

Sygn. akt VI ACa1389/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 lutego 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Aleksandra Kempczyńska

Sędziowie: SA Jolanta Pyżlak (spr.)

SO (del.) Tomasz Wojciechowski

Protokolant: protokolant Katarzyna Mikiciuk

po rozpoznaniu w dniu 9 lutego 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. w W.

przeciwko T. M.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 8 maja 2015 r., sygn. akt XX GC 470/13

I. zmienia zaskarżony wyrok w całości, w ten sposób, że zasądza od T. M. na rzecz (...) sp. z o.o. w W. kwotę 87 288,70 zł (osiemdziesiąt siedem tysięcy dwieście osiemdziesiąt osiem złotych siedemdziesiąt groszy) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 15 lutego 2013 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 7 982 zł (siedem tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt dwa złote) tytułem kosztów procesu;

II. zasądza od T. M. na rzecz (...) sp. z o.o. w W. kwotę 7 065 zł (siedem tysięcy sześćdziesiąt pięć złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt. VI ACa 1389/15

UZASADNIENIE

Pozwem o zapłatę w postępowaniu upominawczym powódka (...) Sp. z o.o. w W. wniosła o nakazanie pozwanym T. M. i W. M., aby zapłacili solidarnie na rzecz powódki kwotę 87.289 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztów procesu. W uzasadnieniu wskazano, iż roszczenie skierowane jest przeciwko pozwanym na podstawie art. 299 k.s.h., bowiem byli oni członkami zarządu (...) spółki z o.o. z siedzibą w W., która to spółka nie spłaciła swoich wymagalnych zobowiązań, a egzekucja okazała się bezskuteczna.

Nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym Sąd Okręgowy w Warszawie w dniu 7 marca 2013 r. nakazał pozwanym T. M. i W. M., aby zapłacili solidarnie na rzecz powódki kwotę 87.288,70 zł wraz z ustawowymi

odsetkami od dnia 15 lutego 2013 r. do dnia zapłaty, a także kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Pozwany W. M. złożył sprzeciw od nakazu zapłaty, w którym wykazał, że w dniu 20 czerwca 2011 r. złożył rezygnację z funkcji członka zarządu i wiceprezesa spółki (...), a zatem nie był członkiem zarządu w dacie powstania zobowiązania. Powód cofnął wobec niego powództwo. W związku z powyższym postanowieniem z dnia 22 sierpnia 2014 r. Sąd Okręgowy umorzył postępowanie w stosunku do pozwanego W. M..

Pozwany T. M. złożył sprzeciw od nakazu zapłaty i wniósł o oddalenie powództwa. Zakwestionował prawdziwość kopii faktur złożonych przez powódkę, zarzucił powódce, że nie wskazała momentu, w którym pozwani byli obowiązani do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, nadto wskazał, że nie było podstaw do zgłoszenia takiego wniosku, gdyż kondycja finansowa spółki była stabilna. W toku procesu nadto podnosił, iż powód nie wykazał bezskuteczności egzekucji.

Wyrokiem z dnia 8 maja 2015r. w sprawie o sygn. akt XX GC 470/13 Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo w stosunku do T. M..

Sąd Okręgowy oparł swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych i ocenie prawnej:

W ramach prowadzonej działalności gospodarczej i stałej współpracy spółka (...) Spółka z o.o. w W., oddział w S. sprzedała spółce (...) Sp. z o.o. w W. towar na łączną kwotę 68.781,47 zł. Przedmiot umowy spółka (...) odbierała partiami w terminach od 16 czerwca 2011 r. do 18 lipca 2011 r. Towar odbierany był bezpośrednio od producenta kamienia, firmy (...). Na prośbę spółki (...) powódka wystawiła trzy zbiorcze faktury na łączną kwotę 68.781,47 zł.

Ponieważ spółka (...) nie wywiązała się ze swojego zobowiązania w stosunku do powódki, a kierowane wezwania do zapłaty nie odnosiły żadnego skutku, spółka (...) wystąpiła do Sądu Rejonowego w Dzierżoniowie w powództwem o zapłatę kwoty wynikającej z faktur przedstawionych do zapłaty spółce (...). W dniu 9 lutego 2012 r. Sąd Rejonowy w Dzierżoniowie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym i nakazał pozwanej spółce zapłatę kwoty 68.781,47 zł wraz z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego. Nakazowi temu została nadana klauzula wykonalności, a wierzyciel złożył do komornika wnioski o wszczęcie egzekucji.

Komornik wszczął postępowanie egzekucyjne, dokonał zajęcia wierzytelności należnych pozwanemu od Urzędu Skarbowego (...). W toku postępowania doszło także do wysłuchania wierzyciela, a postanowieniem z dnia 19 listopada 2012 r. postępowanie egzekucyjne zostało umorzone z uwagi na stwierdzenie bezskuteczności egzekucji.

Z uwagi na bezskuteczność egzekucji, powódka skierowała wezwania do zapłaty w stosunku do W. M. i T. M. wskazując, że jako Prezesi Spółki (...) odpowiadają za jej zobowiązania.

W chwili, gdy należności wynikające z faktur VAT nr (...) stały się wymagalne, funkcję Prezesa Zarządu Spółki (...) sp. z o.o. z/s w W. pełnił T. M., natomiast funkcję Wiceprezesa Zarządu przedmiotowej spółki pełnił pozwany W. M..

W dniu 20 czerwca 2011 r. pozwany W. M. złożył rezygnację z pełnienia funkcji członka zarządu oraz wiceprezesa spółki (...) Sp. z o.o. Natomiast w dniu 13 lutego 2012 r. rezygnację z funkcji Prezesa zarządu oraz pracy w zarządzie firmy (...) sp. z o.o. złożył T. M..

Postanowieniem z dnia 2 marca 2012 r. Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie (...)Wydział (...) wszczął z urzędu postanowienie przymuszające wobec (...) spółka z o.o. i wezwał zarząd tej spółki do złożenia wniosku o ujawnienie w rejestrze przedsiębiorców zmiany składu osobowego zarządu spółki.

W dniu 17 lipca 2012 r. do Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie wpłynął wniosek (...) sp. z o.o. w B. o zakazanie prowadzenia działalności gospodarczej T. M. członkowi zarządu spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.. Powodem złożenia takiego wniosku było nieregulowanie należności w stosunku do wierzycieli przez spółkę (...), które wynikały z zawartych umów i były wymagalne.

Ostatecznie postanowieniem z dnia 30 stycznia 2013 r. wniosek został oddalony, a orzeczenie to zostało podtrzymane postanowieniem z dnia Sądu Okręgowego w Warszawie, (...) Wydział (...) z dnia 21 sierpnia 2013 r. w sprawie XXIII Ga 767/13. W sprawie IX Gzd 43/12 dopuszczono dowód z opinii biegłego, który miał sporządzić opinię celem ustalenia, czy w okresie od powstania spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. do 13 lutego 2012 r. istniały podstawy do ogłoszenia jej upadłości w rozumieniu art. 11 ust. 1 i 2 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze, a jeśli tak, kiedy takie podstawy powstały i czy miały charakter trwały w rozumieniu art. 12 prawa upadłościowego i naprawczego. Biegły w swojej opinii wskazał, że ze zgromadzonych w aktach sprawy dokumentów wynika, że w okresie sprawowania przez T. M. funkcji Prezesa Zarządu spółki (...) nie zaistniały trwałe przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości tej spółki w okresie od 24 czerwca 2008 r. do 13 lutego 2012 r. Opinia ta stała się główną podstawą oddalenia przedmiotowego wniosku.

Sąd Okręgowy wskazał, iż powyższy stan faktyczny został ustalony w oparciu o dokumenty zgromadzone w aktach sprawy, które pochodziły od uprawnionych organów i które nie były kwestionowane przez strony, a także na podstawie akt w sprawie egzekucyjnej Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Kłodzku KM 2349/12 oraz akt IX Gzd 43/12 Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi – Północ w Warszawie.

Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy Sąd Okręgowy uznał, iż powództwo należało oddalić. Wskazał, iż podstawą rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jest art. 299 § 1 i 2 k.s.h., który mówi, że jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, członkowie zarządu odpowiadają solidarnie za jej zobowiązania. Członek zarządu może się uwolnić od odpowiedzialności, o której mowa w § 1, jeżeli wykaże, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe, albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z jego winy, albo że pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcia postępowania układowego wierzyciel nie poniósł szkody.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 września 2014 r. w sprawie II CSK 790/13 „Przypisanie odpowiedzialności członkom zarządu spółki z o.o. za jej zobowiązania na podstawie art. 299 § 1 k.s.h. uzależnione jest od wykazania przez wierzyciela istnienia przysługującej mu względem spółki niezaspokojonej wierzytelności oraz bezskuteczności jej egzekucji z całego jej majątku. Spoczywający na wierzycielu spółki, stosownie do brzmienia art. 299 § 1 k.s.h., wymóg wykazania przesłanki istnienia wierzytelności i bezskuteczności jej egzekucji z majątku spółki w istocie zmierza do wykazania doznania przez wierzyciela szkody w wysokości niewyegzekwowanej wierzytelności i kosztów związanych z bezskutecznością egzekucji. Na mocy regulacji art. 299 k.s.h., ustawodawca, dostrzegając możliwe do wystąpienia w niektórych sytuacjach po stronie wierzyciela trudności dowodowe w zakresie wykazania szkody i jej wysokości, zdecydował się na powiązanie z wykazaniem przesłanki bezskuteczności egzekucji wierzytelności dochodzonej od spółki wrzuszalnego domniemania prawnego (praesumptio iuris tantum) doznania szkody w wysokości niewyegzekwowanej wierzytelności. Wykazanie przez wierzyciela za pomocą wszelkich dostępnych środków dowodowych bezskuteczności egzekucji wierzytelności przysługującej mu względem spółki kreuje domniemanie prawne wrzuszalne, że poniósł on szkodę w wysokości niewyegzekwowanej od spółki należności. W szczególnych okolicznościach faktycznych sprawy występująca czasowo lub trwale niemożność uzyskania przez powoda tytułu egzekucyjnego przeciwko spółce, ze względu na wszczęcie wobec niej postępowania upadłościowego lub wykreślenia z rejestru przedsiębiorców wskutek zakończenia postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku, pozwala na wykazanie przez powoda w postępowaniu z art. 299 k.s.h. istnienia wierzytelności przysługującej mu względem spółki w oparciu o inny dowód niż tytuł egzekucyjny wystawiony przeciwko spółce z o.o. Takim zaś dowodem istnienia przysługującej powodowi wierzytelności, której egzekucja okazała się bezskuteczna, może być zatwierdzona lista wierzytelności sporządzona dla potrzeb prowadzonego względem spółki postępowania upadłościowego. „Czasem właściwym” w rozumieniu art. 299 § 2 k.s.h. jest moment wystąpienia takiej sytuacji majątkowej spółki, w której jest już wiadomo, że dłużnik (spółka z o.o.) nie będzie w stanie zaspokoić w całości swoich wszystkich wierzytelności.

W ocenie Sądu Okręgowego strona powodowa nie wykazała, aby prowadzono egzekucję z całego majątku dłużnika, a tym samym nie wykazała, by wskutek bezskuteczności egzekucji powódka doznała szkody.

Sąd I instancji wskazał, iż kwestią sporną w niniejszej sprawie było to, czy pozwany T. M. miał obowiązek złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości spółki (...) w sierpniu 2011 r., kiedy to ostatnia faktura stała się wymagalna (4 sierpnia 2011 r.) z uwagi na niewypłacalność spółki.

Sąd Okręgowy wskazał, że w toku niniejszego postępowania dopuścił dowód z opinii biegłego znajdującej się w sprawie IX Gzd 43/12 z wniosku wierzyciela (...) sp. z o.o. w B. przy udziale T. M., który pełnił funkcję Członka Zarządu (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.. Biegły w sprawie IX Gzd 43/12 miał sporządzić opinię celem ustalenia, czy w okresie od powstania spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. do 13 lutego 2012 r. istniały podstawy do ogłoszenia jej upadłości w rozumieniu art. 11 ust. 1 i 2 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze, a jeśli tak, kiedy takie podstawy powstały i czy miały charakter trwały w rozumieniu art. 12 prawa upadłościowego i naprawczego. Biegły w swojej opinii wskazał jednoznacznie, że ze zgromadzonych w aktach sprawy dokumentów wynika, że w okresie sprawowania przez T. M. funkcji Prezesa Zarządu spółki (...) nie zaistniały trwałe przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości tej spółki w okresie od 24 czerwca 2008 r. do 13 lutego 2012 r. Mimo, że w dokumentacji znajdują się dwa dowody na zaistnienie w tym okresie pierwszej przesłanki niewypłacalności, to nie są one dostatecznie udokumentowane, co do warunku wymagalności oraz daty ujawnienia dłużnikowi tych zobowiązań. Nadto, jak wskazał biegły, dotyczą one zobowiązań powstałych w 2011 r. i zobowiązania te nie przekraczają wartości 10% wartości bilansowej spółki w 2011 r. W dalszej części swojej opinii biegły wskazał, że w okresie swojej działalności w latach 2008-2011 w spółce (...) nie wystąpiła druga przesłanka upadłościowa i w każdym roku spółka odnotowywała coraz wyższą wartość majątku nad zobowiązaniami. Jak wskazał biegły spółka (...) posiadała w tym okresie obiektywne warunki do obsługi swoich zobowiązań pieniężnych, co uzupełniająco potwierdzają uzyskane przez spółkę wskaźniki płynności finansowej.

Sąd Okręgowy uznał, iż w niniejszej sprawie pozwany T. M. skutecznie uwolnił się od odpowiedzialności za zobowiązania spółki, gdyż nie miał obowiązku składania wniosku o ogłoszenie upadłości spółki (...), a nadto nie wystąpiła druga z przesłanek, a mianowicie majątek spółki przewyższał jej zobowiązania. W związku z powyższym, mając na uwadze powyższe okoliczności i cytowane wyżej przepisy Sąd ten oddalił powództwo w stosunku do T. M..

Apelację od powyższego wyroku złożyła strona powodowa, zaskarżając go w całości. Podniosła następujące zarzuty:

1. naruszenie art. 233§ 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. przez całkowite pominięcie w toku orzekania szeregu prawidłowo zgłoszonych i dopuszczonych przez Sąd dowodów, pomijając w uzasadnieniu orzeczenia treść dokumentów i twierdzeń powołanych przez powoda, a świadczących o zasadności złożonego powództwa, do których Sąd I instancji w ogóle się nie odniósł i nie wskazał podstaw odmówienia im wiarygodności;
2. naruszenie art. 233§1 k.p.c. w związku z art. 235 §1 k.p.c. i art. 286 k.p.c. poprzez oparcie rozstrzygnięcia na opinii z akt innej sprawy, sporządzonej na potrzeby postępowania o całkowicie innym charakterze, do której to opinii strony postępowania nie miały możliwości w skuteczny sposób odnieść się;
3. naruszenie art. 235 k.p.c. w zw. z art. 278§1 k.p.c. poprzez przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego przeprowadzonej w innym postępowaniu, na podstawie innych okoliczności faktycznych, która ponadto została przez Sąd dopuszczona w zakresie okoliczności nie wymagających wiadomości specjalnych – gdyż jej przydatność z punktu widzenia niniejszego postępowania sprowadzała się do udokumentowania przesłanek uzasadniających obowiązek złożenia wniosku o upadłość (...) sp. z o.o. przez T. M.;
4. naruszenie art. 299 k.s.h. w zw. z art. 6 k.c. poprzez błędne określenie ciężaru dowodu i przyjęcie, że to powód powinien wskazać cały majątek spółki, a następnie wykazać, że skierował egzekucję co całego majątku;
5. naruszenie art. 11 ust. 1 prawa upadłościowego i naprawczego poprzez błędne określenie przesłanek wystąpienia po stronie członka zarządu sp. z o.o. obowiązku złożenia wniosku o upadłość spółki.

W konsekwencji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu za obydwie instancje; ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

Pozwany wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest uzasadniona.

Przede wszystkim zasadny jest zarzut oparcia rozstrzygnięcia na opinii biegłego z akt innej sprawy. W świetle art. 278 i następnego k.p.c. opinia sporządzona w innej sprawie nie ma charakteru dowodu z opinii biegłego, gdyż walor tego rodzaju dowodu posiada wyłącznie opinia sporządzona na zlecenie sądu przez osobę przez niego wyznaczoną; to postanowienie o przeprowadzeniu dowodu wydane stosownie do art. 236 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c. nadaje opinii wskazanego w nim rzeczoznawcy charakter dowodu z opinii biegłego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 grudnia 1998 r. I CKN 922/97 „Pisemna opinia złożona do akt innej sprawy nie ma charakteru dowodu z opinii biegłego, gdyż sąd nie wydał uprzednio postanowienia w przedmiocie dopuszczenia tego dowodu, nie wyznaczył biegłego i nie określił mu przedmiotu i granic, w jakich ma się on wypowiedzieć”. (LEX nr 50754). Wprawdzie niekiedy w orzecznictwie wskazuje się, iż taka opinia może stanowić podstawę ustaleń faktycznych, ale tylko wtedy gdy strony na to wyrażą zgodę, zaś w niniejszej sprawie powód wyraźnie co do tego oponował (k. 301).

Opinia biegłego sporządzona w innej sprawie może być potraktowana jedynie jako dowód z dokumentu, czyli stanowić dowód tego, że osoby, które go podpisały, złożyły zawarte w nim oświadczenia (wyrok SN z 7 września 2016r. IV CSK 737/15 LEX Nr 2110961). Tego rodzaju dokument należy do dowodów, które na zasadach ogólnych podlegają ocenie według reguł przewidzianych w art. 233 § 1 k.p.c., tj. w oparciu o całokształt ujawnionych okoliczności w sprawie, zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

W niniejszej sprawie opinia z akt IX Gzd 43/12 nie może być uznana, w ocenie Sądu Apelacyjnego, za wiarygodny i przekonujący dowód na okoliczność, że w dacie pełnienia funkcji członka zarządu przez pozwanego i wymagalności roszczenia powodowej spółki o zapłatę należności wynikających z dołączonych do pozwu faktur nie zaistniały przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Należy bowiem wskazać, iż opinia ta została oparta na bardzo wąskim materiale dowodowym, biegły wziął pod uwagę jedynie wierzytelności (...), wierzytelności Gminy D. oraz trzy drobne wierzytelności wpisane do księgi wieczystej. Tymczasem z dołączonych w niniejszym postępowaniu dokumentów z zajęć i licytacji komorniczych oraz odpisów z księgi wieczystej wynika, iż w 2011r. i pierwszej połowie 2012 roku wydano przeciwko spółce (...) ponad dwadzieścia różnych tytułów wykonawczych. Przyjmując, iż między wymagalnością zobowiązania a wydaniem tytułu wykonawczego upływa okres minimum 4-6 miesięcy, tytuły te dotyczą zobowiązań powstałych w okresie, kiedy pozwany pełnił funkcję członka zarządu. Opinia biegłego nie obejmowała tych należności, była wydana w oparciu o niepełny materiał dowodowy bez analizy dokumentacji księgowo – finansowej spółki, a jedynie w oparciu o lakoniczne dane złożone do KRS. Nadto biegły błędnie określał daty wymagalności zobowiązań, przyjmując, iż jest to dzień nadania klauzuli wykonalności (k. 187 akt IX GZd 43/12). Już z tych względów dokument ten nie może zostać uznany za przekonujący i wiarygodny dowód braku przesłanek do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez pozwanego jako ówczesnego członka zarządu spółki (...). A zatem zarzut naruszenia art. 233§1 k.p.c. w odniesieniu do tego dokumentu jest również uzasadniony.

W pozostałej części zarzut naruszenia art. 233§1 k.p.c. nie został należycie sprecyzowany, bowiem nie wskazano jakie konkretnie dowody Sąd Okręgowy pominął, czy też nienależycie ocenił, zaś uzasadnienie odpowiada co do zasady wymogom art. 328§2 k.p.c., aczkolwiek ustalenia faktyczne wymagają częściowo uzupełnienia, a ostateczna ocena prawna – korekty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 6 k.c. w zw. z art. 299§1 k.s.h. należy wskazać, iż wierzyciela obciąża dowód wykazania bezskuteczności egzekucji. W orzecznictwie i literaturze powszechnie przyjęta jest liberalna

(szeroka) wykładnia pojęcia „bezskuteczność egzekucji”, utożsamiająca ją z niebudzącą wątpliwości nieściągalnością wierzytelności od samej spółki, tj. stanem, w którym z okoliczności sprawy wynika niezbicie, że spółka nie ma majątku, z którego wierzyciel mógłby uzyskać zaspokojenie swojej należności. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 czerwca 2003 r. (V CKN 416/01, OSNC 2004, nr 7-8, poz. 129), zgodnie z którym "ustalenie przewidzianej w art. 298 § 1 k.h. (art. 299 § 1 k.s.h.) przesłanki bezskuteczności egzekucji może nastąpić na podstawie każdego dowodu, z którego wynika, że spółka nie ma majątku pozwalającego na zaspokojenie wierzyciela pozywającego członków zarządu". Bezskuteczność egzekucji musi się odnosić do całego majątku spółki, a nie tylko do jego części. Jednakże należy rozróżnić kwestię rzeczywistej niemożliwości wyegzekwowania zobowiązania od spółki, która musi dotyczyć całego majątku spółki, od kwestii faktycznego prowadzenia przewidzianego prawem postępowania wymuszającego realizację zobowiązania, które nie musi zostać skierowane do wszystkich składników majątku spółki, aby można było uznać, iż wystąpił stan bezskuteczności egzekucji, o którym mowa 299 k.s.h. (tak Andrzej Kidyba w Komentarzu do art. 299 k.s.h. LEX). Decydujące znaczenie dla oceny zasadności powództwa z art. 299 k.s.h. ma stan majątkowy spółki - dłużnika, istniejący w chwili zamknięcia rozprawy (art. 316 k.p.c.).

Jednak w niniejszej sprawie, zdaniem Sądu Apelacyjnego, przesłanka bezskuteczności egzekucji została przez wierzyciela wykazana.

Sąd Okręgowy w stanie faktycznym wskazał, iż powodowa spółka wszczęła postępowanie egzekucyjne przeciwko spółce (...), a Komornik dokonał jedynie zajęcia wierzytelności należnych pozwanemu od Urzędu Skarbowego (...) oraz wysłuchania wierzyciela, a następnie postanowieniem z dnia 19 listopada 2012 r. umorzył postępowanie z uwagi na stwierdzenie bezskuteczności egzekucji. Tym czasem z akt egzekucyjnych wynika, iż wierzyciel objął wnioskiem egzekucyjnym zajęcie wierzytelności z rachunków bankowych, zajęcie innych wierzytelności, zajęcie ruchomości w miejscu siedziby dłużnika i w miejscach prowadzenia przez niego działalności, a nadto złożył wniosek o poszukiwanie majątku dłużnika w trybie art. 797⁽¹⁾ k.p.c. Komornik podjął szereg innych czynności, m.in. zwrócił się do Urzędu Skarbowego i do ZUS o udzielenie szeregu wyjaśnień co do dochodów, rachunków bankowych i ewentualnie innego majątku spółki (k. 12, 13 akt komorniczych), zwrócił się do MSWiA o udostępnienie danych z Centralnej Informacji (...) (k.15), do Urzędu m.(...) W. z zapytaniem o nieruchomości na terenie właściwości komornika (k.16). Komornik skierował egzekucję do trzech rachunków bankowych dłużnika (dwóch w (...) i jeden w (...)) i uzyskał wiedzę o zbiegu siedmiu innych egzekucji, a w następnych miesiącach o zbiegu kilkunastu następnych egzekucji. Ustalił, że dłużnik posiada trzy samochody, ale pochodzące z lat 1996, 1998, 1986 (k. 40 - 42), w związku z czym uznał, że egzekucja z nich jest bezcelowa; ustalił też, że pod wskazanym adresem spółka nie prowadzi działalności. W tej sytuacji faktycznie egzekucja okazała się bezskuteczna. Sam fakt, iż spółka nie skierowała egzekucji do nieruchomości znajdującej się w J. gm. D., nie oznacza, że egzekucja byłaby skuteczna, gdyby powód skierował do niej swój wniosek, bowiem w tamtym postępowaniu wzięło udział 21 wierzycieli, a kwota uzyskana z egzekucji wyniosła zaledwie 92 022,75 zł (k. 205-209). Jeśli nawet w lutym 2012r. spółka posiadała inny majątek, to został on zbyty przed wszczęciem egzekucji. Powód skierował wierzytelność do egzekucji z najszybszym możliwym terminie i nie udało mu się uzyskać zaspokojenia. W niniejszym postępowaniu nie wykazano, aby wierzyciel mógł się zaspokoić z jakiegoś innego majątku spółki, ani też, aby przez zaniedbanie nie uzyskał zaspokojenia.

Jeśli zdaniem pozwanego spółka w chwili jego odejścia posiadała wartościowy majątek (samochody, wyposażenie zakładu), który wystarczał na zaspokojenie zobowiązań, to dla czego w takim przypadku pozwany nie złożył wówczas wniosku o ogłoszenie upadłości, który pozwoliłby na proporcjonalne zaspokojenie wszystkich wierzycieli. Obecnie niewątpliwie takiego majątku spółka już nie posiada.

Zasadny jest zarzut naruszenia art. 11 ust. 1 ustawy z 28 lutego 2003r. prawo upadłościowe i naprawcze (dalej jako p.u.n.) w brzmieniu obowiązującym w dacie pełnienia przez pozwanego funkcji członka zarządu spółki (tekst jedn. Dz.U.2009.175.1361.) Zgodnie z tym przepisem dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11 ust. 1). Dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania

wykonuje (art. 11 ust. 2). Przepis ten składa się z dwóch części. Część pierwsza, obejmująca art. 11 ust. 1, określa, kiedy dłużnik jest niewypłacalny, co zgodnie z art. 10 stanowi podstawę ogłoszenia jego upadłości. Ta część przepisu odnosi się do wszystkich podmiotów, które mogą zostać ogłoszone upadłymi. Część druga, zawarta w art. 11 ust. 2, dotyczy osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, które posiadają zdolność upadłościową i zawiera dodatkowe określenie niewypłacalności tych podmiotów, niezależnie od niewypłacalności, o której mowa w art. 11 ust. 1. Jak się wskazuje w orzecznictwie i doktrynie: dla określenia czy dłużnik jest niewypłacalny w myśl art. 11 ust. 1 p.u.n., nieistotne jest czy nie wykonuje wszystkich zobowiązań pieniężnych, czy też tylko niektórych z nich. Nieistotny jest też rozmiar niewykonanych przez dłużnika zobowiązań. Nawet niewykonanie zobowiązań o niewielkiej wartości oznacza jego niewypłacalność w rozumieniu art. 11 ust. 1 p.u.n. Jedynie krótkotrwale niepłacenie długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości (tak Sąd Apelacyjny w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 10 listopada 2015r. III AUa 1218/15 LEX nr 1950611, podobnie F. Zedler Komentarz do art. 11 p.u.n. LEX).

W świetle materiału dowodowego zebranego w niniejszej sprawie, już w drugiej połowie 2011r. spółka (...) przestała spłacać swoje zobowiązania, o czym świadczy nie tylko niezapłacona powodowej spółce należność, ale też niezapłacone należności publicznoprawne, zabezpieczone w księdze wieczystej, oraz szereg wierzytelności będących przedmiotem ponad dwudziestu postępowań egzekucyjnych wszczętych pod koniec 2011r. i w pierwszej połowie 2012r. Potwierdzają to również pośrednio dokumenty złożone przez pozwanego z akt rejestrowych: w bilansie zysków i strat na koniec grudnia 2011r. suma zobowiązań jest wprawdzie równa sumie aktywów, ale w porównaniu do czerwca 2011r. nastąpił ponad dwukrotny wzrost zobowiązań (k. 122, 125). Z informacji uzyskanej od Naczelnika Urzędu Skarbowego przez Komornika wynika, iż w 2011r. składano jedynie tzw. „zerowe” deklaracje VAT-7K (akta komornicze – koperta na tylnej okładce zatytułowana „Tajemnica skarbową”). Skoro w ciągu kilku miesięcy wydano ponad 20 tytułów wykonawczych, to spółka trwale przestała spłacać zobowiązania. W chwili kiedy rodzina pozwanego zbyła udziały w spółce, a pozwany przestał być jej członkiem zarządu, zobowiązania te nie były już spłacane. Zgodnie z art. 21 ust. 1 p.u.n. dłużnik jest obowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości. Wykazane w niniejszej sprawie okoliczności, wskazują, iż najpóźniej w styczniu 2012r. pozwany winien był zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości spółki (...), a tego nie zrobił.

Członek zarządu może uwolnić się od odpowiedzialności w trzech sytuacjach:

- jeżeli wykaże, że we właściwym czasie doszło do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki lub wszczęto wobec niej postępowanie układowe;
- jeżeli wykaże, że choć nie doszło we właściwym czasie do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki (lub nie wszczęto postępowania układowego), to miało to miejsce nie z jego winy;
- jeżeli wykaże, że choć nie doszło we właściwym czasie do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki (lub nie wszczęto postępowania układowego), to wierzyciel nie poniósł z tego tytułu szkody.

„Czasem właściwym” w rozumieniu art. 299 § 2 k.s.h. jest moment wystąpienia takiej sytuacji majątkowej spółki, w której jest już wiadomo, że dłużnik (spółka z o.o.) nie będzie w stanie zaspokoić w całości swoich wszystkich wierzytelności. Ciężar dowodu wskazanych wyżej okoliczności spoczywa na osobie pozwanej. W niniejszej sprawie pozwany nie wykazał żadnej z tych okoliczności. Nie wykazał też przekonująco, iż w dacie rezygnacji z funkcji członka zarządu nie było jeszcze przesłanek zgłoszenia wniosku o upadłość, że spółka spłacała swoje zobowiązania – wbrew zebranym w aktach dowodom.

W toku procesu pozwany wskazywał, iż gdy odchodził z zarządu, to spółka posiadała majątek pozwalający na zaspokojenie długów. Oznacza, to że gdyby wówczas złożono wniosek o ogłoszenie upadłości, to powodowa spółka miałaby szanse na zaspokojenie swojej wierzytelności. A tak – nowi nabywcy doprowadzili do sytuacji, że z majątku tego wyzbyto się wielu wartościowych składników z pominięciem wierzycieli. Okoliczność ta potwierdza fakt zaistnienia szkody po stronie wierzyciela w postaci niewyegzekwowanej wierzytelności i kosztów związanych

z bezskutecznością egzekucji (por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 25 września 2014 r. II CSK 790/13 LEX nr 1506784). W toku postępowania nie został przedstawiony żaden dowód, który potwierdzałby, że zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki we właściwym czasie nie wpłynęłoby znacząco na możliwość zaspokojenia wierzytelności powoda. Wykazanie takich okoliczności wymagało wiadomości specjalnych, ale strona pozwana nie zgłosiła wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, ani też nie przedstawiła dowodów w oparciu o które taki dowód mógłby być przeprowadzony (dokumentacja księgowo- finansowa spółki). Sąd nie mógł zatem takiego dowodu dopuścić również z urzędu.

Należy jeszcze odnieść się do podnoszonego przez pozwanego w toku postępowania apelacyjnego zarzutu, iż tytuł egzekucyjny wydany przeciwko spółce (...) jest nieprawomocny. Do akt niniejszej sprawy powód dołączył nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym wydany przez Sąd Rejonowy w Dzierżoniowie w dniu 9 lutego 2012r. sygn. akt V GNC 148/12, zaopatrzony w klauzulę wykonalności postanowieniem z dnia 4 kwietnia 2012r. (k. 38-39), rozstrzygający o wysokości zobowiązań (...) spółki z o.o. z siedzibą w W. wobec (...) Sp. z o.o. w W.. Nakaz ten, jak wynika z treści postanowienia o nadaniu klauzuli wykonalności, jest prawomocny. Jak wynika z kopii dowodu doręczenia nakazu zapłaty na adres spółki (...), złożonym przez pełnomocnika pozwanego w postępowaniu apelacyjnym, nakaz ten został doręczony na adres siedziby spółki, wskazany wówczas w KRS (por. k. 45), przez awizo i uznany za doręczony z dniem 14 marca 2012r. (k. 410). Doręczenie to w świetle art. 133§2a k.p.c. jest skuteczne. Fakt, iż po rezygnacji pozwanego z funkcji członka zarządu, nowy zarząd został wpisany do KRS dopiero po przymuszeniu spółki do tego przez sąd rejestrowy w dniu 16 lipca 2012r. (por. k.46) , nie oznacza, iż nakaz nie uprawomocnił się. Brak właściwej reprezentacji, czy braki w składzie organu powinny być zgodnie z art. 174§1 pkt 2 k.p.c. podstawą zawieszenia postępowania z urzędu, ale do tego nie doszło, bowiem Sąd nie miał wiedzy o chwilowym braku w składzie zarządu spółki. Niewątpliwie zatem postępowanie było obarczone wadą nieważności (art. 379 pkt 2 k.p.c.), ale nie zostało zaskarżone przez osobę uprawnioną tj. spółkę (...). Spółka (...) mogła składać wniosek o przywrócenie terminu do złożenia sprzeciwu od nakazu zapłaty, ale taki wniosek nie został złożony, choć następny członek zarządu został wpisany do KRS w toku postępowania egzekucyjnego Km 2349/12, a niewątpliwie powołany wcześniej. Po uprawomocnieniu się orzeczenia nieważność może jedynie stanowić podstawę wznowienia postępowania (art. 401 pkt 2 k.p.c.), jeżeli natomiast orzeczenie nie zostało wzruszone, to nadal ma moc wiążącą wobec innych organów (art.365§1 k.p.c.).

Powyższe okoliczności uzasadniają zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie zwrotu kosztów procesu na rzecz strony powodowej.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 386§1 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108§1 k.p.c. oraz Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia z §6 pkt 6 w zw. z §13 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. 2013 poz. 461).