

Sygn akt I AGa 30/18

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Poznań, 9 kwietnia 2018 r.

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny**

w składzie:

Przewodniczący: SSA Ryszard Marchwicki( spr.)

Sędziowie : SSA Jan Futro

SSO Marcin Radwan

Protokolant – st. sekr. sąd. Agnieszka Paulus

po rozpoznaniu w dniu 28 marca 2018 r. w Poznaniu na rozprawie

sprawy z powództwa: **(...) SA w P.**

przeciwko: **P. P. (1), P. H. (1), T. M.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanych P. P. (1) i P. H. (1) oraz apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 23 listopada 2016 r

sygn. akt IX GC 942/14

I. Zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. powództwo oddala ;
2. kosztami postępowania obciąża powoda i z tego tytułu zasądza od powoda na rzecz :
  - a) pozwanego P. P. (1) 10.405,01 zł ;
  - b) pozwanego P. H. (1) 7.215 zł ;

II. oddala apelację powoda ;

III. tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zasądza od powoda na rzecz:

1. pozwanego P. P. (1) 8.760 zł ;
2. pozwanego P. H. (1) 8.760 zł

Jan Futro Ryszard Marchwicki Marcin Radwan

Sygn. akt I AGa 30/18

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 29 sierpnia 2014 r. powód – (...) spółka akcyjna w P. domagał się zasądzenia na swoją rzecz solidarnie od pozwanych – P. P. (1), P. H. (1) i T. M. kwoty 230.018,90 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 9 sierpnia 2014 r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu.

Pozwany ad. 1 – P. P. (1) złożył odpowiedź na pozew, w której wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na jego rzecz zwrotu kosztów procesu wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany ad. 2 – P. H. (1) złożył odpowiedź na pozew, w której wniósł o oddalenie powództwa oraz zwrot kosztów procesu.

Pozwany ad. 3 – T. M., wskazał w niej, że w chwili kiedy pełnił funkcję prezesa zarządu (...) sp. z o.o. powód był jedynym wierzycielem spółki i dlatego nie zachodziła podstawa do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Ponadto podniósł, że mimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcia postępowania układowego powód nie poniósł szkody. Podał, że w chwili kiedy objął funkcję prezesa zarządu dłużnej spółki nie prowadziła ona działalności gospodarczej, nie posiadała żadnego trwałego majątku, ani środków. Zaznaczył, że spółka nie posiadała nawet środków pozwalających na opłacenie opłaty sądowej od przedmiotowego wniosku. Dalej podał, że nawet gdyby taki wniosek został złożony to podlegałby oddaleniu z uwagi na brak wystarczających środków na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego. Podkreślił również, że nawet gdyby doszło do wszczęcia postępowania upadłościowego to powód i tak nie uzyskałby zaspokojenia, z uwagi na brak majątku dłużnej spółki.

Wyrokiem z dnia 23 listopada 2016 r Sąd Okręgowy w Poznaniu :

I. zasądził od pozwanych: P. P. (1), P. H. (1) i T. M. solidarnie na rzecz powoda (...) SA w P. kwotę: 94.351,62 zł ( dziewięćdziesiąt cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt jeden złotych 62/100) wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty: 88.000 zł od dnia 12.09.2013 roku do dnia 31.12.2015 roku i z dalszymi ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1.01.2016 roku do dnia zapłaty;

II. oddalił powództwo w pozostałej części;

III. kosztami postępowania obciążył powoda w 59%, a pozwanych w 41% i z tego tytułu zasądził od powoda na rzecz:

a) pozwanego P. P. (1) kwotę: 1633,56 zł;

b) pozwanego P. H. (2) kwotę: 1089,04 zł.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia i wnioski Sądu I Instancji:

Pozwani kolejno pełnili funkcje członków zarządu spółki „(...) sp. z o.o. z siedzibą w S. (dalej także jako „spółka” lub „dłużna spółka”), wcześniej funkcjonującej pod firmą (...) i wspólnicy” z o.o. w S.. Od chwili powstania spółki tj. od dnia 7 maja 2012 r. do 18 lipca 2013 r. funkcję prezesa zarządu dłużnej spółki pełnił pozwany ad. 1 – P. P. (1), następnie od dnia 18 lipca 2013 r. do 26 września 2013 r. funkcję tę pełnił pozwany ad. 2 – P. H. (1), zaś od dnia 26 września 2013 r. funkcję prezesa zarządu pełnił pozwany ad. 3 – T. M..

W dniu 1 sierpnia 2012 r. (...) sp. z o.o. w S. zawarła z powodem – (...) S.A. w P. umowę dzierżawy nieruchomości zabudowanej, składającej się z działki o numerze (...) o łącznej powierzchni 7076 m<sup>2</sup>, położonej w S. przy ul. (...).

Wysokość czynszu strony umowy ustaliły na kwotę 50.000 zł netto miesięcznie. Czynsz dzierżawy płatny miał być do ostatniego dnia każdego miesiąca kalendarzowego na podstawie faktury VAT, wystawionej przez powoda, na rachunek bankowy wskazany przez powoda na fakturze.

W celu zabezpieczenia roszczeń powstałych na mocy powyższej umowy (...) sp. z o.o. wystawiła w dniu 1 sierpnia 2012 r. i przekazała powodowi wesel in blanco, który zgodnie z wypełnioną deklaracją wekslową powód wypełnić mógł na

łącną kwotę wymagalnego zadłużenia spółki z tytułu opłat czynszowych, eksploatacyjnych, podatkowych i innych, których brak zapłaty mógłby powodować powstanie szkody u powoda, istniejącego w dniu wypełnienia weksła, na sumę nie wyższą niż 200.000 zł.

W dniu 18 marca 2013 r. powód zawarł z (...) sp. z o.o. umowę sprzedaży, na mocy której zbył na rzecz tego ostatniego nieruchomość opisaną wyżej, a stanowiącej przedmiot dzierżawy umowy z dnia 1 sierpnia 2012 r.

Następnie, w dniu 19 marca 2013 r. (...) sp. z o.o. wydzierżawiła powodowi wyżej opisaną nieruchomość, z prawem do dzierżawy na rzecz dłużnej spółki.

Pismem z dnia 6 maja 2013 r. powód poinformował spółkę o zbyciu nieruchomości stanowiącej przedmiot dzierżawy oraz o zawarciu umowy dzierżawy z nabywcą przedmiotowej nieruchomości, która umożliwiała stronom współpracę na dotychczasowych zasadach.

Ponadto pismem datowanym na dzień 9 lipca 2013 r. (...) sp. z o.o. zawiadomił powoda o zawartych z powodem umowach sprzedaży i dzierżawy. Jednocześnie informując, że wszelkie należności wynikające z zawartej pomiędzy spółką a powodem umowy dzierżawy winien on w dalszym ciągu regulować na rzecz powoda.

W lutym 2013 r. dłużna spółka zaprzestała regulowania na rzecz powoda należności z tytułu czynszu dzierżawnego, nieuregulowane zostały m. in. następujące faktury VAT: nr (...) na kwotę 61.500 zł, nr (...) (...) na kwotę 35.579,40 zł, nr (...) (...) na kwotę 66.648,37 zł, nr(...) (...) na kwotę 66.648,37 zł.

Z uwagi na brak zapłaty, mimo kierowanych wezwań, powód wypełnił wstawiony przez spółkę weksel na kwotę 200.000 zł, z terminem płatności na dzień 5 września 2013 r. i wezwał (...) sp. z o.o. do jego wykupu. W związku z tym, że spółka nie wykupiła weksła w terminie powód wytoczył przeciwko niej powództwo o zapłatę. W efekcie powyższego, w dniu 16 września 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie XXVI Wydział Gospodarczy wydał w sprawie o sygn. akt XXVI GNc 919/13 nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym z weksła, którym nakazał spółce aby zapłaciła powodowi kwotę 200.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 12 września 2013 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 6.117 zł tytułem kosztów procesu. Postanowieniem tego Sądu z dnia 14 grudnia 2013 r. nadano powyższemu nakazowi zapłaty klauzulę wykonalności, a ponadto Sąd zasądził od spółki na rzecz powoda kwotę 66 zł tytułem kosztów postępowania klauzulowego.

W oparciu o powyższy tytuł wykonawczy powód złożył do Komornika Sądowego przy Sądzie (...) – (...) w (...) A. G. (1) wniosek o wszczęcie postępowania egzekucyjnego.

Postępowanie to powód skierował do rachunków bankowych, wierzytelności, wszelkich ruchomości, w szczególności znajdujących się w siedzibie spółki, wszelkich innych praw majątkowych.

Postanowieniem z dnia 23 lipca 2014 r. Komornik Sądowy przy Sądzie (...) w (...) A. G. (1) umorzył postępowanie egzekucyjne wobec stwierdzenia bezskuteczności egzekucji i ustalił koszty postępowania egzekucyjnego na kwotę 168,42 zł. Koszty te w całości poniósł powód.

Pismami z dnia 8 sierpnia 2014 r. powód wezwał każdego z pozwanych do zapłaty kwoty 230.018,90 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 8 sierpnia 2014 r. do dnia zapłaty, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania.

Przedmiotowe wezwanie zostało doręczone pozwanemu ad. 1 – P. P. (1) w dniu 11 sierpnia 2014 r., pozwanemu ad. 2 – P. H. (1) w dniu 18 sierpnia 2014 r. Wezwanie skierowane do pozwanego ad. 3 – T. M. zostało zwrócone powodowi po podwójnym awizowaniu.

Z bilansu dłużnej spółki sporządzonym na dzień 31 grudnia 2012 r. wynika, iż w dniu tym wartość zobowiązań (...) sp. z o.o. wynosiła 1.702.310,99 zł i była wyższa od wartości majątku o 668.787,68 zł. Najpóźniej w dniu tym zaistniały przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

P. P. (1), który pełnił w tym okresie funkcję prezesa zarządu najpóźniej w dniu 21 stycznia 2013 r. powinien powziąć wiedzę o zaistnieniu podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Pozwany ad. 1 takiego nigdy nie złożył, także kolejni prezesi zarządu nigdy nie złożyli wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnej spółki.

Gdyby pozwany ad. 1 złożył wniosek o ogłoszenie upadłości dłużnej spółki we właściwym terminie, czyli do dnia 4 lutego 2013 r., powód w postępowaniu upadłościowym uzyskałby zaspokojenie swojej wierzytelności w 44%.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał roszczenie powoda znajdujące swoją podstawę prawną w art. 299 ksh za częściowo uzasadnione.

Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 299 § 2 k.s.h., członek zarządu może się uwolnić od odpowiedzialności, o której mowa w § 1 tego artykułu, jeżeli wykaże, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe, albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z jego winy, albo że pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcia postępowania układowego wierzyciel nie poniósł szkody.

A zatem członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może uwolnić się od odpowiedzialności w trzech sytuacjach: gdy wykaże, że we właściwym czasie zgłosił wniosek o upadłość lub wszczęto postępowanie układowe, gdy nie doszło do zgłoszenia wniosku o upadłość oraz nie wszczęto postępowania układowego, ale nastąpiło to nie z jego winy i gdy nawet nie zgłoszono wniosku o upadłość lub nie wszczęto postępowania układowego, a wierzyciel nie poniósł szkody. Ciężar dowodu w tych przypadkach spoczywa na osobie pozwanej. Z konstrukcji okoliczności zwalniających od odpowiedzialności wynika, że ratio legis art. 299 § 1 k.s.h. jest ponoszenie odpowiedzialności za zobowiązania spółki przez tych członków zarządu, za urzędowania których zaistniały przyczyny uzasadniające zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania układowego, a którzy nie zgłoszili odpowiedniego wniosku. (tak: A. Kidyba w: Kodeks spółek handlowych. Komentarz, publ. LEX 2007).

Dalej sąd wskazał, że pozwani podnieśli dwie grupy zarzutów: pierwszą – związaną ze skutecznością egzekucji prowadzonej wobec spółki i drugą – związaną brakiem szkody powoda mimo niezgłoszenia w odpowiednim czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki.

Co do pierwszej grupy zarzutów to Sąd Okręgowy uznał je za bezzasadne.

Powód wykazał bowiem, że prowadził egzekucję, która jednak okazała bezskuteczna. Zauważyć trzeba, że w chwili kiedy powód złożył wniosek o wszczęcie postępowania egzekucyjnego i uzyskał tytuł wykonawczy spółka nie prowadziła działalności w swojej siedzibie, a ponadto nie posiadała już żadnego majątku. Powyższe okoliczności zostały m. in. przyznane przez pozwanego ad. 3, który w odpowiedzi na pozew potwierdził, że od kiedy zaczął pełnić funkcję prezesa zarządu „spółka istniała wyłącznie na papierze”. Co więcej zaprzestanie prowadzenia działalności przez spółkę wynika również z pisma Naczelnika (...) w P. z dnia 20 czerwca 2014 r. (...), który poinformował komornika sądowego prowadzącego egzekucję, że dłużna spółka nie figuruje jako strona czynności cywilnoprawnych. Bezskuteczność egzekucji wynikała z dokumentów urzędowych – postanowień komornika o umorzeniu postępowania egzekucyjnego na podstawie art. 824 § 1 pkt 3 k.p.c. Są to dokumenty urzędowe, korzystające z domniemania prawdziwości zawartych w nich treści (art. 244 § 1 k.p.c.). Na podstawie art. 252 k.p.c. to pozwani zobowiązani byli udowodnić, że egzekucja z majątku spółki nie byłaby bezskuteczna.

Pozwani zdaniem sądu powyższej kwestii w żaden sposób nie wykazali, powoływali oni jedynie okoliczności, iż spółka posiadała środki w gotówce na pokrycie zobowiązań, czemu nie sposób dać wiary, świadkowie bowiem odnosili się do okresu w którym spółka funkcjonowała i kiedy zobowiązania powoda powstały, nie zaś do chwili w której powód mógł prowadzić egzekucję. Zauważyć trzeba, że spółka nie odbierała korespondencji, nie posiadała siedziby zatem brak jest podstawy by stwierdzić, iż egzekucja z tych środków mogła być przeprowadzona. Sąd wskazał również, że w okresie kiedy spółka (jak twierdzą pozwani) posiadała jeszcze gotówkę oraz zobowiązanie istniało, to zarząd tej spółki świadomie podjął decyzję o tym, aby tego właśnie zobowiązania nie regulować.

Druga grupa zarzutów pozwanych koncentrowała się na twierdzeniu, że w stanie faktycznym sprawy brak było podstaw do ogłoszenia upadłości spółki oraz, że pomimo niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości powód nie doznał szkody, albowiem upadłość nie zostałaby ogłoszona, gdyż powód był jedynym wierzycielem spółki, a nawet gdyby doszło do ogłoszenia upadłości to powód nie uzyskałby zaspokojenia w toku prowadzonego postępowania upadłościowego.

Zdaniem sądu przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, że najpóźniej w dniu 31 grudnia 2012 r. zaistniały przesłanki do ogłoszenia odpowiedzialności, albowiem w dniu tym zobowiązania spółki przekraczały posiadany przez nią majątek. Powyższe wynika ze sporządzonej przez biegłego opinii, którą podtrzymał on w złożonych na rozprawie wyjaśnieniach. Biegły podkreślił co prawda, iż zaferowane mu w sprawie dokumenty są niekompletne, jednakże pozwoliły na wywiedzenie wniosków istotnych dla stanu faktycznego sprawy. Zaznaczenia wymaga, że to na pozwanych spoczywał obowiązek udowodnienia przedmiotowej kwestii i zaferowania biegłemu niezbędnych dokumentów. Podkreślić przy tym trzeba, że nie sposób zgodzić się z twierdzeniami pozwanego ad. 1, że przedmiotowej sprawy nie należało oceniać przez pryzmat art. 11 pkt 2 ust. prawo upadłościowe i naprawcze, z uwagi na jego znowelizowanie i uchylenie, albowiem w stanie kiedy zaistniały przesłanki do ogłoszenia upadłości przepisy te obowiązywały. O braku podstaw do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości nie przesądzały podnoszone przez pozwanych okoliczności w przedmiocie posiadania przez spółkę zapewnień co do finansowania działalności, albowiem nie zmieniały one faktu, iż zobowiązania spółki były większe od posiadanego przez nią majątku, zatem winna ona taki wniosek złożyć.

Nie ulegała również wątpliwości w ocenie Sądu Okręgowego solidarna odpowiedzialność wszystkich pozwanych. Jak zostało już zaznaczone podstawy od zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości wystąpiły na dzień 31 grudnia 2012 r., zatem w chwili kiedy funkcję członka zarządu spółki pełnił pozwany ad. 1 P. P. (1). Wierzytelność powoda powstała i była wymagalna w okresie od marca 2013 r., kiedy to pozwany ad. 1 nadal pełnił tę funkcję. Pozostali zaś pozwani pełnili funkcję członków zarządu w dalszych późniejszych okresach, a zatem już w chwili objęcia funkcji winni zapoznać się ze stanem finansowym spółki i najpóźniej w terminie 14 dni zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości spółki, czego nie zrobili. Zatem solidarnie z pozwanym ad. 1 i spółką odpowiadają za zobowiązanie wobec powoda.

Co do zarzutu, że powód był jedynym wierzycielem spółki Sąd I Instancji wskazał, że w toku postępowania dowodowego wynikło, że spółka posiadała również innego wierzyciela, którym był (...) spółka jawna, który udzielił jej pożyczki, która co było bezsporne nie została zwrócona.

Również niezasadny w ocenie Sądu Okręgowego okazał się zarzut braku wystąpienia szkody u powoda mimo nie zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w ustawowym terminie. Ze sporządzonej przez biegłego opinii wynika, że prezes zarządu dłużnej spółki najpóźniej do dnia 21 stycznia 2013 r. winien uzyskać informację co do stanu finansowego spółki, zatem do dnia 4 lutego 2013 r. powinien złożyć przedmiotowy wniosek. Bezspornym zaś było, że takiego wniosku nigdy nie złożył. Biegły ustalił, że w ewentualnym postępowaniu upadłościowym, powód uzyskałby zaspokojenie w 44%.

W konsekwencji z dochodzonej kwoty 200.000 zł tytułem należności głównej, Sąd uwzględnił roszczenie w 44%, czyli co do kwoty 88.000 zł. Ponadto w ocenie Sądu żądanie pozwu było zasadne także w zakresie dochodzonych przez powoda kosztów procesu i postępowania egzekucyjnego tj. łącznie z tego tytułu kwoty 6.351,62 zł, albowiem koszty te nie powstałyby gdyby wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony w wymaganym terminie.

Mając powyższe na uwadze, Sąd w punkcie I wyroku zasądził solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwotę 94.351,62 zł.

Apelację od powyższego wyroku złożyli powód oraz pozwani P. P. (1) i P. H. (1).

Powód zaskarżył wyrok w części co do punktu 2 wyroku w zakresie, w którym Sąd nie zasądził na rzecz powódki solidarnie od pozwanych kwoty 13 365,50 zł oraz w zakresie punktu 3 wyroku, zarzucając mu:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, to jest:

- art. 233 § 1 k.p.c. przez wyprowadzenie z materiału dowodowego, to jest opinii biegłego sądowego S. Ś. wniosków z niego niewynikających, a nadto sprzecznych z zasadami logicznego rozumowania i doświadczeniem życiowym i pominięcie, że biegły w sporządzonej opinii wskazując współczynnik 44% zgłoszonej wierzytelności, którą powódka uzyskiwała jako częściowe zaspokojenie swoich wierzytelności w postępowaniu upadłościowym wyliczył ten współczynnik na podstawie faktur wystawionych przez powódkę (o numerach (...), (...), (...), (...)), które opiewały na łączną kwotę 230 376.14 zł. a nie na kwotę główną dochodzoną pozwem, wynikającą z weksla {200 000,00 zł}, a w konsekwencji błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, że powódka w postępowaniu upadłościowym uzyskiwała zaspokojenie jedynie w kwocie 88 000,00 zł, chociaż rzeczywistą kwotą możliwą do uzyskania dla powódki w postępowaniu upadłościowym - przy wskazanym przez biegłego współczynniku 44 % - byłaby kwota 101 365.50 zł:

2. naruszenie art. 98 k.p.c. oraz art. 100 zdanie pierwsze k.p.c. w zw. z art. 102 k.p.c. poprzez stosunkowe rozdzielanie kosztów procesu w sytuacji, gdy Sąd uznał odpowiedzialność pozwanych co do zasady, a powódka nie miała żadnej możliwości przewidzenia na etapie wniesienia pozwu w jakim zakresie biegły ograniczy wysokość szkody powódki oraz brak zastosowania przez Sąd zasad słuszności i obciążenie powódki kosztami procesu w znacznym zakresie.

Wskazując na powyższe zarzuty, powód wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i zasądzenie od P. P. (1), P. H. (1) i T. M. solidarnie na rzecz (...) S.A. z siedzibą w P. również kwoty 13 365,50 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 12 września 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i z dalszymi ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

2. zasądzenie od P. P. (1), P. H. (1) i T. M. solidarnie na rzecz (...) S.A. kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych

Pozwany P. P. (1) zaskarżył wyrok w części, tj. w zakresie punktu I i III tj. w części zasądzającej od pozwanych solidarnie na rzecz powódki kwotę 94.351,62 złotych wraz z odsetkami ustawowymi od kwoty 88.000,00 zł od dnia 12 września 2013 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku i z dalszymi ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty oraz w części zasądzającej pozwanych kosztami postępowania w 41%.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił :

I. naruszenie przepisów postępowania, które miały wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

1) art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, brak wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego oraz dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, przez:

a) uznanie za częściowo niewiarygodne zeznań świadka I. W., i zeznań świadka M. M. (1) i jednocześnie niewskazanie z jakich przyczyn i w jakim zakresie zeznania te zostały uznane za niewiarygodne, a także uznanie, że zeznania tych świadków nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż dotyczą sytuacji spółki przed uzyskaniem tytułu wykonawczego przeciwko dłużnej spółce (dnia 14 grudnia 2013 roku), podczas gdy całe postępowanie dotyczy stanu faktycznego przed uzyskaniem tytułu wykonawczego przeciwko dłużnej spółce, te okoliczności były bowiem sporne w toku postępowania i w konsekwencji pominięcie tych zeznań w ustaleniu stanu faktycznego i przyjęcie, że spółka była w złej kondycji finansowej oraz że posiadała więcej wierzycieli aniżeli powódkę oraz uznanie, że spółka (...) sp. j. udzieliła pożyczki zwrotnej spółce (...) sp. z o.o., pomimo że świadkowie ci zeznali przeciwnie,

b) błędną ocenę wyjaśnień pozwanego, tj. mimo uznania za wiarygodne jego zeznań wybiórcze ich potraktowanie, i w konsekwencji uznanie, że spółka (...) spółka jawna była wierzycielem spółki (...) sp. z o.o. (później (...) sp. z o.o.), uznanie, że spółka była niewypłacalna oraz że wyjaśnienia te są nieistotne, gdyż odnoszą się do sytuacji przed uzyskaniem tytułu wykonawczego przez powódkę, mimo że z wyjaśnień tych wynika, że spółka ta miała na celu udzielić inwestycji spółce, w której zachodziła tożsamość podmiotowa w zakresie osób będących właścicielami spółek, a także

że spółka ta nie miała zamiaru dochodzić zwrotu należności, którą zainwestowała w spółkę (...) sp. z o.o., że spółka była w dobrej kondycji finansowej, a pozwany powoływał się na okres sporny w postępowaniu,

c) błędną ocenę opinii biegłego S. Ś. z dnia 31 grudnia 2014 roku jako dowodu najważniejszego w sprawie i uznanie na jej podstawie, że gdyby pozwany złożył wniosek o ogłoszenie upadłości w terminie do dnia 4 lutego 2013 roku, powód w postępowaniu upadłościowym uzyskałby zaspokojenie swojej wierzytelności w 44%, pomimo że biegły ten w swojej opinii dopuścił się oczywistych naruszeń, tj. przy wyliczeniu tej kwoty nie uwzględnił kwoty wierzytelności (która została przez sąd uznana jako istniejąca i świadcząca o wielości wierzycieli) spółki (...) i wspólnicy sp.j. jako istniejącej równolegle i również podlegającej zaspokojeniu z masy upadłości, a także uznanie jej za wiarygodną i przyjęcie jako własnych ustaleń tam zawartych dotyczących właściwego terminu na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, mimo że w opinii biegły stwierdził, że pasywa przekraczają aktywa, a więc ujął stan majątku spółki wyłącznie z punktu widzenia bilansowego, a w konsekwencji uznanie przez Sąd I instancji, że zaistniała przyczyna do ogłoszenia upadłości z dniem 4 lutego 2013 roku, bez uwzględnienia realiów obrotu gospodarczego oraz pozostałych dowodów zgromadzonych w sprawie,

d) błędną ocenę pism z postępowania egzekucyjnego przez Komornika Sądowego przy Sądzie (...) dla (...) w W. A. G. (1) ws. (...), w tym w szczególności z pisma o umorzeniu egzekucji z dnia 23 lipca 2014 roku i wywiedzenie z nich faktów, które nie wynikają z treści tychże dokumentów, tj. że egzekucja była skierowana do całości majątku dłużnika, podczas gdy z dokumentów tych fakty takie nie wynikają i w konsekwencji nieprawidłowe uznanie, że egzekucja z majątku spółki okazała się być bezskuteczna,

e) poprzez nierozważnie dowodów powołanych w odpowiedzi na pozew –

1) pismo Spółki z 27.05.13 r. adresowane do (...) Sp. z o.o. wraz z potwierdzeniem doręczenia;

2) pismo Spółki z 28.05.13 r. wraz z potwierdzeniem doręczenia;

3) pismo Spółki z 29.05.13 r. wraz z potwierdzeniem doręczenia;

4) pismo pełnomocnika Spółki z 05,06,13 r. wraz z dowodem nadania;

5) oferta (...) spółka jawna z 17.06.13 r. adresowane do (...) Sp. z o.o. wraz z dowodem nadania;

6) pismo pełnomocnika Spółki z 17.07.13 r. wraz z dowodem nadania;

7) pismo pełnomocnika Spółki z 17.07.13 r. adresowane do (...) Sp. z o.o. wraz z dowodem nadania;

8) podsumowanie spotkania powódki i Spółki z dnia 13.09.13 r.;

9) pismo Spółki z 13,09.13 r. wraz z potwierdzeniem doręczenia;

10) pismo Spółki z 13.09.13 r. wraz z potwierdzeniem doręczenia;

11) pismo Spółki z 23.09.13 r. wraz z potwierdzeniem doręczenia;

12) deklaracje ZUS DRA obrazujące ilość zatrudnianych przez Spółkę pracowników za okres 01-12.2013 r, (wraz z urzędowymi poświadczeniami przedłożenia) wraz z 3 potwierdzeniami przelewu składek za dany okres rozliczeniowy obrazującymi bieżące regulowania należności

13) deklaracje VAT-7 obrazujące ilość transakcji dokonywanych przez Spółkę za okres 01-12.2013 r. (wraz z dowodami nadania / złożenia); zapisy w rejestrze sprzedaży za okres 06-12.2013 r.( rejestrze zakupów (koszty) za okres 07-12.2013 r., rejestrze zakupów (towary) za okres 07-09.12.2013 r. (wraz z dowodami nadania / złożenia);

14) deklaracje PIT-4R za rok 2013 wraz z potwierdzeniem nadania z 31.01.14 r. i potwierdzeniami przelewów zaliczek na podatek dochodowy za okres 01.2013 r. (14.02.13 r.)t 02.2013 r. (25.03.13 r.), 03.2013 r. (15.04.13 r.), 04.2013 r. (15.05.13 r.), 05.2013 r. (10.06.13 r.)f 06.2013 r. (16.07.13 r.), 07.2013 r. (19.08.13 r.), 08.2013 r. (16.09.13 r.) i potwierdzeniem wpłaty za okres 09.2013 r. (15.10.13 r.);

15) umowa dzierżawy z 04.06.12 r. zawarta z (...) (...),

16) umowa o współpracy z 04.06.12 r. zawarta z (...) (...)

17) umowa dzierżawy z 04.06.12 r, zawarta z (...) - P. P. (1),

18) umowa o współpracy z 04.06.12 r. zawarta z (...) - P. P. (1),

19) umowa dzierżawy z 01.08.12 r. zawarta z (...) (...)

20) umowa o współpracy z 01.09.12 r. zawarta z (...) spółka jawna (usługi marketingowe),

21) umowa o współpracy z 01.09.12 r. zawarta z (...) spółka jawna (usługi agencyjne),

22) wa najmu z 01.09.12 r. zawarta z (...) spółka jawna, przechowania z 01.09.12 r. zawarta z (...) spółka jawna,

23) umowa przechowania z 14.09.12 r. zawarta z (...) spółka cywilna - K. P., M. M. (1),

24) umowa o współpracy z 14.09.12 r. zawarta z (...) spółka cywilna - K. P., M. M. (1),

25) umowa dzierżawy z 01.10.12 r. zawarta z (...) M. M. (2) wraz z deklaracją wekslową, oświadczeniem współmałżonka i kopią weksla in blanco,

26) umowa o współpracy z 01.04.13 r. zawarta z (...) T. A.,

27) umowa o współpracy z 01.06.13 r. zawarta z (...) (...) G. S.,

28) odpowiedź pozwanego z dnia 27.08.14 r. na wezwanie do zapłaty z dnia 08.08.14 r. wraz

29) z dowodem doręczenia

30) potwierdzenie przelewu kwoty 2.000,00 zł z dnia 11.09.14 r. oraz kwoty 10.000,00 zł z dnia 29.10.14 r.

31) potwierdzenie wpłaty kwoty 7.500 zł z dnia 03.04.14 r. stanowiącej opłatę sądową od zarzutów od nakazu zapłaty w postępowaniu (...)

32) potwierdzenie wpłaty kwoty 2.000 zł z dnia 13.05.14 r. stanowiącej opłatę sądową od zażalenia w postępowaniu (...)

33) potwierdzenia wpłaty przez spółkę (...) sp. z o.o. na rzecz powódki kwoty 10.000,00 zł dnia 29 października 2014 roku;

34) potwierdzenia wpłaty przez spółkę (...) sp. z o.o. na rzecz powódki kwoty 2.000,00 zł dnia 11 września 2014 roku.

35) Uchwały nr (...) - uchwała o wsparciu finansowym,

36) Uchwały nr (...) - uchwała o ofercie zakupu nieruchomości,

i w konsekwencji błędne ustalenie, że spółka była niewypłacalna, że spółka (...) spółka jawna udzieliła pożyczki zwrotnej spółce (...) (...), a także uznanie, że spółka ta posiadała więcej niż jednego wierzyciela, co jest sprzecznie z zeznaniami świadków oraz sprzecznie z treścią porozumienia inwestycyjnego, a także z uwagi, że fakty takie z



dowodów tych nie wynikają a także ustalenie, że egzekucja była bezskuteczna wobec całości majątku spółki, mimo że z dokumentów zgromadzonych w aktach egzekucyjnych nie wynika żeby egzekucja była prowadzona do całego majątku spółki; poprzez uznanie przez Sąd I instancji, że pozwany ad. 1 nie wykazał, żeby egzekucja z majątku spółki nie była bezskuteczna, podczas gdy pozwany zaprzeczył twierdzeniom zawartym przez Komornika Sądowego w postanowieniu o umorzeniu postępowania egzekucyjnego, wskazując, że egzekucja ta nie była prowadzona do całego majątku dłużnika, a jedynie ograniczone do majątku wskazanego przez powódkę we wniosku egzekucyjnym,

2) art. 232 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez uznanie, że powódka dowiodła powołanymi środkami dowodowymi fakty, na które się powołuje, tj. że egzekucja z majątku spółki była prowadzona odnośnie do całości majątku spółki oraz że postępowanie to okazało się byćw całości bezskuteczne, podczas gdy z przedłożonych przez powódkę fakty te nie wynikają a w konsekwencji błędne uznanie, że zaistniała przesłanka uzasadniająca pociągnięcie pozwanych do odpowiedzialności na podstawie art. 299 k.s.h.

3) art. 328 § 2 k.p.c. przez sporządzenie uzasadnienia wyroku, z pominięciem wyjaśnienia jakie dowody zostały wzięte pod uwagę przy ustaleniu, że zaistniały przesłanki pociągnięcia pozwanych do odpowiedzialności z art. 299 k.s.h., oraz ograniczenie się przez Sąd I instancji do stwierdzenia, że wszystkie dowody z dokumentów były wiarygodne, z pominięciem poddania ocenie konkretnych dowodów przedłożonych przez pozwanych na poparcie ich twierdzeń, w tym także nieodniesienie się do twierdzeń pozwanych dotyczących porozumienia inwestycyjnego ze spółką powiązaną osobowo, kapitałowo i organizacyjnie ze spółką (...) (...), bezzwrotności inwestycji, zwolnienia spółki z obowiązku zwrotu kwoty „pożyczki”;

## II. naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie:

1) art. 10 i art. 11 ust. 2 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 15 maja 2015 roku poprzez ich błędną wykładnię i w konsekwencji uznanie, że celem stwierdzenia niewypłacalności spółki skutkujące koniecznością złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wystarczające jest wyłącznie przekroczenie pasywów nad aktywami w ujęciu bilansowym spółki, bez względu na pozostałe okoliczności towarzyszące funkcjonowaniu podmiotu gospodarczego;

2) art. 299 k.s.h. poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że członkowie zarządu ponoszą solidarną odpowiedzialność za zobowiązania spółki powstałe w okresie sprawowania przez któregośkolwiek z nim funkcji prezesa zarządu, podczas gdy z przepisu tego nie wynika, że ustępujący członek zarządu odpowiada solidarnie, w sytuacji gdy przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości zaistniały w chwili gdy funkcję tę sprawował kolejny prezes zarządu oraz polegające na błędnym przyjęciu, że fakt zaistnienia braku bezskuteczności egzekucji spoczywa na pozwanym, podczas gdy to powód ma wykazać bezskuteczność egzekucji,

3) art. 481 KC poprzez ich błędne zastosowanie w przedmiotowej sprawie i w konsekwencji uznanie, że pozwany powinien być obciążony odsetkami ustawowymi za opóźnienie w płatności, podczas gdy w przedmiotowej sprawie nie zaistniało opóźnienia w płatności;

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o :

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów urzędowych w postaci:

a) Postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu, Wydział X Gospodarczy Odwoławczy z dnia 13 stycznia 2017 roku, sygn. akt (...) opatrzonego klauzulą wykonalności z dnia 23 stycznia 2017 roku, oddalającego zażalenie powódki na Postanowienie Sądu Rejonowego (...) w P. z dnia 27 czerwca 2016 roku, sygn. akt (...) w przedmiocie oddalenia wniosku spółki (...) s.a. w P. o ogłoszenie upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika (...) sp. z o.o. w P.,

b) Postanowienia Sądu Rejonowego (...) w P., XI Wydział Gospodarczy ds. Upadłościowych i Restrukturyzacyjnych z dnia 20 października 2016 roku w sprawie sygn. akt (...)

- na okoliczność braku zaistnienia przesłanki uzasadniającej ogłoszenie upadłości spółki (...) sp. z o.o., braku istnienia wielości wierzycieli względem spółki (...) sp. z o.o., udzielenia na rzecz spółki (...) sp. z o.o. inwestycji bezzwrotnej a nie zwrotnej pożyczki przez spółkę (...) (...)

2) zmianę zaskarżonego wyroku w części, tj. w zakresie punktu I i III poprzez oddalenie powództwa w części I oraz w części III poprzez zasądzenie całości kosztów postępowania w tym zwrot kosztów zastępstwa procesowego w całości na rzecz pozwanego od powódki;

3) zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

ewentualnie przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku wnoszę na podstawie art. 386 § 2 KPC o:

4) uchylene zaskarżonego wyroku w części, tj. w zakresie punktu 1 i 3 i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, z uwzględnieniem kosztów postępowania apelacyjnego.

Pozwany P. H. (1) zaskarżył wyrok w części, tj. w zakresie punktu I, tj. zasądzającego od pozwanych P. P. (1), P. H. (1) i T. M. solidarnie na rzecz powoda (...) S.A, w P. kwotę 94.351,62 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwoty 88.000,00 zł od dnia 12 września 2013 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku i z dalszymi ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty oraz w zakresie punktu III, w którym Sąd I instancji obciążył pozwanych w 41% kosztami postępowania.

II. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił :

1. naruszenie przepisów prawa procesowego, które miały istotny wpływ na wynik sprawy, tj.

1) art. 233 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozpatrzenia materiału procesowego zgromadzonego w sprawie, dowolną a nie swobodną ocenę dowodów i w konsekwencji błędne uznanie, sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, że zaistniała przesłanka do ogłoszenia upadłości w trakcie sprawowania przez pozwanych kolejno funkcji prezesa zarządu, tj. że spółka posiadała więcej niż jednego wierzyciela poprzez uznanie, że inwestor w spółce był jej pożyczkodawcą i udzielił spółce zwrotnej pożyczki, mimo że z dokumentów w sprawie oraz z zeznań współników tejże spółki oraz innych świadków wynika, że umowa miała charakter inwestycji bezzwrotnej a nie pożyczki, a nawet jeśli przyjąć, że pożyczki, to bezzwrotnej,

2) art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów polegające na przyjęciu, że z dokumentów dotyczących postępowania egzekucyjnego wynika, że egzekucja wobec majątku spółki okazała się być bezskuteczna, podczas gdy z dokumentacji tej nie wynika, żeby Komornik Sądowy skierował egzekucję do całego majątku spółki;

3) art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i oparcie rozstrzygnięcia głównie na opinii biegłego sądowego, który stwierdził w ujęciu ściśle bilansowym, że pasywa przewyższały aktywa, a więc kiedy zaistniała przesłanka do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, z pominięciem pozostałych okoliczności w sprawie, z których wynikała płynność finansowa spółki, a fakt niewypłacalności spółki wynikał jedynie z konieczności wpisania kwoty na inwestycje udzielonej przez spółkę (...) (...) w rubrykę - zobowiązania;

4) art. 231 k.p.c. przez uznanie przez Sąd I instancji fakt, że spółka (...) spółka jawna udzieliła pożyczki zwrotnej spółce (...) sp. z o. o. bez dostatecznej podstawy, a także uznanie, że spółka ta posiadała więcej niż jednego wierzyciela, sprzecznie z zeznaniami świadków oraz sprzecznie z treścią porozumienia inwestycyjnego, mimo że fakty takie z dowodów tych nie wynikają, a także ustalenie na podstawie akt postępowania egzekucyjnego ws. (...), że egzekucja była bezskuteczna wobec całości majątku spółki, mimo że z dokumentów zgromadzonych w tychże aktach nie wynika, żeby egzekucja była prowadzona do całego majątku spółki;

5) art. 328 § 2 k.p.c. przez sporządzenie uzasadnienia wyroku, z pominięciem wyjaśnienia jakie dowody zostały wzięte pod uwagę przy ustaleniu, że zaistniały przesłanki pociągnięcia pozwanych do odpowiedzialności z art. 299 k.s.h., oraz ograniczenie się przez Sąd I instancji do stwierdzenia, że wszystkie dowody z dokumentów były wiarygodne, z pominięciem poddania ocenie konkretnych dowodów przedłożonych przez pozwanych na poparcie ich twierdzeń, w tym także nieodniesienie się do twierdzeń pozwanych dotyczących porozumienia inwestycyjnego ze spółką powiązaną osobowo, kapitałowo i organizacyjnie ze spółką (...) sp. z o.o., bezzwrotności inwestycji, zwolnienia spółki z obowiązku zwrotu kwoty „pożyczki”;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, które miały wpływ na wynik sprawy, tj.

1) art. 10 i art. 11 ust. 2 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 5 maja 2015 roku poprzez ich błędną wykładnię i w konsekwencji uznanie, że celem stwierdzenia niewypłacalności spółki skutkujące koniecznością złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wystarczające jest wyłącznie przetoczenie pasywów nad aktywami w ujęciu bilansowym spółki, bez względu na pozostałe okoliczności towarzyszące funkcjonowaniu podmiotu gospodarczego;

2) art. 299 k.s.h. poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że członkowie zarządu ponoszą solidarną odpowiedzialność za zobowiązania spółki powstałe w okresie sprawowania przez któregośkolwiek z nich funkcji prezesa zarządu, podczas gdy z przepisu tego nie wynika, że ustępujący członek zarządu odpowiada solidarnie, w sytuacji gdy przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości zaistniały w chwili gdy funkcję tę sprawował kolejny prezes zarządu oraz polegające na błędnym przyjęciu, że fakt zaistnienia braku bezskuteczności egzekucji spoczywa na pozwanym, podczas gdy to powód ma wykazać bezskuteczność egzekucji,

3) art. 508 k.c. poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że fakt zwolnienia dłużnika ze zobowiązania nie powoduje jego wygaśnięcia

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1) zmianę wyroku I instancji w części, tj. w zakresie punktu I i III poprzez oddalenie powództwa w części I oraz poprzez zasądzenie kosztów postępowania w tym zwrot kosztów zastępstwa procesowego w całości na rzecz pozwanych od powoda;

2) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku wnoszę na podstawie art. 386 § 2 k.p.c. o uchylenie wyroku w części, tj. w zakresie punktu I i III poprzez przekazanie spraw) do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji;

3) zasądzenie od powoda na rzecz pozwanych kosztów procesu I i II instancyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje :

Apelacja pozwanych okazała się uzasadniona , chociaż nie wszystkie zarzuty zasługiwały na uwzględnienie.

Apelacja powoda nie zasługiwała na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 299. kodeksu spółek handlowych :

§ 1. Jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, członkowie zarządu odpowiadają solidarnie za jej zobowiązania.

§ 2. Członek zarządu może się uwolnić od odpowiedzialności, o której mowa w § 1, jeżeli wykaze, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe, albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z jego winy, albo że pomimo

niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcia postępowania układowego wierzyciel nie poniósł szkody.

§ 3. Przepisy § 1 i § 2 nie naruszają przepisów ustanawiających dalej idącą odpowiedzialność członków zarządu.

Celem art. 299 k.s.h. jest ustanowienie odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o. jako swoistej sankcji cywilnoprawnej za nieprawidłowe prowadzenie spraw spółki, tzn. takie, które doprowadziło do niezaspokojenia się wierzyciela z majątku spółki ze względu na niemożliwość prowadzenia z niego skutecznej egzekucji.

Odpowiedzialność członków zarządu z cytowanego artykułu jest odpowiedzialnością osobistą, subsydiarną wobec spółki, tzn. zależną od bezskuteczności egzekucji z majątku spółki

Zgodnie z art. 299 § 2 k.s.h. w brzmieniu przed 1.01.2016 r. członek zarządu mógł się uwolnić od odpowiedzialności, o której mowa w § 1, jeżeli wykazał, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe, albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z jego winy, albo że pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcia postępowania układowego wierzyciel nie poniósł szkody.

W ocenie Sądu Apelacyjnego niezasadny jest zarzut w apelacji pozwanego P. P. (1), że sąd I instancji błędnie przyjął, że egzekucja z majątku spółki była bezskuteczna.

Bezskuteczność egzekucji przeciwko spółce jest warunkiem poniesienia odpowiedzialności przez członków zarządu (oraz inne osoby, które mogą ją ewentualnie ponieść). Przyjąć należy, że regulacja zawiera odniesienie do wszelkich form egzekucji prowadzonej zarówno na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego, jak i przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (zob. A. Kidyba, Spółka..., op. cit., s. 800; J. Jacyszyn (w:) Kodeks, 2001, s. 401).

W orzecznictwie i literaturze powszechnie przyjęta jest liberalna (szeroka) wykładnia pojęcia "bezskuteczność egzekucji", utożsamiająca ją z niebudzącą wątpliwości nieściągalnością wierzytelności od samej spółki, tj. stanem, w którym z okoliczności sprawy wynika niezbicie, że spółka nie ma majątku, z którego wierzyciel mógłby uzyskać zaspokojenie swojej należności (por. wyrok SN z dnia 26 czerwca 2003 r., V CKN 416/01, OSNC 2004, nr 7-8, poz. 129 oraz A. Karolak, glosa do powołanego wyroku; wyrok SA w Warszawie z dnia 24 stycznia 2007 r., I ACa 781/06, Rejent 2007, nr 1, s. 177 oraz wyrok SN z dnia 17 czerwca 2011 r., II CSK 571/10, LEX nr 847124; zob. także M. Rodzynkiewicz, Kodeks..., op. cit., s. 516; A. Kappes, Odpowiedzialność..., op. cit., s. 95 i n.; K. Osajda, Odpowiedzialność..., op. cit., s. 140 i n.).

Przepis art. 299 k.s.h. ściśle określa rozkład ciężaru dowodu. Obowiązkiem wierzyciela jest wykazanie istnienia zobowiązania i bezskuteczności egzekucji. Wystarczy, by wierzyciel, który nie wyegzekwował swojej należności wobec spółki, przedłożył tytuł egzekucyjny stwierdzający zobowiązanie spółki i udowodnił, że egzekucja wobec spółki okazała się bezskuteczna (tak SN w wyroku z dnia 25 sierpnia 2016 r., V CSK 699/15, LEX nr 2135821). Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 26 czerwca 2003 r. (V CKN 416/01, OSNC 2004, nr 7-8, poz. 129), stwierdził, że "ustalenie przewidzianej w art. 298 § 1 k.h. (art. 299 § 1 k.s.h.) przesłanki bezskuteczności egzekucji może nastąpić na podstawie każdego dowodu, z którego wynika, że spółka nie ma majątku pozwalającego na zaspokojenie wierzyciela pozywającego członków zarządu" (zob. także aprobującą glosę do tego orzeczenia A. K., (...) 2004, nr (...) i n.). Powołany wyżej pogląd dominuje w piśmiennictwie i orzecznictwie.

Przykładowymi dowodami bezskuteczności egzekucji mogą być w szczególności:

postanowienie komornika o umorzeniu postępowania - art. 824 § 1 pkt 3 k.p.c. (tak również SN w wyroku z dnia 10 lutego 2011 r., IV CSK 335/10, Biul. SN 2011, nr 4, s. 10; zob. również wyrok SA w Katowicach z dnia 21 marca 2017 r., V ACa 542/16, LEX nr 2272071, w którym podkreślono, że postanowienie komornika jest dokumentem urzędowym, a

zatem, jeśli skarżący twierdzi, że zawarte w nim oświadczenia organu egzekucyjnego nie są zgodne z rzeczywistością, to winien tę okoliczność udowodnić; innymi słowy, skarżący winien był wykazać, że postępowanie egzekucyjne nie było bezskuteczne z tego powodu, że nie zostało skierowane do takich składników majątkowych spółki, które umożliwiłyby wierzycielowi zaspokojenie przysługującej mu wierzytelności);

W niniejszej sprawie powód przedłożył akta egzekucyjne (...) Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym (...) (...) w(...)A. G. (2) z których wynika, że powód złożył wniosek egzekucyjny 18 marca 2014 r i wniósł o wszczęcie postępowania egzekucyjnego przez :

- zajęcie wszelkich środków pieniężnych znajdujących się na rachunkach bankowych wymieniając kilkadziesiąt banków ;

- zajęcie wszelkich wierzytelności ;

- zajęcie wszelkich ruchomości ;

Zajęcie wszelkich innych wierzytelności.

Postępowanie to zostało prawomocnie umorzone z powodu bezskuteczności egzekucji.

Nie ulega więc wątpliwości, że powód wykazał fakt bezskuteczności egzekucji w stosunku do spółki.

Również nieuzasadniony okazał się zarzut apelacyjny w którym pozwany P. P. (1) zarzuca, że sąd nieprawidłowo ustalił, że pozwani nie wykazali, żeby na nich spoczywał obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości opierając się jedynie o opinię biegłego. Zdaniem skarżącego biegły nieprawidłowo w opinii majątek spółki obliczył jedynie w ujęciu bilansowym poprzez proste porównanie aktywów spółki i jej pasywów nie patrząc jak wygląda jej rzeczywisty stan finansowy.

Zgodnie z brzmieniem art. 11 ust 2 pr. Upadłościowego w brzmieniu z 2013 r. 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.

Przepis art. 11 ust.2 ustawy dotyczy dłużników będących osobami prawnymi oraz jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, ale którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną. Te podmioty są niewypłacalne także wtedy, gdy ich zobowiązania przekroczą wartość ich aktywów i to nawet wtedy, gdy na bieżąco wykonują swoje zobowiązania.

Przyjmuje się, że taka regulacja jest uzasadniona konsekwencjami prawnymi ogłoszenia upadłości oraz przeprowadzenia postępowania upadłościowego wobec osób prawnych, jak również wspomnianych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, ale posiadających zdolność prawną. Po przeprowadzeniu postępowania upadłościowego obejmującego ich likwidację podmioty te kończą swój byt (por. np. art. 85, 98, 148, 289, 477 k.s.h.). Dlatego też dla ochrony praw wierzycieli osób prawnych oraz wspomnianych jednostek organizacyjnych niezbędne jest, by zadłużenie tych podmiotów nie przekraczało wartości ich aktywów. W przeciwnym wypadku wierzyciele nie mogliby zostać zaspokojeni z ich majątku w postępowaniu upadłościowym.

Przesłankę niewypłacalności w postaci nadmiernego zadłużenia określa się niekiedy jako tzw. „upadłość bilansową”. Co do zasady upadłość bilansowa ma miejsce wówczas, gdy w bilansie dłużnika, w pozycji „kapitał własny” wykazana jest wartość ujemna.

Sąd Najwyższy w wyroku z 28 kwietnia 2006 r. (V CSK 39/2006, L..pl nr (...)) przyjął, że: „Prowadzenie działalności gospodarczej ze stratą nie jest równoważne z nadmiernym zadłużeniem spółki, jeśli straty mają pokrycie w aktywach spółki. Upadłości nie usprawiedliwia także mechaniczne porównanie sum bilansowych, bez oceny struktury pozycji

biernych majątku, zwłaszcza, gdy są to w większości krótkoterminowe pożyczki bankowe, typowe dla współczesnej działalności gospodarczej". Warto również wskazać na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w P. z 1 października 2008 r. (I SA/Po 421/2008, L..pl nr (...)), w którym wskazano, że „nie każda przewyżka stanu biernego nad czynnym stanowiła podstawę ogłoszenia upadłości. Zachodziło to tylko wtedy, gdy stan taki zagrażał wykonaniu zobowiązań pieniężnych, co ustawodawca określał jako nadmierne zadłużenie. Treść bilansu nie może w pełni odzwierciedlać wszystkich składników majątku przedsiębiorcy składających się na pojęcie majątku sensu largo. Przykładowo, kapitały własne i zysk są umieszczane w bilansie po stronie pasywów, a nie aktywów. Biorąc pod uwagę powyższe, artykułu 11 ust. 2 Prawa upadłościowego i naprawczego nie można interpretować, opierając się wyłącznie na bilansie, który jedynie porządkuje majątek przedsiębiorcy według źródeł jego finansowania".

Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w S. w wyroku z 17 marca 2010 r. (I SA/Sz (...), L..pl nr (...)), wskazał, że „dłużnik jest niewypłacalny, gdy uwzględniając wszystkie składniki majątku dłużnika nie wystarczą one na pokrycie wszystkich jego zobowiązań. W tym przypadku natomiast bez znaczenia jest okoliczność, że dłużnik zobowiązania te w danej chwili reguluje na bieżąco. Zamysłem takiego sformułowania przepisu przez ustawodawcę, było z pewnością ochrona interesów wierzycieli poprzez zapobieżenie postępowaniu stanu nadmiernego zadłużenia, który w ostateczności mógłby doprowadzić do braku możliwości zaspokojenia się przez nich z majątku dłużnika".

W niniejszej sprawie okoliczności te zostały potwierdzone w opinii biegłego sądowego S. Ś. z dnia 31 grudnia 2014 r.

Biegły prawidłowo oparł swoją opinię o bilans i stwierdził nadwyżkę pasywów nad aktywami.

Sąd Apelacyjny podziela ,że opinia ta jest jasna i logiczna. Została ona wykonana przez osobę posiadającą fachową wiedzę w dziedzinie rachunkowości. Biegły w sposób logiczny przedstawił tok swojego rozumowania przy formułowaniu wniosków opinii i uzupełnił wskazane w pisemnej opinii ich uzasadnienie. Ponadto w sposób jasny odniósł się do złożonych przez strony zastrzeżeń co do treści sporządzonej opinii.

Ponadto, obecni na rozprawie pełnomocnicy stron uznali wyjaśnienie biegłego za wystarczające, albowiem po ich złożeniu nie wnieśli o uzupełnienie opinii, bądź też sporządzenie opinii przez innego biegłego. Nie zgłosili także dalszych wniosków dowodowych.

Zasadny okazał się natomiast zarzut pozwanych , że brak jest podstaw do przyjmowania odpowiedzialności pozwanych z uwagi na fakt , że spółka w czasie kiedy pełnili oni funkcje prezesów zarządu miała tylko jednego wierzyciela - powódkę , a pożyczka udzielona przez firmę spółce była tak naprawdę inwestycją co wynika z umowy między tymi osobami .Ponadto nie było określone kiedy ma nastąpić zwrot pożyczki , odwołanie się jedynie do przepisów prawa , a więc ,żeby można mówić o wierzytelności wymagalnej musiało by nastąpić wezwanie do zwrotu.

Nie ulega wątpliwości , że w postępowaniu upadłościowym przedsiębiorców realizowane jest wspólne dochodzenie roszczeń wierzycieli od niewypłacalnego dłużnika.

Brzmienie art. 1 ust. 1 pr. up. przemawia za tym, by uznać, że ogłoszenie upadłości przedsiębiorcy może nastąpić jedynie w przypadku istnienia co najmniej kilku wierzycieli (zob. uchwałę SN z 27.05.1993 r., III CZP 61/93, OSNC 1994/1, poz. 7; wyrok SN z 22.06.2010 r., IV CNP 95/09, LEX nr 603893). W konsekwencji, w razie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości podmiotu, który jest dłużnikiem tylko jednego wierzyciela, powinien on zostać oddalony (F. Zedler [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, Warszawa 2010, s. 23; P. Zimmerman, Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, Warszawa 2015, s. 4). W takiej sytuacji nie występuje przesłanka materialna niezbędna do ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy, określona art. 1 ust. 1 pr. up. Odmienne powyższa kwestia została uregulowana w przypadku postępowania upadłościowego osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej. Można bowiem ogłosić upadłość konsumenta w sytuacji, gdy ten posiada tylko jednego wierzyciela – art. 1 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 491<sup>2</sup> ust. 2 pr. up.

Sąd Okręgowy zagadnieniu temu poświęcił jedno zdanie stwierdzając , że w toku postępowania dowodowego wynikało, że spółka posiadała również innego wierzyciela, którym był (...) spółka jawna, który udzielił jej pożyczki, która co było bezsporne nie została zwrócona.

Tymczasem w ocenie Sądu Apelacyjnego ta okoliczność miała istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy , a w szczególności ocena charakteru „pożyczek” udzielonych spółce (...) sp. z o.o. (dawniej P. i wspólnicy sp. z o.o.) przez spółkę był (...) spółka jawna.

Najpierw w dniu 15 czerwca 2012 r P. i Wspólnicy sp. J. zwana dalej inwestorem zawarła z (...) sp. Z o.o. porozumienie inwestycyjne .

W preambule czytamy , m.in. że inwestor zamierza rozbudować swoją sieć sprzedaży w segmencie premium i w związku z tym planuje dokonać inwestycji w spółkę poprzez przeznaczenie na jej rzecz odpowiednich środków finansowych które będą mogły być spożytkowane przez spółkę na uruchomienie punktu sprzedaży samochodów oraz rozwój działalności uzupełniającej w postaci serwisu blacharsko – lakierniczego oraz serwisu mechanicznego ; strony są powiązane kapitałowo i organizacyjne ,

Strony zamierzają doprowadzić w drodze konwersji zobowiązań spółki wobec inwestora które powstaną z tytułu jakichkolwiek usług świadczonych przez inwestora na rzecz spółki lub z tytułu udzielonych pożyczek na udziały , które inwestor obejmie w podwyższonym kapitale zakładowym spółki.

Z dalszych postanowień porozumienia wynika , że jego celem jest w szczególności podjęcie współpracy oraz dofinansowanie spółki oraz sfinansowanie pierwszych wydatków .

Inwestor zadeklarował wsparcie poprzez m.in. udzielanie wsparcia finansowego

Zgodnym zamiarem stron była konwersja wierzytelności przysługującej inwestorowi na udziały które obejmie w przyszłości inwestor.

Dalej spółka zobowiązała się zwrócić niezwłocznie otrzymane środki finansowe w terminie 30 dni od wezwania jeżeli środki zostaną wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem lub spółka zawiesi prowadzenie działalności w okresie pierwszych 12 miesięcy prowadzenia działalności gospodarczej .

Pkt. 7 określał kiedy inwestor może odstąpić od umowy i zażądać zwrotu udzielonych kwot

W ślad za tym porozumieniem inwestycyjnym zostało zawarte porozumienie o udzieleniu pożyczek z dnia 30 czerwca 2012 r.

W dniu 17 grudnia 2012 r (...) spółki (...) sp. J podjęli uchwałę o wyrażeniu zgody na wsparcie finansowe dla spółki (...) s. z o.o. w ten sposób , że w związku z realizacją kolejnego punktu sprzedaży w S. w razie potrzeby udzielią sp. Z o.o. dalszego wsparcia finansowego do kwoty 2.000.000 zł

Uchwałą z dnia 13 maja 2013 r spółka jawna podjęła uchwałę w sprawie nabycia przez spółkę z o.o. salonu w S. za cenę 5.000.000 zł .

Po likwidacji spółki z o.o. spółka jawna nigdy nie zażądała zwrotu kwoty pożyczki , a z zeznań M. M. (1) byłego (...) spółki (...) i wspólnicy spółka jawna wynikało , że tzw. „pożyczka” była faktycznie inwestycją niepodlegającą zwrotowi. Kwota ta co prawda został zaksięgowana jako pożyczka , ale nie został określony termin wymagalności tej kwoty, umowa nie została nigdy wypowiedziana i wliczono ją w straty firmy.( spółki jawnej).

W ocenie Sądu Apelacyjnego przedłożone przez pozwanych dokumenty dotyczące zawartego porozumienia inwestycyjnego , umowy „pożyczki” oraz zeznania świadka M. M. (1) pozwalają na stwierdzenie , że faktycznie „pożyczka” w wysokości ponad 1 milion złotych stanowiła inwestycję w spółkę o charakterze bezzwrotnym .

Podobny pogląd został wyrażony w postanowieniu Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 13 stycznia 2017 r w sprawie (...) którym to postanowieniem Sąd Okręgowy oddalił zażalenie (...) spółka akcyjna w P. złożone na postanowienie Sądu Rejonowego (...) w P. z dnia 27 czerwca 2016 r w sprawie (...) którym Sąd Rejonowy oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. (dawnej spółki (...)) i wspólnicy spółka z o.o. ) oraz w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Poznaniu w sprawie(...)

Podstawową okolicznością uwalniającą członka zarządu od odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH jest złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, przy czym nie wystarczy samo jego złożenie, bowiem musi ono w dodatku nastąpić we właściwym czasie. Członek jednak tym bardziej będzie wolny od odpowiedzialności, jeżeli wykaże iż w czasie gdy pełnił urząd w ogóle nie było podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Skoro w dacie gdy pozwani pełnili funkcje prezesów zarządu spółka (...) spółka z o.o. miała tylko jednego wierzyciela brak było podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Zgodnie z art. 378 § 2 k.p.c. w granicach zaskarżenia sąd odwoławczy może z urzędu rozpoznać sprawę także na rzecz współuczestników, którzy wyroku nie zaskarżyli, gdy będące przedmiotem zaskarżenia prawa lub obowiązki są dla nich wspólne. Możliwość rozpoznania sprawy na rzecz osób, które wyroku nie zaskarżyły dotyczy tylko tych współuczestników materialnych, których prawa i obowiązki są wspólne, a nie tych, których współuczestnictwo uzasadnia ta sama podstawa faktyczna lub prawna (art. 72 § 1 KPC).

Rozpoznając sprawę także na rzecz współuczestników, którzy wyroku nie zaskarżyli, sąd odwoławczy może uwzględnić wyłącznie zarzuty wspólne, przysługujące zarówno tym współuczestnikom jak i współuczestnikom, którzy zaskarżyli wyrok. Celem tej regulacji jest wyeliminowanie godzących w autorytet wymiaru sprawiedliwości sytuacji, gdy w stosunku do osób pozostających w tej samej sytuacji materialnoprawnej, zapadłyby w jednej sprawie różne rozstrzygnięcia (zob. wyr. SN z 11.12.2008 r., II CSK 272/08, OSNC 2009, Nr C, poz. 81).

Nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie będące przedmiotem zaskarżenia obowiązki pozwanych jak i zarzuty apelacji były dla nich wspólne,

Pozwany T. M. został zawiadomiony o terminie rozprawy apelacyjnej.

Z tych względów sąd apelacyjny rozpoznał sprawę również w stosunku do pozwanego T. M. pomimo nie złożenia przez niego apelacji w sprawie.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok i powództwo oddalił wobec wszystkich trzech pozwanych na podstawie art. 386 § 1 k.p.c.

Apelacja powoda jako nieuzasadniona została oddalona na podstawie art. 385 k.p.c.

Konsekwencją zmiany wyroku i oddaleniem powództwa była zmiana wyroku w części dotyczącej kosztów postępowania i obciążenie tymi kosztami w całości powoda.

Na koszty te składają się w przypadku pozwanego P. P. (1) kwota 3.188,01 – koszt opinii biegłego oraz koszty zastępstwa procesowego w wysokości 7.215 zł ( § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu ( Dz.U. z 2013 r poz 490 tj.) ), a w przypadku pozwanego P. H. (1) koszty zastępstwa procesowego w kwocie 7.215 zł ( § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu ( Dz.U. z 2013 r poz 490 tj.) )



O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108 k.p.c. oraz § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust.1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r w sprawie opłat za czynności radców prawnych ( Dz.U z 2018 r poz. 265 tj. )

Jan Futro Ryszard Marchwicki Marcin Radwan