

*Sygn. akt I ACa 372/12*

*Sygn. akt I ACa 372/12*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 sierpnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

**Przewodniczący – Sędzia SA Sławomir Czopiński**

**Sędzia SA Edyta Jefimko (spr.)**

**Sędzia SA Bogdan Świerczakowski**

**Protokolant st. sekr. sąd. Joanna Baranowska**

po rozpoznaniu w dniu 14 sierpnia 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa m. s.W.

przeciwko J. J., M. K. i A. J. (1)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku częściowego Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 25 listopada 2011 r.

sygn. akt XVI GC 783/10

**1. prostuje z urzędu niedokładność w komparycji zaskarżonego wyroku w ten sposób, że po wyrazie „wyrok” wpisuje „częściowy”;**

**2. oddala apelację;**

**3. zasądza od m. s. W. na rzecz J. J., M. K. i A. J. (1) kwoty po 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

*I ACa 372/12*

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 25 listopada 2011 r. wydanym w sprawie z powództwa m. s. W. skierowanego przeciwko J. J., , M. K. i A. J. (1) o zapłatę solidarnie kwoty:

- 240 972,08 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 15 lutego 2002 r. do dnia zapłaty

- 20 848,60 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wytoczenia powództwa do dnia zapłaty oraz kosztów procesu – Sąd Okręgowy w Warszawie :

1) oddalił powództwo,

2) zasądził od powoda na rzecz J. J. i A. J. (1) kwoty po 7 217 zł tytułem kosztów procesu.

***Powyższy wyrok Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach i wnioskach .***

(...) Sp. z o.o. w W. na mocy umowy dzierżawy korzystała z nieruchomości położonej w W. między jezdniami ul. (...) oznaczonej jako działka ewidencyjna nr (...) w obrębie (...), której właścicielem było m. s. W. Umowa dzierżawy została zawarta na okres od dnia 1 sierpnia 1999 r. do dnia 31 grudnia 1999 r., lecz po jej zakończeniu dzierżawca nie zaprzestał korzystania z nieruchomości. (...) Sp. z o.o. w W. płaciła wynagrodzenie za bezumowne korzystanie z nieruchomości, lecz z czasem zaprzestała tego czynić i w okresie od listopada 2000 r. do stycznia 2002 r. nie uiściła na rzecz wydzierżawiającego żadnych kwot. W tym czasie członkami zarządu spółki byli A. J. (1), J. J. i L. M.. A. J. (1) z dniem 30 maja 2003 r. złożył rezygnację z pełnienia funkcji członka zarządu (...) Sp. z o.o., co zostało wpisane do Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 31 lipca 2003 r. Z dniem 30 czerwca 2003 r. na członka zarządu tej spółki powołano pozwanego M. K., co zostało wpisane do Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 31 lipca 2003 r. W 2003 r. toczyło się w stosunku do (...) Sp. z o.o. postępowanie o ogłoszenie upadłości z wniosku (...) Sp. z o.o. Postanowieniem Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie z dnia 6 czerwca 2003 r. wniosek o ogłoszenie upadłości został oddalony z uwagi na fakt jego cofnięcia . Wyrokiem z dnia 14 lipca 2004 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie sygn. akt III C 35/03 zasądził od (...) Sp. z o.o. w W. na rzecz m. s. W. – Zarząd Terenów Publicznych W. –. Ś. kwotę 240 972,08 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 15 lutego 2002 r. do dnia zapłaty z tytułu wynagrodzenia za bezumowne korzystanie przez (...) Sp. z o.o. w W. z nieruchomości powoda położonej w W. między jezdniami ul. (...) oznaczonej jako działka ewidencyjna nr (...) w obrębie (...)w okresie od dnia 11 listopada 2000 r. do dnia 25 stycznia 2002 r. oraz kwotę 20 848,60 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania .W lutym 2004 r. zaistniały podstawy do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika i wniosek taki w imieniu spółki został zgłoszony w dniu 12 lutego 2004 r. do Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie. Postanowieniem z dnia 31 marca 2004 r. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy ogłosił upadłość (...) Sp. z o.o. w W.. M. s. W. zgłosiło do masy upadłości przysługującą mu wobec (...) Sp. z o.o. wierzytelność , wynikającą z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 lipca 2004 r., sygn. akt III C 35/03. Postępowanie upadłościowe zostało zakończone postanowieniem z dnia 16 listopada 2007 r. , ale powód nie uzyskał zaspokojenia swojej wierzytelności w żadnej części.

Podstawą poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych były dowody z dokumentów oraz opinia biegłego sądowego E. S.. Wprawdzie opinia ta została przeprowadzona na potrzeby innego postępowania, ale biegła wezwana na rozprawę w dniu 25 listopada 2011 r. celem złożenia ustnych wyjaśnień , oświadczyła, iż w całości podtrzymuje jej wnioski, w szczególności co do terminu w jakim powinien być zgłoszony wniosek o ogłoszenie upadłości (...) Sp. z o.o. w W.. Opinia biegłego była spójna, logiczna, nie zawierała wewnętrznych sprzeczności, a jej wnioski końcowe wynikały z przeprowadzonych przez biegłego czynności badawczych.

Sąd Okręgowy oddalił powództwo w całości, uznając je za bezzasadne.

Na podstawie art. 299 § 1 k.s.h. warunkiem odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki jest bezskuteczność egzekucji przeciwko spółce, przy czym zgodnie z ogólnymi regułami postępowania dowodowego okoliczność tą winna wykazać strona powodowa. Powód udowodnił, iż egzekucja przeciwko (...) Sp. z o.o. w W. była bezskuteczna. Przeciwko dłużnikowi toczyło się postępowanie upadłościowe obejmujące likwidację majątku , które nie doprowadziło do zaspokojenia wierzytelności powoda. Zaspokojonych zostało jedynie część wierzytelności z kategorii I, podczas gdy wierzytelności m. s. W. zostały ujęte na liście wierzytelności w kategorii III i IV.

Zgodnie z art. 299§ 2 k.s.h. członkowie zarządu mogą uwolnić się od odpowiedzialności za zobowiązania spółki m.in. poprzez wykazanie, iż wniosek o ogłoszenie upadłości został zgłoszony we właściwym czasie. Biegły E. S. w sporządzonej opinii (po przeanalizowaniu dokumentów finansowych (...) Sp. z o.o. ) wskazała, iż terminem właściwym dla zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości był luty 2004 r. Wniosek o ogłoszenie upadłości (...) Sp. z o.o. został złożony do Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w dniu 12 lutego 2004 r. , a więc we właściwym czasie. Tym samym

zaistniała okoliczność egzoneracyjna, która wyłącza odpowiedzialność pozwanego J. J., pełniącego funkcję członka zarządu spółki zarówno w czasie istnienia zobowiązania spółki z tytułu bezumownego korzystania z nieruchomości, jak i w czasie właściwym do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Powództwo było bezzasadne także w stosunku do pozwanych A. J. (1) i M. K. ze względu na okres, w jakim pozwani ci pełnili funkcje członków zarządu. Odpowiedzialność na podstawie art. 299 k.s.k. mogą ponosić bowiem tylko ci członkowie zarządu, którzy pełnili swoje funkcje w czasie istnienia zobowiązania spółki oraz w czasie właściwym do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, co ma szczególne znaczenie w przypadkach gdy skład zarządu spółki ulegał zmianom. Pozwany A. J. (1) w dniu 23 maja 2003 r. zrezygnował z pełnienia funkcji członka zarządu; jeszcze przed zaistnieniem podstaw do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Zobowiązanie spółki z tytułu bezumownego korzystania z nieruchomości powoła istniało w latach 2000 – 2002 r., gdy tymczasem pozwany M. K. został powołany w skład zarządu dopiero w dniu 30 września 2003 r. W okresie zatem, w którym istniało zobowiązanie do zapłaty wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z nieruchomości, M. K. nie był jeszcze członkiem zarządu, a tym samym nie może odpowiadać na podstawie art. 299 k.s.h.

**Apelację** od powyższego wyroku złożył powód, zaskarżając go w całości na podstawie następujących zarzutów:

1. naruszenia art. 235 § 1 k.p.c. i art. 236 k.p.c. oraz 278 k.p.c. w związku z art. 299 § 2 k.s.h. poprzez ustalenie iż pozwani jako członkowie zarządu (...) Sp. z o.o., złożyli w terminie wnioski o ogłoszenie upadłości tej spółki, w oparciu o opinie biegłego sądowego, opracowaną w innej sprawie, ,

2. naruszenia art. 6 k.c. i 299 § 2 k.s.h. w wyniku uznania, iż nie ma podstaw do ponoszenia przez pozwanych odpowiedzialności za długi (...) Sp. z o.o., pomimo, iż nie wykazali oni tej okoliczności poprzez stosowne wnioski dowodowe przewidziane przepisami kodeksu postępowania cywilnego,

3. błędu w ustaleniu faktycznych skutkującego naruszeniem art. 299 k.s.h. poprzez ustalenie, iż pozwani: M. K. i A. J. (2) nie ponoszą odpowiedzialności za długi (...) Sp. z o.o., bowiem M. K. nie był członkiem zarządu tej spółki w czasie istnienia zobowiązania, a A. J. (1) nie był członkiem zarządu w dacie, w której wystąpiły przesłanki do ogłoszenia upadłości.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie od pozwanych na rzecz powoła zwrotu kosztów procesu i kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu przed sądem pierwszej i drugiej instancji.

**Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:**

Apelacja nie jest zasadna.

Nietrafny jest zarzut naruszenia przepisów prawa procesowego w postaci art. 235 § 1 k.p.c. i art. 236 k.p.c. oraz 278 k.p.c. Na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2011 r. (k-214) Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu księgowości w osobie E. S.: „, celem złożenia ustnych wyjaśnień i oświadczeń co do tego, czy opracowaną przez siebie opinię podtrzymuje czy też chciałaby ewentualnie na piśmie zgłosić do niej określone modyfikacje”. Biegły -E. S. została wezwana na rozprawę dnia 25 listopada 2011 r., na której oświadczyła, że w całości popiera wnioski swojej opinii pisemnej wydanej na zlecenie Prokuratury Rejonowej Warszawa Śródmieście w sprawie RDS 50137/04 (5 Ds.2329/05/VI) na okoliczność ustalenia czasokresu zaistnienia przesłanek do złożenia przez zarząd (...) Sp. z o.o. w W. wniosku o ogłoszenie upadłości. Sąd Okręgowy zarządzeniem z dnia 13 maja 2011 r. zwrócił się do Prokuratury Rejonowej Warszawa Śródmieście (k.142) o nadesłanie tego dokumentu (k-154 – 174), uwzględniając wniosek strony pozwanej (k.58). Powyższy dokument został również dołączony w formie załącznika do odpowiedzi na pozew złożonej przez pozwanego J. J. (k-81-91), który ponadto wnosił o przeprowadzenie przez sąd pierwszej instancji dowodu z opinii biegłego z zakresu księgowości m.in. na okoliczność ustalenia terminu zaistnienia przesłanek do złożenia wniosku o upadłość (...) Sp. z o.o. w W. (k-69). Prawidłowe wykorzystanie dowodów, w tym także z pisemnych opinii biegłego (biegłych) zebranych w innej sprawie, zapobiega często ponownemu wzywaniu tych samych osób i w sposób istotny może przyczynić się do efektywności każdego postępowania cywilnego. Jednakże wykorzystanie materiałów

zawartych w aktach innej sprawy nie może naruszać zasady bezpośredniości, czemu dał wyraz Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 stycznia 1997 r., I CKN 42/96, OSNC 1997/5/62.

W rozpoznawanej sprawie zasada ta nie została naruszona. Pomimo wadliwości redakcyjnej wydanego w dniu 26 sierpnia 2011 postanowienia dowodowego (art. 236 k.p.c.) nie budzi zdaniem Sądu Apelacyjnego wątpliwości, iż Sąd Okręgowy dopuścił dowód z ustnej opinii biegłego sądowego z zakresu księgowości w osobie E. S. , na okoliczności tożsame jak w postępowaniu karnym , w którym biegła wydała opinię pisemną. Wybór przez sąd formy, w jakiej opinia ma być przedstawiona wynika z art. 278 § 3 k.p.c., który dopuszcza złożenie przez biegłego opinii ustnie. Taka forma powinna być stosowana szczególnie wtedy, gdy możliwe jest to natychmiast i nie utrudnia stronom ustosunkowania się do opinii. Treść opinii ustnej zamieszcza się w protokole z posiedzenia sądowego (art. 158 § 1 pkt 2 k.p.c. ). Dokument zawierający opinię biegłego , wydaną dla potrzeb postępowania karnego, był znany stronom jeszcze przed wydaniem opinii ustnej, a więc nie utrudniało to skarżącemu zapoznanie się zarówno z zastosowaną przez biegłego metodologią czynności badawczych, podstawą wydania opinii oraz jej wnioskami. Podkreślić należy, iż apelujący nie zadał biegłemu na rozprawie w dniu 25 listopada 2011 r. żadnych pytań ( k-224-225 ), nie zgłosił także do treści opinii uwag i wniosków.

Art. 162 k.p.c. stanowi, że strony mogą w toku posiedzenia, a jeżeli nie były obecne, na najbliższym posiedzeniu zwrócić uwagę sądu na uchybienia przepisom postępowania, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Przepis ten przewiduje prekluzję zarzutów dotyczących niektórych naruszeń prawa procesowego. Z jego treści wynika, że skutkiem niepodniesienia przez stronę zarzutu naruszenia przepisów postępowania w sposób określony w tym przepisie jest bezpowrotna utrata tego zarzutu w dalszym toku postępowania, a więc także w postępowaniu wywołanym wniesieniem zażalenia oraz w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym, chyba że chodzi o przepisy prawa procesowego, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu, albo że strona nie zgłosiła zastrzeżeń bez swej winy. Celem regulacji z art. 162 k.p.c. jest zapobieganie nielojalności procesowej przez zobligowanie stron do zwracania na bieżąco uwagi sądu na wszelkie uchybienia procesowe w celu ich niezwłocznego wyeliminowania i niedopuszczenie do celowego tolerowania przez strony takich uchybień z zamiarem późniejszego wykorzystania ich w środkach odwoławczych ( por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2006 r., II CSK 229/06, Lex nr 337525, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 17 grudnia 2008 r., I ACa 890/08, Lex nr 518065 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 20 grudnia 2007 r., I ACa 772/07, Lex nr 503258 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 234/09, Lex nr 589835) .Sąd w myśl przepisu art. 240 § 1 k.p.c. może bezzwłocznie zweryfikować swoje stanowisko w zakresie oceny dowodów, co odpowiada uprawnieniu strony przewidzianym w art. 162 k.p.c. zmierzającym do aktywnego współdziałania w eliminacji stwierdzonych w toku tego postępowania uchybień bez potrzeby przenoszenia ich do instancji nadrzędnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2007 r., IV CSK 340/06, Lex nr 395263). Apelujący nie zgłosił na podstawie art. 162 k.p.c. stosownego zastrzeżenia , kwestionującego przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w formie ustnej. Oznacza to, że utracił prawo powoływania zarzutu ewentualnego naruszenia przepisów prawa procesowego w tym zakresie w postępowaniu apelacyjnym.

Opinia biegłego podlega ocenie - 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 ( por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 lipca 1999 r., II UKN 80/99, OSNAPIUS 2000/ 22/831 i postanowienie Sądu Najwyższego z dnia z dnia 7 listopada 2000 r., I CKN 1170/98, OSNC 2001/4/ 64). Opinia biegłego E. S. , chociaż przedstawiona w ustnej formie , ale odwołująca się do istniejącego dokumentu , tj. opinii pisemnej opracowanej dla potrzeb innej sprawy, spełnia wskazane powyżej kryteria. Zasada kontradyktoryjności procesu powoduje, że to strona winna wykazać się niezbędną aktywnością i wykazać błędy, sprzeczności lub inne wady w opinii biegłego, które ją dyskwalifikują; ewentualnie uzasadniają przeprowadzenie dodatkowych opinii. Apelacja nie zawiera żadnych zarzutów w tym przedmiocie. Sąd Apelacyjny podziela dokonaną przez Sąd Okręgowy ocenę tego dowodu oraz ustalenie dokonane na jego podstawie,

iż czasem właściwym na złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości (...) Sp. z o.o. w W. był luty 2004 r. Prawidłowe były także inne ustalenia faktyczne sądu pierwszej instancji z wyjątkiem stwierdzenia, iż zarząd (...) sp. z o.o. w W. złożył w dniu 12 lutego 2004 r. w sposób skuteczny wniosek o ogłoszenie upadłości.

Z art. 299 k.s.h. wynika, że w sprawie opartej na tym przepisie, wierzyciel powinien tylko wykazać, iż spółka posiada wobec niego ważne zobowiązanie wyrażone w tytule egzekucyjnym, bezskuteczność egzekucji przeciwko zadłużonej spółce i wskazać członka zarządu tej spółki, który na podstawie tego przepisu powinien ponieść odpowiedzialność osobistą i solidarną z innym członkiem zarządu. Jeżeli pozwany członek zarządu chce uwolnić się od odpowiedzialności, to powinien na podstawie art. 299 § 2 k.s.h. i art. 6 k.c. udowodnić jedną ze wskazanych w tym przepisie okoliczności egzoneracyjnych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2011 r., II CSK 451/10, Lex nr 1027170 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2005 r., V CK 129/05, Lex nr 387732).

Powód wykazał, iż (...) sp. z o.o. w W. posiada w stosunku do niego wyrażone w tytule egzekucyjnym zobowiązanie pieniężne w kwocie dochodzonej pozwem. Wprawdzie załączony do pozwu odpis wyroku z dnia 14 lipca 2004 r. wydany przez Sąd Okręgowy w Warszawie, sygn. akt III C 35/03 nie posiada stwierdzenia prawomocności, ale wierzytelność m. s. W. znajduje się na prawomocnej liście wierzytelności sporządzonej w postępowaniu upadłościowym (dodatkowa lista wierzytelności k- 517 akt X GUp 41/06 Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy). Zatwierdzona w postępowaniu upadłościowym lista wierzytelności stanowi w świetle przepisów ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. Nr 60, poz. 535 z późn. zm. – dalej powoływana jako u.p.n.) tytuł egzekucyjny przeciwko upadłemu (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2009 r., III CZP 3/09, OSNC 2010/1/1 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2006 r., III CSK 156/06, Lex nr 398385). Zgodnie z art. 170§ 1 u.p.n.– po ukończeniu lub umorzeniu postępowania upadłościowego wyciąg z ustalonej listy wierzytelności, zawierający oznaczenie wierzytelności oraz sumy na jej poczet przez wierzyciela otrzymanej, jest tytułem egzekucyjnym przeciwko upadłemu. Powód wykazał również, iż w postępowaniu upadłościowym nie został w ogóle zaspokojony. Wskazał także członków zarządu dłużnika oraz okresy, w których pełnili oni swoje funkcje.

A. J. (1) złożył rezygnację z pełnienia funkcji w zarządzie w dniu 30 maja 2003 r., a w lutym 2004 r., kiedy zaistniały przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości członkami zarządu byli M. K. i J. J.. (...) sp. z o.o. w W. dotyczy wynagrodzenia z tytułu bezumownego korzystania z nieruchomości, stanowiącej własność (...) W. w okresie od dnia 11 listopada 2000 r. do dnia 25 stycznia 2002 r. oraz kosztów postępowania zasądzonych wyrokiem z dnia 14 lipca 2004 r. wydanym przez Sąd Okręgowy w Warszawie, sygn. akt III C 35/03. Przesłankami odpowiedzialności przewidzianej w art. 299 § 1 k.s.h. są: istnienie określonego zobowiązania spółki z o.o. w czasie, w którym dana osoba była członkiem zarządu spółki (a więc niepowstałego później), oraz bezskuteczność egzekucji tego zobowiązania przeciwko spółce czy to w czasie pozostawania przez tę osobę członkiem zarządu, czy to już po jej odwołaniu z zarządu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2011 r., II CSK 571/10, Lex nr 847124). Dla odpowiedzialności członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania spółki (art. 299 k.s.h.) ważne jest rozróżnienie powstania oraz wymagalności tych zobowiązań, przy czym miarodajne jest istnienie zobowiązań, a nie ich wymagalność (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 r., V CSK 188/10, Lex nr 1102881). 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, a którzy nie zgłosili odpowiedniego wniosku (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2008 r., III CZP 143/07, OSNC 2009/3/38 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2011 r., V CSK 347/10, Lex nr 1027201). Zobowiązania z tytułu wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z nieruchomości istniały już w okresie pełnienia funkcji w zarządzie przez A. J. (1) (nie istniało natomiast zobowiązanie z tytułu kosztów procesu, zasądzonych w sprawie sygn. akt III C 35/03, w kwocie 20 848,60 zł). Osoba, która została odwołana uchwałą wspólników z funkcji członka zarządu spółki z o.o. nie ma już od tej chwili wpływu na prowadzenie spraw spółki i nie może jej reprezentować, co musi więc wyłączać jej odpowiedzialność za zobowiązania spółki powstałe po jej odwołaniu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2005 r., V CK 839/04, Lex nr 536022). Brak istnienia zobowiązania (w zakresie kosztów procesu) oraz brak –pomimo istnienia zobowiązania do zapłaty wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z nieruchomości - podstaw do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości

spółki w okresie , gdy pozwany A. J. (1) był członkiem zarządu spółki - dłużnika, uniemożliwia ( jak słusznie uznał Sąd Okręgowy ) uwzględnienie w stosunku do niego powództwa , z powodu braku przesłanek z art. 299§ 1 k.s.h.

Zobowiązanie zarówno co do kwoty wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z nieruchomości oraz kosztów procesu istniało w okresie , gdy funkcje w zarządzie pełnili M. K. i J. J.. Sąd Okręgowy bezzasadnie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku utożsamia datę powstania zobowiązania z jego istnieniem. Fakt, iż określone zobowiązanie powstało zanim dana osoba została powołana w skład zarządu nie oznacza, iż nie istniało ono w czasie pełnienia przez nią swojej funkcji. Zresztą zobowiązanie to nadal istnieje, gdyż analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego nie wykazała, aby wygasło. W czasie zasiadania w zarządzie przez M. K. i J. J. zaistniały (w lutym 2004 r.) przyczyny uzasadniające zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości . Bezzasadne jest jednak stanowisko Sądu Okręgowego, iż wniosek taki , spełniający przesłanki z art. 299§ 2 k.s.h., został złożony przez zarząd dłużnika w dniu 12 lutego 2004 r. Kopia powyższego wniosku znajduje się w aktach sprawy ( k-77- 80). Dla uwolnienia się z odpowiedzialności przewidzianej w art. 299 § 2 k.s.h. nie wystarczy samo wystąpienie z wnioskiem o ogłoszenie upadłości , ale konieczne jest także dokonanie wszelkich czynności procesowych niezbędnych dla kontynuowania tego postępowania ( por. Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2011 r., I CSK 574/10, Lex nr 950714). Wniosek o ogłoszenie upadłości spółki nie został skutecznie złożony przez organ reprezentujący osobę prawną , co wynika z treści samego postanowienia (wraz z uzasadnieniem) wydanego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w dniu 31 marca 2004 r., sygn. akt XVII GU 186/04 o ogłoszeniu upadłości (...) Sp. z o.o. w W. ( k-74-75). Wniosek o ogłoszenie upadłości zgłosili skutecznie wierzyciele, w tym w dniu 16 lutego 2004 r. (...) Sp. z o.o. w W.. Natomiast wniosek o ogłoszenie upadłości złożony przez zarząd (...) Sp. z o.o. w W. zarządzeniem z dnia 1 marca 2003 r. został zwrócony z uwagi na braki formalne ( co wynika z treści odpowiedzi dłużnika na wniosek wierzyciela k- 19- 20 , akta Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy sygn. XVII GU 186/04).

Pozwany członek zarządu może powołać się na zgłoszony we właściwym czasie wniosek o ogłoszenie upadłości pochodzący od innych członków zarządu, a nawet od wierzyciela spółki ( por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2008 r., III CSK 364/07, Lex nr 490434 i P. Wołowski, Odpowiedzialność członka zarządu spółki z o.o. za zaniechanie w przedmiocie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, Pr.Sp. 2010, nr 1, s. 54). Skoro właściwym czasem na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości był miesiąc luty 2004 r., a wniosek taki został w dniu 16 lutego 2004 r. złożony przez wierzyciela (...) Sp. z o.o. w W., to zaistniała przesłanka egzoneracyjna z art. 299§ 1 k.s.h. w stosunku do pozwanych M. K. i J. J., co musiało skutkować oddaleniem powództwa.

Uznając apelację za bezzasadną Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł o jej oddaleniu.

O kosztach procesu za instancję odwoławczą rozstrzygnięto , stosownie do wyniku postępowania, w oparciu o art. 98§ 1 i § 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c., art.108§ 1 k.p.c. i art.391§ 1 k.p.c.