

Sygn. akt VI Ga 139/13

POSTANOWIENIE

Dnia 25 listopada 2013 r.

Sąd Okręgowy w Toruniu Wydział VI Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący SSO Jerzy P. Naworski (spr.)

Sędziowie SO Zbigniew Krepski, SO Jakub Rusiński

Protokolant sekr. sądowy Małgorzata Barabasz

po rozpoznaniu w dniu 25 listopada 2013r. w Toruniu

na rozprawie

sprawy z wniosku Syndyka masy upadłości Spółdzielni (...) w G. D. w upadłości likwidacyjnej

przy uczestnictwie M. F. i R. O.

o pozbawienie prawa prowadzenia działalności gospodarczej

na skutek apelacji uczestników od postanowienia Sądu Rejonowego w Toruniu z dnia 11 lipca 2013r., sygn. akt V Gzd 7/10

postanawia

1. zmienić pkt 5 (piąty) i 6 (szósty) zaskarżonego postanowienia w ten sposób, że oddalić wniosek w stosunku do R. O. i zasądzić od wnioskodawcy na rzecz tego uczestnika kwotę 137 zł (sto trzydzieści siedem złotych) tytułem kosztów postępowania za pierwszą instancję,
2. zmienić pkt 7 (siódmy) i 8 (ósmy) zaskarżonego postanowienia w ten sposób, że oddalić wniosek w stosunku do M. F. i zasądzić od wnioskodawcy na rzecz tego uczestnika kwotę 137 zł (sto trzydzieści siedem złotych) tytułem kosztów postępowania za pierwszą instancję,
3. zasądzić od wnioskodawcy na rzecz każdego z uczestników kwotę po 160 zł (sto sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów postępowania za drugą instancję

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w sprawie z wniosku Syndyka masy upadłości Spółdzielni (...) w G. - D. (dalej jako spółdzielnia lub upadła) w upadłości likwidacyjnej o pozbawienie A. C., S. K., R. O. i M. F. prawa prowadzenia działalności gospodarczej oraz pełnienia określonych funkcji postanowieniem z dnia 11 lipca 2013 r. oddalił wniosek w stosunku do A. C. i S. K., natomiast pozbawił R. O. i M. F. prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek oraz pełnienia funkcji członka rady nadzorczej, reprezentanta lub pełnomocnika w spółce handlowej, przedsiębiorstwie państwowym, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszeniu na okres 3 lat oraz zasądził od każdego z uczestników na rzecz wnioskodawcy kwotę po 2.578,50 zł.

Sąd ten wskazał, że Syndyk masy upadłości Spółdzielni (...) w G.-D. w upadłości likwidacyjnej wniósł o orzeczenie wobec A. C., S. K., R. O. oraz M. F. zakazu prowadzenia działalności gospodarczej oraz pełnienia określonych funkcji

na okres od trzech do dziesięciu lat. Podstawą żądania był art. 373 ust 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 1112 ze zm., dalej jako p.u.n.).

Sąd pierwszej instancji ustalił, że R. O. był prezesem zarządu spółdzielni w okresie od 01 lipca 2008 r. do 30 listopada 2008 r., a M. F. zastępca prezesa zarządu w okresie od 01 września 2008 r. do 30 listopada 2008 r. W dniu 30 października 2009 r. likwidator spółdzielni złożył wniosek o ogłoszenie jej upadłości, a Sąd Rejonowy w Toruniu postanowieniem z dnia 13 listopada 2009 r. ogłosił jej upadłość likwidacyjną. W chwili złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółdzielnia nie wykonywała znaczącej części swoich wymagalnych zobowiązań. Na przestrzeni 2008 r. zobowiązania Spółdzielni nie przekroczyły wartości jej aktywów. W postępowaniu upadłościowym wykazano przeszło 280 wierzycieli, których należności przekraczały 5.000.000,00 zł. Spółdzielnia nie spłacała swoich wymagalnych zobowiązań. Stan taki utrzymywał się w 2008 r. Od marca 2008 r. spółdzielnia nie regulowała zaległości wobec ZUS. Następnie liczba oraz kwota zaległości wzrastały. W czerwcu 2008 r. spółdzielnia zalegała z zapłatą należności wobec czterech kontrahentów oraz ZUS (na kwotę 80.822,16 zł.), na dzień 14 lipca 2008 r. istniały zaległości z 13 faktur i wobec ZUS za 4 miesiące, na kwotę 194.849,43 zł.; na dzień 14.08.2008 r. zaległości wynikające z 33 faktur oraz wobec ZUS za 5 miesięcy, na kwotę 445.238,00 zł.; na dzień 14.09.2008 r. zaległości z 53 faktur i wobec ZUS za 6 miesięcy, na kwotę łącznie 609.500,96 zł.; na dzień 14.10.2008 r. zaległości z 79 faktur i wobec ZUS za 7 miesięcy, na łączną kwotę 877.044,98 zł.; na dzień 14.11.2008 r. zaległości z 126 faktur i wobec ZUS za 8 miesięcy na kwotę 1.348.288 zł.

W ocenie Sądu a quo, Spółdzielnia zaprzestała spłacania wymagalnych zobowiązań w czerwcu 2008 r. i była niewypłacalna co najmniej od końca czerwca 2008 r. w rozumieniu art. 10 i 11 p.u.n. Zadłużenie spółdzielni wzrastało, rosła również liczba zobowiązań. Pogorszeniu ulegały jej wskaźniki ekonomiczne. Okres spłaty zobowiązań w dniach wzrósł z 71 dni w 2007 r. do 117 dni w 2008 r.

Do końca 2007 r. sytuacja gospodarcza i finansowa spółdzielni była dobra, nie stwierdzono istotnych zagrożeń możliwości kontynuowania działalności. Spółdzielnia wykazała zysk za 2007 r. Spółdzielnia zatrudniała około 400 pracowników; w tym okresie wynagrodzenia pracowników były wypłacane. Nieliczne stosunkowo, niespłacone zobowiązania nie powodowały zagrożenia dla funkcjonowania przedsiębiorstwa. Znaczące i istotne pogorszenie sytuacji spółdzielni nastąpiło w 2008 r. Działania zarządu Spółdzielni były podejmowane w kierunku polepszenia jej kondycji, spłaty zobowiązań i uzyskania zysku. Jednakże efekty były niewystarczające i rozciągnięte w długim okresie czasu. Na 2008 r. wykazano stratę. Zobowiązania były spłacane z dużym opóźnieniem, w wielu wypadkach przekraczającym trzy miesiące (w 2008 r. okres spłaty zobowiązań wydłużył się do 117 dni). Nie można zatem mówić o krótkotrwałym zaprzestaniu spłacania długów. Nie zostało wykazane przez uczestników postępowania, że wierzyciele przedłużali terminy zapłaty. Nie jest dowodem przedłużania terminów sam fakt, iż wierzyciele nie wnosili w 2008 r. pozwów przeciwko spółdzielni. W 2008 r. sytuacja przedsiębiorstwa pogarszała się i stan taki utrzymywał się do chwili złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Znaczące pogorszenie sytuacji finansowej spółdzielni w 2008 r. wiązało się między innymi z wystąpieniem kryzysu gospodarczego w tymże roku. W tym okresie członkami zarządu byli: S. K. (do 29 sierpnia 2008 r.), a następnie uczestnicy R. O. i M. F. (w okresie do 30 listopada 2008 r.).

Powyższych ustaleń Sąd Rejonowy dokonał w oparciu o dokumenty, opinie biegłych R. K. i G. V. oraz zeznania świadków S. K. (1), T. T. i M. Z., które korespondują z dokumentami zebranymi w sprawie, a także wyjaśnienia uczestników.

W rozważaniach prawnych Sąd meriti skupił się najpierw na przepisie art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n. wskazując, że w jego świetle sąd może orzec pozbawienie na okres od trzech do dziesięciu lat prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek oraz pełnienia funkcji członka rady nadzorczej, reprezentanta lub pełnomocnika w spółce handlowej, przedsiębiorstwie państwowym, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszeniu osoby, która ze swej winy, będąc do tego zobowiązana z mocy ustawy, nie złożyła w terminie dwóch tygodni od dnia powstania podstawy do ogłoszenia upadłości wniosku o ogłoszenie upadłości. Podstawą ogłoszenia upadłości jest stan niewypłacalności dłużnika, a ten jest niewypłacalny, jeśli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań (art. 11 ust. 1 p.u.n.), a gdy jest osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczy wartość jego majątku, nawet wówczas,

gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje. Przyczyna niewykonywania zobowiązań nie ma znaczenia dla określenia stanu niewypłacalności. Występuje on zarówno wtedy, gdy dłużnik nie wykonuje wymagalnych zobowiązań z powodu zawinienia, jak i wtedy, gdy taki stan rzeczy jest wynikiem okoliczności obiektywnych.

Jak podkreślił Sąd a quo, redakcja przepisu art. 373 ust 1 pkt 1 p.u.n. nie uzależnia możliwości pozbawienia praw od stopnia zawinienia. Oznacza to, że podstawą do pozbawienia prawa prowadzenia działalności gospodarczej i sprawowania określonych funkcji jest zarówno wina umyślna, jak i wina nieumyślna. Działaniem zawinionym jest zachowanie odbiegające od ustalonych standardów, które w odniesieniu do członka zarządu spółdzielni oznaczają, że przy wykonywaniu swoich obowiązków powinien on dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności. Powyższe wskazuje zatem na obowiązek zachowania wyższej staranności niż przy stosunkach zwykłego rodzaju.

Analizując sprawę pod kątem przedstawionych przesłanek orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej Sąd Rejonowy zważył, że w sprawie przedmiotem sporu była również interpretacja przepisów art. 130 ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. nr 188, poz. 1848 ze zm., dalej jako pr. sp.). Stanowisko stron zostało szczegółowo przedstawione w pismach złożonych w sprawie włącznie z przywołaniem orzecznictwa Sądu Najwyższego, które nie jest jednakże jednolite i jednoznaczne w tym zakresie. W ocenie Sądu pierwszej instancji, trafny jest pogląd, że podstawą ogłoszenia upadłości dłużnika (w niniejszej sprawie spółdzielni) jest także zaprzestanie płacenia wymagalnych zobowiązań. Nie budzi wątpliwości, że sąd może ogłosić upadłość spółdzielni na wniosek jej wierzyciela w związku z zaprzestaniem płacenia wymagalnych zobowiązań. Wymienienie w § 2 art. 130 pr. sp. nadwyżki zobowiązań nad aktywami spółdzielni, jako przyczyny zwołania walnego zgromadzenia, na którego porządku obrad zamieszcza się sprawę dalszego istnienia spółdzielni, niewątpliwie dotyczy możliwości ogłoszenia upadłości. Nie jest to jednak jedyna przyczyna stanu niewypłacalności skutkująca powstaniem obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Odpowiedzialność z art. 373 p.u.n. dotyczy również członków zarządu spółdzielni.

Nie ulega, zdaniem Sądu pierwszej instancji, wątpliwości, że uczestnicy postępowania R. O. i M. F. stali się osobami zobowiązanymi do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości z chwilą objęcia funkcji członków zarządu spółdzielni, a obowiązek ten trwał do chwili gdy sprawowali funkcje w zarządzie spółdzielni. Uczestnicy byli uprawnieni do reprezentowania spółdzielni. R. O. i M. F. byli członkami zarządu do 30 listopada 2008 r. W związku z czym na mocy art. 20 ust. 1 pkt 2 p.u.n. byli osobami zobowiązanymi do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości z chwilą zaistnienia po temu przesłanek. W ocenie Sądu a quo, spełniona została przesłanka przekroczenia terminu do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w przypadku R. O. i M. F.. W świetle przeprowadzonych dowodów stan niewypłacalności spółdzielni w postaci zaprzestania spłacania wymagalnych zobowiązań zaistniał w czerwcu 2008 r. Nie budzi wątpliwości fakt, że już w tym miesiącu spółdzielnia nie spłacała znacznej części wymagalnych zobowiązań. Wobec powyższego istotne dla postępowania było ustalenie, czy stan ten (niewypłacalność), istniał w momencie objęcia przez uczestników funkcji członka zarządu. Przeprowadzone w sprawie dowody, zdaniem Sądu Rejonowego, potwierdzają, że w czerwcu, lipcu, sierpniu, wrześniu, październiku i listopadzie 2008 r. istniały zobowiązania spłacane ze znacznym opóźnieniem. W roku 2008 r. odnotowano pogorszenie sytuacji. Nie budzi wątpliwości fakt, że we wniosku o ogłoszenie upadłości wskazano zobowiązania pochodzące jeszcze z maja i czerwca 2008 r. Zadłużenie to było starsze niż jeden rok.

Sąd ten wskazał, że już w sierpniu i wrześniu 2008 r. istniały znaczące przeterminowane zobowiązania, a wedle art. 11 ust 1 p.u.n. dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań. Uczestnicy postępowania nie kwestionowali faktu, że istniały zobowiązania nie spłacane oraz spłacane częściowo. Pozwala to, co najwyżej na stwierdzenie, że reprezentanci spółdzielni R. O. i M. F. liczyli na pozytywne działania osób trzecich, w tym wierzycieli, którzy nie egzekwowali należności na drodze sądowej. Nie niweczy to pozytywnej oceny starań zmierzających do poprawy sytuacji spółdzielni, nie usuwa jednak również odpowiedzialności wskazanych osób za opóźnienie w złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości. Aby móc mówić o przekroczeniu wskazanego wyżej dwutygodniowego terminu, w świetle dwóch kolejnych przesłanek orzeczenia zakazu, osoba która była obowiązana do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości musiała być świadoma tego stanu. Uczestnicy postępowania, R. O. i M. F.,

byli świadomi rozlicznych problemów związanych z działalnością spółdzielni. Przez cały czas reprezentanci spółdzielni mogli otrzymywać informacje o trudnościach dotyczących płatności. Te informacje powinny zaniepokoić uczestników i spowodować weryfikację oceny stanu wypłacalności spółdzielni, świadczyły bowiem o tym, że przynajmniej część wymagalnych wierzytelności nie została zapłacona w terminie. Już po wstępnym przejrzaniu części dokumentów czy też zapoznaniu się z ich fragmentami uczestnicy powinni uświadomić sobie, że spółdzielnia nie spłaca wymagalnych zobowiązań. Mając to na względzie, według Sądu a quo, najpóźniej we wrześniu 2008 r. uczestnicy R. O. i M. F. powinni zdawać już sobie sprawę z niewypłacalności spółdzielni. Dwutygodniowy zatem termin do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości minął zatem wiele miesięcy przed faktycznym jego złożeniem. Stan niewypłacalności spółdzielni, której reprezentantami byli uczestnicy, utrzymywał się przez wiele miesięcy. Nie zmieniał tego fakt regulowania bieżących płatności wobec niektórych podmiotów czy pracowników, przy braku spłaty innych, od dawna wymagalnych wierzytelności. Stan bowiem niewypłacalności istnieje w sytuacji, gdy dłużnik nie wykonuje swoich wymagalnych wierzytelności już choćby wobec dwóch wierzycieli, a nie wówczas, gdy nie wykonuje jakichkolwiek wierzytelności. W związku z tym Sąd Rejonowy uznał, że w odniesieniu do obu uczestników zachodziły przesłanki, o których mowa w art. 373 ust. 1 p.u.n. Orzeczenie w przedmiocie zakazu pozbawienia prawa prowadzenia działalności gospodarczej uczestnika postępowania wymagało także rozważenia stopnia winy uczestników oraz skutków zaniechania w złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości, ze szczególnym uwzględnieniem obniżenia wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa oraz rozmiaru pokrzywdzenia wierzycieli. W ocenie Sądu pierwszej instancji, brak zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości był spowodowany zawinionym działaniem uczestników postępowania R. O. i M. F.. Okoliczności wyłączające winę w zaniechaniu złożenia wniosku o upadłość (np. ciężka choroba zobowiązanego do złożenia wniosku, niewiedza co do stanu niewypłacalności), nie zostały przez uczestników wykazane. Przeciwnie, uczestnicy wiedzieli o istnieniu wymagalnych zobowiązań. Z drugiej strony pozytywnie ocenić należy podejmowane przez uczestników próby, choć nieskuteczne w dłuższej perspektywie, poprawy kondycji finansowej przedsiębiorstwa. Niemniej jednak w przypadku stanu niewypłacalności właściwą drogą postępowania dłużnika każdorazowo powinno stanowić złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, z opcją likwidacyjną bądź układową. Takie postępowanie dłużnika prawidłowo zabezpiecza interes wierzycieli dając możliwość ich sprawiedliwego oraz możliwie najpełniejszego zaspokojenia. Wbrew twierdzeniom uczestników, jak podkreślił Sąd Rejonowy, skutkiem zaniechania w złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości było m.in. obniżenie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa. Odwlekanie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości doprowadziło w efekcie do całkowitego zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej a uczestnicy postępowania narazili wierzycieli na niemożność zaspokojenia roszczeń w większym stopniu niż mogło to nastąpić obecnie. W tym okresie narastały zobowiązania uboczne, wielkość majątku zmalała. Niekorzystnie na sytuacji ogółu wierzycieli odbiło się również wybiórcze zaspokajanie należności tylko niektórych z nich przed ogłoszeniem upadłości. W sytuacji stanu niewypłacalności tryb zaspokajania wierzycieli nie jest dowolny i powinien następować zgodnie z przepisami prawa upadłościowego i naprawczego.

Z przedstawionych powodów Sąd Rejonowy uznał, że zaszły przesłanki, o których mowa w art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n., biorąc zaś pod uwagę stopień winy uczestników oraz skutki zaniechania w złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie, orzekł w stosunku do R. O. i M. F. zakaz prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek oraz pełnienia określonych funkcji na okres trzech lat, a więc w minimalnym wymiarze, a o kosztach postępowania na podstawie art. 520 § 2 k.p.c., nakładając obowiązek ich zwrotu na uczestników postępowania kosztów, na które składały się opłata od wniosku, koszty sporządzenia opinii przez biegłych oraz koszty zastępstwa procesowego (k. 902-918).

Pełnomocnik uczestników w dwóch apelacjach, o identycznej treści, zaskarżył postanowienie w części pozbawiającej uczestników prawa prowadzenia działalności gospodarczej i pełnienia funkcji wymienionych w art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n. wnosząc o jego zmianę i oddalenie wniosku w stosunku do każdego z uczestników oraz o zasądzenie od wnioskodawców na ich rzecz kosztów postępowania.

Pełnomocnik skarżących zarzucił naruszenie:

1. prawa materialnego, tj. przepisów art. 130 § 2, 3 i 4 pr. sp. przez nieuwzględnienie, że stanowią one *lex specialis* w stosunku do przesłanek ogłoszenia upadłości wskazanych w p.u.n. oraz popełnienie w tym zakresie błędu subsumcji

polegającego na braku uwzględnienia materiału dowodowego świadczącego o dochowaniu przez uczestników aktu należytej staranności określonego w art. 130 § 2 pr. sp.,

2. prawa materialnego, tj. art. 373 ust. 1 w zw. z art. 373 ust. 2 p.u.n. przez nieuwzględnienie, w kontekście materiału dowodowego sprawy, że celem przepisu jest eliminowanie z obrotu gospodarczego osób wykorzystujących działalność gospodarczą do działalności przestępczej lub prowadzących tę działalność nieudolnie, a więc wykazania co najmniej niedbalstwa w prowadzeniu interesów przedsiębiorcy, nie zaś każdej osoby, która naruszyła ustawowe terminy do złożenia wniosku o upadłość oraz poprzez przyjęcie, że przepis ten nie uzależnia możliwości jego zastosowania od stopnia zawinienia,

3. naruszenie prawa procesowego, tj. art. 224 § 1 w zw. z art. 210 § 3 k.p.c. poprzez nieudzielenia głosu stronom przed zamknięciem rozprawy, a przez to uniemożliwienie zagwarantowanego prawem wyrażenia własnej opinii przed etapem „roztrząsania wyników procesu”, co narusza zasadę kontrydiktoryjności i równości stron postępowania,

4. prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

a) uznanie opinii biegłych za miarodajny dowód w sprawie pomimo zastrzeżeń zgłoszonych przez pełnomocników uczestników, w szczególności wobec wykazanego i niekwestionowanego także przez sąd faktu braku oparcia opinii na oryginałach dokumentów księgowych upadłej,

b) związanie się wypowiedzią biegłej G. V. i uznaniu jej za własną w kwestii zastrzeżonej do wyłącznej kompetencji sądu, tj. kwestii ustalenia i oceny faktów oraz ich prawnego znaczenia i prawidłowości dla podjętego rozstrzygnięcia poprzez przyjęcie twierdzeń biegłej o spełnieniu przez wydruki znajdujące się w aktach sprawy przesłanek uznania ich za dokumenty w rozumieniu ustawy o rachunkowości i jako takich przyjęcia ich za jedną z podstaw faktycznych rozstrzygnięcia,

c) nieuwzględnienie przy ustalaniu stanu i daty zaprzestania spłacania wymagalnych zobowiązań upadłej dowodów w postaci wykazanego faktu znacznego spłacenia zobowiązań upadłej wobec ZUS, w okresie bezpośrednio następującym po okresie odejścia uczestników z zarządu spółdzielni,

d) dokonanie ustaleń przekraczających zasadę swobodnej oceny dowodów przez przyjęcie:

- że rzekome odwleknięcie przez uczestników złożenia wniosku ogłoszenie upadłości spowodowało obniżenie wartości ekonomicznej spółdzielni oraz doprowadziło do całkowitego zaprzestania prowadzenia działalności, przez co uczestnicy narazili wierzycieli na niemożność zaspokojenia ich roszczeń,

- że wybiórcze zaspokajanie niektórych wierzycieli przed dniem ogłoszenia upadłości odbiło się niekorzystnie na sytuacji ogółu wierzycieli,

- że opinie biegłych zostały oparte w części istotnej dla ich meritum na dokumentach znajdujących się w archiwum,

- że upadła w okresie sprawowania funkcji przez uczestników w sposób trwały zaprzestała spłacania swoich wymagalnych zobowiązań,

- założenia o odpowiedzialności uczestników w zakresie trwałego zaprzestania spłacania zobowiązań przez spółdzielnię także za okres, w którym nie pełnili funkcji zarządców,

- odmienne oceny tych samych faktów jako podstawy oceny winy w stosunku do uczestników i S. K..

Uzasadnienie apelacji zawiera obszerną argumentację poszczególnych zarzutów (k. 922-935 i k. 939-942).

Pełnomocnik wnioskodawcy w odpowiedzi na obie apelacje wniósł o ich oddalenie i o zasądzenie od uczestników kosztów postępowania kwestionując zarzuty apelacji i ich uzasadnienie (k. 965-968 i k. 969-972).

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Obie apelacje są zasadne, choć nie wszystkie podniesione w nich zarzuty są trafne. W protokole z rozprawy z dnia 28 czerwca 2013 r. nie zostało odnotowane udzielenie przez przewodniczącego głosu uczestnikom przed jej zamknięciem stosownie do dyspozycji art. 224 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. (k. 886). Z treści protokołu wynika jednak, że zamknięcie rozprawy nastąpiło po oświadczeniach pełnomocników wnioskodawcy i uczestników, że nie składają dodatkowych wniosków (k. 886). W związku z tym naruszenie art. 224 § 1 k.p.c. nie miało wpływu na rozstrzygnięcie.

Ponadto pełnomocnik skarżących, obecny na rozprawie, nie zwrócił jednak uwagi sądu na to uchybienie i nie wniósł o wpisanie zastrzeżenia do protokołu, a zatem nie przysługuje im prawo do powoływania się na to uchybienie przepisom postępowania (art. 162 zd. 2 k.p.c.).

Uzasadnienie zaskarżonego postanowienia jest chaotyczne, co utrudnia zajęcie stanowiska dotyczącego pozostałych zarzutów apelacji. Zasadnicze znaczenia ma jednak, przeniesiony na etap postępowania apelacyjnego, problem wzajemnego stosunku przepisów art. 130 § 1 - 4 pr. sp. do przepisów art. 11 ust. 1 i 2 p.u.n. Chodzi o odpowiedź na pytanie, czy w odniesieniu do spółdzielni znajdują zastosowanie obie wymienione w art. 11 p.u.n. podstawy niewypłacalności, w tym określona w ustępie pierwszym stanowiącym, że dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie reguluje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych? Sąd pierwszej instancji odpowiedział na nie twierdząco, choć nie uzasadnił tego szerzej, co skarżący kwestionują zarzucając naruszenia art. 130 § 2-4 pr. sp.

Wzajemne relacje między wymienionymi unormowaniami pr. sp. i przepisami art. 11 p.u.n. rzeczywiście mogą budzić kontrowersje. Wprawdzie art. 130 § 1 pr. sp. stanowi, że ogłoszenie upadłości spółdzielni następuje w razie jej niewypłacalności, powtarzając regulację art. 10 p.u.n., ale dalsze unormowania art. 130 pr. sp. nie są już takie klarowne w kontekście art. 11 ust. 1 i 2 p.u.n.

W ocenie Sądu odwoławczego należy rację mają skarżący, że przepisy art. 130 § 2-4 pr. sp. samodzielnie regulują podstawy zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółdzielni. Uprawniona jest teza, że stanowią one *lex specialis* w stosunku do art. 11 ust. 1 i 2 p.u.n. jako *lex generalis*. Jej poprawności nie podważa to, że druga z przesłanek niewypłacalności określona w art. 11 ust. 2 p.u.n. w zasadzie pokrywa się z tą wskazaną w art. 130 § 2 pr. sp.

Zgodzić trzeba się zatem z opinią, że podstawą wystąpienia dłużnika (spółdzielni) z wnioskiem o ogłoszenie jej upadłości jest wyłącznie nadwyżka pasywów nad aktywami, a nie zaprzestanie płacenia wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Stanowisko takie wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 lipca 2011 r. (I UK 325/10, OSNP 201, nr 17-18, poz. 223) i uzasadnił je szerzej w uzasadnieniu orzeczenia. Przemawia za nim przede wszystkim analiza unormowań art. 130 § 1-4 pr. sp., a zwłaszcza treść § 1 i 2 art. 130, w świetle których tylko w przypadku nadwyżki pasywów nad aktywami istnieje obowiązek wszczęcia postępowania wewnątrzspółdzielczego mogącego doprowadzić do zgłoszenia przez spółdzielnię wniosku o ogłoszenie upadłości, ale nie musi, jeśli walne zgromadzenie uzna za możliwe wyjście spółdzielni ze stanu niewypłacalności (art. 130 § 3 pr. sp.).

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2010 r. (I CSK 480/09, OSNC 2010, nr 12, poz. 169), obowiązek zarządu spółdzielni niezwłocznego zgłoszenia do sądu wniosku o ogłoszenie jej upadłości staje się aktualny dopiero w razie podjęcia przez walne zgromadzenie uchwały o postawieniu spółdzielni w stan upadłości. Innym zagadnieniem jest to, jakie są skutki prawne wystąpienia przez zarządców spółdzielni z wnioskiem o ogłoszenie upadłości w sytuacji, w której walne zgromadzenie nie podjęło takiej uchwały. Należy też zwrócić uwagę na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 31 października 2012 r. ((...) 550/11, Lex nr 1233679), zgodnie z którym znaczenie użytego w art. 130 § 2 pr. sp. określenie „niezwłocznie zwołać” należy poszukiwać się w powiązaniu z treścią art. 21 ust. 1 p.u.n., a tym samym uznać, że obowiązek „zgłoszenia w sądzie wniosku” zastępowany jest przez obowiązek zwołania walnego zgromadzenia z postawieniem w porządku dziennym sprawy dalszego istnienia spółdzielni.

W świetle przedstawionych uwag zasadnicze znaczenia w sprawie ma ustalenie, czy w okresie sprawowania przez uczestników funkcji członków zarządu zaistniał stan niewypłacalności określony w art. 130 § 2 pr. sp. i art. 11 ust.

1 p.u.n., a zatem, czy ogólna wartość aktywów spółdzielni nie wystarczała na zaspokojenie wszystkich zobowiązań. Według niekwestionowanych ustaleń Sądu Rejonowego, opartych o opinię biegłych, w 2008 r. zobowiązania spółdzielni w 2008 r. nie przekroczyły wartości jej aktywów (k. 907). Także nadzwyczajne walne zgromadzenia spółdzielni, które w dniach 16 października (k. 568-574) i 06 listopada 2008 r. (k. 575-581) rozważało sytuację finansową spółdzielni, stwierdziło, że wartość zobowiązań zbliża się do wartości aktywów.

W konsekwencji uczestnicy, którzy pełnili funkcje członków zarządu spółdzielni do końca listopada 2013 r., nie mieli obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Tym samym nie zaistniała określona w art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n. przesłanka pozbawienia ich prawa prowadzenia działalności gospodarczej oraz pełnienia wymienionych w unormowaniu funkcji.

W związku z tym zarzut naruszenia art. 130 § 2,3 i 4 jest zasadny. To samo dotyczy naruszenia art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n., choć w innym kontekście niż ujmują to skarżący. Zarzut naruszenia art. 373 ust. 2 p.u.n. jest w tej sytuacji bezprzedmiotowy. Nie ma też potrzeby odnoszenia się do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.

Z przedstawionych względów należało na podstawie art. 386 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. zmienić zaskarżone postanowienie w pkt 5 i 7 w ten sposób, że oddalić wniosek w stosunku do obu uczestników jako bezzasadny, a w pkt 6 i 8 przez zasądzenie od wnioskodawcy na rzecz każdego z nich koszty postępowania przed pierwszą instancją w kwocie 137,00 zł, na którą składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości określonej w taryfie radcowskiej (120,00 zł) i opłata skarbową od pełnomocnictwa (17,00 zł) – art. 520 § 2 w zw. z art. 98 § 1 i 3, art. 99 i art. 13 § 2 k.p.c.

Co do kosztów postępowania za instancją odwoławczą należało zasądzić od wnioskodawcy na rzecz każdego z uczestników kwotę po 160,00 zł stanowiącą opłatę od apelacji (100,00zł) i wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości określonej w taryfie radcowskiej (60,00 zł) - art. 520 § 2 w zw. z art. 98 § 1 i 3, art. 99 i art. 13

§ 2 k.p.c.