotowe, według którego przymiot przedsiębiorcy może przysługiwać każdemu podmiotowi stosunków cywilnoprawnych, tj. osobie fizycznej, osobie prawnej oraz jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną (o której mowa w art. 33¹ k.c.) oraz 2) funkcjonalne, które wiąże status przedsiębiorcy z rodzajem aktywności danego podmiotu prawa cywilnego, tj. prowadzenie we własnym imieniu działalności gospodarczej lub zawodowej o charakterze zarobkowym, zorganizowanym i na własny rachunek. Tym samym fundacja, która nie prowadziła działalności gospodarczej nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 5 ust. 1 Prawa upadłościowego, czyli nie ma zdolności upadłościowej.

Sąd Okręgowy podniósł, że mimo iż statut dopuszczał możliwość prowadzenia działalności gospodarczej, to Fundacja w rzeczywistości jej nie prowadziła, na co wskazują zeznania odwołujących się, sprawozdania z działalności za lata 2005-2006 (i wcześniejsze) oraz źródła finansowania Fundacji, którymi w głównej mierze były dotacje i darowizny. Dokonując „odpowiedniego zastosowania” w sprawie przesłanki negatywnej, o której mowa w art. 116 § 1 pkt 1b Ordynacji podatkowej, Sąd Okręgowy powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2012 r., I UK 229/12 (OSNP 2013 nr 19-20, poz. 237), wydany w odniesieniu do stowarzyszenia, które nie posiadało zdolności upadłościowej (układowej). Na tej podstawie uznał, że członek zarządu fundacji nieprowadzącej działalności gospodarczej może uwolnić się od odpowiedzialności za zaległości składkowe, jeżeli wykaże brak winy w niewszczęciu postępowania likwidacyjnego takiej fundacji (zamiast w zgłoszeniu wniosku o upadłość). Zdaniem Sądu Okręgowego w okolicznościach rozpoznawanej sprawy odwołujący się jako członkowie zarządu Fundacji nie ponoszą winy za niewszczęcie postępowania likwidacyjnego Fundacji, gdyż podjęli dostępne im kroki w tym zakresie, a do wszczęcia procesu likwidacyjnego nie doszło z przyczyn leżących po stronie Zgromadzenia Fundatorów. Stosownie do art. 15 ustawy z dnia

kwietnia 1984 r. o fundacjach w razie osiągnięcia celu, dla którego fundacja była ustanowiona, lub w razie wyczerpania środków finansowych i majątku fundacji, fundacja podlega likwidacji w sposób wskazany statucie (ust. 1). Jeżeli statut nie przewiduje likwidacji fundacji lub jego postanowienia w przedmiocie nie są wykonywane, w wypadkach wymienionych w ust. 1 organ, o którym mowa w art. 13, zwraca się do sądu o likwidację fundacji (ust. 2). W wypadkach innych niż przewidziane w ust. 1 likwidacja fundacji może nastąpić tylko na mocy przepisu ustawy (ust. 3). Jeżeli statut fundacji nie określa przeznaczenia środków majątkowych pozostających po jej likwidacji, sąd orzeka o przeznaczeniu tych środków z uwzględnieniem celów, którym fundacja służyła (ust. 4). Tymczasem statut Fundacji nie zawiera szczegółowych zapisów dotyczących jej likwidacji, stanowiąc jedynie, że kompetencja do podjęcia uchwały o likwidacji Fundacji przysługuje wyłącznie Zgromadzeniu Fundatorów (§ 14 statutu), które podejmuje decyzje o rozwiązaniu Fundacji, wyznaczając likwidatora (§ 24 statutu). Zarząd Fundacji nie ma żadnych uprawnień związanych z likwidacją, a prezes zarządu może jedynie składać wniosek o przeprowadzenie Zgromadzenia Fundatorów (§ 12 ust. 2 statutu) i na tym kończy się jego rola.

Z akt sprawy wynika, że prezes zarządu A. P. zwoływał Zgromadzenia Fundatorów w latach 2006-2007, jednak mimo prawidłowych powiadomień, fundatorki nie stawiały się bądź przybywały w liczbie, która nie zapewniała *quorum*, a nawet możliwości przeprowadzenia samego zgromadzenia. Uniemożliwiło to przedstawienie i przyjęcie planu naprawczego Fundacji, jak również podjęcie uchwały o jej likwidacji czy nawet zainicjowanie przez członków zarządu rozmowy na ten temat. Co więcej, Zgromadzenie Fundatorów dwukrotnie pochyliło się nad sprawą likwidacji Fundacji w okresie sprawowania przez odwołujących się funkcji członków zarządu, ale nie udało się podjąć odpowiedniej uchwały. Wynikało to z istniejącej wśród części fundatorek woli kontynuowania działań Fundacji i ratowania jej, mimo trudnej sytuacji (w dniu 27 lipca 2006 r., mimo złożonego przez E. C. wniosku o likwidację Fundacji, nie podjęto uchwały o jej likwidacji, co obligowało zarząd do kontynuowania działań). W 2007 r., kiedy sytuacja Fundacji pogarszała się i zarząd próbował zwołać Zgromadzenie Fundatorów, fundatorki nie stawiały się, mimo że były do nich prawidłowo kierowane zawiadomienia. W dniu 10 kwietnia 2008

r. rozważano sprawę likwidacji Fundacji na wniosek zgłoszony przez prezesa zarządu A. P., ale wstrzymano się z decyzją w tym przedmiocie do czasu spełnienia przez zarząd nałożonych na niego obowiązków. Kolejne Zgromadzenie Fundatorów zaplanowane na 18 kwietnia 2008 r. nie odbyło się. Wcześniej A. D. złożyła swoją rezygnację z pełnionej funkcji członka zarządu, a A. P. i D. M. zrezygnowali z pełnionych funkcji w dniu 10 kwietnia 2008 r.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 15 ust. 2 ustawy o fundacjach, jeżeli postanowienia statutu w przedmiocie likwidacji nie są wykonywane, to w wypadkach wymienionych w ust. 1 organ, o którym mowa w art. 13, zwraca się do sądu o likwidację fundacji. Organem tym w stosunku do Fundacji był Minister Zdrowia, który mimo informacji ze strony zarządu, takich działań jednak nie podjął. W piśmie do Fundacji z dnia 3 kwietnia 2008 r. Ministerstwo Zdrowia powołało się na zapis statutu, w myśl którego uchwałę w przedmiocie likwidacji Fundacji podejmuje zarząd. Tymczasem statut Fundacji takiego zapisu nie zawierał, a z pisma nadesłanego przez Ministerstwo Zdrowia do Sądu Okręgowego wynika, że omyłkowo wskazano wówczas na sposób likwidacji Fundacji uregulowany w statucie innej fundacji. Tym samym kompetencja likwidacji Fundacji nigdy nie przysługiwała zarządowi. Okoliczność, że zarząd zwracał się do Ministerstwa Zdrowia, które powołało się na zapisy statutu innej fundacji, obrazuje, że po stronie zarządu — z racji nieskuteczności współpracy ze Zgromadzeniem Fundatorów — wystąpiły działania mające wpłynąć na organ, o którym mowa w art. 13 ustawy o fundacjach, w kierunku podjęcia działań określonych w art. 15 ust. 2 tej ustawy, które jednak nie przyniosły rezultatu.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołujący się uwolnili się od odpowiedzialności za zadłużenie Fundacji z tytułu nieopłaconych składek, wykazując okoliczności egzoneracyjne, o których mowa w art. 116 § 1 pkt 1b Ordynacji podatkowej.

Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 26 października 2021 r. oddalił apelację organu rentowego (pkt I) oraz zasądził od organu rentowego tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w instancji odwoławczej, odpowiednio: na rzecz A. D. kwotę 15.000 zł (pkt II), A. P. kwotę 11.250 zł (pkt III) i D. M. kwotę 7.500 zł (pkt IV).

Sąd Apelacyjny odnosząc się do przedstawianej w apelacji kwestii, czy Fundacja miała zdolność upadłościową oraz czy o uwolnieniu się z odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania składkowe Fundacji przesądza wykazanie, że niewszczęcie postępowania likwidacyjnego nastąpiło bez ich winy - ze względu na odpowiednie stosowanie art. 116 § 1 pkt 1b Ordynacji podatkowej - stwierdził, iż w pełni podziela przedstawione stanowisko Sądu pierwszej instancji oraz poczynione ustalenia faktyczne, które umożliwiają ocenę apelacyjnych zarzutów prawa materialnego.

Podkreślił, że w pełni aprobuje stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone odnośnie do członków zarządu stowarzyszenia w wyroku z dnia 22 listopada 2012 r., I UK 220/12, do którego odwołał się także Sąd Okręgowy, iż przy stosowaniu przesłanek odpowiedzialności z art. 116 Ordynacji podatkowej, do którego odsyła art. 116a tej ustawy, należy odróżnić kwestię legitymacji do wszczęcia postępowania upadłościowego czy naprawczego fundacji prowadzącej działalność gospodarczą i fundację, która takiej działalności nie prowadzi. Sąd Apelacyjny ponownie przytoczył treść art. 5 ust. 2 Prawa upadłościowego oraz art. 36 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (obecnie jednolity tekst: Dz.U. z 2023 r., poz. 685 ze zm.), z którego wynika, że regulacje prawne dotyczące rejestru przedsiębiorców stosuje się do wymienionych w tym przepisie podmiotów, przy czym ppkt 13 dotyczy innych osób prawnych, jeżeli wykonują działalność gospodarczą. Przypomniął, że Fundacja prowadziła Ośrodek Rehabilitacyjno-Integracyjny „K.” oraz NZOZ - Poradnię „N.”, przy czym w chwili pełnienia przez odwołujących się funkcji członków zarządu ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (jednolity tekst: Dz.U. z 2007 r. Nr 14, poz. 89 ze zm.) zezwalała na utworzenie przez fundację zakładu opieki zdrowotnej, w co wchodził również zakład rehabilitacji leczniczej (art. 8), zaś art. 8a tej ustawy stanowił, że do zakładu opieki zdrowotnej nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. z 1999 r. Nr 101, poz. 1178). Powyższe dodatkowo potwierdza prawidłowość ustaleń Sądu pierwszej instancji co do braku legitymacji członków zarządu do wszczęcia postępowania upadłościowego oraz braku prowadzenia działalności gospodarczej przez Fundację.

Sąd Apelacyjny podniósł, że nie sposób przyznać racji organowi rentowemu, jakoby w każdym przypadku, gdy statut fundacji nie uprawnia zarządu do podejmowania decyzji o otwarciu postępowania likwidacyjnego, a członka zarządu fundacji do zgłoszenia wniosku o wszczęcie postępowania likwidacyjnego, członek fundacji mógłby się uwolnić od odpowiedzialności za zobowiązania składkowe fundacji, a tym samym odpowiedzialność z art. 116a Ordynacji podatkowej stałaby się iluzoryczna. W takim przypadku zastosowanie powinien bowiem znajdować art. 15 ustawy o fundacjach, do którego w sposób wyczerpujący odwołał się w swoich rozważaniach Sąd pierwszej instancji.

Niezasadny jest też zarzut apelacji, że skoro posiedzenia zarządu w dniach 18 lipca i 10 sierpnia 2006 r. przewidywały informację głównej księgowej na temat aktualnego stanu księgowego Fundacji, to nie można uznać, aby odwołujący się bez swojej winy nie doprowadzili do likwidacji Fundacji, ponieważ co najmniej od tych dat znali oni aktualny stan zaległości, a dopiero w dniu 10 kwietnia 2008 r. prezes zarządu poddał pod rozagę wniosek o jej likwidację. Jak bowiem wynika z poczynionych w sprawie ustaleń, w dniu 27 lipca 2006 r. Zgromadzenie Fundatorów zleciło zarządowi wyjaśnienie stanu zadłużenia i ocenę dalszego funkcjonowania Fundacji oraz wyznaczyło trzymiesięczny okres na sporządzenie planu naprawczego i poprawę sytuacji Fundacji. Podczas Zgromadzenia pod głosowanie został poddany wniosek o przeprowadzenie audytu, który został przyjęty oraz wniosek o przeprowadzenie likwidacji Fundacji, który został odrzucony. Nie sposób oczekiwać od zarządu, by w okolicznościach wyznaczenia zadań naprawczych oraz odrzucenia wniosku o przeprowadzenie likwidacji występował z kolejnym wnioskiem o jej przeprowadzenie. Zgromadzenie Fundatorów, które miało uprawnienie do wszczęcia postępowania likwidacyjnego, było na bieżąco informowane o sytuacji finansowej Fundacji, ale fundatorki nie zjawiały się na zwoływanych posiedzeniach. Ze względu na zapisy statutowe dotyczące możliwości likwidacji odwołujący się jako członkowie zarządu dołożyli należytej staranności, przy czym wina członka zarządu w rozumieniu art. 116 § 1 pkt 1b Ordynacji podatkowej jest zjawiskiem rozstrzygającym się w obszarze decyzyjnym, gdzie w niniejszym przypadku członkowie zarządu nie byli władni do podjęcia decyzji w zakresie likwidacji Fundacji.

Powyższe argumenty, według Sądu Apelacyjnego, przemawiają za przyjęciem, że odwołujący się wykazali, iż bez swojej winy nie podjęli w zasadzie niedostępnych im kroków prowadzących do likwidacji Fundacji, w związku z czym spełniona została przesłanka przewidziana w art. 116 § 1 pkt 1b Ordynacji podatkowej uwalniająca ich od odpowiedzialności za zaległości składkowe, a zaskarżony wyrok odpowiada prawu.

Organ rentowy zaskarżył w całości wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną, wnosząc o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania oraz zasądzenie od odwołujących się na rzecz skarżącego zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy przez zmianę wyroku Sądu Apelacyjnego i oddalenie odwołań od zaskarżonych decyzji oraz o zasądzenie od odwołujących się na rzecz skarżącego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W skardze kasacyjnej zarzucono naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie: 1) art. 116a § 1 w związku art. 116 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 5 Prawa upadłościowego, przez uznanie, że Fundacja nie miała zdolności upadłościowej; 2) art. 116a § 1 w związku art. 116 § 1 pkt 1b Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 ustawy systemowej, przez przyjęcie, że brak winy w niewszczęciu postępowania likwidacyjnego fundacji zwalnia członków jej zarządu z odpowiedzialności za jej zaległości składkowe; 3) art. 116a § 1 w związku art. 116 § 1 pkt 1b Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 ustawy systemowej, przez uznanie, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez winy odwołujących się; 4) art. 116a w związku art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 31 ustawy systemowej, przez nie oddalenie odwołań, mimo wykazania przez skarżącego przesłanek pozytywnych odpowiedzialności odwołujących się za zobowiązania składkowe Fundacji oraz nie wykazania przez nich przesłanek negatywnych tej odpowiedzialności.

W ocenie skarżącego w sprawie występuje istotne zagadnienie prawne, które sprowadza się do pytania – czy członek zarządu fundacji nieprowadzącej działalności

gospodarczej może uwolnić się od odpowiedzialności za zaległości składkowe przez wykazanie braku winy w niewszczęciu postępowania likwidacyjnego fundacji? Ponadto w wypadku uznania, iż członek zarządu fundacji nieprowadzącej działalności gospodarczej może uwolnić się od odpowiedzialności za zaległości składkowe przez brak winy w niewszczęciu postępowania likwidacyjnego fundacji, czy złożenie wniosku o likwidację przez jednego z fundatorów wyłącza winę członka zarządu co do niewniesienia wniosku o likwidację, skoro do likwidacji nie doszło, a fundacja nadal prowadziła działalność?

Skarżący w uzasadnieniu zarzutów skargi kasacyjnej zwrócił również uwagę, że stosując odpowiednio art. 116 Ordynacji podatkowej odwołujący się zobowiązani byli do złożenia wniosku o likwidację Fundacji w ciągu 14 dni od daty, kiedy Fundacja nie regulowała swych bieżących zobowiązań z uwagi na stan niewypłacalności. Tymczasem prezes zarządu Fundacji poddał pod rozagę wniosek o likwidację Fundacji Zgromadzeniu Fundatorów dopiero w dniu 10 kwietnia 2008 r., czyli prawie dwa lata od uzyskania informacji o sytuacji finansowej Fundacji.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną odwołująca się A. D. wniosła o oddalenie skargi kasacyjnej i zasądzenie od skarżącego na jej rzecz kosztów postępowania kasacyjnego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

O oddalenie skargi kasacyjnej oraz o zasądzenie od skarżącego zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, wniósł także w odpowiedzi na skargę odwołujący się A. P..

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna przemawia za uchyleniem zaskarżonego wyroku, mimo iż nie wszystkie podniesione w niej zarzuty z przedstawioną argumentacją skarżącego zasługują na uwzględnienie. W rozpoznawanej sprawie skarżący zarzucił w skardze naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 116 § 1 oraz art. 116a Ordynacji podatkowej, skutkujące błędnym przyjęciem przez Sąd pierwszej i drugiej instancji, że odwołujący się jako członkowie zarządu Fundacji nie odpowiadają za należności składkowe w okresach wyszczególnionych w decyzjach z dnia 28 grudnia 2011 r.,

ponieważ wykazali, iż bez swojej winy nie podjęli w zasadzie niedostępnych im kroków prowadzących do likwidacji Fundacji.

Przypomnieć należy, że art. 116a Ordynacji podatkowej, który wszedł w życie z dniem 1 stycznia 2003 r., dotyczy podmiotów będących członkami organów zarządzających osób prawnych innych niż spółki kapitałowe, stanowiąc w dacie wydania zaskarżonych decyzji, że za zaległości podatkowe innych osób prawnych niż wymienione w art. 116 odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie organów zarządzających tymi osobami. Przepis art. 116 stosuje się odpowiednio. Katalog osób prawnych, których członkowie organów zarządzających odpowiadają za zaległości podatkowe na podstawie odesłania zawartego w art. 30 i art. 31 ustawy systemowej za należności z tytułu składek, składek na Fundusz P., Fundusz S., Fundusz G. i Fundusz E. oraz na ubezpieczenie zdrowotne jest szeroki. Obejmuje on między innymi członków zarządu spółdzielni (art. 35 § 1 i art. 48 § 1 ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze, jednolity tekst: Dz.U. z 2021 r., poz. 648 ze zm.), członków zarządu stowarzyszeń (art. 10 ust.1 pkt 6 i art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach, jednolity tekst: Dz.U. z 2020 r., poz. 2261), dyrektorów przedsiębiorstw państwowych (art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, jednolity tekst: Dz.U. z 2023 r., poz. 437), dyrektora instytutu badawczego (art. 10 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych, jednolity tekst: Dz.U. z 2020 r., poz. 498 ze zm.), członków zarządu fundacji (art. 10 ustawy o fundacjach). W wyroku z dnia 9 sierpnia 2013 r., I FSK 1236/12 (LEX nr 1352997), Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że członkowie zarządu związku rolników, o których mowa w art. 33 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 8 października 1982 r. o społeczno-zawodowych organizacjach rolników (jednolity tekst: Dz.U. z 2022 r., poz. 281) ponoszą odpowiedzialność za jego zaległości, mimo iż nie ma on zdolności upadłościowej.

Ustawodawca wprowadzając nowelizację do Ordynacji podatkowej przepis art. 116a dążył więc do rozszerzenia odpowiedzialności za zobowiązania publicznoprawne na członków organów zarządzających innych osób prawnych niż spółki kapitałowe, które objęte są hipotezą art. 116 Ordynacji podatkowej. Przejawem tej tendencji była kolejna nowelizacja art. 116a Ordynacji podatkowej dokonana ustawą z dnia 20 września 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo o stowarzyszeniach

oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 1923), stosownie do której osobami trzecimi ponoszącymi odpowiedzialność za zaległości podatkowe są również osoby działające na rzecz stowarzyszenia, do czasu jego wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego, członek zarządu stowarzyszenia zwykłego wraz z pozostałymi członkami zarządu solidarnie czy też członek stowarzyszenia wraz z pozostałymi członkami stowarzyszenia solidarni, gdy stowarzyszenie nie ma zarządu (art. 116a § 2-4 Ordynacji podatkowej).

Nie budzi zatem wątpliwości, że osoby zarządzające innymi osobami prawnymi niż wymienione w art. 116 Ordynacji podatkowej ponoszą odpowiedzialność za zobowiązania publicznoprawne przez odpowiednie stosowanie art. 116 Ordynacji podatkowej, zgodnie z którym - w brzmieniu obowiązującym w dacie wydawania zaskarżonych decyzji - za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej w organizacji odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu: 1) nie wykazał, że: a) we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo b) niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy; 2) nie wskazuje mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części. W kontekście tego przepisu określa się trzy pozytywne przesłanki odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania podatkowe, a w związku z treścią art. 31 i art. 32 ustawy systemowej - także za zobowiązania składkowe tych podmiotów. Są to: 1) istnienie zaległości podatkowej (składkowej), 2) wykazanie bezskuteczności egzekucji przeciwko samej spółce i 3) powstanie zobowiązania podatkowego (składkowego) w czasie pełnienia przez daną osobę obowiązków członka zarządu. Przesłankami negatywnymi są działania podejmowane przez członka zarządu polegające na wykazaniu, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) bądź też, że niezgłoszenie wniosku

o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy.

W sprawie nie jest kwestionowane, że skarżący organ rentowy wykazał istnienie przesłanek pozytywnych warunkujących odpowiedzialność odwołujących się za zobowiązania, o których mowa w art. 116a Ordynacji podatkowej, a odwołujący się nie wskazali żadnego mienia, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie zaległości składowych w znacznej części. Kluczowe staje się zatem ustalenie, czy prawidłowo przyjęły Sady orzekające, iż przez odpowiednie stosowanie art. 116 Ordynacji podatkowej odwołujący się wykazali przesłankę egzoneracyjną powołaną w § 1 pkt 1b tego przepisu, tj. czy niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez ich winy. Przepis ten ma zastosowanie wprost do fundacji prowadzących działalność gospodarczą, które posiadają dzięki temu zdolność upadłościową. W orzecznictwie Sądu Najwyższego dotyczącym wykładni art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej utrwalony jest pogląd, w myśl którego pojęcie „właściwego czasu” do złożenia wniosku o upadłość, o którym mowa w art. 116 § 1 pkt 1a powinno być ujmowane elastycznie w zależności od okoliczności konkretnego wypadku, bowiem jest przesłanką obiektywną, ustalaną w oparciu o okoliczności faktyczne każdej sprawy i dla określenia której nie ma znaczenia subiektywne przekonanie członków zarządu (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 14 września 2007 r., III UK 24/07, OSNP 2008 nr 21-22, poz. 324; z dnia 24 września 2008 r., II CSK 142/08, LEX nr 470009; z dnia 19 marca 2010 r., II UK 258/09, LEX nr 920554; z dnia 6 lipca 2011 r., II UK 352/10, LEX nr 989129; z dnia 2 sierpnia 2011 r., II UK 5/11, LEX nr 1084735; z dnia 4 października 2011 r., I UK 113/11, OSNP 2012 nr 23-24, poz. 293; z dnia 18 stycznia 2012 r., II UK 109/11, LEX nr 1130391). W wyroku z dnia 22 czerwca 2006 r., I UK 369/05 (LEX nr 3764439), Sąd Najwyższy w odniesieniu do należności składowych przyjął, że do wykładni art. 116 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej nie należy mechanicznie przenosić sformułowania z art. 5 § 2 rozporządzenia z dnia 24 października 1934 r. - Prawo upadłościowe, lecz - uwzględniając konkretne okoliczności sprawy - ustalać właściwy czas do zgłoszenia wniosku, jak również oceniać przesłanki wymienione w art. 5 § 1 i 2 Prawa upadłościowego („zaprzestanie płacenia długów” oraz „ujawnienie, że majątek spółki

lub osoby prawnej nie wystarcza na zaspokojenie długów”). Co więcej, w judykaturze niejednokrotnie podkreślano, że wykładni tego pojęcia nie należy dokonywać opierając się tylko na podstawach i terminach złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości określonych w art. 21 Prawa upadłościowego, ale także z uwzględnieniem celu, jakiemu uregulowanie zawarte w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej ma służyć. Celem tym jest natomiast ochrona należności publicznoprawnych, a także - co do należności składkowych - ochrona Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 11 maja 2006 r., I UK 271/05, OSNP 2007 nr 9-10, poz. 142; z dnia 18 stycznia 2012 r., II UK 109/11, LEX nr 1130391; z dnia 15 grudnia 2015 r., III UK 39/15, LEX nr 1946412; z dnia 7 listopada 2018 r., II UK 347/17, OSNP 2019 nr 8, poz. 100). W odniesieniu do należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne w wyroku z dnia 18 stycznia 2012 r., II UK 109/11, Sąd Najwyższy stwierdził, że „właściwy czas”, o którym mowa w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej oceniać należy z punktu widzenia interesów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a w wyroku z dnia 14 czerwca 2006 r., I UK 324/05 (OSNP 2007 nr 13-14, poz. 200), uwypuklił, że nie ma podstaw do traktowania zaległości składkowych (długu) wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych jako niemających znaczenia w aspekcie sytuacji finansowej spółki i przyjęcia w związku z tym, że nie doszło do trwałego zaprzestania spłaty długu (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 22 czerwca 2006 r., I UK 369/05, LEX nr 376439; z dnia 14 czerwca 2006 r., I UK 324/05, OSNP 2007 nr 13-14, poz. 200; z dnia 24 września 2008 r.; z dnia 19 marca 2010 r., II UK 259/09, LEX nr 599776). Co więcej, stan niewykonywania zobowiązań z powodu utraty zdolności do ich wykonywania dotyczy zobowiązań wymagalnych, w tym wielomiesięcznych zaległości składkowych i nie zawsze zależy od występowania kilku (co najmniej dwóch) wierzycieli niewykonywanych zobowiązań. W wyroku z dnia 19 marca 2019 r., III UK 85/18 (LEX nr 2642120), Sąd Najwyższy przyjął, że stan niewypłacalności dłużnej spółki prawa handlowego występuje także w razie utraty zdolności do wykonywania wymagalnych wierzytelności pieniężnych choćby jednego z wierzycieli (Zakładu Ubezpieczeń Społecznych), które zasługują i wymagają ochrony prawnej w razie wykazanej przez wierzyciela bezskuteczności egzekucji z majątku dłużnej spółki, jeżeli zarządzający nią członkowie zarządu (skarżący) nie wskazywali żadnego mienia, z którego znana im, bo prowadzona przez organ rentowy egzekucja

umożliwiałyby zaspokojenie wierzytelności składkowych w znacznej części. Z kolei w wyroku z dnia 11 lutego 2021 r., II USKP 17/21 (LEX nr 3119755), Sąd Najwyższy stwierdził, że łącznik „albo” występujący między art. 116 § 1 pkt 1a i 1b Ordynacji podatkowej wyznacza alternatywę rozłączną, której zmienną jest zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości we „właściwym czasie”. Zgłoszenie takiego wniosku czyni bezprzedmiotowym rozważania na temat zawinienia członka zarządu. Brak aktywności w tym zakresie sprawia, że punkt ciężkości zostaje przesunięty na ocenę należytego pełnienia obowiązków przez członka zarządu. Nie jest przecież wykluczona sytuacja, w której dochował on wymaganej staranności, co uniemożliwia przypisanie mu odpowiedzialności za dług osoby trzeciej.

Ukształtowany jest pogląd, że co prawda członek zarządu ma prawo do podjęcia ryzyka i niezgłoszenia wniosku o upadłość mimo wystąpienia stosownych ku temu przesłanek ustawowych w sytuacji, gdy według jego oceny uda się opanować sytuację finansową i w konsekwencji spłacić całość zobowiązań - jednak jeśli takie ryzyko podejmuje, to musi to czynić ze świadomością odpowiedzialności z tym związanej i liczyć się z tym, że w przypadku dokonania błędnej oceny sytuacji rodzącej w konsekwencji choćby częściową niemożność zaspokojenia długów przez spółkę, to on sam będzie musiał ponieść subsydiarną odpowiedzialność finansową. Z tego względu Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 lipca 2011 r., I UK 422/10 (LEX nr 1084705), uznał, że subiektywne przekonanie członka zarządu, iż mimo niepłacenia długów spółce uda się jeszcze poprawić jej kondycję, a więc przekonanie, że niespłacanie długów jest spowodowane przejściowymi trudnościami, nie ma znaczenia dla oceny przesłanki egzoneracyjnej członka zarządu od odpowiedzialności, jeżeli nie jest poparte obiektywnymi faktami uzasadniającymi ocenę, że spółka rzeczywiście miała szanse, w możliwym do przewidzenia, krótkim czasie, uzyskać środki na spłatę długów, co uzasadniałoby wstrzymanie się z wnioskiem o upadłość (por. także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 listopada 2012 r., II FSK 721/11, LEX nr 1291639). Stąd członek zarządu nie może się uwolnić od odpowiedzialności za zaległe zobowiązania składkowe, nawet wskazując na sensowne działania podjęte w celu poprawy rentowności spółki, jeśli nie przyniosły one oczekiwanych efektów (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 14 lipca 2011 r., I SA/GI 1347/10, LEX nr

1084233). Podstawą do zwolnienia z odpowiedzialności członka zarządu za zobowiązania spółki nie może być również opracowanie i próba wdrożenia planu (programu) naprawczego (restrukturyzacji) opracowanego nawet przez wyspecjalizowany podmiot, który nie przynosił spodziewanych efektów, w sytuacji, gdy zadłużona spółka nie opłacała nawet bieżących składek na ubezpieczenia społeczne w okresach zarządzania nią przez członka zarządu obciążonego odpowiedzialnością. Nie stanowi zatem przesłanki egzoneryacyjnej z art. 116 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej przygotowanie programu naprawczego (np. propozycja sprzedaży części przedsiębiorstwa spółki, czy pozyskania inwestora strategicznego), który nie został zrealizowany w szczególności, gdy spółka nie dysponuje żadnymi środkami, które w rzeczywistości przyczyniłyby się do naprawy jej finansów (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 21 maja 2021 r., II USKP 52/21, OSNP 2022 nr 7, poz. 71; z dnia 8 lipca 2015 r., II UK 6/15, OSNP 2017 nr 5, poz. 62 i z dnia 7 lutego 2012 r., I UK 303/11, LEX nr 1157548). Podobnie należy ocenić zgodę zarządu na realizowanie planu naprawczego, który nie może przynieść spodziewanych rezultatów.

W judykaturze utrwalone jest też stanowisko, że o braku winy w działaniach członka zarządu nie może świadczyć okoliczność, iż stan niewypłacalności powstał wcześniej, czyli przed objęciem funkcji członka zarządu (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 lutego 2015 r., I FSK 1969/13, LEX nr 1658333 czy z dnia 11 czerwca 2014 r., I FSK 1019/13, LEX nr 1517587), gdyż odpowiednie działania prawne powinien on w takim przypadku podjąć już po objęciu swojej funkcji (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 października 2011 r., II FSK 656/10, LEX nr 969352 oraz z dnia 23 października 2012 r., I FSK 1854/11, LEX nr 1232995), co powinno nastąpić w terminie 14 dni od jej objęcia, w sytuacji uzasadniającej wystąpienie z wnioskiem o ogłoszenie upadłości (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 marca 2013 r., I FSK 862/12, LEX nr 1331452; od dnia 1 stycznia 2016 r. termin ten wynosi 30 dni). Przyjmuje się, że wina w ujęciu art. 116 § 1 pkt 1b Ordynacji podatkowej, to zarówno wina umyślna i związana z nią świadomość istnienia wymagalnych zobowiązań podatkowych, jak i wina nieumyślna w postaci niedbalstwa, które zakłada brak świadomości, ale opiera się na powinności i możliwości przewidywania istnienia wymagalnych zobowiązań

podatkowych (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 kwietnia 2014 r., I FSK 1516/13, LEX nr 1484683). Rozważając kryterium winy, należy przyjąć obiektywny miernik staranności, jakiej można wymagać od strony należycie dbającej o swoje interesy (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 stycznia 2012 r., I FSK 385/11, LEX nr 1113114).

Zauważyć w tym miejscu trzeba, że art. 116a Ordynacji podatkowej nie różnicuje wprost sytuacji prawnej członków organu zarządzającego osobami prawnymi, o których mowa w tym przepisie, od sytuacji członków zarządu spółek kapitałowych, w zależności od tego czy dana osoba prawna posiada zdolność upadłościową, czy też takiej zdolności upadłościowej nie posiada. Z treści tego przepisu nie wynika jednoznacznie, że ustawodawca zdecydował się na rozróżnienie między osobami prawnymi prowadzącymi działalność gospodarczą a działającymi *non-profit*, nienastawionymi na uzyskanie zysku.

Mając to na względzie Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 22 listopada 2012 r., I UK 229/12 oraz z dnia 6 kwietnia 2016 r., II UK 132/15 (LEX nr 2046361), stwierdził, że odpowiednie (przez odesłanie z art. 116a Ordynacji podatkowej i art. 31 ustawy systemowej) stosowanie przepisu art. 116 Ordynacji podatkowej w zakresie omawianej przesłanki uwolnienia się od odpowiedzialności za zaległości składkowe członków zarządu stowarzyszenia nieposiadającego zdolności upadłościowej (układowej) winno polegać na rozważeniu podstaw podjęcia przez te osoby działań w kierunku likwidacji stowarzyszenia, które nie reguluje swych zobowiązań publicznoprawnych (składek ubezpieczeniowych). Sąd Najwyższy uznał za pozbawione dostatecznego uzasadnienia prawnego i aksjologicznego stanowisko o uwolnieniu członków zarządu takich stowarzyszeń za zobowiązania publicznoprawne. Przede wszystkim nie wprowadzono żadnego zróżnicowania osób prawnych w art. 116a Ordynacji podatkowej. Nie ma też uzasadnienia wniosek o sankcjonowaniu dopuszczenia do powstania zaległości składkowych i niemożności ich uregulowania wobec braku środków i majątku tylko tym, że obciążają one osobę prawną działającą bez zysku. Gdy osoba taka zatrudnia pracowników, członkowie jej zarządu winni liczyć się z konsekwencjami tego w postaci obowiązków płatnika składek. Brak zysku osoby prawnej nie uwalnia ich od tych obowiązków. Z drugiej strony, skoro członkowie zarządu osób prawnych mających zdolność upadłościową

(układową) mogą uwolnić się od akcesoryjnej, solidarnej odpowiedzialności za zaległości składkowe wykazując brak zawinienia w złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęciu postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (układowego) to trzeba rozważyć, jakie możliwości mają członkowie zarządu stowarzyszenia pozbawionego zdolności upadłościowej (układowej) w zakresie zapobieżenia niezaspokojeniu wierzyciela należności składkowych. Taką możliwość stwarza likwidacja stowarzyszenia przeprowadzona w odpowiednim czasie, pozwalającym na choćby częściowe uregulowanie długu składkowego. Zaspokojenie wierzycieli jest jednym z celów postępowania likwidacyjnego stowarzyszenia (por. P. Suski: Stowarzyszenia i fundacje, Warszawa 2011, s. 302 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2020 r., I UK 39/19, OSNP 2021 nr 5, poz. 57).

Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym skargę kasacyjną podziela powyższy pogląd jako utrwalony w orzecznictwie, stwierdzając – wbrew odmiennemu stanowisku skarżącego - że członek zarządu fundacji nieprowadzącej działalności gospodarczej może uwolnić się od odpowiedzialności za zaległości składkowe przez wykazanie braku winy w niewszczęciu postępowania likwidacyjnego. Kluczowe staje się zatem udzielenie odpowiedzi, czy ta przesłanka została przez odwołujących się spełniona.

Sąd Apelacyjny, przyjmując, że Fundacja nie posiadała zdolności upadłościowej, uznał, iż „odwołujący się bez swojej winy nie podjęli czynności zmierzających do likwidacji Fundacji, ponieważ do złożenia wniosku o likwidację statut uprawniał wyłącznie Zgromadzenie Fundatorów”, a więc takiej kompetencji nie posiadał zarząd. Wniosek o ziszczeniu się przesłanki egzoneracyjnej z art. 116 § 1 pkt 1b Ordynacji podatkowej Sąd Apelacyjny uzasadnił przebiegiem posiedzenia Zgromadzenia Fundatorów mającego miejsce w dniu 27 lipca 2006 r., na którym odrzucony został wniosek jednej z fundatorek o przeprowadzenie likwidacji Fundacji oraz zgłoszony został wniosek o sporządzenie planu naprawczego, który był wiążący dla zarządu. „Nie sposób bowiem oczekiwać od zarządu, by w okolicznościach wyznaczenia zadań naprawczych oraz odrzuconego wniosku o likwidację Fundacji zarząd występował z cyklicznym wnioskiem o przeprowadzenie jej likwidacji.”

Powyższa argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż po pierwsze, odpowiednie stosowanie art. 116 Ordynacji podatkowej do członków zarządu

Fundacji nie może pomijać utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego odnośnie do ciążącego na członkach zarządu obowiązku terminowego podjęcia stosownych czynności celem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Termin ten ma charakter obiektywny i nie jest pozostawiony swobodnemu uznaniu (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2022 r., II USKP 159/21, LEX nr 3433624 i powołane tam orzeczenia). Z ustaleń, którymi Sąd Najwyższy jest związany, nie wynika, aby przed dniem 10 kwietnia 2008 r. (kiedy zaległości stanowiły kwotę 1.700.000 zł) zarząd występował do Zgromadzenia Fundatorów o podjęcie uchwały o likwidacji Fundacji z uwagi na wyczerpanie środków finansowych. Po drugie, art. 15 ustawy o fundacjach przewiduje, iż w razie osiągnięcia celu, dla którego fundacja była ustanowiona, lub w razie wyczerpania środków finansowych i majątku fundacji, fundacja podlega likwidacji w sposób wskazany statucie (ust. 1). Jeżeli statut nie przewiduje likwidacji fundacji lub jego postanowienia w przedmiocie nie są wykonywane, w wypadkach wymienionych w ust. 1 organ, o którym mowa w art. 13, zwraca się do sądu o likwidację fundacji (ust. 2). Sytuacja wyczerpania majątku fundacji powoduje zatem konieczność rozwiązania fundacji, a nie budzi uwag, że wyczerpanie majątku fundacji to również wyczerpanie środków finansowych. W doktrynie przeważa stanowisko, według którego likwidacja może nastąpić nie tylko w razie całkowitego wyczerpania środków finansowych i majątku, ale również w wypadku tak znacznego ich zmniejszenia, że nie jest możliwe w sposób ciągły i trwały realizowanie celów fundacji. W literaturze przedmiotu podnosi się, że ustawa stanowi o „wyczerpaniu”, a nie o „całkowitym wyczerpaniu środków finansowych i majątku fundacji” (zob. A. Kidyba (red), *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, WKP 2023; H. Cioch, *Prawo fundacyjne*, 2011, s. 127; B. Sagan [w:] J. Strzępka, B. Sagan, *Prawo o fundacjach...*, s. 68). Również Sąd Najwyższy wyraża pogląd, że celem postępowania likwidacyjnego jest zaspokojenie wierzycieli likwidowanego podmiotu (por. postanowienie z dnia 19 czerwca 1996 r., III CZP 66/96, OSNC 1996 nr 10, poz. 133).

W realiach niniejszej sprawy organem uprawnionym, o którym mowa w art. 13 ustawy o fundacjach, do zwrócenia się do sądu o likwidację Fundacji był Minister Zdrowia, ale zauważyć trzeba, że sprawozdanie za 2006 r., i to niekompletne, zostało złożone przez zarząd do Ministerstwa Zdrowia dopiero w dniu 4 stycznia 2008 r. Poza

złożeniem tego sprawozdania zarząd Fundacji nie występował o uruchomienie procedury przewidzianej w art. 15 ust. 2 w związku z art. 13 ustawy o fundacjach, mimo iż wierzytelności wobec organu rentowego nie były realizowane oraz nie odbywały się posiedzenia Zgromadzenia Fundatorów. W wyrokach z dnia 22 kwietnia 2014 r., I FSK 793/13 (LEX nr 1480726) oraz z dnia 5 marca 2014 r., I FSK 562/13 (LEX nr 1494623), Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że nie podziela wykładni art. 116 i 116a Ordynacji podatkowej, iż członek zarządu stowarzyszenia (odpowiednio fundacji), któremu w statucie takiego stowarzyszenia nie nadano uprawnień do reprezentowania tego podmiotu nie ponosi winy w niezgłoszeniu wniosku o upadłość takiego stowarzyszenia. Odpowiednie stosowanie art. 116 Ordynacji podatkowej do członków zarządu fundacji - co uwypuklił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 kwietnia 2016 r., II UK 132/15, i co trafnie zarzuca skarżący w uzasadnieniu zarzutów skargi - oznacza, że istotnym dla oceny braku zawinienia członków zarządu jest, aby wniosek o wszczęcie (w trybie przewidzianym w statucie fundacji lub w art. 15 ustawy o fundacjach) postępowania likwidacyjnego fundacji został złożony w takim terminie, aby pozwolić na przynajmniej częściowe uregulowanie długu składkowego. Postępowanie takie, podobnie jak ogłoszenie upadłości, powinno uniemożliwiać narastanie dalszych obciążeń fundacji i przynajmniej częściową realizację jej zobowiązań. Nie zwalnia z odpowiedzialności członków zarządu uregulowanie zawarte w statucie fundacji, iż organem uprawnionym do podjęcia uchwały o likwidacji fundacji jest inny jej organ niż zarząd. Gdy fundacja zatrudnia pracowników, to członkowie jej zarządu powinni liczyć się z konsekwencjami wynikającymi dla płatnika składek w przypadku zaniechania wykonywania ciężących na nim obowiązków, o których mowa w ustawie systemowej.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 116a § 1 w związku z art. 116 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej w związku z art. 5 Prawa upadłościowego, przez uznanie, że Fundacja nie miała zdolności upadłościowej, to brak jest ustaleń, które umożliwiłyby Sądowi Najwyższemu jego weryfikację. Nie można bowiem prawidłowo stosować prawa materialnego bez zgodnego z prawem procesowym ustalenia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 sierpnia 1997 r., I CKN 261/97, LEX nr 1439372; z dnia 26 czerwca 2001 r., III CKN 400/00, LEX nr 52360; z dnia 11 kwietnia 2006 r., Monitor Prawa Pracy 2006 nr 10,

s. 541; z dnia 9 maja 2008 r., II PK 316/07, OSNP 2009 nr 19-20, poz. 250; z dnia 4 listopada 2008 r., II PK 100/08, OSNP 2010 nr 9-10, poz. 108; z dnia 10 marca 2011 r., II PK 241/10, LEX nr 817524; z dnia 16 czerwca 2011 r., LEX nr 10011283; z dnia 19 lutego 2014 r., II PK 130/13, LEX nr 1460978). Wbrew odmiennemu twierdzeniu skarżącego, z całą stanowczością stwierdzić jednak należy, że postanowienie statutu przewidujące możliwość prowadzenia przez fundację działalności gospodarczej nie oznacza *a priori*, że fundacja posiada zdolność upadłościową. Istotne jest faktyczne prowadzenie tej działalności przez fundację i uzyskanie statusu przedsiębiorcy. Sąd Apelacyjny, prezentując pogląd, iż Fundacja nie posiada zdolności upadłościowej w rozumieniu art. 5 ust. 2 Prawa upadłościowego w brzmieniu obowiązującym do dnia 2 maja 2009 r., powołał się na art. 8a ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, zgodnie z którym do zakładu opieki zdrowotnej nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej. Przepis ten został jednak zmieniony z dniem 10 września 2006 r., a ponadto odsyłał do ustawy o działalności gospodarczej, która przestała obowiązywać z dniem wejścia w życie ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. z 1999 r. Nr 101, poz. 1178 ze zm.). Ponadto ustawa o zakładach opieki zdrowotnej rozróżniała dwa rodzaje zakładów opieki zdrowotnej: publiczne i niepubliczne, w zależności od podmiotu tworzącego zakład. W orzecznictwie przyjmowano zaś, że prowadzenie działalności leczniczej w ramach niepublicznego zakładu opieki zdrowotnej jest działalnością gospodarczą (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r., III CZP 115/95, OSNC 1996 nr I, poz. 6; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 czerwca 1997 r., SA/Ł 3246/95 „Prawo Gospodarcze” 1997 nr 10, s. 29 oraz uchwałę Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 września 2001 r., OPK 13/01, ONSA 2002 nr 1, poz. 12 czy postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2002 r., IV CKN 1667/02, OSNC 2003 nr 5, poz. 65 z glosą krytyczną P. Bielskiego, Rejent 2004 nr 2, poz. 139 oraz glosą R. Kołodziejskiego, Prawo Spółek 2003 nr 7-8, poz. 99; uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2005 r., III CZP 11/05, OSNC 2006 nr 3, poz. 48).

Jak już jednak wspomniano Sąd Apelacyjny nie poczynił w tej kwestii wystarczających ustaleń, ograniczając się wyłącznie do stwierdzenia, iż Fundacja

prowadziła Ośrodek Rehabilitacyjno-Integracyjny „K.” oraz NZOZ - Poradnia „.”. Jeżeli sąd nie ustalił (właściwie) stanu faktycznego, to nie jest możliwe dokonanie subsumpcji tego stanu faktycznego do danej normy prawa materialnego.

Mając powyższe na uwadze Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398²¹ k.p.c. orzekł jak w sentencji.

[SOP]

[ms]