



Sygn. akt III CSK 70/13

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 stycznia 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Antoni Górski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Irena Gromska-Szuster

SSN Hubert Wrzeszcz

w sprawie z powództwa Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w W.

przeciwko J. K.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 30 stycznia 2014 r.,

skargi kasacyjnej pozwanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 18 września 2012 r.,

**oddala skargę kasacyjną i zasądza od pozwanego na rzecz powoda 3.600 (trzy tysiące sześćset) zł kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu kasacyjnym.**

## Uzasadnienie

Powód, Zakład Ubezpieczeń Społecznych, domagał się zasądzenia od J. K., na podstawie art. 299 k.s.h., kwoty 784.556,67 zł z odsetkami od 1 czerwca 2005 r.. Wskazał, że pozwany pełnił funkcję członka zarządu "K." spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. Spółka nie opłacała składek na ubezpieczenie społeczne. Na dochodzoną kwotę składają się nieuiszczone składki na ubezpieczenie społeczne osób zatrudnionych w Spółce w okresie od października 1995 r. do czerwca 1996 r. w kwocie 18.191,90 zł wraz z odsetkami w kwocie 58.078,10 zł oraz w okresie od grudnia 1995 r. do kwietnia 1998 r. i od czerwca 1998 r. do grudnia w kwocie 199.631,90 zł z odsetkami w kwocie 506.060,10 zł i dodatkowa opłata w kwocie 2.594,67 zł. Egzekucja tych należności okazała się bezskuteczna.

Wyrokiem zaocznym z dnia 6 lipca 2005 r. Sąd Okręgowy w K. uwzględnił powództwo. W wyniku rozpoznania sprzeciwu pozwanego, Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 27 marca 2009 r., uchylił wyrok zaoczny, odrzucił pozew w części obejmującej roszczenie o zapłatę zaległych składek na ubezpieczenie społeczne za okres od 25 listopada 1998r. do dnia 31 grudnia 1998 r. wraz z odsetkami, w pozostałej zaś części powództwo oddalił i zasądził od powoda na rzecz pozwanego koszty procesu. Uzasadniając rozstrzygnięcie o odrzuceniu pozwu, Sąd Okręgowy wskazał na niedopuszczalność drogi sądowej wynikającą z przepisów art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. Nr 137, poz. 887 zez zm.) w związku z art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – ordynacja podatkowa (t.j.: Dz. U. z 2005 r., Nr 8, poz. 60). Zgodnie z treścią tych przepisów, od dnia 25 listopada 1998 r., uwzględniając datę wejścia w życie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, członkowie zarządu spółki z o.o. za zaległości podatkowe odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem (tu: za zaległości z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne) z tym, że o odpowiedzialności tej orzeka właściwy organ, w drodze decyzji. Od takiej decyzji członkowi zarządu przysługuje odwołanie do sądu okręgowego właściwego do rozpoznawania spraw z zakresu ubezpieczeń społecznych. Brak decyzji ZUS o

odpowiedzialności członka zarządu za zobowiązania Spółki co do składek za opisany okres oznaczał w sprawie niniejszej niedopuszczalność drogi sądowej. Pozew przeto, o ile dotyczył okresu od 25 listopada 1998 r., podlegał odrzuceniu. Za zobowiązania powstałe do 25 listopada 1998 r. członkowie zarządu spółki odpowiadają na podstawie art. 298 k.h. (obecnie art. 299 k.s.h.). Rozważając zatem zasadność żądania w części dotyczącej wierzytelności powoda powstałej do 25 listopada 1998 r., Sąd Okręgowy wskazał, że pozwany był członkiem zarządu dłużnika, spółki K. sp. z o.o. z siedzibą w K. Spółka miała zarząd dwuosobowy, przy czym reprezentacja Spółki należała do prezesa A. M., on też podejmował decyzje związane z zarządzaniem spółką. Pozwany był wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego jako członek zarządu, faktycznie jednak funkcji tej nie wykonywał. Spółka prowadziła działalność transportową i pozwany zajmował się transportem, naprawą samochodów, zlecaniem wysyłki, wyładunkiem. Taki podział czynności, a także sposób reprezentacji powodował, że pozwany nie miał prawnej i faktycznej możliwości podejmowania w imieniu spółki K. jakichkolwiek czynności. W czerwcu 1996 r. z pozwanym została rozwiązana umowa o pracę na stanowisku wiceprezesa i wtedy zaniechał on pobierania wynagrodzenia za członkostwo w zarządzie. Pozwany i A. M. byli również właścicielami innej spółki, wówczas też uzgodnili, że A. M. pozostanie w spółce K., a pozwany będzie prowadził tę drugą spółkę jednoosobowo. Czynności egzekucyjne prowadzone dla zaspokojenia długu spółki K. z tytułu nieuiszczonych składek na ubezpieczenie społeczne, skierowane do rachunku bankowego, okazały się bezskuteczne. We wrześniu 2000 r. A. M. złożył wniosek o ogłoszenie upadłości spółki K. i postanowieniem z dnia 13 listopada 2000 r. Sąd Rejonowy ogłosił jej upadłość. Powód w tym postępowaniu zgłosił swoją wierzytelność, jednakże nie została ona zaspokojona. Postanowieniem z dnia 2 września 2003 r. postępowanie upadłościowe zostało umorzone na podstawie art. 218 § 1 pkt 1 prawa upadłościowego. W ocenie Sądu Okręgowego, mimo ujawnienia pozwanego w KRS jako członka zarządu, nie można przypisać mu odpowiedzialności z art. 299 k.s.h., funkcji tej bowiem faktycznie nie pełnił, nie miał styczności ze zdarzeniami i dokumentami pozwalającymi na ocenę stanu majątkowego spółki, nie ponosi zatem winy w niezgłoszeniu w czasie właściwym upadłości spółki oraz w niewszczęciu postępowania układowego.

Ponadto pozwany w toku procesu wskazał mienie w postaci ciężarówek należących do Spółki, z którego to mienia możliwa jest egzekucja. Przeto i ta okoliczność prowadziła do oddalenia powództwa.

Na skutek apelacji powoda, Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 4 września 2009 r. zmienił wyrok Sądu Okręgowego w części oddalającej powództwo i orzekającej o kosztach procesu w ten sposób, że zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 683.042,31 zł z ustawowymi odsetkami od 1 czerwca 2005 r. i koszty procesu, odrzucił apelację w części dotyczącej odsetek z okres od 12 września 2002 r. do dnia 31 maja 2005 r. oraz orzekł o kosztach należnych powodowi w postępowaniu apelacyjnym. W ocenie Sądu Apelacyjnego okoliczność, iż pozwany, wobec rozwiązania z nim umowy o pracę na stanowisku wiceprezesa, od 30 czerwca 1996 r. faktycznie nie pełnił funkcji członka zarządu, nie miała w sprawie znaczenia. Pozwany pozostawał bowiem ujawniony w KRS jako członek zarządu, nie został z tej funkcji odwołany i nie złożył rezygnacji, zaniechanie zatem faktycznego prowadzenia spraw spółki nie zwalniało go z obowiązku zapoznawania się ze stanem majątkowym spółki, a tym samym nie uwalniało od odpowiedzialności przewidzianej w art. 299 k.s.h. Sąd Apelacyjny nie podzielił też zarzutu, że egzekucja nie była skierowana do całego majątku spółki, skoro toczyło się postępowanie upadłościowe. Reasumując, w ocenie Sądu II instancji żądanie zapłaty, o ile dotyczyło okresu do 25 listopada 1998 r., było uzasadnione i jako takie podlegało uwzględnieniu.

Od tego wyroku skargę kasacyjną złożył pozwany Jan Kornaś.

Wyrokiem z dnia 9 grudnia 2010 r. Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, pozostawiając mu rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego. Sąd Najwyższy stwierdził, że odpowiedzialność członka zarządu spółki z o.o. za należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne za okres do dnia 25 listopada 1998 r., kształtuje się na zasadach właściwych dla odpowiedzialności zarządców spółek za zobowiązania o charakterze prywatnoprawnym. Wskazał ponadto, że w sprawie dowodem bezskuteczności egzekucji jest postanowienie Sądu z dnia 2 września 2003 r. o umorzeniu postępowania

upadłościowego. Biorąc pod uwagę, że stwierdzenie w tej formie bezskuteczności egzekucji nastąpiło pod rządem k.s.h., podstawę prawną rozstrzygnięcia o odpowiedzialności pozwanego stanowi przepis art. 299 k.s.h. (w związku z art. 620 § 1 k.s.h.).

W ocenie Sądu Najwyższego brak jest funkcjonalnej zależności między stosunkiem pracy a organizacyjnym stosunkiem członkostwa w organie zarządzającym, wobec czego rezygnacja ze stosunku pracy nie oznacza jednocześnie rezygnacji z członkostwa w zarządzie.

Odpowiedzialności członka zarządu nie uchyla również umowa łącząca członków zarządu co do sposobu kierowania sprawami spółki, w szczególności ustalony umownie podział czynności. Tego rodzaju umowa ma znaczenie tylko wewnątrzorganizacyjne.

Za wiążące dla sądów orzekających w sprawie Sąd Najwyższy uznał rozstrzygnięcie sądu upadłościowego o zakazie prowadzenia przez J. K. działalności gospodarczej na podstawie art. 17 prawa upadłościowego, które przesądza o możliwości zgłoszenia przez pozwanego wcześniejszego wniosku o ogłoszenie upadłości i w konsekwencji wyłącza dowodzenie braku winy pozwanego w tym zakresie.

Sąd Najwyższy uznał za istotne, że skarżący kwestionuje swoją odpowiedzialność w oparciu o dalej idący zarzut sprowadzający się do współodpowiedzialności wierzyciela za niepowodzenie egzekucji syngularnej, prowadzonej na kilka lat przed ogłoszeniem upadłości. W jego ocenie, strona powodowa niesłusznie ograniczyła wówczas egzekucję do zajęcia rachunku bankowego spółki, podczas gdy pozostały majątek, przede wszystkim środki transportu, pozwalał na zaspokojenie spornych roszczeń. Sąd Najwyższy podkreślił, że warunkiem przypisania pozwanemu odpowiedzialności jest związek przyczynowy między wadliwym kierowaniem sprawami spółki przez niego a szkodą powstałą po stronie wierzyciela, zgodnie z zasadą art. 361 k.c. Jeżeli więc niemożność zaspokojenia się wierzyciela jest następstwem jego własnego zaniechania, brak jest związku przyczynowego między zachowaniem zarządu spółki a szkodą, co z kolei ma wpływ na powstanie bądź zakres odpowiedzialności

z art. 299 k.s.h. Okoliczność tę, nierozważaną dotychczas należycie, Sąd Najwyższy zalecił zbadać przy powtórnym rozpoznaniu sprawy. Za konieczne uznano ponadto zbadanie aktualnej sytuacji majątkowej spółki K., skoro do akt złożono dokument, wskazujący na istnienie pewnego majątku (zaświadczenie o zarejestrowanych na spółkę trzynastu pojazdach). Postępowanie dowodowe powinno służyć wyjaśnieniu, czy wierzyciel może skierować jeszcze egzekucję i uzyskać zaspokojenie z przedmiotów należących do spółki. Wskazano przy tym, że formalne stwierdzenie bezskuteczności egzekucji nie wyklucza tego sposobu egzoneracji członka zarządu, z uwagi na subsydiarny charakter jego odpowiedzialności.

Rozpoznając sprawę po uchyleniu wyroku przez Sąd Najwyższy, Sąd Apelacyjny, wyrokiem z dnia 21 kwietnia 2011 r., uchylił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w punkcie III i IV i w tym zakresie przekazał sprawę do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowań odwoławczych.

Rozpoznając ponownie sprawę, Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 20 lutego 2012 r., zasądził od pozwanego J. K. na rzecz strony powodowej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych kwotę 683 042,31 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 czerwca 2005 r. do dnia zapłaty, a ponadto zasądził od pozwanego na rzecz strony powodowej kwotę 13 341,60 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.

W ocenie Sądu I instancji zgromadzony materiał dowodowy nie dawał podstaw do stwierdzenia, że niezaspokojenie roszczeń strony powodowej jest skutkiem wadliwego prowadzenia przez stronę powodową egzekucji przeciwko K. sp. z o.o. Strona powodowa stosowała przewidziane w zakresie jej kompetencji środki egzekucyjne, wstrzymując je dopiero po zawarciu układów ratalnych ze spółką. W przypadku nierealizowania układu, dwukrotnie kierowano wnioski do Naczelnika Urzędu Skarbowego o wszczęcie egzekucji. Strona powodowa prowadziła zatem egzekucję, która była w znacznej mierze skuteczna. Nie można czynić jej zarzutu, że wstrzymywała czynności egzekucyjne ze względu na zawierane układy ratalne, gdyż dobrowolna spłata wierzytelności przez dłużnika, nawet w ratach, jest z punktu widzenia wierzyciela bardziej celowa aniżeli prowadzenie postępowania egzekucyjnego. Przeprowadzenie tego postępowania

wiąże się bowiem z ryzykiem, że spowoduje utratę przez dłużnika możliwości pozyskiwania dalszych dochodów a tym samym wszelkich perspektyw na odzyskanie wierzytelności, zwłaszcza w przypadku egzekucji ze składników majątku niezbędnych do prowadzenia działalności gospodarczej. Wątpliwości może budzić wprawdzie okoliczność, że strona powodowa - pomimo odmowy zawarcia układu ratalnego - nie dokonała zajęcia wierzytelności wskazanych przez dłużnika. Jednakże zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstaw do stwierdzenia czy wierzytelności te były bezsporne oraz czy dłużnicy tych wierzytelności byli wypłacalni, a co za tym idzie czy zajęcie takie doprowadziłoby do zaspokojenia roszczeń strony powodowej. Tych okoliczności pozwany nie udowodnił, mimo że zgodnie z art. 6 k.c. to na nim ciążył w tym zakresie ciężar dowodu.

W ocenie Sądu Okręgowego, nie stanowiło również zaniechania strony powodowej nieskorzystanie z przywilejów egzekucyjnych wynikających z przysługującego jej prawa zastawu skarbowego. O takich zaniebaniach można by mówić, gdyby strona powodowa przystąpiła do egzekucji ze składników majątkowych dłużnika objętych tym zastawem, w szczególności do egzekucji z samochodów i innych wartościowych ruchomości należących do dłużnika. Skoro jednak przyczyną zaniechania podjęcia tych czynności egzekucyjnych były kolejne układy ratalne zawierane z dłużnikiem, których celowości sąd nie ma podstaw kwestionować, to nieskorzystanie z powyższych przywilejów egzekucyjnych również nie można traktować jako nieprawidłowego prowadzenia postępowania egzekucyjnego.

Sąd Okręgowy uznał za nieudowodnione, że w chwili obecnej istnieje majątek K. sp. z o.o. z którego strona powodowa mogłaby wyegzekwować dochodzone od pozwanego roszczenie. Treść dokumentów sporządzonych podczas postępowania upadłościowego nakazuje podejść z ostrożnością do samej ewidencji pojazdów, zgodnie z którą spółka posiada zarejestrowane pojazdy. O istnieniu majątku nadającego się do egzekucji można mówić dopiero wtedy, gdy wiadomo gdzie znajdują się ruchomości mające wchodzić w skład tego majątku oraz gdy znane są wierzytelności należące do dłużnika, a także, czy wierzytelności te są bezsporne oraz czy ich dłużnik jest wypłacalny. Tymczasem nawet sam pozwany - który wchodzi w skład zarządu dłużnika i z tego tytułu powinien mieć

wiedzę o jego stanie majątkowym - zeznał, że nie wie, gdzie się znajdują samochody zarejestrowane jako własność dłużnika ani nie potrafił wskazać firm spedycyjnych, wobec których K. sp. z o.o. miały jakoby przysługiwać wierzytelności.

Apelację pozwanego od powyższego wyroku Sądu Okręgowego, Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 18 września 2012 r. oddalił i zasądził od pozwanego na rzecz strony powodowej kwotę 5400 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Podzielił ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy i przyjął je za własne.

Wskazał, że w przedmiotowej sprawie bezskuteczność egzekucji w postępowaniu upadłościowym była w pełni wykazana, co potwierdził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. Podkreślił, że twierdzenia pozwanego co do istnienia realnych sposobów egzekucji, z których strona powodowa nie skorzystała, muszą być w jakikolwiek sposób weryfikowalne. W przeciwnym wypadku odpowiedzialność z art. 299 k.s.h. miałyby charakter iluzoryczny, gdyż pozwany w każdym czasie mógłby podnieść niedający się zweryfikować potencjalny środek egzekucyjny.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 386 § 6 k.p.c. uznał, że Sąd Okręgowy zastosował się do zaleceń Sądu Najwyższego oraz Sądu Apelacyjnego, przeprowadził stosowne postępowanie, dopuszczając zarówno dowody z zeznań świadków, z dokumentów jak i z przesłuchania pozwanego, które jednak nie doprowadziło do udowodnienia podnoszonych przez pozwanego okoliczności, które skutkowałyby wyłączeniem jego odpowiedzialności.

Od powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego skargę kasacyjną wywiódł pozwany opierając ją na obu podstawach naruszenia. W ramach naruszenia prawa materialnego zarzucił naruszenie art. 299 § 1 k.s.h. w zw. z art. 620 § 1 k.s.h. przez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że bezskuteczność egzekucji przeciwko spółce należy oceniać na moment uprawomocnienia się postanowienia w przedmiocie umorzenia postępowania upadłościowego zainicjowanego przez samą spółkę, i nie relatywizować w stosunku do wcześniej prowadzonej przez wierzyciela egzekucji; art. 299 § 1 k.s.h. w zw. z art. 620 § 1 k.s.h. przez jego błędną wykładnię i



przyjęcie, iż bezskuteczność egzekucji ma miejsce mimo, iż wierzyciel nie wykorzystał wszystkich dostępnych procedur w celu ujawnienia całego majątku spółki i wszystkich dostępnych sposobów egzekucyjnych w celu wyegzekwowania należności w ramach „zwykłego” postępowania egzekucyjnego oraz art. 6 k.c. przez błędną wykładnię i stwierdzenie, że to na pozwanym spoczywał ciężar dowodu w celu wykazania, iż było możliwe prowadzenie egzekucji z wierzytelności spółki i z ruchomości spółki, w tym zarejestrowanych na spółkę samochodów. W ramach naruszenia przepisów postępowania zarzucił naruszenie art. 385 k.p.c. przez oddalenie apelacji pozwanego w sytuacji gdy nie była ona bezzasadna, art. 398<sup>20</sup> k.p.c. przez wydanie orzeczenia sprzecznego z wykładnią prawa dokonana przez Sąd Najwyższy.

W konkluzji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w całości i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku, oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powód wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

W wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. III CSK 46/10, wydanym w niniejszej sprawie, Sąd Najwyższy przesądził dwie zasadnicze kwestie dotyczące odpowiedzialności pozwanego na podstawie art. 299 § 1 k.s.h., jako członka zarządu spółki z o.o. K.: istnienie stanu bezskuteczności egzekucji wierzytelności powoda oraz to, że pozwany w czas nie zgłosił wniosku o ogłoszenie upadłości tej spółki. Jednocześnie Sąd ten uznał za konieczne dokonanie oceny prawidłowości działania powoda w postępowaniu egzekucyjnym, w którym egzekucja okazała się bezskuteczna. W szczególności chodziło o ustosunkowanie się do faktu ograniczenia tej egzekucji przez powoda tylko do zajęcia rachunku bankowego dłużnej spółki K. i pominięcia innego jej majątku, zwłaszcza należących do niej środków transportowych, mimo że część pojazdów jest nadal zarejestrowana na spółkę. Obie te okoliczności, których Sąd Apelacyjny nie rozważył należycie, mogą

bowiem mieć wpływ na istnienie odpowiedzialności pozwanego, a przynajmniej na jej zakres.

Wbrew zastrzeżeniom zawartym w skardze kasacyjnej należy stwierdzić, że Sąd Apelacyjny przy powtórnym rozpoznaniu sprawy wyjaśnił i ocenił obie te kwestie, dochodząc do wniosku, że nie mogą one stanowić podstawy do zwolnienia pozwanego od odpowiedzialności odszkodowawczej. Jeśli chodzi o zastrzeżenia pozwanego dotyczące ograniczenia prowadzenia postępowania egzekucyjnego tylko do rachunku bankowego spółki K. oraz zawieranie przez powoda – wierzyciela w trakcie tego postępowania z dłużnikiem - spółką K. nieskutecznych, jak się okazało, porozumień obejmujących ratałne spłacanie zadłużenia, to takie działanie powoda Sąd Apelacyjny uznał za usprawiedliwione. Zdaniem tego Sądu, kierowanie egzekucji do składników majątku dłużnika niezbędnych do prowadzenia przez niego działalności gospodarczej (w tym wypadku do środków transportowych) spowodowałoby bowiem zastopowanie tej działalności, a tym samym utratę możliwości uzyskania dalszych dochodów, pozwalających na spłacanie egzekwowanego zadłużenia. Takie działanie byłoby zatem perspektywicznie nieopłacalne. Krytyka przez skarżącego przyjętej przez powoda taktyki prowadzenia postępowania egzekucyjnego nie podważyła *in casu* racjonalności takiego podejścia, w związku z czym trzeba ją uznać za chybioną. Ekspozowana przez niego, i potwierdzona w powołanym orzecznictwie, zasada konieczności kierowania przez wierzyciela egzekucji do całego majątku dłużnika nie może być rozumiana i stosowana w sposób mechaniczny. Jak każde działanie, powinno odpowiadać przede wszystkim zasadom racjonalności, a w tym wypadku prognozowaniu i kalkulacji, czy lepiej opłaca się wierzycielowi umożliwienie prowadzenia przez dłużnika bieżącej działalności gospodarczej, czy też zajęcie całego jego majątku i poddanie licytacji, co łączyłoby się z zaprzestaniem tej działalności. W skardze kasacyjnej nie zdołano skutecznie podważyć dokonanego przez wierzyciela wyboru.

Skarżący ma teoretycznie rację, że jeśli już w tej konkretnej sytuacji wierzyciel nie zdecydował się na kierowanie egzekucji do majątku ruchomego spółki, powinien skierować ją także do przysługujących jej wierzytelności. Wbrew jego przekonaniu jednak, zaniechanie zastosowania tego sposobu egzekucji przez

powoda nie zwalnia samo przez się pozwanego od odpowiedzialności. W orzecznictwie trafnie zwraca się uwagę, że członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie odpowiada na podstawie art. 298 k.h. (obecnie art. 299 k.s.h.), gdy wierzyciel nie uzyskał zaspokojenia ze względu na niepodjęcie w stosownym czasie egzekucji przeciwko spółce, ale tylko wówczas, gdy ta egzekucja była możliwa w tym sensie, że mogła przynieść realny skutek (por. przykładowo wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 24 czerwca 2004 r., III CK 107/03, OSNC 2005, nr 6, poz. 109, z dnia 20 października 2005 r., II CK 152/05, OSNC 2006, nr 7-8, poz. 134, z dnia 7 maja 2008 r., II CSK 461/07, niepubl., z dnia 30 maja 2008 r., III CSK 12/08, czy z dnia 25 kwietnia 2012 r., II CSK 410/11, niepubl.). Dodać przy tym należy, że ciężar dowodu, iż taka egzekucja byłaby efektywna spoczywa na dłużniku, gdyż odpowiedzialność członka zarządu spółki z o.o. opiera się na usuwalnym domniemaniu istnienia szkody i winy tego członka za jej powstanie (por. powołany wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2005 r., II CK 152/05, a także aprobatę takiego stanowiska zawartą w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów tego Sądu z dnia 7 listopada 2008 r., III CZP 72/08, OSNC 2009, nr 2, poz. 20). Tymczasem Sąd Apelacyjny w zaskarżonym wyroku wyraźnie stwierdził, że materiał dowodowy nie daje podstaw do stwierdzenia, że należące ewentualnie do spółki K. wierzytelności, których zresztą pozwany - dawny członek zarządu dłużnej spółki bliżej nie sprecyzował - były bezsporne, ani tym bardziej, iż dłużnicy tych wierzytelności byli wypłacalni, a co za tym idzie, że realne było zaspokojenie się z tych wierzytelności przez powoda. W każdym razie pozwany takich okoliczności nie wykazał, mimo że to na nim spoczywał ciężar dowodu, a samo oświadczenia pozwanego w tym względzie nie może takiego dowodu zastąpić. Krytyka przez pozwanego tego stanowiska zmierza w istocie do podważenia oceny materiału dowodowego, co jest w postępowaniu kasacyjnym niedopuszczalne, a tym samym i nieskuteczne (art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c.). Podobnie ma się rzecz z pretensją pozwanego o to, że powód nie wykorzystał możliwości skierowania egzekucji do środków transportowych należących do dłużnej spółki, mimo że do tej pory część z tych pojazdów nadal jest na nią zarejestrowana. Sąd Apelacyjny, podzielając stanowisko Sądu Okręgowego podkreślił, że formalna rejestracja tych pojazdów jest

tu niewystarczająca, skoro pozwany nie potrafił wskazać, gdzie te pojazdy mogą się znajdować. Warto dodać, że skarżący, powołując na poparcie swoich zarzutów kasacyjnych w tej mierze wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 27 stycznia 2009 r., ISA/GD 658/08, najwidoczniej przeoczył ten fragment uzasadnienia, w którym Sąd ten podkreśla, że zwolnić od odpowiedzialności członka spółki z o.o. może wykazanie przez niego, iż pominięte w postępowaniu egzekucyjnym przedmioty dawały realną, a nie tylko potencjalną i przypuszczalną możliwość zaspokojenia się z nich przez egzekwującego wierzyciela. W sprawie tamtej, tak jak w niniejszej, chodziło też o pominięcie w egzekucji posiadanych rzekomo przez dłużnika samochodów. Sąd Administracyjny podkreślił, że nie jest wystarczające wskazanie przez byłego członka zarządu samego faktu, że pojazdy te należały do dłużnej spółki, bez wskazania przez niego miejsca, w którym one się faktycznie znajdują, tak aby skierowanie do nich egzekucji było rzeczywiście możliwe.

Reasumując stwierdzić należy, że zarówno procesowe zarzuty skargi kasacyjnej, jak i materialnoprawne, oparte na zarzucie błędnej wykładni art. 299 § 1 k.s.h. w związku z art. 620 § 1 k.s.h. i art. 6 k.c., okazały się nieusprawiedliwione, a twierdzenie skarżącego o oczywistej zasadności jego skargi zupełnie bezpodstawne. Skutkowało to oddalenie skargi, z obciążeniem pozwanego kosztami postępowania kasacyjnego (art. 398<sup>14</sup> w zw. z art. 98 k.p.c.).