

Sygn. akt VI GC 59/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 listopada 2019 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: Sędzia Marta Zalewska

Protokolant: Agnieszka Kozłowska

po rozpoznaniu w dniu 22 października 2019 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: A. M.

przeciwko: Z. J. (1), A. B. (1), M. B. (1)

o zapłatę

I. zasądza od pozwanych Z. J. (1), A. B. (1) i M. B. (1) solidarnie na rzecz powódki A. M. kwotę 489.717zł (czterysta osiemdziesiąt dziewięć tysięcy siedemset siedemnaście złotych) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie co do pozwanego:

- 1) Z. J. (1) od dnia 14 września 2017r. do dnia zapłaty
- 2) A. B. (1) od dnia 26 września 2017r. do dnia zapłaty
- 3) M. B. (1) od dnia 26 września 2017r. do dnia zapłaty

II. zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz powódki kwotę 13.317zł (trzynaście tysięcy trzysta siedemnaście złotych) tytułem kosztów procesu

III. nakazuje ściągnąć solidarnie od pozwanych na rzecz Skarbu Państwa- Sądu Okręgowego w Rzeszowie kwotę 21.486zł (dwadzieścia jeden tysięcy czterysta osiemdziesiąt sześć złotych) tytułem brakującej części opłaty od pozwu, od uiszczenia której powódka została zwolniona.

Sygn. akt VI GC 59/17

Uzasadnienie wyroku z dnia 5 listopada 2019 r.

Powódka A. M. wniosła o zasądzenie od pozwanych Z. J. (1), A. B. (1), M. B. (1) kwoty 489 717,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia doręczenia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztami postępowania według norm prawem przepisanych. Wskazała, że w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej pod nazwą Firma Usługowa (...) zawarła w okresie wrzesień – listopad 2011 umowy z Przedsiębiorstwem Usługowo Handlowym (...) Sp. z o.o. w R. (dalej: (...), Spółka) o wykonanie robót budowlanych, z tytułu czego wystawiła trzy faktury VAT na łączną kwotę 723 456,00 zł. W czasie tym członkami zarządu (...) pozostawali pozwani Z. J. (1), M. B. (1) i A. B. (1).

Powódka podała, że wobec Spółki w dniu 29.07.2013 r. ogłoszono upadłość układową, a następnie dnia 20.08.2014 r. upadłość likwidacyjną. W postępowaniu upadłościowym powódka zgłosiła wierzytelność w kwocie 742 645,93 zł, w

tym 723 465,00 zł tytułem należności głównej wynikającej z trzech faktur oraz 19 099,983 zł tytułem odsetek od tych należności. Wierzytelność powódki została uznana na liście wierzytelności do kwoty 489.717 zł. Powódka wskazała, że brak jest jakichkolwiek szans na uzyskanie przez nią zaspokojenia ww. wierzytelności. Majątek spółki nie wystarcza na pokrycie wszystkich zobowiązań Spółki w postępowaniu upadłościowym, co w jej ocenie stanowi podstawę do uznania, że egzekucja z majątku Spółki okazała się bezskuteczna w rozumieniu art. 299 k.s.h. Powyższe uzasadniała tym, że znajduje się w kategorii IV wierzycieli, pomimo 3 lat od ogłoszenia upadłości udało się uzyskać do podziału jedynie kwotę 1 200.000 zł, która pozwoliła na częściowe zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego oraz częściowe zaspokojenie jednego z wierzycieli posiadających pierwszeństwo (hipotekę).

Pozwany Z. J. (1) (ad.1) w odp. na pozew wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powódki na swoją rzecz kosztów postępowania. Podniósł zarzut przedawnienia należności objętej pozwem. Zarzucił, że wierzyciel powołujący się na bezskuteczność egzekucji przeciwko spółce nie może pozwać członka zarządu tej spółki bez uprzedniego uzyskania tytułu egzekucyjnego przeciwko spółce, jak w niniejszej sprawie. Zarzucił, że powódka nie udowodniła istnienia wierzytelności tak co do zasady jak i wysokości, gdyż nie dysponuje tytułem egzekucyjnym, a fv stanowią tylko dokument księgowy. Powoływał się też na okoliczność egzoneracyjną zwalniającą pozwanego od odpowiedzialności, jaką jest złożenie we właściwym terminie ustawowym 14 dni od dnia powstania niewypłacalności wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika, kiedy to w dacie złożenia tego wniosku spółka posiadała jeszcze majątek by zaspokoić 73,59% wierzycieli . Wskazywał na fakt, że złożył wniosek o ogłoszenie upadłości układowej, bowiem Spółka dysponowała potencjałem pozwalającym jej przeprowadzić restrukturyzację zadłużenia. Na przeszkodzie realizacji czynności restrukturyzacyjnych stanął jednak brak zgody na zawarcie układu w IV i VI grupie. Z ostrożności procesowej pozwany wskazywał także na brak szkody po stronie powódki w ewentualnym niezłożeniu w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości, uzasadniając, iż nie doszło do obniżenia potencjału majątkowego spółki, w szczególności nie miały miejsca czynności podjęte z pokrzywdzeniem wierzycieli , nie doszło w „międzyczasie” do zaciągania nowych zobowiązań z pierwszeństwem przed wierzytelnością powódki, a majątek nie uległ uszczupleniu. Restrukturyzacja przedsiębiorstwa przyniosła zysk. Spółka miała podpisane umowy na ok. 30 mln zł, prowadziła rozmowy z bankiem o kredyt obrotowy na poprawę płynności i do chwili obecnej upadła spółka prowadząc działalność gospodarczą generuje zysk. Do chwili wykonania ostatecznego planu podziału i zakończenia postępowania upadłościowego nie można ustalić bezskuteczności egzekucji ani wysokości zaspokojenia powódki, bowiem odpowiedzialność członków zarządu ma charakter subsydiarny.

Pozwany M. B. (1) (ad.2) wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powódki na swoją rzecz kosztów postępowania. Podniósł, że postępowania upadłościowe wobec (...) nadal się nie zakończyło, stąd nie ma możliwości ustalenia, czy powódka poniosła szkodę i ewentualnie w jakiej wysokości. Nie ma możliwości także stwierdzenia, że powódka w ramach postępowania upadłościowego nie zostanie zaspokojona. Pozwany powoływał się na okoliczność zwalniającą go z odpowiedzialności tj. zgłoszenie wniosku o upadłość (...) w ustawowym terminie (pozytywnie przez bank zaopiniowany w marcu 2013r. wniosek kredytowy na 2 kredyty na kwotę 5.258.000 i 1.600.000 zł , lecz brak uruchomienia kredytów z uwagi na brak zgody wierzyciela :W. na zwolnienia zajęcia rachunku bankowego wobec braku zapłaty na jego rzecz kwoty 100.000 zł, co skutkowało iż 10.04.2013r. nie zostały po raz pierwszy zapłacone wynagrodzenia pracownicze, 12.04. sporządzono sprawozdanie, na podstawie którego zarząd podjął decyzję o złożeniu wniosku o upadłość. Przyczyny ogłoszenia upadłości układowej powstały niezależnie od pozwanych , wynikały z ryzyka działalności gosp. W branży budowlanej, zatem członkowie zarządu dochowali należytej staranności i w ustawowym terminie złożyli wniosek o upadłość. Brak szkody w majątku powódki uzasadniał w sposób analogiczny jak pozwany od.1.

Pozwany A. B. (1) (ad.3) wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powódki na swoją rzecz kosztów postępowania z argumentacją analogiczną jak pozwany ad.1 i 2.

Na rozprawie w dniu 5.12.2017 r. powódka odnosząc się do niezasadnego jej zdaniem zarzutu przedawnienia podała, że dowiedziała się od syndyka, że nie ma szans zaspokojenia jej wierzytelności w październiku 2016 r.; co do bezskuteczności egzekucji podtrzymała dowód z opinii biegłego sądowego, jak również wnioski dowodowe z dokumentów, które wskazują, że wierzytelność powódki nie zostanie zaspokojona w postępowaniu upadłościowym;

ponadto stała na stanowisku, że dla wytoczenia powództwa z art. 299 k.s.h. nie ma obowiązku i możliwości dysponowania tytułem egzekucyjnym wobec ogłoszenia upadłości, które to zdarzenie uniemożliwiło uzyskanie prawomocnego orzeczenia sądowego; co do zarzutów zwalniających pozwanych z odpowiedzialności, wskazywała, że dowody zawnioskowane przez pozwanych nie wykazują powyższych okoliczności.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Niesporny pozostawał okres pełnienia przez pozwanych funkcji członków Zarządu. Z. J. (1) i M. B. (1) wpisani zostali do KRS jako członkiem Zarządu w dniu 13.01.2003 r., z kolei A. B. (1) powołany został do Zarządu Spółki uchwałą NZW dnia 07.02.2011 r. Wszyscy powyżej wymienieni pełnią funkcje członków zarządu do chwili obecnej.

PPUH (...) sp. z o.o. w R. funkcjonuje na rynku od lat 90-tych, specjalizując się jako jedna z kilku firm na rynku polskim w projektowaniu i wykonawstwie oraz modernizacji sieci i węzłów ciepłowniczych, posiadając wykwalifikowaną kadre pracowników oraz referencje zleceniodawców (d: zezn. syndyka k. 1379, zezn. pozwanych k. 1381, 1382, opinia sądowa A. W. do upadłości układowej z dnia 15.07.13r. k. 456-457, referencje k. 1428-1478). Specyfiką spółki jest działalność sezonowa, tzn. pierwsze półrocze to wydatki przy zmniejszonych przychodach, drugie półrocze to mniejsze koszty i wysokie przychody, wynikające z fakturowania kontraktów (opinia biegłego A. W. k. 458, biegłej I. M.. K. 1955, zezn. pozwanych k. 1381, 1382). Wg opinii sądowej A. W., zleconej przez sąd upadłościowy, mającej na celu ocenę realności wykonania układu oraz korzyści dla wierzycieli z upadłości układowej i upadłościowej: w latach 2013-2015 spółka realizowała i planowała realizację 9 kontraktów z kwotą przychodów planowanych: za rok 2013 ponad 12 mln zł i zyskiem prawie 2 mln zł, za rok 2014 przychody na ponad 33 mln zł i zyskiem prawie 5 mln zł, za rok 2015 przychody na ok. 44 mln zł i zysk prawie 5 mln 900 tys. zł. Na dzień złożenia wniosku o upadłość układową spółka miała podpisane i realizowane 6 kontraktów na łączną kwotę ok. 13 mln 500 tys. zł za lata 2013-2015 i zyskiem przewidywanym za te lata prawie 2 mln 500 tys. zł. (opinia A. W. k. 455-4457).

Za rok 2011 spółka wykazała zysk ponad 1mln 500 tys. zł., przeznaczony zgodnie z uchwałą ZW z dnia 29.06.12r. na kapitał zapasowy (opinia biegłej I. M. k. 1955, opinia rewidenta k. 878). Opinia rewidenta w części analitycznej, któremu poddano badanie sprawozdania finansowego za rok 2011 wskazało m.in., iż wskaźnik bieżącej płynności potwierdza zdolność spółki do terminowego regulowania zobowiązań, cykl regulowania zobowiązań nie uległ spowolnieniu w porównaniu do roku poprzedniego, a nadwyżka kapitału zabezpiecza w znacznym stopniu finansowania bieżącej działalności spółki. Wyniki badania nie wskazują wg opinii, by istniały zagrożenia dla możliwości kontynuowania działalności gospodarczej w dającej się przewidzieć przyszłości (opinia rewidenta k. 1622-1642, sprawozdanie k. 821-834). Na koniec roku 2012 spółka odnotowała najwyższe w swej historii przychody ponad 57 mln zł, wykazując najmniejsze tempo wzrostu: na poziomie 7%, wykazała po raz pierwszy stratę w wysokości ponad 15 mln zł, największą pozycją kosztów z działalności operacyjnej były zakupy usług obcych i materiałów. W części analitycznej rewident wskazał, iż spółka poniosła znaczną stratę bilansową za rok 2012, co spowodowało utratę płynności finansowej, w efekcie czego spółka złożyła wniosek o upadłość (d: sprawozdanie za rok 2012 z 12.04.13r. z opinią rewidenta z 19.06.13r. k. 869-888).

W dniu 30.06.2010r. spółka zawarła umowę warunkową nabycia wszystkich 50 udziałów od 1 z udziałowców o wartości nominalnej łącznie 25.000 zł za kwotę 4.075.000 zł. w celu ich umorzenia, finansując tę transakcję częściowo z kredytu bankowego zaciągniętego w dniu 1.08.2011r. na kwotę 2 mln zł, a częściowo ze środków własnych. W wykonaniu tej umowy w roku 2010 spółka dokonała spłaty udziałowca na kwotę 1.330.282 zł, resztę w ratach w roku 2011 w okresie czerwiec – sierpień. Zabezpieczeniem kredytu były hipoteki na 2 nieruchomościach prywatnych wspólników (opinie biegłej I. M.. K 1956/2, umowa zbycia udziałów k. 2535 i nast., uchwała NZW k. 2532 i nast.). Zgodnie z warunkiem tej umowy spółka zarejestrowała w KRS zmianę umowy spółki, podjętą uchwałą z dnia 30.06.2010r. zezwalającą na umorzenie udziałów z czystego zysku za rok obrotowy lub poprzez obniżenie kapitału zakładowego oraz w tej samej uchwale wyraziła zgodę na zbycie udziałów przez M. N. na rzecz spółki w celu ich umorzenia za wynagrodzeniem. W praktyce nabycie udziałów nastąpiło w celu umorzenia udziałów poprzez wykorzystanie kapitału zapasowego i części zysku oraz tzw. zysku za lata przyszłe. Spółka operację tą zaprezentowała w sprawozdaniu jako zaliczkę na poczet wynagrodzenia umorzeniowego w pozycji bilansowej

„Należności od pozostałych jednostek – inne”, co nie było prawidłowe (winno być zaksięgowane w pozycji pasywów : udziały własne za rok 2010 w wysokości -975.000 zł i 2011 w wysokości :- 3.100.000 zł jako różnica między wartością bilansową a rynkową , skoro doszło do zapłaty za te udziały). W skutek tej operacji spółka nie dokonała w sprawozdaniach ze te lata obniżenia kapitału własnego, co ma wpływ na obniżenie pokrycia długów majątkiem spółki, a spowodowało sztuczne zawyżenie aktywów spółki jako należności od wspólnika. Spółki nie było stać na taką spłatę, ponadto spowodowała ona konieczność zaciągnięcia kredytu na okres spłaty ratalnej w ciągu 3 lat, a więc stosunkowo krótkiego okresu dla takiego celu kredytowego. Spółka zarejestrowała te operację w sprawozdaniu dopiero za rok 2013, dokonując obniżenia kapitału zapasowego o w/w kwotę 4.075.000 zł jako równowartości wynagrodzenia za zakupione udziały, bez podjęcia uchwały o umorzeniu udziałów i mimo, że ostatniej zapłaty ceny za nabyte udziały dokonała w roku 2011r. Winna zatem najpóźniej za rok 2011 dokonać obniżenia kapitału zapasowego, co spowodowałoby, iż za rok 2011 wykazałaby poziom kapitału własnego nie w wysokości 4.654.351 zł, lecz w wysokości 579.351 zł, co w zestawieniu z pasywami spółki dawałoby poziom długu do kapitału własnego : 98 %, tym samym tylko w 2% spółka finansowałaby działalność gospodarczą. Taki poziom zadłużenia uniemożliwiłby pozyskanie przez spółkę kredytów, a to wpłynęłoby na możliwość wykonania kontraktów. Spółce brakowało zysku i kapitału zapasowego na wypłatę wynagrodzenia za zakupione udziały nabyte celem umorzenia, zatem odsuwała w czasie księgowanie w bilansie tej wypłaty. Za I kwartał 2012r. spółka w sprawozdaniu FO1 wykazała stratę -1.107.000 zł, a przy prawidłowych księgowaniach winna wykazać ujemny kapitał własny : -527.649 zł i na taką wartość nie posiadała majątku na spłatę swych zobowiązań. (opinie biegłej. I. M.. K. 1956-1957, k. 2395- 2400, ustna k. 2546-2546/2) **Na 30.03.2012r.** 1/wg wartości bilansowej, majątek przekraczał zobowiązania o 3.547.351 zł, 2/ wg wartości księgowej mając na względzie wysokość zadłużenia: 25.485.000 zł i wartość majątku, bilansową, skorygowaną przez biegłą o w/w pozycje należności z tytułu nabycia udziałów: 25.030.214,11 zł na tę datę majątek przestał wystarczać na spłatę zobowiązań. 3/ Przy wycenie majątku spółki metodą skorygowanych aktywów netto wg wartości zbywczej, mając na względzie wartość sprzedaży dokonanej przez syndyka, jako właściwej metody szacowania majątku pod kątem przesłanki zadłużeniowej, majątek przekraczał poziom długów, zaś **na 30.06.2012r.** wg tej ostatniej **metody jako najwłaściwszej** przy ocenie przesłanki z art.11.2 puin nastąpiła sytuacja odwrotna: majątek przestał wystarczać na spłatę zobowiązań(31.115.640,83zł/31.947.000zł), ponieważ gdy metoda księgowa wykazuje wartość ujemną (a tak było w tym przypadku) wówczas zasadnym jest korygowanie wartości majątku metodą wartości zbywczej (d: tabela i opinia biegłej k. 2404-2404/2). Nie jest natomiast właściwą metodą szacowania wartości majątku w kontekście art. 11.2 puin wg wartości rynkowej (taką metodą spółka sporządziła operaty na datę luty 2013r. autorstwa M. T.), w tym dochodowej. Dla potrzeb oceny niewypłacalności, tj. czy majątek wystarcza na zaspokojenie zobowiązań wyceny majątku dokonuje się wg wartości zbywczej w wariacie wymuszonej sprzedaży, przy czym wartość zerową stanowiły wartości niematerialne, tzw. goodwill, gdyż spółka nie miała zarejestrowanych znaków towarowych itp. oraz marki, uzasadniającej jej wycenę. Natomiast na wartość tę złożył się kapitał ludzki , mając na względzie zeznania syndyka co do wysokich kwalifikacji kadry i jej natychmiastowego zatrudnienia przez podmiot konkurencyjny po zwolnieniu przez syndyka. Zatem wartość tę biegła wyceniła na 257.863,11 zł, zaś wartość majątku trwałego (wg ceny sprzedaży poszczególnych składników przez syndyka przedsiębiorstwa na kwotę 3.030.777,72 zł, razem z aktywami obrotowymi dało to na dzień 30.03.2012r. wartość majątku 26.535.991,83 zł przy zobowiązaniach 25.485.000 zł, zaś na 30.06.2012r. wartość majątku 31.115.640,83 zł przy zobowiązaniach 31.947.000 zł. Mając na względzie dotychczas poniesione koszty upadłościowe i te oszacowane w kwocie 2.740.514,23 zł, wysokość środków pieniężnych w masie upadłości i tych spodziewanych oraz wartość wierzytelności z list wierzytelności na datę 30.03.2012r. powódka uzyskałaby zaspokojenie swej wierzytelności w 9% , zaś na 30.06.2013r. nie uzyskałaby zaspokojenia w żadnym stopniu (opinia biegłej I. M. ze szczegółowym uzasadnieniem podstaw szacowania lub braku podstaw szacowania poszczególnych składników majątku k. 1966 i nast., tabela 1969, 2103-4, 2404/2 , ustna k. 2103 i k. 2547/2, k. 2105), gdyby wierzytelności powódki powstały przed tymi datami.

Bezsporne w niniejszej sprawie była okoliczność, że postanowieniem z dnia 29.07.2013 r. Sąd Rejonowy w R. ogłosił upadłość układową PPHU (...) Sp. z o.o. w R., kolejno zaś postanowieniem z dnia 20.08.2014 r. Sąd ten zmienił postanowienie z dnia 29.07.2013 r. w ten sposób, że ogłosił (...). Pozwani wniosek o upadłość układową złożyli w dniu 25.04.13r.(d: data nadania w UP k. 1397). W analogicznym czasie wniosek o upadłość likwidacyjną złożył wierzyciel (...)sp. zo.o. (dowód: dowód nadania w UP k. 1394-1397, sprawozdanie n.s z dnia 16.07.2014r. k. 302).

Brak płynności finansowej wskazany we wniosku pozwani uzasadnili wyjściem ze spółki i współnika i koniecznością wykupu jego udziałów celu umorzenia oraz odmową dalszego kredytowania przez dotychczas kredytujący spółkę bank (dowód: uzasadnienie wniosku k. 1149). Z wykazu tytułów wykonawczych dołączonych do wniosku wynika, iż niektóre powstały w roku 2012, zaś egzekucje zostały wszczęte w roku 2013r. (dowód: k. 1309-1318). Wg listy wierzytelności objętej układem, dołączonej do wniosku o upadłość układową W. miał ***niespłacone na datę 31.03.2013r.*** : 1/zadłużenie przeterminowane na 31.12.11r. za okres 1.10.11r. – 31.12.11r. na kwotę 108.161,66 zł z ogólnej kwoty powstałych w tym czasie zobowiązań : 386.304,62 zł (28 % pozostało do spłaty), 2/za I kw. 2012r. z kwoty 338.834, 12 zł powstałych w tym czasie zobowiązań pozostało niezapłacone 279.301,19 zł (82 %), 3/za II kw. 2012r. z kwoty 1.267.559,51 zł pozostało do spłaty 816.033, 42 zł (64 %), 4/za III kw. 2012r. z kwoty 1.840.892,83 zł pozostało do spłaty 1.274.538, 52 zł (69 %), 5/za IV kw. 2012r. z kwoty 12.771.444,82 zł pozostało 11.437.885,27 zł (89 %), 6/za I kw. 2013r. z kwoty zobowiązań 4.735.129,82 zł pozostało do spłaty 4.389.541,74 zł (92%). ***ŁĄCZNIE na 31.03.2013r. zadłużenie wynosiło 18.305.461, 80 zł wierzytelności układowych*** . Na liście tej znalazła się wierzytelność powódki w kwocie łącznej należności głównej 416.046 zł (lista k. 1242- 1289, uszeregowana wg kwartałów przez syndyka za żądanie sądu w programie excell k. 2554-2575), zaś zadłużenie z tytułu należności publiczno - prawnych oraz kredytów powstało w marcu 2013r., a z tytułu wynagrodzeń pracowniczych w kwietniu 2013r. (zeznania pozwanego ad.1 k. 1382/2 , lista k. 1290). W okresie ostatnich 6 miesięcy poprzedzających złożenie wniosku , tj. 25.10.12r – 25.04.13r. wg oświadczenia W. ***dokonał spłat zobowiązań na kwotę łączną 40.410.013,98 zł*** (dowód: oświadczenie dołączone do wniosku k. 1295-1303). Na ocenę przesłanki płynnościowej z art. 11.1 puin mają wpływ wskaźniki: 1/ analiza przepływów środków pieniężnych (zestawienie w tabeli wskazuje, że spółka w roku 2011 zaczęła wpadać w spiralę zadłużenia, bowiem działalność finansowana była głównie kredytami krótkoterminowymi , dla przykładu kredyt za spłatę udziałowca, co spowodowało, iż w roku 2012 spółka nie miała już czym spłacać wierzycieli, bo za I, II i III kwartał 2012r nie wypracowała zysku, 2/ wskaźnik rentowności tj. zysk netto do przychodu (spółka wykazała stratę za wszystkie 4 kwartały 2012r. z kierunkiem wzrostowym), 3/ wskaźniki płynności finansowej : bieżącej, szybkiej, gotówkowej i kapitał pracujący (wszystkie one są poniżej dopuszczalnych na 30.03.2012r. 4/ wskaźnik zadłużenia , który wynosi na 30.03.12r. wartość ujemną (spółka finansuje swój majątek zobowiązaniami i nie ma zdolności spłaty zadłużenia 5/ rentowność obrotu i kapitału (w 2012r. nastąpił gwałtowny spadek rentowności , poczynając od pierwszego kwartału – wartości ujemne przez cały rok 2012 z tendencją wzrostową). Wskaźniki te pokazują, że spółka utraciła trwale zdolność spłaty swych zobowiązań 30.03.2012r. (d: opinia biegłej I. M. k. 1957/2-1959/2, ustna k. 2547). W I kwartale 2012 roku wartość zobowiązań z tytułu dostaw i usług tych przeterminowanych stanowi 34 % wszystkich zobowiązań. Dane za II i III kw. 2012 w postaci zestawień jako załącznika do wniosku kredytowego do (...) (przedłożone do akt przez syndyka na potrzeby opinii dokumenty w niebieskim segregatorze) nie są miarodajne, gdyż nie zawierają wszystkich przeterminowanych zobowiązań. Tym samym dane za II i III kw. 2012 wskazane w tabeli k. 1960/2 pokazujące ten procent odpowiednio na poziomie: 17 % i 4% nie są rzetelne. Za styczeń 2012r. udział ten wynosi 73 % w stosunku do wszystkich zobowiązań za styczeń 2012r. Natomiast spółka do roku 2012 włącznie płaciła terminowo swe zobowiązania publiczno – prawne i wynagrodzenia pracownicze . Zważywszy, iż w I kw. 2012 pojawiła się strata i ona narastała, by na koniec roku 2012 wynieść – 15.655.524 zł , spółka już na koniec I kw. 2012r. nie była w stanie na przyszłość płacić swych wymagalnych zobowiązań. Jeśli powiększa się strata, to oznacza, iż zwiększają się przeterminowane zobowiązania (d: opinia I. M. k. 1960/2, k. 1965- 1966, ustna k. 2100 -2103, ustna k. 2546/2).

Wg opinii biegłego sądowego A. W. wydanej na potrzeby upadłości układowej na dzień poprzedzający ogłoszenie upadłości układowej zobowiązania spółki wynosiły 30.838.378,53 zł, z czego zobowiązania układowe to kwota 25.203.563,37 zł, zaś kwota 4.826.449,23 zł to zobowiązania pozaukładowe wobec wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo, z czego największym wierzycielem to (...) z kwotą wierzytelności 3.075.321,10 zł (dowód: sprawozdania n.s k. 302). W razie upadłości układowej z redukcją częściową zobowiązań oraz karencją spłaty wierzytelności układowych w okresie 2013-2014 okres spłaty zobowiązań wynosiłby 5 lat ze spłatą łącznie ponad 73 % całej kwoty zobowiązań, zaś w przypadku upadłości likwidacyjnej ten procent spłaty wyniósłby ponad 38% całej kwoty zobowiązań, przy wycenie majątku, w tym nieruchomości i wiecz. użytk. wg wartości rynkowej na łączną kwotę 3 mln 901 tys. 95 zł (operaty szacunkowe rzeczoznawcy majątkowego M. T. z 02.2013r. k. 466-471 stanowiące zał. do opinii A. W.), gdzie obciążenia hipoteczne przewyższyły wartość rynkową nieruchomości o 87 %, oraz pozostałego majątku wg wartości bilansowej. Wartość całego majątku, wynikającą z bilansu na dzień 31.05.13r. po uwzględnieniu

przeszacowania nieruchomości, który podlegałby zbyciu, wynosi 11.258.264,78 zł, przy zobowiązaniach ogółem 28.691.898,28 zł, szacowane koszty upadłościowe 300.000 zł. Biegły A. W. układ i plan restrukturyzacji ocenił jako realny pod warunkiem niewystąpienia jakichś nadzwyczajnych okoliczności przy założeniu, że za takie wartości nastąpi sprzedaż majątku. (w/w opinia biegłego A. W. k. 444-480). Po ogłoszeniu upadłości (...)u w związku z możliwością zawarcia układu nadzorca sądowy w tym postępowaniu składał sprawozdania co 3 miesiące od grudnia 2013 począwszy. W sprawozdaniu nr 1 (z dn. 02.09.2013 r.) Nadzorca stwierdził, że zarząd upadłego z pełną determinacją kontynuuje działalność stosując się do uwag i poleceń nadzorcy. Te same wnioski Nadzorca zawarł w sprawozdaniu nr 2 (z dn. 12.12.2013 r.). W sprawozdaniu nr 3 (z dn. 04.03.2014 r.) Nadzorca zawarł informację o zakończeniu sporządzania listy wierzytelności wskazując na liczbę wierzycieli 239. Upadły nadal realizował zakontraktowane zadania jako podwykonawca. Nadzorca pozytywnie ocenił działania dłużnika w zakresie związanym z restrukturyzacją zatrudnienia. W ostatnim okresie sprawozdawczym dłużnik dalej koncentrował swoją aktywność produkcyjną głównie w(...)w M., (...) T., (...) G..

Według bilansu sporządzonego na dzień ogłoszenia upadłości układowej tj. 28.07.2013 r., zobowiązania spółki stanowiła kwota 30 838.378,53 zł. Ze sporządzonej listy wierzycieli wynikało, że zobowiązania wobec wierzycieli układowych stanowią należności opiewających na kwotę 25 203 564,37 zł. Oprócz zobowiązań układowych spółka posiadała zobowiązania poza układowe w łącznej kwocie 4 826 449,23 zł i były to zobowiązania wobec wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo na majątku. Największym wierzycielem w tej grupie był (...) S.A. w W. z kwotą należności 3 075.321,10 zł. Dane powyższe stwierdził Nadzorca Sądowy w sprawozdaniu z dnia 16.07.2014 r.

W dniu 16.07.2014 r. odbyło się głosowanie wierzycieli nad proponowanym w postępowaniu upadłościowym układem. Powódka głosowała za przyjęciem układu. Układu nie przyjęto w grupie IV i V wierzycieli (p-ko zagłosował m.in. jeden z największych wierzycieli L. i ostatecznie nie doszło do zawarcia układu pomiędzy dłużnikiem a wierzycielami.

Od dnia 20.08.2014 r. spółka była w stanie upadłości obejmującej likwidację majątku, w miejsce Nadzorcy Sądowego powołano Syndyka Masy Upadłości w tej samej osobie, kontynuującego dotychczasowe sprawozdania Nadzorcy, co wynika ze sprawozdania Syndyka nr 5 (z dn. 04.09.2014 r.)

W toku postępowania upadłościowego likwidacyjnego sporządzono opis i oszacowanie PPUH (...) Sp. z o.o. w R., z którego wynika, że majątek Przedsiębiorstwa stanowi kwotę 3 991 410,00 zł, w tym nieruchomości wg. operatu szacunkowego 3 574 000 zł oraz środki trwale widniejące w ewidencji księgowej 417 410 zł.

Według zgłoszeń otrzymanych przez Syndyka do dnia 31.07.2015 r. na liście wierzytelności w kategorii IV widniała kwota 737 932,60 zł, w tym wierzytelność powódki, zgłoszona w dniu 7.11.13r., której zarząd upadłego ani syndyk nie zaprzeczyli.

Dowód: opis i oszacowanie przedsiębiorstwa (...) k. 56-57 z dnia 02.02.2015 k. 339-341; postanowienie Sądu Rejonowego w R.z dnia 12.05.2015 r. k. 58; zgłoszenie k. 2430 i nast., lista wierzytelności k. 59-61

W dalszych kolejnych dwóch okresach sprawozdawczych (sprawozdanie nr 6 i 7) Syndyk kontynuował działalność produkcyjną spółki, a także min. zakończył inwentaryzację majątku oraz w sprawach pracowniczych wypowiedział wszystkim pracownikom warunki pracy i płacy skracając trzymiesięczny okres wypowiedzenia do jednego miesiąca, sporządził wniosek do Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych o wypłatę odszkodowań za skrócony okres wypowiedzenia. W kolejnym okresie sprawozdawczym (sprawozdanie nr 8) Syndyk pozyskał do masy upadłości przychody w wysokości 190 739,36 zł a także przygotował listę wierzycieli uzupełniającą nr 2.

Postanowieniem z dnia 15.05.2015 r. Sędzia Komisarza ustalił warunki sprzedaży przedsiębiorstwa jako całości, wobec czego Syndyk ogłosił o przetargu wskazując cenę wywoławczą przedsiębiorstwa jako całości 4 863.391,00 zł., który wobec braku oferentów nie doszedł do skutku. W kolejnym okresie sprawozdawczym Syndyk ogłosił II przetarg przedsiębiorstwa, który nie doszedł do skutku z uwagi na brak ofert. Postanowieniem z dnia 07.01.2016 r. Sędzia Komisarz zezwolił na sprzedaż składników majątku upadłego „z wolnej ręki”. Łączna cena wywoławcza przedsiębiorstwa wynosiła 4 377.000,00 zł. Również i w tym postępowaniu nikt nie złożył oferty. Następnie za

zezwoleń Sędzię Komisarza Syndyk sprzedał „z wolnej ręki” koparko – ładowarkę i dwa samochody. W dalszym okresie sprawozdawczym nadal nie doszło do sprzedaży przedsiębiorstwa. W związku z kolejnym ogłoszeniem o przetargu z zorganizowanych części przedsiębiorstwa z kadrami i ruchomościami z dnia 03.08.2016 r. w wyznaczonym czasie wpłynęły cztery oferty, z czego Syndyk przyjął wyłącznie ofertę Z. M. na zakup nieruchomości: działki nr (...) zabudowanej budynkami i budowlami oraz udział 2/16 niewydziałonych części działek nr (...), który zaproponował cenę łącznie za działkę (...) i udział w drodze na ww. działkach na kwotę 1 200.000,00 zł netto. W dniu 09.01.2017 r., Syndyk ogłosił kolejną sprzedaż z wolnej ręki zorganizowanej części przedsiębiorstwa (...) obniżając cenę oszacowania o 10%. Cena ta wyniosła 2 347.840,00 zł. Przedmiotem sprzedaży było: prawo użytkowania wieczystego działek nr (...), prawo własności budynków i budowli stanowiących odrębny przedmiot własności oraz ruchomości integralnie związane z nieruchomością- całość za cenę nie niższą niż 2 180,000 zł. W wyniku ponownego ogłoszenia, ofertę złożyła A. S. proponując cenę 2 180.000,00 zł za nieruchomość wraz z wyposażeniem. 27.02.2017 r. Sędzia Komisarz zaakceptował warunki i w dniu 05.04.2017 r. po zapłacie ceny doszło do sprzedaży nieruchomości. Różnica w cenie oszacowania a ceną zakupu wynikała w zasadzie tylko z wartości ruchomości (kilkadziesiąt tys. Zł), które zostały oszacowane jako składnik zorganizowanej części przedsiębiorstwa, a które nie zostały zakupione.

Syndyk zwolnił wszystkich pracowników, którzy natychmiast zostali zatrudnieni przez firmę konkurencyjną i z dniem 30.06.2017 r. zakończył działalność produkcyjną spółki. Na zakończenie okresu sprawozdawczego 01-08-2017 do 31.10.2017 r. Syndyk zaspokoił wierzyciela Bank (...) w związku z zatwierdzeniem przez Sędzię Komisarza planu podziału sumy uzyskanej ze zbycia nieruchomości (KW (...)), na której posiadał zabezpieczenie. Nie ma szans w toku postępowania upadłościowego na zaspokojenie w jakiegokolwiek wysokości wierzytelności powódki.

Dowód: sprawozdania Nadzorcy sądowego z dnia 02.09.2013 r. k. 275-277; z dnia 12.12.2013 k. 278-279; z dnia 04.03.2014 r. k. 280-285; z dnia 04.06.2014 r. k. 286-287; protokół ze zwołania wierzycieli z dnia 16.07.2014 r. k. 288-300, zezn. pozwanego ad. 2, sprawozdania syndyka z dnia 04.09.2014 r. k. 328-329; z dnia 10.11.2014 k. 333-335; z dnia 04.02.2015 r. k. 336-338; z dnia 11.05.2015 r. k. 376-378; z dnia 05.08.2015 r. k. 378-385; z dnia 05.11.2015 r. k. 386-394; z dnia 05.02.2016 r. k. 395-403; z dnia 09.02.2016 r. k. 404-410; z dnia 03.08.2016 r. k.411-416; z dnia 03.11.2016 r. k. 417-422; z dnia 06.02.2017 r., k. 423-430; z dnia 06.05.2017 r. k. 431-437; z dnia 6.08.2017 r. k. 438-440; z dnia 06.11.2017 r. k. 441-443, zezn. syndyka k. 1378-1379)

Powódka A. M. w ramach prowadzonej uprzednio działalności gospodarczej pod nazwą Firma Usługowa (...) A. M. w R. zawarła ustnie w II poł. roku 2012 z pozwanym Przedsiębiorstwem Produkcyjno Usługowo Handlowym (...) Sp. z o.o. w siedzibą w R. umowy o wykonanie robót budowlanych dla inwestycji w B. (demontaż węzłów cieplnych) oraz w T. (roboty ziemne). Prace miały być i były zlecane na bieżąco na budowie przez kierownika budowy W.. Zgodnie z ustnymi ustaleniami powódka miała rozliczać się za ustaloną stawkę stałą za 1rbh wykonanego czasu pracy każdego z pracowników i na tej podstawie wystawiała fv częściowe po podliczeniu za dany okres ilości rbh i ilości pracowników. Pierwsze prace powódka rozpoczęła gdzieś tydzień po zleceniu ustnym na inwestycji B. i wykonywała ją przez okres 1.5 miesiąca, za co wystawiła fv częściową w dniu 31.08.2012r. na kwotę 104.550 zł, za która otrzymała zapłatę. Następnie wystawiła kolejno trzy faktury, dotycząc kolejno B. , a następnie T.: VAT nr (...) z dnia 12.11.2012 r. na kwotę 172 446 zł brutto z terminem płatności 12.12.2012 r.; VAT nr (...)z dnia 31.12.2012 r. na kwotę 393 600 zł brutto z terminem płatności 30.01.2013 r. , skorygowanym na 28.06.13r. oraz VAT nr (...) z dnia 28.02.2013 r na kwotę 307 500 zł brutto z terminem płatności 02.04.2013 r. Faktury zostały podpisane przez pozwanego ad.1, za wyjątkiem fv nr (...)z daty 31.12.12r. Łącznie kwota powyższych należności wynosiła 723 546,0 zł i wysokość tej wierzytelności potwierdzona została przez (...) potwierdzeniem salda w dniu 29.07.2013 r. W toku postępowania upadłościowego powódka zgłosiła swoją wierzytelność wobec Spółki, która została uznana wraz z odsetkami w kategorii IV w wysokości 489.717 zł, z czego n.gł. 473.546 z uwagi, iż część należności głównej 250.000 zł z fv nr 2/12 z dnia 31.12.12r. powódka zbyła na rzecz banku tytułem zabezpieczenia kredytu, zaciągniętego na realizację umowy. (dowód: zeznania stron k. 2548, faktury VAT k. 19-21, k. 2486; potwierdzenie salda k. 22, lista wierzytelności (...) z dnia 07.03.2014 r. k. 25-31; suma zgłoszonej wierzytelności k. 32, umowa cesji k. 106, zgłoszenie wierzytelności z załącznikami k. 2430-2441)

Powódka wykreśliła swą działalność gospodarczą, zostawiając po niej zaległości wobec ZUS i niespłacony kredyt, gdyż zaciągnęwszy kredyt na obsługę realizacji robót budowlanych świadczonych na rzecz W. i nie otrzymawszy zapłaty za

wykonane prace nie była w stanie go spłacić, a bank nie otrzymał też w toku upadłości spółki kwoty zabezpieczenia kredytu w postaci kwoty wierzytelności części wynagrodzenia powódki przelanej na bank, zatem powódka i tę część musi spłacać, mimo że wierzytelność przelała na bank i nie została ta kwota uznana na liście na jej rzecz. Nie otrzymała też powódka zapłaty jako podwykonawca od inwestorów T. i B., nie otrzymała też zwrotu podatku za tzw. złe długi, nie odliczyła podatku vat z tytułu faktur objętych pozwem, ani nie otrzymała od ubezpieczyciela żadnych kwot objętych powództwem tytułem odszkodowania z tytułu ubezpieczenia swej działalności gospodarczej. (opinia biegłej k. 1971 , deklaracja vat k. 2205-2208, informacja z (...) k. 2079, wyciąg z rachunku k. 2082-2097, zaświadczenie (...) w R. k. 2080, wnioski o zwolnienie od kosztów z załącznikami k. 9-16. K. 78-99, 106-111).

Faktem niespornym jest, że powódka o braku możliwości zaspokojenia swej wierzytelności dowiedziała się od syndyka: w październiku 2016r. (twierdzenie powódki złożone na I rozprawie niezaprzeczone przez pozwanych) i pismem z dnia 08.02.2017 r. (data nadania 14.02.2017) wezwała każdego z pozwanych do zapłaty kwoty 723 543,00 zł. Pozwani potwierdzili otrzymanie wezwań do zapłaty. Kolejno pozwany ad.1 otrzymał w dniu 14.09.2017r. odpis pozwu, pozwany ad.2 - w dniu 26.09.2017r., pozwany ad.3 w dniu 26.09.17r (fakty znane sądowi z urzędu).

Sąd nie dał wiary opinii biegłej M. B. (k. 2278-2305 i ustna k. 2347-2349). Nie tylko dlatego, że jej wiarygodność wynikająca z niepełnych danych rachunkowo- finansowych spółki, jakie biegła ta wzięła pod uwagę przy wydawaniu opinii, została w sposób logiczny i merytoryczny podważona przez biegłą I. M. (zlecenie sądu k. 2352, opinia ustosunkowująca się k. 2395-2404), ale dlatego, że biegła ta w sposób niezgodny z treścią art. 11 puin w brzmieniu sprzed 1.01.2016r. dokonała analizy stanu majątkowo-finansowego przedsiębiorstwa, przyjmując, iż dopiero brak zapłaty wynagrodzeń pracowniczych przez spółkę, co nastąpiło w kwietniu 2013r, świadczy, iż spółka w tej dacie trwale zaprzestała spłaty swych wymagalnych zobowiązań. Tymczasem zadłużenie wymagalne trwale niezapłacone do daty złożenia wniosku o upadłość powstało już końcem roku 2011, a niemożność spłaty narastającego długu nastąpiła na koniec marca 2012r. Biegła zaniechała badania sprawozdań okresowych FO1, kwartalnych, uznając, iż służą one pod potrzeby GUS, (sprawozdania te były natomiast składane przez zarząd do banków dla celów kredytowych , co świadczy o ich wartości merytorycznej dla oceny sytuacji finansowo-majątkowej), w konkluzji nieprawidłowo badanie niewypłacalności ograniczyła do sprawozdań rocznych przyjmując niezgodnie z art. 11 puin, iż tylko sprawozdania roczne pozwalają i nakazują zarządowi ocenę wypłacalności pod kątem konieczności czy też barku tej konieczności złożenia wniosku o upadłość. Posługując się w swej opinii tylko sprawozdaniami finansowymi spółki, badała te przesłanki tylko wg bilansu; zaniechała oceny wartości majątku z pominięciem wartości księgowej, zaniechała oceny niewypłacalności na podstawie pogłębionej analizy sprawozdań okresowych oraz umów z kontrahentami i umów kredytowych czy dokumentów źródłowych (czego dokonywała biegła I. M. żądając dokumentów od syndyka : 3 segregatory oraz badając księgowość spółki na miejscu w siedzibie) pod kątem wskaźników pomocniczych, a sądowi z urzędu znany jest fakt, iż w analogicznych sprawach biegli dokonują takiej analizy poprzez badanie i ocenę takich wskaźników, jak rentowność, przepływy pieniężna itd. (wskaźniki ustalone i ocenione przez biegłą I. M. w opinii podstawowej). Wreszcie biegła za podstawę oceny przesłanki płynnościowej z art. 11.1 wzięła dane i zestawienia zobowiązań i spłat przygotowane i złożone przez zarząd do banku (...) na potrzeby kredytu , które nie są wiarygodne (te „dokumenty” zakwestionowała pełnomocnik powódki jako nie będące materiałem źródłowym, sąd po analizie stwierdza, iż nie zawierają wszystkich długów i wierzycieli spółki w zestawieniu za analogiczny okres na liście wierzytelności złożonej do wniosku o upadłość, wskazała na to również biegła sądowa w swej opinii pisemnej głównej). Biegła w sposób oczywiście błędny, bowiem bez zbadania, w jaki sposób spółka chciała umorzyć udziały nabyte od współnika, podała w swej ustnej opinii, iż skoro nie doszło do wpisu w KRS o obniżeniu kapitału zakładowego, to oznacza, iż nie było podstaw do korekty sprawozdania finansowego w zakresie tego kapitału. Nie zauważyła, iż spółka dokonała jednak takiej korekty za rok 2013, co oznacza, iż umorzenie udziałów miało nastąpić z zysku / kapitału zapasowego, co zgodnie z ksh nie wymaga wpisu do KRS , bowiem ta droga nie powoduje obniżenia kapitału zakładowego. Zresztą kwestią nabycia przez spółkę udziałów w ogóle się nie zajęła, poprzestając tylko na sprawozdaniach finansowych. Nie dał wiary są opinii tej biegłej w części , gdzie ustnie stwierdziła na pytanie pełnomocnika (co nie było przedmiotem zlecenia), że zarząd miał prawo na podstawie poprzednich sprawozdań finansowych tzw. sezonowości przychodów i kosztów zakładać, że sytuacja na koniec roku 2012 będzie analogiczna. Nie zostało to stwierdzenie w żaden sposób podparte analizą ekonomiczną polityki przedsiębiorstwa , badaniem

sprawozdań okresowych, stanowiąc subiektywną ocenę faktu (tj. sezonowości), którego biegła zresztą nie badała na podstawie dokumentów finansowych. Opinia biegłej M. B. (k. 2279-2305) już tylko przez brak szczegółowego uzasadnienia i analizy ekonomicznej dokumentów rachunkowo-księgowych spółki zdaniem sądu była lakoniczna, niepełna, sporządzona w pośpiechu (sąd wielokrotnie ponaglał biegłą, nałożył grzywnę za kolejne niewywiązanie się z terminu, mimo, że biegła otrzymała znacznie więcej czasu na wykonanie opinii , niż poprzednia biegła, a nie badała przecież wartości majątku oraz tzw. szkody i jej wysokości , co wykonała poprzednia biegła)

Sąd ostatecznie ocenił za wiarygodną opinię biegłej I. M. z wnioskami końcowymi wskazanymi na ostatniej rozprawie oraz w pisemnej uzupełniającej opinii , złożonej w ustosunkowaniu się do opinii M. B., co w oparciu o jej wcześniejsze opinie pisemne i ustne uzupełniające oraz własne ustalenia poczynione na podst. dokumentów złożonych przez zarząd spółki z wnioskiem o upadłość układową pozwoliło sądowi ostatecznie przyjąć w ślad za biegłą I. M. na ostatniej rozprawie, iż spółka zaprzestała bez perspektywy na przyszłość spłaty swych zobowiązań na koniec marca 2012r, zaś majątek przestał wystarczyć na spłatę zobowiązań na koniec czerwca 2012r. Sąd nie znalazł podstaw do uwzględnienia wniosku pełnomocnika pozwanego złożonego na rozprawie po ustnej 1. Opinii biegłej I. M. o dopuszczenie opinii biegłego rzeczoznawcy majątkowego na okoliczność oszacowania nieruchomości . Prawdą jest, iż biegła I. M. nie miała uprawnień do dokonywania powyższego (jest uprawnioną do analiz ekonomiczno – finansowych przedsiębiorstw, wyceny ich oraz wartości niematerialnych, ekonomicznej oceny stanu niewypłacalności), ale biegła w sposób przekonywujący uzasadniła tak pisemnie jak i ustnie, iż inaczej szacuje się nieruchomości , czy też całe przedsiębiorstwo na potrzeby dalszej działalności , w tym na potrzeby uzyskania kredytu (wycena M. T. z 02.2013r.), a inaczej dla oceny przesłanki niewypłacalności oraz co za tym idzie wysokości szkody na dzień tej niewypłacalności. Istotne w tym przedmiocie było, że przedsiębiorstwo jako całość, nawet bez oszacowania wartości niematerialnych przy sprzedaży upadłościowej (biegła doliczyła tymczasem wartość kadry pracowniczej) nie znalazło nabywcy i zostały sprzedane poszczególne nieruchomości (praktycznie wg ceny oszacowania) i ruchomości odrębnie, zatem zasadnie biegła przyjęła te wartości wg ceny sprzedaży. Nastąpiła ona początkiem roku 2017, a więc po upływie prawie 5 lat od daty stwierdzenia przez biegłą niewypłacalności spółki, ale faktem powszechnie znanym jest, iż wartość nieruchomości z roku na rok rośnie, zatem przyjęcie przez biegłą wartości nieruchomości wg cen sprzedaży z roku 2017 dla oceny niewypłacalności na rok 2012 oraz oceny na przyjętą datę niewypłacalności wysokości szkody było korzystne dla pozwanych. Zarząd, co logicznie uzasadniła biegła, nie miał podstaw oceniać przesłanki z art. 11. 2 puin biorąc za podstawę operaty z lutego 2013r. Oceniając, iż w marcu 2013r doszło do trwałego zaprzestania spłaty długów winien był liczyć się z upadłością likwidacyjną , zatem jeśli nie wartość bilansową, to na pewno winien był przeliczać wartość poszczególnych składników (nie szacował przecież przedsiębiorstwa jako całości) po wartości zbywczej. W konsekwencji biegła prawidłowo przyjęła cenę faktycznie uzyskaną przy sprzedaży nieruchomości jako podstawa do oszacowania wartości majątku pod kątem art. 11. 2 puin oraz wysokości szkody na datę niewypłacalności. Zresztą pozwani zmierzali do wykazania tej wartości jak najwyższej, co stanowi broń obosieczną, bo wpływa przecież wprawdzie na „opóźnienie” wystąpienia przesłanki zadłużeniowej , ale z drugiej strony przy wcześniej występującej przesłance płynnościowej powiększa szkodę wierzyciela. Sąd oddalił wniosek powódki złożony po pierwszej ustnej opinii biegłej I. M. (k. 2106) na okoliczność, by przy szacowaniu szkody wyłączyć te wierzytelności/umowy, które zostały zaciągnięte przez spółkę w okresie od daty powstania niewypłacalności do dnia złożenie wniosku o upadłość. Wniosek ten wymagał zlecenia biegłej uzupełniającej opinii, co prowadziło do zwłoki w rozpoznaniu sprawy, powódka winna była stosowne dowody w postaci przedłożenia tych kontraktów na podst. szczegółowej analizy zgłoszeń wierzytelności zawnioskować przez zleceniem opinii biegłej. Zatem sąd na podst. art. 207 § 6 kpc sąd na rozprawie wniosek ten oddalił , a w dalszym toku procesu przy kolejnym zleceniu opinii innej biegłej nie został ponowiony, zresztą biegła M. B. nie szacowała szkody , przyjmując, iż pozwani złożyli w terminie wniosek o upadłość z uwagi , iż przesłanka niewypłacalności powstała w kwietniu 2013r.

Sąd dał wiarę zeznaniom powódki oraz częściowo na zasadzie domniemania faktycznego przyjął, iż umowy ustne zawarła z W. w II poł. roku 2012. Pierwsza fv pochodzi z 31.08.12r., co czyni nieprawdziwym twierdzenie powódki na rozprawie (k. 2099), iż umowy zawarła między 09.-11.2012r. . Pierwotnie w pozwie powódka twierdziła zaś, iż umowy zawarła w okresie 09.11.-11.11r. Powódka zatem nie była „jednolita” w swych twierdzeniach, ale „jednolitości” tej nie wykazywała też strona pozwana, pierwotnie stwierdzając, iż rzeczywiście chodzi o rok 2012 (Pozwany M. B.

rozprawa k. 2099, który na koniec rozprawy wycofał się z tego twierdzenia k. 2106), tym niemniej w zeznaniach na kolejnej rozprawie powódka szczegółowo i logicznie uzasadniła rok 2012 (k. 2548), a nie było sporu, że w ok. tydzień po ustnej umowie powódka przystąpiła do realizacji prac (zgodne oświadczenia k. 2099), przy czym pozwany Z. J. nielogicznie zeznał odnośnie robót ziemnych i demontażowych dot. T., iż prace rozpoczęły się w 2011 roku, skoro pierwsza faktura za T. pochodzi z grudnia 12r. i kolejna z lutego 2013r. Pozwany Z. J. mylił się też co do dat rozpoczęcia prac na B. , wskazując raz to rok 2011, co było niemożliwe (fv pochodzi z 08.2012r. , a prace trwały ok. 1, 5 miesiąca), by następnie wskazać na rok 2012. Faktem jest, że powódka dopiero po opinii biegłej , która powołała się na datę powstania zobowiązania wg twierdzeń pozwu: 2011r., zmieniła swe twierdzenia , wskazując na rok 2012r, ostatecznie po przesłuchaniu stron i na podst. fv (ze zgłoszenia wierzytelności do syndyka nie wynikało nic poza fakturami) uznał, iż ciężar tego dowodu obciążał pozwanych , bo to oni dowodzili w myśl art. 6 kc , iż szkoda nie powstała, albo była niższa, niż kwota wierzytelności, wynikających z fv powódki nie zaspokojonych przez spółkę, zatem przyjął ostatecznie za prawdziwe twierdzenia i zeznania powódki przeciwne twierdzeniom i zeznaniom pozwanych , wobec braku innych wiarygodnych dowodów.

Powódka wykazała wiarygodnie swą wierzytelność co do zasady i wysokości fakturami fv podpisanymi częściowo , a więc zaakceptowanymi przez pozwanego jako członka zarządu, potwierdzeniem salda podpisanym przez księgowość dłużnej spółki, uznaną przez syndyka i niezaprzeczoną przez członków zarządu listę wierzytelności oraz iż sami pozwani zgłosili wierzytelność powódki na liście przy wniosku o upadłość układową. Skoro doszło do uznania niewłaściwego długu, a dodatkowo zatwierdzona przez s.k. lista wierzytelności uznana przez zarząd stanowi tytuł egzekucyjny, nadto same zeznania stron potwierdzają zasady zlecenia i rozliczania prac oraz fakt, iż powódka prace objęte fv wykonała, to zarzut pozwanych, który zresztą w odpowiedzi na pozew ograniczył się do „braku udowodnienia”, a nie zaprzeczenia istnieniu , okazał się nieskuteczny. Zaznaczyć należy, iż sąd postępowanie dowodowe prowadził na okoliczność niezbędną do ustalenia, czy powódka w myśl art. 299 § 2 ksh poniosła szkodę, a nie dla ustalenia wysokości wierzytelności i jej istnienia w myśl art. 299 § 1 ksh, skoro pozwani podnieśli tylko lakoniczny zarzut „nieudowodnienia” i barku tytułu egzekucyjnego.

Sąd zważył, co następuje:

Zważywszy na przyjętą przez sąd datę niewypłacalności 2012 oraz sam fakt, iż pozwani wniosek o upadłość złożyli w roku 2013, zatem zastosowanie znajdują przepisy art. 11 puin w brzmieniu na te daty. Stanowił wówczas ten przepis:

Art. 11. 1. Dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych.

2. 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 .

Dla prawidłowej wykładni tego przepisu należy przywołać również przepis art. 12.

Art. 12.1. Sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań nie przekracza trzech miesięcy, a suma niewykonanych zobowiązań nie przekracza 10 % wartości bilansowej przedsiębiorstwa dłużnika.

2. Przepisu ust. 1 nie stosuje się, jeżeli niewykonanie zobowiązań ma charakter trwały albo gdy oddalenie wniosku może spowodować pokrzywdzenie wierzycieli.

Zestawienie tych przepisów wskazuje, iż do spełnienia przesłanki płynnościowej z art. 11.1 wystarczy, iż dłużnik trwale opóźnia się regulowaniem swych wymagalnych zobowiązań, nie chodzi tu wcale o wszystkie, czy nawet przeważającą część takich niepłaconych długów. Wystarczy, że jest ich znacząca kwota, przy czym wedle poglądów doktryny czy części orzecznictwa wystarczyły 2 niezapłacone wierzytelności , by uznać niewypłacalność. Sąd tego skrajnego poglądu nie podziela, jest on sztuczny, nie uwzględnia realiów działalności gospodarczej zwłaszcza dużych podmiotów gospodarczych przy wielomilionowych obrotach , a do takich należy zaliczyć dłużną spółkę. Sąd w tym składzie stoi na

stanowisku, iż skoro przepis art. 12.1 stanowi wyjątek wskazując, iż sąd nie musi ogłaszać upadłości, lecz tylko może, gdy opóźnienie nie przekracza 3 miesięcy, a suma długów nie przekracza 10 % wartości bilansowej przedsiębiorstwa, to oznacza, iż każde opóźnienie w płatności nawet krótsze niż 3-miesięczne stanowi przesłankę do ogłoszenia upadłości i nie musi wystąpić zaprzestanie płacenia przeważającej części zobowiązań. Z kolei wyjątkiem do art. 12.1 jest art. 12.2, gdzie mimo że opóźnienie wynosi krócej niż 3 miesiące i występuje tylko do max 10 %, to sąd obligatoryjnie ogłasza upadłość, gdy spółka trwale zaprzestała spłaty długów. Ta trwałość oznacza brak zdolności na przyszłość wykonywania swych zobowiązań choćby w części. Oznacza to, iż zarząd ma obowiązek złożenie wniosku, gdy zajdzie przesłanka z art. 11.1, a nie dopiero gdy zajdzie przesłanka a contrario z art. 12.1, czy przesłanka z art. 12.2. Wystarczy zatem każde opóźnienie, nawet krótsze niż 3 miesiące, a przesłankę tę spełnia tzw. rolowanie długów, na co wskazywał sąd w zleceniu uzupełniającym opinii oraz biegła I. M. w swej opinii głównej. Jak słusznie wskazała biegła zobowiązania należy regulować w terminie i tzw. sezonowość nie wyłącza tego obowiązku. Sąd miał na względzie, iż biegła dla wykazania w sposób matematyczny poziomu niepłaconych długów do wszystkich zobowiązań przeanalizowała tylko miesiąc styczeń 2012 roku, co spotkało się ze słusznym zarzutem pozwanych i co nakazało sądowi zlecenie kolejnej opinii. Ale po pierwsze przeanalizowanie dalszych miesięcy przez biegłą nie było możliwe tymi narzędziami, którymi dysponowała, bądź wymagało znacznych nakładów czasu i kosztów (brak oprogramowania vide : rozprawa k. 2105), których to kosztów strona pozwana nie była skłonna ponieść (art. 6 kc) : wniosku nie złożyła mimo, że biegła deklarowała uzupełnienie opinii. Zresztą biegła ostatecznie posiłkując się sprawozdaniami kwartalnymi za rok 2012 oraz wskaźnikami rentowności i płynności, badając też umowy kredytowe stwierdziła, że nie ma potrzeby badania dalszych miesięcy, bo bez wątpliwości poziom zadłużenia rósł, na co wskazuje też narastająca strata. Biegła, jak sama oświadczyła na rozprawie, nie badała listy wierzytelności pod tym kątem, zatem sąd dla weryfikacji tezy biegłej o niewypłacalności z art. 11.1, która nastąpiła wg oceny biegłej w pierwotnej opinii już w styczniu 2012, a na ostatniej rozprawie biegła zweryfikowała tę datę na koniec marca 12r. (po zleceniu przez sąd analizy listy wierzytelności, co biegła dokonała na koniec grudnia 2011r. i koniec marca 2012r.) rozumianej jako trwale zaprzestanie płacenia długów przeanalizował tę listę dołączoną do wniosku, przeanalizował też daty powstania tytułów egzekucyjnych. Teza biegłej okazała się zasadna: poziom wielkości przeterminowanych długów poczynając od IV kw. 2011r. narastał poprzez cały rok 2012r., co pokazał sąd na str. 5 uzasadnienia, jedynie nieznacznie w III kw. 2012r zadłużenie spadło, ale jest to wyliczenie tylko co kwartał względem kwartalnie powstałych zobowiązań, co oznacza, iż z kwartału na kwartał liczba i kwota przeterminowanych wierzytelności rosła, by na koniec roku 2012 oraz I kw. 2013 przybrać liczbę rekordową. Tak znaczne przeterminowane zadłużenie spółki na koniec 2012 nie potwierdza tezy zarządu o tzw. sezonowości. Przy czym nie ma znaczenia, iż w przez okres 6 miesięcy : 10.12r. - 30.03.13r. spółka spłaciła ok. 40 mln zobowiązań. Istotne jest bowiem w myśl art. 11.1, że już na koniec marca 2012 można mówić o trwałym zaprzestaniu spłaty istotnej kwoty części zobowiązań : łącznie na kwotę 387.462 zł. Istotnie też zwiększyła się po I kw. 2012 roku liczba wierzycieli w stosunku do poprzedniego kwartału i wskaźniki te rosły z każdym kolejnym kwartałem. Sąd nie podziela tej części orzeczniczej SN i w ślad za nim sądów powszechnych, iż podstawą ogłoszenia upadłości jest trwała utrata zdolności wykonywania i zaprzestanie wykonywania przeważającej części wymagalnych zobowiązań (V CSK 211/10, V CSK 320/10, V CSK 352/10, NSA I FSK 1603/13). Zdaniem sądu za każdym razem należy badać, kiedy doszło do zaprzestania choćby częściowego płacenia długów, bo nie ulega wątpliwości, że czasowe (jak długa ma to być przerwa ?) wstrzymanie płatności nie spełnia wymogu z art.11.1 puin (por. III UK 13/16, NSA I FSK 429/17, SA GDAŃSK III AUa 868/16, WSA III SA /WA790/16, WSA RZESZÓW I SA /RZ419/16 SA KRAKÓW I ACa 1858/15, SA W GDAŃSKU III AUa 1218/15, III AUa 1293/12). Istotne przy wykładni art. 11.1 w poprzednim brzmieniu jest obecne brzmienie tego przepisu, które obowiązuje od 1.01.2016r., który to przepis już jednoznacznie wskazuje na utratę zdolności wykonywania swych wymagalnych zobowiązań, przy czym ustawodawca przyjął, że o takiej trwałości świadczy okres przekraczający 3 miesiące. Ta nowelizacja pokazuje, iż przesłanki do ogłoszenia upadłości na podst. art. 11.1 były bardziej restrykcyjne w stosunku do dłużników przedsiębiorców, niż obecnie. Dlatego stosowanie kryteriów ustawowych z obecnie obowiązującego przepisu art. 11.1 do poprzednio obowiązującego przepisu nie jest właściwe, choć w zakresie ustalenia tzw. czasowego wstrzymania płatności można by posiłkować się nowelizacją, przyjmując termin nie dłuższy niż 3 miesiące. Również komentatorzy do art. 11.1 w poprzednim brzmieniu wskazują, iż wystarczy trwale opóźnienie się w płatności części zobowiązań, by zaszła przesłanka z art. 11.1 (tak R. Adamus lex. Kom do art. 11 z 2014 ust. 5, 11, 12 i 14, który to komentator podkreśla, że regulowanie większej części zobowiązań przy braku regulacji reszty nie świadczy o braku niewypłacalności, nie jest też ważną przyczyną braku płatności, która to przyczyna została

wyartykułowana z nowym przepisie art. 11.1). Innymi słowy wystarczy fakt nieregulowania w terminie choćby części zobowiązań, by powstał obowiązek ustawowy zgłoszenie wniosku o upadłość (art. 21.1 puin w poprzednim brzmieniu), nie musi wystąpić utrata zdolności wykonywania tych zobowiązań. Choć w tej sprawie biegła I. M. tą przesłanką się kierując, wskazała na ostatniej rozprawie, iż ta trwała utrata zdolności nastąpiła na koniec marca 2012r.

Druga z kolei przesłanka, tzw. zadłużeniowa nastąpiła na koniec czerwca 2012r., bowiem majątek spółki nie wystarczał na zaspokojenie zobowiązań. Przepis art. 11. 2 w poprzednim brzmieniu nie udziela odpowiedzi, czy majątek należy ustalać w zakresie jego wartości wg metody bilansowej, księgowej czy zwykłej, w przeciwieństwie do obecnie obowiązującego przepisu art. 11.5 pu, który już wątpliwości nie pozostawia. Zdaniem sądu przed 1.01.2016r. należało wartość tę ustalać wg wartości zwykłej, bowiem wartości bilansowe z reguły zaniżają rzeczywistą wartość tego majątku, choćby z uwagi na amortyzację czy wpisywanie wartości środków trwałych po cenie nabycia bez ich aktualizacji. O ile ocena tej przesłanki wg wartości bilansowej zapewnia bezpieczeństwo dla członków zarządu (bo łatwo jest z bilansu porównać stan i kwotę aktywów do pasywów), tym niemniej nie pokazuje rzeczywistego stanu majątku. Na metodę ustalania majątku wg wartości rzeczywistej zwykłej zwróciła uwagę również biegła sądowa I. M., uznając ją za właściwą (biegła M. B. w ogóle nie analizowała wartości rzeczywistych tylko bilansowe), na metodę wyceny wg wartości zwykłej wskazuje też komentator P. Janda oraz R.Adamus oraz SA w Krakowie I ACa 1858/15). Wreszcie sama strona pozwana wnioskowała o ustalenie wartości majątku , a nawet przedsiębiorstwa wg wartości rzeczywistej. Sporne było tylko po wydanej opinii sądowej, która metoda jest właściwa : czy wg metody dochodowej (właściwej przy założeniu kontynuacji działalności), czy zwykłej. Sąd ostatecznie przyjął za prawidłową metodę zwykłą wg sprzedaży wymuszonej. Dłużnik oceniając przesłankę niewypłacalności pod kątem wykonania obowiązku ustawowego złożenia wniosku upadłościowego, decydując się na wniosek o upadłość układową (a więc z założeniem kontynuacji działalności, co miało miejsce w niniejszej sprawie) musi liczyć się z tym, że sąd ogłosi upadłość likwidacyjną. Przepis art. 11.2 reguluje przesłankę zadłużeniową niezależnie od tego, z jaką opcją zostanie złożony wniosek o upadłość, sąd takim wnioskiem nie jest związany, lecz za każdym razem zobowiązany jest samodzielnie ocenić, czy układ jest korzystniejszy dla wierzycieli i czy ma szanse powodzenia. W tym przypadku sąd ogłosił upadłość układową, lecz nie jest istotne, jaką decyzję sąd podejmie co do wariantu upadłościowego, istotna jest ocena przesłanki zadłużeniowej pod kątem złożenia wniosku do sądu. Sąd nie uznał za zasadne szacowanie wartości całego przedsiębiorstwa pod kątem art.11.2 bowiem okazało się, iż przedsiębiorstwo to jako całość nie ma realnej wartości (brak nabywców), lecz wartość rynkową mają jej poszczególne składniki, które jako odrębne znalazły nabywców na wolnym rynku, stąd ocenił opinię biegłej, która oszacowała poszczególne składniki majątku przedsiębiorstwa wraz wartością kadry jako prawidłową.

Odnosnie kwestii umorzenia udziałów, zgodnie z art. 200 § 1 ksh spółka nie może nabywać własnych udziałów, z wyjątkiem nabycia w celu umorzenia. Do umorzenia udziału wymagana jest uchwała ZW, która powinna określać podstawę prawną umorzenia i wysokość wynagrodzenia za umorzony udział (art. 199§ 2 ksh). W tym przypadku ZW spółki nie podjęła takiej uchwały, natomiast doszło do nabycia udziałów od wspólnika i zapłaty za nie przez spółkę na podstawie uchwały z dnia 30.06.10r. zezwalającej na zbycie udziałów na rzecz spółki w celu ich umorzenia za wynagrodzeniem, bez określenie jego wysokości, ale spółka zarejestrowała w sprawozdaniu za rok 2013 obniżenie kapitału zapasowego o kwotę nabycia udziałów, co oznacza, iż de facto nastąpiło umorzenie z tzw. zysku, a nie poprzez obniżenie kapitału zakładowego. Jedynie bowiem obniżenie kapitału zakładowego w skutek umorzenia udziałów własnych wymaga rejestracji w wpisie konstytutywnym. Innymi słowy tylko w przypadku umorzenia przez obniżenie z chwilą wpisu obniżenia kapitału do KRS dochodzi do umorzenia udziałów (art. 199 § 7 ksh i 255 § 2 ksh). Inaczej jest przy umorzeniu udziałów z zysku, czy też z kapitału zapasowego, gdzie nie dochodzi do obniżenia kapitału zakł. Zdaniem sądu Uchwała o umorzeniu udziałów nie ma charakteru konstytutywnego dla takiego umorzenia, inaczej dochodziłoby do obejścia zakazu ustawowego nabywania przez spółkę udziałów własnych i obowiązku wszczęcia przez spółkę postępowania konwokacyjnego, co ma na celu ochronę wierzycieli. Nie jest też dopuszczalne nabycie udziałów w celu ich umorzenia z czystego zysku, jeżeli spółka zyskiem tym nie dysponując. Wyjaśniała to wielokrotnie biegła I. M., również sam zarząd zapewne z tego powodu ujął w końcu w sprawozdaniu finansowym za rok 2013 to wynagrodzenie pomniejszając kapitał zapasowy. Kwestia ta nie jest jednoznacznie uregulowana w ksh, brak w

tym przedmiocie orzecznictwa. Miała ona w tej sprawie znaczenie drugorzędne, skoro wcześniej wystąpiła przesłanka płynnościowa z art. 11.1, a okoliczność ta miała znaczenie tylko przy ustaleniu przesłanki z art. 11.2 .

Powód wywodził swe roszczenie z art. 299 § 1 ksh jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, członkowie zarządu odpowiadają solidarnie za jej zobowiązania.

§ 2. Członek zarządu może się uwolnić od odpowiedzialności, o której mowa w § 1, jeżeli wykaże, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe, albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z jego winy, albo że pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcia postępowania układowego wierzyciel nie poniósł szkody.

Art. 299 § 1 ksh : Zgodnie z cyt. przepisem przesłankami odpowiedzialności członków zarządu są: istnienie określonego zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w czasie, kiedy dana osoba była członkiem zarządu spółki, oraz bezskuteczność egzekucji tego zobowiązania przeciwko spółce czy to w czasie pozostawania przez tę osobę członkiem zarządu, czy to już po jej odwołaniu z zarządu. /tak też wypowiedział się Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 16.05.2002 r. wyrok IV CKN 933/00 LEX nr 55500 na tle art. 298 kh, znajdującego zastosowanie w obecnym stanie prawnym/. „Odpowiedzialność odszkodowawcza członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (patrz uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2008 r. III CZP 72/08, OSNC 2009/2/20) uzależniona jest od wykazania przez wierzyciela jedynie istnienia zobowiązania spółki w czasie pełnionej przez pozwanego funkcji oraz bezskuteczności egzekucji z majątku spółki. Zarówno powstanie szkody, rozumianej jako obniżenie potencjału finansowego spółki a nie bezpośredni uszczerbek w majątku wierzyciela, jak i inne przesłanki odpowiedzialności: tj. wina i związek przyczynowy pomiędzy tak rozumianą szkodą a zachowaniem członków zarządu spółki, funkcjonują na zasadzie domniemania ustawowego. Dlatego dowody na te okoliczności, opisane w art. 299 § 2 k.s.h. muszą przedstawić członkowie zarządu. /Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2009 r. II CSK 661/08/.

Powódka wykazała swą wierzytelność , którą skutecznie postawiła w myśl art.455 kc w stan wymagalności wobec każdego z pozwanych członków zarządu, co rzutowało na zasadność roszczenia odszkodowawczego i odsetkowego za opóźnienie, dochodzonego po terminie wezwania do zapłaty, tj. od daty doręczenia pozwanemu każdemu z osobna odpisu pozwu. Wbrew zarzutom strony pozwanej nie było potrzeby uzyskania tytułu egzekucyjnego celem wykazania bezskuteczności egzekucji. Tą bezskuteczność powódka wykazała opinią biegłej oraz zeznaniami syndyka , iż nie zostanie zaspokojona w ogóle zaspokojona w postępowaniu upadłościowym.

Pozwani nie złożyli wniosku o upadłość we właściwym czasie. Zarząd powinien wniosek o upadłość złożyć w terminie 2 tygodni od powstania stanu niewypłacalności , tj. zgodnie z art. 21.1 puin w dniu 14.04.2012r. Przepis art. 299 ksh posługuje się pojęciem „terminu właściwego”. Sąd w tym składzie podziela tą linię orzeczniczą, wedle której termin na złożenie wniosku o upadłość w rozumieniu art. 299 ksh jest tożsamy z art. 21.1 puin. Chodzi bowiem o jednolitość stosowania prawa wedle zasad wykładni systemowej. Nie ma żadnych podstaw prawnych, by termin ten był inny, niż wynikający z puin, bowiem brak jednoznaczności w jego określeniu, utrudniałby wierzycielowi skuteczne dochodzenie ochrony na podst. art. 299 ksh, a członkowi zarządu obiektywną ocenę tzw. czasu właściwego (tak też SA w Lublinie I ACa 33/97, III CKN 104/97, A. Kappes „Odpowiedzialność członków zarządu... str. 275-280 i krytyka wykładni funkcjonalnej pojęcia „właściwego czasu” zaprezentowanego w orzecznictwie SN). Dodać przy tym należy, iż SN „za czas właściwy” uważa tylko taki czas w oderwaniu od art. 21.1 puin, w którym istnieje jeszcze majątek do zaspokojenia choćby w części wierzycieli. A contrario zbyt późnym jest złożenie wniosku, gdy spółka już w ogóle nie płaci nic (i w tym przedmiocie opinia biegłej jest nie do przyjęcia) i tego majątku brak, co oznacza tylko tyle, że nie ma podstaw do czekania z wnioskiem , aż tego majątku zabraknie i zaprzestanie się spłacać wszystkich wierzycieli, gdy wcześniej spełniła się jedna z podstaw niewypłacalności (tak K. Osajad Niewypłacalność spółki z o.o. Wyd. 1 LexisNexis). Ten termin ustawowy ma charakter obiektywny. „Właściwy czas do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości” jest przesłanką obiektywną, ustalaną w oparciu o mierniki ekonomiczne i nie zależy od świadomości zarządu co do ich istnienia. Dla jego określenia nie ma znaczenia subiektywne przekonanie członków zarządu. Innymi słowy, gdy zajdzie przesłanka niewypłacalności powstaje obowiązek złożenia w terminie 2 tygodni wniosku nawet wtedy, gdy zarząd

subiektywnie uważa, że przesłanka niewypłacalności nie zachodzi, a nawet wtedy, gdy nie ma wiedzy obiektywnej co do daty powstania stanu niewypłacalności. Zatem twierdzenie pozwanych, że wniosek ich złożony w dacie 25.04.2013r. został złożony w terminie właściwym w myśl art. 299 § 2 ksh okazało się niezasadne.

Pozwani nie wykazali też kolejnej przesłanki egonercyjnej, tj. braku winy w niezgłoszeniu w terminie wniosku o upadłość. Analiza odpowiedzi na pozew wskazuje, iż nie podali oni żadnych twierdzeń faktycznych mających wskazywać na brak winy. Natomiast zawnioskowali dowód z opinii biegłej i zeznań syndyka na „brak winy”, nie wskazując wbrew odrębnemu wezwaniu sądu, jakie fakty o braku winy mają świadczyć. Sąd nie prowadzi bowiem dowodów na okoliczności prawne (vide: wezwanie sądu do sprecyzowania tezy k. 257-259, w odpowiedzi pełnomocnicy w pismach stwierdzili, iż okoliczności te podadzą po ustaleniu przez biegłego momentu, w którym nastąpiły przesłanki do ogłoszenia upadłości k. 954-961 i wówczas rozszerzą tezę dowodową dla biegłego, w konsekwencji postan. na rozprawie oddalające wd z opinii i zezn. syndyka na okoliczność „braku winy” k. 1376/2 i 1377). Ostatecznie tych okoliczności faktycznych sąd się nie doczekał ze strony pozwanych, zabrakło też stosownej tezy dla biegłego. Innymi słowy biegli sędziowie ustalali tylko, kiedy powstała niewypłacalność oraz wysokość szkody, tj. czy na datę, kiedy powinien być złożony wniosek o upadłość powódka uzyskałaby większe zaspokojenie niż w dacie, kiedy faktycznie został złożony, natomiast nie badali, czy pozwani mieli uzasadnione i obiektywne podstawy, by przyjmować, że niewypłacalność powstała później, niż data niewypłacalności ustalona obiektywnie przez biegłych.

Celem ustalenia braku winy istotnym było, aby konkretne okoliczności powodowały brak możliwości stwierdzenia istnienia podstawy do ogłoszenia upadłości, pomimo dołożenia należytej staranności przez członka zarządu. Odpowiedzialność członków zarządu z art. 299 § 1 ksh stanowi sankcję za prowadzenie spraw spółki w sposób prowadzący do bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce. Przepis art. 299 § 2 k.s.h. przewiduje domniemanie winy członka zarządu ze względu na to, że członkom zarządu powinien być znany na bieżąco stan finansowy spółki, jej majątku i możliwości zaspokojenia długów. /por. II CSK 142/08 wyrok SN2008.09.24 LEX nr 470009/. Jedynie z zeznań pozwanych można było doszukać się szczątkowej, wybiórczej argumentacji, iż liczyli na poprawę sytuacji poprzez pozyskanie kredytu bankowego w marcu 2013r., na co wskazywały pozytywna opinia banku z dnia 2.03.2013r. o przyznaniu 2 kredytów obrotowych na kwotę łączną 6 mln 858 tys zł (d: opinia banku k. 203). Zważyć należy, że oczekiwanie: obiektywne czy subiektywne; uzasadnione, czy nieuzasadnione poprawy sytuacji finansowej spółki (na zasadzie, że może pozyskać się nowe źródła finansowania inwestycji) nie może stanowić o braku winy, gdy zaszła już przesłanka niewypłacalności, skoro przepis art. 21.1 nakłada obowiązek ustawowy złożenia wniosku niezależnie od tych okoliczności. W niniejszej sprawie niewypłacalność powstała na koniec marca 2012r i pogłębiała się z upływem czasu, bo spółka zaciągała nowe zobowiązania, zaś opinia banku jest dopiero z marca 2013r. Winę wyłączałoby tylko wykazanie, że na etapie powstania stanu niewypłacalności przez cały rok 2012 do kwietnia 2013r pozwani podejmowali realne, ekonomicznie uzasadnione i skuteczne działania skutkujące realną szansą zapłaty zaległych długów (tych z listy dołączonej do wniosku) w okresie poprzedzający datę złożenia wniosku o upadłość. Pozwani nie wykazali poprzez zbadanie sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstwa w okresie 01.2012- 04.2013r., choćby poprzez analizę zawartych kontraktów tych w toku i tych realnie planowanych, czy mieli uzasadnione ekonomicznie obiektywne podstawy zakładać, iż niepłacenie długów poczynając od roku 2012 poprzez cały rok 2012 do marca 2012r. ma charakter przejściowy (por. SN II UK 6/15). Już sam bowiem tak długi okres ponad roku wskazuje, że nie było to krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów. Argument sezonowości również nie został w kontekście braku winy w sposób należyty wykazany, bowiem nie poddano pod opinię ekonomisty, jak wyglądała ta sezonowość w latach poprzednich (sąd dysponował tylko rocznymi sprawozdaniami za lata ubiegłe), a rok newralgiczny 2012 tej sezonowości przychodów i kosztów wręcz przeczył, bo wydatki z biegiem roku 2012 narastająco przekraczały przychody, by na koniec roku 2012 wykazać stratę, jakiej do tej pory spółka nigdy nie odnotowała. Argument biegłej M. B., że skoro wcześniej spółka wykazywała zysk i większe koszty na początku roku, a mniejsze na koniec roku w stosunku do przychodów, nie jest wystarczający do postawienia wiarygodnej tezy, że zarząd miał obiektywne podstawy zakładać, że będzie tak samo na koniec roku 2012. Jak słusznie podniosła biegła I. M., zarząd we wniosku o upadłość wskazywał, iż przyczyną niewypłacalności była spłata udziałowca, co nastąpiło przecież w roku 2010 i 2011, miał więc świadomość przyczyn kłopotów finansowych już od roku 2011. Zarząd musiał też wiedzieć, skąd biorą się tak wysokie wydatki w II poł. 2012 roku, bo to zarząd podejmuje decyzje co do tych wydatków. Uwagę zwracają same zeznania pozwanych. Wynika

z nich , że pozwany A. B. nie analizował na bieżąco płatności i ich terminowości , poprzestając na sprawozdaniach finansowych , co jest niewystarczające, bo niewypłacalność należy monitorować na bieżąco i nie tylko na podstawie zysku z poprzednich lat (zysk to przesłanka z art.11.2), wręcz zeznał, że spółka regulowała płatności na bieżąco do marca 2013 roku, co świadczy o braku wiedzy, że w roku 2012 zadłużenie przeterminowane wzrastało, a pozostali członkowie zarządu tym się nie interesowali, nie wiedzieli, jakie jest zadłużenie i terminowość spłat zobowiązań: M. B. (1) zeznał, że do marca 2013 płacili na bieżąco, Z. J. że były w spółce bieżące opóźnienia, pojedyncze opóźnienia i wiedział o nich tylko ze sprawozdania . Powyższe wskazuje na brak po stronie zarządu bieżącego monitoringu płatności zobowiązań (przesłanka z art. 11.1), a nadzór ograniczał się w zasadzie tylko do oceny sprawozdania rocznego i tylko w zakresie przesłanki z art. 11.2, co stanowi o winie pozwanych w braku właściwej analizy nieregulowania w terminie długów. Powinność wiedzy członka zarządu co do oceny przesłanek ustawowych na zgłoszenie wniosku o upadłość , brak bieżącej wiedzy co do poziomu i czasowości zadłużenia świadczy z zasady o winie. Nie usprawiedliwia w szczególności fakt, iż opinia biegłego rewidenta za rok 2011 bardzo pozytywnie oceniła dotychczasową działalność prognozując brak zagrożeń w jej kontynuacji na przyszłość. Jest to bowiem sprawozdanie roczne , ocena wsteczna, zatem nie zwalnia to zarządu z bieżącego monitoringu sytuacji finansowej spółki. Pozwani umowy kredytowe oraz kontrakty na usługi i referencje zawnioskowali jako dowody w sprawie tylko na okoliczność wyceny przedsiębiorstwa na okoliczność , iż przed 25.04.2013r. majątek pokrywał zobowiązania, zatem wniosek został złożony w czasie właściwym oraz na okoliczność braku szkody , nie były te dokumenty poddane analizie biegłego , a sąd też nie miał wiedzy specjalnej, pod kątem oceny, że oczekiwanie na złożenie wniosku o upadłość od marca 2012 roku do kwietnia 2013r. wynikało z uzasadnionych obiektywnie podstaw ekonomicznych, że 1/ kontrakty przyniosą wystarczające przychody do pokrycia zaległych długów, 2/bank udzieli kredytów, na zasadzie: „jak zwykle, jak dotychczas” i że te kredyty wystarczą na bieżące uregulowanie zobowiązań za cały rok 2012 i jeszcze z roku 2011.

Powódka poniosła szkodę w postaci niezaspokojonej wierzytelności wraz ze skapitalizowanymi odsetkami. Pozwani zaś nie wykazali braku szkody. Przeciwnie; gdyby w terminie ustawowym złożyli wniosek , tj. w kwietniu 2012r. , nie doszłoby do zaciągnięcia zobowiązania, bo sąd ogłosiłby upadłość (por.I CSK 646/12, II CSK 322/06 , I CSK 654/12, V CSK 347/10). Bez znaczenia pozostaje fakt , iż doszło najpierw do ogłoszenia upadłości układowej, gdzie zarządowi pozostawiono prawo zarządu i prowadził on nadal działalność gospodarczą, zaciągając kolejne zobowiązania. Brak szkody czy jej wystąpienie w myśl art. 299 ksh należy oceniać teoretycznie przez pryzmat upadłości likwidacyjnej, w sytuacji, gdy ostatecznie nie doszło do zawarcia układu i w efekcie sąd ogłosił upadłość likwidacyjną. Sami też pozwani zawnioskowali i zaaprobowali tezę dla biegłego na okoliczność braku szkody poprzez oszacowanie , na ile powódka uzyskałaby zaspokojenie, gdyby w terminie złożono wniosek o upadłość w stosunku do tego , kiedy faktycznie został złożony, bez uwzględnienia faktu niespornego, tj. że po zaciągnięciu przez spółkę zobowiązań u powódki sąd ogłosił upadłość układową, a zobowiązania zaciągnięte w czasie tej upadłości stały się kategorią I w upadłości likwidacyjnej. Zdaniem sądu datą zaciągnięcia zobowiązania w myśl art. 299 § 1 ksh nie jest data zawarcia umowy ustnej, bo wówczas nie doszło do ustalenia essentialia negotii umowy o roboty budowlane czy usługi. Zobowiązanie zaciągnęła dłużna spółka u powódki najwcześniej na etapie zlecenia jej prac i ich wykonania, bo wtedy dopiero wiadomym stało się, jakie prace i z jakim wynagrodzeniem są należne wzajemnie stronom (wynagrodzenie uzależnione od ilość wykonanych rgh). Strony nie miały wzajemnie żadnych roszczeń o wykonanie umowy przez zleceniem konkretnych prac. Powódce żadna wierzytelność nie należała się przed wykonaniem prac za dany okres czasowy czy za dany zakres prac zleczanych na bieżąco na budowie, dlatego też skoro prace te zostały zlecone i wykonane poczynając od listopada 2012 roku, to skoro przed tą datą ziściła przesłanka niewypłacalności i gdyby pozwani w terminie złożyli wniosek o upadłość , to wobec odebrania z mocy prawa zarządu na skutek ogłoszenia upadłości likwidacyjnej wierzytelność w ogóle by nie powstała.

Zgodnie z art. **Art. 442¹**. § 1. Roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym ulega przedawnieniu z upływem lat trzech od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się o szkodzie i o osobie obowiązanej do jej naprawienia. Jednakże termin ten nie może być dłuższy niż dziesięć lat od dnia, w którym nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę.

Pozwani podnieśli zarzut przedawnienia, zatem w myśl art. 6 kc winni podać i udowodnić okoliczności, kiedy powódka dowiedziała się, że upadłość czy to układowa a następnie likwidacyjna nie przyniesie zaspokojenia. Tych twierdzeń pozwani nie wskazali, zaś nie zaprzeczyli twierdzeniom powódki, iż dowiedziała się o tym od syndyka jesienią 2016r. Zaznaczyć tu należy, iż zmiana w/w przepisu poprzez dodanie słów: „przy dołożeniu należytej staranności mogła się o ty dowiedzieć” została wprowadzona dopiero z dniem 27.06.2017r i zgodnie z przepisami przejściowymi nie ma ona w sprawie zastosowania. Innymi słowy nie jest ważne, kiedy poszkodowana mogła i powinna była się dowiedzieć, lecz kiedy wiedzę tę posiadała. Dodać też należy iż pozwani forsowali jeszcze do czasu wydania opinii sądowej, że nie zaszła bezskuteczność: twierdzili konsekwentnie, że majątek wystarczy na zaspokojenie powódki i powództwo jest przedwczesne, co świadczy, iż sami pozwani jako członkowie zarządu nie wiedzieli nawet na etapie zakładania procesu sądowego, gdy toczyła się upadłość likwidacyjna, czy powódka uzyska zaspokojenie. Mając zatem na uwadze niesporne twierdzenia powódki, nadto okoliczności obiektywne, tj. listę wierzytelności złożoną do sądu z 7.03.2014r przez n.s. k. 25, opis i oszacowanie majątku z daty 2.02.2015r.k. 56, sprzedaż majątku nieruchomego w 2017r., częściowe plany podziału powstałe w roku 2017 i 2018, które to dokumenty powstały w okresie po rozpoczęciu wstecz terminu 3 lat od daty wniesienia pozwu do sądu: 02.03.2017r. i dokumenty te zbiorczo pozwoliły ustalić w sposób orientacyjny, że majątek nie wystarczy na zaspokojenie powódki, zatem dopiero na tym etapie można było powziąć wiedzę obiektywną, że nie zostanie powódka zaspokojona swej wierzytelności, tj. że egzekucja okazała się bezskuteczna, co czyni też wiarygodnym twierdzenie powódki, że wiedzę tę posiadała od syndyka w roku 2016, jeszcze przed jakimkolwiek planem podziału.

O kosztach procesu sąd orzekł na podst. art. 108 kpc w zw. z art. 98 § 1 i 3 kpc. Są to koszty części opłaty od pozwu, w pozostałej części powódka została zwolniona; wynagrodzenie minimalne pełnomocnika powódki na datę wniesienia pozwu, opłata skarbową od pełnomocnictwa.