

Sygn. akt. XXIII Ga 896/17

POSTANOWIENIE

Dnia 5 kwietnia 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Małgorzata Siemianowicz – Orlik (spr.)

Sędziowie: SO Tomasz Szczurowski

SO Bolesław Wadowski

Protokolant : Protokolant sądowy Patryk Kaczmarski

po rozpoznaniu w dniu 22 marca 2018 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z wniosku (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W.

z udziałem M. P.

o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej

na skutek apelacji uczestnika

od postanowienia Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie

z dnia 1 grudnia 2016 r., sygn. akt X Gzd 71/12

postanawia:

I. zmienić zaskarżone postanowienie i oddalić wniosek oraz zasądzić od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W. na rzecz M. P. kwotę 120 zł (sto dwadzieścia złotych) tytułem kosztów postępowania,

II. zasądzić od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W. na rzecz M. P. kwotę 220 zł (dwieście dwadzieścia złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSO Bolesław Wadowski SSO Małgorzata Siemianowicz – Orlik SSO Tomasz Szczurowski

Sygn. akt **XXIII Ga 896/17**

UZASADNIENIE

(...) sp. z o.o. we W. wniósł o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej wobec M. P., prezesa zarządu (...) S.A. Wnioskodawca wskazał, że jest wierzycielem (...) S.A., a M. P. jako członek zarządu (...) S.A. winien był złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości tej spółki najpóźniej w czerwcu 2012 r.

W odpowiedzi na wniosek uczestnik M. P. wniósł o jego oddalenie i wskazał, że wnioskodawca nie wykazał, aby uczestnik zobowiązany był do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Uczestnik zakwestionował istnienie wiarygodności wnioskodawcy i jego uprawnienie do złożenia wniosku o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej.

Postanowieniem z dnia 1 grudnia 2016 r. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie orzekł wobec M. P. pozbawienie na okres 3 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.

Sąd Rejonowy ustalił, że (...) S.A. zaczęła mieć trudności z regulacją swoich zobowiązań na początku 2011 r. Nie zostały zapłacone roszczenia osób trzecich wymagalne w dniu 28 grudnia 2010 r. i w dniu 16 lutego 2011 r. Na koniec 2011 r. wielkość niezapłaconych zobowiązań wyniosła (...) zł, w I kwartale 2012 r. zaległości wzrosły do (...) zł, a na koniec 2012 r. zobowiązania te wzrosły do (...) zł. W I kwartale 2013 r. zobowiązania wzrosły do ponad (...) zł. Wartość majątku od 2010 r. do stycznia 2013 r. spadła o 37,11% - z (...) zł do (...) zł. Pogarszała się systematycznie rentowność spółki, która ponosiła wielomilionowe straty, począwszy od straty rzędu (...) zł na koniec 2010 r. a kończąc na kwocie (...) zł na koniec stycznia 2013 r. Przychody ze sprzedaży systematycznie spadały od 2010 r., przy czym spadek prawie o (...) w stosunku do roku poprzedniego nastąpił w 2011 r. Wielkość aktywów spółki systematycznie spadała od 2008 r.: w 2008 r. wynosiły ponad (...) zł, a na koniec stycznia 2013 r. - (...) zł. Stan środków pieniężnych na koniec 2010 r. i na koniec 2012 r. odpowiednio wynosił ok. (...) zł i (...) zł. Na koniec stycznia 2013 r. środki te wynosiły ok. (...) zł. W poszczególnych latach globalna suma zobowiązań spadała. Bilanse obrazowały tendencję spadkową co do globalnej sumy zobowiązań jak i globalnej sumy aktywów, jednocześnie jednak wzrastała ilość zobowiązań wymagalnych i niezapłaconych. Spadek wartości po stronie aktywów i zobowiązań był skorelowany ze spadkiem przychodów spółki z działalności operacyjnej. Wartość majątku spółki (wartość aktywów netto) systematycznie spadała: na koniec 2010 r. wynosiła ponad (...) zł, na koniec 2012 r. ponad (...) zł. Z bilansu na koniec stycznia 2013 r. wynika, że wartość majątku istotnie wzrosła w ciągu jednego miesiąca z (...) zł (na koniec 2012 r.) do (...) zł (na koniec stycznia 2013 r.). Analiza bilansu po stronie aktywów wskazywała na to, że gwałtownie wzrosła kwota należności wykazanych przez spółkę, przy jednoczesnym spadku do ok. (...) zł ogólnej puli zobowiązań po stronie pasywów. Łącznie spadek wartości przedsiębiorstwa przez czas od momentu, w jakim powinien być złożony wniosek o ogłoszenie upadłości, wyniósł ok. (...). Analiza płynności finansowej, liczona za pomocą wskaźników zadłużenia ogólnego i zadłużenia kapitału własnego wskazywała na to, że od końca 2010 r. przez cały okres do dnia złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, spółka miała trudności z płynnością. Z wnioskiem o ogłoszenie upadłości spółka wystąpiła 8 lutego 2013 r., a postanowieniem z dnia 5 marca 2013 r. Sąd Rejonowy ogłosił upadłość spółki obejmującą likwidację majątku dłużnika.

Sąd Rejonowy zważył, że podstawę prawną wniosku stanowiły przepisy art.373 ust.1 pkt 1 i ust. 2, art.11 ust.1 i 2, art. 12 p.u.i n. Wnioskodawca był wierzycielem (...) S.A. Analiza materialnoprawnych przesłanek orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w odniesieniu do ustaleń faktycznych poczynionych w sprawie wykazała, że (...) S.A. winna złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości w dniu 2 marca 2011 r. i obowiązek ten nie ustał przez cały rok 2011 i 2012. Spółka złożyła wniosek dopiero w lutym 2013 r. a więc dwa lata po wystąpieniu przesłanek upadłościowych z art. 11 ust. 1 p.u.i n. Przesłanki niewypłacalności powstały z chwilą wymagalności drugiej z faktur, co miało miejsce w dniu 16 lutego 2011 r. i od tej daty liczony być powinien termin dwóch tygodni na złożenie wniosku. Sąd Rejonowy ocenił, iż dla orzekania zakazu znaczenie mają skutki uchybienia obowiązkowi nałożonemu przez art. 21 p.u.i n. a w szczególności spadek wartości przedsiębiorstwa i stopień pokrzywdzenia wierzycieli. Analiza bilansów oraz rachunków zysków i strat spółki za lata 2010 - 2013 wskazuje na systematyczny spadek wielkości przychodów, spółka nie rozwijała się, lecz ograniczała swoją działalność. Działalność przestała być dochodowa i spółka zaczęła notować straty. Strata w prowadzonej działalności gospodarczej oznacza przewagę kosztów nad przychodami i w większości przypadków oznacza również trudności w płynnym regulowaniu zobowiązań. Analiza dokumentacji wskazuje na skokowe spadki poszczególnych wielkości, jak choćby gwałtowne kurczenie się środków pieniężnych pozostających w dyspozycji spółki. Analiza porównawcza bilansów za poszczególne lata wskazuje na trwały trend spadkowy różnych pozycji tego bilansu. W niniejszej sprawie biegła przeprowadziła wycenę wartości przedsiębiorstwa metodą skorygowanych aktywów netto. Z opinii biegłej jednoznacznie wynika, że sytuacja przedsiębiorstwa się pogarszała wartość majątku systematycznie spadała. Sąd Rejonowy wskazał, że znaczenie ma w jakim stopniu zostaną oni zaspokojeni w toku postępowania upadłościowego, a okoliczność ta będzie znana dopiero po zakończeniu postępowania upadłościowego dotyczącego (...) S.A. Pokrzywdzeniem wierzycieli jest fakt oczekiwania na spłacenie

swoich wierzytelności, bowiem uczestnik przez dwa lata zwlekał ze złożeniem stosownego wniosku, czym doprowadził do narastania niespłaconych zobowiązań. Niektórzy wierzyciele na spłatę długu będą oczekiwali wiele lat. W porę uchwycony moment niewypłacalności stanowił szansę dla wdrożenia działań naprawczych, w tym zawarcia układu z wierzycielami. Uczestnik zwlekając ze złożeniem wniosku doprowadził do systematycznego pogarszania sytuacji przedsiębiorstwa i o wdrożeniu postępowania o charakterze układowym nie mogło być już mowy. Sąd I instancji ocenił, że postawa uczestnika świadczy o niedbalstwie w wykonywaniu obowiązków nałożonych przez ustawę na osobę zarządzającą spółką. Uczestnik nie wykazał, aby istniały obiektywne okoliczności powodujące, że nie mógł on złożyć stosownego wniosku. Na wnioskodawcy spoczywał ciężar wykazania, że uczestnik działał umyślnie lub rażąco niedbale. Nieznajomość prawa przez uczestnika nie zwalnia go z odpowiedzialności i z tej przyczyny można przypisać mu niedbalstwo w niezłożeniu wniosku. Sąd Rejonowy orzekając zakaz w wymiarze 3 lat wziął pod uwagę to, że na datę złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wartość bilansowa majątku stanowiła kwotę rzędu (...) zł, zaś zobowiązania to ok. (...) zł. Wprawdzie tymczasowy nadzorca sądowy, powołany w sprawie X GU 68/13, wstępnie oszacował wartość majątku na kwotę ok. (...) złotych, ale jest to wyłącznie wstępny szacunek, mający znaczenie z punktu widzenia przesłanki oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości (art.13 ust. 1 p.u.i n.). Tymczasowy nadzorca sądowy nie jest powołanym do dokonania wyceny majątku biegłym, lecz organem sądowym mającym za zadanie zabezpieczenie majątku. Dopiero zakończenie postępowania upadłościowego da odpowiedź na pytanie o dysproporcję między zadłużeniem spółki a wartością jej majątku. Trzy lata orzeczonego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej są również wypadkową tego, że uczestnikowi nie można przypisać innych postaci winy aniżeli niedbalstwo.

Apelację od powyższego rozstrzygnięcia wniosł uczestnik postępowania zaskarżając postanowienie w całości. Zaskarżonemu postanowieniu zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj.

a) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 376 ust. 1 zd. 3 p.u.n. poprzez zaniechanie dokonania oceny dowodu z opinii biegłego, czego wyrazem było bezkrytyczne przyjęcie wniosków zawartych w tej opinii i ostatecznie wydanie w sprawie rozstrzygnięcia wyłącznie w oparciu o ww. opinię, mimo że ta sporządzona została w sposób sprzeczny z metodologią pracy biegłego powołanego w celu ustalenia materializacji przesłanki do ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy zadekretowanej w art. 11 ust. 1 p.u.n. (czego wyrazem było choćby to, że biegła „ustaliła” datę powstania ww. stanu w przedsiębiorstwie (...) S.A., wskazując na termin płatności drugiej z kolei jej faktury, pomijając jednocześnie szereg istotnych okoliczności niezbędnych do ustalenia, kiedy spółka znalazła się w stanie, w którym nie wykonywała przeważającej części swoich wymagalnych zobowiązań przez dłuższy czas i w sposób trwały, tj. związany z istniejącym brakiem perspektyw zmiany zaistniałego stanu rzeczy, jak choćby relacja zobowiązań przeterminowanych do zobowiązań regulowanych przez spółkę oraz jej aktywów, ustanawianie na majątku spółki zabezpieczeń wierzytelności o charakterze przymusowym, czy też zdarzeń wynikających ze specyfiki działalności gospodarczej prowadzonej przez spółkę, determinujących perspektywę dalszego prowadzenia jej przedsiębiorstwa), a które to naruszenie miało przy tym istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż wskutek jego popełnienia Sąd I instancji meriti przyjął ostatecznie, iż wniosek o ogłoszenie upadłości spółki winien zostać złożony w dniu 2 marca 2011 r., co w połączeniu z datą rzeczywistego złożenia wniosku przez uczestnika stanowiło podstawę do przypisania mu przez Sąd I instancji niedbalstwa w wykonywaniu obowiązków nałożonych przez ustawę na osobę zarządzającą spółką handlową;

b) naruszenie art. 286 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 376 ust. 1 zd. 3 p.u.n. poprzez niedopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego sądowego, mimo że opinia w sprawie była sporządzona w sposób niezgodny z metodologią, które to naruszenie miało wpływ na wynik sprawy, gdyż wskutek jego popełnienia Sąd Rejonowy meriti przyjął ostatecznie, iż wniosek o ogłoszenie upadłości spółki winien zostać złożony w dniu 2 marca 2011 r., co w połączeniu z datą rzeczywistego złożenia wniosku przez uczestnika stanowiło podstawę do przypisania mu przez Sąd I instancji niedbalstwa w wykonywaniu obowiązków nałożonych przez ustawę na osobę zarządzającą spółką handlową;

c) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 376 ust. 1 zd. 3 p.u.n. poprzez selektywną ocenę zebranego w sprawie materiału, polegającą na wydaniu zaskarżonego postanowienia wyłącznie w oparciu o opinię biegłego, przy jednoczesnym pominięciu dowodu z listy wierzytelności sporządzonej w postępowaniu upadłościowym spółki oraz dowodu z opinii biegłych rewidentów z (...) oraz (...) dotyczących sprawozdań finansowych spółki za lata 2009-2011, z których to dowodów wynikały okoliczności wyłączające możliwość przyjęcia wniosków opinii co do ustalenia daty, kiedy w przedsiębiorstwie spółki zmaterializował się stan niewypłacalności w rozumieniu art. 11 ust. 1 p.u.n., a mianowicie to, że na liście wierzytelności nie została umieszczona wierzytelność (...) sp. j., którą biegła wskazała jako pierwszą przy ustalaniu wspomnianej daty wyznaczającej bieg terminu do wykonania obowiązku zadekretowanego w art. 21 ust. 2 p.u.n., co oznacza, że wierzytelność ta była albo sporna albo wierzyciel nie żądał jej zaspokojenia, więc w żadnym wypadku nie mogła być podstawą do uznania spółki za niewypłacalną, ze sprawozdań biegłych rewidentów wynikała zaś pozytywna prognoza ekonomiczna co do kontynuowania prowadzenia działalności gospodarczej przez spółkę, a które to naruszenia miały wpływ na wynik sprawy, ponieważ na skutek ich popełnienia Sąd Rejonowy meriti wadliwie ustalił datę niewypłacalności spółki, co przełożyło się ostatecznie na przypisanie uczestnikowi niedbalstwa w rzekomym niewykonaniu obowiązku w postaci złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki;

d) naruszenie art. 235 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 376 ust. 1 zd. 3 p.u.n. poprzez niewysłuchanie biegłej na rozprawie i nieodebranie od niej ustnych wyjaśnień do sporządzonej przez nią opinii, co miało wpływ na wynik sprawy, gdyż skutkowało nieusunięciem wątpliwości dotyczących opinii, doprowadzając tym samym do wydania zaskarżonego postanowienia na podstawie opinii zawierającej błędne konkluzje co do daty powstania stanu niewypłacalności w przedsiębiorstwie spółki;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a) naruszenie art. 10 p.u.n. w zw. z art. 11 ust. 1 p.u.n. poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, iż niewypłacalność w rozumieniu przepisów istnieje już wtedy, gdy dłużnik nie wykonuje zobowiązań pieniężnych względem co najmniej dwóch wierzycieli, z chwilą wymagalności drugiego z kolei zobowiązania (wykładnia „dwa długi plus 14 dni”), podczas gdy w świetle prawidłowej wykładni art. 10 p.u.n. w zw. z art. 11 ust. 1 p.u.n. o niewypłacalności jako podstawie ogłoszenia upadłości można mówić dopiero wtedy, gdy dłużnik trwale nie wykonuje większości swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych;

b) naruszenie art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n. w zw. z art. 373 ust. 2 p.u.n. poprzez ich zastosowanie w ustalonym przez Sąd I instancji meriti stanie faktycznym sprawy i w konsekwencji orzeczenie względem uczestnika pozbawienia praw wskazanych w art. 373 ust. 1 p.u.n. in principio, mimo że Sąd Rejonowy jednocześnie przyjął, iż na chwilę zamknięcia rozprawy, a następnie wydania zaskarżonego postanowienia, nie jest jeszcze możliwe ustalenie stopnia pokrzywdzenia wierzycieli spółki reprezentowanej przez uczestnika, co zatem oznacza, iż Sąd I instancji pozbawił uczestnika prawa prowadzenia

działalności gospodarczej, przy jednoczesnym ustaleniu braku spełnienia drugiej z przesłanek, która oprócz przesłanki w postaci przypisania winy jest wymagana na zasadzie koniunkcji do wydania orzeczenia skutkującego pozbawieniem ww. prawa.

Mając na uwadze powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości poprzez oddalenie w całości wniosku oraz zasądzenie od wnioskodawcy na swoją rzecz kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację wnioskodawca wniósł o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie na swoją rzecz od uczestnika kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja wnioskodawcy zasługiwała na uwzględnienie.

Zaskarżone postanowienie podlegało zmianie, a wniosek dotyczący orzeczenia wobec uczestnika zakazu prowadzenia działalności gospodarczej należało oddalić. Zarzuty apelacji uczestnika okazały się uzasadnione o tyle, o ile prowadziły do zmiany zaskarżonego orzeczenia.

Sąd Okręgowy podzielił i przyjął za własne ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd I instancji, a w szczególności w zakresie: pełnienia przez uczestnika funkcji członka zarządu (...) S.A., powstania trudności z regulowaniem zobowiązań przez spółkę, tendencji wzrostowej niezapłaconych zobowiązań, ponoszenia strat przez spółkę, zmniejszenia dochodów ze sprzedaży, spadku aktywów spółki.

Sąd II instancji nie podzielił natomiast ustalenia Sądu Rejonowego dotyczącego procentowego określenia obniżenia wartości przedsiębiorstwa, gdyż to ustalenie Sąd I instancji oparł na wnioskach z opinii biegłej, która to biegła w opinii uzupełniającej wskazała, że materiał dowodowy zebrany w sprawie nie pozwalał na ustalenie wartości przedsiębiorstwa na konkretne daty, w tym datę powstania niewypłacalności spółki (nota bene nieustaloną), ani też na dzień faktycznego złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości czyli na dzień 8 lutego 2013 r. Biegła oparła swoje wyliczenia w zakresie tej wartości o roczne bilanse, a faktycznie nie wyliczyła wartości rynkowej ani księgowej przedsiębiorstwa na konkretne dni.

Sąd Okręgowy podzielił rozważania prawne Sądu I instancji w zakresie: podstawy prawnej roszczenia i legitymacji czynnej wnioskodawcy.

Zdaniem Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie doszło do naruszenia prawa materialnego tj. art. 373 ust.1 pkt 1 i ust.2 p.u. i n., bowiem Sąd I instancji orzekł wobec uczestnika zakaz prowadzenia działalności gospodarczej mimo tego, że materiał dowodowy zebrany w sprawie nie pozwalał na ustalenie, iż nastąpiły ku temu konieczne przesłanki. Naruszenie przepisów prawa materialnego sąd odwoławczy bierze wprawdzie pod uwagę z urzędu, jednakże w apelacji uczestnik postawił zarzut naruszenia art.373 ust.1 pkt 1 w zw. z art.373 ust.2 p.u. i n. przez ich zastosowanie i orzeczenie względem uczestnika pozbawienia praw wskazanych w art. 373 ust. 1 p.u. i n. przy jednoczesnym ustaleniu braku spełnienia drugiej z przesłanek, tj. stopnia pokrzywdzenia wierzycieli, która oprócz przesłanki w postaci przypisania winy jest wymagana na zasadzie koniunkcji do wydania orzeczenia skutkującego pozbawieniem prawa.

Do orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej niezbędne jest stwierdzenie przez sąd orzekający winy osoby obowiązanej do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w niezłożeniu tego wniosku w terminie, określenie stopnia tej winy, a także skutków podejmowanych działań, w szczególności skutków mających wpływ na umożliwienie realizacji celu postępowania upadłościowego, które ma za zadanie zaspokojenie wierzycieli w jak najwyższym stopniu, ponadto obniżenie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa upadłego i rozmiar pokrzywdzenia wierzycieli. (vide: np. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 2.03.2016 r., V CSK 401/15 i z dnia 24.09.2010 r., IV CSK 92/10). Skutki podejmowanych działań powinny być wyrażone w konkretnych, wymiernych wartościach, kwotowo lub procentowo.

Zasadnicze znaczenie ma związek przyczynowy pomiędzy uchybieniem wymienionym w art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.i n. a obniżeniem wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa upadłego i rozmiarem pokrzywdzenia wierzycieli. Przede wszystkim jednak należy ustalić, kiedy wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości (art.21 ust.1 p.u.i n. w zw. z art.10 p.u.i n.), tj. kiedy powstał stan niewypłacalności dłużnika (art.11 ust.1 i 2 p.u.i n.).

W niniejszej sprawie Sąd Rejonowy ustalił datę niewypłacalności (...) S.A. na dzień 16 lutego 2011 r., tj. dzień, kiedy druga z faktur wystawionych w stosunku do spółki stała się wymagalna. Z kolei biegła w opinii (k.302) określiła datę powstania niewypłacalności spółki na dzień 3 marca 2011 r., ponieważ spółka w tej dacie miała dwóch wierzycieli. Drugi z tych wierzycieli – (...) sp. j. - nie zgłosił swojej wierzytelności do listy wierzytelności w postępowaniu upadłościowym spółki (k.348), co w ocenie Sądu II instancji wyklucza możliwość stwierdzenia, że na dzień wymagalności faktury wystawionej przez ten podmiot, wystąpiła niewypłacalność po stronie (...) S.A. (na podstawie art.11 ust.1 p.u. i n.). Ma rację skarżący, iż nieumieszczenie wspomnianej wierzytelności na liście wierzytelności oznacza, iż wierzytelność ta mogła być sporna, bądź wierzyciel nie domagał się jej zaspokojenia i w takiej sytuacji nie powinna być brana pod uwagę do przyjęcia niewypłacalności spółki.

W postępowaniu przed Sądem Rejonowym nie zostało również ustalone, kiedy ewentualnie zaistniały przesłanki niewypłacalności spółki w pojęciu art.11 ust.2 p.u.i n. Biegła w treści swej opinii wskazała, że nie ma możliwości precyzyjnego ustalenia, od kiedy wystąpił stan niewypłacalności w rozumieniu przewyżki zobowiązań nad majątkiem spółki i podała, iż bez wątpienia znaczna przewyżka występowała na koniec stycznia 2013 r. Podobne stwierdzenie biegła zawarła w opinii uzupełniającej dodatkowo podając, że za lata sprzed 2013 r. nie mogła przeprowadzić kompletnego badania i poczynić kategoriycznych ustaleń, ponieważ brak było pełnych danych o sytuacji majątkowej spółki. Wniosek o ogłoszenie upadłości uczestnik złożył zaś dnia 8 lutego 2013 r., co oznaczałoby, że w kontekście wystąpienia przesłanek do ogłoszenia upadłości z art.11 ust.2 p.u. i n., uczestnik nie pozostawał w opóźnieniu ze złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Z powyższego należy wnioskować, że Sąd Rejonowy nie ustalił konkretnej daty powstania niewypłacalności spółki, a co za tym idzie nie ustalił, kiedy zaistniały podstawy do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości (...) S.A.

Skoro więc w postępowaniu przed Sądem I instancji nie ustalono podstawowej okoliczności w postaci daty zaistnienia podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, nieuprawnione i niezasadne były czynione przez Sąd Rejonowy w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia rozważania odnośnie winy uczestnika w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie i stopnia tej winy.

Co do skutków podejmowanych działań, bez stwierdzenia których orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej jest niemożliwe, to Sąd I instancji, jak już wspomniano wcześniej, bazując na nieprecyzyjnych wyliczeniach biegłej stwierdził, że wartość majątku spółki systematycznie spadała. Podany w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia spadek wartości majątku przedsiębiorstwa, aczkolwiek w opinii wskazany procentowo (o (...) licząc od końca 2010 r. do końca stycznia 2013 r.), nie może być uznany za wiarygodny, szczególnie wobec faktu, że w opinii uzupełniającej biegła sama wyjaśniła, iż nie mogła precyzyjnie tej wartości wskazać, uczyniła to w oparciu o roczne bilanse. A zatem nie wyliczono obniżenia wartości przedsiębiorstwa (księgowej ani rynkowej) na datę powstania niewypłacalności spółki (ustaloną przez Sąd Rejonowy na dzień 16 lutego 2011 r., a przez biegłą w opinii na dzień 3 marca 2011 r.) i na dzień złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki (k.864).

Sąd Rejonowy nie zdołał stwierdzić, w jakim stopniu nastąpiło pokrzywdzenie wierzycieli. Mimo treści tezy dowodowej, zobowiązującej do ustalenia stopnia pokrzywdzenia wierzycieli, biegła nie zajęła w tej kwestii stanowiska w treści opinii. Sąd I instancji zaś wskazał, że z uwagi na to, że postępowanie upadłościowe spółki nadal się toczy, okoliczność ta będzie znana po zakończeniu tego postępowania, natomiast pokrzywdzeniem wierzycieli jest również oczekiwanie na spłacenie wierzytelności.

Stopień pokrzywdzenia wierzycieli, podobnie jak rozmiar obniżenia wartości przedsiębiorstwa, powinien być wykazany w konkretnych wartościach, kwotowo bądź procentowo. Nie jest wystarczające ogólne stwierdzenie, że na pewno do pokrzywdzenia wierzycieli doszło, choćby ze względu na bieg terminów odsetkowych. W niniejszej sprawie

ten czynnik ma o tyle duże znaczenie, iż postępowanie upadłościowe jest w toku i wierzyciele nadal są spłacani. Ostateczny wynik zaspokojenia wierzycieli nie jest więc znany, natomiast istotne jest, że w tej sprawie nawet nie podjęto próby ustalenia stopnia pokrzywdzenia wierzycieli spółki na konkretne daty.

Niezależnie jednak od uchybień w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, na które powołuje się skarżący w apelacji, decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia miało, z jakiej przyczyny przesłanki orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej nie zostały wykazane.

Zdaniem Sądu Okręgowego wnioskodawca nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi udowodnienia wspomnianych przesłanek i z tego właśnie względu wnioski o orzeczenie zakazu wobec uczestnika powinien zostać oddalony. W sprawie o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej wnioskodawca powinien udowodnić przesłanki uzasadniające orzeczenie tego zakazu, a zatem konieczne jest ustalenie w pierwszym rzędzie zaistnienia stanu niewypłacalności, w rozumieniu art. 11 ust. 1 p.u.i n., tj. stanu trwałego niewykonywania większości wymagalnych zobowiązań oraz chwili zaistnienia tego stanu. Kolejną z przesłanek zastosowania tego przepisu jest ustalenie, iż niezłożenie przez zobowiązanego wniosku o ogłoszenie upadłości w ustawowym terminie nastąpiło z jego winy. Wina i jej stopień są nie tylko przesłankami decydującymi o zakresie i czasokresie pozbawienia praw, o czym stanowi ust. 2 art. 373 p.u.i n., lecz przede wszystkim mają wpływ na decyzję sądu o uwzględnieniu bądź oddaleniu wniosku, bowiem orzeczenie zakazu przewidzianego w art. 373 ust. 1 p.u.i n. ma charakter fakultatywny. To na wnioskodawcy spoczywał obowiązek przedstawienia w sprawie stosownych dowodów, wskazany w art. 232 zd.1 k.p.c., albowiem on z podnoszonych okoliczności wywodził żądanie objęte wnioskiem. Powyższy przepis znajduje zastosowanie w sprawie o orzeczenie zakazu działalności gospodarczej na podstawie art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 376 ust.1 zd. 3 p.u.i n. Postępowanie ujęte w przepisach art. 373 i następane ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze toczy się według przepisów o postępowaniu nieprocesowym, jednakże obowiązują w nim reguły dowodzenia i wszystkie zasady i przepisy prawa procesowego dotyczące postępowania dowodowego i ustaleń faktycznych, w tym art. 229 k.p.c., art. 230 k.p.c. i art. 231 k.p.c. Jedną z przesłanek zastosowania art. 373 ust.1 pkt 1 p.u.i n. jest ustalenie, iż niezłożenie przez zobowiązanego wniosku o ogłoszenie upadłości w ustawowym terminie nastąpiło z jego winy. Przepis ten niewątpliwie nie przewiduje domniemania winy zobowiązanego, a zatem, w myśl ogólnej zasady przewidzianej w art. 6 k.c. w zw. z art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.i n. wnioskodawca, który żąda wydania orzeczenia przewidzianego w art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.i n., powinien udowodnić winę zobowiązanego w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13.05.2011 r., V CSK 352/10).

Orzeczenie, o którym mowa w omawianym przepisie, jest wprawdzie sankcją cywilną o charakterze prewencyjnym, jednak w istocie jest zbliżone do sankcji karnej przewidzianej w art. 41 k.k. gdyż, w odróżnieniu od rozwiązań typowych dla prawa cywilnego, stanowi dolegliwość o charakterze głównie osobistym. Konieczne jest zatem udowodnienie przez wnioskodawcę winy dłużnika, na poziomie przynajmniej niedbalstwa, w spóźnionym złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości (tak: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2010 r., III CSK 44/11).

To zatem na wnioskodawcy, co jednoznacznie wynika już z samej treści art. 373 p.u.i n., spoczywał obowiązek wykazania wystąpienia kumulatywnie wszystkich przesłanek orzeczenia zakazu, w tym również zawinonego przez uczestnika niezgłoszenia w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości, obniżenia wartości przedsiębiorstwa upadłego oraz stopnia pokrzywdzenia wierzycieli. Wnioskodawca w niniejszej sprawie obowiązkowi temu nie podołał, co powinno skutkować oddaleniem wniosku przez Sąd I instancji.

Podsumowując, w przedmiotowej sprawie obowiązkiem wnioskodawcy było udowodnienie zasadności wniosku o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, a zatem: wykazanie, kiedy zaistniała niewypłacalność spółki, a co za tym idzie, kiedy powinien być zgłoszony wniosek o ogłoszenie upadłości spółki, w której uczestnik pełnił funkcję członka zarządu, wykazanie winy uczestnika w niezłożeniu wniosku w ustawowym terminie, a także skutków podejmowanych przez uczestnika działań tj. stopnia pokrzywdzenia wierzycieli i obniżenia wartości przedsiębiorstwa.

W tym celu wnioskodawca złożył szereg wniosków dowodowych, które to wnioski Sąd Rejonowy oddalił. Do wspomnianego postanowienia Sądu I instancji wnioskodawca nie zgłosił zastrzeżenia w trybie art.162 k.p.c. w zw. z art.13 §2 k.p.c. i art.376 ust.1 zd.3 p.u.i n., przez co pozbawił się możliwości powoływania na to „uchybień” Sądu I instancji w dalszym postępowaniu, w tym w postępowaniu apelacyjnym.

Spośród wniosków dowodowych złożonych przez wnioskodawcę Sąd Rejonowy uwzględnił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego i w oparciu o wnioski tej opinii wydał zaskarżone postanowienie. Do treści opinii (głównej i uzupełniającej) wnioskodawca nie zgłaszał zastrzeżeń, zgłaszał natomiast zastrzeżenia uczestnik postępowania, który nie jest obarczony koniecznością udowodnienia zaistnienia przesłanek orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Nie jest bowiem rolą uczestnika w postępowaniu toczącym się w oparciu o art.373 ust.1 pkt 1 p.u. i n. przedstawianie w tym postępowaniu dowodów na okoliczności uzasadniające wniosek; wystarczy, aby uczestnik skutecznie kontrargumentował i kwestionował oraz podważał tezy wniosku.

Już tylko z wyżej wskazanych przyczyn i z uwagi na wymienione naruszenia przepisów prawa materialnego oraz niewykazanie w postępowaniu przed Sądem I instancji zaistnienia podstaw z art.373 ust.1 pkt 1 p.u. i n., nie zachodziły przesłanki do zastosowania wobec uczestnika wysoce dolegliwej sankcji jaką jest orzeczenie zakazu działalności gospodarczej. Dlatego też, zdaniem Sądu Okręgowego, wniosek o orzeczenie zakazu wobec uczestnika należało oddalić, co skutkowało koniecznością zmiany zaskarżonego postanowienia.

Wobec powyższego uprawniony jest wniosek, że zarzuty apelacji, dotyczące naruszeń prawa procesowego i materialnego, a zwłaszcza art.233 §1 k.p.c. w zw. z art.13 §2 k.p.c. i art.376 ust. zd.3 p.u.i n., art.286 k.p.c. w zw. z art.13 §2 k.p.c. i art.376 ust. zd.3 p.u.i n., art.235 k.p.c. w zw. z art.13 §2 k.p.c. i art.376 ust. zd.3 p.u.i n., art.373 ust.1 pkt 1 p.u.i n. w zw. z art.373 ust.2 p.u.i n. okazały się w zasadzie w tym zakresie, w jakim koncentrowały się wokół oceny opinii biegłej, na której wnioskach Sąd I instancji oparł swoje rozstrzygnięcie mimo, że wobec licznych niedostatków rzeczona opinia nie powinna, w ocenie Sądu Okręgowego, stanowić podstawy orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Wobec uwzględnienia wniosków apelacji i zmianę zaskarżonego postanowienia przez oddalenie wniosku o orzeczenie zakazu z art.373 ust.1 pkt 1 p.u.i n. w stosunku do uczestnika, nie jest konieczne i celowe odniesienie się do pozostałych zarzutów apelacyjnych.

Pismem z dnia 30 marca 2018 r., złożonym już po zamknięciu rozprawy, uczestnik postępowania wniósł o zawieszenie postępowania na podstawie art.174 §1 pkt 4 k.p.c. w zw. z art.13 §2 k.p.c. z uwagi na ogłoszenie upadłości wnioskodawcy, które nastąpiło w dniu 28 marca 2018 r., a więc również po zamknięciu rozprawy. Powyższy wniosek pozostawiono bez rozpoznania, ponieważ w celu rozpoznania wniosku konieczne byłoby otwarcie rozprawy na nowo. Przepis art.174 §1 pkt 1 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym w dacie złożenia wniosku i znajdujący zastosowanie w niniejszej sprawie stanowił, że sąd zawiesza postępowanie z urzędu jeżeli postępowanie dotyczy masy upadłości i ogłoszono upadłość z możliwością zawarcia układu, a strona pozbawiona została prawa zarządu masą upadłości, albo ogłoszono upadłość obejmującą likwidację majątku strony.

W ocenie Sądu II instancji okoliczność, iż ogłoszono upadłość wobec wnioskodawcy, nie ma znaczenia dla rozpoznania apelacji uczestnika, gdyż sprawa o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej nie dotyczy masy upadłości wnioskodawcy, a w sprawach, które nie dotyczą masy upadłości, legitymację zachowuje upadły. Jako zasadę generalną przyjmuje się, że nie dotyczą masy upadłości postępowania o roszczenia niemajątkowe (np. o prawa stanu, ochronę dóbr osobistych lub innych praw osobistych). Nie dotyczą masy upadłości w zasadzie sprawy o roszczenia, które ze względu na swój charakter nie podlegają zaspokojeniu z masy upadłości (vide: A. Jakubecki „Ogłoszenie upadłości strony procesu...” str. 36) i takie, które nie dotyczą praw majątkowych upadłego. Postępowanie dotyczy masy upadłości, jeżeli jego wynik mógłby mieć wpływ na stan masy upadłości i możliwości zaspokojenia się z niej. Do postępowań tych zalicza się postępowania, w których upadłemu przypada rola powoda jak i pozwanego, bez różnicy czy chodzi w nich o pozycje czynne czy bierne masy upadłości, jak też bez różnicy, czy sprawa jest sprawą o świadczenie, ukształtowanie lub ustalenie (vide: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16.01.2009 r., III CSK 244/08, Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24.01.2017 r., VI ACa 1676/15). Złożony przez wnioskodawcę wniosek o orzeczenie zakazu

prowadzenia działalności gospodarczej wobec uczestnika, w ogóle nie dotyka sfery masy upadłości wnioskodawcy, gdyż dotyczy tylko i wyłącznie kwestii uprawnień osobistych uczestnika i ich ewentualnego ograniczenia.

Dodatkowo należy zauważyć, że co prawda ogłoszenie upadłości strony prowadzi do wygaśnięcia pełnomocnictwa procesowego, to ustanowiony pełnomocnik działa w postępowaniu aż do chwili jego zawieszenia (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 7.11.2003 r., I CZ 127/03, OSP 2004, z.10 poz. 123 z glosą A. Jakubeckiego tamże). Nie było zatem przeszkód, aby ogłosić postanowienie w sprawie w terminie, na który odroczone publikację orzeczenia.

Reasumując, z uwagi na stwierdzone z urzędu naruszenie prawa materialnego przez Sąd I instancji i zasadność części zarzutów podniesionych w apelacji, apelacja uczestnika podlegała uwzględnieniu, zaskarżone postanowienie zmianie a wniosek oddaleniu. Wobec powyższego i na podstawie powołanych przepisów oraz art. 386 §1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. i art. 376 ust. 1 zd. 3 p.u. i n. orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania w I instancji orzeczono na podstawie art. 520 § 2 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. i art. 376 ust. 1 zd. 3 p.u. i n. oraz § 10 ust.1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2013 r poz.490 ze zm.).

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 520 § 2 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. i art. 376 ust. 1 zd. 3 p.u. i n. oraz § 8 ust.1 pkt 3 i § 10 ust.1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1804).

SSO Bolesław Wadowski SSO Małgorzata Siemianowicz – Orlik SSO Tomasz Szczurowski