

Sygn. akt I ACa 191/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 czerwca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Anna Kowacz-Braun (spr.)
Sędziowie:	SSA Grzegorz Krężolek SSA Marek Boniecki
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Lech

po rozpoznaniu w dniu 2 czerwca 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa M. K.

przeciwko M. T.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 2 października 2014 r. sygn. akt IX GC 32/14

1. oddala apelację;

2. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 5.400 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 191/15

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 2 czerwca 2015 roku

Wyrokiem z dnia 2 października 2014 r. Sąd Okręgowy w Krakowie zasądził od pozwanej na rzecz powódki: 204.860 zł z ustawowymi odsetkami od 19 kwietnia 2012 r. i 17.989 zł wraz z kosztami postępowania 6.515 zł (punkt I) oraz nakazał ściągnąć od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Krakowie koszty sądowe 10.028 zł (punkt II).

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne. M. T. była udziałowcem (...) sp. z o.o. prowadzącej działalność w zakresie mrożenia żywności. Spółka ta w celu sfinansowania inwestycji w zakład położony na działce nr (...) w K., (posiadanej w oparciu o prawo użytkowania wieczystego) wyemitowała obligacje na sumę 1.680.000 zł. W celu pozyskania środków na wykup obligacji A. umową z 13 listopada 2010 r. sprzedała za 2,7 mln zł prawo użytkowania wieczystego z zakładem produkcyjnym (z odroczonym terminem płatności) (...) sp. z o.o. sp.k. (...) spółka komandytowa środki na cenę użytkowania wieczystego (przeznaczone na wykup obligacji (...) sp. z o.o.) pozyskała z pożyczki na sumę 5,5 mln zł udzielonej umową z 2 lutego 2011 r. (wyplaconej w okresie luty-lipiec 2011 r.) przez swojego komplementariusza (...) sp. z o.o. (emitenta), który z kolei środki na udzielenie pożyczki pozyskał przez emisję w lutym 2011 r. rocznych obligacji serii (...) na sumę 3,5 mln zł z odsetkami 12% rocznie płatnymi kwartalnie. Kolejne 2 mln zł konieczne do wypłaty pożyczki emitent pozyskał z emisji obligacji serii (...) w lipcu 2011 r. na sumę 2 mln zł z okresem wykupu od 3 do 6 miesięcy z odsetkami od 3 do 6%, tj. 12% w skali roku. Obligacje zostały zaoferowane za pośrednictwem (...), który podzlecił to P. M. (1). Terminem zwrotu pożyczki udzielonej spółce komandytowej był 18 lutego 2012 r. w zakresie sumy 3,5 mln zł i 15 stycznia 2013 r. w zakresie sumy 2 mln zł. Ponieważ w lutym 2012 r. spółka komandytowa miała zwrócić tylko 3,5 mln zł, a do tego czasu upływał termin wykupu obligacji serii (...) i (...) na sumę 5,5 mln zł, emitent postanowił wyemitować obligacje serii (...) na sumę 2 mln zł zlecając emisję bezpośrednio P. M.. Jednakże ze względu na brak nabywców na minimalny próg emisji 1,5 mln zł emisja nie doszła do skutku i emitent zwrócił się do obligatariuszy o zgodę na przedłużenie terminu wykupu obligacji do 31 maja 2012 r., lecz część obligatariuszy nie zgodziła się. Emitent nie wykupił obligacji w terminie upływającym 19 lutego 2012 r. i nie zapłacił odsetek za ostatni kwartał. W dniach 13 kwietnia 2012 r. i 11 maja 2012 r. emitent złożył wnioski o ogłoszenie upadłości, które zostały jednak prawomocnie zwrócone ze względu na braki formalne. Emitent skutecznie złożył wniosek o ogłoszenie upadłości pismem z 29 maja 2012 r., lecz wniosek ten został prawomocnie oddalony postanowieniem z dnia 10 października 2012 r. ze względu na brak środków na koszty postępowania upadłościowego. Podstawowym składnikiem majątku emitenta była wierzytelność wobec spółki komandytowej z tytułu zwrotu pożyczki 5,5 mln zł wynosząca wraz z odsetkami 5.628.423 zł. Sąd upadłościowy uznał za prawidłową ocenę zawartą w sprawozdaniu tymczasowego nadzorca sądowego, iż szanse wyegzekwowania zwrotu pożyczki są znikome. Tymczasowy nadzorca ustalił, iż poza przytoczoną wyżej wierzytelnością jedynym majątkiem emitenta jest wierzytelność wobec pozwanej z tytułu nierozliczenia się z sumy 22.500 zł (wg ksiąg rachunkowych w kasie powinno być 15.000 zł, lecz ich nie było i pozwana pobrała z kasy 7.500 zł zaliczek, których nie rozliczyła). Skład wspólników (...) sp. z o.o., emitenta i spółki komandytowej w dużej mierze pokrywał się. Emitent i spółka komandytowa zostali założeni w celu przejęcia od (...) sp. z o.o. jej zakładu produkcyjnego. Pozwana była jedynym członkiem zarządu emitenta do 27 maja 2012 r. Pozwana udzieliła spółce komandytowej także prywatnej pożyczki na sumę 1.415.919,84 zł umową z 18 maja 2010 r. i jako prezes emitenta (tj. komplementariusza pożyczkobiorcy) w 2011 r. zwróciła ją sobie z rachunku spółki komandytowej. W dniu 31 grudnia 2010 r. wg bilansu sporządzonego na 31 grudnia 2011 r. aktywa i pasywa emitenta wynosiły tylko 6.000 zł. Bilans na 31 grudnia 2011 r. wykazał już aktywa na sumę 5.576.875,71 zł, z czego 5.550.153 zł stanowiła wierzytelność wobec spółki komandytowej o zwrot pożyczki, a kolejne 20.680 zł stanowiła wierzytelność o zwrot jakiejś innej pożyczki. Ów wzrost aktywów został sfinansowany wpływami z emisji obligacji (zobowiązania z tego tytułu wynosiły wg bilansu 5.780.000 zł) oraz powstrzymaniem się z zapłatą długów wobec dostawców (39.360 zł) i należności publicznoprawnych (48.499 zł). Wzrost aktywów w 2011 r. był o 296.983,29 zł mniejszy od powstałych w tym okresie zobowiązań wobec obligatariuszy, dostawców i Skarbu Państwa i dlatego w bilansie wskazano stratę za 2011 r. w wysokości 296.983,29 zł. Strata ta powstała przede wszystkim na skutek zobowiązań z tytułu odsetek w wysokości 255.263 zł. Nadwyżka zobowiązań nad majątkiem wyniosła 291.983,29 zł, tj. strata pochłonęła cały kapitał zakładowy 5.000 zł. Jednym z nabywców niewykupionych obligacji była powódka M. K.. Prawomocnymi nakazami zapłaty z maja 2012 r. Sąd Rejonowy dla Łodzi-Widzewa zasądził od emitenta na rzecz powódki 200.000 zł tytułem wykupu obligacji i 4.860 zł tytułem ich oprocentowania - razem 204.860 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwów w dniu 19 kwietnia 2012 r. i kosztami postępowania 17.032 zł. Koszty bezskutecznej egzekucji wyniosły 957 zł.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny, Sąd pierwszej instancji omówił przesłanki pozytywne i negatywne odpowiedzialności członka zarządu przewidzianej w art. 299 § 1 k.s.h., zaznaczając przy tym, że pozwanej, będącej

prezesem zarządu spółki – emitenta, nie zwalnia z odpowiedzialności okoliczność, iż zarządzana przez nią spółka była tylko pośrednikiem w przekazaniu wpływów z emisji obligacji spółce komandytowej (zwłaszcza że pozwana zarządzała ponadto na podstawie art. 117 k.s.h. także spółką komandytową). Odnosząc się do stanowiska pozwanej, Sąd pierwszej instancji podkreślił, że wbrew jej tezie, prospekt emisyjny, opisując cel emisji, nie wskazywał prawdziwej roli emitenta, gdyż wynika z niego, że to emitent miał kupić nieruchomości i maszyny i to on prowadził na tej nieruchomości działalność produkcyjną. Prospekt pomijał rolę spółki komandytowej, a tylko ona prowadziła działalność produkcyjną i ona kupiła prawo użytkowania wieczystego oraz maszyny za środki z emisji pozyskane od emitenta na mocy pożyczki. Sąd uznał jednak, że treść prospektu nie jest istotna, gdyż obowiązkiem zarządu emitenta obligacji jest takie wykorzystanie środków z emisji, aby pozyskać środki na wykup obligacji i zapłatę oprocentowania. Tymczasem z bilansu i rachunku zysków i strat wynika, że emitent zobowiązał się do zapłaty obligatariuszom odsetek wyższych od tych, które sam miał uzyskać od spółki komandytowej na mocy umowy pożyczki. Sąd wyjaśnił, że bilans na 31 grudnia 2011 r. wskazuje wierzytelność z tytułu pożyczki (udzielonej na sumę 5,5 mln zł) w wysokości 5.550.153 zł, tj. wyższą tylko o 50.153 zł od udzielonej pożyczki, a tymczasem emitent miał zapłacić obligatariuszom 5.780.000 zł, tj. o 280.000 zł ponad sumę uzyskaną z emisji. Stąd Sąd wyciągnął wniosek, że już w chwili wykorzystania środków z emisji na udzielenie pożyczki pozwana wiedziała, że odsetki od spółki komandytowej nie wystarczą na spłatę oprocentowania obligacji, co więcej, struktura wkładów do spółki komandytowej wskazuje, że ewentualne zyski spółki komandytowej (tj. nadwyżka po zwrocie pożyczki z odsetkami) przypadłyby komandytariuszom, a nie emitentowi. Na tej podstawie Sąd Okręgowy skonstatował, że emitent stał się niewypłacalny w rozumieniu art. 11 ust. 2 Pr.up.napr. już z chwilą emisji obligacji. Dodatkowo Sąd wskazał, że kolejna podstawa niewypłacalności w postaci niewykonywania wymagalnych zobowiązań (art. 11 ust. 1 Pr.up.napr.) zaistniała najpóźniej 20 lutego 2012 r., gdy emitent nie wykupił obligacji. Zaznaczył, że pozwana skutecznie złożyła wniosek o ogłoszenie upadłości dopiero pismem z 29 maja 2012 r., tj. po upływie dwutygodniowego terminu określonego w art. 21 ust. 2 Pr.up.napr., a zatem nie wykazała zwalniającego z odpowiedzialności faktu złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie. Nie podnosiła również innej okoliczności egzoneracyjnej w postaci braku szkody, która i tak w ocenie Sądu nie zachodzi, bowiem sam fakt emisji obligacji oprocentowanych aż na 12% przy warunkach pożyczki określonych umową z 2 lutego 2011 r. stanowił wyrządzenie szkody. Jak podkreślił Sąd Okręgowy, pozwana od początku liczyła na spłacenie obligatariuszy tylko dzięki niedosłej nowej emisji obligacji w lutym 2012 r., co wskazuje na zamiar stworzenia piramidy finansowej. Sąd wskazał nadto na niekwestionowaną tezę nadzorca sądowego, iż wierzytelność wobec spółki komandytowej o zwrot pożyczki jest bezwartościowa (nawet jej całkowita spłata nie zaspokoiłaby obligatariuszy w całości), a ponadto emitent nie posiada żadnego majątku. W tym kontekście Sąd Okręgowy uznał, że pozwana na podstawie art. 299 k.s.h. odpowiada za dług zasądzony czterema nakazami zapłaty od emitenta tytułem świadczeń określonych w obligacjach w wysokości 204.860 zł z odsetkami, a nadto za dług spółki z tytułu kosztów procesów 17.032 zł i bezskutecznej egzekucji 957 zł, tj. razem za 17.989 zł. O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., wskazując, iż złożyły się na nie uiszczona opłata w kwocie 1.115 zł i koszty zastępstwa w wysokości 1,5 stawki minimalnej, tj. 5.400 zł. Zwiększenie stawki minimalnej w stosunku do tej zasądzonej w nakazie zapłaty Sąd uzasadnił dodatkową koniecznością ustosunkowania się przez pełnomocnika do sprzeciwu i jego udziałem w dwóch posiedzeniach. Na podstawie art. 113 ust. 1 u.k.s.c. Sąd obciążył pozwaną nieuiszczoną częścią opłaty od pozwu 10.028 zł.

Apelację od powyższego wyroku wywiodła pozwana, zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzuciła naruszenie przepisów postępowania, a to: art. 230 w zw. 235. § 1. w zw. z art. 278 § 1. k.p.c. poprzez zaniechanie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego na okoliczność sytuacji finansowej spółek (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. sp.k., w szczególności w zakresie ich zobowiązań, wierzytelności, majątku ruchomego i posiadanych nieruchomości w okresie od 11 maja 2010 r. do dnia 27 maja 2012 r., pod kątem zaistnienia przesłanek do ogłoszenia upadłości obu tych spółek i uznanie, iż Sąd może w takiej sytuacji oprzeć ustalenia stanu faktycznego na opinii biegłego sporządzonej w innym postępowaniu, której celem było ustalenie całkowicie odmiennych okoliczności, wyłączając tym samym zasadę bezpośredniości postępowania dowodowego, poprzez m.in. uniemożliwienie jej wypowiedzenia się co do liczby biegłych i ich wyboru, wypowiedzenia się co do sposobu przeprowadzenia dowodu, sformułowania ewentualnych uwag i zastrzeżeń do przedmiotowej opinii – a więc uniemożliwienie jej podjęcia obrony praw, skutkujące nieważnością postępowania w tej części, a także art. 230 k.p.c. poprzez wadliwe uznanie, iż brak generalnego zaprzeczenia wszelkim twierdzeniom zawartym w rozbudowanej opinii biegłego sporządzonej w innym

postępowaniu, której przedmiotem było ustalenie zupełnie innych okoliczności i przedłożona przez stronę przeciwną na rozprawie, bez umożliwienia stronie wypowiedzenia się co do jej treści i skorzystania z instytucji procesowych, uprawnia Sąd orzekający w sprawie do dowolnego uznania i wyboru, które to fakty strona pozwana przyznaje. Nadto zarzuciła dokonanie wadliwych ustaleń stanu faktycznego, objawiających się w bezzasadnym przyjęciu, iż szanse wyegzekwowania wierzytelności wobec (...) sp. z o.o. sp.k. z tytułu zwrotu pożyczki w wysokości 5.500.000 PLN, wynoszącej wraz odsetkami 5.628.423 PLN są znikome, bez należytego uzasadnienia powyższej konstatacji, w szczególności bez jakiegokolwiek odniesienia się do majątku spółki komandytowej oraz wpływu cofnięcia przez kolejny zarząd spółki (...) sp. z o.o. złożonego przez pozwaną wniosku o wpis hipoteki umownej kaucyjnej na nieruchomości, dla której Sąd Rejonowy dla Krakowa Nowej Huty w Krakowie, Wydział V Zamiejscowy Ksiąg Wieczystych w P. prowadzi księgę wieczystą pod numerem (...) na możliwość zaspokojenia roszczeń powódki, a także polegające na przyjęciu, że (...) sp. z o.o. stała się niewypłacalna już z momentem emisji obligacji, pomijając okoliczność, iż w przypadku powodzenia gospodarczego przedsięwzięcia prowadzonego przez (...) sp. z o.o. sp.k. komplementariuszowi przypadłby udział w zysku, a nadto spółka posiadała dodatkowe możliwości finansowania, jak chociażby dopłaty od wspólników. Wskazując na powyższe podstawy zaskarżenia, wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji oraz zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa adwokackiego za obydwie instancje.

W odpowiedzi na apelację powódka wniosła o jej oddalenie i zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje :

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Wszystkie zarzuty pozwanej zmierzały do podważenia podstawy faktycznej zaskarżonego wyroku Sądu pierwszej instancji, kwestionując zarówno czynności Sądu podejmowane na etapie postępowania dowodowego jak i końcowe ustalenia poczynione na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego. Zarzuty te są jednak bezzasadne i oparte na wątpliwej, nieprzekonującej argumentacji, podczas gdy wybór jak i ocena dowodów, dokonane przez Sąd Okręgowy nie budzą zastrzeżeń. Również konkluzje Sądu Okręgowego w zakresie stanu faktycznego wyciągnięte na podstawie właściwie ocenionych dowodów są logicznie poprawne i zgodne z regułami wnioskowania. W konsekwencji Sąd Apelacyjny w pełni podziela zarówno ocenę dowodów, jak i poczynione przez Sąd pierwszej instancji ustalenia faktyczne, przyjmując je za własne.

W szczególności nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 230 k.p.c. w zw. z art. 235 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Zarzut ten nie może się ostać przede wszystkim z tego powodu, iż dotyczy uchybienia procesowego Sądu Okręgowego (oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego), co do którego pozwana nie zgłosiła zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c., mimo iż była reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika. Odnosząc się w tym miejscu do stanowiska zawartego w apelacji nadmienić trzeba, iż w świetle aktualnego i utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego nie budzi żadnych wątpliwości, że strona nie może skutecznie zarzucać w apelacji uchybienia przez sąd pierwszej instancji przepisom postępowania, polegającego na wydaniu postanowienia, które może być zmienione lub uchylone stosownie do okoliczności (niezaskarżalnego i niewiążącego sądu), jeżeli nie zwróciła uwagi sądu na to uchybienie w toku posiedzenia, a w razie nieobecności – na najbliższym posiedzeniu, chyba że niezgłoszenie zastrzeżenia nastąpiło bez jej winy (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2005 r., III CZP 55/05, OSN 2006 nr 9 poz. 144). W takiej sytuacji wyłączona jest także kontrola przewidziana w art. 380 k.p.c. Pozwana w żaden sposób nie wykazała, aby niezgłoszenie zastrzeżenia nastąpiło bez jej winy, zwłaszcza że korzystała z pomocy profesjonalnego pełnomocnika. Zarzut naruszenia art. 230 k.p.c. w zw. z art. 235 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. jest zatem bezskuteczny.

Niemniej jednak, abstrahując od dopuszczalności zgłoszenia powyższego zarzutu, uznać go należy za bezzasadny również merytorycznie. Okoliczność, jaką miał wykazać wnioskowany przez pozwaną dowód z opinii biegłego -

sytuacja finansowa spółki komandytowej (...) sp. z o.o. oraz spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) w okresie od maja 2010 r. do 27 maja 2012 r. – jest irrelevantna dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Zauważenia wymaga w szczególności, że tylko jedna z wymienionych spółek jest podmiotem zobowiązanym w stosunku do powódki i jej dłużnikiem, a mianowicie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (emitent niewykupionych obligacji). Sytuacja finansowa spółki komandytowej nie ma zatem żadnego znaczenia dla oceny odpowiedzialności pozwanej za niezgłoszenie upadłości emitenta (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością). Wartość udziałów przysługujących emitentowi w spółce komandytowej została natomiast ujęta w bilansie spółki z o.o. i nie wymaga odrębnego oszacowania na podstawie sytuacji majątkowej spółki komandytowej. Nadto, co istotne, spółka komandytowa nie spłaciła w jakiegokolwiek części pożyczki zaciągniętej u emitenta, co również dobitnie świadczy o jej możliwościach finansowych, bez potrzeby odwoływania się do opinii biegłego.

Z kolei całościowa i szczegółowa ocena sytuacji majątkowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) (emitenta) przez biegłego z zakresu księgowości była całkowicie zbędna głównie z tego powodu, że dla ustalenia odpowiedzialności pozwanej wystarczające było stwierdzenie, czy w okresie jej prezesury w spółce zachodziły przesłanki do ogłoszenia upadłości spółki. Warunki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości były natomiast możliwe do ustalenia na podstawie dostępnych dla Sądu Okręgowego danych, wynikających z bilansów spółki oraz jej rachunków zysków i strat, a także zawartych umów pożyczki i emisji obligacji. Dane te były tak jasne i oczywiste, że z całą pewnością nie wymagały wiedzy specjalnej z zakresu księgowości. Wystarczające okazało się proste porównanie informacji (liczb) zawartych w dokumentach księgowych i nie było konieczne prowadzenie żadnych skomplikowanych wyliczeń, jakich mógłby dokonać księgowy. Wszelkie potrzebne dane zostały zawarte w dokumentach księgowych sporządzonych przez samą spółkę z o.o., wobec czego zbędne było również powoływanie biegłego do ich ustalania na podstawie ksiąg rachunkowych spółki.

Z udostępnionych w postępowaniu dokumentów księgowych (...) spółki z o.o. wynika jednoznacznie, że spółka nie posiadała realnego majątku i była niewypłacalna tak w momencie emisji obligacji jak i w momencie upływu terminu do ich wykupu. Już tylko fakt wyższego oprocentowania emitowanych obligacji niż pożyczki udzielonej spółce komandytowej (przy braku innego znaczącego majątku czy wiarygodności) świadczy o istnieniu wyższej kwoty zobowiązań od kwoty wiarygodności, a zatem o przesłance upadłości. Absolutnie nieprzekonujące jest twierdzenie pozwanej, jakoby możliwość uzyskania przez emitenta udziału w zysku spółki komandytowej zmieniała ocenę zaistnienia niewypłacalności emitenta już na dzień emisji obligacji. Taka potencjalna możliwość nie stanowi konkretnej, aktualnej wiarygodności, lecz wiarygodność przyszlą i niepewną, a tym samym niepodlegającą zaliczeniu na aktywa spółki. Również hipotetyczna możliwość żądania dopłat od wspólników nie wpływa na sytuację majątkową spółki, skoro nie zażądała takich dopłat.

Sąd Okręgowy prawidłowo posłużył się powyższymi danymi z bilansów spółki, opisu umowy z 13 listopada 2010 r. i umowy o emisji obligacji. Dopuścił bowiem opinię biegłego z zakresu księgowości sporządzoną na potrzeby postępowania przygotowawczego jedynie jako dokument prywatny i oparł się wyłącznie na zawartych w niej danych księgowych i dokumentach, stanowiących w istocie źródło opracowania wniosków opinii, nie zaś na samych wnioskach biegłego. Co istotne, pozwana nie oprotestowała również zgłoszenia tej opinii jako dowodu w sprawie i jej dopuszczenia przez Sąd Okręgowy, jak również nie zaprzeczyła prawdziwości danych zawartych w bilansach, które zresztą sama jako prezes zarządu przedkładała do sądu upadłościowego wraz z wnioskiem o ogłoszenie upadłości.

W konsekwencji chybiony jest zarzut naruszenia art. 230 k.p.c. przez uznanie danych zawartych w bilansie spółki za przyznane, skoro informacjom w nim zawartym w istocie pozwana nie zaprzeczyła.

Jednocześnie całkowicie błędny jest zarzut nieważności postępowania, oparty na twierdzeniu uniemożliwienia pozwanej podjęcia obrony, co miałyby wynikać z nieuwzględnienia wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego i oparciu rozstrzygnięcia na opinii biegłego sporządzonej dla Prokuratury, która nie została przeprowadzona przed Sądem Okręgowym z naruszeniem zasady bezpośredniości. Tymczasem, tak doktryna jak też utrwalone od lat orzecznictwo stoją na stanowisku, iż pozbawienie strony możliwości obrony swych praw polega na tym, że z powodu wadliwości procesowych sądu lub strony przeciwnej, będących skutkiem naruszenia

konkretnych przepisów postępowania cywilnego, strona nie mogła brać i nie brała udziału w postępowaniu lub jego istotnej części, przy czym chodzi o całkowite faktyczne pozbawienie możliwości obrony praw (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 1974 r., II CR 155/74, OSP 1975 z 3 poz. 66 i z dnia 13 czerwca 2002 r., V CKN 1057/00, niepubl.). Nie ma to zatem związku z zarzucaną przez pozwaną odmową przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego i oparcie rozstrzygnięcia na opinii z innego postępowania. Co więcej, Sąd Najwyższy wypowiedział się również konkretnie odnośnie tego rodzaju sytuacji, stwierdzając, że nie jest pozbawieniem strony możliwości obrony swych praw pominięcie jej wniosku dowodowego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1994 r., I PRN 33/94). Natomiast odnośnie zarzutu pozbawienia możliwości polemiki z ustaleniami sądu wskazać należy, iż na etapie prowadzonego postępowania dowodowego nie ma miejsca na jakąkolwiek polemikę, skoro ustalen w sprawie sąd dokonuje dopiero po przeprowadzonym postępowaniu dowodowym i po zamknięciu przewodu sądowego (art. 316 k.p.c.).

Również zarzuty odnoszące się do wadliwych ustaleń stanu faktycznego nie mogą zostać uwzględnione. Pozbawiony racji jest przede wszystkim zarzut błędnego przyjęcia, iż szanse wyegzekwowania wierzytelności wobec spółki (...) sp. z o.o. sp.k z tytułu zwrotu pożyczki wraz z odsetkami są znikome. Takich bowiem ustaleń Sąd pierwszej instancji w ogóle nie poczynił. Ustalił jedynie, iż tego rodzaju wniosek wyciągnął tymczasowy nadzorca sądowy w postępowaniu upadłościowym, zaś sąd upadłościowy uznał tę ocenę za prawidłową - "(...) sąd upadłościowy uznał za prawidłową ocenę zawartą w sprawozdaniu tymczasowego nadzorcy sądowego, iż szanse wyegzekwowania zwrotu pożyczki są znikome (...)". Trudno zatem zgodzić się, że takiemu stwierdzeniu można przypisać fałsz. Niezależnie od tego, materiał dowodowy zgromadzony w sprawie potwierdza tę tezę tymczasowego nadzorcy sądowego, zaś skarżąca w żaden sposób nie próbowała przekonać, że jest inaczej. Sama pozwana, która jako członek zarządu obu spółek знаła sytuację finansową (...) sp. z o.o. sp.k., nie próbowała wyegzekwować od niej w imieniu (...) sp. z o.o. zwrotu pożyczki. Okoliczność ta nie ma zresztą kluczowego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem dla odpowiedzialności pozwanej nie jest istotne, czy mogłaby wyegzekwować pożyczkę wraz z odsetkami, ale czy zachodzą przesłanki egzoneracyjne w sytuacji, gdy egzekucja przeciwko spółce z o.o. okazała się bezskuteczna. Co godne uwagi, pozwana nie zakwestionowała tezy tymczasowego nadzorcy sądowego w przedmiocie ogłoszenia upadłości, iż wierzytelność wobec spółki komandytowej o zwrot pożyczki jest bezwartościowa. Nie zaprzeczyła też argumentacji Sądu Okręgowego, iż obecnie nawet całkowita spłata pożyczki wraz z odsetkami nie zaspokoiliby obligatariuszy w całości (wobec oprocentowania obligacji 12% w skali roku). Co więcej, pozwana nie sprostowała ciężarowi dowodu, że wniosek o ogłoszenie upadłości złożyła we właściwym czasie, przy czym oczywistym jest, iż chodzi o wniosek złożony w sposób skuteczny, któremu nadano bieg. Fakt złożenia wniosku, który został następnie zwrócony nie ma znaczenia prawnego, gdyż pismo zwrócone nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z jego wniesieniem (art. 130 § 2 zd. 2 k.p.c.).

Nie można także podzielić zarzutu wadliwych ustaleń faktycznych w przyjęciu, iż spółka (...) sp. z o.o. stała się niewypłacalna już z momentem emisji obligacji. Przede wszystkim zarzut ten nie został poprawnie sformułowany, gdyż negowana kwestia nie stanowi elementu stanu faktycznego, lecz ocenę materialnoprawną ustalonych faktów. Tym niemniej, nie sposób oceny tej uznać za niezasadną, skoro znajduje usprawiedliwienie w okolicznościach sprawy. Dane zawarte w bilansie spółki sporządzonym na dzień 31 grudnia 2011 r. jednoznacznie wskazują, iż przesłanka niewypłacalności spółki określona w art. 11 ust. 3 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze została spełniona już w dacie emisji obligacji, co przekonująco omówił Sąd Okręgowy. Nie można też pomijać, iż Sąd ten wskazał nie tylko na moment emisji obligacji, ale i na kolejną datę niewypłacalności, a mianowicie na datę upływu terminu do wykupu obligacji - 20 lutego 2012 r. W ocenie Sądu Apelacyjnego przedmiotowa spółka była niewypłacalna już w dacie emisji obligacji, bowiem już wtedy jej zobowiązania przewyższały jej majątek (stanowiący przede wszystkim wierzytelności). W kolejnej dacie – niedoszłego wykupu obligacji – niewypłacalność spółki jedynie nadal trwała, z tym że doszła jej kolejna przesłanka – braku realizacji wymagalnych zobowiązań. Bez względu jednak na to, którą z tych dat należałoby przyjąć za podstawę stwierdzenia niewypłacalności spółki, to w każdym przypadku wniosek o ogłoszenie upadłości skutecznie zgłoszony dopiero w dniu 29 maja 2012 r., nie został złożony w czasie właściwym. W tym miejscu zaznaczenia wymaga jeszcze, że ciężar dokonania oceny zaistnienia przesłanek niewypłacalności określonych w art. 11 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze spoczywa na członkach zarządu, którzy nie mogą zasłaniać się brakiem świadomości takiej sytuacji, będąc w posiadaniu obiektywnych danych finansowych. Pozwana miała zaś wszelkie

przesłanki ku temu, aby zdawać sobie sprawę z powstania przesłanek upadłości w obu wymienionych datach, to jest w czasie sprawowania przez nią funkcji prezesa zarządu emitenta.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji na zasadzie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. Na zasądzoną kwotę 5.400 zł złożyły się koszty zastępstwa procesowego ustalone w oparciu o § 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn. Dz. U. 2013 r., poz. 490).