

Sygn. akt VIII Ga 416/12

VIII Ga 417/12

## POSTANOWIENIE

***Dnia 24 stycznia 2013 roku***

***Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy***

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Piotr Sałamaj

SSO Tomasz Żelazowski (sprawozdawca)

SR (del.) Rafał Lila

Protokolant: sekretarz sądowy Monika Ziębakowska

po rozpoznaniu w dniu 10 stycznia 2013 roku w Szczecinie,

na rozprawie

sprawy z wniosku syndyka masy upadłości Fabryki (...) przy udziale N. K.

o orzeczenie zakazów określonych w art. 373 Prawa upadłościowego i naprawczego

na skutek apelacji wnioskodawcy oraz uczestnika postępowania od postanowienia Sądu Rejonowego Szczecin-Centrum w Szczecinie z dnia 3 września 2012 r., sygnatura akt XII Gzd 13/12

### ***postanawia:***

I. zmienić w całości zaskarżone postanowienie w ten sposób, że oddalić wniosek;

II. oddalić apelację wnioskodawcy;

III. zasądzić od wnioskodawcy na rzecz uczestnika postępowania kwotę 100 (sto złotych)

tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SR (del.) R. Lila SSO P. Sałamaj SSO T. Żelazowski

Sygn. akt VIII Ga 416/12

Sygn. akt VIII Ga 417/12

## UZASADNIENIE

Wnioskiem złożonym w dniu 4 czerwca 2012 r., syndyk masy upadłości Fabryki (...) spółki akcyjnej w S. w upadłości likwidacyjnej wniósł o orzeczenie wobec uczestnika N. K. zakazu prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek, zakazu pełnienia funkcji członka rady nadzorczej, zakazu pełnienia funkcji reprezentanta lub pełnomocnika w spółce handlowej, przedsiębiorstwie państwowym, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszeniu na okres dziesięciu lat oraz o orzeczenie o kosztach według norm przepisanych. Uzasadniając wniosek syndyk wskazał m.in., że już w 2001 roku sytuacja finansowa (...) była trudna, kiedy został złożony wniosek o otwarcie postępowania układowego

przewidujący umorzenie należności o 40 % i rozłożenie wierzytelności na raty. Postanowieniem z dnia 27 lutego 2002 r. Sąd Rejonowy w Szczecinie zatwierdził układ zawarty pomiędzy (...) a wierzycielami.

Postanowieniem z dnia 11 lutego 2011 roku Sąd Rejonowy Szczecin-Centrum w Szczecinie ogłosił upadłość (...) obejmującą likwidację jej majątku. W uzasadnieniu tego postanowienia wskazano m.in., że dłużnik za okres od 1 stycznia 2010 r. do 30 września 2010 r. osiągnął stratę netto w wysokości 842.874,50 zł, przy stracie z lat ubiegłych w wysokości 42.597.598,06 zł. Na dzień 30 września 2010 r. kapitał (fundusz) własny dłużnika w ujęciu bilansowym był ujemny i wynosił 13.552.713,44 zł. Według stanu na dzień 30 września 2010 r. łączna kwota wymagalnych zobowiązań krótkoterminowych dłużnika wynosiła 48.230.879,51 zł. Większość zobowiązań stała się wymagalna przed 2007 rokiem. Na liście wierzytelności złożonej w dniu 20 stycznia 2012 roku syndyk uznał wierzytelności względem (...) na łączną sumę 34.093.286,15 złotych.

W ocenie syndyka do końca marca 2006 roku winny zostać spłacone ostatnie raty układowe, natomiast w liście wierzytelności z dnia 18 listopada 2011 roku uwzględniono wierzytelności szeregu wierzycieli, których wierzytelności objęte były układem. Skoro już w 2006 roku (...) nie wykonała wszystkich swoich obowiązków wynikających z zawartego w 2002 roku układu z wierzycielami, uznać należy że już w 2006 roku zaistniały podstawy do ogłoszenia jej upadłości. W tamtym okresie zaczęły się również pojawiać zaległości w wypłatach wynagrodzeń na rzecz pracowników spółki, w tym tych którzy wnioskowali o upadłość spółki. Powyższe, w ocenie wnioskodawcy wyczerpuje dyspozycję art. 373 ust. 1 pkt 1 Prawa Upadłościowego i Naprawczego i w pełni uzasadnia wniosek. W okresie od dnia 14 marca 2008 roku (data zarejestrowania zmiany w Krajowym Rejestrze Sądowym) do dnia dzisiejszego w skład dwuosobowego zarządu spółki wchodził J. A. jako prezes zarządu oraz N. K. jako członek zarządu. W ocenie wnioskodawcy, złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości (...) w 2006 roku pozwoliłoby znacząco ograniczyć jej zadłużenie w stosunku do jej pracowników, kontrahentów oraz instytucji publicznych i samorządowych. Ponadto przeciwko (...) prowadzonych było 218 postępowań egzekucyjnych o łącznej wartości dochodzonych roszczeń 32.038.215,67 zł. Tymczasem w roku 2002 kiedy zatwierdzano układ z wierzycielami suma zobowiązań (...) oscylowała w granicach 25.000.000 zł (zaś przy uwzględnieniu 40% redukcji ok. 19.000.000 złotych), a więc była dwukrotnie niższa. Podsumowując wywody wnioskodawca wskazał, że wskutek nieudolnego i patologicznego zarządzania (...) przez uczestnika doszło do rażącego zwiększenia jej zadłużenia, a w efekcie do wyrządzenia szkody większej ilości wierzycielom i w znacznie szerszym zakresie.

Postanowieniem z dnia 3 września 2012 roku Sąd Rejonowy Szczecin – Centrum w Szczecinie pozbawił N. K. 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 5 lat, w pozostałym zakresie oddalił wniosek oraz zasądził od uczestnika na rzecz wnioskodawcy syndyka masy upadłości Fabryki (...) spółki akcyjnej w S. w upadłości likwidacyjnej kwotę 237 zł.

Postanowienie powyższe Sąd oparł na ustaleniu, że Fabryka (...) spółka akcyjna w S. została zawiązana w dniu 28 stycznia 1992 r. Głównym przedmiotem działalności spółki była produkcja części i akcesoriów do pojazdów mechanicznych. W dniu 14 marca 2008 roku N. K. został wpisany w rejestrze przedsiębiorców numer (...) prowadzonym przez Krajowy Rejestr Sądowy jako członek zarządu Fabryki (...) spółki akcyjnej w S..

Postanowieniem z dnia 27 lutego 2002 r. Sąd Rejonowy w Szczecinie zatwierdził układ zawarty w dniu 24 stycznia 2002 r. przez Fabrykę (...) spółkę akcyjną w S. z wierzycielami. W uzasadnieniu sąd przyjął, że w postępowaniu układowym wzięło udział 499 wierzycieli z kwotą podlegającą układowi 14.987.983,97 zł. Układ przewidywał umorzenie wierzytelności o 40 % oraz rozłożenie spłaty wierzytelności na raty.

Postanowieniem z dnia 11 lutego 2011 r., Sąd Rejonowy Szczecin - Centrum w Szczecinie, w sprawie sygn. akt XII GU 108/10, ogłosił upadłość dłużnika Fabryki (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. obejmującą likwidację majątku dłużnika. Uzasadniając orzeczenie sąd przyjął m.in., że według stanu na dzień 30 września 2010 r. łączna kwota wymagalnych zobowiązań krótkoterminowych dłużnika wynosiła 48.230.879,51 zł. Okres opóźnienia w płatności zobowiązań jest dłuższy niż 3 miesiące. Większość zobowiązań stała się wymagalna przed 2007 rokiem.

W toku postępowania upadłościowego Fabryki (...) spółki akcyjnej w S. syndyk masy upadłości złożył w dniu 20 stycznia 2012 r. listę wierzytelności datowaną na 18 listopada 2011 r., w której zostały uznane wierzytelności na łączną kwotę 34.093.286,15 zł. Na liście wierzytelności nie zostały ujęte wierzytelności wobec (...) sp. z o.o. w L. i (...) sp. z o.o. w S..

Przystępując do rozważań Sąd wskazał, że wniosek okazał się uzasadniony w znacznej części, a podstawę prawną orzeczenia stanowi art. 373 ust 1 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze.

Powołując się na art. 10 PUiN Sąd wskazał, że podstawą ogłoszenia upadłości dłużnika jest jego niewypłacalność. Definicję niewypłacalności ustawodawca zawarł w art. 11 ustawy, przy czym spełnienie chociaż jednej z przesłanek przewidzianych w tym przepisie uzasadnia ogłoszenie upadłości.

Dla określenia niewypłacalności nie ma znaczenia, czy dłużnik nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych czy też niepieniężnych oraz co jest tego przyczyną. Stan niewypłacalności ma bowiem charakter obiektywny i nie rozpatruje się go pod kątem winy dłużnika. Nieistotny jest też rozmiar niewykonywanych przez dłużnika zobowiązań ani ich charakter (publicznoprawne czy cywilnoprawne). Brak wykonywania przez dłużnika w terminie wymagalnych zobowiązań, nawet o niewielkiej wartości oznacza jego niewypłacalność.

Druga z przesłanek niewypłacalności zachodzi wówczas, gdy uwzględniając wszystkie składniki majątku dłużnika, nie wystarczą one na pokrycie wszystkich długów. Ma ona zastosowanie także wówczas, gdy dłużnik na bieżąco wykonuje swoje zobowiązania. Ta postać niewypłacalności dotyczy jednak enumeratywnie wymienionych podmiotów.

Dłużnik jest obowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości. Jeżeli dłużnikiem jest osoba prawna lub jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, obowiązek ten spoczywa na każdym, kto ma prawo go reprezentować sam lub łącznie z innymi osobami.

Regulacja powyższa ma na celu wymuszenie na przedsiębiorcach będących dłużnikami i ich reprezentantach składania wniosków o ogłoszenie upadłości w odpowiednim. Tylko bowiem szybkie złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości i następnie szybkie jego rozpoznanie daje szansę na zaspokojenie wierzycieli w znacznym stopniu. Tym niemniej postępowanie o pozbawienie praw określonych w art. 373 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze dotyczyć może jedynie dłużnika i jego reprezentantów.

Sąd wskazał, że przepis art. 377 PUiN nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, albowiem nie obejmuje on swoim zakresem sytuacji gdy postępowanie upadłościowe jest w toku w chwili złożenia wniosku o orzeczenie zakazów określonych - art. 373 oraz pełnienia nieprzerwanie przez ten czas funkcji członka zarządu. Przewidziany w tym przepisie termin roczny nie rozpoczyna w takiej sytuacji biegu.

W niniejszym postępowaniu udowodnienia wymagało zaistnienie w określonym czasie przesłanek do ogłoszenia upadłości wobec Fabryki (...) spółki akcyjnej w S., pełnienie w tym czasie funkcji reprezentanta przez uczestnika, niezłożenie przez uczestnika w terminie 14 dni od dnia powstania podstawy do ogłoszenia upadłości wniosku o ogłoszenie upadłości, zawinione zaniechanie w złożeniu wniosku przez uczestnika. W następstwie przeprowadzonych dowodów Sąd stwierdził, że (...) była niewypłacalna już w dacie objęcia funkcji członka zarządu przez N. K.. Ze wskazanego przez wnioskodawcę wykazu zobowiązań objętych układem z dnia 24 stycznia 2002 r. oraz uznanych na liście wierzytelności w toku postępowania upadłościowego z dnia 20 stycznia 2012 r. wynika, że co najmniej zobowiązania na łączną kwotę 908.123,97 zł były wymagalne na dzień objęcia funkcji przez uczestnika tj. 14 marca 2008 r. Zatem wniosek o ogłoszenie upadłości winien zostać złożony przez uczestnika najpóźniej do dnia 28 marca 2008 roku. Uczestnik jako członek zarządu znał sytuację finansową spółki, a więc co najmniej zdawał sobie sprawę z toczących się kilkuset postępowań egzekucyjnych. Brak jest bowiem jakichkolwiek twierdzeń zaprzeczających tej tezie.

Zatem zaniechanie w złożeniu wniosku w terminie 14 dni od zaistnienia przesłanek do ogłoszenia upadłości, a trwające niemal 3 lata należy zatem uznać za zawinione. Uczestnik znając sytuację finansową przedsiębiorstwa, liczbę

wierzycieli i wysokość zobowiązań, oraz mając świadomość niepłacenia wymagalnych zobowiązań nie składał przez ten okres wniosku o ogłoszenie upadłości będąc do tego zobowiązany. Stopień winy - nieumyślnej - w niezłożeniu wniosku w terminie należy określić jako znaczny, przede wszystkim z uwagi na bardzo długi okres bezczynności oraz znaczną jak na polskie realia wielkość zobowiązań spółki. Na wysoki stopień winy wskazuje także fakt, że dłużnik ani żaden z jego reprezentantów nie złożyli wniosku pomimo istnienia oczywistych przesłanek ku temu, a został on złożony przez wierzycieli pracowniczych, którzy - co znamienne - zostali zaspokojeni po ogłoszeniu upadłości, co można uznać również za czyn oceniany negatywnie - faworyzowanie jednych wierzycieli kosztem innych.

Drugim z elementów warunkujących orzeczenie zakazu, a ściślej wpływających na rozmiar orzeczonego zakazu - obok stopnia winy - jest skutek zawinionego działania osoby, która ma być pozbawiona tych praw. Wynika to przede wszystkim z art. 373 ust. 2 PUiN, który stanowi, że przy orzekaniu zakazu, sąd bierze pod uwagę skutki podejmowanych działań, w szczególności obniżenie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa i rozmiar pokrzywdzenia wierzycieli. Na wartość ekonomiczną przedsiębiorstwa wpływa zarówno wartość majątku jak i wysokość zobowiązań oraz zdolność do generowania zysku.

W okresie zawinionego zaniechania trwającego niemal 3 lata zarówno zmniejszyła się wartość majątku, jak i zwiększyły się zobowiązania, a nadto spółka całkowicie utraciła zdolność do generowania zysku. Urządzenia i maszyny z biegiem czasu znacznie tracą na wartości poprzez zużycie i występowanie na rynku nowszych modeli. W okresie pełnienia funkcji członka zarządu przez uczestnika stopniowo wzrastała także wysokość zobowiązań, z uwagi na rosące odsetki za opóźnienie w ich realizacji. Zmniejszenie wartości majątku przy jednoczesnym wzroście zobowiązań i pogłębianiu straty z działalności zmniejsza wartość ekonomiczną przedsiębiorstwa a tym samym zmniejsza stopień zaspokojenia wierzycieli w toku postępowania upadłościowego.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności sąd uznał za uzasadnione orzeczenie pozbawienia praw określonych w art. 373 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego na okres 5 lat, oddalił natomiast wniosek w pozostałym zakresie. Orzeczenie zakazu na okresy zbliżone do górnej granicy winno być uzasadnione do uczestników doprowadzających do niewypłacalności z winy umyślnej - co nie zostało wykazane w niniejszym postępowaniu, oraz powodujących swoimi działaniami wielomilionowe negatywne następstwa dla wierzycieli, w szczególności mającymi charakter przestępczy. Natomiast w trakcie pełnienia funkcji przez uczestnika po marcu 2008 r. nie zostało wykazane aby były zaciągane zobowiązania w znacznej wysokości. Wysokość zobowiązań (co do kwoty głównej) praktycznie była niezmienna. Jego brak działania w złożeniu wniosku charakteryzował się niedbalstwem, a obniżenie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa polegało głównie na zwiększeniu pasywów poprzez narastające odsetki i powiększenie w ten sposób stanu zobowiązań, a także obniżanie wartości majątku ruchomego z uwagi na upływ czasu.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 520 § 2 k.p.c. w związku z art. 376 ust. 1 prawa upadłościowego i naprawczego.

Postanowienie powyższe zaskarżyli apelacjami zarówno wnioskodawca jak i uczestnik.

Wnioskodawca zaskarżył postanowienie w części dotyczącej punktu II, zarzucając:

I. naruszenie art. 232 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 6 k.c. poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że wnioskodawca nie udowodnił umyślnego działania uczestnika w kierunku znacznego pokrzywdzenia wierzycieli zarządzanej przezeń upadłej spółki, w sytuacji gdy dowody załączone do wniosku inicjującego niniejsze postępowanie wskazywały wyraźnie, że uczestnik nie tylko pasywnie przyczynił się do zwiększania niewypłacalności (...) (...) S.A. zaniechując złożenia wniosku o ogłoszenie jej upadłości, co skutkowało wzrostem zadłużenia poprzez przyrost odsetek ustawowych i obniżenie wartości składników majątkowych z uwagi na upływ czasu, ale w rzeczywistości działał aktywnie w celu pomniejszenia majątku F.M.S. (...) S.A., z którego w ramach ewentualnego postępowania upadłościowego mogło dojść do zaspokojenia wierzycieli spółki;

II. naruszenie art. 373 PUiN poprzez orzeczenie pozbawienia uczestnika 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 zaledwie 5 lat, podczas gdy stopień zawinienia uczestnika oraz skutki podejmowanych przezeń działań w szczególności w kontekście obniżenia wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa upadłego i powiększenia rozmiaru pokrzywdzenia wierzycieli, uzasadniało orzeczenie tego zakazu na okres maksymalny - 10 lat.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę postanowienia w zaskarżonej części i pozbawienie uczestnika 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 dalszych 5 lat, tj. łącznie na okres 10 lat oraz o zasądzenie od uczestnika na rzecz wnioskodawcy kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu apelacji skarżący wskazał, że Sąd błędnie uznał, iż wnioskodawca nie udowodnił umyślnego działania uczestnika w kierunku znacznego pokrzywdzenia wierzycieli. Tymczasem uczestnik nie tylko pasywnie przyczynił się do zwiększenia niewypłacalności upadłej spółki, co skutkowało wzrostem jej zadłużenia poprzez przyrost odsetek ustawowych oraz obniżeniem wartości składników majątkowych z uwagi na wpływ czasu, ale umyślnie dążył do pomniejszenia majątku spółki o aktywa.

Na etapie zatwierdzenia układu wskazywano na znaczny majątek ruchomy i nieruchomy upadłej, którego wartość rynkowa miała oscylować w ocenie biegłych sądowych w granicach 60.000.000 zł. Z kolei przy ogłoszeniu upadłości ustalono, że majątek ten wynosił już tylko 5.500.000 zł. Tak znacząca różnica wynikała z wyzbywania się składników majątku przez upadłą spółkę, w imieniu której działał uczestnik.

Skarżący zaznaczył także, że już z treści wniosku o ogłoszenie upadłości (...), złożonego przez (...) sp. z o.o. wynikało, że spółka (...) wyzbywa się udziałów w swoich spółkach zależnych, do których aportem wnoszono nieruchomości i ruchomości. Min. obniżono kapitał zakładowy spółki (...) sp. z o.o. w drodze umorzenia udziałów upadłej, a następnie podwyższono ów kapitał, przy czym nowe udziały objęła spółka (...). Wskutek powyższego upadła nie tylko utraciła udziały o znacznej wartości nominalnej ale też kontrolę nad spółką (...).

W ocenie skarżącego uczestnik działał więc celowo, w kierunku obniżenia aktywów upadłej spółki, co doprowadziło do zmniejszenia się stopnia potencjalnego zaspokojenia wierzycieli. Złożenie przez uczestnika wniosku niezwłocznie po objęciu funkcji pozwoliłoby nie tylko zapobiec obniżeniu wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa, ale także na zaspokojenie wierzycieli w większej części niż obecnie. Zatem stopień winy uczestnika jest rażący, co uzasadnia orzeczenie zakazu na okres 10 lat.

Stąd, zasadny jest również zarzut naruszenia przez Sąd I instancji art. 373 PUiN, ponieważ to właśnie swoimi działaniami uczestnik przyczynił się do wielomilionowych, negatywnych następstw dla wierzycieli.

Uczestnik zaskarżył postanowienie w całości, zarzucając:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 373 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że mimo braku zaciągania zobowiązań i niewyprzedawania majątku spółki doszło do obniżenia wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa i zwiększenia pokrzywdzenia wierzycieli a tym samym nieprawidłowe przyjęcie, że uczestnik jest winny zmniejszenia stopnia zaspokojenia wierzycieli;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 373 ust. 2 PUiN poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w sytuacji gdy Sąd przypisuje uczestnikowi winę wyłącznie za zaniechanie a z treści ww. przepisu wynika, że przy orzekaniu zakazu, Sąd bierze pod uwagę stopień winy oraz skutki podejmowanych działań a obie postacie czynu wykluczają się wzajemnie;

III. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 216 k.p.c. poprzez dokonanie rażąco wadliwej i dowolnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie skutkującej:

a) niczym nieuzasadnionym ustaleniem, że na skutek zachowania uczestnika doszło do obniżenia wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa i wpłynięcia na rozmiar pokrzywdzenia wierzycieli,

b) niczym nieuzasadnionym ustaleniem, że w okresie pełnienia przez uczestnika funkcji obniżyła się wartość majątku spółki,

c) całkowitym pominięciem przy rozpoznawaniu sprawy szczególnie istotnego z punktu widzenia zasadności składania wniosku o ogłoszenie upadłości spółki faktu niewywiązania się (...) sp. z o.o., z umowy z dnia 21 marca 2007 r., na podstawie której, spółka ta miała spłacić nie tylko zobowiązania zabezpieczone hipoteką ale również wszelkie nie uregulowane do 2007 r. zobowiązania układowe upadłej spółki, w tym te, które pozostają nie spłacone po ogłoszeniu upadłości spółki (wywiązanie się przez (...) sp. z o.o. powinno doprowadzić do zaspokojenia wierzycieli spółki a tym samym nie istniałyby przesłanki do ogłoszenia upadłości);

d) pominięciem okoliczności, że komornik sądowy nie przelał wierzycielom upadłej spółki kwoty 4.983.756,46zł,

e) przypisaniem winy za zaspokojenie wierzycieli pracowniczych w sytuacji, gdy środki finansowe na spłatę tych wierzycieli nie pochodziły z majątku upadłej spółki.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia w całości i oddalenie wniosku syndyka oraz o zasądzenie od wnioskodawcy na rzecz uczestnika kosztów procesu według norm przepisanych za obie instancje, ewentualnie o uchylene zaskarżonego postanowienia w całości i przekazanie sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania przed Sądem II instancji.

W uzasadnieniu apelacji uczestnik powołując się na przepis art. 373 ust 2 PUiN wskazał, że zakaz wykonywania działalności może być orzeczony jeśli niewypłacalność dłużnika powstała na skutek celowego jego działania np. niegospodarności, pozbywania się składników majątkowych bądź wykonywania nieprzemysłanych transakcji. Postępowanie dowodowe przeprowadzone w niniejszej sprawie nie daje podstaw do twierdzenia, że uczestnik takie działania podejmował.

Nadto uczestnik uwypuklił, że art. 373 ust 2 PUiN stanowi, iż przy orzekaniu zakazu, sąd bierze pod uwagę stopień winy oraz skutki podejmowanych działań, zaś działanie i zaniechanie to dwie różne postacie „czynienia”. Sąd ma badać skutki podjętych działań, jednak zaniechanie nie może być działaniem. W niniejszej sprawie Sąd I Instancji nie dopatrył się żadnych działań z strony uczestnika, które doprowadziłyby do zmniejszenia wartości majątku spółki. Skoro więc Sąd nie przypisał uczestnikowi winy za działanie, to nie powinien również uwzględnić wniosku inicjującego niniejsze postępowanie i orzekać zakazów wymienionych w art. 373 PUiN.

Uznając, że zmniejszenie potencjału majątkowego spółki tkwi w narastających odsetkach sąd nie uwzględnił, iż niespłacone zobowiązania wynikały z niewywiązania się spółki (...) sp. z o.o. z umowy z dnia 21 marca 2007 roku. Gdyby spółka ta wywiązała się z umowy, nie zachodziłyby przesłanki do ogłoszenia upadłości spółki (...)

Spłata wierzycieli układowych wynikała z aneksu nr (...) do umowy z dnia 21 marca 2007 r. Integralną częścią aneksu był załącznik nr 1, w którym m.in. zostali wymienieni dotychczasowi niespłacony wierzyciele układowi upadłej Spółki. To na skutek nie zapłacenia całości ceny przez (...) sp. z o.o. za nabyte od spółek (...) nieruchomości, objęte umową z dnia 21 marca 2007 r. Sąd Apelacyjny w Szczecinie, wyrokiem z dnia 25 maja 2011 r., zobowiązał (...) sp. z o.o. do zwrotnego wydania (...) spółce (...).

Uczestnik wskazał ponadto, że nie ponosi winy za to, że w okresie od objęcia funkcji prezesa zarządu upadłej spółki do czasu ogłoszenia upadłości spółki, pozostawały nie spłacone zobowiązania w kwocie 4.983.756,46zł. Nie przekazanie

przez komornika wierzycielom spółki tej kwoty nie może stanowić podstaw do przyjęcia znacznego stopnia winy w obniżeniu wartości ekonomicznej spółki.

Błędne i niesprawiedliwione jest również przyjęcie, że w okresie od kiedy uczestnik objął funkcję członka zarządu zmniejszyła się wartość majątku spółki w zakresie wartości maszyn i urządzeń. Do jednoznacznego stwierdzenia, że w konkretnym przypadku maszyny utraciły wartość we wskazanym przez Sąd okresie, potrzebne są wiadomości specjalne, co jednak nie było przedmiotem badania biegłego. Po drugie, upadła Spółka nie prowadziła statutowej działalności gospodarczej, a osiągane przychody z dzierżawy pomieszczeń były jej jedynym dochodem. Nie może być więc mowy o utracie wartości parku maszynowego upadłej spółki, jeżeli od 2008 r. nie posiadała żadnych ruchomości

Skarżący zaznaczył również, że brak wskazania przez niego konkretnych dokumentów z akt upadłościowych, na które się powołał wynikała z tego, że w sprawach tych orzekał ten sam sędzia, który orzekał w sprawie niniejszej.

Błędne jest również przypisywanie uczestnikowi winy za zaspokojenie wierzycieli pracowniczych w sytuacji, gdy środki finansowe na spłatę tych wierzycieli nie pochodziły z majątku spółki, nadto dla wielu pracowników były to jedynie środki finansowe po rozwiązaniu umowy o pracę.

Również za błędne należy uznać twierdzenie Sądu, iż terażniejszy fakt istnienia lub nieistnienia zobowiązania nie przeczy faktowi prowadzenia w określonym okresie egzekucji przez wierzyciela czy też istnienia w dacie ogłoszenia upadłości określonej wierzytelności. Zgodnie z ustaleniami Sądu orzekającego w sprawie o ogłoszenie upadłości w skład majątku (...) S.A., na dzień 17 stycznia 2011 r., wchodziły nieruchomości, na których były ustanowione hipoteki na rzecz wierzycieli publicznoprawnych, przy czym łączna kwota zabezpieczeń hipotecznych wierzycieli publicznoprawnych w stanie na dzień 17 stycznia 2011 r. a tym samym na dzień ogłoszenia upadłości 11.02.2011 r. na tych nieruchomościach Spółki według ustaleń Sądu (nie podliczonych) wynosiła 6.757.634,65 zł.

Wymieniając kwoty zabezpieczeń hipotecznych i uprawnionych wierzycieli, skarżący wskazał, że łączna kwota tych zabezpieczeń wynosi obecnie po zsumowaniu 1.938.811,20 zł i ulegał zmniejszeniu w ciągu 19 miesięcy po ogłoszeniu upadłości o 4.818.823,45 zł. Powyższe podważa ustalenia Sądu w zakresie istnienia w dacie ogłoszenia upadłości określonej wielkości wierzytelności. Nadto Sąd orzekający w niniejszej sprawie błędnie przyjął, iż w dacie ogłoszenia upadłości istniały wierzytelności Drugiego Urzędu Skarbowego, jeżeli ich spłata nastąpiła jeszcze przed wydaniem postanowienia o ogłoszeniu upadłości a dopiero teraz wierzyciel złożył wniosek o wykreślenie ustanowionej hipoteki, co wynika z pisma Naczelnika US z dnia 11 kwietnia 2012 roku (XII GUp 3/11).

Niezgodne ze stanem faktycznym były informacje komornika sądowego J. W. (1) zawarte w jego piśmie z dnia 27.10.2010 r. (sygn. akt 108/10), iż w stanie na dzień 27.10.2010 r. prowadzi przeciwko dłużnikowi 218 spraw na łączną kwotę przekraczającą 32.000.000 zł. W postanowieniu z dnia 26.03.2008 roku komornik określił bowiem stan prowadzonych egzekucji na 16.941.072, 49 zł. Skoro z początkiem 2008 r. spółka nie prowadziła już działalności produkcyjnej, nie zaciągała żadnych zobowiązań to nie jest możliwe, aby w okresie dwóch lat - pomiędzy 26.03.2008 r. a 27.10.2010 r. - zobowiązania spółki w sprawach komorniczych urosły o kolejne 16 mln. do kwoty 32 mln. według stanu na dzień 27.10.2010 r. Szereg egzekucji było również bezzasadnych.

Skarżący przyznał, że w trakcie pełnienia funkcji prezesa zarządu zostały nawiązane stosunki gospodarcze z (...) Ochrona Sp. z o.o., jednakże podyktowane to było koniecznością ochrony mienia upadłej spółki, a ponadto wierzytelność ww. podmiotu wobec spółki wynosi jedynie 1.866,24 zł.

Reasumując, w ocenie skarżącego Sąd orzekający w niniejszej sprawie nie tylko poczynił błędne ustalenia stanu faktycznego, ale również przypisał uczestnikowi winę za czynności podmiotów zewnętrznych. Te błędne ustalenia faktyczne nie mogą stanowić podstawy do przyjęcia znacznego stopnia winy skarżącego.

W odpowiedzi na apelację wnioskodawcy uczestnik postępowania odnosząc się do twierdzeń o różnicy w wartości majątku spółki (...) wskazał, że wnioskodawca pominął fakt dokonania sprzedaży części nieruchomości fabrycznych za kwotę 34.885.800 zł oraz, że środki uzyskane ze sprzedaży pokrywały znaczną część zobowiązań spółki postawnych

do czasu zawarcia umowy z dnia 21.03.2007 roku. W ocenie uczestnika wnioskodawca pomijając treść ww. umowy manipuluje faktami. Podkreślił przy tym, że umowa ta została zawarta w okresie, kiedy nie pełnił funkcji członka zarządu upadłej, ale także nie można z niej wnioskować o wyzbywaniu się majątku.

Uczestnik zaprzeczył, aby dochodziło do wyzbywania się przez upadłą udziałów w spółkach zależnych. Zaznaczył, że złożył wniosek o ogłoszenie upadłości Odlewni (...) i na dzień ogłoszenia upadłości jej udziały należały do (...).

Odnosząc się do treści wniosku (...) sp. z o.o. o ogłoszenie upadłości i zawartego tam twierdzenia o istnieniu 33 hipotek przymusowych, uczestnik wskazał, że te same wierzytelności II US były podstawą ustanowienia hipoteki przymusowej łącznej na nieruchomościach objętych umową z dnia 21 marca 2007 roku. Spółka (...) wiedziała, że zobowiązania upadłej wobec II US zostały spłacone, a mimo to powołała je we wniosku o ogłoszenie upadłości (...).

Odnosząc się do zarzutu obniżenia kapitału zakładowego spółki (...) sp. z o.o. o kwotę 6.049.500 zł, uczestnik wskazał, że podjęta przez Zgromadzenie Wspólników uchwała z dnia 24 lipca 2009 roku o umorzeniu 12.099 udziałów posiadanych przez (...) S.A. w wartości 6.049.500 zł - stanowiła element przyjętego planu rozliczenia zobowiązań (...) z tytułu spłaty jej zobowiązań przez spółkę (...) z tytułu sprzedaży nieruchomości.

Uczestnik wskazał wreszcie, że nieuprawnione jest twierdzenie, że na skutek niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, roczny przyrost odsetek wyniósł 5.000.000 zł. Byłoby to bowiem możliwe jedynie wtedy, gdyby kwota zobowiązań spółki w lutym 2008 roku wynosiła minimum 53.000.000 zł. Żadne dane finansowe spółki nie wskazywały na takie zobowiązanie.

Natomiast wnioskodawca w odpowiedzi na apelację uczestnika wniósł o jej odrzucenie, ewentualnie oddalenie w całości oraz o zasądzenie od uczestnika na rzecz wnioskodawcy kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie wnioskodawca wskazał, że apelacja uczestnika jest najprawdopodobniej spóźniona.

Odnosząc się merytorycznie do twierdzeń uczestnika, wskazał, że oczywistym jest, że w razie zwlekania przez członka zarządu spółki kwalifikującej się do ogłoszenia jej upadłości, ze złożeniem wniosku o ogłoszenie takiej upadłości, przez okres kilku lat, dochodzi do zwiększania się jej zobowiązań względem wierzycieli. Gdyby nawet hipotetycznie założyć, że uczestnik nie zaciągał żadnych nowych zobowiązań, to już istniejące wierzytelności ulegały zwiększeniu choćby o odsetki ustawowe lub umowne oraz o koszty postępowań sądowych i egzekucyjnych. Wbrew twierdzeniom uczestnika w czasie gdy sprawował funkcję członka zarządu w upadłej spółce, oczywiście doszło również do obniżenia wartości jej aktywów, choćby z uwagi na wpływ czasu i notoryjnie znaną degradację majątku nieużytkowanego przez lata.

Podkreślił, że fakt zaniechania złożenia przez uczestnika wniosku o ogłoszenie jej upadłości musi być brany pod uwagę, albowiem obowiązek ten wynika wprost z treści art. 373 ust. 1 pkt. 1 PUiN.

Chybione są zarzuty naruszenia przez Sąd I instancji przepisów prawa procesowego, choćby z tego powodu, że zarzuty te sformułowane są nie w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, w tym zaoficerowany przez uczestnika, ale wyłącznie na podstawie nieopartych niczym twierdzeń uczestnika.

### **Sąd Okręgowy zważył co następuje:**

Apelacja wnioskodawcy okazała się niezasadna. Uwzględnić natomiast należało apelację uczestnika postępowania, jednakże z innych przyczyn, niż w niej wskazane. W pierwszej kolejności omówiona zostanie druga z nich, albowiem zarówno wnioski, jak i zarzuty podniesione przez skarżącego odnoszą się do istnienia w ogóle podstaw do stosowania przepisu art. 373 Prawa upadłościowego i naprawczego, a tym samym kwestie dotyczące wyłącznie zakresu zastosowanej sankcji mają charakter wtórny.

Na wstępie jednak rozważyć należało kwestie związane z ewentualnym zaistnieniem przesłanek określonych w art. 379 k.p.c. skutkujących uznaniem, że zachodzi nieważność postępowania. Wprawdzie żaden ze skarżących zarzutów w tym zakresie nie formułował, jednakże w obowiązującym stanie prawnym Sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji w granicach zaskarżenia bierze z urzędu pod uwagę nieważność postępowania (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., sygn. akt III CZP 49/07, Lex nr 341125).

W literaturze, jak i w judykaturze dominuje pogląd odnośnie tego, tego, kiedy występuje pozbawienie strony możliwości obrony wywołujące nieważność postępowania (art. 379 pkt 5 k.p.c.). Wadliwość ta występuje wówczas, gdy strona procesowa, wbrew swej woli, zostaje faktycznie pozbawiona możliwości działania w postępowaniu lub jego istotnej części, jeżeli skutki tego uchybienia nie mogły być usunięte w dalszym toku procesu przed wydaniem w danej instancji wyroku (por. np. uzasadnienia wyroków Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2000 r., III CKN 416/98, OSNC 2000, nr 12, poz. 220, z dnia 10 stycznia 2001 r., I CKN 999/98 i z dnia 10 lipca 2002, II CKN 822/00, niepubl. oraz z dnia 10 czerwca 1974 r., II CR 155/74, OSPiKA 1975, nr 3, poz. 66). Pozbawienie strony możliwości obrony należy oceniać przez pryzmat konkretnych okoliczności sprawy. Przy analizie, czy doszło do pozbawienia strony możliwości działania, należy najpierw rozważyć, czy nastąpiło naruszenie przepisów procesowych, a w drugiej kolejności trzeba sprawdzić, czy uchybienie to wpłynęło na możliwość strony do działania w postępowaniu, w końcu należy zbadać, czy pomimo realizacji tych przesłanek strona mogła bronić swych praw. Tylko w razie kumulatywnego spełnienia wszystkich tych trzech przesłanek można odpowiedzieć twierdząco, że strona została pozbawiona możliwości działania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2004 r., sygn. akt III CK 226/02, LEX nr 163995, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 2012 r., sygn. akt II UK 336/11, LEX nr 1219508, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2012 r., sygn. akt III UK 75/11, LEX nr 1213419, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2011 r., sygn. akt V CSK 21/11, LEX nr 1147800). Nie ma znaczenia natomiast, z jakich powodów to pozbawienie możliwości obrony nastąpiło, tj. czy było efektem działania sądu, strony przeciwnej czy też osoby trzeciej. Sąd powinien badać, czy w następstwie procesowych uchybień nastąpiło na istotnym etapie procesu wyłączenie zasady dyspozycyjności strony i stwierdzić, czy wadliwość ta występowała już do końca postępowania w danej instancji. Trzeba więc zauważyć, że przesłanką nieważności postępowania, ze względu na pozbawienie strony (uczestnika postępowania) możliwości obrony swych praw, jest wykazanie związku przyczynowego między naruszeniem przepisu prawa a tym pozbawieniem, nieistotne jest natomiast, czy z czyjejkolwiek winy oraz przez kogo prawo zostało naruszone (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 1 października 1937 r., C III 509/37, Zb. O. 1938, nr 325). Należy co do zasady stwierdzić, że postępowanie toczące się bez udziału zainteresowanego, na skutek zaniedbania przez sąd obowiązku wezwania go, dotknięte jest - zgodnie z art. 379 pkt 5 k.p.c. - nieważnością (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 lipca 1998 r. sygn. akt III ZP 20/97, OSNAPUS 1998 r. Nr 23 poz. 690). W rozważanej sprawie nie ulega wątpliwości, że uczestnik postępowania nie uczestniczył w rozprawie w dniu . Była to jedyna rozprawa, w następstwie której Sąd I instancji wydał zaskarżone postanowienie. Uczestnik postępowania nie był więc obecny na posiedzeniu, jak również nie złożył odpowiedzi na wniosek. Nie mógł tego uczynić również w dalszej części postępowania, albowiem, jak wskazano wydane zostało w sprawie postanowienie już po pierwszej rozprawie. Nie oznacza to jednak, że Sąd dopuścił się naruszenia przepisów procedury. Sąd Okręgowy nie dopatrył się uchybień ani w zakresie doręczenia wezwania na posiedzenie, ani w zakresie doręczenia wniosku o pozbawienie zakazów wraz ze stosownymi pouczeniami, ani wreszcie nie zaistniała sytuacja obligująca Sąd do odroczenia rozprawy. Wnioskodawca we wniosku wskazał adres uczestnika postępowania, jako D., ul. (...). Taki też adres wskazany został w piśmie procesowym wnioskodawcy z dnia 3 lipca 2012 r. (karta 108 akt). Przesyłka zawierająca zarówno sam wniosek, jak i zarządzenia odnoszące się do terminu rozprawy oraz zawierające zobowiązania i pouczenia nie została bezpośrednio doręczona uczestnikowi. Jak wynika ze zwrotnego poświadczenia odbioru (karta 119 akt) nastąpiło doręczenie zastępcze w rozumieniu art. 139 § 1 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem w razie niemożności doręczenia w sposób przewidziany w artykułach poprzedzających, pismo przesłane za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe należy złożyć w placówce pocztowej tego operatora, a doręczane w inny sposób - w urzędzie właściwej gminy, umieszczając zawiadomienie o tym w drzwiach mieszkania adresata lub w oddawczej skrzynce pocztowej ze wskazaniem gdzie i kiedy pismo pozostawiono, oraz z pouczeniem, że należy je odebrać w terminie siedmiu dni od dnia umieszczenia zawiadomienia. W przypadku bezskutecznego upływu tego terminu, czynność zawiadomienia

należy powtórzyć. Analiza zwrotnego poświadczenia odbioru zarówno wezwania na rozprawę jak i korespondencji prowadzi do wniosku, że przesyłka była awizowana pierwszy raz w dniu 23 lipca 2012 r., a drugi raz w dniu 31 lipca 2012 r. co oznacza zachowanie 7 dniowego terminu. Zwrot przesyłki nastąpił w dniu 8 sierpnia 2012 r., a więc również po upływie 7 dniowego terminu na kolejną awizację. Jednocześnie na dowodzie doręczenia znajduje się adnotacja o pozostawieniu przesyłki w urzędzie pocztowym oraz o pozostawieniu w tym zakresie informacji w drzwiach adresata. Oznacza to, że doręczenie odpowiadała wymogom prawa. Należy zaznaczyć, że w aktach sprawy brak było na tym etapie postępowania dowodów świadczących o innym adresie zamieszkania uczestnika postępowania, czy też chociażby (przy nieznajomości konkretnego adresu) wadliwość tego, który określony został we wniosku. Stąd też Sąd I instancji prawidłowo uznał przesyłkę za doręczoną z dniem 7 sierpnia 2012 r. i w konsekwencji po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 27 sierpnia 2012 r. pod nieobecność uczestnika postępowania wydał w dniu 3 września 2012 r. zaskarżone orzeczenia. Uczestnik dopiero w piśmie z dnia 10 września 2012 r. stanowiącym wniosek o sporządzenie i doręczenie postanowienia (karta 127 akt) wskazał swój adres, jako S., ul. (...). Taki też adres wskazywał w dalszej korespondencji kierowanej do Sądu. Na ten też adres nastąpiło doręczenie postanowienia wraz z uzasadnieniem (karta 137c akt). W piśmie z dnia 5 października 2012 r. (karta 149 akt) uczestnik podniósł, że adres wskazany przez wnioskodawcę jest nieaktualny od 2008 r. Z kolei w piśmie z dnia 8 października 2012 r. określonym jako apelacja (karty 151 – 152 akt) uczestnik wskazywał, że zgodnie z art. 510 k.p.c. jest zainteresowanym w sprawie prowadzonej w stosunku do innego członka zarządu – J. A. i Sąd powinien czuwać nad tym, aby wszyscy zainteresowani wzięli udział w sprawie, on natomiast nie dostał żadnego powiadomienia o toczącym się postępowaniu co pozbawiło go możliwości podnoszenia okoliczności, które mogło wpłynąć na orzeczenie Sądu. Podobne stanowisko zajął w piśmie procesowym również określonym jako apelacja (karty 170 – 171 akt). Nie sposób przyjąć, że Sąd dopuścił się uchybienia procesowego w sytuacji, gdy nie dysponował wiedzą odnośnie ewentualnej wadliwości wskazywanego przez wnioskodawcę adresu i okoliczność ta nie wynikała z akta sprawy. Nie można przypisywać Sądowi uchybień na podstawie okoliczności, których nie znał. Co jednak istotne uczestnik postępowania poza ogólnym sformułowaniem dotyczącym nieaktualności adresu nie wskazał z jakich powodów to nastąpiło. Zresztą w apelacji z dnia 30 października 2012 r. uczestnik nie podnosił jakichkolwiek okoliczności dotyczących zarówno jego adresu, jak i skuteczności doręczenia oraz pozbawienia możliwości obrony, a w konsekwencji nieważności postępowania. Uczestnik nie przedstawił dowodów ani odnoszących się do przyczyny nieaktualności adresu (czy związane to było z nieobecnością, czy ze zmianą miejsca zamieszkania, czy jakąkolwiek inną okolicznością), ani do momentu, w którym to nastąpiło. Z tych samych przyczyn nie można uznać, że Sąd dopuścił się naruszenia art. 214 § 1 k.p.c. poprzez brak odroczenia rozprawy i jej zamknięcie, a następnie wydanie postanowienia. Zgodnie z tym przepisem rozprawa ulega odroczeniu, jeżeli sąd stwierdzi nieprawidłowość w doręczeniu wezwania albo jeżeli nieobecność strony jest wywołana nadzwyczajnym wydarzeniem lub inną znaną sądowi przeszkodą, której nie można przewyżyczyć. Sformułowanie wskazanego wyżej przepisu, a zwłaszcza użycie formy "rozprawa ulega odroczeniu", czyni oczywistym wniosek, że odroczenie rozprawy następuje z urzędu, jeżeli nieobecność wezwanej strony (lub jej pełnomocnika, a także interwenienta ubocznego i prokuratora oraz innych uczestników postępowania) została spowodowana jedną z przyczyn określonych w przepisie, w tym między innymi nieprawidłowością w doręczeniu stronie wezwania. Jak już wskazano doręczenie było prawidłowe, natomiast Sądowi nie była znana jakakolwiek przeszkoda w przeprowadzeniu rozprawy.

Przechodząc do merytorycznej oceny wskazać należy, że zgodnie z art. 377 Prawa upadłościowego i naprawczego nie orzeka się zakazu, o którym mowa w art. 373, jeżeli postępowanie w tej sprawie nie zostało wszczęte w terminie roku od dnia umorzenia lub zakończenia postępowania upadłościowego albo oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13, a gdy wniosek o ogłoszenie upadłości nie był złożony, w terminie trzech lat od dnia, w którym dłużnik obowiązany był taki wniosek złożyć. Terminy określone w tym przepisie wyznaczają okres, w którym możliwe jest orzekanie zakazów. Są to terminy materialnoprawne o charakterze prekluzyjnym (tak Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 4 marca 2009 r., sygn. akt IV CSK 423/08, LEX nr 574553, czy też z dnia 24 listopada 2009 r., sygn. akt V CSK 131/09, LEX nr 574555). Nie podlegają więc one ani skróceniu, ani przedłużeniu, ani wreszcie przywróceniu. Tym samym skutkiem ich przekroczenia przez wnioskodawcę jest konieczność oddalenia złożonego wniosku. Podkreślenia wymaga, że wobec wskazania przez ustawodawcę dwóch odrębnych terminów i sformułowania odmiennych podstaw ich obliczania pojawiły się rozbieżności odnoszące się do ich wzajemnych

relacji. W orzecznictwie za przeważający (przynajmniej uwzględniając ilość wydanych w tym zakresie przez Sąd Najwyższy orzeczeń), ale absolutnie nie dominujący z uwagi na liczne stanowiska odmienne, uznać należy pogląd, zgodnie z którym roczny termin do wystąpienia z żądaniem orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej biegnie od dnia, w którym dłużnik był obowiązany złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości tylko wtedy, gdy wniosek taki nie został wniesiony. Jeśli natomiast wniosek został złożony - termin liczyć należy już od dnia umorzenia lub zakończenia postępowania upadłościowego albo oddalenia tego wniosku na podstawie art. 13 Prawa upadłościowego i naprawczego. Wystąpienie podstaw do liczenia terminu w nowy sposób nie pozbawia wierzyciela (ani innych uprawnionych) możliwości powołania się na zaniedbanie złożenia przez dłużnika wniosku we właściwym czasie, jako podstawę żądania orzeczenia zakazu z art. 373 Prawa upadłościowego i naprawczego, także wtedy, kiedy wniosek o ogłoszenie upadłości został zgłoszony po upływie roku od powstania sytuacji uzasadniającej jego złożenie przez dłużnika. Sąd Najwyższy zwracał uwagę, że walorem tego kierunku wykładni jest to, że nie premiuje dłużnika, który zataił podstawę do ogłoszenia swojej upadłości (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2006 r., sygn. akt III CZP 13/06, OSNC 2007/1/8, uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt III CZP 14/10, OSNC 2010/10/133, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt V CSK 54/06, nie publ.; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2006 r., sygn. akt I CSK 218/06, nie publ., postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2007 r., sygn. akt V CSK 321/07, nie publ., postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2009 r., sygn. akt IV CSK 423/08, nie publ.), postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2010 r., sygn. akt II CSK 364/09, nie publ.). Ponadto podkreśla się, że trzeba mieć na uwadze, iż zróżnicowany sposób liczenia terminów, polegający na oznaczeniu przez ustawodawcę różnych zdarzeń zapoczątkowujących ich bieg, ma na celu stworzenie wnioskodawcy realnej, a nie tylko teoretycznej możliwości złożenia wniosku o zastosowanie sankcji wobec dłużnika, który poważnie narusza reguły uczciwego obrotu.

Sąd rozpoznający niniejszą sprawę pogląd ten podziela, jednakże odnosić się on może wyłącznie do tych sytuacji, w których zarówno podstawy do ogłoszenia upadłości zaistniały pod rządami przepisu w tym właśnie brzmieniu, jak i w tym czasie wszczęte zostało postępowanie o orzeczenie zakazów. Takie stanowisko podyktowane jest tym, że ustawodawca dokonał zmiany omawianej regulacji. Stąd przedstawione wyżej rozważania poprzedzone muszą zostać oceną skutków, jakie dla orzekania zakazów określonych w art. 373 Prawa upadłościowego i naprawczego wniosła nowelizacja przepisu art. 377. Skutków tych Sąd I instancji w ogóle nie rozważył w prosty sposób przyjmując, że wobec ogłoszenia upadłości roczny termin liczyć należy, od dnia ukończenia lub umorzenia tego postępowania, co w sprawie nie miało miejsca. Jednocześnie Sąd ustalił, że podstawy do ogłoszenia upadłości istniały już w dacie objęcia funkcji członka zarządu przez uczestnika postępowania tj. w dniu 14 marca 2008 r. Zmiana brzmienia art. 377 dokonana została ustawą z dnia 2 maja 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym oraz ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, Dz. U. Nr 53, poz. 434). Niewątpliwie więc nowelizacja zaistniała już po wystąpieniu przesłanek uzasadniających złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, a tym samym po rozpoczęciu biegu rocznego terminu określonego w dotychczasowym brzmieniu przepisu. W jej wyniku termin uprawniający do złożenia wniosku o orzeczenie zakazów określonych w art. 373 Prawa upadłościowego i naprawczego w sytuacji, gdy nie złożono wniosku o ogłoszenie upadłości został przedłużony do trzech lat licząc od daty zaistnienia podstaw do ogłoszenia upadłości. Zgodnie z art. 6 ust.1 ustawy nowelizującej, do postępowań w sprawach orzekania zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe. Jednocześnie ustęp drugi tego artykułu stanowi, że jeżeli przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy zaistniały podstawy do ogłoszenia upadłości, do postępowań, o których mowa w ust. 1, wszczętych po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe. Niewątpliwie więc ustęp pierwszy odnosi się do spraw już wszczętych, niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy i wprowadza w pełnym zakresie regułę stosowania prawa dotychczasowego. Ustęp drugi obejmuje swoją regulacją przypadki, w których podstawy do ogłoszenia upadłości zaistniały przed wejściem w życie ustawy, natomiast postępowanie o pozbawienie prawa prowadzenia działalności gospodarczej wszczęte zostało po jej wejściu w życie i także w tym wypadku nakazuje stosować przepisy dotychczasowe. Jak więc z tego wynika ustawodawca uznał, że ze względu na ścisłe powiązanie przesłanek orzeczenia zakazu przewidzianego w art. 373 p.u.n. z powstaniem stanu uzasadniającego wniosek o ogłoszenie upadłości, terminowym złożeniem tego wniosku i zachowaniem się w toku postępowania upadłościowego, zarówno do już wszczętych postępowań o orzeczenie zakazu, jak i do tych,

które zostaną dopiero wszczęte, ale które wiążą się z popadnięciem dłużnika w stan wymagający wystąpienia o uruchomienie postępowania upadłościowego, powinny być stosowane dotychczas obowiązujące w tej materii przepisy. W zakresie terminów prekluzyjnych zastosowanie znajdowałyby więc terminy roczne, przewidziane w art. 377 p.u.n. w dotychczasowym brzmieniu, obarczonym różnym pojmowaniem ich wzajemnego stosunku (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2012 r. sygn. akt II CSK 463/11, LEX nr 1217206). Także w rozważanej sprawie, uwzględniając powyższe uwagi zastosowanie winien znaleźć przepis art. 373 w brzmieniu sprzed nowelizacji.

Tego rodzaju ukształtowanie przepisów przejściowych uznać należy za kompletne. Ich konstrukcja wyczerpuje wszystkie sytuacje, jakie mogą zaistnieć przy uwzględnieniu zarówno daty wystąpienia przesłanek do ogłoszenia upadłości, jak i daty wszczęcia postępowania upadłościowego oraz daty wszczęcia postępowania o orzeczenie zakazów i nie pozostawia wątpliwości co do tego, które z przepisów w okolicznościach konkretnej sprawy należy stosować. Pomimo takiej kompletności przepisów, obejmujących swoim zakresem wszystkie możliwe wystąpić przypadki, art. 6 ustawy nowelizującej zawiera jeszcze ustęp trzeci, regulujący skutki ustania przed dniem jej wejścia w życie możliwości orzeczenia zakazu z powodu upływu rocznego terminu do wszczęcia postępowania. Zgodnie z nim, jeżeli przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy ustała możliwość orzeczenia zakazu, o którym mowa w ust. 1, z powodu upływu rocznego terminu do wszczęcia postępowania, zakazu nie orzeka się. Ponieważ także przepisy, do których art. 6 odsyła w ustępach 1 i 2 stanowią, że po upływie rocznego terminu od wskazanych w nich zdarzeń (umorzenia lub zakończenia postępowania upadłościowego albo oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13, a gdy wniosek o ogłoszenie upadłości nie był złożony - od dnia, w którym dłużnik obowiązany był taki wniosek złożyć) zakazu nie orzeka się, postanowienie pozornie zdaje się powtarzać treść przepisów, do których odsyłają wcześniejsze jednostki redakcyjne tego samego artykułu. Różnica tkwi jednak we wskazaniu momentu, stan istniejący w którym jest decydujący przy ocenie czy bezpowrotnie upłynął prekluzyjny termin, w którym można skutecznie domagać się orzeczenia zakazu (cytowany już wyżej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2012 roku). Chwilą decydującą dla ustalenia, czy możliwe jest jeszcze skuteczne wystąpienie o pozbawienie prawa prowadzenia działalności gospodarczej jest stan istniejący przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej - a więc bezpośrednio poprzedzający ten dzień. Ustawodawca utrwalił ten stan stwierdzając, że niemożność orzeczenia zakazu w owym czasie decyduje, że nie może być on już orzeczony. Postanowienie tej treści odczytać należy jako legalny odpowiednik przyjmowanego w praktyce poglądu wyrażonego w sprawach V CSK 424/07, IV CSK 239/08 i V CSK 320/10, uwzględnia konieczność oględnego ingerowania w prawa i wolności obywatelskie, a w konsekwencji nie może być uznane za sprzeczne z celem ustawy nowelizującej. Przeciwnie, nawiązuje do powoływanej w uzasadnieniu projektu tej ustawy myśli o zachęceniu dłużników do występowania o ogłoszenie upadłości, jeśli zachodzą po temu przesłanki poprzez wyznaczenie cezury, po której przyczyny przeszłe, których podmioty uprawnione nie wykorzystają we właściwym terminie do żądania usunięcia nierzetelnych uczestników z obrotu gospodarczego, objęte są swego rodzaju abolicją i nie mogą już posłużyć jako podstawa skutecznego wniosku o orzeczenie zakazu, nawet jeśli w późniejszym czasie zostanie złożony wniosek o ogłoszenie upadłości i termin ponownie się otworzy. Skoro prawidłowo ustalony przez Sąd I instancji moment niewypłacalności dłużnika, a tym samym moment, w którym winien zostać złożony wniosek o ogłoszenie upadłości (o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części uzasadnienia) wystąpił wcześniej niż rok przed datą nowelizacji przepisu art. 377 Prawa upadłościowego i naprawczego i w tym okresie nie został złożony wniosek o ogłoszenie upadłości, to niemożliwe jest orzeczenie zakazów. Bez znaczenia jest w tym zakresie okoliczność złożenia tego wniosku później, albowiem skutek określony w ustawie zakazujący wszczynania postępowania o orzeczenie zakazów już wystąpił i w realiach rozpoznawanej sprawy związany był z brakiem w ogóle złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie rocznym od wystąpienia podstaw niewypłacalności spółki. W takiej sytuacji niemożliwe jest w ogóle sięganie do drugiej z przesłanek obliczania terminu do złożenia wniosku. Ustawodawca wprowadził regulację szczególną, która w sposób konkretny, usuwający przedstawione na wstępie wątpliwości interpretacyjne co do obliczania terminów do złożenia wniosku, zakazuje w jasno określonym zakresie przypadków, orzekania zakazów, czy to na podstawie przepisów dotychczasowych, czy znowelizowanych.

Analiza dowodów przedstawionych zarówno przez wnioskodawcę w toku postępowania przed Sądem I instancji, jak i złożonych przez uczestnika na etapie postępowania apelacyjnego prowadzi do wniosku, że prawidłowe było ustalenie, zgodnie z którym stan niewypłacalności spółki (art. 10 Prawa upadłościowego i naprawczego) istniał

już w dacie obejmowania funkcji członka zarządu przez skarżącego. Powtórzenia wymaga, że stan ten występuje w sytuacji, gdy dłużnik nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11 ust. 1 tej ustawy). Jednocześnie ustęp drugi artykułu 11 określa drugą niezależną przesłankę ogłoszenia upadłości stanowiącą, że dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje. W rozważanej sprawie spółka niewątpliwie nie wykonywała swoich wymagalnych zobowiązań. Z postanowienia sędziego komisarza z dnia 20 czerwca 2001 r. ustalającego listę wierzytelności w postępowaniu układowym (karty 13 – 31 akt) wynika, że postępowaniem tym objętych zostało 418 wierzycieli. Postanowieniem sędziego komisarza z dnia 27 listopada 2001 r. (karty 33-36 akt) zmieniającym wyżej wskazane postanowienie uzupełniono listę wierzytelności o kolejnych siedmiu wierzycieli. Z postanowienia Sądu Rejonowego w Szczecinie z dnia 27 lutego 2002 r. w przedmiocie zatwierdzenia układu (karty 40 – 47 akt) wynika natomiast, że układem objęte zostały wierzytelności w łącznej wysokości 14.987.983,97 zł (499 wierzycieli). Wierzytelności pozaukładowe zamknęły się kwotą ok. 10.000.000 zł. Z kolei z postanowienia Sądu Rejonowego Szczecin – Centrum w Szczecinie z dnia 11 lutego 2011 r. (karty 57 – 76 akt) w przedmiocie ogłoszenia upadłości wynika, że opóźnienie w spłatach wierzycieli sięga co najmniej 2007 r., a łączna wysokość wymagalnych zobowiązań wynosi 48.230.879,51 zł (ujęcie bilansowe). Wreszcie z dołączonej do wniosku o orzeczenie zakazów listy wierzytelności ustalonej przez syndyka masy upadłości (karty 77 – 92 akt) wynika suma wierzytelności w wysokości 34.093.286,15 zł. Co istotne umieszczone na niej zostały, co słusznie podkreślił Sąd I instancji, wierzytelności dziesięciu wierzycieli objętych postępowaniem układowym i ujętych na wskazanej wcześniej liście wierzytelności w ramach tego postępowania. Łączna kwota tych wierzytelności wyniosła 10 wierzycieli objętych układem na łączną kwotę 908.123,97 zł. Z treści propozycji układowych wynika, że układ miał zostać zrealizowany do końca marca 2006 r. (propozycje układowe – karta 12 akt). Oznacza to, że od tej daty dokładnie taka kwota wierzytelności nie została zaspokojona. Sam zresztą skarżący wskazując w apelacji na brak winy w związku z zachowaniem spółki (...) oświadczył, że miała ona również obowiązek spłacić wierzytelności objęte układem, w tym wierzytelności, które pozostały niespłacone po ogłoszeniu upadłości spółki. Już więc tylko te dowody uzupełnione stanowiskiem skarżącego wskazują jednoznacznie na trwały stan niewypłacalności spółki oraz na datę, w której on wystąpił. Zwrócić należy dodatkowo uwagę na pismo Banku (...) z dnia 22 czerwca 2007 r. (karta 93 akt), w którym wierzyciel wskazał, że zaległość spółki na dzień 21 czerwca 2007 r. zamykała się kwotą 1.629.589,31 zł i to już po spłacie dokonanej przez E. T.. Także więc i ta wierzytelność nie została uregulowana do daty ogłoszenia upadłości, a jak wynika z pisma wierzyciela wymagalna była znacznie wcześniej, niż wskazywana w nim data, albowiem obejmuje ona również odsetki w kwocie 470.442,89 zł naliczane od dnia 24 marca 2006 r. Uznać więc należy, że już tylko wskazane wyżej wierzytelności, na kwotę ok. 2.500.000 zł wymagalne były w pierwszej połowie 2006 r. Faktycznie więc w tym momencie wystąpiły przesłanki uzasadniające złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Co jednak najistotniejsze, jak ustalił Sąd I instancji i czego nie kwestionuje ani wnioskodawca, ani uczestnik, w okresie pełnienia przez niego funkcji członka zarządu nie były, poza jednym, zaciągane nowe zobowiązania. Okoliczność ta nie wynika zresztą z żadnego z przedstawionych dowodów. Stąd też prawidłowe jest ustalenie Sądu, że w chwili obejmowania funkcji przez uczestnika postępowania stan wymagalnych wierzytelności spółki był znacznie wyższy i obejmował wszystkie wierzytelności ujęte na liście wierzytelności ustalonej w postępowaniu upadłościowym. Analiza treści apelacji prowadzi przy tym do wniosku, że skarżący faktycznie nie kwestionował samej okoliczności wystąpienia przesłanek ogłoszenia upadłości, a jedynie zgłaszał zarzuty dotyczące wielkości zadłużenia spółki. W piśmie z dnia 12 listopada 2012 r. stanowiącym odpowiedź na apelację wnioskodawcy, uczestnik wskazał, że zobowiązania spółki w chwili ogłoszenia upadłości wynosiły 19.919.368,46 zł, a przy odliczeniu zobowiązań II Urzędu Skarbowego w (...) – 16.720.073,14 zł. Z kolei w apelacji podniósł, że z postanowienia Komornika Sądowego J. W. (2) z dnia 26 marca 2008 r. w przedmiocie ustalenia kosztów prowadzonego postępowania egzekucyjnego wynika, iż na ten dzień stan wierzytelności zamykał się kwotą 16.941.072,49 zł. Należy podkreślić, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotna była wyłącznie okoliczność dotycząca daty, w której stan niewypłacalności zaistniał, nie natomiast konkretna kwota wierzytelności. Miałyby ona znaczenia ewentualnie dla oceny stopnia winy członka zarządu, ale jak przedstawiono wcześniej, wobec upływu terminu do złożenia wniosku o orzeczenie zakazów, okoliczność ta nie wymagała badania. Marginalnie tylko wskazać należy, że nawet wysokość wymagalnych wierzytelności wskazywana przez skarżącego, przy uwzględnieniu dalszej argumentacji Sądu I instancji, uzasadniała przyjęcie stopnia winy kwalifikującego do orzeczenia zakazów na okres pięciu lat. W

tym kontekście zupełnie pozbawione znaczenia są wywody skarżącego w zakresie wielkości wierzytelności II Urzędu Skarbowego w (...). Nawet bowiem, gdyby wysokość wierzytelności uległa zmniejszeniu w stopniu wskazywanym w apelacji, to i tak aktualna pozostawałaby ocena zarówno odnośnie istnienia przesłanek do ogłoszenia upadłości, jak i daty niewypłacalności spółki. Z pisma tego wierzyciela z dnia 11 kwietnia 2012 r. (karta 221 akt) wynika, że złożone zostały wnioski o wykreślenie hipotek na nieruchomościach szczegółowo wskazanych z uwagi na brak wymagalności zobowiązań podatkowych.

Nie zasługiwała na uwzględnienie przy ocenie stanu niewypłacalności spółki, podnoszona w apelacji argumentacja skarżącego dotycząca braku winy w niezłożeniu wniosku, z uwagi na zachowanie E. T. w kontekście postanowień umowy z dnia 21 marca 2007 r. polegające na niespłaceniu wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo oraz wierzytelności układowych, co w konsekwencji miało decydować o niezastąpieniu podstaw do ogłoszenia upadłości. W § 17 pkt. 3a tej umowy znalazł się zapis, zgodnie z którym spółka ta zobowiązuje się do spłaty wierzytelności w kwocie 586.028,45 zł w celu pokrycia egzekucji obejmujących należności pracownicze zgodnie z wykazem stanowiącym załącznik do umowy. Z kolei w § 17 pkt. 4a wskazano, że spółka zapłaci resztę ceny po potrąceniu zapłaconych należności wierzycieli, kosztów komorniczych, opłat egzekucyjnych i innych dochodzonych przez Komornika Rewiru I Sądu Rejonowego w Szczecinie w postępowaniach egzekucyjnych z nieruchomości wymienionych w akcie notarialnym, prowadzonych między innymi przeciwko spółce (...), a wymienionych w załączniku nr 2 do umowy. W § 17 pkt. 4b zawarto zapis, zgodnie z którym potrącenie obejmować będzie również ciążące na nieruchomościach wszelkie zaległości z tytułu zobowiązań publicznoprawnych (w tym w stosunku do spółki (...)). Z kolei zgodnie z aneksem nr (...) (karty 198 – 218 akt) do powyższej umowy strony ustaliły, że na poczet ceny sprzedaży spółka (...) może zaliczyć między innymi udokumentowane wydatki związane z zawarciem i wykonaniem umowy, a w szczególności spłatę zobowiązań wynikających z zawartego układu, które zostały opisane w załączniku nr 1 do aneksu. Przede wszystkim treść tych dokumentów nie pozwala jednoznacznie określić zakresu spłat wierzytelności w kontekście podniesionej okoliczności dotyczącej braku spłaty wszystkich wierzytelności spółki, ani tym bardziej ich tytułu, a nawet w ogóle podstawy istnienia ewentualnego obowiązku w tym zakresie. Niewątpliwie istnieje ścisłe powiązanie pomiędzy nieruchomościami będącymi przedmiotem sprzedaży i prowadzonymi z nich egzekucjami, a spłatami wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo. Nie można jednak stwierdzić, czy porozumieniem objęte są wszelkie zadłużenia spółki (...), czy tylko ich część. Podobnie odnośnie wierzytelności objętych układem, a więc co do zasady niezabezpieczonych, nie można ustalić, czy spółce (...) przysługiwało tylko uprawnienie do potrącenia z ceny sprzedaży kwot dokonanych spłat, czy też nałożony na nią został i na jakiej podstawie obowiązek dokonania takich spłat. Co jednak najistotniejsze, takie postanowienia umowy, nawet jeżeli obejmowały obowiązek spłaty wierzycieli, w żaden sposób nie zwalniały spółki (...) z obowiązku spłaty zobowiązań. Zapisów umowy nie można bowiem uznać ani za przejście długu w rozumieniu art. 519 k.c. ani za zwolnienie z długu w rozumieniu art. 508 k.c. Zgodnie z art. 519 § 1 k.c. osoba trzecia może wstąpić na miejsce dłużnika, który zostaje z długu zwolniony (przejęcie długu). Jednocześnie zgodnie z jego § 2. przejście długu może nastąpić albo przez umowę między wierzycielem a osobą trzecią za zgodą dłużnika; oświadczenie dłużnika może być złożone którejkolwiek ze stron (pkt. 1), albo przez umowę między dłużnikiem a osobą trzecią za zgodą wierzyciela; oświadczenie wierzyciela może być złożone którejkolwiek ze stron; jest ono bezskuteczne, jeżeli wierzyciel nie wiedział, że osoba przejmująca dług jest niewypłacalna (pkt 2). W aktach sprawy brak dowodów, z których wynikałoby, że spełnione zostały wszystkie przesłanki wskazane w tej regulacji, a w szczególności, by wierzyciele wyrazili zgodę na przejście długu. Z kolei zgodnie z art. 508 k.c. zobowiązanie wygasa, gdy wierzyciel zwalnia dłużnika z długu, a dłużnik zwolnienie przyjmuje. Z treści umowy z dnia 21 marca 2007 r., oraz aneksu nr (...) okoliczność ta nie wynika. Stąd też na spółce, w której uczestnik pełnił funkcję członka zarządu nadal ciążył obowiązek spłaty zaciągniętych zobowiązań. Dla powstania natomiast obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości obojętna jest przyczyna takiego stanu rzeczy. Bez znaczenia również pozostawała kwestia ewentualnego zawinienia dłużnika lub nie w powstaniu zaległości. Wobec istnienia wymagalnych zobowiązań aktualizował się obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, który był niezależny od ewentualnego egzekwowania od spółki (...) obowiązku spłaty wierzycieli. W aktach sprawy brak zresztą dowodu, z którego wynikałoby, że spółka podejmowała jakiegokolwiek czynności w tym kierunku. Wina natomiast określona w art. 373 Prawa upadłościowego i naprawczego nie odnosi się do przesłanek ogłoszenia upadłości, a do kwestii terminu, w którym wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony, ewentualnie do kwestii braku złożenia wniosku. Zarząd znając sytuację finansową spółki, znając stan jej

zaległości oraz mając świadomość wymagalności tych wierzytelności oraz brak wywiązania się z postanowień umowy przez kontrahenta stosownego wniosku nie złożył.

Zupełnie nieweryfikowalne są twierdzenia uczestnika postępowania w zakresie braku przekazania przez komornika kwoty 4.983.756,46 zł na rzecz wierzycieli z kwoty wpłaconej przez spółkę (...). W tym zakresie uczestnik nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu dotyczącego zarówno okoliczności prowadzenia takiego postępowania, dokonania wpłaty, jej wysokości oraz co najistotniejsze rozliczeń dokonanych przez komornika. Ostatecznie więc nie sposób ustalić, czy komornik, jeżeli nawet prowadził postępowanie egzekucyjne zobowiązany był przelać jakąkolwiek kwotę na rzecz wierzycieli i ewentualnie z jakich przyczyn to nie nastąpiło.

Reasumując stwierdzić należy, że uczestnik postępowania pomimo istnienia po stronie spółki stanu niewypłacalności już w momencie obejmowania przez niego funkcji członka zarządu nie złożył w sposób zawiniony w terminie wynikającym z art. 21 prawa upadłościowego i naprawczego wniosku o ogłoszenie upadłości.

Podzielić należy przedstawioną przez skarżącego argumentację, zgodnie z którą Sąd winien ustalić skutki działań członka zarządu przynajmniej w postaci zmniejszenia się wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa oraz zwiększenia stopnia pokrzywdzenia wierzycieli. Niewątpliwie z art. 373 ust. 1 p.u.n. wynika obowiązek wykazania przez wnioskodawcę niezłożenia przez uczestnika wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie dwóch tygodni od dnia powstania podstawy do ogłoszenia upadłości, a zatem konieczne jest ustalenie w pierwszym rzędzie zaistnienia stanu niewypłacalności, w rozumieniu art. 11 ust. 1 p.u.n., tj. stanu trwałego niewykonywania większości wymagalnych zobowiązań oraz chwili zaistnienia tego stanu. Kolejną z przesłanek zastosowania tego przepisu jest ustalenie, iż nie złożenie 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.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.n. ma charakter fakultatywny. 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. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2011 r., sygn. akt III CSK 44/11, LEX nr 1130172 postanowienie z dnia 13 stycznia 2010 r. sygn. akt II CSK 364/09, z dnia 11 grudnia 2008 r., sygn. akt IV CSK 379/08, niepubl., z dnia 22 sierpnia 2007 r. II CSK 45/07, OSP 2009/3/34, z dnia 21 marca 2007 r. I CSK 460/06, z dnia 14 lutego 2006 r. II CSK 14/05 i z dnia 15 grudnia 2005 r. II CSK 15/05, niepubl.). Co jednak istotne przesłanką konieczną dla orzeczenia zakazów jest nie tylko stwierdzenie winy w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie, ale jednocześnie określenie skutków zawinionego działania lub zaniechania dłużnika mające wpływ na realizację celu postępowania upadłościowego. Zasadnicze więc znaczenie ma w tym wypadku nie sam fakt doprowadzenia do upadłości, lecz związek przyczynowy pomiędzy uchybieniami wymienionymi w art. 373 ust. 1 pkt 1-4 p.u.n., a obniżeniem wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa upadłego i rozmiarem pokrzywdzenia wierzycieli (patrz orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2010 r., sygn. akt IV CSK 92/10, LEX nr 864018, czy z dnia 7 kwietnia 2011 r., sygn. akt IV CSK 410/10, LEX nr 1027184). Nie oznacza to jednak, jak chce tego skarżący, że wobec jego całkowitej bierności wyrażającej się zarówno w nieskładaniu wniosku o ogłoszenie upadłości, jak i w niezaciąganiu nowych zobowiązań, czy też w rozporządzaniu majątkiem nie została spełniona przesłanka zastosowania art. 373 Prawa upadłościowego i naprawczego w postaci „skutków działań”, które skarżący odnosił wyłącznie do strony czynnej zachowania członka zarządu, do jego aktywności. Przede wszystkim wadliwie jest powoływanie się na zapisy znajdujące się na stronie 9 uzasadnienia postanowienia, zgodnie z którymi Sąd uznał, że dopuścił się on zawinionego zaniechania trwającego trzy lata. Pomijając już kwestię, że uzasadnienie liczy tylko siedem stron należy zauważyć, że takie sformułowanie nie oznacza, że Sąd uznał, iż uczestnik nie podejmował jakichkolwiek działań. Analiza uzasadnienia wskazuje jednoznacznie, że wypowiedź ta odnosiła się wyłącznie do kwestii momentu, w którym wniosek o ogłoszenie upadłości powinien zostać złożony oraz kwestii daty, w której rzeczywiście to nastąpiło. Tylko w tym kontekście Sąd umieścił ocenę, że członek zarządu w sposób zawiniony zaniechał złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez okres trzech

lat. Tym samym nie jest tak, jak zdaje się sugerować skarżący, że Sąd ustalił brak działań po jego stronie w kontekście oceny zaistnienia przesłanek wymienionych w art. 373 ust. 2 Prawa upadłościowego i naprawczego. Nie można przy tym podzielić poglądu, że bierność członka zarządu nie stanowi wyczerpania dyspozycji powyższej regulacji. W ocenie Sądu nie sposób przyjąć, by ustawodawca formułując przesłankę winy w niezłożeniu wniosku o ogłoszeniu upadłości w art. 373 ust. 1 jednocześnie całkowicie uzależnił ją od kwestii późniejszego zachowania dłużnika i to wyłącznie w postaci czynnej. Jak wskazano wcześniej, musi istnieć związek pomiędzy niezłożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości, a stanem ekonomicznym przedsiębiorstwa i możliwością zaspokojenia wierzycieli. W przeciwnym bowiem wypadku użyty zwrot „skutek” nie mógłby odnosić się do kwestii niezłożenia wniosku, która jest przecież przyczyną stanu polegającego na pogorszeniu sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstwa i pokrzywdzeniu wierzycieli. Skoro tak, to nie można uznać, że brak działań członka zarządu, pomimo wystąpienia skutków, o których mówi ustawa jest decydujący dla orzeczenia zakazu. Zwrot „skutki działań” musi być odnoszony do zachowania członka zarządu w kontekście powinności złożenia wniosku i tym samym odnosić się winien także do braku podejmowania jakichkolwiek czynności, jeżeli tylko spowodują one negatywne konsekwencje, tym bardziej, że w większości wypadków sama bierność właśnie tego konsekwencje rodzi.

Wobec takiej oceny za prawidłowe uznać należy ustalenia Sądu I instancji, zgodnie z którymi, skutkiem niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości było narastanie zadłużenia spółki w zakresie odsetek, które winny być liczone za okres od dnia 28 marca 2008 r. do dnia ogłoszenia upadłości. W tym też wyraża się zwiększenie rozmiaru pokrzywdzenia wierzycieli. Oczywistym jest bowiem, że stopień ich zaspokojenia, przy nawet niezmienionej wartości majątku dłużnika, uległ zmniejszeniu wobec podwyższenia ogólnej sumy zobowiązań koniecznych do spłaty.

Zupełnie nieweryfikowalne są twierdzenia skarżącego odnoszące się do braku ruchomości, a tym samym braku możliwości obniżenia ich wartości. Z całą pewnością dowodem na tę okoliczność nie jest protokół zajęcia ruchomości z dnia 11 lipca 2008 r. (karta 219 akt). Wynika z niego tylko tyle, że w ramach toczącego się postępowania egzekucyjnego komornik dokonał zajęcia wymienionych w nim rzeczy. Trudno na jego podstawie czynić ustalenia co do braku w składzie majątku spółki ruchomości. Co do zasady świadczy on zresztą, że takie ruchomości istniały. Bez znaczenia dla powyższej okoliczności pozostaje natomiast kwestia powierzenia dozoru nad zajętymi ruchomościami innemu niż spółka podmiotowi. Niewątpliwie natomiast z postanowienia z dnia 27 lutego 2012 r. w przedmiocie zatwierdzenia układu wynika, że wartość majątku dłużnika zamykała się kwotą 20.000.000 zł, przy czym była to wartość księgowa, natomiast według biegłych wartość rynkowa mogła być nawet trzykrotnie wyższa. Z kolei z postanowienia z dnia 11 lutego 2011 r. w przedmiocie ogłoszenia upadłości wynika, że w skład majątku spółki wchodziły ruchomości, udziały i wierzytelności o łącznej wartości 15.550.000 zł. Nie ulega więc wątpliwości, że wskazana w obu postanowieniach wartość majątku jest różna. Nie oznacza to jednak automatycznie skutku wskazanego przez Sąd Rejonowy. W aktach sprawy brak dowodów pozwalających określić jednoznacznie, jak kształtował się majątek spółki w dacie obejmowania funkcji przez członka zarządu, co się na niego składało, czy w jego skład wchodziły ruchomości, jaka była ich wartość. Ustalenie to było konieczne dla określenia, czy mógł on stracić na wartości i w jakim zakresie ewentualnie to nastąpiło. Ogólne stwierdzenie, że maszyny i urządzenia tracą na wartości jest w tym względzie niewystarczające. Okoliczność ta wymagała, na co słusznie zwrócił uwagę skarżący, wiadomości specjalnych, a ciężar dowodu spoczywał na wnioskodawcy. Stąd też nieuprawnione, jako nie oparte na dowodach, są ustalenia zawarte w uzasadnieniu postanowienia odnoszące się do obniżenia wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa z uwagi na zmniejszenie się wartości ruchomości. Ta przesłanka zastosowania art. 373 Prawa upadłościowego i naprawczego nie została wykazana.

Wobec ustalenia, że w sprawie przekroczony został termin do złożenia wniosku, a tym samym niemożliwe jest orzekanie na podstawie art. 373 Prawa upadłościowego i naprawczego rozstrzyganie zarzutów wnioskodawcy odnoszących się do kwestii stopnia winy i w konsekwencji okresu, na który zakazy winny być orzeczone jest bezprzedmiotowe. Należy jednak wskazać, że zarzuty te przy uwzględnieniu treści przepisu art. 381 k.p.c. okazały się spóźnione. Uważna analiza wniosku złożonego w niniejszej sprawie wskazuje jednoznacznie, że nie zostały w nim zawarte jakiegokolwiek twierdzenia dotyczące działań uczestnika przypisywanych mu w apelacji. We wniosku bowiem, skarżący wskazał tylko i wyłącznie na beczynność członków zarządu i w konsekwencji niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości wywołującą skutek w postaci zwiększenia stanu zadłużenia i w tym zakresie

przedstawiona została szeroka argumentacja odnosząca się do stanu zobowiązań spółki. Nie zostały w nim natomiast przytoczone jakikolwiek okoliczności dotyczące czynności członka zarządu, których skutkiem miało być zmniejszenie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa, w szczególności jakiegokolwiek działania zmierzające do wyzbywania się majątku, zawierania umów niekorzystnych dla spółki itd. Nie tylko nie pojawiły się na etapie postępowania przed Sądem I instancji twierdzenia w tym zakresie, ale co najważniejsze nie zostały przedstawione dowody, które pozwoliłyby te okoliczności zweryfikować. Samo proponowane w apelacji proste zestawienie wartości majątku spółki w okresie trwania postępowania układowego i w momencie ogłaszania upadłości (poczynione wyłącznie na podstawie uzasadnień postanowień o zatwierdzeniu układu i ogłoszeniu upadłości) do wniosków przedstawionych przez skarżącego prowadzić nie mogło. Nie sposób bowiem ustalić, czy w tym okresie były dokonywane czynności prawne, czy był zbywany majątek, kiedy to nastąpiło. Faktycznie nie wiadomo czy rzeczywiście wystąpiła obniżka wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa (ustalenie tej okoliczności wymaga wiadomości specjalnych), a jeżeli nawet wystąpiła, to jaka była tego przyczyna, a w szczególności, czy było nią, jak sugeruje skarżący umyślne, celowe działanie uczestnika. Zupełnie nieweryfikowalne są twierdzenia wnioskodawcy odnośnie umorzenia udziałów w spółce (...), tym bardziej, że podniesione zostały w oparciu wyłącznie o wniosek (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. o ogłoszenie upadłości spółki (...). Skarżący nie zaoferował jakichkolwiek dowodów na tę okoliczność. Należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 381 k.p.c. sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później. Niewątpliwie potrzeba powołania twierdzeń zawartych w apelacji istniała już od początku postępowania, albowiem odnosi się do podstaw orzekania zakazów określonych w art. 373 Prawa upadłościowego i naprawczego. Potrzeby tej w żadnym przypadku nie można utożsamiać z treścią zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia. Jednocześnie odnosi się do okoliczności, a przynajmniej tak wynika z treści apelacji, zaistniałych przed dniem złożenia wniosku w niniejszej sprawie. Wreszcie skarżący nie podnosił, nie mówił już o wykazaniu, że twierdzeń w tym zakresie nie mógł z jakichkolwiek powodów przedstawić w trakcie postępowania przed Sądem I instancji.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności należało oddalić apelację wnioskodawcy jako bezzasadną (art. 385 k.p.c.), natomiast uwzględnić wnioski zawarte w apelacji uczestnika, aczkolwiek z odmienną argumentacją i w konsekwencji, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zaskarżone postanowienie zmienić.

Podstawę rozstrzygnięcia w zakresie kosztów postępowania apelacyjnego stanowił przepis art. 520 § 2 i 3 k.p.c. Wprawdzie przepis § 1. tego artykułu wyraża zasadę, zgodnie z którą każdy uczestnik ponosi koszty postępowania związane ze swym udziałem w sprawie, jednakże w ocenie Sądu zaistniały okoliczności wymienione w § 2 art. 509, który stanowi, że jeżeli jednak uczestnicy są w różnym stopniu zainteresowani w wyniku postępowania lub interesy ich są sprzeczne, sąd może stosunkowo rozdzielić obowiązek zwrotu kosztów lub włożyć go na jednego z uczestników w całości. To samo dotyczy zwrotu kosztów postępowania wyłożonych przez uczestników. Zgodnie natomiast z § 3. jeżeli interesy uczestników są sprzeczne, sąd może włożyć na uczestnika, którego wnioski zostały oddalone lub odrzucone, obowiązek zwrotu kosztów postępowania poniesionych przez innego uczestnika. Przepis powyższy stosuje się odpowiednio, jeżeli uczestnik postępował niesumiennie lub oczywiście niewłaściwie. W rozważanej sprawie trudno uznać, by nie istniała sprzeczność pomiędzy interesami wnioskodawcy i uczestnika. Przedmiotem postępowania było orzeczenie sankcji określonych w art. 373 Prawa upadłościowego i naprawczego. Ich celem jest wyeliminowanie z obrotu nieuczciwych podmiotów, którzy swoimi zachowaniami doprowadzają do pokrzywdzenia wierzycieli. Nie jest to działanie mieszczące się, czy to w ramach toczącego się postępowania upadłościowego, czy też działanie, które w jakikolwiek sposób wpłynie na jego wynik. Celem jest zastosowanie osobistej dolegliwości wobec konkretnie określonego podmiotu. Z kolei interesy uczestnika postępowania uzasadniały oddalenie wniosku, a jego czynności zmierzały do wykazania, że nie ponosi winy w niezłożeniu wniosku, a ponadto nie doprowadził w ten sposób do sytuacji, w której stopień zaspokojenia wierzycieli uległ obniżeniu.

Wobec tego, że apelacja uczestnika okazała się zasadna w całości, należało obciążyć wnioskodawcę poniesionymi przez niego kosztami postępowania. Składa się na nie wyłącznie opłata od apelacji w wysokości 100 zł.

SR (del.) R. Lila SSO P. Sałamaj SSO T. Żelazowski