

Sygn. akt I ACa 1858/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 kwietnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Szewczyk
Sędziowie:	SSA Jerzy Bess SSA Barbara Górczanowska (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Lech

po rozpoznaniu w dniu 13 kwietnia 2016 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z o.o. w Z.

przeciwko W. S.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 25 września 2015 r. sygn. akt VII GC 178/14

- 1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz strony powodowej kwotę 174.534,03 zł (sto siedemdziesiąt cztery tysiące pięćset trzydzieści cztery złote 03/100) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 3 grudnia 2013 roku oraz kwotę 23.771 zł (dwadzieścia trzy tysiące siedemset siedemdziesiąt jeden złotych) tytułem kosztów procesu;**
- 2. zasądza od pozwanego na rzecz strony powodowej kwotę 11.427 zł (jedenaście tysięcy czterysta dwadzieścia siedem złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Jerzy Bess SSA Andrzej Szewczyk SSA Barbara Górczanowska

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 kwietnia 2016 r.:

Powód (...) Spółka z o.o. w Z. domagał się zasądzenia od pozwanego W. S. kwoty 174.534,03 zł z ustawowymi odsetkami od dnia doręczenia pozwu i kosztami procesu. Swoje roszczenie wywodził z art. 299 § 1 kodeksu spółek handlowych wskazując, że posiada tytuł egzekucyjny: prawomocny wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14

października 2011r. w sprawie I ACa 895/11, nakazujący (...)Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. zwrócić powodowi wyegzekwowanej kwoty 498.668,67 zł, zaś pozwany jako członek zarządu wymienionej Spółki w czasie powstania wierzytelności, ponosi odpowiedzialność za jej zobowiązania, wobec bezskuteczności egzekucji, która na skutek ogłoszenia w dniu 28 listopada 2012r. upadłości dłużnika, postanowieniem Komornika z dnia 1 lutego 2013r. uległa zawieszeniu z mocy prawa.

Pozwany wnosił o oddalenie powództwa zarzucając, że w dniu 19 października 2012r. zgłosił wniosek o upadłość układową Spółki (...) Spółka z o.o. w Ł., a we wrześniu 2013r. o upadłość likwidacyjną, która została ogłoszona 22 października 2013r. Wniosek o upadłość został zgłoszony we właściwym czasie albowiem co najmniej do końca czerwca 2012r. Spółka posiadała płynność finansową.

Wyrokiem z dnia 25 września 2015r. Sąd Okręgowy w Kielcach Wydział VII Gospodarczy oddalił powództwo; zasądził od strony powodowej na rzecz powoda kwotę 5.417zł tytułem kosztów procesu; nakazał pobranie od strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Kielcach kwotę 1.711,71 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne:

Pomiędzy spółką (...) sp. z o.o. w Ł. a powodem od 2007r. toczył się spór sądowy, którego przedmiotem były roszczenia (...)jako nabywcy naczepy specjalistycznej do przewozu trzody chlewnej z tytułu rękojmi. W pierwszej instancji Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo zasądzając od powoda na rzecz spółki 508.556,60 zł i apelację od tego wyroku oddalono. Na skutek skargi kasacyjnej wyrok ten został jednak uchylony. Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Apelacyjny w Krakowie wyrokiem z dnia 14 października 2011r. (I ACa 895/11) zmienił wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach i oddalił powództwo oraz nakazał (...) Sp. z o.o. w Ł. zwrot na rzecz (...) Sp. z o.o. w Ł. kwoty 498.668,67 zł tytułem zwrotu świadczenia wyegzekwowanego. (...)w grudniu 2011r. wniosła powództwo o pozbawienie wskazanego powyżej tytułu wykonalności w oparciu o zarzut potrącenia swojej wierzytelności z tytułu szkody, jaką poniosła na skutek tego, że zamiast używać nabytej naczepy, wynajmowała transport zewnętrzny (I C 3153/11). Na podstawie orzeczenia restytucyjnego Sądu Apelacyjnego powód, wnioskiem z dnia 8 listopada 2011r., wszczął egzekucję prowadzoną przez komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym we W. – R. S. (KM 1262/11), w toku którego komornik zajął linię technologiczną do uboju trzody chlewnej obejmującej 23 urządzenia, jednakże Sąd w sprawie I C 3153/11 zabezpieczył powództwo poprzez zawieszenie tego postępowania egzekucyjnego. Powód ścigał natomiast skutecznie kwotę 82.649,46 zł tytułem kosztów postępowania kasacyjnego w sprawie KM 1332/11. Na wniosek Spółki z dnia 19 października 2012r. postanowieniem z dnia 28 listopada 2012r. Sąd Rejonowy w K. w sprawie V GU 56/12 ogłosił upadłość (...)sp. z o.o. w Ł. z możliwością zawarcia układu. Sąd Okręgowy ustalił następnie, że przedmiotowa spółka prowadziła działalność w zakresie uboju trzody chlewnej i rozbioru mięsa wieprzowego i wołowego osiągając wysokie przychody (ponad 42 mln w 2009r., 36 mln w 2010r.). Trzoda chlewna była dostarczana spółce przez spółkę (...) Sp. z o.o. w Ł., która z kolei nabywała żywiec od producentów. Producenci nabywali pasze bezpośrednio od (...) S.A. w G. a płatność za nie regulowała (...) sp. z o.o., następnie rozliczając się z dostawcami żywca w drodze kompensat. W 2009r. (...)poręczyła zobowiązania (...) wobec producenta pasz. Jednakże po zawarciu umowy poręczenia producenci żywca zaczęli go sprzedawać innym nabywcom, w związku z czym (...)nie mogła odzyskać kwot wyłożonych tytułem zapłaty za pasze i popadła w wysokie zadłużenie. Producent pasz przystąpił w 2011r. do jego egzekwowania od poręczyciela; ostatecznie strony zawarły ugodę na mocy której (...) zobowiązał się do zapłaty 1,6 mln zł w ratach a wierzyciel zrzekł się odsetek. (...)sp. z o.o. w styczniu 2011r. zawarły umowę na mocy której wierzytelności (...) wobec producentów żywca z tytułu zapłaty za pasze w kwocie 3.326.682,90 zł zostały przeniesione na Spółkę, która przystąpiła do egzekwowania należności, na które wcześniej uzyskano tytuły wykonawcze oraz do pozywania dłużników przed Sąd. W 2011r. Spółka prowadziła działalność, z której uzyskała 22.952.811 zł przychodu ale rok ten zamknęła jednak stratą wynoszącą 2.019.264 zł. Wynikała ona z tego, że przez cztery miesiące spółka nie dokonywała przerobów z uwagi na zablokowanie konta przez komornika egzekwującego należność na rzecz (...) SA a ponosiła koszty stałe związane z wynagrodzeniem pracowników, podatkami itp., jednocześnie zaś musiała spłacić ponad 1,33 mln zł długu. Gdy doszła do tego egzekucja prowadzona przez powoda, na początku 2012r. Bank (...) S.A. w K. postawił w stan wymagalności kredyt obrotowy wynoszący 2 mln złotych jednakże nie przystąpił do jego egzekucji albowiem pozwany podjął negocjacje, które ostatecznie zakończyły się już w toku postępowania układowego zmniejszeniem

miesięcznej wymagalnej raty ze 120.000 zł do 28.000 zł miesięcznie. W 2012r. spółka nadal zatrudniała pracowników, prowadziła dotychczasową działalność, za dziewięć miesięcy osiągnęła przychód w kwocie 23.210.000 zł, obsługiwała zobowiązania z tytułu leasingu, jakkolwiek jej płynność finansowa pogorszyła się. Na koniec września 2012r. Spółka osiągnęła stratę w wysokości 1.553.519 zł.

Sąd pierwszej instancji podał, że Spółka spłacała swe zobowiązania, lecz z opóźnieniem, co generowało wyższe koszty i utratę prawa do odliczenia podatku VAT. Opóźnienia w spłacie zobowiązań zaczęły występować od czerwca 2012r. Przeciwno spółce nie toczyły się postępowania egzekucyjne z wyjątkiem dwóch z wniosku powoda. Ponieważ w październiku 2011r. została ogłoszona upadłość (...) sp. z o.o., w marcu 2012r. syndyk wystąpił z powództwami o ustalenie bezskuteczności umów cesji zawartych z (...), które zostały uwzględnione przez Sąd Apelacyjny w Krakowie w czerwcu 2013r. Wobec pogarszającej się sytuacji na runku handlu żywcem oraz mięsem i wyrobami z wieprzowiny i wobec wskazanych powyżej trudności pozwany jako członek jednoosobowego zarządu zgłosił wniosek o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu 19 października 2012r. i został on uwzględniony przez Sąd Rejonowy w K. postanowieniem z dnia 22 października 2012r. Nadzorca sądowy stwierdził, że na dzień 21 listopada 2012r. wysokość wymagalnych już zobowiązań spółki wynosi 4.227.706,23 zł, co stanowiło 33% wartości bilansowej przedsiębiorstwa i w wielu wypadkach opóźnienie przekracza 3 miesiące. Natomiast zobowiązania te, a także jeszcze niewymagalne, nigdy nie przekroczyły wartości majątku spółki, nawet na koniec 2012r. odpowiadały 96% majątku. Wskaźnik standardowy wynosi 57-67%. Pomimo wysokiego ryzyka funkcjonowania przedsiębiorstwa, które nie miało stabilności finansowej a majątek obrotowy finansowało z bieżących zobowiązań wobec wierzycieli, cały czas do końca 2012r. było wypłacalne – jego dodatnia wartość na 31 grudnia 2012r. wynosiła 441.383,99 zł. Na dzień 31 grudnia 2011r. spółka nie spełniała kryteriów zgłoszenia wniosku o upadłość, co Sąd ustalił na podstawie opinii biegłego. Nadzorca ocenił, że w wypadku prowadzenia upadłości w opcji układowej wierzytelności wynoszące powyżej 10.000 zł zostaną zredukowane o 35%, natomiast gdy zostanie ogłoszona upadłość likwidacyjna będzie możliwe zaspokojenie wierzycieli w 38,85%, co wynika ze sprawozdania nadzorcy sądowego. W toku tego postępowania prowadzonego pod sygn. akt V GUp 14/12 powód zgłosił swoją wierzytelność wynikającą z przytoczonego orzeczenia restytucyjnego powiększoną o koszty postępowania egzekucyjnego w łącznej kwocie 500.468,67 zł. Wierzytelność ta została w całości uznana na liście wierzytelności w kategorii IV. Postanowieniem z dnia 1 lutego 2013r. komornik prowadzący egzekucję stwierdził, że postępowanie egzekucyjne z mocy prawa uległo zawieszeniu z dniem ogłoszenia upadłości. Postanowieniem z dnia 22 października 2013r. Sąd upadłościowy zmienił sposób prowadzenia postępowania upadłościowego Spółki na postępowanie obejmujące likwidację majątku upadłego wyznaczając syndyka w osobie M. S.. W dniu 25 stycznia 2013r. przedstawił on sędziemu-komisarzowi spis inwentarza masy upadłości (...)Sp. z o.o. w Ł. wraz z oszacowaniem. Grupę pierwszą stanowiła nieruchomości o wartości 4.360.000 zł. Na nieruchomości tej ustanowiono osiem hipotek umownych kaucyjnych i zwykłych, które w sumie zabezpieczają kwotę 2.610.773,50 zł kapitału do spłaty. Drugą grupę aktywów upadłego stanowiły ruchomości w postaci maszyn i urządzeń produkcyjnych o łącznej wartości 1.963.975zł objęte zastawem rejestrowym z dwóch umów kredytowych z której do spłaty zostało 688.701,50 zł kapitału a z drugiej 262.156 zł kapitału. Ponieważ kredyty te były zabezpieczone także hipotekami, syndyk ocenił, że w przypadku sprzedaży nieruchomości wierzyciel w całości zostanie zaspokojony z sumy sprzedaży i wystąpią przesłanki do wykreślenia zastawów rejestrowych. Trzecią grupę aktywów stanowiły: należności od kontrahentów w kwocie 325.469,40 zł, kwota 19.347,43 zł z wyroku sądowego, kwota 112.905,36 zł przypadająca od spółki (...) sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w Ł., część należności w kwocie 1.629.348,67 zł wynikająca z umów przelewów dokonanych przez (...) sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w Ł. na rzecz upadłego, kwota 78.324,12 zł środków pieniężnych na rachunkach i w kasie, zapasy wyrobów gotowych na 24 594,44 zł, udziały w spółce kapitałowej (...) sp. z o.o. w Ł. w ilości 60 o wartości nominalnej łącznie 30 000 zł. Według spisu inwentarza wartość szacunkowa aktywów upadłego wyraża się kwotą 8.612.543,81 zł (w sprawozdaniu nadzorcy sądowego została wstępnie oszacowana na 8.117.230 zł). Jednakże syndyk masy (...)sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w Ł. sprawie VII GC 62/12 wtoczył powództwo o uznanie umów przelewu za bezskuteczne w stosunku do masy i uzyskał wyrok uwzględniający to powództwo, w związku z czym wierzytelności względem producentów przekształciły się w wierzytelność względem (...) sp. z o.o., która została zgłoszona do masy upadłości w kwocie wynoszącej 2.103.065,39 zł z czego uznano 1.975.724,60 zł należności głównej i 4.159,60 zł kosztów, jednak jej zaspokojenie jest wątpliwe. Syndyk masy upadłości Spółki dąży do sprzedaży przedsiębiorstwa w całości z uwagi na to, że poszczególne składniki majątku są ze sobą funkcjonalnie

powiązane ale cena 4.980.000 zł nie spowodowała zainteresowania nabywców. Syndyk chce zachować integralność majątku a dotychczasowa likwidacja majątku prowadzona w niewielkim zakresie nie pozwoliła nawet na zaspokojenie w całości miesięcznych kosztów postępowania upadłościowego. Przy sprzedaży przedsiębiorstwa upadłego w całości za cenę odpowiadającą około 65% wartości majątku możliwe jest zaspokojenie wierzytelności należących do kategorii I (wynoszących ok. 4,1 mln zł po odjęciu wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo) przy uwzględnieniu zgłoszonego syndykowi roszczenia osobistego o zwrot nakładów na budynek rozbioru drobiu. Jeżeli nie dojdzie do sprzedaży przedsiębiorstwa jako całości osiągnięcie wpływów ze sprzedaży kwoty 4,1 mln zł jest mało prawdopodobne. Odrębna sprzedaż nieruchomości i ruchomości zwiększa prawdopodobieństwo umorzenia postępowania z uwagi na brak środków na jego prowadzenie. Aktualnie do syndyka wpłynęła oferta zakupu przedsiębiorstwa za kwotę 3,8 mln zł.

Powyższy stan faktyczny doprowadził Sąd Okręgowy do uznania powództwa za nieuzasadnione. Powołując się na treść przepisu art. 299 k.s.h. Sąd Okręgowy stwierdził, że wierzyciel wykazał, że na mocy wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 października 2011r., sygn. akt I ACa 895/11 (...) Spółka z o.o. w Ł. została zobowiązana do zwrócenia na rzecz powoda kwoty 498.668,67 zł oraz udowodnił stan bezskuteczności egzekucji. Co prawda, postępowanie mające na celu wyegzekwowanie od spółki powyższej kwoty uległo zawieszeniu w związku ze złożeniem wniosku o upadłość, jednakże zgodnie z utrwalonym orzecnictwem, dla wykazania przesłanki bezskuteczności rozumianej jako niemożność uzyskania zaspokojenia, nie jest nawet konieczne wszczęcie postępowania egzekucyjnego a następnie uzyskanie postanowienia komornika o jego umorzeniu albowiem okoliczność tę można wykazywać przy pomocy wszelkich dostępnych dowodów. Sąd podkreślił, że w niniejszym postępowaniu powód nie żądał zasądzenia od pozwanego całej kwoty objętej orzeczeniem restytucyjnym ale jedynie 35% jej wartości, co wynikało z oceny nadzorca sądowego wyrażonej na etapie rozpoznawania wniosku o ogłoszenie upadłości (...), który wskazał, że można zakładać w wypadku prowadzenia upadłości z możliwością zawarcia układu zaspokojenie wierzycieli mających wierzytelności na kwotę przenoszącą 10.000 zł w 65% należności głównych. Z oceny tej zatem bezpośrednio wynika niemożność uzyskania w toku postępowania upadłościowego kwoty żądanej w pozwie. Jak wynika z przeprowadzonych dowodów, w toku postępowania upadłościowego nie zaszły żadne zdarzenia, które mogłyby polepszyć prognozę stopnia zaspokojenia wierzycieli, wręcz przeciwnie, trudno przypuszczać, by w zwykłym toku rzeczy, wierzyciele odzyskali chociażby 65% należności głównej. Jak wskazał syndyk, z powodu spadku produkcji w okresie po ogłoszeniu upadłości konieczna była zmiana opcji na postępowanie o charakterze likwidacyjnym. Syndyk zamierzał sprzedać przedsiębiorstwo jako całość za 4.980.000 zł jednak od grudnia 2013r. do chwili zamknięcia rozprawy do sprzedaży nie doszło. 18 lutego 2015r. wpłynęła do syndyka oferta na zakup przedsiębiorstwa za cenę 3.800.000 zł (sprawozdanie syndyka z 20 kwietnia 2015r.) i po początkowo negatywnym stanowisku rada wierzycieli na posiedzeniu w dniu 18 sierpnia 2015r. stosunkiem głosów 3:2 podjęła uchwałę w przedmiocie sprzedaży przedsiębiorstwa za cenę wskazaną w ofercie. Jednakże z ceny tej będą musiały być pokryte ciągle rosnące i niezaspokojone koszty postępowania upadłościowego, które na 31 marca 2015r. wyniosły 1.030.041,93 zł. Syndyk ocenia, że w wypadku najbardziej optymalnego sposobu likwidacji poprzez sprzedaż majątku upadłego w całości, pokryte zostaną koszty postępowania upadłościowego (1.030.042,93 zł), wierzytelności posiadające zabezpieczenia w wysokości 2.346.216,13 zł i pozostałe w możliwie największym stopniu zaspokojenia. W praktyce jednak zaspokojenie innych wierzytelności z ceny uzyskanej za sprzedaż przedsiębiorstwa jest wątpliwe, bo do wskazanych powyżej dwóch kwot należy doliczyć jeszcze przewidywane wydatki do zakończenia postępowania szacowane na i 562.496 zł; suma tych kwot przewyższa zakładaną do osiągnięcia cenę zatem należy poszukać innego źródła zaspokojenia, w wierzytelnościach masy. Jednakże wierzytelność wobec masy upadłości (...) Sp. z o.o. w Ł. wynoszące 2.088.629,96 zł jest wątpliwa do odzyskania albowiem jej wysokość będzie zależna od rozstrzygnięć sądowych i sytuacji majątkowej dłużników tej masy i syndyk pomniejsza wartość masy o powyższą kwotę. Pozostałe aktywa czyli należności od kontrahentów, udziały w spółce kapitałowej, środki w kasie stanowią nieco ponad 450.000 zł. Z powyższego wynika, że powód z całą pewnością nie zostanie zaspokojony w zakresie należności dochodzonej w tym procesie.

Według Sądu Okręgowego powyższe ustalenie nie przesądza jednak o zasadności powództwa albowiem postępowanie dowodowe nie dało podstaw do stwierdzenia, że pozwany jako prezes zarządu dłużnika złożył wniosek o ogłoszenie upadłości zbyt późno. Sąd odwołał się do przepisów prawa upadłościowego i naprawczego, które przewidują obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości jeżeli dłużnik nie wykonuje wymagalnych zobowiązań (art. 11 ust.

1 prawa upadłościowego i naprawczego) a w odniesieniu do dłużnika będącego osobą prawną także wówczas, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku (art. 11 ust. 2 cyt. ustawy). Mają one znaczenie dla określenia „właściwego czasu” jednakże w orzecznictwie podkreśla się, że ze względu na funkcję art. 299 k.s.h., którą jest ochrona interesów wierzycieli oraz obciążenie odpowiedzialnością za ich szkodę działających nierzetelnie członków zarządu spółki, nie można mechanicznie przenosić na grunt tego przepisu unormowań prawa upadłościowego i naprawczego co do przesłanek i terminów złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Powszechnie przyjmuje się w orzecznictwie, że czasem właściwym na złożenie wniosku w rozumieniu art. 299 k.s.h. jest czas, gdy wprowadzie dłużnik spłaca jeszcze niektóre długi ale wiadomo już, że ze względu na brak środków nie będzie mógł zaspokoić wszystkich swoich wierzycieli. Czasem właściwym nie jest więc dopiero czas, gdy dłużnik przestał już całkowicie spłacać swoje długi i nie ma majątku na ich zaspokojenie. Z drugiej strony czasem właściwym nie jest również z pewnością już ta chwila, gdy pierwszy dług nie zostanie spłacony z jakichkolwiek powodów. O niewypłacalności w rozumieniu art. 11 ust. 1 p.u.n. można mówić, gdy dłużnik z braku środków przez dłuższy czas nie wykonuje przeważającej części swoich zobowiązań (wyrok SN z 19 stycznia 2011r., V CSK 211/10 . Lex nr 7381360). Sąd pierwszej instancji wskazał, że w pierwszym półroczu 2012r. Spółka spłacała swoje długi, natomiast od czerwca zaczęły pojawiać się opóźnienia w spłatach, niemniej spółka zobowiązania wykonywała. Dopiero w miesiąc po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości niespłacone długi wyniosły ponad 4 mln zł i wtedy, w wielu wypadkach opóźnienie, w zapłacie przekraczało 3 miesiące. Analizując, czy pozwany w okresie lipiec-wrzesień 2012r. winien był wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości, Sąd miał na uwadze ogólną sytuację majątkową i finansową spółki oraz możliwość pozyskania środków na spłatę zobowiązań. Spółka prowadziła wówczas produkcję, zatrudniała pracowników, nie wyprzedawała swojego majątku i, jak zeznał pozwany, opóźniała się w zapłacie niektórym kontrahentom, po czym po uzyskaniu wpływów, spłacała ich. Nie toczyły się wobec spółki żadne postępowania egzekucyjne z wyjątkiem dwóch spraw zainicjowanych przez powoda, a związanych z rozstrzygnięciem w sprawie I ACa 895/11. Bank kredytujący spółkę, co prawda, na wiośnę postawił kredyt w stan wymagalności, nie podjął jednak działań o charakterze windykacyjnym lecz negocjacje z pozwanym. W efekcie nie ocenił on negatywnie możliwości finansowych spółki w spłacie kredytu, skoro już w okresie, gdy była ona w upadłości układowej rozłożył spłatę kredytu i zmniejszył miesięczną jego ratę ze 120.000 zł do 28.000 zł. Ponadto pozwany mógł liczyć na pozyskanie środków albowiem, jak wynika ze sprawozdania nadzorcy Spółka, miała ponad 400.000 zł należności, z których tylko odzyskanie kwoty 101.000 zł nadzorca ocenił jako nierealne. Nadto miała wierzytelności wobec sześciu podmiotów wynikające z cesji dokonanych przez (...)sp. z o.o. z tytułu dostaw pasz na kwotę 1.825.990 zł. Nawet gdyby przyjąć za nadzorcę, że możliwe byłyby do odzyskania w 50%, to i tak z tego tytułu mogła wpłynąć znaczna kwota. Niektóre z wierzytelności były przedmiotem procesu na przykład przeciwko M. Z., w którym, spółka uzyskała w I instancji wyrok zasadzający kwotę ponad 489.000 zł. Ostatecznie w związku z ogłoszeniem upadłości cedenta wyrokiem z dnia 26 czerwca 2013r. Sąd Apelacyjny w Krakowie (sygn. akt I ACa 501/13) uznał bezskuteczność tej i reszty cesji, w związku z czym objęte nimi należności przekształciły się z wierzytelności wobec osób fizycznych – producentów trzody chlewnej w trudno ściągalne wierzytelności do masy upadłości. Jednakże pozwanemu nie można przypisywać powinności przewidywania, że losy tych cesji tak się potoczą, skoro nawet w I instancji spółka uzyskała wyrok uwzględniający powództwo. W odpowiedzi na egzekucję prowadzoną przez powoda spółka jeszcze w 2011r. wystąpiła z powództwem o pozbawienie tytułu wykonawczego wykonalności w oparciu o zarzut potrącenia z wierzytelnością powoda roszczenia odszkodowawczego spółki wynikającego z niemożności korzystania z wadliwej naczepy. Spółka przedstawiła do potrącenia wierzytelność wynoszącą ponad 746.000 zł i powództwo to w I instancji zostało uwzględnione częściowo na skutek ograniczenia powództwa, ale ostatecznie Sąd Apelacyjny zmienił wyrok wskazując, że Sąd Okręgowy uczynił podstawą orzekania inną wierzytelność niż dochodzona pozwem. Stał przy tym na stanowisku, że spółce generalnie przysługuje roszczenie odszkodowawcze, które stało się przedmiotem kolejnego procesu wytoczonego w 2014r. przez syndyka. Zdaniem Sądu Okręgowego, w obliczu kontynuowania działalności gospodarczej, nieuszczerplenia majątku spółki, perspektyw na uzyskanie środków pieniężnych nie pochodzących z działalności lecz od dłużników spółki, opóźnienia w zapłacie wierzytelności dla niektórych kontrahentów spółki nie dawały podstaw do oceny, że w okresie lipiec-wrzesień 2012r. dłużnik w sposób trwały zaprzestał spłacania swoich długów. Dopiero pojawienie się na koniec września straty w wysokości 1.553.519 zł spowodowało wystąpienie z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Sąd wskazał, że wprowadzie strata ta odpowiadała w zasadzie wysokości straty osiągniętej w poprzednim roku, jednak lata te znaczenie się od siebie różniły. W 2011r. bowiem wystąpiły czynniki wyjątkowo niekorzystne w postaci konieczności spłaty zobowiązań z tytułu poręczenia w

kwocie 1.600.000 zł oraz zablokowania konta spółki przez komornika, które spowodowało, że przez 4 miesiące spółka w ogóle nie prowadziła działalności. Natomiast w następnym roku szczególnie niekorzystne czynniki nie miały tej samej wagi (spłata reszty zobowiązań z tytułu poręczenia, egzekucja wszczęta przez powoda, wypowiedzenie umowy kredytu), ale pogłębiała się perspektywa trudności w odzyskaniu wierzytelności przejętych na mocy cesji oraz – jak wynika z treści wniosku o ogłoszenie upadłości- następowało nasycenie runku mięsem z UE przy wzroście cen żywca oraz jednoczesnym wypowiedzeniu przez sieć Biedronki umów na prowadzenie 30 stoisk mięsnych, co mogło wpłynąć na gorszą prognozę co do wysokości straty na koniec 2012r. i skłonić zarząd Spółki do podjęcia kroków prawnych mających na celu ogłoszenie upadłości. Sąd Okręgowy stwierdził, że nie wystąpiła także druga przesłanka przewidziana prawem upadłościowym w postaci nadwyżki zobowiązań nad majątkiem spółki, co jasno wynika z opinii biegłego, który wskazał, że nawet na dzień 31 grudnia 2012r. udział zobowiązań w majątku spółki wynosił 96%. Sąd opinię biegłego podzielił jako jasną i wydaną na podstawie dostępnych i nie budzących wątpliwości dokumentów. Nie zgodził się z zarzutem powoda, że biegły nieprawidłowo wyliczył wartość majątku spółki albowiem winien brać pod uwagę jego wartość rynkową wyliczoną jak przy likwidacji. Taka wartość może być brana pod uwagę, ale na gruncie postępowania upadłościowego, wtedy na przykład, gdy syndyk szacuje realny wpływ do masy, jaki może uzyskać na skutek sprzedaży jej składników. Jest bowiem jasnym, że syndyk nie uzyska kwoty wyższej od rynkowej, a z reguły dużo niższą albowiem w istocie prowadzi sprzedaż w sytuacji wymuszonej, a nie w normalnych relacjach rynkowych. Natomiast nie ma powodów, by zarząd spółki prowadzącej działalność ze stratą ustalał wartość majątku przy zastosowaniu takiej metody.

W konsekwencji powyższego Sąd Okręgowy uznał, że wniosek o ogłoszenie upadłości dłużnik złożył we właściwym czasie w rozumieniu art. 299 §2 k.s.h., co doprowadziło do oddalenia powództwa. O kosztach procesu orzekł na podstawie art. 98 §1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. i § 6 pkt 6 (za I instancję) i §12 pkt 1 (za drugą instancję) rozporządzenia MS z 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez Radcę prawnego z urzędu.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód (...) Spółka z o. o., który zaskarżył wyrok w całości zarzucając mu:

I. Naruszenie przepisów postępowania, a w szczególności:

1) art. 233 k.p.c. w zw. z art. 227, art. 232 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c. - poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w konsekwencji dokonanie niewłaściwych ustaleń faktycznych, stanowiących podstawę zaskarżonego wyroku, w szczególności na skutek przyjęcia, że „postępowanie dowodowe nie dało podstaw do stwierdzenia, że pozwany jako prezes zarządu dłużnika złożył wniosek o ogłoszenie upadłości zbyt późno ...”, a to w następstwie m.in. ustalenia, że „... spółka w pierwszym półroczu 2012 r. spłacała swoje długi. Od czerwca zaczęły pojawiać się opóźnienia w spłatach, niemniej spółka zobowiązania wykonywała. Dopiero miesiąc po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości niespłacone długi wyniosły ponad 4 mln zł i wtedy, w wielu wypadkach, opóźnienie w zapłacie przekraczało 3 miesiące.”, chociaż ustalenia te:

a. nie mają oparcia w materiale dowodowym sprawy, w którym brak jest jakichkolwiek dokumentów źródłowych, czy chociażby nawet dokumentacji finansowo-księgowej dłużnika, obejmującej m.in. zestawienia sald i obrotów syntetycznych i analitycznych, rachunki przepływów pieniężnych, czy też wykazu zobowiązań dłużnika ze wskazaniem terminów ich wymagalności i zapłaty (lub braku zapłaty) za poszczególne okresy sprawozdawcze, na co powód zresztą wskazywał już w zarzutach do opinii biegłego z dnia 24 marca 2015 r. oraz na rozprawie w dniu 16 czerwca 2015 r.,

b. są sprzeczne wewnątrznie, albowiem skoro dłużnik już od czerwca 2012 r. opóźniał się w regulowaniu zobowiązań, a nadto miesiąc po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości (co miało miejsce w dniu 22 października 2012 r.) niespłacone długi wyniosły ponad 4 mln zł i w wielu wypadkach opóźnienie w zapłacie przekraczało 3 miesiące, to bezsprzecznie wniosek ten został złożony ze zwłoką, tj. po upływie 14-dniowego terminu wynikającego z przepisów prawa upadłościowego i naprawczego,

c. są sprzeczne także z innymi ustaleniami Sądu pierwszej instancji, jednoznacznie wskazujących, że dłużnik utracił płynność finansową i nie regulował swoich wymagalnych zobowiązań dużo wcześniej, aniżeli w czerwcu 2012 r., a z których wynika m.in., że:

- już w 2011 r. przez 4 miesiące nie prowadził działalności gospodarczej z uwagi na zablokowanie konta przez komornika egzekwującego należność (...) SA w kwocie 1,33 mln zł, a zatem już wtedy nie osiągał przychodów i nie mógł regulować swych zobowiązań

- w listopadzie 2011 r. powód wszczął przeciwko dłużnikowi postępowanie egzekucyjne w sprawie o zapłatę łącznej kwoty 581.318,13 zł, która okazała się skuteczna jedynie w zakresie kwoty 82.649,46 zł,

- na początku 2012 r. Bank (...)SA w K. postawił dłużnikowi - z powodu jego złej sytuacji finansowej - w stan natychmiastowej wymagalności kredyt obrotowy wynoszący 2 mln zł, którego jednak nie spłacił, lecz podjął negocjacje, zakończone dopiero w toku postępowania układowego, a zatem przez ten okres zalegał ze spłatą tego kredytu,

- za 2011 r. dłużnik wykazał stratę wynoszącą 2.019.264 zł, zaś na koniec września 2012 r. strata ta powiększyła się o 1.553.519 zł, a zatem za cały ten okres strata dłużnika wynosiła łącznie 3.572.783 zł, która nie została pokryta, co jednoznacznie wskazuje, że dłużnik finansował swoją działalność środkami z nieuregulowanych zobowiązań względem wierzycieli;

d. pozostają także w sprzeczności z innymi dokumentami, zalegającymi w aktach sprawy, w tym m.in.:

- ze sprawozdaniem tymczasowego nadzorcy sądowego M. S. z dnia 22 listopada 2012 r., w którym wskazał m.in. (na str. 4): "Utrata płynności finansowej i nie wykonywanie w terminie całości wymagalnych zobowiązań przez (...) -UBOJNIA Spółka z o.o. trwa już od początku 2011 r.",

- z - podpisanym przez pozwanego - wnioskiem o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu z dnia 19 października 2012 r., w którym wskazano m.in. (na str. 2 i 3): „... odczuwalne załamanie finansowe zaczęło narastać od początku 2011 roku. Główną przyczyną spadku przychodów była egzekucja komornicza (zablokowanie kont spółki i zajęcie nieruchomości) z tytułu poręczenia jakiego spółka (...) udzieliła firmie (...) S.A. w G. na dostawę paszy do spółki (...) Sp. z o.o. w Ł.. (. . .) Sytuacja ta spowodowała całkowity brak sprzedaży przez okres 4 miesięcy w 2011 r. W tym czasie spółka ponosiła koszty związane z utrzymaniem zakładu a od miesiąca maja 2011 roku, kiedy wznowiła produkcję zaczęła spłacać zadłużenie wobec firmy (...) S.A. oraz wierzycieli. Jednak przychody nie były wystarczające na pokrycie zobowiązań i rok 2011 spółka zamknęła stratą w kwocie 2019264,00 zł, zdarzenie te miały znaczący wpływ na działalność w bieżącym roku. ”

2) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., art. 278 § 1, art. 285 § 1, art. 286 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. - poprzez dokonanie ustaleń (w szczególności w zakresie występowania przesłanki niewypłacalności, opisanej w art. 11 ust. 2 p.u.n.) w oparciu o sporządzoną w sprawie opinię biegłego W. W. bez poddania jej wnikliwej i krytycznej ocenie (w szczególności w kontekście zarzutów zgłaszanych do niej przez powoda w piśmie z dnia 24 marca 2015 r. i na rozprawie w dniu 16 czerwca 2015 r.), chociaż biegły w szczególności:

a. nie odpowiedział na pytania postawione w tezie dowodowej, objętej postanowieniem Sądu Okręgowego z dnia 16 września 2014 r., albowiem nie ustalił stanu majątkowego dłużnika od stycznia 2011 r. do dnia ogłoszenia upadłości, przysługujących mu wierzytelności i wysokości zobowiązań,

b) nie dysponował - a co sam przyznał podczas wydania opinii uzupełniającej na rozprawie w dniu 16 czerwca 2015 r. - żadnymi dokumentami źródłowymi, ani nawet pełną dokumentacją finansowo-księgową dłużnika, lecz swoją opinię oparł wyłącznie na sprawozdaniach finansowych dłużnika sporządzonych na dzień 31 grudnia 2011 r. oraz 31 grudnia 2012 r., które jednak - co oczywiste - nie nadają się do ustalenia terminu, w którym dłużnik stał się niewypłacalny, w tym także w zakresie przesłanki niewypłacalności, opisanej w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo

upadłościowe i naprawcze (t.j. OZ.U. z 2012 r. poz. 1112 ze zm., zwanej dalej w skrócie „p.u.n.”), albowiem przy jej ustalaniu należy brać pod uwagę wartość rynkową majątku dłużnika, a nie wartość wynikającą z bilansu,

c) nie poddał ocenie prawidłowości ww. sprawozdań finansowych dłużnika (i nie ustosunkował się do zarzutu powoda w tym zakresie, podniesionego na rozprawie w dniu 16 czerwca 2015 r.), choć winien był to zrobić, zważywszy, że biegli rewidenci dokonujący badania sprawozdania za 2011 r. wyraźnie wskazali, że dłużnik winien był utworzyć odpis aktualizujący na należności z tytułu przejętych cesji w kwocie 1.678.761,12 zł, a przy takim odpisie nie tylko - co wskazali biegli rewidenci - strata bilansowa przekroczyłaby sumę kapitału zapasowego oraz połowę kapitału zakładowego, a zatem Zarząd dłużnika winien był podjąć działania opisane w art. 233 k.s.h., ale również zobowiązania dłużnika wykazane w bilansie przekroczyłyby wartość aktywów spółki;

c) sporządził uzasadnienie opinii, które nie wyjaśnia w sposób jasny i pełny jej wniosków, w szczególności w zakresie całkowicie gołosłownego stwierdzenia, że „... zgłoszenie wniosku o upadłość w dniu 22.10.2012 r. było zasadne i w odpowiednim czasie.”

3) art. 328 § 2 k.p.c. - poprzez:

a. nieprzedstawienie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ustaleń faktycznych, które przedstawiałyby w sposób pełny sytuację majątkową dłużnika, wysokość jego zobowiązań, w tym przeterminowanych, w całym okresie od stycznia 2011 r. do 22 października 2012 r., lecz poprzestanie na szacunkowych i niepełnych ustaleniach w tym zakresie, zrekonstruowanych w głównym zakresie w oparciu o przesłuchanie pozwanego,

b. całkowite zaniechanie poddania ocenie prawnej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku sytuacji finansowej dłużnika i podstaw do ogłoszenia jego upadłości w okresie od stycznia 2011 r. do czerwca 2012 r., chociaż Sąd Okręgowy poczynił w tym zakresie pewne ustalenia faktyczne (a które już zostały przytoczone wyżej pod pkt I. 1 lit. c), a nadto prowadził w tym kierunku postępowanie dowodowe, w tym dowód z opinii biegłego,

c. nieustosunkowanie się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do żadnego z zarzutów powoda, zgłaszanych do opinii biegłego W. W.;

II. Naruszenie prawa materialnego, a w szczególności:

1) art. 299 § 1 i § 2 k.s.h. w zw. z art. 11 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 21 ust. 1 p.u.n., a także art. 6 k.c. - poprzez niewłaściwe zastosowanie, na skutek wadliwego przyjęcia, że pozwany nie ponosi solidarnej odpowiedzialności z (...) Sp. z o. o. z siedzibą w Ł. (zwana dalej „dłużnikiem”) za jej zobowiązania względem powoda w kwocie 174.534,03 zł, której egzekucja z majątku dłużnika okazała się bezskuteczna, gdyż - jako Prezes Zarządu - złożył wniosek o ogłoszenie jego upadłości we właściwym czasie, chociaż nie wykazał on, aby zarządzana przez niego Spółka w okresie od stycznia 2011 r. do dnia zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w dniu 22 października 2012 r. wykonywała swoje wymagalne zobowiązania pieniężne, oraz, by w tym okresie jej zobowiązania nie przekroczyły wartości jej majątku, a co więcej, już z samych ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika, iż:

a. dłużnik w 2011 r. przez 4 miesiące nie prowadził działalności z uwagi na zablokowanie konta przez komornika egzekwującego należność (...) SA w kwocie 1,33 mln zł,

b. w listopadzie 2011 r. powód wszczął przeciwko dłużnikowi postępowanie egzekucyjne w sprawie o zapłatę łącznej kwoty 581.318,13 zł, która okazała się skuteczna jedynie w zakresie kwoty 82.649,46 zł,

c. na początku 2012 r. Bank (...) SA w K. postawił dłużnikowi w stan natychmiastowej wymagalności kredyt obrotowy wynoszący 2 mln zł, którego jednak nie spłacił, lecz podjął negocjacje, zakończone już w toku postępowania układowego,

d. od czerwca 2012 r. dłużnik spłacał swe długi z opóźnieniem, a na dzień 21 listopada 2012 r. wysokość wymagalnych zobowiązań dłużnika wynosiła 4.227.706,23 zł i w wielu wypadkach opóźnienie przekraczało 3 miesiące,

e. 2011 r. dłużnik zamknął stratą wynoszącą 2.019.264 zł, zaś na koniec września 2012 r. dłużnik również wykazał stratę w wysokości 1.553,519 zł;

2) art. 299 § 2 k.s.h. w zw. z art. 11 ust. 2 p.u.n. - poprzez błędną wykładnię, na skutek przyjęcia, że przy ustalaniu opisanej w tym ostatnim przepisie przesłanki niewypłacalności dłużnika należy brać pod uwagę wartość bilansową jego majątku, choć - zważywszy na cel postępowania upadłościowego i ochronę interesów wierzycieli - nie powinno budzić wątpliwości, iż relewantna w tym wypadku jest wartość rynkowa majątku dłużnika;

W związku z powyższymi zarzutami, powód wnosił o zmianę wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 25 września 2015 r. sygn. akt VII GC 178/14 w całości poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz strony powodowej kwoty 174.534,03 zł z ustawowymi odsetkami od dnia doręczenia odpisu pozwu do dnia zapłaty, zasądzenie od pozwanego na rzecz strony powodowej kosztów procesu za pierwszą instancję według spisu kosztów z dnia 15 września 2015 r., obciążenie pozwanego w całości nieuiszczonymi dotychczas kosztami sądowymi, o zasądzenie od pozwanego na rzecz strony powodowej kosztów postępowania apelacyjnego według spisu kosztów przedłożonego na rozprawie, a w razie jego nieprzedstawienia - wg norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie ww. wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Kielcach do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach procesu za obie instancje.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest uzasadniona.

Na wstępie należy wskazać, że Sąd Okręgowy w zasadzie dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, za wyjątkiem podanych poniżej, jednakże wyprowadził z tych ustaleń błędną konkluzję, iż wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki został złożony we właściwym czasie. Zasadniczym dowodem, który przesądził o przyjęciu takiego stanowiska, był dowód z opinii biegłego, którą Sąd pierwszej instancji uznał za jasną i przejrzystą, chociaż nie poddał jej krytycznej analizie z zachowaniem reguł określonych w art. 233 § 1 k.p.c. Jak podkreśla się bowiem w doktrynie i orzecznictwie, Sąd nie jest opinią biegłego związany i powinien ocenić ją jak każdy dowód, na podstawie kryteriów zgodności z zasadami logiki, doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej, poziomu wiedzy biegłego, podstaw teoretycznych opinii, a także sposobu motywowania oraz stopnia skuteczności wyrażonych w niej wniosków, bez wkraczania jednakże w sferę wiedzy specjalistycznej (por. wyrok z dnia 15 listopada 2000 r., IV CKN 1383/00, LEX nr 52544; wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2005 r., II CK 572/04, LEX nr 151656). W świetle stanowiska judykatury zadaniem biegłego nie jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, lecz naświetlenie i wyjaśnienie przez sąd okoliczności z punktu widzenia posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego biegłemu materiałowi sprawy (por. wyrok SN z dnia 11 lipca 1969 r., I CR 140/69, OSNC 1970, nr 5, poz. 85; uzasadnienie wyroku SN z dnia 19 grudnia 2006 r., V CSK 360/06, LEX nr 238973). Utrwalony jest pogląd, że biegły jest źródłem informacji w zakresie wiedzy specjalistycznej i wypowiada się tylko w odniesieniu do okoliczności wchodzących w zakres jego wiadomości specjalnych, jednakże opinia biegłego może być również źródłem materiału faktycznego sprawy, jakkolwiek w ograniczonym zakresie a na jej podstawie możliwe jest dokonanie ustalenia tylko okoliczności będących przedmiotem wiedzy biegłego. Z uwagi na fakt, że biegły nie analizował całości materiału dowodowego w sprawie, w tym chociażby sprawozdania tymczasowego nadzoru sądowego (karta 25-42) i zeznań świadków oraz samego pozwanego, a opierał się wyłącznie na sprawozdaniach finansowych i bilansie za 2011 r. i 2012 r., wnioski tej opinii należało uznać za co najmniej ułomne. Artykułu ust. 11 p.u. i n. nie można bowiem interpretować, opierając się wyłącznie na bilansie, który jedynie porządkuje majątek przedsiębiorcy według źródeł jego finansowania (wyrok WSA w Bydgoszczy z dn. 14.07.2009 r., I SA/Bd 301/09, LEX nr 536936). Nie można przy tym pomijać, że inne braki dowodowe w tym zakresie obciążały pozwanego. O niedoskonałości przedmiotowej opinii świadczy już to, że chociaż biegły przytoczył na wstępie przepis art. 11 prawa upadłościowego i naprawczego, który określa kiedy dłużnika uważa się za niewypłacalnego, przedmiotem swojej oceny uczynił tylko jedną z wymienionych w tym przepisie przesłanek, a mianowicie określoną w ust. 2 tegoż artykułu, określającą dłużnika jako niewypłacalnego wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczy wartość majątku nawet jeśli na bieżąco zobowiązania te wykonuje. Jednakże przesłanka ta dotyczy wyłącznie dłużników będących osobami prawnymi oraz jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, a którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, ale jest ona niezależna od przesłanki

określonej w ust. 1 art. 11 p.u. i n. Niewypłacalność dłużnika istnieje bowiem zawsze, gdy dłużnik nie wykonuje swych wymagalnych zobowiązań pieniężnych, a tej przesłanki biegły nie zbadał. Nie określił też daty, w której dłużnik stał się niewypłacalny, równocześnie stwierdzając, że zgłoszenie wniosku o upadłość w dniu 22 października 2012r. było „zasadne i w odpowiednim czasie”, a potwierdzają to wyniki finansowe spółki za 2012 rok w zakresie wysokości zobowiązań, kapitału własnego i majątku spółki. Należy dodać, że według bilansu na dzień 31 grudnia 2012 rok, na którym biegły się opierał, zobowiązania spółki wynosiły 10.844.643,21 zł, stanowiąc 96% majątku spółki mierzonego wartością aktywów, który wynosił 11.286.027,20 zł. Przy przyjęciu tylko tego kryterium, także i wtedy (31 grudnia 2012 r.), przesłanka z art. 11 ust. 2 p.u.i n., nie została spełniona. Dlaczego więc biegły uznał, że wniosek o ogłoszenie upadłości został zgłoszony we właściwym czasie, nie wiadomo.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że „przedmiotem opinii biegłego nie mogą być kwestie prawne, w tym wykładnia pojęć użytych w przepisie. W sytuacji, gdy członkowie zarządu spółki bronią się przed odpowiedzialnością z art. 299 k.s.h. zarzutem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie, rzeczą biegłego jest wskazanie okoliczności faktycznych związanych ze stanem finansowym spółki: stanem majątku, spłacaniem zobowiązań, podjętymi działaniami naprawczymi. Nie jest natomiast zadaniem biegłego ocena, czy wskazane przez niego okoliczności faktyczne mogą być określone jako stan „niewypłacalności” ani czy w tych okolicznościach złożenie wniosku o upadłość nastąpiło we „właściwym czasie”. Ocena ta należy wyłącznie do sądu w ramach obowiązku dokonania wykładni przepisu i jego subsumcji do stanu faktycznego ustalonego w sprawie. Jeżeli biegły dokonał takiej oceny i wyraził swoje stanowisko, trzeba uznać, że wykroczył poza zakres swoich kompetencji i jego ocena oczywiście nie jest wiążąca dla sądu, który nie musi także odnosić się do niej w uzasadnieniu wyroku.” (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2011 r., V CSK 211/10 - OSNC-ZD 2011/4/77, LEX nr 738136).

W kontekście powyższego, wniosek biegłego, że zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki (...) nastąpiło we właściwym czasie, wykracza poza zakres kompetencji biegłego. Oceny tej winien bowiem dokonać Sąd orzekający w sprawie, na podstawie materiału dowodowego sprawy, przedstawionego przez strony. Jakkolwiek, jak wyżej wskazano, Sąd Okręgowy poczynił w większości prawidłowe ustalenia faktyczne, to jednak wyprowadził z tych ustaleń wadliwie wnioski, a ponadto dopuścił się zaniechania ustalenia istotnej okoliczności, a mianowicie w jakiej dacie (...)Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. stała się niewypłacalna, gdyż tylko taki stan spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może doprowadzić do osobistej odpowiedzialności członków zarządu spółki. Ustalenie tej daty jest istotne i ma zasadnicze znaczenie w sprawach dotyczących roszczeń wywodzonych z art. 299 k.s.h. dlatego, że przepis art. 21 ust. 1 p. u. i n., w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 stycznia 2016 r., przewidywał dwutygodniowy termin do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości liczony od dnia, w którym wystąpiła podstawa ogłoszenia upadłości, a więc dłużnik stał się niewypłacalny. Dniem tym jest dzień, w którym nastąpiło zaprzestanie wykonywania wymagalnych zobowiązań (art. 11 ust. 1 p.u.i n.) albo w którym zobowiązania przekroczyły wartość majątku dłużnika (będącego osobą prawną lub jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej - art. 11 ust. 2p.u. i.n.). Okoliczność, że zgodnie z art. 12 i 13 p.u.i n. sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jest bez znaczenia, jeżeli chodzi o ustalenie terminu powstania podstawy upadłości. Przewidziane w tych przepisach oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości następuje bowiem mimo istnienia podstaw upadłości.

Z uwagi na tak krótki termin do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, datę wystąpienia wyżej wymienionych przesłanek, należy sprecyzować z bardzo dużą dokładnością. Sąd nie może się zatem ograniczać do ogólnego określenia, że „Spółka spłacała swoje długi, natomiast od czerwca zaczęły pojawiać się opóźnienia w spłatach, niemniej Spółka zobowiązania wykonywała”, bądź że „analizując, czy pozwany w okresie lipiec-wrzesień 2012r. winien był wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości, Sąd miał na uwadze ogólną sytuację majątkową i finansową spółki oraz możliwość pozyskania środków na spłatę zobowiązań”, bez określenia kiedy właściwie można mówić o stanie niewypłacalności i jakim zdarzeniem sprawczym spowodowane zostało wniesienie wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki, co nastąpiło w dniu 22 października 2012 roku (data wniosku to 19 października 2012 r.). Jeśliby miał nim być bilans sporządzony na dzień 30 września 2012 roku, to i tak – bez wykazania, kiedy ten dokument był dla pozwanego dostępny – wniosek musiałby zostać uznany za spóźniony, bowiem naruszający termin ustawowy z art. 21 ust. 1 p.u. i n. Co ważne, rozmiar majątku dłużnika i okoliczność, że niewykonywane zobowiązania znajdują pokrycie w

wartości tego majątku jest bez znaczenia, jeżeli dłużnik nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. (por. postanowienie SN z 19 grudnia 2002 r., V CKN 342/2001, Lexis.pl nr 377927). Niewykonywanie zobowiązań w rozumieniu art. 11 p. u. i n. ma miejsce także w przypadku opóźnienia i zwłoki (art. 476 k.c.), chyba że dłużnik uzyskał odroczenie spłaty zobowiązań. Obecnie ustawodawca nie wymaga *expressis verbis*, aby niewykonywanie wymagalnych zobowiązań miało charakter „trwały”, jednakże orzecznictwo sądowe często się do stanu „trwałości” odwołuje. Sąd Najwyższy w wyroku z 19 stycznia 2011 r., V CSK 211/2010, (Lexis.pl nr 2454555) wskazał, że „choć niewątpliwie ustawodawca w art. 11 ani w żadnym innym przepisie prawa upadłościowego i naprawczego, nie powtórzył regulacji zawartej w art. 2 pr.upadł. z 1934 r., to jednak zmieniona treść art. 11 ust. 1 pr.up.n. oraz jego cel i funkcja jednoznacznie wskazują, że nadal krótkotrwale wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości, gdyż o niewypłacalności w rozumieniu art. 11 ust. 1 pr.up.n. można mówić dopiero wtedy, gdy dłużnik z braku środków przez dłuższy czas nie wykonuje przeważającej części swoich zobowiązań. Wskazuje na to użycie określenia »nie wykonuje« swoich wymagalnych zobowiązań, oznaczające pewną ciągłość »niewykonywania« oraz użycie liczby mnogiej »zobowiązań«. Przede wszystkim jednak niewątpliwie celem ustawodawcy nie było ogłaszanie upadłości w sytuacji niespłacenia z jakichkolwiek przyczyn jednego długu (...)”. Przyjmuje się, że oceny w tym zakresie należy dokonywać przy uwzględnieniu obiektywnych kryteriów dotyczących sytuacji finansowej spółki, gdy czas właściwy do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości ustalony jest w oparciu o okoliczności faktyczne konkretnej sprawy, musi za każdym razem odnosić się do stanu finansowego, majątkowego konkretnej spółki (por. wyrok Sądu Najwyższego z 12 grudnia 2007 r., V CSK 296/2007, LexisNexis nr 2272896, z 24 września 2008 r., II CSK 142/2008, LexisNexis nr 2134324).

Odnosząc się do sytuacji finansowej Spółki (...) w Ł., jaka została ustalona przez Sąd Okręgowy, przypomnieć należy, że jeszcze w 2011 roku Spółka wprawdzie spłacała swe zobowiązania, lecz z opóźnieniem, co zwiększało jej koszty i powodowało utratę prawa do odliczenia podatku VAT. Już w czerwcu opóźnienia w spłacie zobowiązań były znaczne. Nie ustalono co prawda rozmiaru tych zobowiązań na koniec czerwca 2012 roku, ale w dacie sporządzenia sprawozdania przez Nadzorcę Sądowego, tj. 21 listopada 2012r. wysokość wymagalnych zobowiązań spółki wynosiła już 4.227.706,23 zł, a w wielu wypadkach opóźnienie przekraczało 3 miesiące. Równocześnie na podkreślenie zasługuje fakt, że we wniosku o ogłoszenie upadłości pozwany jako członek zarządu Spółki stwierdzał, że załamanie finansowe spółki zaczęło narastać od początku 2011 roku, a jej przyczyną była egzekucja komornicza i zablokowanie kont Spółki, co uniemożliwiało produkcję przez okres czterech miesięcy. Dopiero po wznowieniu produkcji Spółka zaczęła spłacać swoje zadłużenie wobec wierzycieli, jednakże przychody nie były wystarczające na pokrycie zobowiązań za rok 2011. (wniosek – karta 49-52). Zatem już wtedy sytuacja Spółki była tego rodzaju, że obligowała zarząd do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenia upadłości przypomnieć należy, że termin na zgłoszenie wniosku to dwa tygodnie od zaprzestania płacenia długów a tu nie spłacano ich przez cztery miesiące), a fakt, że wobec późniejszego zawarcia porozumienia z wierzycielem, Spółka mogła spłacać swoje zadłużenie w ustalonych ratach, pozostaje bez znaczenia, bowiem do takiego porozumienia mogło dojść w ramach postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu i z wszystkimi wierzycielami. Należy też zwrócić uwagę, że w sprawozdaniu Nadzorcy Sądowego podano, iż od czerwca 2012 roku występowały znaczne opóźnienia w spłacie zobowiązań a niektóre z nich wynosiły od trzech do pięciu miesięcy. Nadzorca potwierdził także to, co wynika z wniosku o ogłoszenie upadłości, z mianowicie że utrata płynności finansowej i niewykonywanie w terminie całości wymagalnych zobowiązań przez Spółkę (...) trwa już od początku 2011 roku. (karta 28). Istotne znaczenie dla oceny kondycji Spółki (...) miały także zeznania pozwanego W. S., który podał, że rok 2011 został zamknięty ze stratą spowodowaną powyższymi działaniami wierzyciela, a nadto, że na wiosnę 2012 r., z tytułu wierzytelności kredytowej, której Spółka nie była w stanie spłacać w ustalonych terminach, bank (...) w K. postawił kredyt w stan wymagalności. Jest faktem, że ostatecznie Bank przystał na uregulowanie wysokości rat i terminów spłaty w ramach porozumienia, jednak dopiero po kilku miesiącach. Pozwany przyznał także, że długi Spółki zaczęły się nawarstwiać w miesiącach od maja do sierpnia 2012 roku, co spowodowało, iż Spółka płaciła jedynie pracownikom oraz niektórym kontrahentom. Zatem Spółka (...) stała się niewypłacalna już na wiosnę 2012 roku, a najpóźniej z końcem czerwca 2012 r. Pozwany zdawał sobie już z tego sprawę, skoro dokumentację na potrzeby zgłoszenia wniosku o upadłość przygotowywał już w sierpniu 2012 roku. Dla określenia, czy dłużnik jest niewypłacalny, nieistotne jest bowiem, czy nie wykonuje wszystkich zobowiązań pieniężnych czy też tylko niektórych z nich. Nieistotny też jest rozmiar niewykonywanych przez dłużnika zobowiązań. Nawet niewykonywanie zobowiązań

o niewielkiej wartości oznacza jego niewypłacalność w rozumieniu art. 11 p.u. i n. Co najwyżej można w takim przypadku oddalić wnioski o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 12 p.u. i n., ale to nie zwalnia dłużnika z obowiązku złożenia wniosku. Bez znaczenia jest także przyczyna niewykonywania zobowiązań. (A. Jakubecki F. Zedler „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz” lex 2011).

Podobnie, bez znaczenia jest to, czy zarząd Spółki podejmuje jakiegokolwiek działania zmierzające do poprawy sytuacji finansowej Spółki lub czy liczy na poprawę tej sytuacji ze względu na prognozowaną przyszłą dobrą koniunkturę. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 czerwca 2011 r., I CSK 574/10, (LEX nr 950714), badając, kiedy ziściły się przesłanki do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego, nie należy kierować się subiektywnym przekonaniem członków zarządu o spodziewanej, przyszłej sytuacji finansowej spółki, lecz kryteriami obiektywnymi dotyczącymi rzeczywistej sytuacji finansowej spółki. Pozwany mógł wyczekiwać na zaspokojenie wierzytelności Spółki przez dłużników, jednakże zaistnienia obiektywnych przesłanek do ogłoszenia upadłości to nie podważa.

W świetle przedstawionych ustaleń i rozważań prawnych należy stwierdzić, że stanowisko Sądu Okręgowego, iż pozwany złożył wniosek o ogłoszenie upadłości Spółki (...) w Ł. we właściwym czasie w rozumieniu art. 11 prawa upadłościowego i naprawczego, była nieuzasadniona i nie znajduje oparcia w materiale dowodowym sprawy. W tych okolicznościach zasadnie skarżący powołuje się na naruszenie przez Sąd Okręgowy art. 299 § 1 k.s.h. poprzez jego błędną wykładnię, a w konsekwencji wadliwe uznanie, że złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości już w okresie, w którym istniała obawa niewypłacalności, a sytuacja finansowa spółki była wątpliwa, był właściwym czasem, co prowadziłoby do wyłączenia odpowiedzialności pozwanego na podstawie art. 299 § 2 k.s.h. Zgodnie z art. 299 § 2 k.s.h. dla uwolnienia się od odpowiedzialności, członkowie zarządu spółki z o.o. nie tylko powinni wykazać, że wniosek o ogłoszenie upadłości złożyli, ale przede wszystkim, że złożyli go w odpowiednim czasie, co powinno nastąpić bez zbędnej zwłoki od chwili, kiedy spółka stała się niewypłacalna. Aby zwolnić się z odpowiedzialności pozwany musiałby wykazać, że przesłanki do ogłoszenia upadłości Spółki (...) zaistniały nie wcześniej, niż 8 października 2012 roku. Tymczasem jak wyżej wskazano, Spółka zaprzestała spłacania swoich wymagalnych wierzytelności co najmniej z dniem 30 czerwca 2012 roku, nie mówiąc już o tym, że wierzytelności strony powodowej Spółka nie spłacała już od 2011 roku.

Należy podkreślić, że z regulacji art. 299 § 2 k.s.h. wynika na rzecz wierzyciela domniemanie szkody w wysokości niewyegzekwowanej wobec spółki wierzytelności, a także związek przyczynowy między szkodą wierzyciela a niezłożeniem we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania zapobiegającego upadłości oraz zawinienie przez członka zarządu niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania zapobiegającego upadłości. Przypisanie odpowiedzialności członkom zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za jej zobowiązania (art. 299 § 1 k.s.h.) stanowi negatywny skutek nieterminowego złożenia przez członka zarządu spółki z o.o. wniosku o ogłoszenie jej upadłości, którego następstwem jest obniżenie potencjału majątkowego spółki w zakresie uniemożliwiającym zaspokojenie przysługującej powodowi wobec spółki wierzytelności. Członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na gruncie art. 299 k.s.h. ponosi odpowiedzialność za własne działanie, tj. za bezprawne, zawinione niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Odpowiedzialność ta powstaje więc wtedy, gdy niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki wyrządza wierzycielowi szkodę, gdyż nie uzyskuje on w ogóle zaspokojenia lub też uzyskuje zaspokojenie w mniejszym zakresie, niż miałoby to miejsce w przypadku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2013 r., I CSK 646/12 – lex nr 1365595). Jak wskazał Sąd Okręgowy, członek zarządu może uwolnić się od odpowiedzialności jeżeli udowodni jedną z trzech okoliczności, a mianowicie: 1) jeżeli wykaże, że we właściwym czasie doszło do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki lub wszczęto wobec niej postępowanie układowe 2) 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; 3) 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. Pozwany dążył do wykazania, że wniosek o ogłoszenie upadłości nastąpił we właściwym czasie, a zatem jego wina nie zachodzi. Jak jednak wyżej wskazano, art. 299 § 2 k.s.h. przewiduje domniemanie winy członka zarządu w niezgłoszeniu wniosku o upadłość we właściwym czasie. To zatem pozwany

obowiązany był to domniemanie obalić stosownymi dowodami, czego nie uczynił. W wyroku z dnia 6 maja 2009 r., II CSK 661/08, (Lex nr 511995), Sąd Najwyższy podkreślił, że „brak winy może wiązać się z różnymi okolicznościami. Istotne jest jedynie, aby te okoliczności powodowały brak możliwości stwierdzenia istnienia podstawy do ogłoszenia upadłości pomimo dołożenia należytej staranności przez członka zarządu”. Zatem uchylić się od odpowiedzialności może ten członek zarządu, który wykáže, że w czasie, gdy zarząd spółki spoczywał w jego rękach, stan jej interesów był taki, że nie uzasadniał złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub otwarcie postępowania układowego (podobnie SN w wyroku z 8 grudnia 2010 r., V CSK 172/10, LEX nr 677904).

Jak wyżej wskazano, materiał dowodowy nie pozwalał na stwierdzenie, że przed dniem 8 października 2012 roku stan Spółki (...) Spółki z o.o. w Ł. był taki, że nie dawał podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, wręcz przeciwnie, powinien on być złożony znacznie wcześniej. Tym samym, wbrew stanowisku Sądu Okręgowego, pozwany nie uwolnił się z odpowiedzialności za zobowiązania Spółki, wobec bezskuteczności egzekucji. Jak bowiem wynika z ustaleń faktycznych Sądu pierwszej instancji, nawet w toku postępowania upadłościowego, nie zostanie zaspokojona wierzytelność powoda w wysokości dochodzonej niniejszym pozwem.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. wskazać należy, że zarzut taki może stanowić uzasadnioną podstawę odwoławczą, o ile uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie pozwala na jego kontrolę instancyjną. Tylko bowiem w takim wypadku uchybienie art. 328 § 2 k.p.c. może być uznane za mogące mieć wpływ na wynik sprawy (przykładowo wyroki Sądu Najwyższego z 2 lipca 2009 r., III SK 10/09, LEX nr 551869, z 24 września 2009 r., II PK 58/09, LEX nr 558303, z 23 lipca 2009 r., II PK 25/09, LEX nr 533082, z 4 listopada 2009 r., I UK 142/09, LEX nr 564770, z 16 października 2009 r., I UK 129/09, LEX nr 558286, z 9 czerwca 2009 r., II UK 403/08, LEX nr 523551, z 5 czerwca 2009 r., I UK 21/09, LEX nr 515699). Z taką zaś sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Sąd I instancji uzasadnił bowiem wydane rozstrzygnięcie zgodnie z wymogami, przewidzianymi w art. 328 § 2 k.p.c.

Z przedstawionych przyczyn zaskarżony wyrok zmieniono jak w sentencji, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz § 6 pkt 6, § 2 pkt 3, § 13 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 461).

SSA Jerzy Bess	SSA Andrzej Szewczyk	SSA Barbara Górczanowska
----------------	----------------------	--------------------------