

Sygn. akt I ACa 1512/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 lutego 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Anna Kowacz-Braun (spr.)
Sędziowie:	SSA Paweł Rygiel SSA Barbara Górczanowska
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Wilczura

po rozpoznaniu w dniu 5 lutego 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł.

przeciwko J. M. (1)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 5 września 2013 r. sygn. akt I C 1279/11

**1. oddala apelację:**

**2. zasądza od pozwanego na rzecz strony powodowej kwotę 2 700zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 1512/13

## UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 5 lutego 2014 r.

Strona powodowa Syndyk Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) S.A. w upadłości z siedzibą w K. w pozwie z dnia 4 grudnia 2002 r. skierowanym przeciwko A. N. i J. M. (2) wniosła o zasądzenie od pozwanych solidarnie na jej rzecz kwoty 168.103,08 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztów zastępstwa procesowego.

Żądanie swe strona powodowa wywodziła z art. 299 k.s.h.

Wyrokiem zaocznym z dnia 17 czerwca 2003 r. wydanym do sygn.

I C 1970/02 Sąd Okręgowy w Krakowie zasądził od pozwanych A. N. i J. M. (1) solidarnie na rzecz powoda Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) S.A. w upadłości kwotę 165.100,08 zł z ustawowymi odsetkami od 4 grudnia 2002 r. do dnia zapłaty (pkt I) i kwotę 3.003 zł (pkt II). W pozostałym zakresie powództwo oddalił (pkt III), zasądzając od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 3.615 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt IV) oraz nakazując ściągnąć solidarnie od pozwanych na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 10.005, 20 zł tytułem wpisu, od którego powód był zwolniony (pkt V). Wyrokowi w punkcie I i II Sąd nadał rygor natychmiastowej wykonalności.

Strona powodowa Syndyk Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) S.A. w likwidacji, po wydaniu na jej rzecz tytułu wykonawczego, zbyła zasądzoną wierzytelność na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ł.. Postanowieniem z dnia 6 września 2006 r. Sąd Okręgowy w Krakowie w sprawie do sygn. akt I Co 322/06 nadał na rzecz tej spółki klauzulę wykonalności.

W dniu 20 czerwca 2011 r. pozwany J. M. (2) złożył sprzeciw od powyższego wyroku zaocznego, wnosząc o jego uchylenie, oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów sądowych oraz kosztów zastępstwa procesowego.

Pozwany podniósł, że nie ponosi odpowiedzialności z art. 299 § 2 k.s.h. albowiem pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości wierzyciel nie poniósł szkody z uwagi na fakt, iż działalność (...) sp. z o.o. finansowana była z bieżących przychodów spółki. Jednocześnie w okresie, który poprzedzał złożenie na podstawie art. 299 k.s.h. pozwu o przeniesienie odpowiedzialności na członków zarządu spółki, wysokość majątku spółki była niewspółmiernie niska do wysokości jej zobowiązań. Ponadto zgodnie z art. 204 rozporządzenia Prezydenta RP prawo upadłościowe, które obowiązywało w dacie wystąpienia po stronie spółki przesłanek do złożenia wniosku o upadłość, w pierwszej kolejności zaspokojeniu podlegały m. in. koszty postępowania upadłościowego, należności za pracę, należności Skarbu Państwa z tytułu zobowiązań podatkowych oraz należności ZUS z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, należności zabezpieczone zastawem, hipoteką, podatki i inne daniny publiczne. Należności strony powodowej mogłyby zostać zaspokojone dopiero

w kolejności szóstej, co w związku z kondycją (...) spółki (...) sp.

z o.o. z siedzibą w K. faktycznie wyklucza jakiegokolwiek zaspokojenie powoda.

W związku z powyższym pozwany wskazał, że nawet zgłoszenie przez niego, czy też drugiego z członków zarządu, wniosku o upadłość we właściwym terminie, nie powodowałby możliwości zaspokojenia wierzytelności strony powodowej. Majątek spółki (...) nie był wystarczający do pokrycia kosztów postępowania upadłościowego.

W piśmie z dnia 21 maja 2013 r. pozwany podniósł zarzut przedawnienia roszczenia wskazując, iż nastąpiło przedawnienie roszczenia

w stosunku do spółki (...) sp. z o.o. w K., w związku z czym nie jest możliwe uwzględnienie roszczenia w stosunku do członka zarządu spółki.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w Ł. na zas. art. 192 pkt 3 k.p.c. wstąpił w miejsce powoda za zgodą pozwanego.

Wyrokiem z dnia 5 września 2013 r. Sąd Okręgowy utrzymał wyrok zaoczny Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 17 czerwca 2003 r., sygn. akt I C 1970/02 w całości w mocy.

Orzeczenie to Sąd Okręgowy poprzedził następującymi ustaleniami:

Wyrokiem z dnia 1 czerwca 2000 r. Sąd Okręgowy w Krakowie zasądził od (...) sp. z o.o. w K. na rzecz Przedsiębiorstwa (...) S.A. kwotę 89.227,50 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 29 stycznia 1999 r., koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3.003 zł i nakazał ściągnąć od strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 5.956,65 zł

Prowadzona przez Przedsiębiorstwo (...) S.A. egzekucja przeciwko dłużnikowi (...) sp. z o.o. w K. okazała się bezskuteczna i została umorzona w dniu 12 czerwca 2001 r. na podstawie art. 824 §1 pkt 3 k.p.c.

Bezskuteczne były również postępowania z wniosku innych wierzycieli prowadzone przeciwko (...) sp. z o.o. w K..

Pozwani A. N. i J. M. (2) pełnili funkcję członków zarządu firmy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

W dniu 11 listopada 2003 r. do Komornika Sądowego Rewiru II przy Sądzie Rejonowym dla Krakowa Śródmieścia w Krakowie wpłynął wniosek Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) S.A. z siedzibą w K. o wszczęcie postępowania egzekucyjnego przeciwko A. N. i J. M. (1) celem wyegzekwowania należności objętych wyrokiem Sądu Okręgowego w K. z dnia 17 czerwca 2003 r.

Pismem z dnia 23 stycznia 2004 r. Komornik Sądowy Rewiru IV przy Sądzie Rejonowym w Krakowie powiadomił Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) S.A. z siedzibą w K., iż wobec dłużnika J. M. (1) prowadzone jest postępowanie przez Komornika Rewiru VII. Ponadto mieszkanie, w którym przebywa jest własnością osoby trzeciej, wszystkie ruchomości stanowią własność żony dłużnika /odrębność majątkowa małżeńska/, a dłużnik nie prowadzi działalności gospodarczej, nie posiada wierzytelności, nie posiada rachunku bankowego ani pojazdu mechanicznego.

Postanowieniem z dnia 4 stycznia 2005 r. Komornik Sądowy Rewiru IV przy Sądzie Rejonowym w Krakowie umorzył w całości postępowanie egzekucyjne z wniosku Syndyka Masy Upadłości (...) Przedsiębiorstwo (...) S.A. w K. przeciwko dłużnikom A. N. i J. M. (1).

Postanowieniem z dnia 1 października 2012 r. Sąd Okręgowy w Krakowie nadał wyrokowi zaocznemu Sądowi Okręgowemu w Krakowie z dnia 1 czerwca 2000 r. wydanemu w sprawie o sygn. IX GC 310/00 klauzulę wykonalności na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ł., na którą przeszły uprawnienia dotychczasowego wierzyciela Przedsiębiorstwa (...) S.A. z siedzibą w K..

W dniu 24 października 2012 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ł. złożył wniosek o wszczęcie egzekucji przeciwko (...) sp. z o.o. w K.. Postanowieniem Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym dla Krakowa – Nowej Huty (...) z dnia 21 marca 2013 r. postępowanie egzekucyjne zostało umorzone na podstawie art. 824 §1 pkt 3 k.p.c. wobec bezskutecznej egzekucji.

Sąd Okręgowy poczynił ustalenia faktyczne na podstawie powołanych dowodów z dokumentów.

Postanowieniem z dnia 7 marca 2013 r. wydanym na podstawie art. 130<sup>4</sup> § 5 k.p.c. Sąd pominął dowód z opinii biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność ustalenia chwili wystąpienia niewypłacalności spółki (...) i terminu właściwego do zgłoszenia wniosku o upadłość, wartości majątku, wysokości i rodzaju zobowiązań (...) sp. z o.o., a także wierzycieli spółki, ustalenia czy majątek spółki wystarczyłby na zaspokojenie wierzytelności uprzywilejowanych, a w szczególności czy wystarczyłby na pokrycie postępowania upadłościowego, bowiem pozwany wezwany do uiszczenia zaliczki na koszty opinii biegłego w terminie 14 dni pod rygorem pominięcia dowodu (k. 262/2) nie zadośćuczynił temu obowiązkowi w terminie zakreślonym. Postanowienie to zostało doręczono pełnomocnikowi pozwanego już w dniu 26 marca 2013 r. (k. 320). Wobec twierdzenia pełnomocnika pozwanego, zgłoszonego dopiero na rozprawie w dniu 23 maja 2013 r., iż pozwany uiszczył w terminie zaliczkę na koszty opinii biegłego (k. 326, protokół elektr., k. 328) Sąd Okręgowy ponownie sprawdził, czy zaliczka wpłynęła na konto Sądu i pismem z dnia 28 maja 2013 r., doręczonym w dniu 7 czerwca 2013 r. poinformował pełnomocnika pozwanego, iż konto, na jakie wpłacono zaliczkę nie jest kontem tut. Sądu już od 1 lipca 2010 r. (konto zostało zamknięte, w związku z czym wpłacona kwota powinna wrócić na konto nadawcy).

Na rozprawie w dniu 11 czerwca 2013 r. pełnomocnik pozwanego został poinformowany, iż w Oddziale Finansowym Sądu winien zweryfikować,

czy kwota zaliczki, której – jak twierdził nie zwrócono pozwanemu – została w jakiś sposób zarachowana przez księgowość i zobowiązał tegoż pełnomocnika do przedłożenia w terminie 7 dni historii rachunku bankowego M. M. (1), z którego miano dokonać wpłaty zaliczki – z okresu luty – marzec 2013 r., a to celem ustalenia, czy na rachunek M. M. (1) nie została zwrócona zaliczka (k.344, protokół elektr., k. 346). W piśmie złożonym w urzędzie pocztowym w dniu 18 czerwca 2013 r. (k. 352) pełnomocnik pozwanego wskazał, iż zaliczka została zwrócona z rachunku odbiorcy w dniu 5 lutego 2013 r., wniósł w oparciu o art. 240 § (zapewne 1) k.p.c. o uchylenie postanowienia z dnia 7 marca 2013 r. i o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego (k. 350 – 352). Do pisma zostało dołączone potwierdzenie operacji wygenerowane w dniu 10 czerwca 2013 r. (przed dniem posiedzenia wyznaczonego na rozprawę w dniu 11 czerwca 2013 r.), z którego wynikało, iż nastąpił zwrot opłaty z uwagi na zamknięcie rachunku.

Sąd Okręgowy oddalił wniosek o uchylenie postanowienia z dnia 7 marca 2013 r. W szczególności, w zaistniałej sytuacji procesowej uregulowanie zawarte w przepisie §1 art. 240 k.p.c. nie znajdzie zastosowania. Pozwany nie złożył właściwego w tych okolicznościach wniosku o przywrócenie terminu do dokonania czynności. Traktując nawet pismo pozwanego z dnia 18 czerwca 2013 r. jako takowy wniosek stwierdzić należy, iż jest on spóźniony (art. 169 §1 k.p.c.), bowiem przyjmując najkorzystniejszą interpretację dla pozwanego, stwierdzić należy, iż najpóźniej od dnia 7 czerwca 2013 r. wiedział on, że konto, na jakie wpłacono zaliczkę nie jest kontem tut. Sądu już od 1 lipca 2010 r. a w dniu 10 czerwca 2013 r. wygenerował potwierdzenie operacji, z którego wynikało, że zaliczka została zwrócona już 5 lutego 2013 r.

W oparciu o poczynione ustalenia Sąd Okręgowy uznał powództwo za uzasadnione.

Odnosząc się do zarzutu przedawnienia Sąd Okręgowy wskazał, że bez znaczenia jest, czy uległy już przedawnieniu roszczenia powoda wobec (...) sp. z o.o. w K.. Członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, przeciwko któremu wierzyciel spółki występuje z roszczeniem przewidzianym w art. 299 k.s.h., nie może bowiem bronić się zarzutem przedawnienia roszczenia objętego tytułem wykonawczym wystawionym przeciwko spółce (tak: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2008 r., III CZP 94/08, OSNC 2009/10/135, Biul.SN 2008/11/8, M.Prawn. 2009/10/549-551).

Początek i długość terminu przedawnienia roszczenia opartego

na przepisie art. 299 k.s.h. (dawniej art. 298 k.h.) określa artykuł 442<sup>1</sup> §1 k.c. (uprzednio art. 442 § 1 k.c.). Bieg terminu przedawnienia roszczenia z art. 299 §1 k.s.h. (art. 298 §1 k.h.) należy liczyć od dnia, w którym wierzyciel dowiedział się o bezskuteczności egzekucji prowadzonej przeciwko spółce lub o tym, że ewentualna egzekucja będzie bezskuteczna, oraz o osobie ponoszącej odpowiedzialność za zobowiązania spółki (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2007 r., III CSK 208/06, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r., II CSK 301/07, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 21 lutego 2008 r., I ACa 78/08, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2008 r., II CSK 183/08, uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 7 listopada 2008 r., III CZP 72/08).

Egzekucja przeciwko dłużnikowi (...) sp. z o.o. w K. została umorzona w dniu 12 czerwca 2001 r. z uwagi na jej bezskuteczność, niniejszy pozew został złożony w dniu 4 grudnia 2002 r., co stosownie do art. 123 §1 pkt 1 k.c. przerwało bieg przedawnienia, wobec czego przedawnienie roszczenia wobec pozwanego J. M. (1) bez wątpienia nie nastąpiło.

Odwołując się do treści art. 298 §1 k.h. znajdującego zastosowanie w niniejszej sprawie Sąd Okręgowy stwierdził, że przepis ten stwarza ex lege w sposób odrębny i szczególny odpowiedzialność członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Ustanowiony reżim odpowiedzialności może być zastosowany po stwierdzeniu bezskutecznej egzekucji przeciwko spółce i ustaleniu, że nie zachodzi żadna ze wskazanych w art. 298 §2 k.s.h. okoliczności

egzoneryjnych, w postaci wykazania przez członka zarządu, że we właściwym czasie zgłoszono upadłość lub wszczęto postępowanie układowe albo, że niedokonanie tych czynności nastąpiło bez jego winy, lub też, że pomimo niezgłoszenia upadłości wierzyciel nie poniósł szkody. Przepis art. 298 k.h. jest wyjątkiem od zasady, że za zobowiązania osoby prawnej – spółki kapitałowej – odpowiada ta spółka, obciąża on bowiem tą odpowiedzialnością osoby trzecie – członków zarządu, którzy w zasadzie jako współnicy nie odpowiadają za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 159 §3 k.h.). Treść powołanego unormowania wskazuje, że członkowie zarządu odpowiadają nie za swoje zobowiązania, lecz za zobowiązania spółki. Jest to więc ustanowione ex lege zabezpieczenie za cudzy dług. Ma ono jedynie subsydiarny charakter, istniejąc obok odpowiedzialności samej spółki.

Przepis art. 298 k.h. nie różnicuje zobowiązań spółki według ich charakteru, lecz stwarza samoistną, odrębną podstawę osobistej, solidarnej odpowiedzialności członków zarządu. Ustanawia on przy tym domniemanie winy oraz swoisty związek przyczynowy między zachowaniem zarządu a wyrządzoną wierzycielowi szkodą wynikłą z nie wywiązania się przez spółkę z zaciągniętego zobowiązania.

Stosownie do art. 298 §1 kodeksu handlowego koniecznym warunkiem odpowiedzialności członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za jej zobowiązania jest bezskuteczność egzekucji przeciwko spółce, przy czym bezskuteczność ta musiała się odnosić do całego majątku spółki, a nie tylko do jego części. Postanowienie o umorzeniu postępowania egzekucyjnego z powodu bezskuteczności egzekucji, jeżeli nie wynika z niego nic innego, jest wystarczającym dowodem dla stwierdzenia, że bezskuteczna okazała się egzekucja z całego majątku dłużnika.

W przedmiotowej sprawie powód przedłożył postanowienie o umorzeniu postępowania egzekucyjnego z powodu bezskuteczności egzekucji, niewypłacalność spółki nie była zresztą kontestowana przez pozwanego, wobec czego norma z art. 298 §1 k.h. została zrealizowana.

Pozwany nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek egzoneryjnych z art. 298 § 2 k.h., wyłączających jego osobistą, subsydiarną odpowiedzialność za zaciągnięte przez spółkę zobowiązania. Nie dowiódł, iż pomimo niezgłoszenia upadłości oraz niewszczęcia postępowania zapobiegającego upadłości wierzyciel nie poniósł szkody. W szczególności nie wykazał on,

by ewentualne istnienie po stronie reprezentowanej przez niego spółki zaległości z tytułu zobowiązań publicznoprawnych, doprowadziło – w razie zgłoszenia

we właściwym czasie wniosku o upadłość, czy wszczęcie postępowania układowego – do niemożności zaspokojenia powoda: pozwany nie dowiódł,

by należność powoda należała do tak niskiej kategorii a ewentualne zobowiązania publicznoprawne były tak wysokie, by zaspokojenie to było niemożliwe. Gdyby pozwany w sposób należyty prowadził interesy spółki, winien był zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości w takim terminie, aby zaspokojeni mogli zostać nie tylko wierzyciele pierwszej, czy drugiej, ale i

– choćby częściowo – dalszych kategorii.

Pozwany nie powołał skutecznie dowodu (opinii biegłego) dla wykazania przesłanek egzoneryjnych. Przypomnieć należy, iż w razie nieuiszczenia zaliczki (w ogóle lub w wyznaczonym terminie) sąd pomija czynność połączoną z wydatkami. W doktrynie uważa się, że pominięcie czynności spowoduje skutki przewidziane w przepisach art. 6 k.c. oraz art. 3, 217, 232 zdanie pierwsze, art. 233 §2 k.p.c. (por. Andrzej Jakubecki (red), Joanna Bodio, Tomasz Demendecki, Olimpia Marcewicz, Przemysław Telenga, Mariusz

P Wójcik. Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, LEX/el. 2013). Treść przepisu art. 130<sup>(4)</sup> §5 k.p.c. stanowi praktyczną realizację zasady kontradyktoryjności, przywróconej w ostatnich latach w pełni do naszego procesu cywilnego. Ujmowana w sposób całościowy zasada ta oznacza, że strona ma nie tylko udowodnić swoje twierdzenia, ale także pokryć koszty, związane z prowadzeniem wnioskowanych czynności procesowych. Pokrycie to odbywa się uprzedzająco (antycypacja) przez wpłacenie odpowiedniej zaliczki, w wyznaczonym terminie i w ustalonej przez sąd wysokości (por. Antoni Górski, Lech Walentynowicz, Koszty sądowe

w sprawach cywilnych. Ustawa i orzekanie. Komentarz praktyczny. Oficyna 2008, wersja sieciowa), co w niniejszej sprawie nie nastąpiło.

Mając na uwadze powyższe, na zas. art. 347 k.p.c. i uprzednio powołanych przepisów Sąd Okręgowy orzekł, jak w sentencji wyroku.

Wyrok ten zaskarżył w całości pozwany J. M. (2), który zarzucił:

- naruszenie przepisów prawa materialnego a to art. 117 § 2 k.c. poprzez nieuwzględnienie podniesionego przez stronę pozwaną zarzutu przedawnienia;

- naruszenie przepisów procedury, a to art. 240 § 1 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie, skutkujące bezpodstawnym pominięciem dowodu z opinii biegłego;

- naruszenie przepisów procedury, a to art. 227 k.p.c. poprzez bezzasadne pominięcie dowodu kluczowego dla rozstrzygnięcia istoty sprawy.

W oparciu o poczynione zarzuty apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie wyroku zaocznego z dnia 17 czerwca 2003 r. i zasądzenie od strony powodowej na rzecz pozwanego kosztów procesu.

Pozwany wniósł także o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczności takie jak wnioskowane w toku postępowania pierwszo instancyjnego.

Strona powodowa wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja pozwanego nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że podstawą rozstrzygnięcia (art. 382 k.p.c.) był stan faktyczny ustalony przez Sąd Okręgowy, który został przyjęty za własny przez Sąd Apelacyjny. Poczynione w sprawie ustalenia wyprowadzone zostały z dowodów z dokumentów, głównie urzędowych, których autentyczność i pochodzenie nie była kwestionowana przez żadną ze stron. W apelacji nie podniesiono też zarzutów dotyczących naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. więc dalsze rozważania w tej kwestii są zbędne.

Ponieważ jednak apelujący zarzuca naruszenie prawa procesowego jak i prawa materialnego z uwagi na charakter tych zarzutów w pierwszej kolejności odnieść się należy do tych pierwszych.

Twierdzenie, iż art. 227 k.p.c. został naruszony przez sąd rozpoznający sprawę ma rację bytu tylko w sytuacji, gdy wykazane zostanie, że sąd przeprowadził dowód na okoliczności niemające istotnego znaczenia w sprawie i ta wadliwość postępowania dowodowego mogła mieć wpływ na wynik sprawy, bądź gdy sąd odmówił przeprowadzenia dowodu na fakty mające istotne znaczenie w sprawie, wadliwie oceniając, iż nie mają one takiego charakteru (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2008 r., II PK 47/08, Lex nr 500202; ; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2005 r., III CK 548/04, Lex nr 151666; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 r., IV CKN 970/00, Lex nr 52753). W związku z tym naruszenie art. 227 k.p.c. następuje, gdy sąd oddała wnioski dowodowe zmierzające do wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy (tak Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 7 marca 2001 r., I PKN 299/00, OSNP 2002, nr 23, poz. 573 i z dnia 12 kwietnia 2000 r., IV CKN 20/00, Lex nr 52437). Co więcej w ocenie Sądu Najwyższego twierdzenie, że naruszony został art. 227 k.p.c. bez jednoznacznego wskazania na uchybienie innym przepisom regulującym postępowanie dowodowe (np. art. 217 § 2 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c.) nie stanowi podstawy do skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia przepisów postępowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 2006 r., IV CSK 272/06, Lex nr 250047).

W niniejszej sprawie nie doszło do naruszenia art. 227 k.p.c. w znaczeniu wyżej przedstawionym bowiem Sąd Okręgowy nie odmówił przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego lecz w oparciu o art. art. 130<sup>4</sup> § 5 k.p.c. pominął dowód z opinii biegłego z zakresu rachunkowości. Artykuł ten w § 4 uzależnia podjęcie przez sąd czynności połączonej z wydatkami od dokonania wpłaty zaliczki w wyznaczonym terminie. W razie zaś nieuiszczenia zaliczki sąd pomija czynności połączone z wydatkami (art. art. 130<sup>4</sup> § 5 k.p.c.). Wydane zatem przez Sąd Okręgowy postanowienie z dnia 7 marca 2013 r. o pominięciu dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości nie dotyczyło oceny przydatności tego dowodu dla wyjaśnienia sprawy ale było konsekwencją sytuacji wynikającej z nieuiszczenia zaliczki. Tym samym nie doszło do naruszenia art. 227 k.p.c.

Ponadto wypada zauważyć, że w niniejszej sprawie zarzut naruszenia art. 227 k.p.c. z uwagi na pominięcie dowodu z opinii biegłego jest nieuzasadniony także z tego powodu, że zmierzał do przyznania dowodowi z opinii biegłego wartości oceny sprawy pod względem materialnoprawnym, a to nie jest dopuszczalne. Opinia biegłego ma na celu ułatwienie sądowi należytej oceny zebranego w sprawie materiału wtedy, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Nie może ona natomiast być sama w sobie źródłem materiału faktycznego sprawy ani tym bardziej stanowić podstawy ustalenia okoliczności będących przedmiotem opinii biegłego. Ustalenia stanu faktycznego należy do sądu orzekającego, a biegły powinien udzielić odpowiedzi na konkretne pytania dopasowane do stanu faktycznego sprawy. (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2008 r., II PK 47/08).

Nie można więc przyjąć, że opinia biegłego z zakresu rachunkowości była jedynym źródłem wykazania okoliczności wyłączającej odpowiedzialność pozwanego z art. 298 § 2 k.h.

Dowód z opinii dopuszczony został na rozprawie w dniu 22 stycznia 2013 r. co nie było poprzedzone dopuszczeniem dowodu z dokumentów, które miałyby stanowić podstawę jej opracowania. Co prawda Sąd Okręgowy poszukiwał materiałów, które byłyby przydatne do tego jednak sprowadzały się one w zasadzie do akt postępowań egzekucyjnych prowadzonych znacznie później, a niżeli powstało zobowiązanie Spółki (...) wobec Przedsiębiorstwa (...) S.A., której członkiem zarządu był pozwany. Sam pozwany złożył jedynie kserokopie rachunku zysków i strat za rok 1996 r. oraz bilansu sporządzonego na 31 grudnia 1996 r. i to nie poświadczony za zgodność z oryginałem przez jego pełnomocnika co pozbawia ich waloru dokumentu. W takiej sytuacji jak już powiedziano opinia biegłego miałaby być samodzielnym źródłem ustaleń prowadzącym do ewentualnego zastosowania art. 298 § 2 k.h.

Dodatkowo pozwany nie mógł skutecznie podnosić zarzutu naruszenia art. 227 k.p.c. w apelacji z uwagi na niezgłoszenie zarzutu w trybie art. 162 k.p.c. Postanowienie z dnia 7 marca 2013 r. o pominięciu dowodu z opinii biegłego zostało doręczone pełnomocnikowi pozwanego w dniu 26 marca 2013 r., a na najbliższej rozprawie 23 maja 2013 r. pełnomocnik pozwanego oświadczył, że uiszczył zaliczkę na opinię biegłego jednak nie zgłosił zastrzeżenia dotyczącego wydania postanowienia z dnia 7 marca 2013 r. bez zaistnienia podstawy z art. 130<sup>4</sup> § 5 k.p.c.

Artykuł 162 k.p.c. 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 apelacyjnym, 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. Omawiany tu przypadek nie dotyczy naruszenia prawa procesowego prowadzącego do nieważności postępowania ani też pozwany nie uprawdopodobnił braku swojej winy w niezgłoszeniu zastrzeżenia.

Dla rozpoznania wniosku pozwanego o zmianę postanowienia o pominięciu dowodu z opinii biegłego z dnia 7 marca 2013 r. w trybie art. 240 § 1 k.p.c. nie miały znaczenia okoliczności powoływane przez pozwanego, a dotyczące losu zaliczki wpłaconej na konto Sądu i zwróconej na konto małżonki pozwanego w dniu 5 lutego 2013 r., bowiem jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy przepis ten nie miał zastosowania w omawianym przypadku.

Przedmiotowe postanowienie jak już powiedziano wydane zostało nie w oparciu o ocenę przydatności dowodu z opinii biegłego dla celów poczynienia w sprawie ustaleń istotnych z uwagi na podniesione przez pozwanego zarzuty, ale

w oparciu o art. 130<sup>4</sup> § 5 k.p.c. usytuowany w Kodeksie postępowania cywilnego poza działem III zatytułowanym Dowody. Natomiast w art. 240 § 1 k.p.c. chodzi o możliwość zmiany lub uchylenia przez sąd orzekający postanowień dowodowych w przypadku zmiany okoliczności. Taka zmiana okoliczności może wynikać np. z przyznania faktu, wyjaśnienia spornych okoliczności za pomocą innych środków dowodowych, uprawomocnienie się wyroku karnego skazującego (art. 11 k.p.c.) i inne nowe fakty, które strony mogą powoływać aż do zamknięcia rozprawy (art. 217 § 1 k.p.c.).

Oznacza to, że Sąd Okręgowy nie uwzględniając tego wniosku nie naruszył art. 240 § 1 k.p.c.

W sprawie nie doszło także do naruszenia prawa materialnego.

Pozwany J. M. (2) nie wykazał okoliczności egzoneracyjnych z art. 298 § 2 k.h. (obecnie art. 299 § 2 k.s.h.) w szczególności nie wykazał, że choć nie doszło we właściwym czasie do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki (lub nie wszczęto postępowania układowego), to wierzyciel nie poniósł z tego tytułu szkody.

Ciężar dowodu okoliczności, które prowadzą do uwolnienia się przez członka zarządu z odpowiedzialności spoczywa na osobie pozwanego w procesie opartym na art. 298 § 1 k.h. Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 maja 2013 r., III CSK 321/12 (Lex nr 1353211), „odpowiedzialność ukształtowana przez art. 299 § 1 k.s.h. służy interesowi wierzycieli i ma na celu ich ochronę, stanowiąc o zasadach i przesłankach odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w okolicznościach wskazanych w tym przepisie. Przesłanki egzoneracyjne określone w art. 299 § 2 k.s.h. mają na celu zrównoważenie sytuacji członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wobec wierzycieli, jeżeli mimo bezskuteczności egzekucji wobec spółki nie powinno się również do odpowiedzialności cywilnej pociągać tych osób, z przyczyn enumeratywnie wskazanych w powołanym przepisie. Przepis ten jest wyjątkiem od zasady odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przewidzianej w art. 299 § 1 k.s.h. i do nich należy wykazanie okoliczności zwalniającej ich z odpowiedzialności względem wierzycieli spółki”. Oczywiście pogląd ten można odnieść do obowiązującego wcześniej art. 298 k.h.

Jak już powiedziano pozwany obowiązkowi temu nie podołał i nie wykazał powoływanej przez siebie okoliczności z art. 298 § 2 k.h. co doprowadzić musiało do utrzymania wyroku zaocznego zasądzającego wierzytelność jaką Przedsiębiorstwo (...) S.A. posiadało wobec (...) spółki z o.o. w stosunku do której egzekucja okazała się bezskuteczna. Tym samym nie doszło do naruszenia art. 298 § 1 i 2 k.h.

W sprawie nie doszło też do naruszenia art. 117 § 2 k.c.

Sąd Okręgowy w sposób szczegółowy odniósł się do podniesionego przez pozwanego zarzutu przedawnienia i Sąd Apelacyjny w całości odwołuje się do tego stanowiska umotywowanego bogatym orzecnictwem Sądu Najwyższego. Można jedynie dodać, że pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 listopada 2008 r., III CZP 94/08 (OSNC 2009/10/135) został podtrzymany w kolejnych orzeczeniach Sądu Najwyższego jak: wyrok z dnia 17 marca 2010 r., II CSK 506/09 (Lex nr 584728); wyrok z dnia 10 lutego 2011 r., IV CSK 335/10 (Lex nr 784972); wyrok z dnia 29 listopada 2012 r., II CSK 181/12 (Lex nr 1294476).

Mając powyższe na uwadze orzeczono na podstawie art. 385 k.p.c. a o kosztach w oparciu o art. 98 k.p.c. i § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. nr 163, poz. 1349 z późn. zm.).