



Sygn. akt II CSK 446/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 maja 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Agnieszka Piotrowska (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Iwona Koper

SSN Krzysztof Pietrzykowski

w sprawie z powództwa Powiatu K. z siedzibą w K.
jako następcy prawnego zlikwidowanego Samodzielnego Publicznego
Zakładu Opieki Zdrowotnej [...]
przeciwko P. K. i H. W. o zapłatę ,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej
w dniu 15 maja 2014 r.,
skargi kasacyjnej pozwanego – P. K.
od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 28 grudnia 2012 r.,

oddala skargę kasacyjną.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 15 kwietnia 2011 r. Sąd Okręgowy w Ł. zasądził od pozwanego P. K. na rzecz Powiatu K. (jako następcy prawnego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w likwidacji) kwotę 111.311,44 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 16 grudnia 2008 r. do dnia zapłaty, kwotę 83.601,18 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 7 kwietnia 2009 r. do dnia zapłaty oraz koszty procesu. Tym samym orzeczeniem zasądził na rzecz powoda od solidarnie pozwanych H. W. i A. S. kwotę 38.651,05 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 grudnia 2008 r. do dnia zapłaty, kwotę 50.555,42 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 15 kwietnia 2009 r. do dnia zapłaty i koszty procesu, a także od pozwanego A. S. kwotę 13.587,13 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 30 grudnia 2008 r. do dnia zapłaty, kwotę 19.111,78 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 kwietnia 2009 r. do dnia zapłaty i koszty procesu. Sąd Okręgowy oddalił powództwo w pozostałej części, czyniąc w sprawie ustalenia faktyczne, z których wynika, że pozwani pełnili w różnych okresach funkcje członków zarządu „P.” spółki z o.o. w K. (dalej jako Spółka). Spółka jako niepubliczny zakład opieki zdrowotnej świadczyła usługi medyczne na rzecz pacjentów w ramach publicznego systemu świadczeń zdrowotnych. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w K. wykonywał na rzecz pacjentów kierowanych przez Spółkę badania laboratoryjne i diagnostyczne, za które wystawiał faktury. Spółka była zarejestrowana w rejestrze handlowym i nadal w nim figuruje, albowiem nie została przerejestrowana do Krajowego Rejestru Sądowego. Pozwany A. S. był członkiem zarządu Spółki od dnia 27 maja 1997 r., H. W. od dnia 7 lipca 1999 r., zaś P.K. od dnia 10 marca 2000 r. W okresie pełnienia funkcji członków zarządu przez pozwanych Spółka nie regulowała swoich wymagalnych zobowiązań wobec SPZOZ, które sukcesywnie narastały. Działalność gospodarcza Spółki przynosiła od 1998 roku straty, które za rok 2000 wyniosły powyżej 200.000 zł., zaś za rok 2001 powyżej 300.000 zł. Żaden z pozwanych członków zarządu nie złożył nigdy wniosku o ogłoszenie upadłości Spółki. W okresie pełnienia przez pozwanego P. K. funkcji członka zarządu czyli od dnia 10 marca 2000 roku do dnia 15 marca 2003 roku zobowiązania Spółki wciąż narastały, nie były spłacane, konta bankowe Spółki były blokowane, zarząd prowadził z wierzycielami, w tym z SPZOZ, ZUS i Urzędem Skarbowym negocjacje dotyczące spłaty zadłużenia. Sprawozdania finansowe, informacje o wysokości

kosztów i dochodów oraz bilansy, z których wynikała strata w działalności Spółki przedstawiane były wspólnikom i zarządowi Spółki.

Prawomocnym wyrokiem z dnia 21 maja 2008 r. w sprawę I C .../02 Sąd Okręgowy zasądził od pozwanej „P.” sp. z o.o. na rzecz powoda Powiatu K. (następcy zlikwidowanego SPZOZ) łącznie kwotę 149.862,31 zł. z ustawowymi odsetkami tytułem nie zapłaconego wynagrodzenia należnego szpitalowi w K. za świadczone usługi za lata 1999, 2000, 2001, 2002 i 2003 oraz koszty procesu. Egzekucja tych należności z majątku „P.” sp. z o.o. okazała się bezskuteczna, co stwierdził postanowieniem z dnia 24 listopada 2008 roku prowadzący postępowanie egzekucyjne Komornik Sądowy przy Sądzie Rejonowym w K. Przed wytoczeniem niniejszego powództwa strona powodowa wezwała pozwanych jako członków zarządu Spółki do zapłaty kwot dochodzonych niniejszym pozwem pismami z dnia 8 grudnia 2008 roku.

Opierając się na powyższych ustaleniach faktycznych Sąd Okręgowy stwierdził, że roszczenie powoda oparte na art. 299 §1 k.s.h. zasługuje na uwzględnienie, albowiem powód wykazał fakt istnienia stwierdzonej tytułem wykonawczym wierzytelności przysługującej mu wobec „P.” sp. z o.o., której egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna. Pozwani jako członkowie zarządu tej spółki nie wykazali natomiast przewidzianych w art. 299 § 2 k.s.h. przesłanek zwalniających ich od odpowiedzialności wobec wierzyciela Spółki, stąd Sąd Okręgowy zasądził od pozwanych na rzecz powoda wskazane wyżej należności odpowiadające kwotom powstałym i wymagalnym zobowiązaniom Spółki wobec powoda w okresach, gdy pozwani byli członkami zarządu Spółki.

Wniesione przez pozwanych P. K. i H. W. apelacje zostały oddalone. Sąd drugiej instancji podzielił ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji i wywiedzione z nich wnioski prawne co do podstaw faktycznych i prawnych oraz zakresu odpowiedzialności pozwanych za niewyegzekwowane wierzytelności przysługujące powodowi wobec Spółki, której pozwani byli członkami zarządu.

W skardze kasacyjnej od powyższego wyroku pozwany P. K. zarzucił naruszenie prawa materialnego, tj. art. 13 i art. 21 ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku – Prawo upadłościowe i naprawcze, naruszenie art. 299 § 1 i 2 k.s.h., a także

art. 442 § 1 k.c. w związku z art. 299 k.s.h.. W ramach drugiej podstawy kasacyjnej skarżący sformułował zarzuty naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 386 § 2 k.p.c., art. 232 k.p.c. w związku z art. 278 k.p.c., art. 278 k.p.c., art. 382 k.p.c., art. 316 k.p.c., art. 378 § 1 i art. 328 § 2 k.p.c. Wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego oraz poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Rozważenie zasadności skargi kasacyjnej pozwanej rozpocząć należy od zarzutów sformułowanych w ramach drugiej podstawy kasacyjnej. Zwiążanie Sądu Najwyższego ustaleniami faktycznymi Sądu drugiej instancji nie wyłącza bowiem kontroli zgodności z prawem procesowym postępowania, w którym ustalenia te zostały dokonane (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2008 r., I CSK 500/07, niepubl.), zaś ocena sformułowanych w skardze zarzutów materialnoprawnych odnosić się może wyłącznie do stanowiącego podstawę faktyczną zaskarżonego wyroku niewadliwego stanu faktycznego ustalonego przez Sąd Apelacyjny.

Nie zasługuje na uwzględnienie podstawowy zarzut procesowy - naruszenia przez Sąd Apelacyjny art. 386 § 2 k.p.c. przez nieuwzględnienie zarzutu nieważności postępowania przez Sądem pierwszej instancji. W postępowaniu kasacyjnym zarzut nieważności może dotyczyć bezpośrednio tylko postępowania przed sądem drugiej instancji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1997 roku, I CKN 825/97, OSNC 1998, nr 5, poz.81). Naruszenie przepisów postępowania przez sąd pierwszej instancji, w tym prowadzących do nieważności postępowania może podlegać badaniu i rozpoznaniu przez Sąd Najwyższy jedynie pośrednio - w razie przytoczenia przez skarżącego w ramach drugiej podstawy kasacyjnej zarzutu naruszenia przez sąd odwoławczy art. 378 § 1 lub art. 386 § 2 k.p.c., które to uchybienie doprowadziło do usankcjonowania postępowania pierwszoinstancyjnego, dotkniętego nieważnością.

Według twierdzeń skarżącego Sąd pierwszej instancji naruszył art. 232 w związku z art.278, art.278, 382 i 316 k.p.c., czym spowodował pozbawienie

pozwanego możliwości obrony jego praw (art.379 punkt 5 k.p.c.). Tak sformułowany i uzasadniony zarzut nieważności postępowania przed Sądem pierwszej instancji jest nieusprawiedliwiony. W myśl ugruntowanego w orzecznictwie i doktrynie stanowiska pozbawienie strony możliwości obrony jej praw ma miejsce wówczas, gdy z powodu wadliwych czynności procesowych sądu lub strony przeciwnej nie mogła ona brać i nie brała udziału nie tylko w toku całego postępowania, ale także w jego istotnej części, przy czym chodzi o całkowite faktyczne pozbawienie możliwości obrony (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2002 r., II CKN 399/01, niepubl., postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 1998 r., III CKN 34/98, niepubl.).

Nieprzeprowadzenie przez sąd dowodu z urzędu nie może być kwalifikowane jako pozbawienie pozwanego prawa do obrony skutkujące nieważnością postępowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 2011 r., II UK 339/10, niepubl.). Przewidziane w art. 232 zdanie 2 k.p.c. uprawnienie sądu dopuszczenia dowodu nie wskazanego przez strony ma charakter wyjątkowy. W sprawach, w których mają zastosowanie zasady prekluzji dowodowej, a strony są reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników procesowych, podjęcie przez sąd inicjatywy dowodowej powinno być usprawiedliwione szczególnymi okolicznościami (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 25 marca 1998 r., II CKN 656/97, OSNC 1998, nr 12, poz.208 i z dnia 4 stycznia 2007 r., V CSK 377/06, OSP 2008/1/8.). W orzecznictwie Sądu Najwyższego nie budzi wątpliwości, że instytucja dopuszczenia dowodu z urzędu (art. 232 zdanie 2 k.p.c.) stanowi dyskrecjonalne uprawnienie sądu, z którego sąd powinien korzystać wtedy, gdy uzna że jest to niezbędne dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy (por. wyrok Sądu Najwyższego z 25 marca 1998 r., II CKN 656/97, OSNC 1998 r., nr 12, poz. 208; wyrok z dnia 5 listopada 1997 r., III CKN 244/97, OSNC 1998, nr 3, poz. 52). Uprawnienie to jedynie wyjątkowo może przekształcić się w obowiązek sądu (por. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2000 r., III CZP 4/00, OSNC 2000, nr 11, poz. 195). Skarżący nie wskazał zaś na żadne szczególne okoliczności obligujące Sąd Okręgowy do podjęcia inicjatywy dowodowej z urzędu. Takiej szczególnej podstawy nie stanowi w każdym razie sama okoliczność, że w danej sprawie pojawia się potrzeba sięgnięcia po wiadomości specjalne. W takiej sytuacji

ustawa, w szczególności art. 278 k.p.c., ogranicza jedynie źródło, z którego sąd może uzyskać te wiadomości. To jednak przede wszystkim na stronie spoczywa ciężar zgłoszenia odpowiedniego wniosku o przeprowadzenie tego dowodu. W niniejszej sprawie pozwany reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika procesowego wniósł, aby Sąd Okręgowy dołączył do akt niniejszej sprawy kserokopie opinii biegłych sporządzonych w postępowaniu karnym, natomiast nie złożył wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych, a pamiętać należy, że postępowanie niniejsze toczyło się według zastrzonych reguł procesowych obowiązujących w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Trafnie podniósł Sąd, że profesjonalny pełnomocnik pozwanego musiał mieć, a przynajmniej powinien, świadomość, że opinia biegłych sporządzona w innej sprawie nie może stanowić podstawy do bezpośredniego poczynienia ustaleń faktycznych chyba, że obie strony o to zgodnie wnoszą, co w rozpoznawanej sprawie nie miało miejsca. Niezależnie od tego podkreślenia wymaga, że sam pozwany nie kwestionował, że w okresie, w którym pełnił funkcję członka zarządu Spółki, jej sytuacja finansowa była zła, zobowiązania Spółki nie były regulowane, zadłużenie narastało, a spółka przynosiła straty i taka sytuacja trwała co najmniej od 1999 roku, czego pozwany miał świadomość. Pominięcie przez Sąd pierwszej instancji określonych wniosków dowodowych, jak też dokonanie przez ten Sąd niekorzystnej dla pozwanego oceny dowodów skutkującej uwzględnieniem powództwa także nie stanowi przyczyny nieważności postępowania, o której mowa w art. 379 punkt 5 k.p.c., może co najwyżej uzasadniać sformułowanie zarzutów naruszenia skonkretyzowanych przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy. Takie zarzuty procesowe dotyczące postępowania przed Sądem pierwszej instancji skarżący podniósł w apelacji i Sąd Apelacyjny do tych zarzutów szczegółowo się odniósł w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Sąd pierwszej instancji nie naruszył wbrew stanowisku pozwanego art. 382 k.p.c. w sposób prowadzący do nieważności postępowania, albowiem przepis ten dotyczy podstawy faktycznej wyroku Sądu drugiej instancji, a nie postępowania przed Sądem pierwszej instancji. Sąd pierwszej instancji nie naruszył także art. 316 k.p.c., skoro podstawę rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego stanowił stan sprawy

istniejący w dniu zamknięcia rozprawy. Wbrew zarzutom skargi kasacyjnej Sąd Apelacyjny nie dopuścił się także naruszenia art. 378 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. polegającego na nie rozpoznaniu części zarzutów apelacji pozwanego, albowiem w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ustosunkował się do wszystkich zarzutów apelującego, w tym także do przytoczonego przez skarżącego w apelacji zarzutu naruszenia przez Sąd pierwszej instancji art. 13 i 21 ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku – Prawo upadłościowe i naprawcze przez ich zastosowanie w niniejszej sprawie w sytuacji, gdy zdaniem skarżącego Sąd pierwszej instancji powinien był stosować przepisy Rozporządzenia Prezydenta R.P. z dnia 24 października 1934 r.- Prawo upadłościowe (str. 12-13 uzasadnienia). Powyższe rozważania prowadzą do wniosku o niezasadności zarzutów sformułowanych w ramach drugiej podstawy kasacyjnej.

Ocena sformułowanych w skardze zarzutów materialnoprawnych odnosić się może wyłącznie do stanu faktycznego ustalonego przez Sąd Apelacyjny i stanowiącego podstawę faktyczną zaskarżonego wyroku. Zastrzeżenie to jest istotne o tyle, że w skardze pozwany odwołuje się do takich faktów, które nie znajdują odzwierciedlenia w ustaleniach faktycznych sprawy. Rozpatrywana sprawa dotyczy odpowiedzialności pozwanego jako członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania „P.” spółki z o.o. w stosunku do poprzednika prawnego powoda (SPZOZ) objęte prawomocnym wyrokiem sądowym, których egzekucja z majątku Spółki okazała się całkowicie bezskuteczna. Skarżący zarzucił w skardze kasacyjnej naruszenie art. 299 § 1 k.s.h. przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że szkoda dochodzona przez wierzyciela spółki jest równa niewyegzekwowanej wierzytelności spółki, a sąd nie może rozpoznać zarzutów pozwanego dotyczących zobowiązań spółki objętych prawomocnym wyrokiem zasądzającym należność na rzecz wierzyciela od spółki z o.o. Zarzut ten jest błędnie skonstruowany, albowiem jego treść nie koreluje z treścią cytowanego przepisu. Przytoczone przez skarżącego twierdzenia i argumenty należy bowiem uznać za przyjętą przez niego linię obrony przed roszczeniami niezaspokojonego wierzyciela spółki z o.o., mogą się więc one odnosić co najwyżej do treści art. 299 § 2 k.s.h., wskazującego na okoliczności, których wykazanie przez pozwanego członka zarządu pozwala na uchylenie się od odpowiedzialności przewidzianej w

paragrafie 1 tego przepisu. Przypomnieć nadto należy, że w świetle ugruntowanego orzecnictwa i doktryny, jeżeli wierzyciel dochodzący roszczenia przewidzianego w art. 299 § 1 k.s.h. przedstawia prawomocny wyrok stwierdzający zobowiązanie spółki, sąd nie może badać, czy stwierdzone w nim zobowiązanie istnieje i w jakim rozmiarze (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 lutego 2007 roku, III CSK 227/06, z dnia 29 listopada 2012 r., II CSK 181/12 niepubl., z dnia 17 lipca 1997 r., III CKN 126/97, OSP 1998, nr 3, poz. 62 i z dnia 27 października 2004 r., IV CK 148/04, niepubl. oraz uchwała z dnia 20 grudnia 2001 r., III CZP 69/01, OSNC 2002, nr 10, poz. 118). Odpowiedzialność członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 299 k.s.h. obejmuje zasądzone w tytule wykonawczym wydanym przeciwko spółce koszty procesu, koszty postępowania egzekucyjnego umorzonego z powodu bezskuteczności egzekucji i odsetki ustawowe od należności głównej (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2006 roku, III CZP 118/06, OSNC 2007, nr 9, poz.136). Odpowiedzialność członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przewidziana w art. 299 § 1 k.s.h. obejmuje także jej zobowiązania powstałe po spełnieniu się przesłanek do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2003 r., III CZP 75/03, OSNC 2005, nr 1, poz.3).

Nie jest zasadny zarzut naruszenia przez Sąd Apelacyjny art. 442 § 1 k.c. w związku z art. 299 k.s.h. przez jego niezastosowanie i nie uwzględnienie podniesionego przez pozwanego zarzutu przedawnienia dochodzonego roszczenia. Do roszczeń wierzycieli spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przeciwko członkom jej zarządu (art. 299 k.s.h.) mają zastosowanie przepisy o przedawnieniu roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym (por. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2008 roku, III CZP 72/08, OSNC 2009, nr 2 poz.20). Odpowiedzialność odszkodowawcza, o której mowa w art. 299 k.h., jest bowiem odpowiedzialnością deliktową za zawinione przez członka zarządu niezłożenie w odpowiednim czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z o.o. i dopuszczenie do takiej sytuacji, w której egzekucja z majątku spółki jest bezskuteczna, co prowadzi do powstania szkody wierzyciela wynikającej z niemożności zaspokojenia jego wierzytelności wobec spółki. Do odpowiedzialności tej mają zatem zastosowanie przepisy art. 442 k.c. dotyczące

przedawnienia roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym jako przepisy szczególne w stosunku do art. 118 k.c. Odpowiedzialność członka zarządu powstaje dopiero wówczas, gdy wierzyciel nie może uzyskać w trybie przymusowym zaspokojenia przysługującej mu wobec spółki z o.o. wierzytelności z jej majątku. Bezskuteczność egzekucji z majątku spółki z o.o. jest więc tym zdarzeniem prawnym, które wywołuje skutek w postaci powstania odpowiedzialności członków zarządu. Trzyletni termin przedawnienia rozpoczyna swój bieg od dnia dowiedzenia się przez wierzyciela spółki z o.o. o szkodzie i osobie obowiązanej do jej naprawienia, nie wcześniej jednak niż od dnia bezskuteczności egzekucji objętej prawomocnym tytułem wykonawczym wystawionym przeciwko spółce, bowiem dopiero wówczas powstają przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej członków zarządu przewidzianej w art. 299 k.h. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2004 r., IV CK 148/04, niepubl.). Skoro powód wykazał bezskuteczność egzekucji zobowiązań spółki „P.” objętych prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego z dnia 21 maja 2008 r. w sprawę I C .../02 postanowieniem Komornika Sądowego z dnia 24 listopada 2008 roku o umorzeniu egzekucji wobec spółki z o.o., a pozew wniesiony został w dniu 30 grudnia 2008 roku, to prawidłowo przyjął Sąd Apelacyjny, że w dacie wniesienia pozwu roszczenie powoda przeciwko pozwanemu jako członkowi zarządu nie było przedawnione, albowiem nie upłynął wskazany trzyletni termin od powzięcia przez powoda wiadomości o bezskuteczności egzekucji skierowanej przeciwko spółce, jak również 10 - letni termin przedawnienia liczony od daty rezygnacji przez pozwanego z funkcji członka zarządu spółki.

Nie zasługują na uwzględnienie sformułowane w skardze kasacyjnej zarzuty naruszenia przez Sąd Apelacyjny art. 299 § 2 k.s.h. przez jego nie zastosowanie, którego skarżący upatruje w nieuwzględnieniu przez Sąd Apelacyjny faktu podejmowania przez pozwanego działań zmierzających do ratowania kondycji finansowej Spółki oraz nieuwzględnieniu, że pozwany zgodnie z podziałem czynności dokonany przez członków zarządu Spółki zajmował się sprawami medycznymi. Odpowiedzialności członka zarządu nie uchyla umowa łącząca członków zarządu co do sposobu kierowania sprawami spółki, w szczególności ustalony umownie podział czynności. Tego rodzaju umowa ma znaczenie tylko

wewnątrzorganizacyjne. Przepis art. 299 k.s.h. chroniący interes wierzycieli ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nie może być pozbawiony skuteczności przez porozumienie wspólników. Tylko taka sytuacja faktyczna, która rzeczywiście i obiektywnie uniemożliwia uczestniczenie w czynnościach zarządzania sprawami spółki może uzasadniać wniosek o istnieniu okoliczności przewidzianych § 2 tego artykułu, zwalnających członka zarządu od odpowiedzialności (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2010 r., III CSK 46/10, niepubl.). Trafnie także przyjął Sąd Apelacyjny, że działania pozwanego zmierzające do pozyskania środków finansowych w celu spłaty narastających zobowiązań spółki i obniżenia stanu jej zadłużenia nie mają znaczenia dla oceny w świetle art. 299 § 2 k.s.h., czy nie ponosi on winy w zaniechaniu złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Nie sposób także przyjąć za wywodami pozwanego, iż nie złożył on wniosku o ogłoszenie upadłości z uwagi na to, że uniemożliwiły to ówczesne obowiązujące przepisy. W żaden sposób nie można bowiem podzielić argumentacji skarżącego, że złożenie wniosku było niemożliwe z uwagi na to, że wniosek ten podlegałby ewentualnemu odrzuceniu lub oddaleniu z uwagi na stan finansowy i majątkowy spółki. Sformułowany w skardze zarzut naruszenia art. 13 i art. 21 prawa upadłościowego i naprawczego przez ich zastosowanie w sytuacji gdy Sąd pierwszej instancji powinien był stosować w niniejszej sprawie, zdaniem skarżącego, przepisy rozporządzenia Prezydenta R. P. z dnia 24 października 1934 roku – Prawo upadłościowe pozostaje bez znaczenia dla prawidłowości rozstrzygnięcia sprawy. W sprawie bezsporne było, że wniosek o ogłoszenie upadłości spółki nie został nigdy przez pozwanych członków zarządu złożony. W tej sytuacji nie powstała więc w ogóle kwestia, czy został on złożony „we właściwym czasie” w rozumieniu adekwatnych przepisów bez względu na to, czy były one zawarte w pierwszym czy drugim ze wskazanych wyżej aktów prawnych, co miałyby znaczenie dla ewentualnej ekskulpacji członków zarządu w świetle pierwszej przesłanki przewidzianej w art. 299 § 2 zdanie 1 *in principio* k.s.h. Jeżeli wniosek o ogłoszenie upadłości, mimo ewidentnie znanej wszystkim pozwany członkom zarządu spółki z o.o. (co jednoznacznie wynika z ustaleń faktycznych) jej złej i stale pogarszającej się kondycji finansowej oraz mimo tego, że spółka nie regulowała swoich wymagalnych zobowiązań wobec wierzycieli przy braku majątku,

nie został nigdy złożony, pozwany członek zarządu może bronić się jedynie przez wykazanie, że nie złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości „we właściwym czasie” nastąpiło bez jego winy lub że mimo nie złożenia tego wniosku wierzyciel nie poniósł szkody (art.299 § 2 k.s.h.). Ciężar wykazania tych okoliczności spoczywał jednak na pozwanym, czemu, co już wyżej podniesiono, pozwany nie sprostał.

W tym stanie rzeczy skarga kasacyjna pozwanego podlegała oddaleniu na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c.