

Sygn. akt VI ACa 881/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 lutego 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Małgorzata Manowska

Sędzia SA – Regina Owczarek – Jędrasik (spr.)

Sędzia SA – Ryszard Sarnowicz

Protokolant: – sekr. sądowy Beata Pelikańska

po rozpoznaniu w dniu 12 lutego 2013 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa H. J.

przeciwko M. E. (1)

z udziałem interwenienta ubocznego J. S.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego i interwenienta ubocznego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 29 lutego 2012 r., sygn. akt XXV C 4219/05

1/ zmienia zaskarżony wyrok częściowo, to jest w ten sposób, że:

a/ uchyla wyrok zaoczny z dnia 15 marca 2006r., sygn. akt XXVC 4219/05 w punkcie pierwszym (I) w stosunku do M. E. (1) w części zasądzającej odsetki ustawowe od kwoty 125.070, 15 (sto dwadzieścia pięć tysięcy siedemdziesiąt 15 / 100) złotych za czas od 7 września 2005r. do 11 lipca 2006r. i w tym zakresie powództwo w stosunku do M. E. (1) oddala;

b/ utrzymuje w mocy wyrok zaoczny z dnia 15 marca 2006r. w stosunku do M. E. (1) w pozostałej części;

2/ oddala apelację w pozostałym zakresie.

Sygn. akt VIA Ca 881 / 12

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 7 września 2005r. powódka H. J. / z domu S. /wniosła o zasądzenie solidarnie od pozwanych M. E. (1) i J. S. – jako członków Zarządu (...) Sp. z o.o. w W. – kwoty 125.070,15 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu.

W uzasadnieniu pozwu powódka wskazała, że okazała się bezskuteczna w zakresie kwoty dochodzonej pozwem egzekucja przeciwko Spółce (...) wierzycelności powódki stwierdzonych tytułem wykonawczym w postaci wyroku Sądu

Okręgowego w Warszawie z dnia 22 lipca 2004r. sygn. akt XII P 919/03, któremu klauzulę wykonalności nadano postanowieniem z dnia 7 października 2004r.

Wyrokiem zaocznym z dnia 15 marca 2006r. sygn. akt XXVC 4219 / 05 Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od M. E. (1) i J. S. solidarnie na rzecz powódki kwotę 125.070, 15 zł z ustawowymi odsetkami od 7 września 2005r. do dnia zapłaty/ punkt 1 sentencji/, nakazał pobrać na rzecz Skarbu Państwa / kasa Sądu Okręgowego w Warszawie/ solidarnie od pozwanych kwotę 7.853,50 zł tytułem nieuiszczonego wpisu sądowego /punkt 2 sentencji/ oraz wyrokowi w punkcie 1 nadał rygor natychmiastowej wykonalności.

Pozwani wnieśli sprzeciw od wyroku zaocznego wraz z wnioskiem o przywrócenie terminu na złożenie sprzeciwu.

Postanowieniem z dnia 25 października 2006r. Sąd Okręgowy w Warszawie przywrócił M. E. (1) termin na wniesienie sprzeciwu od wyroku zaocznego z dnia 15 marca 2006r. , odrzucił wniosek J. S. o przywrócenie terminu do wniesienia sprzeciwu od wyroku zaocznego oraz odrzucił sprzeciw J. S. od wyroku zaocznego. Zażalenie J. S. na postanowienie Sądu Okręgowego odrzucające jego sprzeciw od wyroku zaocznego zostało oddalone postanowieniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2007r., sygn. akt VIA Ca 792 / 07.

W piśmie z dnia 26 września 2007r. J. S. zgłosił interwencję uboczną po stronie pozwanego, wskazując, że jako członek Zarządu Spółki (...) odpowiada solidarnie z pozwanym M. E. (1) za zobowiązania Spółki i oddalenie powództwa będzie na zasadzie art. 375 § 2 k.c. skuteczne bezpośrednio w stosunku do interwenienta.

Postanowieniem z dnia 14 listopada 2007r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił opozycję powódki przeciwko wstąpieniu interwenienta ubocznego. Zażalenie powódki na to postanowienie zostało oddalone postanowieniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 lutego 2009r., sygn. akt VIA Cz 1203 / 08 ze wskazaniem, że w świetle przepisu art. 375 § 2 k.c. oraz art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. J. S. ma interes prawny w tym, aby sprawa została rozstrzygnięta na korzyść pozwanego M. E. (2).

Wyrokiem z dnia 29 lutego 2012r., sygn. akt XXV C 4219 / 05 Sąd Okręgowy w Warszawie utrzymał w mocy w całości wyrok zaoczny z dnia 15 marca 2006r. w stosunku do M. E. (1), przyjmując za podstawę rozstrzygnięcia następujące ustalenia.

Spółka (...) powstała 10 kwietnia 2000r. Członkami Zarządu tej Spółki byli: pozwany M. E. (1) od chwili zawiązania oraz interwenient – J. S. od 29 kwietnia 2002r. do 16 czerwca 2003r.

W okresie od 2000r. do 2003r. Spółka (...) nie posiadała zdolności kredytowej. Spółka finansowała swoją działalność z pożyczek udzielanych przez jedynego udziałowca – (...), a także inne podmioty , np.: przez pozwanego M. E. (1) oraz (...) sp. z o.o.. Kolejnymi aneksami przesuwano terminy spłat pożyczek, a w przypadku ich niespłacenia przewidziano możliwość konwersji wymagalnej wierzytelności na kapitał zakładowy Spółki (...) i objęcia udziału w podwyższonym kapitale zakładowym po cenie nominalnej. Ostatecznie dokonano konwersji wierzytelności (...), co skutkowało zwolnieniem Spółki z długu, przy czym brak w tym zakresie wymaganych dokumentów i zgłoszeń do KRS.

Już w 2001r. Spółka (...) odnotowała stratę w wysokości 3.500.000 zł

W 2002r. były prowadzone negocjacje z potencjalnymi inwestorami zewnętrznymi – (...) S.A. / dalej (...) S. A. / , których przedmiotem był zakup udziałów w Spółce (...) przez (...) S.A. Pod koniec 2002r. były również prowadzone negocjacje z (...) S.A. i (...) S. A. Prowadzono również rozmowy z (...) / dalej (...) / dotyczące sprzedaży Spółki (...). Ostatecznie wszystkie rozmowy z potencjalnymi inwestorami zakończyły się niepowodzeniem.

Ewentualne powodzenie negocjacji i wprowadzenie inwestora strategicznego zwiększało szanse na wyprowadzenie Spółki (...) z kryzysu finansowego i uzyskanie płynności finansowej, jednakże biorąc pod uwagę ówczesną sytuację Spółki (...) negocjacje celem znalezienia inwestora strategicznego były spóźnione.

Powódka była zatrudniona w Spółce (...) od wiosny 2002r. do maja 2003r. na stanowisku głównej księgowej na podstawie umowy o pracę.

Na przełomie lipca i sierpnia 2002r. Spółka (...) wstrzymała wypłatę pracownikom wynagrodzenia, a w grudniu 2002r. pracownicy w ramach wynagrodzenia otrzymali jedynie po około 500 zł.

Latem 2002r. zaproponowano pracownikom zmianę umowy o pracę w ten sposób, że do czasu znalezienia inwestora strategicznego pracownicy mieliby otrzymywać wynagrodzenie w wysokości wynagrodzenia minimalnego, a następnie po znalezieniu inwestora różnica między wynagrodzeniem wynikającym z umowy o pracę a zmienionym zostałaby wyrównana. Ostatecznie od połowy maja 2002r. do maja 2003r. pracownicy otrzymywali tylko częściowe wynagrodzenie i to tylko wtedy, gdy Spółka (...) posiadała środki. Pracownicy uczestniczyli w spotkaniach z potencjalnymi inwestorami, na których byli przekonywani, że inwestor wejdzie. Pracownicy poinformowali Zarząd Spółki (...) o zamiarze wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości, jednak Zarząd nalegał, aby tego nie robić, gdyż pogorszy to pozycję negocjacyjną Spółki (...).

Spółka już w pierwszej połowie 2002r. nie regulowała swoich zobowiązań. Zarząd Spółki (...) został poinformowany o okolicznościach uzasadniających złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości.

Pozwany M. E. (1), jako członek Zarządu miał świadomość utraty przez Spółkę (...) płynności finansowej w połowie 2002r., co potwierdzają takie okoliczności jak: wstrzymanie zawierania umów powodujących zwiększenie zobowiązań, w miarę bieżące regulowanie do czerwca 2002r. zobowiązań wobec dostawców, nieregulowanie zobowiązań wobec pracowników, zobowiązań z tytułu podatków, zawieranie porozumień z dostawcami odsuwających termin płatności do czasu znalezienia inwestora.

Na 31 stycznia 2003r. majątek Spółki (...) wynosił 9.191.398,61 zł, zobowiązania zaś wynosiły 12.121.170 zł, w tym zadłużenie wobec dostawców wynosiło 3.689.640,62 zł, zadłużenie z tytułu zaciągniętych pożyczek wynosiło 3.996.438,03 zł, zobowiązania z tytułu podatków wynosiły 469.878,59 zł, tym samym zobowiązania przekraczały majątek Spółki (...) o kwotę 2.929.771,39 zł.

Poważne trudności finansowe Spółki (...) potwierdzają: wskaźnik płynności finansowej wynoszący 0,43 przy normie powyżej 1,0 oraz wskaźnik ogólnego zadłużenia wynoszący 1,26 przy normie poniżej 1,0.

Mając na uwadze stratę odnotowaną już w 2001r. / około 3.500.000 zł/ wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki (...) winien zostać złożony w terminie dwóch tygodni od dnia 31 marca 2002r., tj. do 14 kwietnia 2002r., a najpóźniej w terminie dwóch tygodni od dnia 30 czerwca 2002r.

Tymczasem dopiero w lutym 2003r. pracownicy oraz Zarząd Spółki (...) złożyli niezależne od siebie dwa wnioski o ogłoszenie upadłości Spółki. Wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki (...) został oddalony z uwagi na fakt, że majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza nawet na zaspokojenie kosztów postępowania.

Spółka (...) zaprzestała faktycznie działalności w maju 2003r. po oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości.

Dopiero w listopadzie 2003r. Spółka (...) wypłaciła pierwsze zaległe wynagrodzenie pracowników w wysokości 14.500 zł, a w grudniu w wysokości 30.000 zł.

Wyrokiem z dnia 22 lipca 2004r. sygn. akt XII P 919/03 Sąd Okręgowy w Warszawie (...) Wydział Pracy zasądził na rzecz H. S. / obecne nazwisko J./ od Spółki (...) łącznie kwotę 101.034,45 zł tytułem wynagrodzenia oraz kwotę 24.000 zł tytułem odprawy.

Postanowieniem z dnia 20 lipca 2005r. Komornik sądowy przy Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy umorzył postępowanie egzekucyjne toczące się z wniosku H. S. przeciwko Spółce (...) na podstawie wyroku w sprawie XII

P 919/ 03 zaopatrzonego w klauzulę wykonalności z uwagi na częściową bezskuteczność egzekucji z ruchomości, wierzytelności i kont bankowych.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy stwierdził, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd I instancji ustalił, że powódka wykazała przesłanki odpowiedzialności określone przepisem art. 299§ 1 KSH, warunkujące przypisanie pozwanemu M. E. (3) obowiązku zapłaty na rzecz powódki dochodzonej kwoty, natomiast pozwany nie udowodnił żadnej z wymienionych w art. 299 § 2 KSH okoliczności uzasadniających wyłączenie jego odpowiedzialności.

W okresie, którego dotyczą wymagalne roszczenia powódki, Spółka (...) miała problemy z terminowym regulowaniem zobowiązań, utraciła płynność finansową, jej zobowiązania znacznie przekraczały majątek, czego pozwany miał świadomość. Uzależnianie zatem przyszłości Spółki od znalezienia inwestora strategicznego w sytuacji, gdy Spółka miała już problemy świadczyło – zdaniem Sądu Okręgowego - o życzeniowym podejściu do rzeczywistości. Sąd I instancji uznał, że złożony w lutym 2003r. wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki (...) był spóźniony, zgodnie bowiem z przepisami art. 1 oraz art. 5 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe / tekst jednolity: Dz. U. 1991. 118.512 ze zm., dalej jako Prawo upadłościowe 1934r. / okoliczności zobowiązujące członków zarządu do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości zaistniały najpóźniej w połowie 2002r.

W ocenie Sądu I instancji nie można także uznać, iż brak podjęcia właściwych czynności w tym zakresie nastąpił bez winy pozwanego, skoro miał on pełną świadomość co do stanu finansów Spółki (...) i braku płynności, czyli zaistnienia okoliczności skutkujących koniecznością złożenia wniosku o upadłość. Sąd Okręgowy wskazał, że nie zachodzi także przesłanka egzoneracyjna polegająca na wykazaniu, iż pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania układowego wierzyciel nie poniósł szkody.

Wobec kwestionowania przez pozwanego wysokości roszczenia zgłoszonego przez powódkę z uwagi na niepomniejszenie kwot zasądzonych na rzecz powódki wyrokiem z dnia 22 lipca 2004r. o podatek dochodowy i składki ZUS Sąd Okręgowy wskazał, że jeżeli wierzyciel dochodzący roszczenia przewidzianego w art. 299 KSH przedstawia prawomocny wyrok stwierdzający zobowiązanie spółki, to sąd nie może badać, czy stwierdzone w nim zobowiązanie spółki istnieje i w jakim rozmiarze.

Jeśli chodzi o odsetki za opóźnienie, które w wyroku zaocznym zostały zasądzone od daty wniesienia pozwu zgodnie z żądaniem powódki, Sąd Okręgowy wskazał, że odsetki od odszkodowania dochodzonego na podstawie art. 299 KSH należą się od chwili wymagalności ustalonej zgodnie z art. 455 k.c., czyli niezwłocznie po wezwaniu członka zarządu do zapłaty sumy zobowiązania, którego egzekucja przeciwko spółce okazała się bezskuteczna. Sąd I instancji stwierdził, że w aktach sprawy znajdują się wezwania do zapłaty skierowane do członków Zarządu Spółki (...), brak zaś potwierdzenia odbioru wezwania przez pozwanego nie uniemożliwia zasądzenia odsetek zgodnie z żądaniem powódki, ponieważ pozwany nie wykazał, by w postępowaniu przesądowym nie był wzywany do uregulowania należności będącej przedmiotem sporu.

Z tych względów wyrokiem z dnia 29 lutego 2012r. Sąd Okręgowy utrzymał w mocy wyrok zaoczny z dnia 15 marca 2006r. wobec pozwanego M. E. (1).

Wyrok z dnia 29 lutego 2012r. został w całości zaskarżony przez pozwanego M. E. (1) oraz interwenienta ubocznego J. S. apelacją, która zarzuca temu wyrokowi:

- naruszenie art.299 §2 KSH przez błędną interpretację i przyjęcie, że realna szansa pozyskania inwestora strategicznego oraz brak możliwości zaspokojenia roszczeń powódki również przed zgłoszeniem wniosku o ogłoszenie upadłości spółki nie stanowią przesłanek egzoneracyjnych,

-naruszenie art.361 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie w sprawie, a przez to uznanie, iż powódce należy się odszkodowanie w wysokości wynagrodzenia brutto zasądzanego od Spółki podczas, gdy rzeczywista szkoda ogranicza

się do wynagrodzenia pomniejszonego o zaliczki na podatek od osób fizycznych oraz składki na ubezpieczenie społeczne,

- naruszenie art. 366 k.c. przez jego niezastosowanie i przyjęcie, że zaspokojenie roszczeń powódki przez zobowiązanego solidarnie interwenienta ubocznego nie skutkuje zwolnieniem pozwanego z obowiązku zapłaty powódce,

- naruszenie art. 455 i art. 481 k.c. w związku z art. 299 KSH przez ich niewłaściwą interpretację i przyjęcie, że odsetki od roszczenia opartego na art. 299 KSH należne są od daty wniesienia pozwu podczas, gdy odsetki od roszczeń odszkodowawczych należne są od dnia ustalenia wysokości szkody,

- naruszenie art. 52 ust.2 ustawy z dnia 29 września 1994r. o rachunkowości / tj. Dz. U. 2009.152.1223 ze zm., dalej jako ustawa o rachunkowości / przez jego niezastosowanie i przyjęcie, że dokumenty niepodpisane przez zarząd mogą być uznane za sprawozdanie finansowe spółki i stanowić podstawę do oceny jej kondycji finansowej,

- naruszenie art.203 KSH przez jego niezastosowanie i przyjęcie odpowiedzialności J. S. za cały okres objęty pozwem, podczas gdy został on odwołany z funkcji w lutym 2003r.

- naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez oparcie się na opinii biegłej E. K., pomimo pominięcia przez biegłą szeregu dokumentów , a także wyciągnięcia przez biegłą wniosków sprzecznych ze zgromadzonym materiałem dowodowym i zasadami doświadczenia życiowego oraz poprzez przyjęcie, iż zaistniały przesłanki do ogłoszenia upadłości Spółki (...).

Apelacja wnosi o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy przez oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Ponadto apelacja wnosi o przywrócenie terminu dla interwenienta ubocznego na złożenie sprzeciwu od wyroku zaocznego oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny w Warszawie zważył , co następuje.

Apelacja jest niezasadna.

Sąd Okręgowy poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne co do faktów istotnych dla rozstrzygnięcia, zarzut zatem naruszenia przepisu art. 233 k.p.c. nie zasługuje na uwzględnienie. Ramy swobodnej oceny dowodów / art.233 § 1 k.p.c. / wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i ważąc ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego / wyrok SN z dnia 10 czerwca 1999r. – UKN 685 / 98, OSNAPiUS 2000,nr 17, poz. 655/. Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez Sąd I instancji przepisu art. 233 § 1 k.p.c. wymaga zatem wykazania, że Sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania, sprzeczności oceny z doświadczeniem życiowym, braku wszechstronności albo nie oparł się na wszystkich dowodach przeprowadzonych w postępowaniu. Gdy bowiem sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym z całości materiału dowodowego, z którego można wysnuć także wnioski odmienne, nie można mu przypisać zarzutu naruszenia art.233 § 1 k.p.c. Takie działanie mieści się w przyznanych sądowi kompetencjach do swobodnego uznania, którą z możliwych wersji uznaje za prawdziwą / wyroki SN: z 27 września 2002r. , IICKN 817 / 00 – Lex Polonica nr 376152; z 9 stycznia 2004r. IVCK 339 / 02 – LexPolonica nr 1632812/.

W ocenie Sądu Apelacyjnego apelujący nie wykazali, aby oceniając materiał dowodowy Sąd Okręgowy przekroczył granice zakreślone przepisem art. 233 § 1 k.p.c.

Naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. skarżący dopatrują się w tym, że Sąd I instancji uwzględnił opinię biegłej E. K. i na tej podstawie ustalił termin właściwy dla zgłoszenia upadłości Spółki (...).

Zdaniem skarżących podstawowym błędem opinii było oparcie się na dokumentach niestanowiących dokumentów bilansowych spółki w rozumieniu art. 52 ust2 ustawy z dnia 29 września 1994r. o rachunkowości / tj. Dz. U. z 2009.152. (...) ze zm./.

Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. W świetle postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 9 lutego 2011r. o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego / k. 1005- 1006 / opinia biegłego miała być sporządzona w oparciu o akta przedmiotowej sprawy. Pozwany zaś jako dowody w sprawie na okoliczność stanu majątkowego Spółki (...) przedłożył pismo (...) Sp. z o.o. w W. z dnia 27 stycznia 2003r. skierowane do pozwanego M. E. wraz z bilansem na 31 grudnia 2002r. , zawierającym korekty urealnijające / k. 248- 250 i 784-788/, pismo rewidenta R. B. z dnia 25 września 2007r. skierowane do M. E. (1) wraz z bilansem złożonym w Sądzie sporządzonym 28 lutego 2003r. według stanu na 31 stycznia 2003r. oraz bilansem przekształconym sporządzonym 25 września 2007r. według stanu na 31 stycznia 2003r. / k. 499- 504 ,789-794/.

Skoro więc pozwany nie przedłożył bilansu sporządzonego zgodnie z powoływanymi przepisami ustawy o rachunkowości, a to na pozwanym spoczywa ciężar dowodu okoliczności wyłączających jego odpowiedzialność- to pozwany nie może skutecznie zarzucać, że biegła oceniła w opinii sytuację majątkową Spółki (...) uwzględniając bilans sporządzony pod pieczętą Spółki (...), podpisany 28 lutego 2003r. przez Dyrektora Finansowego R. J. i złożony w Sądzie upadłościowym / v. pismo rewidenta R. B. – k. 500/.

Nieskuteczny jest także zarzut apelacji, że w opinii biegłej pominięto szereg dokumentów, biegła bowiem wyjaśniła dlaczego nie uwzględniła bilansów zawierających korekty i dlaczego nie uwzględniła tych korekt / zeznania biegłej – k. 1082-1086/.

Według apelujących opinia biegłej nie powinna być brana pod uwagę, gdyż bilans nie odzwierciedla w pełni wszystkich składników majątku przedsiębiorcy składających się na pojęcie majątku sensu largo, a ustalenie istnienia przesłanek do ogłoszenia upadłości nastąpiło wbrew przedstawionym dowodom, dotyczącym niewymagalności zobowiązań / prolongaty spłat wierzytelności udzielone przez dostawców , zapisy dotyczące konwersji długu na kapitał w umowach pożyczki/ , bieżącego prowadzenia działalności i regulowania płatności z tym związanych, posiadania majątku wystarczającego na pokrycie zobowiązań spółki, zaawansowanych rozmów z inwestorami.

Jednakże podnoszone okoliczności nie uzasadniają podważenia opinii biegłej. Zgodnie z przepisem art. 9 §2 ust.1 pkt 1 Prawa upadłościowego 1934 jeżeli wniosek o ogłoszenie upadłości składa dłużnik winien on przedstawić sprawozdanie finansowe, a jeżeli na podstawie odrębnych przepisów nie ma obowiązku sporządzenia sprawozdania – bilans sporządzony dla celów tego postępowania. W świetle takiej treści przepisu brak jest podstaw do przyjęcia, że chodzi w tym przepisie o bilans sporządzony według innych zasad niż te, które są wskazane w ustawie o rachunkowości , bilans powinien zatem odpowiadać wymogom określonym w przepisach ustawy o rachunkowości i zawierać pozycje czynne i bierne majątku dłużnika z podaniem ich wartości bilansowej i wynikające z zestawienia tych pozycji czynne i bierne saldo.

Podnoszona zatem przez skarżących okoliczność, że wierzytelności pożyczkodawców nie były wymagalne nie daje podstawy do przyjęcia, że zobowiązania z tego tytułu zostały nieprawidłowo zaliczone w bilansie po stronie pasywów, a konkretnie zostały zaliczone do zobowiązań Spółki (...).

Nie ma także podstaw do wykazywania pożyczek udzielonych Spółce (...) w bilansie w pozycji kapitał zakładowy, skoro po 29 kwietnia 2002r. nie doszło do podwyższenia kapitału zakładowego Spółki / v. KRS –k.523-527/.

Ocena, czy zachodziły przesłanki do ogłoszenia upadłości i kiedy był właściwy czas do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości powinna być dokonana z perspektywy sytuacji istniejącej w chwili kiedy było wiadomo już, że dłużnik nie będzie w stanie spłacić długów lub że majątek dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie długów, a nie z uwzględnieniem późniejszych zdarzeń.

Dlatego też okoliczność, że 23 kwietnia 2003r. M. E. (1) złożył w imieniu Spółki (...) oświadczenie o zwolnieniu Spółki (...) z długu w wysokości 300.000 USD z tytułu pożyczki / k. 232-233/ oraz że 23 października 2003r. pomiędzy Spółką (...) i wierzycielem – (...) Sp. z o.o. w W. została zawarta umowa o zwolnienie z długu wynikającego z niezapłacenia należności za rok 2002 z umów o udzielenie licencji i świadczeniu usług / k. 515 i 765 / nie mają znaczenia dla oceny, czy w 2002r. istniały przesłanki do zgłoszenia wniosku o upadłość Spółki (...). Twierdzenia pozwanego o zgodzie na umorzenie zobowiązań wyrażonej przez inne podmioty nie zostały poparte dowodami.

Opinii biegłej o istnieniu już w połowie 2002r. przesłanek do zgłoszenia wniosku o upadłość nie podważa także okoliczność, że wobec odstąpienia przez firmę (...) od umowy sprzedaży terminali z powodu niezapłacenia ceny za terminale zobowiązania Spółki (...) były mniejsze o kwotę odpowiadającą cenie terminali / zeznania świadka A. B. – k.884-886 /. Jak wynika z zeznań wskazanego świadka Spółka (...) przez okres około 9 miesięcy zalegała z zapłatą za towar i z tej przyczyny sprzedawca odstąpił od umowy po powzięciu wiadomości, że jeden z wierzycieli będzie stawiał Spółkę (...) w stan upadłości, co miało miejsce w 2003r. Dyrektor Spółki (...) w piśmie skierowanym 4 sierpnia 2006r. do pozwanego stwierdził, że „odstąpienie miało miejsce w dniu 10 kwietnia 2003r. kiedy to (...) Sp. z o.o. w związku z brakiem możliwości otrzymania zapłaty za terminale odstąpiła od wykonania umowy i wystawiła faktury korygujące do wystawionych faktur sprzedaży” / k. 247 i 513/. Oceniając zatem sytuację Spółki (...) według stanu rzeczy istniejącego w połowie 2002r. nie ma podstaw do nieuwzględnienia długu Spółki (...) z tytułu ceny terminali w zobowiązaniach tej Spółki.

W postępowaniu upadłościowym mimo złożenia bilansu sporządzonego zgodnie z ustawą o rachunkowości dłużnik może wykazywać, że bilansowa wartość należących do niego przedmiotów jest niższa od faktycznej.

W rozpoznawanej sprawie skarżący twierdzą, że Spółka (...) posiadała majątek wystarczający na pokrycie jej zobowiązań, wywodząc, że aktywa bilansowe nie odzwierciedlają rzeczywistej wartości Spółki (...), gdyż począwszy od czerwca 2002r. do stycznia 2003r. Spółka (...) miała możliwość sprzedaży firmie (...) z Wielkiej Brytanii aplikacji wraz z należącymi do nich prawami autorskimi oraz specyfikacjami stworzonymi przez Spółkę za sumę 1 miliona funtów brytyjskich / oświadczenie P. P. A. z dnia 13 września 2006r.- k. 509 – 511 oraz zeznania świadka P. P. A. – k.1008-1011/, ponadto w czerwcu 2002r. firma (...) S.A. złożyła oficjalną ofertę zakupu pełnej infrastruktury technicznej znajdującej się w siedzibie (...) Sp. z o.o. za sumę 1 miliona złotych / pismo (...) S.A. w B. z dnia 18 października 2006r. – k. 512 /. Jednakże Spółka (...) nie przyjęła powoływanych ofert, podnoszona zaś okoliczność ich złożenia nie uzasadnia – wbrew stanowisku skarżących – korekty w bilansie wartości wskazanych aktywów do kwot podanych w ofertach, jednostkowe bowiem oferty złożone w określonym czasie i warunkach nie uzasadniają uznania, że faktyczna wartość należących do przedsiębiorcy przedmiotów jest wyższa niż ich wartość bilansowa.

W związku z tym pozwany nie udowodnił także twierdzenia, według którego Spółka (...) posiadała majątek wystarczający na pokrycie zobowiązań.

Trzeba dodać, że (...) w piśmie z dnia 25 września 2007r., przy którym przekazał pozwanemu bilans przekształcony według informacji pozwanego, zastrzegł, że stan aktywów na dzień 31 stycznia 2003r. przekraczałby zobowiązania firmy (...) w przypadku, gdyby założenia uwzględnione w przekształconym bilansie były prawdziwe, co jak już wynika z powyższych ustaleń co najmniej w części nie zostało wykazane.

Jeśli chodzi o rozmowy z inwestorami, to jak wynika z opinii biegłej skuteczność tych rozmów w I-III kwartale 2002r. dawała potencjalną szansę na wyprowadzenie Spółki (...) z kryzysu finansowego trwającego w połowie 2002r. i na uzyskanie płynności finansowej, jednakże w tym czasie nie doszło do podpisania żadnych umów z inwestorami strategicznymi.

W świetle powyższego Sąd I instancji ustalając na podstawie opinii biegłej, że wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki (...) winien zostać zgłoszony najpóźniej w terminie dwóch tygodni od dnia 30 czerwca 2002r. nie dopuścił się naruszenia art.233 § 1 k.p.c.

Apelujący podnoszą, że wnosili o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w celu sporządzenia wyceny porównawczej Spółki (...) na koniec stycznia 2003r. przy przyjęciu założenia, iż miała zostać zrealizowana oferta złożona przez (...) / k. 998-999/ . Postanowieniem z dnia 9 lutego 2011r. /k. 1005 -1006 / Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego dostosowując tezę dowodową do treści przepisu art. 299 § 2 KSH. Ustosunkowując się do opinii biegłej apelujący nie podnosili kwestii nie uwzględnienia ich tezy dowodowej, ani nie wnosili o dopuszczenie dowodu z innego biegłego / pismo z dnia 12 września 2011r. -k. 1043-1047/ , na rozprawie zaś 17 lutego 2012r. oświadczyli, że nie zgłaszają wniosków dowodowych / protokół – k. 1108/.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że wycena Spółki (...) na koniec stycznia 2003r. przy przyjęciu założenia sprzedaży praw własności intelektualnej do oprogramowania i aplikacji na rzecz (...) nie była przydatna dla oceny istotnych dla rozstrzygnięcia przesłanek określonych w art.299 § 2 KSH w sytuacji, gdy oferta (...) nie została przyjęta przez Spółkę (...), a sama oferta (...) nie jest wystarczająca dla ustalenia, że wartość aktywów bilansowych Spółki (...) różni się od wartości faktycznej.

Z tych względów nie można uznać, aby przed Sądem I instancji doszło do naruszenia przepisów postępowania mogących mieć wpływ na rozstrzygnięcie.

W konsekwencji należy stwierdzić, że Sąd Okręgowy poczynił prawidłowe ustalenia co do faktów istotnych dla rozstrzygnięcia i na tej podstawie prawidłowo ustalił, że powódka wykazała, iż egzekucja przeciwko Spółce (...) okazała się bezskuteczna, co uzasadnia przyjęcie odpowiedzialności pozwanego za jej zobowiązania, natomiast apelujący nie wykazali zaistnienia okoliczności wyłączających odpowiedzialność pozwanego określonych w art. 299 § 2 KSH.

Od odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH członek zarządu może się uwolnić , jeżeli wykaże, że:

- we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe,
- niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z jego winy,
- pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcia postępowania układowego wierzyciel nie poniósł szkody.

W ocenie Sądu Apelacyjnego przesłanki zwolnienia członka zarządu od odpowiedzialności zostały określone wyczerpująco w przepisie art. 299 § 2 KSH , przy czym ciężar udowodnienia tych przesłanek spoczywa na członku zarządu spółki.

W rozpoznawanej sprawie pozwany twierdził, że nie zaistniały w ogóle przesłanki do zgłoszenia wniosku o upadłość Spółki (...), bo Spółka nie zaprzestała płacenia długów w rozumieniu art. 1 § 1 Prawa upadłościowego 1934/ miała tylko przejściowe trudności – art. 2 Prawa upadłościowego / , a majątek Spółki wystarczał na zaspokojenie długów.

Ustosunkowując się do tych twierdzeń należy wskazać, że wyrokiem z dnia 22 lipca 2004r. sygn. akt XII P 919 / 03 Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od Spółki (...) na rzecz H. S. należności z tytułu wynagrodzenia za okres od września 2002r. do kwietnia 2003r. / k. 6/. Jak wynika z zeznań świadków A. K. / k. 886- 887/, Z. K. / k. 888-890/, R. Ż. / k. 1002- 1005/ Spółka (...) nie płaciła pracownikom w całości wynagrodzenia od połowy 2002r. M. E. (1) słuchany 23 kwietnia 2003r. za dłużnika w sprawie o ogłoszenie upadłości zeznał: „ Spółka ma zadłużenie w wys. około 6 mln zł. Oprócz tych 6 mln złotych jest jeszcze pożyczka innego podmiotu. Na dzień dzisiejszy nie zrzekł się on tej pożyczki, więc razem jest 9 mln zł. Zobowiązania nie są płacone przez 5-6 m-cy w stos. do większych wierzycieli” oraz „Jesteśmy dłużni pracownikom na kwotę netto 1mln zł. Pracownicy średnio od około 8 miesięcy nie otrzymywali wynagrodzenia” / protokół z posiedzenia Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w sprawie XVII U – 125 / 03 – k. 713- 715 / .

W tym stanie rzeczy należy przyjąć- wbrew twierdzeniom apelujących-, że Spółka (...) zaprzestała płacenia długów w rozumieniu art. 1§ 1 Prawa upadłościowego 1934 w połowie 2002r. , co obligowało członków jej zarządu do zgłoszenia

wniosku o ogłoszenie upadłości. Podnoszona przez apelujących okoliczność prowadzenia negocjacji w celu znalezienia inwestora strategicznego nie uchylała tego obowiązku, skoro Spółka (...) popadła już w stan zaprzestania płacenia długów i bez dofinansowania przez inwestora strategicznego nie było możliwe poprawienie jej sytuacji finansowej, nie można więc uznać, że wstrzymanie płacenia długów wynikało z przejściowych trudności / art. 2 Prawa upadłościowego 1934/. Dodać trzeba, że trwające od grudnia 2001r. negocjacje z firmą (...) w sprawie zakupu udziałów w Spółce (...) i dofinansowania Spółki (...) zakończyły się w sierpniu 2002r., co oznacza, że wstrzymanie płacenia długów nie może być także poczytane za krótkotrwale / korespondencja dotycząca negocjacji – k. 72- 179/.

W tym stanie rzeczy nie ma już znaczenia okoliczność wywodzona przez skarżących, że majątek Spółki (...) był wystarczający na pokrycie jej zadłużenia. Na podstawie przepisu art. 1 § 1 Prawa upadłościowego 1934 przedsiębiorca, który zaprzestał płacenia długów, będzie uznany za upadłego. Z kolei zgodnie z przepisem art. 1§ 2 tego Prawa upadłość przedsiębiorcy będącego osobą prawną będzie ogłoszona także wówczas, gdy jego majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów. W świetle powołanych przepisów są zatem dwie samoistne przesłanki ogłoszenia upadłości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, a termin dla zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości biegnie od zaistnienia tej przesłanki, która wystąpiła pierwsza / art. 5 § 1 i § 2 Prawa upadłościowego 1934/.

W rozpoznawanym przypadku Spółka (...) zaprzestała spłacania długów już w połowie 2002r. i to była wystarczająca przesłanka powstania po stronie członków zarządu tej Spółki obowiązku zgłoszenia wniosku o upadłość.

Jeśli zatem kwestionując zaistnienie przesłanek do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości skarżący zmierzają do wykazania, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z winy zarządu / art. 299§ 2 KSH- druga okoliczność wyłączająca odpowiedzialność członków zarządu/, to obrona pozwanego jest nietrafna, ponieważ jak ustalono od połowy 2002r. istniały podstawy do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Przyjmując, że Zarząd Spółki (...) liczył na pozyskanie inwestora strategicznego w postaci firmy (...), można co najwyżej uznać, że do czasu zakończenia negocjacji z tą firmą, co nastąpiło w sierpniu 2002r., niezgłoszenie wniosku o upadłość Spółki (...) jest niezawinione przez członków Zarządu, w tym jednak czasie wniosek o upadłość nie został zgłoszony.

Jest poza sporem, że wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki (...) został jednak zgłoszony, lecz dopiero w lutym 2003r. . Według twierdzeń zawartych w sprzeciwie od wyroku zaocznego /k. 53 / w dniu 10 lutego 2003r. wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki (...) został zgłoszony przez Zarząd Spółki oraz przez grupę wierzycieli – pracowników, według jednak wyjaśnień zawartych w załączniku do protokołu rozprawy z dnia 17 lutego 2012r. wniosek zgłosili wierzyciele, ponieważ wniosek Zarządu Spółki (...) został „odrzucony” z powodów formalnych / k. 1114/.

Apelujący podnosili, że wniosek z dnia 10 lutego 2003r. został wniesiony „we właściwym czasie” / art. 299 §2 KSH pierwsza przesłanka wyłączająca odpowiedzialność członków zarządu /, bowiem do końca stycznia 2003r. zaprzestanie spłaty długów nie miało charakteru trwałego, a majątek Spółki na koniec stycznia 2003r. był wystarczający dla zaspokojenia długów Spółki.

Jednakże – jak już wskazano – Sąd Okręgowy ustalił prawidłowo, że uwzględniając stratę z roku 2001 w wysokości około 3.500.000 zł wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki (...) winien zostać złożony najpóźniej w terminie dwóch tygodni od dnia 30 czerwca 2002r. Sąd Apelacyjny przy tym przyjmuje, że usprawiedliwione zostało opóźnienie w zgłoszeniu tego wniosku do końca negocjacji z firmą (...), czyli do sierpnia 2003r.

Jak już wynika z powyższych motywów nie można podzielić stanowiska skarżących, że ponad półroczne zaprzestanie płacenia długów w poszukiwaniu inwestora w sytuacji, gdy bez dofinansowania ze strony tegoż inwestora spółka nie jest w stanie i nie będzie w stanie w przyszłości spełnić swoich zobowiązań jest tylko krótkotrwałym wstrzymaniem płacenia długów wskutek przejściowych trudności.

Reasumując skarżący nie udowodnili, że biorąc pod uwagę przesłankę zaprzestania płacenia długów wniosek o ogłoszenie upadłości z dnia 10 lutego 2003r. został wniesiony we właściwym czasie w rozumieniu art. 299§2 KSH .

Ponadto jak wynika z wpisów w KRS / k. 526 / postanowieniem z dnia 11 czerwca 2003r. , sygn. akt XVII U 125 / 03 Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki (...) z uwagi na fakt, że majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza nawet na zaspokojenie kosztów postępowania. Skoro więc wniosek z dnia 10 lutego 2003r. został oddalony z powodu braku środków nawet na pokrycie kosztów postępowania, to wniosek ten nie może być uznany za zgłoszony we właściwym czasie w rozumieniu art. 299 § 2 KSH.

W konsekwencji Sąd Okręgowy trafnie ustalił, że w sprawie niniejszej pozwany nie udowodnił zaistnienia przesłanki zwalniającej członka zarządu z odpowiedzialności, polegającej na złożeniu wniosku o upadłość we właściwym czasie / art.299§2 KSH/.

Uchylenie odpowiedzialności członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na tej podstawie, że pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcia postępowania układowego wierzyciel nie poniósł szkody wymaga -w ocenie Sądu Apelacyjnego- udowodnienia daty właściwej dla zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz wierzytelności przysługujących w tej dacie względem niewypłacalnego dłużnika oraz stanu majątku dłużnika na tę datę oraz wykazania, że- biorąc pod uwagę tak ustalony stan rzeczy oraz kolejność zaspakajania wierzytelności z masy upadłości określoną przepisami prawa upadłościowego / art. 204 Prawa upadłościowego 1934/- wierzytelność powódki nie zostałaby zaspokojona w ogóle lub tylko w określonej części / porównaj wyrok SN z dnia 13 lutego 2004r. IVCK 61 / 03 – LEX nr 151638/. W rozpoznawanej sprawie apelujący nie przeprowadzili dowodów na wyżej wskazane okoliczności, a zatem nie wykazali nieponiesienia przez powódkę szkody stosownie do przepisu art. 299§ 2KSH. Dla uwzględnienia ostatnio wskazanej przesłanki wyłączenia odpowiedzialności członków zarządu nie jest wystarczający zarzut apelacji braku możliwości zaspokojenia roszczeń powódki również przed zgłoszeniem wniosku o ogłoszenie upadłości.

W świetle powyższego – jak trafnie ustalił Sąd Okręgowy- roszczenie powódki znajduje uzasadnienie w przepisie art. 299 § 1 KSH, zarzut zaś apelacji naruszenia art. 299§ 2 KSH jest chybiony.

W rozpoznawanej sprawie powódka dochodzi odszkodowania w wysokości wierzytelności niewyegzekwowanej od Spółki (...). Wyrokiem bowiem z dnia 22 lipca 2004r. sygn. akt XII P 919/03 Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od Spółki (...) na rzecz powódki tytułem wynagrodzenia oraz odprawy pieniężnej łącznie 125.034,45 zł oraz tytułem zwrotu kosztów procesu kwotę 2.700zł, razem 127.734,45 zł . Powódka wyegzekwowała od Spółki kwotę 2.664,30 zł / postanowienie Komornika- k. 7/ . Pozostała zatem kwota 125.070,15 zł i powódka dochodzi odszkodowania w takiej właśnie wysokości.

Nietrafny jest zarzut apelacji naruszenia art. 361 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że powódce należy się odszkodowanie w wysokości wynagrodzenia brutto zasądzonego od Spółki podczas, gdy rzeczywista szkoda ogranicza się do wynagrodzenia pomniejszonego o zaliczki na podatek od osób fizycznych oraz składki na ubezpieczenie społeczne. Szkoda, jako niezbędna przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej, jest na tle art.299 KSH ujmowana inaczej niż w art. 361 § 2 k.c., który zresztą wprost dopuszcza odmienną regulację ustawową. Zgodnie bowiem z tym przepisem w granicach związku przyczynowego o jakim mowa w § 1 art. 361 k.c. i w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy szkodę stanowi strata, którą poszkodowany poniósł oraz korzyści , które mógłby osiągnąć. W orzecznictwie Sądu Najwyższego trafnie przyjmuje się, że szkoda, o której mowa w art.299§2 in fine KSH, odpowiada różnicy w potencjale majątkowym spółki, jaka wystąpiła, a do jakiej nie doszłoby, gdyby we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości. Wierzytelność odszkodowawcza jest ściśle związana z zobowiązaniem spółki wyrażonym w tytule egzekucyjnym. Wysokość zobowiązania spółki wyznacza górną granicę odpowiedzialności odszkodowawczej członków zarządu. Jeśli potencjał majątkowy spółki na skutek zaniechania przez członków zarządu zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości obniżył się, członkowie zarządu odpowiadają tylko w granicach obniżenia tego potencjału, przy czym ciężar dowodu, że pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości potencjał majątkowy spółki nie zmniejszył się lub też zmniejszył się tylko w określonym zakresie spoczywa na członkach zarządu / v. wyrok SN z dnia 12 kwietnia 2012r. – II CSK 390 / 11- LEX nr 1211143/.

W tym stanie rzeczy brak jest podstawy prawnej do pomniejszenia odszkodowania w granicach świadczenia niewyegzekwowanego od spółki o zaliczki na podatek od osób fizycznych oraz składki na ubezpieczenie społeczne.

Z tych względów zasądzenie wyrokiem zaocznym z dnia 15 marca 2006r. od pozwanego M. E. (1) na rzecz powódki kwoty 125.070,15 zł jest w świetle przepisu art. 299 KSH uzasadnione. W tym zatem zakresie zaskarżony wyrok utrzymujący w mocy wyrok zaoczny z dnia 15 marca 2006r. w stosunku do pozwanego M. E. (1) jest prawidłowy, apelacja zaś jest niezasadna.

Natomiast zasługują na uwzględnienie zarzuty apelacji w części dotyczącej odsetek od zasądzonej należności głównej.

Jak trafnie przyjął Sąd I instancji odsetki za opóźnienie w zapłacie odszkodowania dochodzonego na podstawie art.299 KSH należą się zgodnie z przepisem art.455 k.c. od następnego dnia po upływie terminu do spełnienia świadczenia lub terminu niezwłocznego liczonego od wezwania członka zarządu do zapłaty sumy, której egzekucja przeciwko spółce okazała się bezskuteczna.

Domagając się odsetek za opóźnienie od daty wniesienia pozwu / 7 września 2005r. / powódka przedstawiła wezwanie do zapłaty zawarte w piśmie z dnia 18 sierpnia 2005r. skierowanym do pozwanego M. E. (1) na adres Al. (...) w W. / pismo – k. 12/. Jednakże pozwany sprzedał mieszkanie przy Al. (...) w dniu 30 lipca 2003r. / akt notarialny – k. 69- 71/ i od tego czasu nie mieszkał pod tym adresem / przesłuchanie stron – k. 347- 348/, przy czym w dniu 24 lipca 2003r. pozwany wymeldował się z mieszkania mieszczącego się pod wyżej wskazanym adresem / k. 378/. Doręczanie pism na nieprawidłowy adres było podstawą złożenia przez pozwanego wniosku o przywrócenie terminu i postanowieniem z dnia 25 października 2006r. / k. 380 / Sąd Okręgowy przywrócił M. E. (1) termin do wniesienia sprzeciwu od wyroku zaocznego z dnia 15 marca 2006r.

Skoro więc wezwanie do dobrowolnej zapłaty zostało skierowane na adres, pod którym pozwany nie mieszkał i nie przebywał, to powódka nie wykazała, że przed wniesieniem pozwu postawiła pozwanego M. E. (1) w opóźnienie w zapłacie dochodzonej kwoty.

Wnosząc o przywrócenie terminu do wniesienia sprzeciwu od wyroku zaocznego pozwany przyznał, że 4 lipca 2006r. powziął wiadomość o wyroku zaocznym / sprzeciw od wyroku zaocznego z wnioskiem o przywrócenie terminu- k. 48- 58 /. W ocenie Sądu Apelacyjnego z wyroku zaocznego wynika w sposób dostateczny wezwanie do zapłaty kwoty 125.070, 15 zł.

Przyjmując zatem, że termin siedmiodniowy spełnia wymogi terminu niezwłocznego w rozumieniu art. 455 k.c. , termin dla dobrowolnej zapłaty liczony od dnia 4 lipca 2006r. upłynął 11 lipca 2006r. W świetle więc przepisu art. 481 § 1 k.c. pozwany M. E. (1) popadł w opóźnienie w zapłacie kwoty 125.070,15 zł z dniem 12 lipca 2006r.

Z tych względów wyrok zaoczny z dnia 15 marca 2006r. w części zasądzającej od pozwanego M. E. (1) odsetki od kwoty 125.070,15 zł za czas od dnia 7 września 2005r. do dnia 11 lipca 2006r. narusza przepis art. 481§ 1 k.c. w związku z art.455 k.c. i dlatego w tym zakresie wyrok zaoczny należało uchylić i powództwo o odsetki oddalić.

Wnioski apelacji o przywrócenie terminu dla interwenienta ubocznego na złożenie sprzeciwu od wyroku zaocznego oraz zarzut apelacji naruszenia art. 203 KSH przez przyjęcie odpowiedzialności J. S. za cały okres objęty pozwem podczas, gdy został on odwołany z funkcji w lutym 2003r. są nieskuteczne, ponieważ przedmiotem rozpoznania na obecnym etapie postępowania jest roszczenie powódki względem pozwanego M. E. (1). Interwenient ma interes prawny w rozpoznaniu tego powództwa z uwagi na treść art. 375 § 2 k.c. w związku z art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. , nie oznacza to jednak, że jest uprawniony do zgłaszania wniosków i zarzutów dotyczących wyłącznie jego zobowiązania.

Apelacja zarzuca także Sądowi I instancji naruszenie art. 366 k.c. przez jego niezastosowanie i przyjęcie, że zaspokojenie roszczeń powódki przez zobowiązanego solidarnie interwenienta ubocznego nie skutkuje zwolnienia pozwanego z obowiązku zapłaty powódce.

Jednakże w postępowaniu przed Sądem I instancji ani pozwany ani interwenient uboczny reprezentowani przez pełnomocnika profesjonalnego nie podnieśli zarzutu zaspokojenia wierzyciela przez interwenienta w czasie toczącego się procesu. Przeciwnie w załączniku do protokołu rozprawy z dnia 17 lutego 2012r./ k. 1112-1120/, apelujący domagali się oddalenia powództwa z uwagi na jego bezzasadność, powołując się na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 1955r. / OSNCK 1956/1/12/, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że w wypadku, gdy pozwany zaspokoi w toku procesu powoda, a ten nie podtrzymuje powództwa, wydanie wyroku staje się zbędne przede wszystkim wówczas, gdy pozwany dokonał świadczenia z wolą zaspokojenia powoda co do dochodzonego roszczenia. Jeżeli jednak pozwany płacił, aby uniknąć egzekucji, lecz przeczył w dalszym ciągu zasadności żądania powoda, to wydanie wyroku jeszcze nie stało się zbędne, gdyż wówczas istnieje w dalszym ciągu pomiędzy stronami spór o zasadność roszczenia, który sąd powinien rozstrzygnąć.

W tym stanie rzeczy Sąd I instancji nie badał, czy i w jakim zakresie oraz na jakiej podstawie roszczenia powódki zostały zaspokojone, zarzut spełnienia świadczenia jako niezgłoszony nie był w ogóle przedmiotem rozpoznania w sprawie w postępowaniu przed Sądem Okręgowym. W konsekwencji chybiony jest zarzut apelacji, według którego Sąd I instancji – z naruszeniem art. 366 § 2 k.c.- przyjął, że zaspokojenie roszczeń powódki przez zobowiązanego solidarnie interwenienta ubocznego nie skutkuje zwolnieniem pozwanego z obowiązku zapłaty powódce. Sąd I instancji nie dokonał przypisywanemu mu w apelacji ustalenia, bo nie było stosownego zarzutu.

W konsekwencji zgłoszony dopiero w apelacji zarzut zaspokojenia wierzyciela należało pominąć na zasadzie art. 381 k.p.c., ponieważ apelujący mogli go powołać już w postępowaniu przed Sądem I instancji, potrzeba zaś powołania tego zarzutu nie wynikła później. Dodać trzeba, że skarżący nie przedstawili żadnych dowodów na okoliczność spełnienia świadczenia, okoliczności i trybu zapłaty, odwołując się tylko do podniesienia tej kwestii przez powódkę na rozprawie z dnia 17 lutego 2012r., co w ocenie Sądu Apelacyjnego w konkretnym stanie faktycznym nie daje podstawy do ustalenia pełnego zaspokojenia powódki jako wierzycielki. Ponadto skarżący w dalszym ciągu w apelacji kwestionowali powstanie po stronie powódki dochodzonego roszczenia, a w dalszej kolejności jego wysokość. W wyroku zaocznym z dnia 15 marca 2006r. roszczenie zostało zasądzone od pozwanego oraz J. S. solidarnie nie zachodzi więc obawa, że powódka wyegzekwuje należność dwukrotnie.

Z tych względów Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w części w ten sposób, że uchylił wyrok zaoczny z dnia 15 marca 2006r. względem M. E. (1) w zakresie odsetek od kwoty 125.070, 15 zł za czas od 7 września 2005r. do 11 lipca 2006r. i w tym zakresie w stosunku do tego pozwanego oddalił powództwo.

W pozostałej części apelacja jako niezasadna podlega oddaleniu na podstawie przepisu art. 385 k.p.c.