



Sygn. akt II USKP 98/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 grudnia 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Korzeniowski (przewodniczący)

SSN Leszek Bielecki (sprawozdawca)

SSN Krzysztof Staryk

w sprawie z wniosku J. Ł.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych [...] Oddziałowi w W.

o przeniesienie odpowiedzialności za składki,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy i Ubezpieczeń
Społecznych w dniu 14 grudnia 2021 r.,

skargi kasacyjnej organu rentowego od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 6 czerwca 2019 r., sygn. akt III AUa [...],

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

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny w (...) III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z 6 czerwca 2019 r., III AUa (...), po rozpoznaniu apelacji odwołującego się J. Ł., zmienił pkt 1 wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 20 grudnia 2016 r., XIV U (...) i poprzedzającą go decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych [...]

Oddziału w W. z dnia 18 sierpnia 2015 r., Nr (...), w ten sposób, że ustalił, że odwołujący nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania płatnika składek O.2. Spółki z o.o. z siedzibą w W. solidarnie ze spółką z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wraz z odsetkami za zwłokę w łącznej kwocie 2.091.315,57 zł.

W sprawie tej ustalono, że odwołujący się w dniu 11 sierpnia 2009 r. zawiązał Y. sp. z o. o., której przedmiotem był m.in. transport lotniczy pasażerski, transport lotniczy towarów, magazynowanie i działalność usługowa wspomagająca transport, działalność usługowa związana z wyżywieniem, działalność organizatorów turystyki, pośredników i agentów turystycznych oraz pozostała działalność usługowa w zakresie rezerwacji i działalności z nią związane. Spółka uzyskała wpis do Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 16 września 2009 r. pod numerem (...). Do zarządu spółki został powołany J. Ł. jako Prezes Zarządu. W dniu 9 kwietnia 2010 r. zawarto umowę sprzedaży udziałów, na podstawie której P.L. zakupił 475 udziałów w spółce. W tym dniu Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników Spółki, w trybie art. 257 k.s.h., na podstawie § 10 umowy Spółki, podjęło uchwałę w przedmiocie podwyższenia kapitału zakładowego z kwoty 50.000 zł do kwoty 1.000.000 zł poprzez utworzenie nowych 19.000 udziałów o wartości 50 zł każdy. Udziały w podwyższonym kapitale zakładowym objęli stosunkowo do liczby posiadanych udziałów dotychczasowi wspólnicy J. Ł. (9.975 nowych udziałów) i P. L. (9.025 nowych udziałów). J. Ł. posiadał 10.500 udziałów o łącznej wartości 525.000 zł, P. L. posiadał 9.500 udziałów o łącznej wartości 475.000 zł. W dniu 30 września 2010 r. Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników spółki podjęło uchwałę w przedmiocie podwyższenia kapitału zakładowego do kwoty 2.550.000 zł, tj. o kwotę 1.550.000 zł poprzez utworzenie 31.000 nowych, równych i niepodzielnych udziałów o wartości nominalnej po 50 zł każdy. Nowo utworzone udziały zostały objęte przez dotychczasowych wspólników – J. Ł. (9.900 nowych udziałów) oraz P. L. (21.100 nowych udziałów). J. Ł. posiadał 20.400 udziałów o łącznej wartości 1.020.000 zł, J. L. posiadał 30.600 udziałów o łącznej wartości 1.530.000 zł. W dniu 1 lipca 2011 r. została zawarta umowa sprzedaży udziałów między P. L. a J. R., na podstawie której J. R. kupił 2.550 udziałów w Y.

sp. z o.o. J. Ł. posiadał 20.400 udziałów o łącznej wartości 1.020.000 zł, J. L. - 28.050 udziałów o łącznej wartości 1.402.500 zł, J. R. - 2.550 udziałów o łącznej wartości 127.500 zł.

W dniu 9 listopada 2011 r. zawarto umowę sprzedaży udziałów pomiędzy P.L. a A. sp. z o. o. w G., na podstawie której A. kupiła 28.050 udziałów w Y.. W dniu 1 grudnia 2011 r. zostały podjęte uchwały Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki w przedmiocie podwyższenia kapitału zakładowego spółki do kwoty 14.400.000 zł poprzez utworzenie 237.000 nowych, równych i niepodzielnych udziałów o wartości nominalnej po 50 zł każdy (J. Ł. objął 20.000 nowych udziałów, A. - 217.000 nowych udziałów) oraz zmiany firmy spółki O1. sp. z o.o. w dniu 19 grudnia 2011 r. na O2. sp. z o.o., ze względu na decyzję większościowego udziałowca o tworzeniu wspólnej marki.

W 2010 r. rozpoczęto rozmowy z dwoma producentami samolotów - firmami B. oraz X. w celu podpisania umów leasingu samolotów. We wrześniu 2010 r. rozpoczęła się współpraca z X.. Dzięki pozyskanym rekomendacjom O.2. podjęła negocjacje w zakresie leasingu dwóch X. [...] od firmy B.. Umowa leasingowa została sfinalizowana w grudniu 2010 r. Równolegle przez ponad rok trwały analizy i negocjacje z tour operatorami, głównie klientami czarterowej linii lotniczej. W wyniku tych rozmów została nawiązana współpraca z biurem podróży I. Ostatecznie w lutym 2011 r. została podpisana umowa czarterowa angażująca samoloty typu X. [...]. W styczniu 2011 r. spółka złożyła wniosek do Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego w celu rozpoczęcia procesu certyfikacji spółki jako przewoźnika lotniczego. W dniu 29 kwietnia 2011 r. Prezes ULC wydał dla spółki Certyfikat Przewoźnika Lotniczego oraz koncesję. Pod koniec października 2011 r. spółka współpracowała z dwoma tour operatorami, tj. I. i G.. Od kwietnia 2012 r. prowadziła również rozmowy na temat rozpoczęcia współpracy z dodatkowymi tour operatorami: R., A. oraz S.. W lipcu 2012 r. we flocie O. było łącznie 11 samolotów.

Do grupy O. sp. z o.o. należały: O.2. sp. z o.o., która była odpowiedzialna za sprzedaż biletów, działania marketingowe, PR-owe oraz za szeroko rozumianą dystrybucję produktów; oraz O.3. sp. z o.o., która posiadała certyfikat przewoźnika lotniczego oraz koncepcję na wykonywanie transportu regularnego w ruchu lotniczym i wykonywała loty zlecone od O.2., czyli wykonawcą lotów była spółka

O.3. Spółka ponosiła wszystkie koszty związane z wykonywaniem lotów, musiała liczyć się z ryzykiem związanym z tzw. SLF (Seat Load Factor) czyli procentem wypełnienia samolotu, co wpływało na osiągnięcie zysku lub straty operacyjnej per lot. Spółka miała zagwarantowane uzupełnienie zasobów finansowych w przypadku, gdy SLF był niski, czyli generowano stratę na locie. O.2. posiadała trzy źródła przychodów: przychody z wykonywania lotów dla tour operatorów, przychody z wykonywania lotów ACMI na trasach krajowych dla O.3. na podstawie umowy ACMI pomiędzy firmami oraz przychody z wykonywania lotów ACMI dla innych linii lotniczych na podstawie umów ad-hoc. Spółka otrzymywała finansowanie bezpośrednio od udziałowca A. z przeznaczeniem na rozwój floty i inwestycje związane z rozwojem na podstawie umowy o wspólnej inwestycji z dnia 1 grudnia 2011 r. Finansowanie odbywało się w etapach w miarę zgłaszanych potrzeb, zgodnie z zamierzonym planem rozwoju. A. inwestowała w spółkę począwszy od końca 2011 r. do czerwca 2012 r.

Zwyczajne Zgromadzenie Wspólników Spółki O.2. w dniu 21 czerwca 2012 r. w uchwale nr 1, po rozpatrzeniu sprawozdania Zarządu z działalności Spółki w roku 2011 oraz sprawozdania finansowego za rok obrotowy 2011, zatwierdziło sprawozdanie z działalności spółki w roku 2011 oraz sprawozdanie finansowe spółki za rok 2011 obejmujące: bilans na dzień 31 grudnia 2011 r., zamykający się po stronie aktywów i pasywów kwotą 22.579.174, rachunek zysków i strat za okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2011 r., zamykający się stratą netto w wysokości 18.708.713 zł, informację dodatkową do sprawozdania finansowego spółki za rok 2011, natomiast w uchwale nr 2 postanowiło pokryć stratę bilansową netto spółki za rok 2011 w kwocie 18.708.713 zł z zysków lat przyszłych.

Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników O.2. w dniu 27 czerwca 2012 r. w uchwale nr 1, z dniem 13 lipca 2012 r. odwołało dotychczasowy zarząd w osobie Prezesa Zarządu – J. Ł. i powołało jej nowy zarząd w osobach: A. D. - jako prezesa zarządu, J. Ł. - jako członka zarządu i R. O. - jako członka zarządu.

W związku z tym, że Spółka O.3. nie płaciła za wykonane przeloty, pojawiły się pierwsze problemy z płynnością finansową z A. w stosunku do O.2., co następnie wpłynęło na równowagę finansową spółki.

W dniu 18 lipca 2012 r. prezes zarządu A. w osobie M. P. poinformował zarządy spółek O.2. oraz O.3. , jak również J. R. - udziałowca O.2. oraz J. F., że zaprzestaje całkowicie finansowania działalności operacyjnej spółek z grupy O. - w tym Spółki O.2. Oznaczało to, że spółka O.2. bez finansowania inwestora nie będzie mogła działać. Zarząd próbował wówczas znaleźć inwestora, który mógłby odkupić udziały od A., między innymi prowadzone były rozmowy z linią A., jednak linie te wycofały się ze współpracy. Ponadto członek zarządu O.2. J. Ł. negocjował z prezesem A. warunki przejęcia udziałów od A., jednak do realizacji tego przejęcia nie doszło.

Wnioskiem z dnia 31 lipca 2012 r. zarząd O.2. w osobach A. D., J. Ł. i R. O. zwrócił się do sądu o ogłoszenie upadłości spółki obejmującej likwidację majątku upadłego. Sąd Rejonowy w W. Sąd Gospodarczy X Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i naprawczych postanowieniem z dnia 14 sierpnia 2012 r. powyższy wniosek oddalił z uwagi na brak majątku na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego. Według stanu na dzień 10 sierpnia 2012 r. spółka O.2. zatrudniała 207 pracowników na podstawie umów o pracę oraz 120 pilotów na podstawie umów kontraktowych. Stan środków pieniężnych w kasie i na rachunkach bankowych wynosił 658.801,95 zł, a przewidywane wstępnie koszty postępowania upadłościowego zostały określone przez tymczasowego nadzorcę sądowego na łączną kwotę 5.772.439,74 zł. W związku z oddaleniem wniosku o ogłoszenie upadłości, zarząd O.2. powziął działania w celu pozyskania niezbędnych środków, m.in. zwolnił pracowników i rozliczył z kontrahentami przedpłaty.

W dniu 29 października 2012 r. zarząd O.2. złożył ponowny wniosek o ogłoszenie upadłości. Postanowieniem z dnia 8 listopada 2012 r. Sąd Rejonowy w W., Sąd Gospodarczy X Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i naprawczych ogłosił upadłość O.2. obejmującą likwidację majątku dłużnika. Według stanu na dzień 6 listopada 2012 r. O.2. zatrudniała 18 pracowników na podstawie umów o pracę, a stan środków pieniężnych w kasie i na rachunkach bankowych wynosił łącznie 1.004.708,18 zł. Z dniem ogłoszenia upadłości majątek upadłego został oszacowany na kwotę co najmniej 1.024.709 zł, natomiast wszystkie wymagalne zobowiązania wynosiły łącznie ponad 122.000.000 zł. W prowadzonym

postępowaniu upadłościowym ostateczny plan podziału obejmował w niewielkiej części zaspokojenie wierzycieli z kategorii II (poniżej 20% zaspokojenia).

Spółka O.2. zatrudniała pracowników i z tego tytułu była zobowiązana do opłacania należnych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Ponieważ spółka nie wywiązała się z tego obowiązku w sposób prawidłowy, na jej koncie powstało zadłużenie z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. W dniu 8 lutego 2013 r. ZUS [...] Oddział w W. zgłosił swoją wierzytelność do prowadzonego postępowania upadłościowego w łącznej kwocie 2.845.308,10 zł. W wyniku prowadzonego postępowania upadłościowego ZUS otrzymał środki z postępowania upadłościowego w kwocie 452.217,76 zł.

Postanowieniem Sądu Rejonowego w W., Sądu Gospodarczego X Wydziału Gospodarczego dla spraw upadłościowych i naprawczych z dnia 2 października 2014 r. zakończono postępowanie upadłościowe i O.2. w dniu 14 stycznia 2015 r. została wykreślona z Krajowego Rejestru Sądowego, postanowienie o wykreśleniu uprawomocniło się w dniu 27 stycznia 2015 r.

Pismem z dnia 20 maja 2015 r., które odwołujący się odebrał w dniu 12 czerwca 2015 r., organ rentowy zawiadomił o wszczęciu z urzędu postępowania o przeniesieniu na niego, jako członka zarządu O.2., odpowiedzialności za zobowiązania tej spółki z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. W kontestowanej w niniejszej sprawie decyzji organ rentowy wskazał, że za zaległości powstałe z tytułu niezapłaconych składek ubezpieczeniowych za okresy wskazane w decyzji odpowiada pełniący w tym czasie funkcję prezesa zarządu w O.2. J.Ł.

Sąd pierwszej instancji uznał odwołanie od decyzji organu rentowego za nieuzasadnione. W pierwszej kolejności zbadał, czy egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna. Sąd zwrócił przy tym uwagę, że bezskuteczność egzekucji przeciwko spółce może zostać stwierdzona nie tylko aktem uprawnionego organu wydanym w toku postępowania egzekucyjnego, ale

również orzeczeniem sądu wydanym w toku postępowania upadłościowego. W jego ocenie ze zgromadzonego materiału dowodowego wynikało, że z dniem ogłoszenia upadłości majątek O.2. został oszacowany na kwotę co najmniej 1.024.709 zł, natomiast wszystkie wymagalne zobowiązania wynosiły łącznie ponad 122.000.000 zł. W prowadzonym postępowaniu upadłościowym ostateczny plan podziału obejmował w niewielkiej części zaspokojenie wierzycieli z kategorii tej co ZUS - poniżej 20% zaspokojenia. W toku postępowania upadłościowego organ rentowy zgłosił wierzytelności z tytułu nieopłaconych składek w łącznej kwocie 2.845.308,10 zł, jednak zaspokoił się na kwotę 452.217,76 zł. Z uwagi na fakt, że pozostałe zadłużenie O.2. z tytułu nieopłaconych składek na dzień wydania zaskarżonej decyzji wynosiło 2.091.315,57 zł, Sąd Okręgowy uznał, że egzekucja z majątku spółki okazała się w znacznej części bezskuteczna. Tym samym, wobec bezsprzecznego spełnienia określonej w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej przesłanki pozytywnej, Sąd zbadał kwestię zaistnienia przesłanek negatywnych, umożliwiających zwolnienie J. Ł. z odpowiedzialności za zobowiązania spółki, tj. czy we właściwym czasie zgłosił wniosek o ogłoszenie upadłości albo niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło bez jego winy, bądź też, czy wskazał mienie spółki, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie jej zobowiązań w znacznej części.

Sąd Okręgowy za kluczowe uznał przepisy ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze, w szczególności art. 10 ust. 1, art. 11 ust. 1 i 2 i art. 21 ust. 1 tej ustawy. Wskazał, że z powyższych uregulowań wynika jasno, że zastosowanie mechanizmu przewidzianego normą art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej będzie możliwe dopiero po niebudzącym wątpliwości ustaleniu stanu faktycznego, w tym, m.in. ustaleniu, że w okresie pełnienia przez daną osobę funkcji członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zaszły okoliczności uzasadniające zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub postępowania zapobiegającego upadłości (postępowanie układowe), a dopiero w przypadku uznania, że taki wniosek nie został zgłoszony we właściwym czasie - po wykazaniu, że niedokonanie tej czynności nastąpiło bez winy członka zarządu spółki. W ocenie Sądu pierwszej instancji powyższe przesłanki nie zostały w sprawie spełnione.

Pierwszy wniosek O.2. z dnia 31 lipca 2012 r. o ogłoszenie upadłości, złożony przez zarząd, w tym przez odwołującego się, został przez Sąd oddalony, z uwagi na to, że spółka nie posiadała majątku na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego. Powyższe, zdaniem Sądu Okręgowego oznacza, że wniosek ten nie został zgłoszony skutecznie. Nadto ze zgromadzonego materiału dowodowego, w tym z zeznań świadków i odwołującego się, a zwłaszcza ze sprawozdań finansowych wynika, że spółka miała problemy finansowe jeszcze przed złożeniem przez prezesa A. oświadczenia o zaprzestaniu jej finansowania, bowiem już sprawozdanie finansowe spółki za rok 2011 r. wykazało stratę netto w wysokości 18.708.713 zł. Dodatkowo na równowagę finansową O.2. w tamtym czasie przede wszystkim wpłynął brak płatności przez O.3. za wykonane przeloty.

Sąd Okręgowy podkreślił, że w umowie o współpracy i wspólnej inwestycji z dnia 1 grudnia 2011 r., zawartej pomiędzy O.2. a A. wskazano w § 1 ust. 4, że Inwestor (A.) dysponuje środkami finansowymi pozwalającymi na rozwój działalności planowej przez O.2., zaś w § 2 ust. 4 wskazano, że Inwestor (A.) powierzy O.2. środki finansowe z przeznaczeniem na Wspólną Inwestycję. Wysokość i terminy przekazania środków będą przedmiotem uzgodnienia stron, z tym że O.2. ma wyłączne prawo wskazania zapotrzebowania finansowego, jak i wskazania celów biznesowych. Inwestor (A.) może przedstawione plany zaakceptować albo odmówić ich finansowania i zażądać przedstawienia zmodyfikowanych propozycji. Z powyższej umowy nie wynika, że A. będzie przekazywać miesięcznie środki finansowe O.2. na regulowanie zobowiązań.

W ocenie Sądu pierwszej instancji, odwołujący się doskonale orientował się w rzeczywistej sytuacji finansowej spółki, bowiem zaległości w postaci zaległych składek za maj 2012 r. powstały już w czerwcu 2012 r. Zaległości te nie były spłacane, ale w kolejnych miesiącach stale narastały. Wobec powyższego odwołujący się, jako prezes zarządu, powinien podjąć wszelkie działania w celu zgromadzenia środków umożliwiających przeprowadzenie postępowania upadłościowego, poprzez m.in. rozliczenie przedpłat z kontrahentami, co umożliwiłoby złożenie skutecznego wniosku o upadłość. Tymczasem zarząd próbował znaleźć sposób na kontynuowanie działalności spółki poprzez przejęcie udziałów od A.. Zarząd podjął działania w celu odzyskania przedpłaconych środków

dopiero po oddaleniu przez Sąd pierwszego wniosku o ogłoszenie upadłości, dzięki czemu drugi wniosek z dnia 29 października 2012 r. okazał się skuteczny.

W ocenie Sądu Okręgowego odwołujący nie dowiódł zaistnienia przesłanek egzoneracyjnych, bowiem nie wykazał, że skutecznie zgłosił wniosek o ogłoszenie upadłości spółki, ani nie wskazał mienia spółki, z którego egzekucja umożliwiłaby zaspokojenie wierzytelności ZUS przynajmniej w znacznej części. Organ rentowy dowiódł natomiast, że spełniona została określona w art. 116 Ordynacji podatkowej przesłanka pozytywna, tj. egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna.

Ostatecznie Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że nie można odmówić członkowi zarządu prawa do podjęcia ryzyka i niezgłoszenia skutecznego wniosku o upadłość, jeśli, w jego ocenie, uda się opanować sytuację finansową i w konsekwencji spłacić całość zobowiązań. Jednak w wypadku, gdy zarządzający spółką takie ryzyko podejmuje, musi to czynić ze świadomością odpowiedzialności z tym związanej i liczyć się z tym, że w razie dokonania błędnej oceny sytuacji, będzie musiał w przyszłości ponieść subsydiarną odpowiedzialność finansową za niewykonane zobowiązania spółki. Zdaniem Sądu pierwszej instancji taka właśnie sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie, zatem zaskarżoną decyzją słusznie organ rentowy stwierdził, że odwołujący ponosi odpowiedzialność za nieopłacone należności z tytułu wskazanych składek należnych za sporne okresy.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżył w całości apelacją odwołujący, zarzucając naruszenie prawa materialnego, tj. art. 116 § 1 i 2 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 (jednolity tekst: Dz.U. z 2021 r., poz. 423 ze zm.) oraz naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 k.p.c. przez brak wszechstronnej oceny materiału dowodowego oraz art. 328 § 2 k.p.c. przez częściowe pominięcie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podstaw faktycznych rozstrzygnięcia. Wniósł o jego zmianę poprzez uwzględnienie odwołania i zmianę w całości decyzji organu rentowego oraz o zasądzenie od kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny uznał apelację odwołującego za uzasadnioną. W jego ocenie Sąd pierwszej instancji naruszył zasadę swobodnej oceny dowodów, wyrażoną

normą procesową art. 233 § 1 k.p.c. bowiem zebrany materiał dowodowy sprzeciwiał się przyjęciu, by sytuacja ekonomiczna O.2. determinowała konieczność zgłoszenia przez zarząd płatnika wniosku o ogłoszenie upadłości spółki przed dniem 18 lipca 2012 r. Wskazał, że sytuacja finansowa spółki w okresie od stycznia 2012 r. do 18 lipca 2012 r., zważywszy na specyfikę prowadzonej działalności gospodarczej, jak i okoliczność finansowania spółki przez jej głównego udziałowca A. od grudnia 2011 r., dawała dostateczne podstawy do uznania, że płatnikowi nie zagrażała w tym okresie utrata płynności finansowej, a brak środków na regulowanie bieżących zobowiązań miał charakter przejściowy. Zauważył przy tym, że w treści oświadczenia zarządu jednostki dominującej (większościowego udziałowca) A. z dnia 20 czerwca 2012 r. - złożonego w kontekście danych finansowych wynikających z bilansu na koniec 2011 r. i ujawnionych tam trudności z regulowaniem zobowiązań płatnika – A. informował o udzieleniu wsparcia finansowego płatnikowi w okresie co najmniej 12 miesięcy po dniu bilansowym, w szczególności w zakresie terminowego regulowania zobowiązań. Powyższe oświadczenie nawiązywało przy tym do zawartej między spółką O.2. a A. umowy o współpracy i wspólnej inwestycji z dnia 1 grudnia 2011 r. Na podstawie tej umowy A. zobowiązała się do finansowania działalności płatnika i zobowiązanie to realizowała, przekazując O.2. środki finansowe. W kontekście powyższego stwierdził, że dopiero uzyskanie przez spółkę w dniu 18 lipca 2012 r. informacji o wycofaniu się A. z dalszego finansowania płatnika i faktyczne zaprzestanie dotychczasowych transferów pieniężnych doprowadziło do utraty płynności finansowej. Obiektywnie płatnik pozbawiony został wówczas jednego z podstawowych źródeł finansowania prowadzonej działalności operacyjnej i to w sposób nieprzewidywalny, stojący bowiem w opozycji do przyjętych i realizowanych do tej pory zobowiązań. Powyższą okoliczność zestawiał przy tym z ówczesną rzeczywistą sytuacją ekonomiczną płatnika wskazując, że zaległości składkowe spółki dotyczyły wówczas okresu 2-3 miesięcy. Wobec powyższego, w ocenie Sądu drugiej instancji istniejące po stronie inwestora zobowiązania, kształtujące wymiennie otoczenie ekonomiczne płatnika (w postaci umowy o współpracy i wspólnej inwestycji z dnia 1 grudnia 2011 r. oraz potwierdzającego uzgodnienia w tym zakresie oświadczenia A. z dnia 20 czerwca 2012 r.) i będąca ich

konsekwencją praktyka relacji gospodarczych między płatnikiem a A., dawały miarodajną podstawę do uznania, że płatnik środki na spłatę zadłużenia pozyska i nie było przesłanek do przyjęcia zagrożenia dla dalszego bytu spółki. Zatem trudności finansowe spółki, które ujawniły się przed złożeniem przez prezesa A. oświadczenia o zaprzestaniu finansowania płatnika, ujawnione w szczególności w postaci straty netto w wysokości 18.708.713 zł, wynikającej ze sprawozdania finansowego za 2011 r. oraz brak płatności i przez O.3. za wykonane przeloty, nie wpływał na równowagę finansową O.2. w takim stopniu, by podważyć możliwość kontynuowania przez płatnika działalności gospodarczej.

W kontekście powyższego, zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie zasługiwało na aprobatę stanowisko Sądu pierwszej instancji w zakresie przypisania decydującego znaczenia dla oceny kondycji ekonomicznej płatnika treści uchwały nr 1 Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki z dnia 21 czerwca 2012 r., w której potwierdzono zatwierdzenie sprawozdania finansowego za 2011 r. ze stratą netto. Sąd drugiej instancji zauważył, że specyfika prowadzonej przez spółkę działalności w postaci usług lotniczych wymagała uwzględnienia, że główną wartością przedsiębiorstwa był potencjał świadczenia usług lotniczych, a nie posiadane przez płatnika środki trwałe. Z tego też względu oszacowanie sytuacji finansowej i majątkowej spółki, dokonane przez sąd upadłościowy po zwróceniu samolotów do leasingodawców, nie oddawał faktycznej sytuacji ekonomicznej podmiotu, w której znajdował się on przed ogłoszeniem upadłości i w której zarząd podejmował decyzję o zgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości. Dopiero spotkanie w dniu 18 lipca 2012 r., na którym prezes A. poinformował zarząd płatnika o zaprzestaniu jej finansowania, przesądziło realnie o bycie spółki - w uwagi na pozbawienie jej zewnętrznych funduszy. Oznaczało to, że płatnik popadł wówczas w faktyczny stan niewypłacalności. Do tej pory zarząd płatnika pozostawał zaś w uprawnionym przekonaniu, opartym bowiem o postanowienia umowy z dnia 1 grudnia 2011 r., popartej pisemnym oświadczeniem inwestora z dnia 20 czerwca 2012 r., że środki finansowe na pokrycie jego bieżących zobowiązań są zabezpieczone przez dofinansowanie inwestycyjne głównego udziałowca. Powyższe stanowiło asumpt dla złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości O.2. niespełna dwa tygodnie po ujawnieniu się przesłanki uzasadniającej jego złożenie.

W konsekwencji datowania istotnego zachwiania płynności finansowej płatnika na dzień 18 lipca 2012 r. - w tym bowiem dniu w ocenie Sądu Apelacyjnego realnie zaistniała sytuacja uniemożliwiająca dalsze prowadzenie działalności, a zwłaszcza spłacanie należności względem wierzycieli - złożenie w dniu 31 lipca 2012 r. przez zarząd spółki wniosku o ogłoszenie jej upadłości likwidacyjnej nastąpiło we właściwym czasie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, brak jest dostatecznych dowodów i przesłanek faktycznych do przyjęcia okoliczności, by przed dniem 18 lipca 2012 r. O.2. znalazła się w takiej sytuacji, która uzasadniałaby zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości. W okolicznościach faktycznych sprawy zarząd płatnika w sposób uzasadniony oceniał bowiem, że niespłacanie zobowiązań było wynikiem przejściowych trudności, a poprawa kondycji finansowej spółki była realnie możliwa w przewidywalnym, stosunkowo krótkim okresie. Powyższa okoliczność zwolniła więc odwołującego od odpowiedzialności subsydiarnej za zobowiązania składkowe płatnika wobec prawidłowości jego stanowiska co do ziszczenia się przesłanki egzoneracyjnej, określonej w treści art. 116 § 1 pkt 1a Ordynacji podatkowej.

Skargę kasacyjną wywiódł organ rentowy zaskarżając wyrok Sądu Apelacyjnego w całości i zarzucając naruszenie prawa materialnego tj. art. 116 § 1 i § 2 oraz art. 108 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (jednolity tekst: Dz.U. z 2021 r., poz. 1540, ze zm.) w związku z art. 31 i 32 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, przez przyjęcie, że oświadczenie o finansowaniu spółki złożone wobec spółki bezwarunkowo zwalnia członków jej zarządu od ponoszenia odpowiedzialności za jej zobowiązania, jak również przez przyjęcie, że wobec wycofania finansowania ze strony A. dwutygodniowa zwłoka w złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości była usprawiedliwiona, które to naruszenie miały wpływ na treść zaskarżonego wyroku.

Wskazując na powyższe skarżący organ rentowy wniósł o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania jako oczywiście uzasadnionej, ewentualnie z uwagi na występujące w sprawie istotne zagadnienia prawne, o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i rozstrzygnięcie co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach

postępowania kasacyjnego oraz o zasądzenie od strony odwołującej na rzecz organu rentowego kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych,

W odpowiedzi na skargę kasacyjną odwołujący wniósł o jej oddalenie oraz o zasądzenie od organu rentowego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Sądem Najwyższym, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zaskarżony wyrok należało uchylić i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania.

Zgodnie z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, do należności z tytułu składek stosuje się odpowiednio m.in. art. 116 ustawy Ordynacja podatkowa. Natomiast odpowiednio do art. 32 ustawy systemowej, do składek na Fundusz Pracy, Fundusz Solidarnościowy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i Fundusz Emerytur Pomostowych oraz na ubezpieczenie zdrowotne w zakresie: ich poboru, egzekucji, wymierzania odsetek za zwłokę i dodatkowej opłaty, przepisów karnych, dokonywania zabezpieczeń na wszystkich nieruchomościach, ruchomościach i prawach zbywalnych dłużnika, odpowiedzialności osób trzecich i spadkobierców oraz stosowania ulg i umorzeń stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące składek na ubezpieczenia społeczne.

Przepis art. 116 ust. 1 i ust. 2 ustawy Ordynacja podatkowa stanowi zaś, że za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, prostej spółki akcyjnej, prostej spółki akcyjnej 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 w tym czasie zostało otwarte postępowanie restrukturyzacyjne w rozumieniu ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2020 r., poz. 814) albo zatwierdzono układ w postępowaniu o zatwierdzenie układu, o którym mowa w ustawie z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne, albo b) niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie

upadłości nastąpiło bez jego winy; 2) nie wskazuje mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części. Odpowiedzialność członków zarządu obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu, oraz zaległości wymienione w art. 52 oraz art. 52a powstałe w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu.

Istotą sporu w przedmiotowej sprawie jest kwestia skuteczności zgłoszenia przez J. Ł. wniosku o ogłoszenie upadłości w tzw. „właściwym czasie”, czyli w terminie, w którym byłaby możliwa całkowita spłata zadłużenia O.2. sp. z o.o. z tytułu zadłużenia odnośnie składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych w wyniku prowadzenia postępowania upadłościowego oraz kwestia nie wskazania przez J. Ł. mienia, z którego możliwe byłoby zaspokojenie zobowiązań Spółki w znacznej części.

W kontekście istoty sporu zwraca uwagę kilka okoliczności. Przede wszystkim, źródłem finansowania działalności Spółki były przychody z działalności gospodarczej w zakresie wykonywania lotów własnych i lotów świadczonych dla innych linii lotniczych oraz finansowanie otrzymywane bezpośrednio od udziałowca, czyli A. sp. z o.o. z przeznaczeniem na rozwój floty i inwestycje związane z rozwojem Spółki. Podstawę prawną w tym zakresie stanowiła umowa z dnia 1 grudnia 2011 r. Finansowanie odbywało się w etapach, w miarę zgłaszanych potrzeb, zgodnie z zamierzonym planem rozwoju. Inwestowanie w tym zakresie trwało od końca 2011 r. do czerwca 2012 r. Następną okoliczność dotyczy zatwierdzenia sprawozdania finansowego Spółki za rok obrotowy 2011 zamykający się stratą netto 18.708,713 zł, którą zdecydowano się pokryć z zysków lat przyszłych, cokolwiek niepewnych. Okolicznością kluczową dla sprawy była informacja z dnia 18 lipca 2012 r. pochodząca od prezesa zarządu A. Spółka z o.o. o całkowitym zaprzestaniu finansowania działalności operacyjnej Spółki. Kolejną ważną okolicznością, którą należy podnieść, jest ta, że według stanu na dzień 10 sierpnia 2012 r. Spółka zatrudniała 207 pracowników na podstawie umów o pracę oraz 120 pilotów na podstawie umów kontraktowych. W tym czasie koszty postępowania upadłościowego spółki wynosiły 5.772.439, 74 zł, zaś stan jej

środków pieniężnych wynosił 658.801,95 zł. Po ogłoszeniu upadłości spółki jej majątek wynosił 1.024.709 zł, a wszystkie wymagalne zobowiązania wynosiły łącznie ponad 122.000,000 zł.

W sprawie nie ma znaczenia fakt, że zarząd Spółki, w tym J.Ł. pierwszy wniosek o ogłoszenie upadłości złożyli 31 lipca 2012 r. i został on rozpoznany negatywnie, niezależnie od tego czy został zgłoszony, czy złożony, ale znaczenie ma fakt, że Spółka miała problemy finansowe przed złożeniem przez prezesa A. oświadczenia o zaprzestaniu jej finansowania, czego definitywnym dopełnieniem była informacja prezesa A. o zaprzestaniu finansowania Spółki.

Niezwykle ważna jest okoliczność określona w umowie pomiędzy Spółką a A., w której stwierdzono, że wysokość i terminy przekazania środków będą przedmiotem uzgodnienia stron, z tym, że O.2. ma wyłączne prawo wskazania zapotrzebowania finansowego, jak i wskazania celów biznesowych. Jednakże inwestor, czyli Spółka A. może przedstawione plany zaakceptować albo odmówić ich finansowania i zażądać przedstawienia zmodyfikowanych propozycji. Słuszne w omawianym zakresie jest stwierdzenie Sądu Okręgowego, iż z powyższej umowy nie wynika, że A. będzie bezwarunkowo przekazywać miesięczne środki finansowe O.2. na regulowanie zobowiązań. Ponadto stan faktyczny w sprawie wskazuje, że J. Ł. orientował się w sytuacji finansowej Spółki, bowiem zaległości w postaci składek za maj 2012 r. powstały w czerwcu 2012 r.

W sprawie należy zgodzić się ze stwierdzeniem, że J. Ł. podjął uzasadnione ryzyko ratowania sytuacji finansowej Spółki, jednakże nie odniosło ono sukcesu. Brak jest dowodów na odzyskanie środków finansowych od zalegającego w płatnościach partnera handlowego O.2., zaś A. inwestował w Spółkę jedynie przez okres od końca 2011 r. do czerwca 2012 r., zatem to nie było inwestowanie sukcesywnie perspektywiczne i długotrwałe, a trwające jedynie 6 miesięcy. Tak krótkotrwały okres zewnętrznego finansowania w żadnej mierze nie uzasadnia tezy o perspektywicznej długotrwałości finansowania Spółki i pewności finansowego jej funkcjonowania od podmiotów zewnętrznych, bez programu inicjatyw własnych w tym zakresie.

W niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę jej materiał, należy skłonić się do poglądu skarżącego organu rentowego, że aby ustalić, czy wniosek o ogłoszenie

upadłości został zgłoszony we właściwym terminie należy liczyć czas na jego zgłoszenia od momentu trwałego zaprzestania płacenia składek, a nie od momentu zaprzestania finansowania danego podmiotu przez inny podmiot. Umowa pomiędzy Spółką a finansującą jej działalność inną Spółką nie gwarantowała ciągłości finansowania. Materiał dowodowy wskazuje, że audytor, czyli G. Sp. z o.o. badający sprawozdanie finansowe Spółki miał poważne wątpliwości dotyczące sytuacji finansowej Spółki.

Generalnie, nie do zaakceptowania jest stan, w którym w przeważającym zakresie na rynku finansowo-handlowym finansowanie według prawa, samodzielnej osoby prawnej jest uzależnione od zasobów finansowych innej samodzielnej osoby prawnej w tak przeważającej mierze o niepewnej przyszłości w tym zakresie bez rzeczywistej alternatywy podmiotu prowadzonego.

Wobec braku praktycznej skuteczności, bezpodstawnie przyjęto, że oświadczenie o finansowaniu Spółki złożone wobec Spółki bezwarunkowo zwalnia członków jej zarządu od ponoszenia odpowiedzialności za jej zobowiązania. Natomiast w pełni podstawnie przyjęto, że odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania niewypłacalnej Spółki ma charakter odpowiedzialności gwarancyjnej, której przesłanką jest fakt nieuiszczenia należności składkowych przez dłużnika, wynikający z niedołożenia staranności wymaganej od członków zarządu. Odpowiedzialność ta istnieje ze względu na niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub zawinione opóźnienie w doprowadzeniu do stanu upadłości i obciąża członków zarządu jako gwarantów wypłacalności osoby prawnej na podstawie konstytucyjnej decyzji administracyjnej. Wobec tego odpowiedzialność gwarancyjna, obciąża podejmujących określone ryzyko gospodarze, w tym członka zarządu osoby prawnej.

W kwintesencji niniejszego rozstrzygnięcia wypada nadmienić, że argumentacja zawarta w odpowiedzi na skargę przedstawia się nadzwyczaj powierzchownie, próbując narzucić skardze kasacyjnej określone mankamenty, jednocześnie w poważny sposób obnażając własny brak kontrargumentacji.

Niewątpliwie w sprawie istotny jest moment tzw. „właściwego czasu na zgłoszenie wniosku” o ogłoszenie upadłości. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 15 marca 2018 r. w sprawie III CSK 398/16 (LEX nr 2490898),

choć określenie "właściwy czas" do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w rozumieniu art. 299 § 2 k.s.h. powinno być interpretowane z uwzględnieniem przepisów zawartych w prawie upadłościowym, to jednak nie można - dla celów jego wykładni - przenosić na grunt art. 299 § 2 k.s.h. wymagania, aby dochowany został termin określony w art. 21 ust. 1 p.u.n. Właściwy czas w rozumieniu art. 299 § 2 k.s.h. oznacza w związku z tym taki moment, w którym wprowadzić wszystkich wierzycieli nie da się już zaspokoić, ale istnieje jeszcze majątek spółki pozwalający na co najmniej częściowe zaspokojenie jej wierzycieli w postępowaniu upadłościowym (LEX nr 2490898). Takiej okoliczności w niniejszej sprawie nie stwierdzono.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy należy uwzględnić uwagi poczynione w uzasadnieniu niniejszego rozstrzygnięcia.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w sentencji.