

Sygn. akt I ACa 148/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 kwietnia 2013 roku

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Hanna Rojewska (spr.)
Sędziowie:	SSA Alicja Myszkowska SSO (del.) Krystyna Golinowska
Protokolant:	st. sekr. sądowy Katarzyna Olejniczak

po rozpoznaniu w dniu 20 marca 2013r. w Łodzi

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S.**

przeciwko **G. W.i B. W.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 30 października 2012 roku

sygn. akt X GC 550/11

1) **oddala apelację;**

2) **zasądza od G. W.i B. W. solidarnie na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 30 października 2012 roku Sąd Okręgowy w Łodzi zasądził od G. W.i B. W. solidarnie na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S.: kwotę 287.154 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 257.054 zł od dnia 28 kwietnia 2008 roku do dnia zapłaty, od kwoty 30.100 zł od dnia 19 marca 2008 roku do dnia zapłaty oraz kwotę 30.520,93 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 6 lipca 2010 roku do dnia zapłaty i kwotę 30.301 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 14.400 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa adwokackiego

w sprawie; nakazał też ściągnąć od pozwanych solidarnie na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 2.895,46 zł tytułem zwrotu poniesionych przez Skarb Państwa wydatków - kosztów opinii biegłego.

Sąd ustalił, że (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. zawarła z (...) spółką z o.o. w dniu 14 listopada 2005 roku umowę na wykonanie 3.500 m² posadzek, w należącej do strony powodowej hali produkcyjnej.

Z uwagi na wadliwe wykonanie posadzek powódka pismem z dnia 5 marca 2008 roku odstąpiła od zawartej umowy, a następnie w dniu 18 marca 2008 roku wystąpiła do Sądu Okręgowego w Łodzi z powództwem o zapłatę kwoty 287.154 zł z ustawowymi odsetkami i kosztami postępowania z tytułu zwrotu zapłaconego spółce (...) wynagrodzenia i kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy.

Sąd Okręgowy w Łodzi X Wydział Gospodarczy w dniu 12 maja 2008 roku wydał w sprawie nakaz zapłaty o sygn. akt X GNC 144/08. Pozwana spółka wniosła sprzeciw od wydanego w sprawie nakazu zapłaty. W następstwie wniesionego sprzeciwu Sąd Okręgowy w Łodzi w dniu 27 marca 2009 roku wydał wyrok zasądający od pozwanej spółki dochodzoną należność wraz z odsetkami ustawowymi i kosztami postępowania. Apelacja strony pozwanej - spółki (...) została oddalona wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 sierpnia 2009 roku w sprawie I ACa 458/09. Jednocześnie Sąd Apelacyjny zasądził od pozwanej (...) spółki z o.o. na rzecz (...) spółki z o.o. zwrot kosztów postępowania za II instancję w kwocie 5.400 złotych oraz kosztów nadania klauzuli wykonalności 60 złotych.

W dniu 20 października 2009 roku powód złożył do Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Pabianicach G. P. wniosek o wszczęcie postępowania egzekucyjnego przeciwko (...) spółce z o.o., wnosząc o skierowanie egzekucji do całego majątku spółki i wyegzekwowanie kwot zasądzonych ww. tytule wykonawczym. Komornik wszczął postępowanie egzekucyjne w sprawie Km 3000/09, skierowane do całego majątku spółki, w tym również wierzytelności przysługujących spółce (...) wobec jej dłużników.

Postanowieniem z dnia 23 października 2009 roku Komornik Sądowy przyznał stronie powodowej koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu egzekucyjnym w kwocie 1.800 złotych. Następnie postanowieniem z dnia 20 kwietnia 2010 roku Komornik umorzył postępowanie egzekucyjne wobec stwierdzenia bezskuteczności egzekucji, prowadzonej przeciwko (...) spółce z o.o. Tym samym postanowieniem Komornik ustalił koszty postępowania egzekucyjnego na kwotę 58,93 złotych i koszty te pobrał z zaliczki wpłaconej przez wierzyciela.

Pozwani są (...) spółka z o. o., G. W. posiada 80 udziałów w spółce a B. W. 20 udziałów w kapitale zakładowym spółki.

Pozwani pełnili funkcję członków zarządu spółki (...) od dnia 12 maja 2003 roku do dnia 17 stycznia 2011 roku. G. W. był Prezesem Zarządu a B. W. członkiem Zarządu spółki. Każdy z członków zarządu posiadał uprawnienie do samodzielnego reprezentowania spółki.

W dniu 15 września 2009 roku spółka (...) złożyła w Sądzie Rejonowym dla Łodzi - Śródmieścia w Łodzi wniosek o ogłoszenie upadłości, obejmującej likwidację majątku spółki. Postanowieniem z dnia 30 października 2009 roku wniosek ten został oddalony z powodu braku środków w majątku spółki na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego.

Kapitał zakładowy spółki (...) spółka z o.o. przez cały czas jej istnienia wynosił 50.000 złotych. Aktywa spółki składały się wyłącznie z należności krótkoterminowych oraz środków pieniężnych w kasie i na rachunkach bankowych. Spółka nie posiadała majątku trwałego. Kapitał zapasowy i rezerwy spółki oraz zyski z lat ubiegłych zostały wykorzystane na przestrzeni 2008 roku, w formie wypłat dywidendy na rzecz wspólników spółki.

W okresie od 2005 roku do 2009 roku stosunek zobowiązań spółki do jej majątku był bardzo wysoki i wynosił około 70 %. W roku 2009 zobowiązania spółki przekroczyły 4,4 # krotnie (według stanu na wrzesień 2009) i 6,5 - krotnie (według stanu na koniec roku 2009) wartość bilansową aktywów.

W sprawozdaniu finansowym za rok 2008 nie zostały wykazane zobowiązania spółki wobec (...) Polska jako zobowiązania warunkowe, choć obowiązek zamieszczenia informacji o tego rodzaju zobowiązaniach wynika z załącznika do ustawy z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości (tekst jedn. Dz. U. z 2002 roku nr 76 poz. 694 ze zmianami).

Według stanu na dzień 31 grudnia 2008 roku zobowiązania krótkoterminowe spółki, bez uwzględnienia zobowiązań (...) Polska wobec powoda, wynosiły nieco ponad 250.000 złotych. Wartość majątku spółki wynosiła w tej samej dacie 364.000 złotych, stąd aktywa netto, stanowiące różnicę pomiędzy majątkiem a zobowiązaniami, wynosiły 114.000 złotych.

Na przestrzeni całego roku 2008 spółka dokonywała wypłat dywidend wspólnikom. Ogółem wypłacono z tytułu dywidend i podatku dochodowego z tego tytułu kwotę 476.000 złotych.

Wypłaty dywidendy zostały sfinansowane z kapitału rezerwowego spółki, kapitału zapasowego i rozliczenia zysku z lat ubiegłych.

Na koniec roku 2008 spółka posiadała zobowiązania wymagalne wobec sześciu podmiotów. Wykaz zobowiązań nie uwzględnia jednak zobowiązania spółki wobec (...) spółki z o.o. z tytułu odstąpienia od umowy z listopada 2005 roku. W przypadku uwzględnienia, iż zobowiązanie spółki (...) wobec (...) spółki z o.o. istniało i było wymagalne najpóźniej na koniec roku 2008, to suma wymagalnych zobowiązań spółki w tej dacie przekroczyłaby wartość jej majątku i istniałyby już w tej dacie przesłanki do ogłoszenia upadłości spółki.

Przepisy ustawy o rachunkowości nakładają na spółkę obowiązek zaksięgowania zobowiązań objętych pozwem złożonym przeciwko spółce jako zobowiązanie warunkowe.

Gdyby w spółce pozostał kapitał zapasowy i rezerwy oraz zyski z lat ubiegłych, wypłacone wspólnikom w formie dywidendy na przestrzeni roku 2008 w kwocie ponad 400.000 złotych, to zobowiązanie spółki (...) wobec spółki (...), wynikające z wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi a następnie Sądu Apelacyjnego, mogłoby zostać zaspokojone w całości.

W dniu 22 czerwca 2010 roku spółka (...) wystosowała do pozwanych ostateczne przesądowe wezwanie do zapłaty kwot dochodzonych niniejszym pozwem w terminie 14 dni od otrzymania wezwania do zapłaty.

W dniu 21 listopada 2011 roku spółka (...) spółka z o.o., reprezentowana przez pozwanych, złożyła wobec (...) spółki z o.o. oświadczenie o potrąceniu kwoty 150.000 złotych z należnością spółki (...) wynikającą z wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 27 marca 2009 roku z tytułu wartości prac posadzkarskich wykonanych prawidłowo przez spółkę, na podstawie umowy z dnia 14 listopada 2005 roku.

Następnie w piśmie z dnia 13 marca 2012 roku (...) spółka z o.o., reprezentowana przez pozwanych, skierowała do V. Polska spółki z .o.o. pismo z wezwaniem do zapłaty kwoty 127. 793,50 złotych w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania z tytułu równowartości wykonanych przez spółkę robót posadzkarskich, na podstawie umowy z dnia 14 listopada 2005 roku, a w piśmie z dnia 28 marca 2012 roku spółka (...) spółka z o.o. złożyła wobec spółki (...) spółka z o.o. oświadczenie o potrąceniu kwoty 127.793,50 złotych z należnością spółki (...) wynikającą z wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 27 marca 2009 roku.

Spółka (...) zleciła przeprowadzenie wyceny posadzki wykonanej dla (...) spółki z o.o. uprawnionemu rzeczoznawcy R. A..

Wycenę sporządzono na podstawie kosztorysu ze składnikami cenotwórczymi z I kwartału 2008 roku z uwzględnieniem kosztów naprawy wad wytwórczych określonych w opinii biegłego sądowego sporządzonej w trakcie procesu przed Sądem Okręgowym w Łodzi. Powołany przez spółkę (...) rzeczoznawca oszacował wartość robót po odjęciu kosztów napraw na kwotę 277.793,50 złotych.

Na podstawie powyższych ustaleń, Sąd Okręgowy stwierdził, że powództwo jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, zgodnie z art. 299 k.s.h.

Podkreślił, że członek zarządu spółki odpowiada za zobowiązania spółki powstałe w czasie, gdy pełnił on swą funkcję. Natomiast, gdy istnieje prawomocny wyrok sądu stwierdzający istnienie zobowiązania spółki Sąd nie może badać, czy stwierdzone nim zobowiązanie istnieje i w jakim rozmiarze.

W rozpoznawanej sprawie pozwani, składając odpowiedź na pozew, nie kwestionowali istnienia zobowiązania spółki (...), stwierdzonego prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 27 marca 2009 roku, ani też jego wysokości czy zakresu, jak również okoliczności pełnienia przez nich funkcji członków zarządu spółki (...) zarówno w chwili powstania, jak i wymagalności tego zobowiązania, jak również faktu bezskuteczności egzekucji prowadzonej przeciwko spółce przez Komornika Sądowego i umorzonej postanowieniem z dnia 20 kwietnia 2010 roku.

Pozwani powołując się na wynikającą z treści przepisu art. 299 § 2 k.s.h. okoliczność zwalniającą ich z odpowiedzialności za zobowiązania spółki wskazywali, że w ustawowym terminie, tj. w dniu 9 września 2009 roku złożyli w Sądzie Rejonowym dla Łodzi - Śródmieścia w Łodzi wniosek o ogłoszenie upadłości spółki. Przyjęli, że przesłanki do ogłoszenia upadłości spółki (...) spółka z o.o. wystąpiły dopiero w dniu prawomocnego zakończenia postępowania w sprawie X GC 190/08 przed Sądem Apelacyjnym w Łodzi i wydania w dniu 27 sierpnia 2009 roku wyroku oddalającego apelację od wyroku Sądu Okręgowego z dnia 27 marca 2009 roku.

Sąd Okręgowy uznał powyższe stanowisko za niezasadne, gdyż upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który jest niewypłacalny, czyli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań. Dłużnika będącego osobą prawną uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku nawet wówczas, gdy zobowiązania swoje wykonuje. Roszczenie staje się wymagalne wówczas, gdy wierzyciel może skutecznie pod względem prawnym żądać od dłużnika zadośćuczynienia jego roszczeniu, a zatem pozwani błędnie przyjęli, że zobowiązanie do zapłaty przez spółkę (...) na rzecz (...) spółka z o.o. kwoty 287.154 złotych wraz z odsetkami od kwot i dat wskazanych w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi w dnia 27 marca 2009 roku powstało dopiero z dniem uprawomocnienia się tego wyroku, tj. z dniem 27 sierpnia 2009 roku.

Sąd stwierdził, że zobowiązanie do zapłaty kwoty zasądzonej wyrokiem wynika z faktu dokonania przez (...) spółkę z o.o. skutecznego odstąpienia od łączącej strony umowy o wykonanie prac posadzkarskich, więc wydany w sprawie X GC 190/08 wyrok z dnia 27 marca 2009 roku nie miał charakteru prawokształtującego, nie tworzył żadnego nowego stanu prawnego pomiędzy stronami tego postępowania, a potwierdzał jedynie istnienie i wymagalność zobowiązania spółki (...) spółka z o.o. do zapłaty na rzecz (...) spółki z o.o. zasądzonych tym wyrokiem kwot obejmujących zwrot świadczeń z tytułu odstąpienia od umowy wzajemnej. W wyroku z dnia 27 marca 2009 roku Sąd Okręgowy w Łodzi uznał, iż roszczenie pieniężne spółki (...) w kwocie 287.154 zł było wymagalne już w dniu 28 kwietnia 2008 roku, od tej daty zasądził bowiem odsetki ustawowe od dochodzonej pozewem kwoty. Ustalenia zaś stanowiące podstawę wydania przez Sąd Okręgowy powyższego wyroku nie podlegają ponownemu badaniu w toku niniejszego postępowania z uwagi na treść przepisu art. 365 § 1 k.p.c.

Sąd I instancji nie podzielił stanowiska biegłej H. W. przedstawionego w opinii pisemnej, co do tego, iż przesłanki upadłości spółki (...) wystąpiły w kwietniu 2009 roku, tj. po wydaniu przez Sąd Okręgowy wyroku z dnia 27 marca 2009 roku, tym bardziej, że jako specjalista z zakresu ekonomii rachunkowości nie posiada ona kompetencji fachowych z zakresu prawa cywilnego czy gospodarczego, bowiem kwestie te należą do wyłącznej oceny sądu.

Stwierdził, że Spółka (...) posiadała na dzień 31 grudnia 2008 roku zobowiązania wymagalne wobec innych podmiotów na kwotę ponad 250.000 złotych, których nie regulowała w terminie. Jednocześnie wartość majątku spółki na ten dzień wynosiła 364.000 złotych. Przy uwzględnieniu zobowiązania wobec spółki (...) jako istniejącego i wymagalnego na dzień 31 grudnia 2008 roku wartość zobowiązań spółki (...) wynosiłaby łącznie kwotę ponad 500.000 złotych i przekraczałyby wartość majątku spółki.

Spółka posiadała zatem wymagalne niezapłacone zobowiązania na dzień 31 grudnia 2008 roku wobec sześciu wierzycieli wskazanych oraz wobec spółki (...) spółka z o.o. i na dzień 31 grudnia 2008 roku zachodziły przesłanki z art. 10 i 11 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Pomimo tego zarząd spółki w osobach obojga pozwanych nie podjął decyzji o wystąpieniu z wnioskiem o ogłoszenie upadłości spółki w terminie wynikającym z przepisu art. 21 powołanej ustawy, tj. w ciągu dwóch tygodni od wystąpienia przesłanek do ogłoszenia upadłości spółki. Wniosek o ogłoszenie upadłości spółki zgłoszony został przez zarząd dopiero w dniu 9 września 2009 roku, a zatem wiele miesięcy po wystąpieniu przesłanek do ogłoszenia upadłości spółki. Jednocześnie Sąd zwrócił uwagę na to, że zarząd spółki (...) Polska w osobach pozwanych miał pełną świadomość istnienia i wymagalności zobowiązania z tytułu odstąpienia od umowy przez (...) spółkę z o.o.

Pozwani sprawowali funkcję w zarządzie spółki nieprzerwanie od 2003 roku oraz prowadzili, jak wynika z treści pism procesowych składanych w sprawie X GC 190/09, w imieniu spółki korespondencję dotyczącą reklamacji, usuwania wad a następnie odstąpienia od umowy z powodem. Ponadto zarząd spółki w sposób sprzeczny z przepisem art. 35d ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości nie tworzył rezerw na pokrycie zobowiązań warunkowych, do jakich zaliczyć można zobowiązanie z tytułu gwarancji udzielonej na podstawie umowy z dnia 14 listopada 2005 roku zawartej z (...) spółką z o.o. oraz nie wykazywał zobowiązań z tego tytułu w informacji dodatkowej zawartej w sprawozdaniu finansowym spółki.

Analizując stan finansów spółki (...) należy Sąd stwierdzić, że na przestrzeni roku 2008 zarząd spółki w osobach jej wspólników doprowadził do likwidacji kapitału rezerwowego i kapitału zapasowego spółki oraz zysków wypracowanych z lat ubiegłych w celu wypłacenia dywidend wspólnikom. W 2008 roku wypłacono z tego tytułu łącznie kwotę 476.000 złotych, a gdyby kapitał zapasowy i rezerwy pozostały w spółce do czasu zakończenia jej działalności, a przynajmniej do końca roku 2008 wówczas wystarczałyby one na pokrycie w całości zobowiązania wobec spółki (...) spółka z o.o. oraz innych zobowiązań spółki.

Okoliczności powyższe przemawiają – zdaniem Sądu Okręgowego - za uznaniem za niezasadny podnoszony przez pozwanych zarzut, iż pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki we właściwym czasie wierzyciel nie odniósłby szkody. Wniosek o ogłoszenie upadłości powinien być bowiem zgłoszony najpóźniej w dniu 31 grudnia 2008 roku a ponadto zarząd spółki winien utworzyć rezerwy finansowe na pokrycie zobowiązań warunkowych wobec spółki (...), których istnienia i wysokości miał pełną świadomość. Począwszy od marca 2008 roku zarząd miał również wiedzę o toczącym się postępowaniu sądowym z powództwa (...) spółki z o.o.

Wskutek działań pozwanych wierzyciel (...) odniósł szkodę w postaci braku możliwości wyegzekwowania z majątku spółki należności stwierdzonej prawomocnym wyrokiem sądowym.

Jako nieskuteczny Sąd Okręgowy uznał zarzut potrącenia należności z tytułu wartości niewadliwie wykonanych przez spółkę prac posadzgarskich, z uwagi na nieudowodnienie wierzytelności przedstawionej do potrącenia w sposób wymagany przepisem art. 479¹⁴ § 4 k.p.c.

Zauważył, że oświadczenie o potrąceniu złożone zostało przez spółkę (...) w toku trwania niniejszego procesu: w listopadzie 2011 roku i marcu 2012 roku. Ustalenie zaś zakresu niewadliowości prac wykonanych przez spółkę oraz ich wartości wymaga wiadomości specjalnych, a co za tym idzie skorzystania z opinii biegłego sądowego. Nie można zatem przypisać waloru dowodu, na okoliczność zakresu niewadliowości wykonanych prac i ich wartości przedprocesowej, wycenienie dokonanej na zlecenie spółki (...), gdyż ma ona jedynie walor dokumentu prywatnego i stanowić może dowód na okoliczność, iż opinia taka została zlecona przez spółkę i wydana przez wskazanego w niej autora oraz stanowić poparcie z uwzględnieniem wiadomości specjalnych stanowiska strony pozwanej.

Ostatecznie Sąd przyjął, że strona pozwana nie udowodniła istnienia ani też wysokości wierzytelności przedstawionej do potrącenia z wierzytelnością dochodzoną w niniejszym procesie.

W konsekwencji zasądził od pozwanych na rzecz powoda dochodzoną w pozwie należność, w tym kwotę 30.520,93 zł tytułem poniesionych przez powodową spółkę kosztów procesu w postępowaniu sądowym: w tym 23.175 zł tytułem kosztów procesu zasądzonych wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 27 marca 2009 roku, koszty postępowania odwoławczego zasądzone wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 sierpnia 2009 roku w kwocie 5.487 złotych, oraz koszty postępowania egzekucyjnego obejmujące koszty zastępstwa procesowego 1.800 zł i opłatę w wysokości 58,93 zł, oraz należność wynikającą z wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 27 marca 2009 roku.

Stosownie do treści przepisu art. 98 k.p.c. Sąd obciążył pozwanych solidarnie obowiązkiem zwrotu na rzecz powoda kosztów procesu obejmujących uiszczoną opłatę od pozwu 15.884 zł oraz koszty zastępstwa procesowego pełnomocnika powoda w wysokości 14.400 złotych wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa 17 złotych. Uznał, że w sprawie zachodzą podstawy do zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego w wysokości dwukrotności stawki urzędowej, wynikającej z § 6 ust 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych i ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (Dz. U 163 poz. 1349 ze zm.), gdyż jest to uzasadnione nakładem pracy pełnomocnika powoda, czasem trwania postępowania, koniecznością kilkakrotnego dojeżdżania na terminy rozpraw przed Sądem Okręgowym Łodzi z W., gdzie znajduje się siedziba Kancelarii Prawnej pełnomocnika reprezentującego powoda.

Na mocy art. 113 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn. dz. U. z 2010 roku nr 90 poz. 594 ze zm.) Sąd nakazał ściągnąć solidarnie od pozwanych na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 2.895,46 złotych tytułem poniesionych przez Skarb Państwa wydatków - kosztów opinii biegłego.

Apelację od powyższego wyroku wnieśli pozwani, zaskarżając orzeczenie w całości. Zarzucili naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 299 § 2 k.s.h. w zw. z art. 11 ust. 1 i art. 21 ust. 1 i ust. 2 ustawy - Prawo upadłościowe i naprawcze poprzez uznanie, że zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością celem zwolnienia się z odpowiedzialności przewidzianej w art. 299 § 1 k.s.h., zobligowany jest złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości spółki niezależnie od prowadzenia rzeczywistego sporu sądowego z wierzycielem co do istnienia oraz wysokości spornej wierzytelności, a w konsekwencji, że dwutygodniowy termin na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości przewidziany art. 21 ust. 1 i 2 ustawy rozpoczyna swój bieg od dnia wezwania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością do zapłaty przez wierzyciela, niezależnie od tego, czy żądanie to istnieje, jest uzasadnione, zarówno co do zasady jak i wysokości, a nadto czy spółka wdaje się w spór sądowy z wierzycielem;

2) art. 299 § 2 k.s.h. przez uznanie, że pozwani ponoszą wobec powodowej spółki odpowiedzialność odszkodowawczą określoną w art. 299 § 1 k.s.h. za całe niewyegzekwowane roszczenie, podczas gdy prawidłowa wykładania art. 299 § 2 k.s.h. prowadzi do wniosku, że o szkodzie można mówić jedynie wówczas, gdy zgłoszenie wniosku o upadłość we właściwym czasie spowodowałoby zaspokojenie roszczeń powodowej spółki w części większej niż w przypadku ewentualnego zaniechania w tym zakresie przez pozwanych, a w przypadku powyższym rozmiarem szkody może być wyłącznie różnica między tym, co powodowa spółka jako wierzyciel mogła w wyniku wszczęcia postępowania upadłościowego uzyskać, a rzeczywistym stanem zaspokojenia jej roszczeń.

Podnieśli również naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.:

1) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. art. 278 i art. 286 k.p.c., albowiem Sąd Okręgowy, polemizując z wnioskami biegłej co do ustalenia terminu rozpoczęcia biegu 14-dniowego okresu na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki (...) sp. z o.o., poczynił w tym zakresie ustalenia całkowicie sprzeczne z ustaleniami opinii biegłej. Biegła określiła bowiem datę, w jakiej miałby zostać złożony wniosek o ogłoszenie upadłości spółki (...) sp. z o.o., wskazując na dzień 3 czerwca 2009 r., natomiast Sąd Okręgowy, samowolnie, nie mając ku temu podstaw, bez zasięgnięcia opinii innych biegłych, ustalił, iż stan niewypłacalności spółki (...) sp. z o.o. zaistniał w ostatnim dniu 2008 r. Polemizując z wnioskami biegłej

w sferze wymagającej wiadomości specjalnych, bez zasięgnięcia opinii innego biegłego lub w drodze uzupełnienia stanowiska biegłych, którzy wydali odmienne orzeczenie, Sąd Okręgowy naruszył art. 278, 286 oraz art. 233 § 1 k.p.c.;

2) art. 479¹⁴ § 4 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym przed dniem 3 maja 2012 r., polegającym na uznaniu, iż przywołany przepis obejmuje również sytuacje, w których strona pozwana w procesie gospodarczym nie składa oświadczenia o potrąceniu, lecz jedynie powołuje się na oświadczenie o potrąceniu złożone poza procesem przez podmiot trzeci - spółkę z o.o., za zobowiązania której może ponosić odpowiedzialność na podstawie art. 299 k.s.h.; stosownie do przywołanego przepisu, nie czyni zadość udokumentowaniu wierzytelności przedstawianych do potrącenia wykazanie ich istnienia dokumentem prywatnym;

3) przepisów o kosztach zastępstwa prawnego - rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 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 (Dz. U. z dnia 3 października 2002 r. Nr 163, poz. 1349 z późn. zm.) w zw. z art. 98 k.p.c. polegającego na przyznaniu stronie powodowej tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego kwoty 14.400 zł - dwukrotności stawki minimalnej - w sytuacji, w której nie było to w żadnej mierze uzasadnione nakładem pracy pełnomocnika powodowej spółki, a w szczególności aktywnością procesową strony powodowej i przyczynieniem się do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

W konsekwencji skarżący wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości; ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu oraz o zasądzenie od powodowej spółki na rzecz pozwanych solidarnie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa prawnego wykonywanego przez radcę prawnego za obie instancje, w wysokości odpowiadającej dwukrotności stawki minimalnej (I instancja: 2 x 7.200 złotych; II instancja - 2 x 3.600 zł), określonej normami 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 (Dz. U. z dnia 3 października 2002 r. Nr 163, poz. 1349 z późn. zm.).

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od pozwanych na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja pozwanych nie zasługuje na uzgodnienie.

W pierwszej kolejności odnieść się należy do zarzutu naruszenia przepisu prawa procesowego w postaci art. art. 479¹⁴ § 4 k.p.c. albowiem jego ocena determinuje potrzebę rozważania pozostałych zarzutów.

Jak słusznie zauważają skarżący, o ile przepis ów został uchylony przez art. 1 pkt.46 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011r, Nr 233, poz.1381) - z dniem 3 maja 2012 roku - o tyle, w myśl art. 9 ust.1 w/w ustawy, jej przepisy stosuje się do postępowań wszczętych po dniu jej wejścia w życie, z zastrzeżeniem ust. 2-7. A zatem jego zastosowanie może być rozważane w przedmiotowej sprawie.

Zgodnie z jego treścią do potrącenia w toku postępowania mogą być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami. Pozostaje on w ścisłej korelacji z dyspozycją art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., statuującej tzw. zasadę prekluzji w procesie gospodarczym. Zgodnie z jego treścią w odpowiedzi na pozew pozwany jest obowiązany podać wszystkie twierdzenia, zarzuty oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykaże, że ich powołanie w odpowiedzi na pozew nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynikła później. W tym przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny być powołane w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym powołanie ich stało się możliwe lub powstała potrzeba ich powołania. Przepis art. 479¹² § 4 k.p.c. stosuje się odpowiednio.

Tak więc na stronie pozwanej spoczywa ciężar przedstawienia sądowi wszystkich znanych mu faktów, dowodów i zarzutów w określonym terminie, pod rygorem utraty możliwości późniejszego ich przytaczania lub powoływania. Do rygorów systemu prekluzyjnego należy również wymaganie, aby strony podały - także w wyznaczonym terminie - wszystkie znane im fakty, dowody i zarzuty, choćby nawet w formie ewentualnej, tylko na wypadek, gdyby twierdzenia zaprezentowane w pierwszej kolejności okazały się nieskuteczne lub nie zostały uwzględnione przez sąd.

W postępowaniu w sprawach gospodarczych, a z taką sprawą mamy do czynienia, pozwany traci prawo powoływania twierdzeń, zarzutów oraz dowodów na ich poparcie, niepowołanych w odpowiedzi na pozew, bez względu na ich znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, chyba że wykaże, iż ich powołanie w odpowiedzi na pozew nie było możliwe, albo że potrzeba powołania wynika później. (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2004 r., III CZP 115/03 (Biuletyn SN 2004, nr 2, s. 5).

W realiach rozpoznawanej sprawy pozwani w odpowiedzi na pozew zgłosili między innymi zarzut umorzenia wierzytelności objętych żądaniem pozwu co do kwoty 150.000zł w związku z dokonaniem w dniu 16 listopada 2011 roku potrąceniem wierzytelności przysługującej (...) sp. z o.o. wobec powodowej spółki, wnioskując o choćby częściowe oddalenie powództwa co do kwoty 150.000zł. W toku procesu powołali się na kolejne potrącenie dokonane przez spółkę (...) w dniu 28 marca 2012 roku na kwotę 127.793,50zł, podnosząc, że w zakresie i tej kwoty doszło do umorzenia wzajemnych wierzytelności w/w spółki i powodowej spółki. Na okoliczność zasadności powyższego potrącenia pozwani zawnieśli o dopuszczenie dowodów wskazanych na stronie 10-tej odpowiedzi na pozew, w tym między innymi dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa i kosztorysowania, jak i wyceny posadzki, wykonanej w dniu 8 marca 2012 roku przez R. A., posiadającego uprawnienia budowlane.

Oddalając powyższe wnioski Sąd Okręgowy uznał, że pomimo okoliczności, iż potrącenie nie jest dokonywane pomiędzy stronami procesu, lecz pomiędzy powodem a osobą trzecią, to jednak jest dokonywane w toku procesu, co skutkuje zastosowaniem przepisu art. 479¹⁴ § 4 k.p.c. Oświadczenie o potrąceniu złożone zostało przez spółkę (...) w listopadzie 2011 roku i marcu 2012 roku, a zatem w czasie trwania procesu. Ustalenie zaś zakresu niewadliwosti prac wykonanych przez spółkę oraz ich wartości wymaga wiadomości specjalnych, a co za tym idzie skorzystania z opinii biegłego sądowego. W ocenie Sądu nie można przypisać waloru dowodu, na okoliczność zakresu niewadliwosti wykonanych prac, i ich wartości przedprocesowej wycenie dokonanej na zlecenie spółki (...), gdyż ma ona jedynie walor dokumentu prywatnego i stanowić może dowód na okoliczność, iż opinia taka została zlecona przez spółkę i wydana przez wskazanego w niej autora oraz stanowić poparcie stanowiska strony pozwanej. W konsekwencji Sąd uznał, że strona pozwana nie udowodniła istnienia ani też wysokości wierzytelności przedstawionej do potrącenia z wierzytelnością dochodzoną w niniejszym procesie.

Jak słusznie podnoszą skarżący w apelacji stanowisko zaprezentowane przez Sąd I instancji należy uznać co do zasady za błędne.

Po pierwsze należy odróżnić czynność materialnoprawną, której celem jest lub było doprowadzenie do wygaśnięcia wzajemnego zobowiązania, od procesowego zarzutu potrącenia, mającego na celu oddalenie powództwa w całości lub części. Dokonanie potrącenia jest jednostronną czynnością materialnoprawną, do której dojść może w ramach postępowania sądowego, bądź poza nim. W trakcie postępowania sądowego uprawniony może połączyć w jednym oświadczeniu obie czynności: złożenie oświadczenia woli o potrąceniu i zgłoszenie zarzutu potrącenia. Oświadczenie woli o potrąceniu wywołuje skutek prawny od chwili złożenia go w taki sposób, ażeby druga strona mogła się z nim zapoznać (art. 61 k.c.). Z chwilą dojścia do adresata oświadczenia tego nie można bez jego zgody odwołać; działa ono z mocą wsteczną od chwili, w której potrącenie stało się możliwe (art. 499 k.c.).

W ocenie Sądu Apelacyjnego już sama redakcja przepisu art. 479¹⁴ § 4 k.p.c. prowadzi do wniosku, że tylko dokonywanie potrącenia w toku postępowania, a zatem złożenie oświadczenia o charakterze materialnoprawnym, wraz z procesowym zarzutem potrącenia, zostało ograniczone szczególnymi wymaganiami dowodowymi. Jeżeli bowiem jest mowa o wierzytelności przedstawianej do potrącenia, to wierzytelność musi istnieć. Przepis nie

dotyczy więc wierzytelności umorzonej w wyniku uprzedniego potrącenia. Poza tym nie można abstrahować od charakteru powyższego przepisu, który przewidując wyjątek w procesowych sposobach obrony pozwanego powinien być interpretowany ściśle.

Po drugie dokonywanie potrącenia w rozumieniu w/w przepisu dotyczy pozwanego, nie zaś – jak błędnie przyjmuje sąd meriti- osoby trzeciej względem obu stron procesu. Tymczasem bezspornym jest, że dwa oświadczenia o potrąceniu, choć zostały dokonane w toku niniejszego procesu, zostały złożone przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P..

„Potrącenie to zaliczenie na poczet długu własnej wierzytelności. Konieczne warunki do jego dokonania to: obie wierzytelności muszą być wymagalne, a także zachowana powinna być tożsamość podmiotowa (osoby powinny być wzajemnie wobec siebie wierzycielami i dłużnikami). Jak wynika z podanych cech definicyjnych potrącenia, mogłaby go dokonać wyłącznie spółka. Członkowie zarządu spółki są osobami trzecimi względem relacji spółka-wierzyciel. Mogą oni zatem potrącić jedynie własne wierzytelności, jeśli takie mają względem wierzyciela. Ewentualnie można rozważyć dokonanie przez nich potrącenia w imieniu spółki (jeżeli mają prawo do jej reprezentowania), jednak wówczas podnoszony zarzut wobec wierzyciela spółki nie będzie zarzutem potrącenia, a wykazywaniem, że zobowiązanie spółki jest w innej wysokości od tej, na jaką opiewa tytuł egzekucyjny (w konsekwencji dopuszczalność tego zarzutu będzie podlegała warunkom ogólnym dopuszczalności zarzutów). (zob. „ Odpowiedzialność cywilna członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.” Konrad Osajda, Wydawnictwo Lesin Nexis, Warszawa 2008r, str. 138- 139)

Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w przywołanej przez Sąd Okręgowy uchwale z dnia 17 lutego 2011 roku, sygn. III CZP 129/10, OSNC 2011/10/110. W rozpoznawanym stanie faktycznym, kiedy do potrącenia, dokonanego przez spółkę doszło również w toku procesu, wyraził pogląd, że członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, pozwany na podstawie art. 299 § 1 k.s.h. może bronić się zarzutem, że objęta tytułem wykonawczym wierzytelność uległa umorzeniu na skutek potrącenia z wierzytelności powoda, dokonanego po powstaniu tego tytułu.

W istocie więc, w takiej sytuacji, nie chodzi o zgłoszenie przez pozwanych zarzutu potrącenia, lub przedstawienie do potrącenia wierzytelności w rozumieniu art. 479¹⁴ § 4 k.p.c. lecz powołanie się na fakt nieistnienia, umorzenia czy wygaśnięcia wierzytelności powoda wskutek potrącenia, dokonanego poza procesem przez spółkę (...). Jest to zarzut, który jest jednym z zarzutów, na jakie pozwani mogli powołać się stosownie do dyspozycji art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., i który mogli dowodzić w każdy prawnie dopuszczalny sposób. Już w odpowiedzi na pozew pozwani wyraźnie zaznaczyli, że powołują się na umorzenie wierzytelności objętych żądaniem pozwu co do kwoty 150.000zł oraz kwoty 127.793,50zł, wskutek potrącenia dokonanego przez spółkę, a co za tym idzie na nieistnienie wierzytelności powoda w tym zakresie i nieistnienie stanu „ bezskutecznej egzekucji” w rozumieniu art. 299 § 1 k.s.h.

Choć Sąd Okręgowy, w wyniku błędnego zastosowania przepisu art. 479¹⁴ § 4 k.p.c. oddalił wszystkie wnioski dowodowe pozwanych, zmierzające do wykazania istnienia wierzytelności spółki (...), objętej dwoma jej oświadczeniami o potrąceniu, to uchybienie powyższe nie skutkuje automatycznie koniecznością uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, celem merytorycznej oceny zasadności powyższego oświadczenia o potrąceniu. Sąd Apelacyjny, będąc sądem merytorycznym, może bowiem samodzielnie dokonać powyższej oceny, bez potrzeby przeprowadzenia w tym celu wnioskowanego przez pozwanych postępowania dowodowego. Zebrany bowiem dotychczas materiał dowodowy, a w szczególności jednoznaczna treść złożonych przez spółkę (...), w dniach 21 listopada 2011 roku i 28 marca 2012 roku oświadczeń o potrąceniu, daje podstawy do przyjęcia, że zgłoszony przez pozwanych zarzut w istocie prowadzi do podważenia prawomocnego orzeczenia zapadłego przeciwko tejże spółce, co w świetle art. 365 § 1 k.p.c. jest niedopuszczalne.

Otóż, jak wynika z obydwu oświadczeń z dnia 21 listopada 2011 roku (k.222) oraz z dnia 28 marca 2012 roku (k.350) spółka (...) potrąciła z wierzytelności powodowej spółki (...), wynikającej z wyroków Sądu Okręgowego i Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 marca 2009 roku i 27 sierpnia 2009 roku, kwotę 150.000 zł i kwotę 127.793,50zł tytułem wartości prawidłowo wykonanej posadzki w ramach umowy z dnia 14 listopada 2005 roku. Pozwani na powyższą okoliczność

złożyli wycenę z dnia 3 marca 2012 roku, sporządzoną przez rzeczoznawcę R. A. (k.355), który dokonał wyceny posadzki wykonanej przez spółkę (...), na podstawie kosztorysu powykonawczego, ze składnikami cenotwórczymi z I kwartału 2008 roku, z uwzględnieniem kosztów naprawy wad wytwórczych, określonych w opinii biegłego sądowego z dnia 26.01.2009 roku. Z wyceny tej wynika, że wartość kosztorysowa wykonanych przez spółkę robót to kwota 300.466 zł netto; koszt naprawy ubytków $350 \text{ m}^{(2)}$ x 27,10zł to kwota 9.585 zł netto; koszt naprawy odparzeń $175 \text{ m}^{(2)}$ x 31,90zł to kwota 5.582,50zł netto; koszt wykonania dylatacji 790 m x 9,50zł to kwota 7.505 zł netto. Ogółem więc wartość wykonanych przez spółkę robót, po odjęciu kosztów napraw, to kwota 277.793,50zł netto. Taką też kwotę łącznie uwzględniają obydwie oświadczenia o potrąceniu.

Pozwani podnosili w toku procesu, że wierzytelności objęte oświadczeniami o potrąceniu stanowią rozliczenie wzajemnych roszczeń stron, w związku z dokonaniem przez spółkę (...) odstąpieniem od umowy z dnia 14 listopada 2005 roku, powołując się na przepis art. 494 k.c. Podali, że wykonana przez spółkę (...) posadzka, pomimo inwentaryzowanych wad, została na rzecz powoda wykonana i stanowi korzyść, jej zwrot „w naturze” nie jest i nie był wcześniej możliwy, posadzka nadawała się w przeważającej części do użytkowania zgodnie ze swoim przeznaczeniem.

O czym wspomniano powyżej powołali się na wycenę R. A., który dokonał kosztorysowego ustalenia wartości całej wykonanej przez spółkę (...) posadzki, na kwotę 300.466 zł netto, od której odliczył koszty jej napraw.

W sprawie, jaka toczyła się z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. przeciwko a (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. o zapłatę kwoty 287.154zł, Sądy ustaliły między innymi, że w ramach umowy z dnia 14 listopada 2005 roku pozwana spółka zobowiązała się wykonać posadzkę (...) w systemie zacieranym o powierzchni około 3.500 m^2 , za co miała otrzymać wynagrodzenie w wysokości 86 zł za 1 m^2 . Łączna wartość wynagrodzenia za całości robót miała wynosić 301.000zł netto, plus podatek od towarów i usług. Zakres prac miał być rozliczony etapami: na 35% zakładanej wartości prac, tj. 105.350zł + VAT (128.527zł) miała być wystawiona przez pozwaną spółkę faktura VAT, częściowa, podobnie na kolejne 35% zakładanej wartości (128.527zł brutto), a po zakończeniu prac posadzkarskich i po przeprowadzeniu odbioru końcowego z obmiarem powykonawczym, miała być wystawiona faktura końcowa.

Powodowa spółka (...) zapłaciła za trzy faktury częściowe łącznie kwotę 257.054zł brutto. Sądy ustaliły, że po zakończeniu prac w pierwszej połowie stycznia 2006 roku strony nie spisały protokołu końcowego odbioru robót, zaś po dniu 5 stycznia 2006 roku powódka zaczęła korzystać z całej powierzchni przedmiotowej posadzki. Ustaliły również, w oparciu o opinię biegłego sądowego z zakresu budownictwa, że przedmiotowa posadzka wykonana została niezgodnie ze sztuką budowlaną, wskazując na poszczególne elementy stanowiące o powyższym. Jej naprawa jest możliwa w miejscach powstania ubytków i odparzeń, co poprawi chwilowo jej stan, jednakże nie zapewni w dłuższym czasie trwałości posadzki, co wynika z braku odporności na stosowane w procesie produkcji związki chemiczne i rodzaj wózków stosowanych do transportu w hali. Natomiast wady w postaci głębokich rys i ubytków powstałych na skutek przesuwania palet, są nieusuwalne, nie mogą być naprawione miejscowo i indywidualnie, a dla ich usunięcia wymagane byłoby wykonanie posadzki od nowa na istniejącej posadzce, lub całkowita wymiana posadzki. Z wniosków biegłego, do których odwołał się Sąd Okręgowy, wynika również, że istniejącą posadzkę należałoby całkowicie skuć aż do podłoża, oczyścić podłoże i właściwie przygotować pod nową posadzkę. Ustalono również, że spółka (...), z uwagi na wady wykonanej posadzki i odmowę ich usunięcia, odstąpiła od umowy i zażądała zwrotu zapłaconego pozwanej spółce wynagrodzenia w kwocie 257.054zł oraz kary umownej z tytułu odstąpienia w kwocie 30.100 złotych.

W ocenie obu Sądów, powodowa spółka miała podstawy do skutecznego odstąpienia od umowy, co nastąpiło pismem z dnia 5 marca 2008 roku, z uwagi na istnienie istotnych wad, które czynią posadzkę niezdatną do zwykłego użytku. Ponadto pozwana nie usunęła wad w wyznaczonym przez powódkę terminie, a w zasadzie w ogóle odmówiła przystąpienia do usuwania wad, godząc się tym samym na powiększenie rozmiaru uszkodzeń.

Sąd Apelacyjny, nie podzielając zarzutów apelacji spółki (...), że tylko około 15 % wad posadzki powstało z przyczyn wytwórczych, tj. leżących po stronie pozwanej, uznał, że wady prac wynikają głównie z niedostosowania rodzaju

posadzki do działalności prowadzonej przez powoda, niezachowania warunków jej kładzenia oraz z niekompletnego wykonania umowy, co powoduje konieczność wykonania ponownie całości objętych umową prac.

W konsekwencji przyjęcia za skuteczne odstąpienie przez powódkę od umowy z dnia 14 listopada 2005 roku Sądy uznały, że powódce należy się zwrot łącznie kwoty 257.054zł, jaką zapłaciła tytułem wynagrodzenia umownego, plus kara umowna w wysokości 30.100zł za zasadne odstąpienie od umowy. Sąd Okręgowy w swych rozważaniach jurydycznych zwrócił uwagę na to, że z uwagi na nie zgłoszenie przez pozwaną odpowiednich żądań, brak było podstaw do odnoszenia się do ewentualnego jej prawa zatrzymania powyższej kwoty do chwili zaferowania przez powódkę zwrotu otrzymanego świadczenia albo zabezpieczenia roszczenia o zwrot, czy do roszczenia o wynagrodzenie za korzystanie z przedmiotu świadczenia pozwanej za okres od odstąpienia od umowy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, w świetle rozstrzygnięć jakie zapadły w w/w sprawie i poczynionych w niej ustaleń, jak i przesądzenia, że cała posadzka wykonana przez pozwaną spółkę (...), z powodu istniejących wad, nie nadaje się do użytku i istnieje konieczność wykonania ponownie całości objętych umową prac, wskazanie w oświadczeniach o potrąceniu jako wierzytelności objętej potrąceniem, a należnej spółce (...) z tytułu wzajemnych rozliczeń, wartości prawidłowo wykonanej posadzki na kwotę 277.793,50zł, zmierza do podważenia prawomocnego wyroku, wydanego w sprawie X GC 190/08. Przeprowadzenie zgłaszanych przez pozwanych w obecnym postępowaniu dowodów na okoliczność wyceny prac, wykonanych przez spółkę (...), na okoliczność zakresu niewadliwości tych prac i ich wartości, prowadziłoby de facto do ponownego badania zasadności zasądzonego już w prawomocnym wyroku świadczenia. Ostatecznie więc za zasadną należało uznać decyzję Sądu Okręgowego o oddaleniu wniosków dowodowych pozwanych, zgłoszonych na te okoliczności, choć u jej podstaw legły odmienne argumenty.

Trudno nie dostrzec, że strony w umowie ustaliły ogólną wartość wynagrodzenia spółki (...) na kwotę 301.000zł netto i podobną kwotę wskazuje rzeczoznawca w swej wycenie z dnia 8 marca 2008 roku. (300.466zł netto). Powodowa spółka (...) zapłaciła wykonawcy kwotę 210.700 netto (257.054zł brutto) tytułem powyższego wynagrodzenia, zwrotu której dotyczy prawomocny wyrok. Tymczasem, w swym oświadczeniu o potrąceniu spółka (...) wskazuje jako swoją wierzytelność wartość wykonanych przez siebie robót posadzkarskich, w łącznej kwocie 277.793,50zł, co oznacza, że należy jej się między innymi wynagrodzenie w kwocie zasądzonej wyrokiem na rzecz powoda. Taka sytuacja jest niedopuszczalna. Pozwani w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 299 k.s.h. powołują się na okoliczności, które były już badane w sprawie, której dotyczy tytuł egzekucyjny przeciwko spółce (...).

Nie mają przy tym racji skarżący jakoby strona powodowa nie kwestionowała skuteczności złożonych przez spółkę (...) oświadczeń o potrąceniu, skoro w dniu 16.10.2012 roku wniosła do Sądu Okręgowego w Łodzi pozew przeciwko tejże spółce o ustalenie, że po jej stronie nie istnieje wierzytelność wobec powoda o zapłatę kwoty 277.793,50zł, w którym podała, że posadzka – według opinii biegłego sądowego- na dzień odstąpienia była bezużyteczna i dlatego została przez powoda zdemontowana i zutylizowana.

Reasumując, zdaniem Sądu Apelacyjnego, zarzut pozwanych umorzenia objętej tytułem wykonawczym wierzytelności powoda w łącznej kwocie 277.793,50zł, na skutek potrącenia dokonanego przez spółkę (...), po powstaniu tego tytułu, jako prowadzący do podważenia przynajmniej materialnej orzeczenia wydanego przeciwko w/w spółce, nie mógł być uznany za skuteczny.

W tej sytuacji aktualizują się pozostałe zarzuty apelacji, odnoszące się do pozostałych przesłanek odpowiedzialności z art. 299 k.s.h.

Wśród nich jest zarzut naruszenia przepisów art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. art. 278 i art. 286 k.p.c. Odnosi się on do dokonanej przez Sąd Okręgowy oceny dowodu z opinii biegłej księgowej, polegającej na odmiennym przyjęciu przez Sąd, niż biegła, daty, w jakiej miałyby zostać złożony wniosek o ogłoszenie spółki (...), a co za tym idzie zaistnienia stanu niewyplącalności tejże spółki.

Nie ulega wątpliwości, że dowód z opinii biegłego, jak każdy inny dowód, podlega ocenie sądu przy zastosowaniu art. 233 § 1 k.p.c. - na podstawie właściwych dla jej przedmiotu kryteriów zgodności z zasadami logiki i wiedzy

powszechnej, poziomu wiedzy biegłego, podstaw teoretycznych opinii, a także sposobu motywowania oraz stopnia stanowczości wyrażonych w niej wniosków. Dowód z opinii biegłego jest prawidłowo przeprowadzony wówczas, gdy opinia zawiera uzasadnienie ostatecznych wniosków, sformułowane w sposób przystępny i zrozumiały dla osób nieposiadających wiadomości specjalnych. Ocena dowodu z opinii biegłego sądowego wymaga ustosunkowania się do mocy przekonywającej rozumowania biegłego i logicznej poprawności wyciągniętych przez niego wniosków. Nie można oprzeć ustaleń wyłącznie na podstawie konkluzji opinii biegłego, lecz koniecznym jest sprawdzenie poprawności poszczególnych elementów składających się na trafność wniosków końcowych. Nie należy przy tym zapominać, wnioski biegłego powinny być w zasadzie stanowcze i jednoznaczne. (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt I ACa 372/12, LEX nr 1220678 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 października 2007 r. sygn. V ACa 670/07, LEX nr 446719, Biul.SAKa 2008/1/28)

W przedmiotowej sprawie – wbrew sugestiom skarżących- Sąd Okręgowy dokonał oceny dowodu z opinii biegłej H. W. (2), nie przekraczając ram zakreślonych przepisem art. 233 k.p.c. Uznał ją za rzetelną, obejmującą wszystkie aspekty oceny sytuacji finansowej spółki (...) na przestrzeni lat 2005-2009 i stanowiącą podstawę poczynienia w tym zakresie stosownych ustaleń faktycznych. To na jej podstawie między innymi ustalił, że według stanu na dzień 31 grudnia 2008 roku zobowiązania krótkoterminowe spółki - bez uwzględnienia zobowiązań wobec (...) Polska - wynosiły nieco ponad 250.000 złotych, zaś wartość majątku spółki wynosiła w tej samej dacie 364.000 złotych, stąd aktywa netto, stanowiące różnicę pomiędzy majątkiem a zobowiązaniami wynosiły 114.000 złotych.

Na koniec roku 2008 spółka posiadała zobowiązania wymagalne wobec sześciu podmiotów. Wykaz zobowiązań nie uwzględnia jednak zobowiązania spółki wobec (...) spółki z o.o. z tytułu odstąpienia od umowy z listopada 2005 roku. Ustalając następnie, że w przypadku uwzględnienia, iż zobowiązanie spółki (...) wobec (...) spółki z o.o. istniało i było wymagalne najpóźniej na koniec roku 2008, to suma wymagalnych zobowiązań spółki w tej dacie przekroczyłaby wartość jej majątku i istniałyby już w tej dacie przesłanki do ogłoszenia upadłości spółki, Sąd oparł się na dowodzie z ustnej opinii uzupełniającej biegłej H. W. (2). Tymczasem skarżący odwołują się wyłącznie do opinii pisemnej, kategoryczności wniosków których biegła H. W. (2) w toku składania ustnej opinii już nie podtrzymała.

Prawdą jest, że w pisemnej opinii biegła stwierdziła, że stan określony w art. 11 ust. 2 Prawa upadłościowego ujawnił się w kwietniu 2009 roku, tj. po dacie wyroku zasądzającego zapłatę kwoty 287.154 złotych. Zdaniem biegłej zamknięcie ksiąg rachunkowych za kwiecień 2009 roku powinno odbyć się 20 maja 2009 roku, zaś 14-dniowy termin na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki (...) wypadał na dzień 3 czerwca 2009 roku. Do powyższych wniosków opinii pozwani zgłosili zastrzeżenia, wyrażając konsekwentny pogląd, że stan określony w art. 11 ust. 2 Prawa upadłościowego zaistniał w dniu 28 sierpnia 2009 roku, tj. dniu następującym po dniu wydania orzeczenia przez Sąd Apelacyjny w Łodzi albowiem dopiero z tą datą przesądzone zostało istnienie wierzytelności powoda względem spółki (...). Postawili jednocześnie biegłej między innymi pytanie, czy na dzień 31 grudnia 2008 roku istniały wymagalne i niezrealizowane zobowiązania spółki (...). Biegła w pisemnej, uzupełniającej opinii podtrzymała swoje wcześniejsze wnioski, podając, że na koniec 2008 roku zobowiązania w/w spółki wynosiły 250.335,28zł, jak i to, że stan określony w art. 11 ust. 2 Prawa upadłościowego ujawnił się w kwietniu 2009 roku, po dacie wyroku zasądzającego zapłatę. Wyraźnie dodała, że pomijając zobowiązania wobec (...), pozostałe zobowiązania (...) na dzień 30.04.2009 roku wynosiły 52.629,21zł, natomiast środki pieniężne w kasie i w banku, plus należności wynosiły łącznie 104.587,55zł, co oznacza, że nie byłoby wówczas przesłanek do ogłoszenia upadłości.

Składając na rozprawie w dniu 16 października 2012 roku zeznania, biegła H. W. (2) nie potrafiła jednak wyjaśnić, dlaczego przyjęła datę wyroku Sądu I instancji jako datę wymagalności zobowiązania spółki (...). Przyjęła tak, sądząc, że skoro jest już wyrok Sądu I instancji zobowiązujący do zapłaty, to należy okoliczność tę uwzględnić. Nie potrafiła natomiast ustosunkować się do pytania, jakie byłyby konsekwencje prawne wyroku Sądu II instancji, zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego i oddalającego powództwo. Niemniej jednak biegła stwierdziła, że z przepisów ustawy o rachunkowości wynika, że już w momencie złożenia pozwu, tj. w marcu 2008 roku spółka (...) powinna zaksięgować zobowiązania objęte tym pozwem jako zobowiązanie warunkowe. Dodała nadto, że gdyby uznać, że zobowiązanie spółki (...) wobec (...) spółki z o.o. istniało i było wymagalne na dzień 31 grudnia 2008 roku, to suma wymagalnych

zobowiązań spółki w tej dacie przekroczyłyby wartość jej majątku i istniałyby już w tej dacie przesłanki do ogłoszenia upadłości spółki. Należy zauważyć, że pozwani wniosków biegłej w tym ostatnim zakresie nie zakwestionowali.

Wobec powyższych twierdzeń biegłej i wniosków, Sąd Okręgowy miał pełne podstawy do podważenia jej oceny w zakresie daty wymagalności zobowiązania spółki (...), jak i daty, w jakiej pozwani winni byli złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości spółki. Jak słusznie zauważa, kwestie dotyczące momentu powstania zobowiązania i jego wymagalności są zagadnieniami natury czysto prawnej, zastrzeżonej dla sądu i nie wymagają wiadomości specjalnych. Zresztą, na co zwrócił uwagę sąd meriti, z załączonego do pozwu tytułu wykonawczego wynika, że zobowiązanie wobec spółki (...) istniało i było wymagalne już w dniu 28 kwietnia 2008 roku, a spółka była zobowiązana je spełnić.

Prawidłowość postępowania sądu rozpoznającego niniejszą sprawę potwierdza stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 stycznia 2011 roku, sygn. V CSK 211/11, LEX Nr LEX nr 738136, OSNC-ZD 2011/4/77. Sąd Najwyższy stwierdził bowiem, 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, spłaceniem 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”.

Czynienie więc w apelacji zarzutu ustalenia przez Sąd Okręgowy „samowolnie”, bez zasięgnięcia opinii innych biegłych, iż stan niewypłacalności spółki (...) zaistniał w ostatnim dniu 2008 roku, jest nieuzasadnione. Tym samym chybionym jest zarzut naruszenia przepisów art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 i art. 286 k.p.c.

Sąd Apelacyjny uznaje zatem poczynione przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne za prawidłowe, przyjmując je za własne.

W przytaczanym powyżej wyroku z dnia 19 stycznia 2011 roku, Sąd Najwyższy stwierdził również, że „przy wykładni użytego w art. 299 § 2 k.s.h. określenia "właściwego czasu" na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości nie można pomijać przepisów prawa upadłościowego i naprawczego regulujących obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez członków zarządu spółki oraz określających kiedy uważa się dłużnika za niewypłacalnego i kiedy ogłasza się upadłość osoby prawnej. Odpowiedzialność odszkodowawcza z art. 299 k.s.h. obciąża bowiem członków zarządu spółki za to, że nie złożyli wniosku o upadłość we właściwym czasie, a to kiedy można ogłosić upadłość, a więc to, kiedy taki wniosek będzie skuteczny i powinien być złożony, określają przepisy prawa upadłościowego i naprawczego. Dlatego regulacja zawarta w tych przepisach oraz wykładnia użytych tam pojęć ma znaczenie dla wykładni pojęcia "właściwego czasu" użytego w art. 299 § 2 k.s.h. Jednakże, jak wielokrotnie wskazywał Sąd Najwyższy, 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 o ogłoszenie upadłości w rozumieniu art. 299 § 2 k.s.h. jest czas, gdy wprawdzie 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 (porównaj między innymi wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 1997 r. III CKN 65/97, OSNC 1997/11/181, z dnia 11 października 2000 r. III CKN 252/00 i z dnia 13 marca 2009 r. II CSK 543/08, nie publ.).

Sąd Apelacyjny pragnie w tym miejscu podnieść, że wiele uwagi poświęcono w sprawie zagadnieniu wymagalności zobowiązania spółki (...) względem powodowej spółki (...). Wynika to z dyspozycji art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego, w myśl którego dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Ust. 2 powyższego przepisu stanowi natomiast, że 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.

W wyroku z dnia 9 lutego 2011 roku, sygn. V CSK 188/10, LEX nr 1102881, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że dla odpowiedzialności członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania spółki (art. 299 k.s.h.) ważne jest rozróżnienie powstania oraz wymagalności tych zobowiązań. Dominuje pogląd, że miarodajne jest istnienie zobowiązań, a nie ich wymagalność (zob. m.in. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2002 r., IV CKN 933/00, niepubl., z dnia 8 czerwca 2005 r., V CK 734/04, niepubl., z dnia 7 grudnia 2006 r., III CSK 219/06, niepubl., z dnia 2 lutego 2007 r., IV CSK 370/06, OSNC-ZD 2008, nr 1, poz. 18 i z dnia 31 stycznia 2007 r., III CSK 381/06, niepubl.). Dalej Sąd Najwyższy dodał, że odpowiedzialność z art. 299 k.s.h. uwarunkowana jest prowadzeniem przez członka zarządu spraw spółki w sposób prowadzący do bezskuteczności egzekucji przeciwko niej, przy czym miernikiem oceny postępowania osoby odpowiedzialnej są akty staranności przewidziane przede wszystkim w Prawie upadłościowym i naprawczym, polegające na wykonaniu obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub o wszczęcie postępowania układowego w okolicznościach i w terminie tam przewidzianych. W przepisach tych ma znaczenie zarówno istnienie zobowiązań, jak i ich wymagalność.

W przedmiotowej sprawie słusznie uznaje sąd meriti, że zobowiązanie spółki (...) powstało, wobec odstąpienia w dniu 5 marca 2008 roku przez spółkę (...) od umowy z dnia 17 listopada 2005 roku. Wydany w dniu 27 marca 2009 roku przez Sąd Okręgowy w Łodzi wyrok, zasądający na rzecz powoda kwotę 287.154 zł, nie miał charakteru prawnokształtującego, a jedynie deklaratoryjny, potwierdzający istnienie zobowiązania spółki (...) do zwrotu zapłaconego jej wynagrodzenia za wykonaną wadliwie posadzkę oraz zapłaty kary umownej, które było wymagalne od daty 28 kwietnia 2008 roku, kiedy pozwana spółka popadła w opóźnienie w płatności w/w kwot, nie reagując na wezwanie do zapłaty.

Nie do zaaprobowania jest teza skarżących, że dopiero z dniem wydania przez Sąd Apelacyjny w Łodzi wyroku oddalającego apelację spółki (...) od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 27 marca 2009 roku, tj. z dniem 27 sierpnia 2009 roku powstał stan niewypłacalności w/w spółki, uzasadniający złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, albowiem dopiero od tego momentu roszczenia powoda wobec spółki (...) stały się bezsporne i uprawdopodobnione.

Jak trafnie zauważa powód w odpowiedzi na apelację, takie rozumowanie skutkowało by możliwością odroczenia w czasie momentu powstania stanu niewypłacalności dłużnika samym tylko wdaniem się w spór sądowy z wierzycielami, dochodzącymi swych wymagalnych wierzytelności.

Nie negując prawa dłużnika do kwestionowania żądania wierzyciela, tak co do zasady, jak i co do wysokości, również w ramach sporu sądowego, nie można zgodzić się z argumentem skarżących, że okoliczność ta uprawniała do powstrzymania się ze złożeniem wniosku o upadłość. Pozwani jako członkowie zarządu spółki (...), już na początku roku 2008, doskonale zdawali sobie sprawę, że wielkość roszczenia spółki (...) jest znacząca w porównaniu do zakresu prowadzonej przez spółkę (...) działalności. Znali zarówno wysokość żądania, które odpowiadało wynagrodzeniu wypłaconemu spółce (...) za wykonanie posadzki, jak i sposób wyliczenia kary umownej. Sporna była natomiast kwestia skuteczności dokonanego przez wierzyciela odstąpienia od umowy.

„ O ile co do zasady ,zobowiązania sporne powinny być rozstrzygane w drodze postępowania rozpoznawczego w trybie właściwym dla spornej należności, o tyle nie oznacza to jednak, iż podstawa ogłoszenia upadłości uzasadniająca wszczęcie postępowania upadłościowego istnieje tylko wtedy, gdy dłużnik nie wykonuje swych zobowiązań stwierdzonych prawomocnym orzeczeniem sądowym lub wyrokiem sądu polubownego albo decyzją administracyjną czy też przez siebie uznanych.

Niewypłacalność dłużnika istnieje zawsze, gdy dłużnik nie wykonuje swych wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Sąd zaś w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości władny jest tę okoliczność ustalić nawet wtedy, gdy dłużnik zaprzecza istnieniu tych wierzytelności lub ich wymagalności. Obowiązkiem jednak wierzyciela składającego wniosek o ogłoszenie upadłości jest wtedy wykazać istnienie tych wierzytelności oraz faktu, że są one wymagalne. W tym celu wierzyciel powinien przytoczyć fakty, a także dowody uznające te twierdzenia (zob. art. 24).” (zob. komentarz do art. 11 ustawy –Prawo upadłościowe i naprawcze, Andrzej Jakubecki, Feliks Zedler, LEX 2011)

W przepisie art. 24 w/w ustawy mowa jest tylko o uprawdopodobnieniu przez wierzyciela swej wierzytelności, tj. faktów, z których ona wynika, ale dotyczy to sytuacji, kiedy to wierzyciel, nie zaś członek zarządu spółki z o.o., składa wniosek o ogłoszenie upadłości. Pozwani, chcąc dochować ze swej strony aktów staranności, zwalniających ich od odpowiedzialności przewidzianej w przepisie art. 299 k.s.h., mimo kwestionowania zobowiązania spółki (...) wobec strony powodowej, składając wniosek o ogłoszenie upadłości, poddali go pod merytoryczny osąd ze strony sądu upadłościowego.

Sąd Apelacyjny nie podziela również poglądu skarżących jakoby do porównania wielkości wymagalnych zobowiązań z wartością majątku dłużnika nie powinno się brać pod uwagę zobowiązań warunkowych lub spornych, ujmowanych w bilansie jako rezerwy. Jak wskazała biegła sądowa przepisy ustawy o rachunkowości nakładają na spółkę obowiązek zaksięgowania zobowiązań objętych pozwem jako zobowiązania warunkowe i zarząd spółki (...) winien był to uczynić już w momencie złożenia pozwu do Sądu. Tymczasem poza sporem jest, że wówczas tego nie uczynił, jak również w sprawozdaniu (...) spółki (...) za rok 2008 nie było wzmianki o zobowiązaniach warunkowych, w tym także z tytułu udzielenia gwarancji po wykonaniu robót. Dopiero we wrześniu 2009 roku, a więc po wydaniu wyroku przez Sąd Apelacyjny, spółka wykazała w bilansie rezerwy na zobowiązania wobec spółki (...).

Ponadto z opinii biegłej wynika, że w całym badanym okresie spółki (...), tj. od roku 2005, nie posiadała ona majątku trwałego, ani w postaci rzeczowych środków trwałych, ani majątku finansowego. Jej aktywa wynikały wyłącznie z należności krótkoterminowych oraz środków pieniężnych w kasie i na rachunkach bankowych. Majątek spółki był finansowany w głównej mierze ze środków obcych.

Istotnym wnioskiem biegłej jest, że w całym badanym okresie (od 2005 do 2009 roku) stosunek % zobowiązań do majątku ogółem był bardzo wysoki i wynosił około 70%, pomijając rok 2009, kiedy zobowiązania przekraczały wielokrotnie wartość bilansową aktywów. Zadłużenie spółki przekraczało 10% wartości bilansowej przedsiębiorstwa. Przeciętny okres spłaty zobowiązań w roku 2006 wynosił 132 dni, w 2007 roku – 32 dni, w 2008 roku – 52 dni. Mimo wysokiego stopnia zadłużenia spółki utrzymywała się do końca roku 2008 wartość aktywów netto z uwagi na wysoki stan należności, przy czym biegła stwierdziła nierealne wartości należności od odbiorców z uwagi na niedokonywanie aktualizacji stanu tychże należności. To zaś skutkowało nierealną wartością aktywów spółki, uwzględnianych przy porównaniu wielkości wymagalnych zobowiązań z wartością majątku dłużnika.

Biegła podniosła również, że w roku 2008 zarysowały się niekorzystne zjawiska finansowe, zaś począwszy od stycznia do września 2009 roku gwałtownie obniżyła się sprzedaż usług, wahały się zyski lub straty z działalności gospodarczej, obniżyła się wartość majątku (aktywów). Nie wykazywano w sprawozdaniach finansowych zmian funduszków własnych (kapitał zapasowy, rezerwowy, zyski z lat ubiegłych). Dodała również, że rodzaj i kwoty księgowania wskazywały na wygaszanie działalności gospodarczej spółki (...).

Tezy powyższe uprawniają przyjęcie, iż pozwani, jako zarząd tej spółki, przez cały czas mieli świadomość powyższych zjawisk, doskonale wiedzieli, że wysokość wymagalnych zobowiązań względem spółki (...) w połączeniu z pozostałymi zobowiązaniami krótkoterminowymi prowadzi do całkowitej niewypłacalności spółki (...). Nie ulega bowiem wątpliwości, że na dzień 31 grudnia 2008 roku suma wszystkich wymagalnych i niezapłaconych zobowiązań spółki, w tym i wobec powoda, przekraczała wartość jej majątku.

O czym była mowa już wcześniej, czasem właściwym na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w rozumieniu art. 299 § 2 k.s.h. jest czas, gdy wprawdzie 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, a więc de facto jest bankrutem, a z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Pozwani, znając doskonale sytuację finansową spółki, wygaszając przychody ze sprzedaży, jak i wygaszając w ogóle działalność gospodarczą, wcześniej wykorzystując pełną kwotę zasobów finansowych spółki, tj. kapitał zapasowy i rezerwy oraz zyski z lat ubiegłych, wypłacając na przestrzeni luty- listopad 2008 roku (a więc w okresie kiedy toczył się już spór sądowy z powodem) dywidendę wspólnikom, czyli sobie, w niebagatelnej wysokości 476.000zł, zwlekali ze złożeniem wniosku o upadłość, czekając na prawomocne zakończeniu sporu sądowego, które nastąpiło w okresie gdy spółka (...) nie posiadała już majątku na zaspokojenie swych długów. Jej majątek nie wystarczał wtedy nawet na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego, co skutkowało oddaleniem wniosku o ogłoszenie upadłości. W takiej sytuacji egzekucja należności wynikającej z wyroku wydanego w dniu 27 marca 2009 r. skazana była na niepowodzenie.

Takie zachowanie pozwanych, z pewnością nie może być uznane za dochowanie z ich strony aktów staranności, o jakich mowa w przepisie art. 21 ust. 1 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze.

Właściwy czas do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest przesłanką obiektywną, ustalaną w oparciu o okoliczności faktyczne każdej sprawy. Dla jego określenia nie ma znaczenia subiektywne przekonanie członków zarządu. Przepis art. 299 § 2 k.s.h. przewiduje domniemanie winy członka zarządu w niezgłoszeniu wniosku o upadłość we właściwym czasie ze względu na to, że członkom zarządu powinien być znany na bieżąco stan finansowy spółki, a co za tym idzie możliwości zaspokojenia długów. (zob. wyrok SN z dnia 24 września 2008 r., sygn. II CSK 142/08, LEX nr 470009)

Zdaniem Sądu Apelacyjnego fakt, że pozwani jako członkowie zarządu pozostawali w subiektywnym przekonaniu o niezasadności roszczenia spółki (...), wynikającego z odstąpienia od umowy nie uprawniał ich do zwlekania ze złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości aż do czasu prawomocnego zakończenia postępowania. O czym była mowa wcześniej, już w roku 2008 występował stan niewypłacalności spółki, który obligował ich do złożenia takiego wniosku i poddania go merytorycznej ocenie przez sąd upadłościowy.

Kwestionując powyższą ocenę, skarżący stale odwołują się do wniosków zawartych w pisemnej opinii biegłej, które nie uwzględniają jednak faktu, że w roku 2008 także zobowiązanie wobec powodowej spółki (...) było wymagalne. Nie jest więc prawdą, że w roku tym spółka (...) regulowała swoje wymagalne zobowiązania. Nie sposób nie dostrzec, że pozwani w toku procesu nigdy nie odnieśli się do zagadnienia wymagalności powyższego zobowiązania, a jedynie operowali pojęciami „ bezsporne, uprawdopodobnione najwcześniej...”

Słusznie zatem uznał Sąd Okręgowy, że wniosek o ogłoszenie upadłości powinien być zgłoszony najpóźniej w dniu 31 grudnia 2008 roku. Bezzasadnym jest w tej sytuacji zarzut naruszenia przepisów art. 299 § 2 k.s.h. w zw. z art. 11 ust. 1 i art. 21 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze.

Jedynie na marginesie wypada zauważyć, że i w dacie wydania przez Sąd Okręgowy w Łodzi nieprawomocnego wyroku z dnia 27 marca 2009 roku, uznającego skuteczność dokonanego odstąpienia od umowy i zasadność roszczenia powoda, pozwani jako członkowie zarządu mieli świadomość, że łączna suma zobowiązań spółki (...) znacznie przekracza wartość jej majątku, prowadząc do całkowitej niewypłacalności spółki. Pomimo tego i w tym momencie nie złożyli wniosku o ogłoszenie upadłości.

Błędnie wywodzą skarżący jakoby część żądania powoda dotycząca kosztów zasądzonych wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Łodzi, jak i kosztów postępowania egzekucyjnego była niezasadna z uwagi na ich powstanie nie dawniej niż w ciągu 14 dni od dnia złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości. Nie może budzić żadnych wątpliwości, że odpowiedzialność członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 299 k.s.h. obejmuje zasądzone w tytule wykonawczym, wydanym przeciwko spółce, koszty procesu, koszty postępowania egzekucyjnego umorzonego z powodu bezskuteczności egzekucji i odsetki

ustawowe od należności głównej. (zob. uchwała SN z dnia 7 grudnia 2006 roku, sygn. III CZP 118/06, OSNC 2007/9/136, Prok.i Pr.-wkł. 2008/4/45, Biul.SN 2006)

W uzasadnieniu do powyższej uchwały stwierdzono, że „w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 października 1998 r., III CKN 650/97 (OSNC 1999, nr 3, poz. 64) Sąd Najwyższy podkreślił, że wyjątek od nieodpowiedzialności członków zarządu w wypadkach zobowiązań powstałych po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości należy uczynić tylko co do tych spośród nich, które są ściśle związane z długiem istniejącym wcześniej, jak zobowiązania o zapłatę odsetek. Stwierdził też, że zgłoszenie wniosku o upadłość dokonane po wyzbyciu się majątku spółki nie zwalnia członków zarządu od odpowiedzialności przewidzianej w art. 298 § 1 k.h. także za odsetki należne od spółki. Przedstawione wypowiedzi Sądu Najwyższego znalazły akceptację w doktrynie.

Analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego nie prowadzi natomiast do jednoznacznego wniosku, czy art. 299 k.s.h. obejmuje roszczenia dotyczące kosztów procesu i postępowania egzekucyjnego. W uzasadnieniu wyroku z dnia 14 lutego 2003 r., IV CKN 1779/00 (OSNC 2004, nr 5, poz. 76) Sąd Najwyższy wskazał, że w odniesieniu do wierzytelności, które powstały już po zgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości, odpowiedzialność członków zarządu jest w zasadzie wyłączona, a w uchwale z dnia 25 listopada 2003 r., III CZP 75/03 (OSNC 2005, nr 1, poz. 3) stwierdził, iż odpowiedzialność członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przewidziana w art. 299 § 1 k.s.h. obejmuje także jej zobowiązania powstałe dopiero po spełnieniu się przesłanek do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości.”

Sąd Najwyższy podkreślił, że koszty procesu mają charakter akcesoryjny w stosunku do roszczenia stanowiącego przedmiot sprawy, co wyklucza możliwość ich dochodzenia w jakimkolwiek postępowaniu poza tym, w którym te koszty powstały. Sąd Najwyższy odwołał się do językowej wykładni art. 299 § 1 k.s.h. pozwalającej na prawidłowe rozumienie jego sensu i dającej podstawę do stwierdzenia, że odpowiedzialność członków zarządu spółki przewidziana w tym przepisie obejmuje także zobowiązania spółki powstałe dopiero po spełnieniu się przesłanek do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a więc i po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości. Gdyby bowiem wolą ustawodawcy było zawężenie zakresu tej odpowiedzialności tylko do zobowiązań istniejących w chwili spełnienia się przesłanek do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, to dałby temu wyraz przez zawężenie ujętego tak szeroko w art. 299 § 1 k.s.h. zakresu odpowiedzialności. Tymczasem ustawodawca nie tylko tego nie uczynił, a wręcz przeciwnie, w sposób wyraźny przez użycie zwrotu "może się uwolnić od odpowiedzialności, o której mowa w § 1" nawiązał do pełnego zakresu odpowiedzialności określonego w tym przepisie.

Stąd też Sąd Najwyższy ostatecznie przyjął, że odpowiedzialność członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 299 k.s.h. obejmuje zasądzone w tytule wykonawczym, wydanym przeciwko spółce, koszty procesu, koszty postępowania egzekucyjnego umorzonego z powodu bezskuteczności egzekucji i odsetki ustawowe od należności głównej.

Za całkowicie bezzasadny uznał Sąd II instancji także i zarzut naruszenia przepisu art. 299 § 2 k.s.h. w zakresie odnoszącym się do szkody.

Ostatnią z przesłanek spośród wymienionych w tym przepisie jest wykazanie przez członka zarządu, że wierzyciel spółki z o.o. nie poniósł szkody pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcia postępowania układowego. To na nim spoczywa - zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 k.c.- obowiązek wykazania wzajemnego związku pomiędzy zaniechaniem członka zarządu spółki z o.o., a oceną skutków takiego zaniechania w postaci poniesienia bądź nieponiesienia szkody przez wierzyciela tej spółki. Zgodnie z art. 299 § 2 k.s.h. członek zarządu nie ponosi odpowiedzialności przewidzianej w art. 299 § 1 k.s.h., jeśli wierzyciel i tak nie uzyskałby w żadnym stopniu zaspokojenia, nawet wtedy, gdyby którykolwiek z członków zarządu złożył wniosek o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie.

Nie jest prawdą, że w wyniku zaniechania przez pozwanych zgłoszenia wniosku o upadłość we właściwym czasie, nie doszło do obniżenia potencjału majątkowego spółki (...). Po pierwsze odwoływanie się w tym zakresie do wniosków biegłej nie jest uprawnione skoro biegła – odmiennie niż przyjął to Sąd - ustaliła jako właściwy czas na złożenie

wniosku o ogłoszenie upadłości dzień 3 czerwca 2009 roku. Po drugie Sąd Okręgowy uznał, że zobowiązanie wobec spółki (...) istniało i było wymagalne już w dniu 28 kwietnia 2008 roku i już wówczas spółka (...) winna je spełnić. Niewypłacalność dłużnika istnieje zawsze, gdy nie wykonuje on swych wymagalnych zobowiązań pieniężnych, a stan ten w przedmiotowej sprawie istniał już w roku 2008, czego pozwani mieli pełną świadomość, zaś wniosek o ogłoszenie upadłości powinien być zgłoszony najpóźniej w dniu 31 grudnia 2008 roku. Tymczasem - jak wykazało postępowanie dowodowe - pozwani, tak poprowadzili sprawy finansowe, że swoimi działaniami doprowadzili do faktycznej likwidacji spółki, co nastąpiło ze szkodą dla wierzyciela jakim jest powód.

Z opinii biegłej wynika, że choć wypłaty dywidend w wysokości 476.000 zł, dokonane w okresie od lutego do listopada 2008 roku, nie powodowały trudności w regulowaniu bieżących zobowiązań spółki (...), to jednak w znaczący sposób obniżyły potencjał majątkowy spółki, doprowadzając ją w ostatecznym rozrachunku do bankructwa i niemożności zaspokojenia wierzytelności powodowej spółki. Poza sporem jest, że gdyby fundusze zapasowy i rezerwy oraz zyski z lat ubiegłych pozostały w dyspozycji spółki istniałaby możliwość pełnego zaspokojenia wierzytelności powoda oraz opłacenia kosztów postępowania upadłościowego. Nie poniósłby on wówczas szkody. Choć pozwani podnosili w toku procesu, że o wypłacie dywidendy decyduje zgromadzenie wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, a zarząd jedynie realizuje uchwały podejmowane w tej mierze, to nie może umknąć uwadze fakt, że jedynymi (...) spółki (...) są właśnie pozwani, będący jednocześnie jedynymi członkami zarządu spółki. W istocie więc to pozwani mieli decydujący wpływ na losy tej spółki, możliwość zabezpieczenia interesów jej wierzycieli, w tym powoda, w maksymalny, możliwy sposób, co pozwalałoby na zaspokojenie ich wierzytelności. Tymczasem ich postawa, nosząca znamiona świadomego i celowego działania, pozbawiła całkowicie możliwości zaspokojenia powoda, wyrządzając mu tym samym szkodę, naprawienia której domaga się w niniejszym procesie.

Zawarte w uzasadnieniu apelacji twierdzenia skarżących jakoby ewentualna ich odpowiedzialność mogła ograniczać się wyłącznie do różnicy pomiędzy wartością zobowiązań spółki (...) a wartością jej spółki na dzień 31 grudnia 2008 roku, z uwzględnieniem kosztów i czasu trwania postępowania upadłościowego, istnienia wierzycieli uprzywilejowanych (pracownicy spółki, Skarb Państwa, wierzyciele zabezpieczeniu zastawami, przywłaszczeniami, itp.) są zbytnim uproszczeniem a nadto mają walor jedynie hipotetyczny. Pozwani nie wykazali, by tacy wierzyciele w ogóle istnieli (np. z opinii biegłej wynika, że w roku 2008 spółka (...) nie zatrudniała żadnego pracownika).

Odpowiedzialność członków zarządu z art. 299 § 1 k.s.h. stanowi sankcję za prowadzenie spraw spółki w sposób prowadzący do bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce i właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie.

Reasumując, Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że powód wykazał przesłanki odpowiedzialności pozwanych, wynikające z przepisu art. 299 § 1 k.s.h. , tj. istnienie zobowiązania spółki (...) oraz bezskuteczność egzekucji do jej majątku, jak i okoliczność pełnienia przez pozwanych funkcji członków zarządu w/w spółki zarówno w okresie powstania, jak i wymagalności zobowiązania spółki objętego tytułem egzekucyjnym. Pozwani natomiast nie wykazali istnienia żadnej z trzech przesłanek egzonerycyjnych, przewidzianych w przepisie art. 299 § 2 k.s.h.

Także i ostatni z zarzutów dotyczący rozstrzygnięcia o kosztach zastępstwa prawnego na rzecz strony powodowej nie zasługuje na uwzględnienie. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko sądu meriti, że zastosowanie dwukrotnej stawki minimalnej wynagrodzenia radcowskiego wynikało zarówno z charakteru sprawy, które co do zasady nie należą do łatwych, jak i nakładu pracy pełnomocnika, związanego nie tylko ze sporządzaniem pism procesowych, ale także z koniecznością kilkukrotnego dojazdu do Sądu w Łodzi z Wrocławia, gdzie znajduje się siedziba Kancelarii Prawnej pełnomocnika powoda.

Podkreślenia wymaga przy tym, że skarżący, kwestionując zastosowanie dwukrotności stawki minimalnej wynagrodzenia radcy prawnego powoda, jednocześnie w swej apelacji wnioskuje o zastosowanie takiej samej stawki na swoją rzecz i to nie tylko za postępowanie przez Sądem Okręgowym, ale i przed Sądem Apelacyjnym.

W tym staniem rzeczy, uznając apelację pozwanych za bezzasadną, należało ją oddalić, na mocy art. 385 k.p.c.

O kosztach za postępowanie odwoławcze orzeczono w myśl art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz na podstawie §12 ust.1 pkt.2) w zw. z §6 pkt.7) Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.)