

*Sygn. akt I ACa 1510/13*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 maja 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Wiesława Kuberska</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SA Anna Beniak</b> <b>SO del. Dariusz Limiera (spraw.)</b>
Protokolant:	st. sekr. sądowy Katarzyna Olejniczak

po rozpoznaniu w dniu 23 maja 2014 r. w Łodzi

na rozprawie

sprawy z powództwa **M. A. (1)**

przeciwko (...) **spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G.**

o pozbawienie tytułu wykonawczego wykonalności

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Kaliszu

z dnia 26 kwietnia 2013 r. sygn. akt I C 564/12

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od M. A. (1) na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G., kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

***Sygn. akt I ACa 1510/13***

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2013 r., wydanym w sprawie o sygnaturze akt I C 564/12, Sąd Okręgowy w Kaliszu oddalił powództwo M. A. (1) skierowane przeciwko pozwanemu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G., o pozbawienie wykonalności w całości tytułu wykonawczego w postaci wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 26 października 2010 r., wydanego w sprawie IX GC 289/10 i wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 3 lutego

2011 r., wydanego w sprawie I ACa 14/11 wraz z klauzulą wykonalności z dnia 3 lutego 2011 r. oraz orzekł o kosztach procesu (wyrok k. 444, uzasadnienie k. 456-460).

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne, oparte na złożonych dokumentach, w tym dokumentach, w aktach Sądu Okręgowego w Poznaniu IX Gc 289/10 oraz aktach egzekucyjnych Km 577/11, na zeznaniach świadków oraz stron:

Powód M. A. (1) od dnia 1 kwietnia 2008 r. prowadził działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Consultingowe (...) w K., w ramach, której, zajmował się m.in. pośrednictwem w obrocie nieruchomościami. Obecnie działalność gospodarcza prowadzona przez powoda pozostaje zawieszona. Pozwana spółka (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G. jest spółką prawa handlowego, prowadzącą działalność gospodarczą w zakresie m.in. realizacji projektów budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków oraz robót budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych. W 2007 r. pozwana rozpoczęła realizację inwestycji polegającej na wybudowaniu zespołu budynków mieszkalnych, wielolokalowych z garażami na nieruchomości położonej w P. przy ul. (...) oraz sprzedaży lokali znajdujących się w tych budynkach. W marcu 2008 r., powód, z inicjatywy swojego siostrzeńca D. B. (1), nawiązał kontakt z R. M., którego D. B. był pracownikiem i tłumaczem. R. M. prowadził na terenie W. działalność gospodarczą polegającą na pośredniczeniu w zakupie mieszkań na terenie innego państwa przez inwestorów z W., a następnie zarządzaniu nimi na zlecenie klientów celem wypracowania zysków z zakupionych mieszkań. Powód w marcu 2008 r. wyjechał do W., gdzie w czasie spotkania z R. M., tłumaczonego przez D. B., ustalili szczegóły, powierzając powodowi rolę znalezienia dewelopera na terenie Polski, w tym przede wszystkim na terenie P., który zdecyduje się na współpracę z R. M. i w jej ramach - na sprzedaż mieszkań obywatelom włoskim. Po powrocie z W. powód skontaktował się z kilkoma deweloperami na terenie P. i złożył ofertę współpracy. W kwietniu 2008 r. nawiązał kontakt z pozwaną firmą (...) Sp. z o.o. w G. i udał się na spotkanie z prezesem jej zarządu J. B. (1), w czasie, którego obaj uzgodnili szczegóły współpracy. Powód zadeklarował, że będzie pośredniczył we współpracy pomiędzy pozwaną spółką a R.M.. W kwietniu 2008 r. R. M. wraz z D. B. i powodem spotkali się z J. B. (1) w P., gdzie doszło do zawarcia ustnej umowy pośrednictwa w sprzedaży ww. lokali położonych w P. przy ul. (...). Do R. M. należało znalezienie inwestorów na terenie W. i podejmowanie wszelkich czynności z tym związanych (ogłoszenia, materiały reklamowe, wynagrodzenie pracowników itd.), natomiast powód miał zajmować się czynnościami technicznymi na terenie Polski. Jednocześnie ustalono, że powód, w przypadku zawarcia ostatecznych umów nabycia prawa własności mieszkań przez inwestorów włoskich otrzyma od pozwanego prowizję, w wysokości 15% ceny każdego mieszkania. Kwota prowizji miała zostać wliczona do ceny mieszkań. Mieszkania miały zostać nabyte za środki pochodzące z kredytu, natomiast załatwienie formalności kredytowych pozostawało w gestii R. M..

W toku współpracy pozwana spółka zawarła z inwestorami z W. działającymi za pośrednictwem R. M. jako pełnomocnika szereg umów przedwstępnych na zakup przedmiotowych lokali mieszkalnych wraz z garażami. Projekty umów przedwstępnych zostały przygotowane przez J. B. (1). Ponieważ część inwestorów nie posiadała wystarczających środków na zakup mieszkań o większym metrażu, umowy przedwstępne z nimi rozwiązano i zastąpiono umowami na zakup mieszkań i mniejszym metrażu.

W związku z zawarciem umów przedwstępnych, powód zwrócił się do pozwanej spółki o wypłacenie zaliczki na poczet należnego mu wynagrodzenia prowizyjnego za pośrednictwo w sprzedaży lokali, wystawiając fakturę VAT nr (...) na kwotę 306.525 złotych. Powyższa kwota została przelana na rachunek bankowy powoda w dniu 9 września 2008 r. W tym samym dniu R. M. wystawił powodowi dwie faktury (nr (...)) na łączną kwotę 231.000 złotych za wyszukiwanie i wybór klientów pod kątem inwestycji w zakresie nieruchomości w Polsce, dla miasta P.. W dniu 10 września 2008 r. powód wydał dyspozycję wypłaty na konto R. M. kwoty 61.250 Euro w tytule płatności wskazując "zapłata za fakturę (...)".

W dniu 8 września 2008 r. prezes zarządu pozwanej spółki (...) zawarł z R. M. porozumienie o rozwiązaniu 10 umów przedwstępnych w związku z nieuzyskaniem kredytu na sfinansowanie zakupu lokalu mieszkalnego i garażowego, przy zastrzeżeniu, że rozwiązanie umów nastąpi bez ponoszenia jakichkolwiek konsekwencji, w tym finansowych, przez którąkolwiek ze stron umów. Analogiczne porozumienie zawarto w dniu 5 listopada 2008 r. w stosunku do kolejnych

18 umów przedwstępnych. W dniu 24 marca 2009 r. prezes zarządu pozwanej złożył R.M. pisemne oświadczenie o odstąpieniu od kolejnych 21 umów przedwstępnych z zastrzeżeniem dla siebie prawa do naliczenia i dochodzenia kary umownej w wysokości 10% wartości umowy w związku z posiadaną wiedzą o nie uzyskaniu kredytu na zakup lokali mieszkalnych wraz z garażami z powodu nie dostarczenia przez R. M. wymaganych przez bank dokumentów. Jednocześnie w tym samym dniu J. B. zwrócił się do powoda o zwrot wpłaconej zaliczki w związku z nie zawarciem ostatecznych umów sprzedaży mieszkań z inwestorami wskazanymi przez powoda z winy kupujących. Swoje wezwanie pozwana spółka ponowiła w piśmie z dnia 23 marca 2010 r. W związku z brakiem zwrotu zaliczki we wskazanej kwocie, pozwana spółka wystąpiła przeciwko M. A. (1) do Sądu Okręgowego w Poznaniu z pozwem o zapłatę. Wyrokiem z dnia 26 października 2010 r. wydanym w sprawie IX GC 289/10 Sąd uwzględnił powództwo w całości, zasądzając od M. A. na rzecz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G. kwotę 306.525 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 1 maja 2009 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 22.544 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu. Wyrok został utrzymany w mocy wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 3 lutego 2011 r. wydanym w sprawie I ACa 14/11, przy czym Sąd zasądził od powoda M. A. na rzecz pozwanej spółki kwotę 5.400 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego. Powyższym wyrokiem Sąd Apelacyjny w Poznaniu postanowieniem z dnia 3 lutego 2011 r. nadał klauzulę wykonalności w odniesieniu do wyroku Sądu Okręgowego - w całości, natomiast w odniesieniu do wyroku Sądu Apelacyjnego - w punkcie 2 (w zakresie kosztów postępowania odwoławczego).

W dniu 1 marca 2011 r. pozwana spółka jako wierzyciel złożyła do Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Kaliszu przeciwko powodowi jako dłużnikowi wniosek o egzekucję należności pieniężnych wynikających z załączonego tytułu wykonawczego w postaci wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu oraz Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, zaopatrzonego w klauzulę wykonalności, a opisanego szczegółowo powyżej, w kwocie należności głównej 306.525 złotych, odsetek ustawowych od dnia 1 maja 2009 r. do dnia zapłaty, kosztów procesu w kwocie 22.544 zł oraz kosztów procesu w postępowaniu odwoławczym w kwocie 5400 zł i kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu egzekucyjnym. Egzekucja została wszczęta w dniu 8 marca 2011 r., w toku postępowania komornik sądowy dokonał zajęcia rachunku bankowego powoda, wierzytelności należne powodowi od Pierwszego Urzędu Skarbowego w K.. W dniu 15 marca 2011 r. żona powoda dokonała na rzecz pozwanej spółki wpłaty kwoty 20.000 zł. W marcu 2011 r. powód skontaktował się z przedstawicielem pozwanej J. B. (1), proponując zawieszenie wszczętego postępowania egzekucyjnego i rozłożenie płatności wynikającej z ww. tytułów wykonawczych na raty w okresie kolejnych 2 lat. Jednocześnie powód wskazał, że dysponuje dwoma czekami gotówkowymi wystawionymi na jego rzecz przez R. M., a opiewającymi na kwoty 12.500 Euro – z płatnością na dzień 30 czerwca 2011 r. (czek nr (...)) oraz 25.000 Euro - z płatnością na dzień 31 grudnia 2011 r. (czek nr (...)). Postanowieniem z dnia 4 kwietnia 2011 r. postępowanie egzekucyjne zostało zawieszona. Postępowanie egzekucyjne podjęto w dniu 9 maja 2011 r., w związku z informacją wierzyciela o odmowie zawarcia ugody przez dłużnika. W toku postępowania komornik sądowy wezwał dłużnika - powoda do przedłożenia wyżej opisanych czeków gotówkowych, jednak чеки te nie mogły zostać zrealizowane bez współpracy z powodem M. A. (1), albowiem został on wskazany ich wyłącznym beneficjentem.

W 2011 r. powód wraz z żoną jako darczyńcy zawarli ze swoimi pełnoletnimi córkami jako obdarowanymi umowę darowizny nieruchomości zabudowanej domem mieszkalnym, stanowiącej współwłasność na warunkach wspólności majątkowej małżeńskiej powoda i jego żony. Obecnie przed Sadem O. w K. toczy się, pod sygn. akt I C 968/11, sprawa z powództwa (...) Sp. z o.o. w G. przeciwko A. A. i A. N. o uznanie powyższej czynności za bezskuteczną.

W dniu 5 marca 2012 r. powód złożył pozwanej pisemne oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu wynagrodzenia z umowy z 2008 r., w zakresie pośrednictwa w sprzedaży inwestorom z W. lokali położonych w P. przy ulicy (...) w kwocie 1.050.000 złotych, przysługującej mu wobec pozwanej, z wierzytelnością, jaką pozwana ma wobec niego z tytułu należności zasądzonych wyrokami Sądu Okręgowego i Sądu Apelacyjnego w Poznaniu w kwocie 314.469 złotych. Jednocześnie powód wezwał pozwaną do zapłaty na jego rzecz kwoty 715.531 zł. Powód ponownie przesłał pozwanej oświadczenie w dniu 18 kwietnia 2012 r. W piśmie z dnia 12 marca 2012 r. pozwana stwierdziła, że nie posiadała i nie posiada wobec powoda jakiegokolwiek zobowiązania z jakiegokolwiek tytułu, co czyni oświadczenie o potrąceniu wierzytelności bezpodstawnym i bezskutecznym. Jednocześnie pozwana podniosła, że kwota wynikająca

z wyroków (...) Sądów stanowi otrzymaną przez powoda nienależnie zaliczkę na poczet wynagrodzenia z umowy pośrednictwa.

W skierowanym do pozwanej piśmie z dnia 17 grudnia 2012 r., złożonym już w toku niniejszego postępowania, powód sprecyzował, że potrącona przez niego wierzytelność pochodzi ze stosunku prawnego:

1. uznanego przez Sąd Okręgowy w Poznaniu w sprawie IX GC 289/10 za „ustną umowę pośrednictwa w sprzedaży lokali położonych przy ul. (...)”;
2. uznanego przez Sąd Apelacyjny w Poznaniu w sprawie I ACa 114/11 za umowę zlecenia, która nie została zrealizowana i odpadła podstawa świadczenia ze strony (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. na rzecz powoda;
3. uznanego przez powoda jako nieważnego, a więc podlegającego rozliczeniu na zasadach art. 410 k.c., którego dotyczy proces cywilny toczący się przed Sądem Okręgowym w Kaliszu w sprawie I C 564/12”.

W dniu 12 kwietnia 2013 r. powód jako cesjonariusz i R. M. jako cedent zawarli umowę przelewu wierzytelności przysługującej R. M. względem pozwanej spółki „z tytułu świadczenia usług” na rzecz pozwanej związanych z poszukiwaniem nabywców na mieszkania na ul. (...) w P. w 2008 i 2009 r. wraz z powodem, wraz z wszelkimi związanymi z nią prawami, w tym roszczeniami o zapłatę odsetek z tytułu opóźnienia.

Ustalając powyższy stan faktyczny, Sąd I instancji oddalił wnioski, dowodowe powoda o przeprowadzenie dowodu z dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy I C 968/11, zeznań świadka A. C., a także wnioski o informacje dotyczące przelotów i kosztów zakwaterowania w zakresie wymienionym w punktach 14. i 15. pozwu oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego księgowego. W ocenie Sądu I instancji, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy w stopniu wystarczającym pozwolił na ocenę zasadności zgłoszonego roszczenia i wydanie rozstrzygnięcia, w związku z czym uwzględnienie powyższych wniosków dowodowych prowadziłyby jedynie do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania oraz mnożenia kosztów.

Sąd I instancji, oceniając zeznania świadków R. M. i D. B. (1) oraz zeznania powoda M. A. (1) miał na względzie, że wszystkie ww. osoby brały udział w realizacji uzgodnień, jakie łączyły pozwaną spółkę z R. M. i powodem, albowiem R. M. zajmował się poszukiwaniem inwestorów włoskich zainteresowanych nabyciem lokali mieszkalnych wraz z garażami, pozostających w dyspozycji pozwanej spółki, powód pośredniczył w nawiązaniu kontaktów R. M. z J. B. (1), działającym jako prezes zarządu pozwanej spółki, natomiast D. B. (1) był tłumaczem zatrudnionym przez R. M. i otrzymującym od niego wynagrodzenie. Zeznania złożone przez wyżej wymienionych, dotyczące charakteru wynagrodzenia, jakie miał otrzymać powód za wykonane przez siebie „czynności techniczne”, będące w istocie czynnościami pośredniczenia w sprzedaży nieruchomości, rzekomych uzgodnień dotyczących zwrotu przez pozwaną spółkę na rzecz R. M. 50% kosztów, jakie miał on ponieść w związku z poszukiwaniem inwestorów na terenie W., a których miała dotyczyć faktura nr (...) wystawiona na rzecz pozwanej przez powoda, wreszcie - kwestie dotyczące charakteru współpracy R. M. z powodem, nie zostały potwierdzone w toku postępowania dowodowego. Co więcej, przeczy im treść zeznań J. B. (1) przesłuchiwanego za pozwaną spółkę, który jednoznacznie wskazał, że kwota 306.525 złotych wypłacona powodowi na podstawie wystawionej faktury VAT nr (...) stanowiła zaliczkę na poczet należnej mu prowizji wynoszącej ogółem 15% ceny wszystkich mieszkań w razie ich ostatecznej sprzedaży inwestorom włoskim, nie zaś zwrot kosztów należnych R. M.. Należy zauważyć, co zresztą potwierdził J. B. (1), że nielogicznym i sprzecznym z zasadami doświadczenia życiowego oraz prawami, jakimi rządzi się prowadzenie jakiegokolwiek działalności gospodarczej, byłoby zawieranie przez pozwaną spółkę umowy, w którą nie tylko inwestuje ona kapitał w postaci wybudowanych na własny koszt mieszkań, ale dodatkowo pokrywa dość znaczne koszty rzekomego poszukiwania klientów przez kontrahenta z zewnątrz, przy czym o ile ani powód, ani R. M., ani powód nie wykazali, że ponieśli w związku z powyższym jakiegokolwiek koszty oraz ich wysokości, o tyle pozwana spółka w pełni wykazała, że w związku z porozumieniem zawartym z powodem poniosła stratę w wysokości wynikającej z kwestionowanych tytułów wykonawczych, nie osiągając rezultatu zawartego porozumienia, którym była ostateczna sprzedaż lokali mieszkalnych wraz z garażami.

Odnosząc się do zeznań powoda, Sąd Okręgowy w Kaliszu wskazał na jego niekonsekwencję w zakresie twierdzeń wynikających z pozwu, jakoby przysługiwała mu względem pozwanej spółki wierzytelność w kwocie 1.050.000 zł oraz późniejsze twierdzenia, że wierzytelność ta wynosi w istocie równowartość kwoty, jaka została zasądzona od niego na rzecz pozwanej w toku postępowania przed Sądami w Poznaniu. Zeznania powoda są niespójne i niezgodne z żądaniami oraz okolicznościami faktycznymi przedstawionymi w pozwie również w innych kwestiach, jak wskazanie podmiotu obowiązującego do wypłaty na jego rzecz wynagrodzenia za czynności pośredniczenia pomiędzy R. M. a pozwaną spółką, która to niespójność znacząco utrudnia zrozumienie istoty sprawy oraz zasadności merytorycznej argumentacji powoda. Powyższe czyny zeznania powoda niewiarygodnymi i należy je traktować jedynie w kategoriach realizacji przyjętej linii obrony.

Powód M. A. (1) swoje powództwo oparł na treści przepisu art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c., zgodnie z którym, dłużnik może w drodze powództwa żądać pozbawienia tytułu wykonawczego wykonalności w całości lub w części albo jego ograniczenia, jeżeli po powstaniu tytułu egzekucyjnego nastąpiło zdarzenie, wskutek którego zobowiązanie wygasło albo nie może być egzekwowane. Gdy tytułem jest orzeczenie sądowe, dłużnik może powództwo oprzeć także na zdarzeniach, które nastąpiły po zamknięciu rozprawy, a także na zarzucie spełnienia świadczenia, jeżeli zarzut ten nie był przedmiotem rozpoznania w sprawie. Wśród zdarzeń stanowiących podstawę ww. powództwa, a skutkujących niemożnością egzekucji zobowiązania, należy wymienić przedawnienie roszczenia stwierdzonego tytułem egzekucyjnym, odroczenie spełnienia świadczenia oraz rozłożenie świadczenia na raty przez wierzyciela, natomiast zdarzeniami, wskutek których zobowiązanie wygasło, są wykonanie zobowiązania, wydanie wyroku na korzyść jednego z dłużników solidarnych w następstwie uwzględnienia zarzutu wspólnego dla wszystkich dłużników, spełnienie innego świadczenia, niemożliwość świadczenia wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, potrącenie, odnowienie oraz zwolnienie przez wierzyciela. Chodzi tu zatem o zdarzenia o charakterze materialnoprawnym, które nastąpiwszy po powstaniu tytułu egzekucyjnego lub po zamknięciu rozprawy w wypadku orzeczenia sądowego, spowodowały, że przymusowe egzekwowanie obowiązku dłużnika utraciło sens i nie ma już podstaw do dalszego chronienia interesów wierzyciela (H. Pietrkowski, „Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach cywilnych”, Wydawnictwo LexisNexis 2007, s. 613-315; E. Wengerek, „Komentarz do cz. II i III k.p.c. Postępowania zabezpieczające i egzekucyjne”, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich Z/O Warszawa 2009, s. 338-342).

Powód, uzasadniając swoje roszczenie o pozbawienie wykonalności tytułów wykonawczych w postaci wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 26 października 2010 r., wydanego w sprawie sygn. akt IX GC 289/10 i wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 3 lutego 2011 r., wydanego w sprawie I ACa 14/11, którym Sąd Apelacyjny w Poznaniu postanowieniem z dnia 3 lutego 2011 r., nadał klauzulę wykonalności, wskazał w treści pozwu, że przysługuje mu względem pozwanej spółki (...) Sp. z o.o. w G. W.. wierzytelność w kwocie, 1.050.000 złotych, która zgłosił pozwanej, do potrącenia z wierzytelnością wynikającą z kwestionowanych tytułów wykonawczych. Wedle uzasadnienia pozwu, kwota ta miała stanowić prowizję w wysokości 15% wartości mieszkań, które miały zostać sprzedane inwestorom włoskim działającym przez pełnomocnika w osobie R. M., jednakże wobec nieosiągnięcia powyższego celu, zdaniem powoda, usługi świadczone na rzecz pozwanej spółki były jej nienależne, w związku z czym podstawą prawną swojej wierzytelności powód uczynił przepis art. 410 k.c. Jednocześnie powód podniósł zarzut nieważności stosunku obligacyjnego łączącego strony postępowania w postaci umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami z uwagi na niespełnienie przez niego warunków przewidzianych w ustawie o gospodarce nieruchomościami, z którego to stosunku prawnego powód mimo to wywodził obowiązek zapłaty na jego rzecz przez pozwaną prowizji we wskazanej wartości 1.050.000,00 złotych. Powód swoje stanowisko zmienił w toku przesłuchania informacyjnego oraz składania zeznań na rozprawie, stwierdzając, że w rzeczywistości przysługuje mu względem pozwanej wierzytelność w kwocie 250.000 zł plus należny podatek VAT, która miałaby wynikać z kosztów poniesionych przez niego w czasie wykonywania czynności na rzecz pozwanej spółki w okresie od marca do września 2008 r., natomiast kwota prowizji została wskazana wyłącznie przez pozwanego i nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach faktycznych. Do czynności wykonanych na rzecz pozwanej spółki powód zaliczył m.in. wyjazd do W. w marcu 2008 r., celem nawiązania kontaktu z R. M., wyszukiwanie deweloperów, w tym również analizę stron internetowych i koszty połączeń telefonicznych, wyjazdu do P. celem spotkań z J. B. (1) działającym w imieniu

pozwanej spółki, analizę obowiązujących regulacji prawnych dotyczących możliwości nabywania przez obywateli W. nieruchomości położonych na terenie Polski, w tym również wyjazd w tym celu do W. i wizytę w siedzibie MSWiA, a także pomoc w redagowaniu materiałów promocyjnych przygotowywanych przez R. M. celem pozyskania klientów na zakup mieszkań i kilkukrotne wizyty na budowie celem kontroli postępu prac oraz przygotowanie wykazu mieszkań wraz z ich metrażem na potrzeby klientów wyszukiwanych przez R. M.. Swoje roszczenie wobec pozwanej spółki powód oparł również na braku możliwości realizacji czeków wystawionych na jego rzecz przez R. M., a które zostały zajęte w toku postępowania egzekucyjnego, w związku z czym kwota wynikająca z tych czeków (odpowiednio 12.500 € i 25.000 €) również została przez niego przedstawiona do potrącenia. Wreszcie, na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2013 r., powód przedłożył do akt sprawy zawartą z R. M. w tym samym dniu umowę przelewu wierzytelności przysługującej temu ostatniemu wobec pozwanej spółki. Z zeznań R. M. przesłuchiwanego w charakterze świadka wynika, że przelew dotyczył kwoty, którą powód mógł dochodzić od pozwanego „z tytułu 50% wydatków”, nie precyzując, o jakie wydatki w istocie chodzi.

Sąd I instancji wskazał, że w judykaturze zgodnie przyjmuje się, że dopóki zasądzone świadczenie nie zostanie wyegzekwowane, dopóty istnieje prawo dłużnika, będącego wierzycielem wzajemnym, do dokonania potrącenia. Wówczas, w razie wytoczenia przez dłużnika powództwa przeciwegzekucyjnego opartego na przepisie art. 840 §1 pkt 2 k.p.c., zdarzeniem, o którym mowa w przepisie, jest złożenie przez dłużnika egzekwowanego oświadczenia o potrąceniu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2005 r., V CK 183/05, Biul. SN 2006, nr 2, poz. 8). Potrącenie może przy tym być podstawą powództwa z art. 840 §1 pkt 2 k.p.c. mimo, że powód mógł zgłosić zarzut potrącenia w postępowaniu rozpoznawczym w sprawie, w której został wydany tytuł wykonawczy (tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 14 października 1993 r., III CZP 141/93, OSNCP 1994, nr 5, poz. 102).

Sąd Okręgowy w Kaliszu doszedł do wniosku, że roszczenie powoda nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności podniósł, że jak wynika z przepisu art. 498 §1 k.c., potrącenie wierzytelności jest możliwe, gdy dwie osoby są względem siebie jednocześnie dłużnikami i wierzycielami (tj. wzajemność wierzytelności), przedmiotem wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne (tj. jeden i drugi wierzyciel mogą nawzajem żądać od siebie spełnienia należnych im świadczeń) i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Powód M. A. (1), mimo wskazywania w toku postępowania kolejnych wierzytelności, które miałyby zostać potrącone z wierzytelnością należną pozwanej spółce względem niego, w rzeczywistości nie wykazał, aby przysługiwała mu wobec pozwanej jakakolwiek wierzytelność. W szczególności, powód nie udowodnił, czy i jakie koszty poniósł w związku z wykonywaniem czynności dla pozwanej, nie przedstawiając dowodów na ich poniesienie, w szczególności nie skonkretyzował kwot, jakie był zmuszony wydatkować w związku z podjętymi czynnościami, nie przedłożył wyliczeń, z których przynajmniej w przybliżeniu miałyby wynikać rzeczywiście pokryte przez niego koszty, jak również nie wskazał kosztów swojej pracy i wysokości należnego mu wynagrodzenia ani też nie podał, w oparciu o jakie dane miało ono być ustalone. W toku przesłuchania przed Sądem powód, reprezentowany przeciw przez profesjonalnego pełnomocnika, stwierdził wprawdzie, że dysponuje stosownymi rozliczeniami dotyczącymi poniesionych przez niego kosztów, w szczególności w zakresie przejazdów celem spotkań z przedstawicielem pozwanej J. B. (1) i „w razie zaistnienia takiej potrzeby”, jest gotów je przedłożyć, niemniej jednak mimo powyższej deklaracji, nie uczynił tego w toku postępowania. Należy zauważyć, że rolą Sądu w procesie cywilnym nie jest decydowanie o istnieniu bądź nie istnieniu potrzeby udowodnienia przez którąkolwiek ze stron jej racji, tym bardziej, gdy stroną w procesie reprezentuje profesjonalny pełnomocnik, tj. adwokat lub radca prawny. Należało zwrócić uwagę na niekonsekwencję powoda, który w pozwie wskazał wysokość przysługującej mu względem pozwanej wierzytelności w kwocie 1.050.000 złotych, po potrąceniu - 715.531 złotych, by następnie wycofać się z powyższej deklaracji i wskazać zupełnie inną sumę z tego tytułu, co czyni jego twierdzenia dotyczące istnienia wierzytelności w którejkolwiek ze wskazanych kwot zupełnie niewiarygodnymi.

Powód nie wykazał również istnienia pozostałych wierzytelności, jakie miałyby przysługiwać mu wobec pozwanej. Zdaniem powoda, do przysługującej mu względem pozwanej spółki wierzytelności należy zaliczyć między innymi tą, która została na niego przelana przez R. M. na podstawie umowy cesji zawartej w dniu 12 kwietnia 2013 r., a dotyczącej wedle zeznań świadka „roszczenia o zwrot 50% poniesionych kosztów”. W odniesieniu do wierzytelności,

która miałyby wynikać z przytoczonej umowy, ani powód, ani świadek w toku przesłuchania przed Sądem nie skonkretyzowali tejże wiarygodności, w szczególności, nie uzasadnili, jakiej kwoty ona dotyczy ani też z czego miałyby wynikać koszty powodujące jej powstanie, co uniemożliwiło Sądowi dokonanie weryfikacji żądania pod względem jego zasadności. Istnienie tej wiarygodności budzi wątpliwości szczególnie w świetle twierdzeń świadka R. M., że w jego ocenie połowa kosztów poniesionych przez niego w związku z poszukiwaniem na terenie W. klientów celem zakupu mieszkań od pozwanej spółki, została mu już zwrócona we wrześniu 2008 r., poprzez przelanie na jego rzecz przez powoda kwoty 61.250 €, po uprzednim przelewie przez pozwaną spółkę na rzecz powoda kwoty 306.525,00 złotych wynikającej z faktury VAT nr (...). Istotne jest, że powód zarówno w toku postępowań prowadzonych przed Sądami w Poznaniu, ani też w toku niniejszego postępowania, nie wykazał związku pomiędzy kwotą otrzymaną przez niego od pozwanej spółki a sumą przelaną na rzecz R. M. oraz z jakiego w rzeczywistości tytułu przelał na jego rzecz sumę 61.250 €. Co więcej - twierdząc, że wynagrodzenie za realizację czynności związanych z porozumieniem zawartym pomiędzy pozwaną spółką a R.M. miał mu wypłacić ten ostatni, nie zaś pozwana spółka, nie dość, że kolejny raz zaprzeczył swoim uprzednim twierdzeniom, to jeszcze w żadnym miejscu nie sprecyzował, w jakiej konkretnie kwocie wynagrodzenie miał rzekomo otrzymać od R. M. za swoje czynności pośredniczenia pomiędzy nim a pozwaną spółką, w szczególności nie potwierdzając zeznań R. M., jakoby zostało ono określone na kwotę 4.000 € miesięcznie. W ocenie Sądu, twierdzenie powoda jest nie tylko całkowicie niespójne, ale nadto zupełnie pozbawione podstaw i logiki, albowiem jego przyjęcie prowadziłoby do wniosku, że powód kierował się tak ogromnym zaufaniem do swoich kontrahentów, iż doprowadziło to do potencjalnego narażenia się na wykonywanie czynności związanych z pośrednictwem w realizacji umowy całkowicie nieodpłatnie. Biorąc pod uwagę okoliczność, że powód przez wiele lat prowadził działalność gospodarczą, w tym również w zakresie pośredniczenia w sprzedaży nieruchomości, cały wywód powoda dotyczący kwestii rzekomego wynagrodzenia jego usług, które miał wypłacić R. M., a nie pozwana spółka, należy uznać za niewiarygodny. Sąd Okręgowy w Kaliszu nie znalazł także podstaw, aby uwzględnić żądanie powoda potrącenia należności w łącznej kwocie 37.500 € wynikającej z dwóch czeków gotówkowych wystawionych na Jego rzecz przez R. M., a zajętych przez komornika sądowego w toku egzekucyjnego prowadzonego z wniosku pozwanej spółki. Z istoty postępowania egzekucyjnego wynika, że jego celem jest zaspokojenie roszczenia wynikającego z tytułu wykonawczego poprzez pozyskanie środków pochodzących z majątku dłużnika, czy to w postaci gotówki, czy też innych ruchomości, nieruchomości bądź też wiarygodności. Zajęcie przez komornika w toku egzekucji aktywów wchodzących w skład majątku dłużnika nie może rodzić samo przez się roszczenia odszkodowawczego względem wierzyciela egzekucyjnego w związku z niemożnością skorzystania przez dłużnika z zajętych środków. Ubocznie należy zauważyć, że powód składając zeznania jako cel wystawienia przez R. M. na jego rzecz przedmiotowych czeków wskazał zamiar „uwolnienia się w jakiś sposób od realizacji wyroków Sądów w Poznaniu”, a jednocześnie podniósł, że pieniądze z tych czeków stanowią kwoty, które odzyskałby od R. M. - z powyższego można wnioskować, że prawdopodobnym zamiarem powoda była zapłata na rzecz pozwanej spółki kwot wynikających z kwestionowanych tytułów wykonawczych, w związku z czym całkowicie niezrozumiałym jest dochodzenie przez niego od pozwanej w chwili obecnej zwrotu kwot widniejących na czekach, których pozwana przecież fizycznie nie otrzymała z uwagi na brak ich realizacji. Zdaniem Sądu I Instancji, wskazany brak spójności, logiki i sensu, jaki przebiega się z kolejnych twierdzeń powoda podnoszonych w toku całego postępowania, jednoznacznie świadczy o tym, że celem wniesienia pozwu w niniejszej sprawie było jedynie czasowe wstrzymanie toczącego się przeciwko niemu z wniosku pozwanej spółki postępowania egzekucyjnego. Reasumując, Sąd Okręgowy w Kaliszu stwierdził, że powód w toku postępowania nie spełnił wymogu zawartego w przepisie art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne, w tym również poprzez dobrowolną rezygnację z przedłożenia wspomnianych przez siebie w toku składania zeznań, jakichkolwiek dokumentów bądź wycień dla celów dowodowych dotyczących przysługującego mu rzekomo względem pozwanej roszczenia, którymi miałby dysponować. Biorąc pod uwagę fakt, że powód nie wykazał zasadności swojego roszczenia zgłoszonego w toku niniejszego postępowania, powództwo należało oddalić w całości, o czym Sąd orzekł w punkcie 1. sentencji wyroku. Na podstawie art. 98 §1 i § 3 k.p.c. Sąd Okręgowy w Kaliszu zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7.247 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu oraz obciążył powoda kosztami sądowymi w zakresie przez niego poniesionym (punkt 2. i 3. sentencji wyroku).

Od powyższego wyroku apelację wniósł powód M. A. (1), zaskarżając rozstrzygnięcie w całości i zarzucając mu:

1. naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy:

a) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

• przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i:

- ustalenie, iż kwota 306.000 złotych wypłacona przez pozwaną spółkę na rzecz powoda stanowiła zaliczkę na poczet wynagrodzenia powoda, podczas gdy z materiału dowodowego sprawy wynika, iż kwota ta była zwrotem części wydatków poniesionych w związku z wykonywaniem nieważnej umowy za okres od marca 2008 roku do 08 września 2008 roku, uzgodnionych przez strony i świadka R. M.;

- przyjęcie, że powód nie przedstawił wyliczenia dochodzonych kwot, podczas gdy wyliczenie takie zostało zamieszczone w pozwie;

- przyjęcie, że ani powód, ani świadek R. M. nie uzasadnili, z czego wynikały koszty wykonywania nieważnej umowy z pozwaną, podczas gdy koszty te zostały wskazane zarówno przez powoda, jak i świadków R. M. i D. B. (1);

- przyjęcie, że pozwana zainwestowała własny kapitał w postaci wybudowanych na własny koszt mieszkań, podczas gdy okoliczność taka nie wynika z materiału dowodowego sprawy;

- ustalenie, że powód nie wykazał związku pomiędzy kwotą otrzymaną przez niego od pozwanej a przelaną na rzecz R. M., podczas gdy związek ten wynika z zeznań powoda i świadka R. M. i dokumentów w postaci faktur (...) z dnia 09.09.2008 roku wystawionych przez R. M.;

• **przeprowadzenie oceny dowodów w sposób sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego i logiki:**

- w odniesieniu do zeznań powoda, świadka R. M. i D. B. (1) poprzez odmowę dania wiary ich zeznaniom w części dotyczącej charakteru wynagrodzenia, jakie miał otrzymać powód, uzgodnień dotyczących rozliczeń finansowych z pozwaną oraz charakteru współpracy pomiędzy powodem a świadkiem R. M.;

b) naruszenie przepisu art. 217 § 2 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym przed 3 maja 2012 roku poprzez niezasadne oddalenie wniosków dowodowych powoda zmierzających do wykazania żądania zarówno co do zasady, jak i co do wysokości, co miało wpływ na ocenę zasadności powództwa i doprowadziło do jego oddalenia;

c) naruszenie przepisu art. 322 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy fakt nienależnego świadczenia przez powoda i świadka R. M. na rzecz pozwanej został przyznany przez działającego w imieniu pozwanej J. B. (1), a całokształt materiału dowodowego pozwalał na ustalenie wartości nienależnego świadczenia na rzecz pozwanej;

w konsekwencji prowadzące do:

**2. sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, polegające na:**

- przyjęciu, że powód nie wykazał aby przysługiwała mu w stosunku do pozwanej jakakolwiek wierzytelność;

- przyjęciu, że powód nie przedstawił rozliczenia kosztów związanych ze świadczeniem nieważnej umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami i nie wykazał ich wysokości;

- przyjęciu, że ani powód, ani świadek R. M. nie uzasadnili, z czego wynikały koszty związanych ze świadczeniem nieważnej umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami;

- przyjęciu, że powód nie wykazał związku pomiędzy kwotą otrzymaną od pozwanej, a kwotą przelaną na rzecz R. M.;



- przyjęciu, że wypłacona przez pozwaną na rzecz powoda kwota 306.525,00 złotych była zaliczką na poczet należnego powodowi wynagrodzenia- prowizyjnego za pośrednictwo w sprzedaży lokali;

- przyjęciu, że pozwana zainwestowała własny kapitał w postaci wybudowanych na własny koszt mieszkań;

- przyjęciu, że postępowanie pozwanej w związku z zajęciem czeków w postępowaniu egzekucyjnym nie rodzi roszczenia odszkodowawczego po stronie powoda, a w konsekwencji przyjęcie, iż żądanie powoda jest niezasadne w całości.

Mając na uwadze powyższe, skarżący wniósł o pozbawienie w całości wykonalności tytułu wykonawczego - wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 26 października 2010 roku w sprawie sygn. akt IX GC 289/10 i wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 03 lutego 2011 roku w sprawie sygn. akt I ACa 14/11 wraz z klauzulą wykonalności z dnia 03 lutego 2011 roku,

ewentualnie – o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego. Ponadto, apelujący wniósł o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obydwie instancje według norm przepisanych.

Uzasadniając apelację, powód wskazał, że Sąd I instancji przyjął, iż powód nie wykazał, aby przysługiwała mu wobec pozwanej jakakolwiek wierzytelność, w szczególności nie udowodnił, czy i jakie koszty poniósł w związku z wykonywaniem czynności dla pozwanej. Stanowisko to nie jest w ocenie skarżącego zasadne. Ze zgromadzonego materiału dowodowego, a w szczególności zeznań stron, zeznań świadków R. M., D. B. (1) i przedstawionych umów przedwstępnych sprzedaży nieruchomości oraz porozumień zawartych pomiędzy pozwaną a R. M. wynika, iż powód i R. M. świadczyli na rzecz pozwanej spółki usługi w wykonaniu nieważnej umowy pośrednictwa nieruchomości. W wyniku czynności podjętych przez powoda i świadka R. M. zawartych zostało 68 umów przedwstępnych sprzedaży nieruchomości w P., przy ulicy (...). Nie może zatem budzić wątpliwości, iż roszczenie powoda wynikające z rozliczenia nieważnej umowy istnieje co do zasady. Bezsprzecznie była ona wykonywana przez okres jednego roku, od kwietnia 2008 r. do kwietnia 2009 r. W jej wyniku wyszukano 68 klientów - obywateli włoskich, którzyzy mieli nabyć lokale mieszkalne oferowane przez pozwaną. Okoliczności tę przyznał działający za stronę pozwaną J. B. (1).

W ocenie apelującego Sąd I instancji zbyt dużą uwagę skierował na ustalenie charakteru płatności dokonanej przez pozwaną na rzecz powoda, natomiast pominięta została istota sprawy, czyli ustalenia wartości nienależnych świadczeń na rzecz pozwanej. W toku sprawy działający za stronę pozwaną J. B. (1) zeznał, iż kwota 306.000 złotych, jaką pozwana spółka zapłaciła powodowi, była zaliczką na poczet wynagrodzenia powoda. Tymczasem podczas sprawy sygn. akt IX GC 289/10 rzed Sądem Okręgowym w Poznaniu, działający za pozwaną J. B. (1), na rozprawie w dniu 12 października 2010 roku zeznał, iż nie umie odpowiedzieć, czy kwota wypłacona we wrześniu 2008 roku powodowi była częścią wypłaconego wynagrodzenia, czy zaliczką na poczet wynagrodzenia. Oznacza to, że działający za pozwaną nie uzgadniał tej kwestii z powodem, a jego twierdzenia w tym zakresie są jedynie jego przekonaniem, a nie częścią zawartego porozumienia. Zeznając również przed Sądem I instancji nie potrafił powiedzieć czy i z kim uzgodnił, że wypłacona kwota jest zaliczką. Sąd I instancji doszukał się natomiast sprzeczności w zeznaniach samego powoda, odnośnie dokonanych z pozwaną kwestii rozliczeń finansowych. Sąd I instancji pominął jednak okoliczność, iż szczegółowe rozliczenia umowy były ustalana pomiędzy działającym za pozwaną J. B. (1), a świadkiem R. M.. Powód dopiero w toku sprawy przed Sądem Okręgowym w Poznaniu dowiedział się o uzgodnionej prowizji 15% od ostatecznej ceny sprzedaży mieszkań. Jednakże dla stron wiadomym było od początku, że poszukiwanie klientów we W. wiąże się z ponoszeniem kosztów, które R. M. określił w kwocie 5.000 Euro za pozyskanie jednego klienta. Wartość ta wynikała z wcześniejszych doświadczeń świadka R. M. w realizowaniu takich czynności. Działający za pozwaną zgodził się na zwrot połowy tych kosztów, czyli kwotę 2.500 Euro za osobę. Koreluje to z liczbą klientów, którzy zostali pozyskani przez powoda i świadka R. M. do września 2008 roku (przed wystawieniem przez powoda faktury T nr (...)) - 30 osób, co razem dawało koszty na poziomie 600.000 złotych. Początkowo pozwana miała być zobowiązana do zapłaty kwoty 300.000 zł powiększonej o podatek VAT w stawce 22%, jednakże po przeprowadzonych negocjacjach kwota ta została uzgodniona na 250.000 złotych, powiększoną o należny podatek VAT, tj. razem

306.525 złotych. Z uwagi na fakt, iż powód brał udział w uzgadnianiu wysokości tej kwoty, traktował ją jako swoje wynagrodzenie. Powód z kwoty tej pozostawił sobie 20.000 złotych, odprowadził podatek VAT, natomiast pozostałą część przekazał świadkowi R. M., jako pokrycie części kosztów niesionych przez tego świadka na poszukiwanie klientów. Ustalenia te, w ocenie apelującego, mają jednak drugorzędne znaczenie. Z uwagi bowiem na nieważność samej umowy, nieważnością objęte są również te jej uzgodnienia, które dotyczyły rozliczeń finansowych. Mają one doniosłość jedynie w tej kwestii, że obrazują skalę całej transakcji. Działający za pozwaną spółkę (...) zeznał, iż w przypadku dojścia do sprzedaży mieszkań, na które nabywców znaleźli powód i świadek R. M., zostałyby wypłacona dodatkowo prowizja w kwocie 2 mln złotych. Ze względu na nieważność umowy, nie jest istotne ustalenie, że prowizja ta miała być wypłacona po osiągnięciu ustalonego rezultatu. Istotne jest bowiem to, że nieważna umowa była przez rok wykonywana, o czym świadczy fakt, iż w wyniku czynności podjętych przez powoda i R. M. wyszukano 68 klientów na mieszkania. Poddawanie tej okoliczności w wątpliwość przez Sąd I instancji jest zdaniem apelującego powoda nieuzasadnione. W toku postępowania kluczową kwestią było wycenienie, ile warte były czynności podjęte przez powoda w związku z wykonywaniem nieważnej umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. Z uwagi na zawartą w dniu 12 kwietnia 2013 roku pomiędzy powodem a świadkiem R. M. umowy o przelew wierzytelności i potrącenie przez powoda względem pozwanej także wierzytelności przysługujących z ww. umowy, należało uwzględnić również koszty i wynagrodzenie świadka R. M. z tym związane. Powód, wbrew ustaleniom Sądu I instancji, zamieścił w pozwie wyliczenie kosztów związanych z wykonywaniem nieważnej umowy. Ogółem wydatki związane z podjętymi czynnościami z nieważnej umowy zawartej między stronami wyniosły co najmniej 507.760,00 złotych. Powód przedstawił na tę okoliczność następujące dowody: swoje zeznania, zeznania świadków: R. M., D. B. (1), cennik tłumaczeń, przykładowe pełnomocnictwo przetłumaczone przez tłumacza przysięgłego, informacje linii lotniczych (uzyskane w trybie art. 248 § 1 k.p.c.), informacje wskazanych hoteli (uzyskane w trybie art. 248 § 1 k.p.c.), zestawienie średnich wynagrodzeń wg. Eurostatu, ze strony internetowej, a także dowód z opinii biegłego księgowego. Wszystkie powyżej wskazane dowody zaoferowane zostały na okoliczność wykonywanych w zakresie poszukiwania klientów na zakup nieruchomości pozwanej, kosztów i nakładu pracy związanych z wykonywaniem nieważnej umowy pośrednictwa. Oddalenie wniosków dowodowych w tym zakresie nastąpiło zdaniem powoda przedwcześnie, z obrazą przepisu art. 217 k.p.c. Oddalone wnioski dowodowe, a zwłaszcza dowód z opinii biegłego księgowego, zmierzały bezpośrednio do wykazania kosztów związanych z wykonywaniem nieważnej umowy z pozwaną. Dowód ten był szczególnie istotny również z tego względu, że powodowi przysługiwały roszczenia związane z wykonywaniem nieważnej umowy także przez świadka R. M.. Oczywistym jest, że znakomita większość wydatków została poniesiona przez świadka R. M., a powód nie mógł ich w żaden sposób dokumentować. Dlatego oddalenie ww. dowodów nie dało powodowi szansy na wykazanie swojego żądania procesowego. Nie może przemawiać to jednak za oddaleniem wództwa z powodu nieudowodnienia roszczenia. Oddalone wnioski dowodowe zostały zgłoszone już w pozwie, a wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego księgowego został złożony w piśmie procesowym powoda z dnia 22 stycznia 2013 roku. Powód cofnął jednocześnie w tym piśmie wniosek dowodowy z opinii biegłego z zakresu obrotu nieruchomościami. W tym stanie rzeczy nie może być mowy o powoływaniu dowodów jedynie w celu spowodowania zwłoki w postępowaniu, a oddalenie wniosków dowodowych w tym zakresie nastąpiło z obrazą przepisu art. 217 § 2 k.p.c. W konsekwencji doprowadziło to do oddalenia wództwa z uwagi na nieudowodnienie roszczenia, co nie miałyby miejsca, gdyby Sąd I instancji przedstawił dowody przeprowadził. Nie jest również zgodne ze stanem faktycznym wynikającym z przeprowadzonego postępowania dowodowego, przyjęcie przez Sąd I instancji, że ani powód ani świadek R. M. nie uzasadnili, z czego mogły wynikać koszty, świadek R. M. zeznał, że kosztem wykonania nieważnej umowy był koszt prowadzenia biura świadka we W., koszt reklam, kontaktów z klientami, aktów notarialnych, tłumaczeń przysięgłych dokumentów, podróży z W. do Polski, koszty podróży w Polsce, koszty zakwaterowania w hotelach, koszty osobowe, chociażby koszt wynagrodzenia sekretarki i tłumacza. W związku z realizacją nieważnej umowy wypłacane było również wynagrodzenie świadkowi D. B. (1), co również zostało przez tego świadka potwierdzone. Sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego jest więc przyjęcie, że czynności podjęte przez powoda i świadka R. M. nie wiązały się z żadnymi kosztami. Podobnie jak rozważania Sądu I instancji dotyczące zasadności zawarcia przez strony nieważnej umowy. Nie jest tak, jak przyjmuje to Sąd I instancji, że pozwana „zainwestowała kapitał w postaci wybudowanych na własny koszt mieszkań”. Ustalenie to jest całkowicie bezpodstawne. Pozwana zamierzała znaleźć nabywców na wybudowane przez siebie mieszkania, a powód i R. M. oferowali pozwanej wyszukanie takich nabywców. Zarówno oferowane przez pozwaną mieszkania, jak i oferowane

przez powoda i R. M. świadczenia, mają swoją wartość ekonomiczną. Pozwana, z racji swojej działalności, czerpie zyski w momencie sprzedaży mieszkań. Kontrakt z powodem i świadkiem R. M. stwarzał dla pozwanej możliwość jednorazowej sprzedaży wielu mieszkań dużej grupie inwestorów, z pewną zapłatą pochodzącą z kredytów bankowych. Uzyskane z tego tytułu środki mogłyby być zainwestowane w kolejne budowy, czy przeznaczone na spłatę zobowiązań powstałych w związku z wcześniejszymi inwestycjami. Zatem propozycja powoda i świadka R. M. była dla działającego w imieniu pozwanej J. B. (1) nadzwyczaj lukratywna. Dlatego odmienna ocena Sądu I instancji w tym zakresie jest sprzeczna z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Działający za pozwaną J. B. (1), powinien zdawać sobie sprawę z konsekwencji zawarcia nieważnej umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. W chwili obecnej pozwana podnosi, że umowa nie została wykonana, ponieważ mieszkania nie zostały sprzedane, więc powodowi nie przysługują żadne roszczenia. Stanowisko takie byłoby zasadne, gdyby strony łączyła ważna umowa i zapis taki by się w niej znalazł albowiem zgodnie z zapisem art. 180 ust 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami pośrednik wykonuje czynności zmierzające do zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości, a nie doprowadza do jej sprzedaży. Tak jednak nie jest i rozliczenie nieważnego kontraktu następuje na innych zasadach, a brak rezultatu, w postaci sprzedaży mieszkań nie ma już w tej sytuacji znaczenia i nie stoi na przeszkodzie w rozliczeniu nieważnej umowy. Zatem stanowisko Sądu I instancji jest w tym zakresie błędne i sprzeczne z zasadami logiki i świadczenia życiowego. Co więcej, Sąd I instancji nie poddał analizie stosunku prawnego łączącego „woda z pozwaną, nie stwierdził, czy zawarta umowa była umową ważną. Konsekwencją tego jest szczegółowe analizowanie przez Sąd I instancji kwestii, jak umowa miała być rozliczana, z jakiego tytułu były płatne poszczególne kwoty i kto komu miał je zapłacić. Tymczasem kwestie te również były objęte nieważnością, jako część czynności prawnej nieważnej w całości, więc z punktu widzenia rozstrzygnięcia sprawy nie miały decydującego znaczenia. Sąd I instancji przyjął również, iż powód nie wykazał związku pomiędzy kwotą otrzymaną przez niego od pozwanej, a przelaną na rzecz R. M. oraz jakiego tytułu przelew ten nastąpił. Tymczasem świadek R. M. zeznał, iż kwota przekazana przez powoda na jego rzecz stanowiło pokrycie części kosztów, które poniósł w związku z wyszukiwaniem klientów dla pozwanej. Wynika to także z faktur nr (...) z dnia 09 września 2008 roku, wystawionych przez R. M. powodowi, gdzie w tytule zostało wskazane, iż dotyczą one wyszukiwania i wyboru klientów pod kątem inwestycji w zakresie nieruchomości w Polsce, dla miasta P.. Jednakże w ocenie apelującego, nawet na podstawie postępowania dowodowego przeprowadzonego przez Sąd I instancji, możliwe jest wydanie wyroku uwzględniającego powództwo. Bezsprzecznie bowiem powód i świadek R. M. wykonywali dla pozwanej czynności w wykonaniu nieważnej umowy w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. Konsekwencją nieważności umowy stron jest m.in. to, że zarówno powód, jak i świadek R. M. świadczyli pozwanej usługi nienależnie, w związku z czym są oni uprawnieni do żądania zwrotu tego świadczenia na podstawie art. 410 k.c. Stosownie do § 2 powołanego przepisu świadczenie jest nienależne, jeżeli czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna, po spełnieniu świadczenia. W związku z umową o przelew wierzytelności z dnia 12 kwietnia 2013 roku, pomiędzy powodem a R. M., powód mógł skutecznie potrącić z wierzytelnością pozwanej wierzytelności scedowane na jego rzecz przez świadka R. M.. Z zeznań działającego w imieniu pozwanej J. B. (1) wynika, iż za wykonanie całej umowy na rzecz powoda zostałaby wypłacona prowizja w kwocie 2 mln złotych, stanowiąca 15% od wartości mieszkań oferowanych do sprzedaży na terenie W.. Czynności dokonane przez powoda i świadka R. M. doprowadziły do pozyskania 68 klientów i podpisania umów przedwstępnych sprzedaży nieruchomości. Na tej podstawie możliwe jest określenie wartości nienależnego świadczenia, jakie uzyskała pozwana. Powód wyliczając wierzytelność z tego tytułu przyjął, iż w rzypadku, gdyby łączyła go z pozwaną ważna umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, to byłaby ona wykonana w 50%, stąd przedstawił do potrącenia wotę 1.050.000 złotych. Z uwagi na fakt, iż niniejsza sprawa nie jest sprawą o zapłatę, dla powoda wystarczające jest uwzględnienie jego wierzytelności do wysokości 314.469,00 złotych, tak, aby wzajemne roszczenia stron zostały umorzone, a przedmiotowe powództwo uwzględnione. Twierdzenia powoda nie są więc niekonsekwentne, ale mają logiczne powiązanie z przedmiotem i charakterem niniejszego procesu. Podkreślenia wymaga, iż pozwana przyjęła bez zastrzeżeń fakturę wystawioną przez powoda na kwotę 250.000 złotych netto, a treść faktury z dnia 09 września 2008 roku, zaakceptowana przez działającego w imieniu pozwanej J. B. (1), nie pozostawia również wątpliwości, że została ona wystawiona za poszukiwanie klientów na mieszkania w P., ul. (...) - pośrednictwo w sprzedaży. Świadczy to o tym, że zachowana została proporcja pomiędzy wykonaną przez powoda i świadka R. M. pracą a zapłaconą przez pozwaną kwotą. Przemawia to również za uznaniem, że kwota 306.000 złotych, zapłacona przez pozwaną stanowi dolną granicę ekwiwalentu usług świadczonych nienależnie przez powoda i świadka R. M. na rzecz pozwanej,

na dzień 08 września 2008 roku. Należy przy tym mieć na względzie, iż współpraca pomiędzy stronami trwała do kwietnia 2009 roku. Bez obawy błędu można zatem przyjąć, iż wartość nienależnych świadczeń za cały czas ich trwania przekraczał kwotę 314.469 złotych, a tytuł wykonawczy przysługujący pozwanej powinien być pozbawiony w całości wykonalności. Większość kosztów w związku z wykonywaniem nieważnej umowy pośrednictwa w sprzedaży mieszkań została poniesiona przez świadka R. M. ponad 4 lata temu, w związku z czym powód nie dysponuje potwierdzeniami ich uiszczenia. Nie zmienia tego fakt, iż powód nie przedstawił kosztów połączeń telefonicznych, które w zestawieniu z wiarytelnością dochodzoną przez pozwaną były znikome. Najbardziej istotną częścią kosztów były koszty osobowe osób zaangażowanych w realizację nieważnej umowy, koszty podróży i pobytu w Polsce świadka R. M. i D. B. (1). Sąd I instancji powinien zastosować przepis art. 322 k.p.c., który takiej sytuacji zezwala na uwzględnienie powództwa według własnej oceny. Zgodnie z zapatrywaniami judykatury, przepis ten znajdzie zastosowanie także wtedy, gdy wykazana jest nienależność świadczenia (co w ocenie powoda ma miejsce w niniejszej sprawie), a w procesie nie została wykazana jej wysokość. Wówczas sąd, mając do dyspozycji materiał dowodowy zgromadzony na chwilę zamknięcia rozprawy, ustala jej ostateczną wysokość. Temu celowi służy art. 322 k.p.c., który zezwala sądowi na zasądzenie m.in. odszkodowania w wysokości ustalonej przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności sprawy. Sąd nie może zaś, mając wątpliwości, jaka ma być ostateczna wysokość roszczenia, oddalić w całości powództwo (vide wyrok SN z dnia 02 marca 2012 roku, IICSK 362/11). W dalszej kolejności podniesiono, iż w toku tej sprawy powód niewątpliwie wykazał koszt, jaki poniósł w związku z wykonywaniem nieważnej umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, w kwocie 231.000 złotych. Powód zapłacił tę kwotę na rzecz R. M.. Była to należność związana z poszukiwaniem dla pozwanej kontrahentów we W. i służyła pokryciu części kosztów poniesionych w związku z tym przez świadka R. M. i z tego tytułu została zapłacona przez powoda na rzecz świadka R. M.. Sam fakt poniesienia tego wydatku również powinien skutkować uznaniem za skuteczne dokonanie potrącenia co najmniej do tej wysokości i pozbawienie tytułu wykonawczego wykonalności w tym zakresie. Apelujący kwestionował również nieuwzględnienie przez Sąd I instancji żądania powoda dotyczącego potrącenia należności w łącznej kwocie 37.500 Euro, związanego z zajęciem egzekucyjnym na wniosek pozwanej dwóch czeków gotówkowych wystawionych na rzecz powoda przez R. M.. Sąd pominął jednak, iż powód - dłużnik bezpowrotnie utracił możliwość skorzystania z tych środków. Powód oczekiwał na wezwanie pozwanej do realizacji czeków w terminach ich płatności i zajęcie wiarytelności pieniężnej wynikającej z tego tytułu. Zresztą powód w tym celu poinformował pozwaną, że dysponuje czekami. Pozwana postąpiła jednak niekonsekwentnie, najpierw zajmując чеки, czym uniemożliwiła powodowi na ich zrealizowanie, a następnie nie podejmując żadnych czynności w momencie, gdy mogła uzyskać z nich zaspokojenie. Wynika z tego, iż pozwana w sposób wadliwy prowadziła postępowanie egzekucyjne, a błędy pozwanej nie mogą obciążać powoda. W związku z tym powodowi została wyrządzona szkoda, ponieważ utracił on prawo do zrealizowania czeków i nie mógł w tym zakresie spełnić również świadczenia na rzecz pozwanej. Uzasadnia to również pozbawienie tytułu wykonawczego do kwoty 37.500 Euro czyli 158.685,00 złotych (przy średnim kursie NBP na dzień 17 czerwca 2013 roku 4, (...)).

(apelacja k.468 – 480)

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja powoda jest niezasadna i podlega oddaleniu.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela stanowisko sądu pierwszej instancji, zarówno co do rozstrzygnięcia, jak też przytoczonej w uzasadnieniu argumentacji. Ustalenia faktyczne tego Sądu przyjmuje za swoje.

Powód zawarł szereg nieuzasadnionych zarzutów. Sąd Apelacyjny podziela wszystkie ustalenia i oceny Sądu Okręgowego w Kaliszu, dotyczące niesprostania przez powoda wymogom art.6 kpc. Przede wszystkim powód nie udowodnił istnienia skonkretyzowanych co do wysokości swoich wiarytelności wobec pozwanej spółki. Niezależnie czy dotyczy to jego własnych wiarytelności wobec strony pozwanej czy nabytych od R. M.. W tym miejscu należy podkreślić, że nie jest dopuszczalne ponowne analizowanie roszczeń z jakimi (...) spółka z o.o. w G. W.. wystąpiła przeciwko powodowi przed Sądami w Poznaniu. Roszczenia te zostały prawomocnie osądzone i inne sądy są nimi związane z mocy art.365 § 1 k.p.c. Wszystkie więc zarzuty co do charakteru umowy stron i należności co do kwoty 306.525,- zł mają znaczenie nieistotne w tej sprawie. Pozwana Spółka legitymuje się wiarytelnością ocenioną i

potwierdzoną prawomocnym wyrokiem sądowym, poddanym kontroli instancyjnej. Również te Sądy oceniły ustną umowę stron jako umowę zlecenia pośrednictwa przy sprzedaży mieszkań. Wiążąco ustaliły, że skoro nie doszło do sprzedaży mieszkań, umowa zlecenia nie została zrealizowana i odpadła podstawa świadczenia. Na podstawie art.410 k.c. pozwanej Spółce przysługiwał zwrot wypłaconej powodowi kwoty. Sądy te nie znalazły podstaw do uznania, że ustna umowa stron jest nieważna. Można tylko dodatkowo zauważyć, że stron nie wiązała umowa pośrednictwa o jakiej mowa w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U.2014.518 tekst jednolity), jak to podnosi w apelacji strona powodowa. Przepisy tej ustawy w brzmieniu z 2008 r. kiedy strony współpracowały (obecnie uchylonymi), stanowiły: w art. 180 ust. 1 pośrednictwo w obrocie nieruchomościami polega na zawodowym wykonywaniu przez pośrednika w obrocie nieruchomościami czynności zmierzających do zawarcia przez inne osoby umów:

1)nabycia lub zbycia praw do nieruchomości;

2)nabycia lub zbycia własnościowego spółdzielczego prawa do lokalu mieszkalnego, spółdzielczego prawa do lokalu użytkowego lub prawa do domu jednorodzinnego w spółdzielni mieszkaniowej;

3)najmu lub dzierżawy nieruchomości albo ich części;

4)innych niż określone w pkt 1-3, mających za przedmiot prawa do nieruchomości lub ich części.

1a. Pośrednik w obrocie nieruchomościami może wykonywać opracowania i ekspertyzy oraz doradztwo w zakresie rynku nieruchomości.

2. Pośrednik wykonuje czynności, o których mowa w ust. 1, osobiście lub przy pomocy innych osób wykonujących czynności pomocnicze i działających pod jego bezpośrednim nadzorem, ponosząc za ich czynności odpowiedzialność zawodową określoną w ustawie.

3. Zakres czynności pośrednictwa w obrocie nieruchomościami określa umowa pośrednictwa. Umowa wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności. W umowie wskazuje się w szczególności pośrednika w obrocie nieruchomościami odpowiedzialnego zawodowo za jej wykonanie numer jego licencji zawodowej oraz oświadczenie o posiadanym ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z wykonywaniem czynności pośrednictwa w obrocie nieruchomościami.

3a. Umowa pośrednictwa może być zawarta z zastrzeżeniem wyłączności na rzecz pośrednika lub przedsiębiorcy. Art. 550 Kodeksu cywilnego stosuje się odpowiednio.

4. Przez umowę pośrednictwa pośrednik lub przedsiębiorca, o którym mowa w art. 179 ust. 3, zobowiązuje się do dokonywania dla zamawiającego czynności zmierzających do zawarcia umów wymienionych w ust. 1, a zamawiający zobowiązuje się do zapłaty pośrednikowi lub przedsiębiorcy wynagrodzenia.

Analiza powyższych uregulowań prowadzi do wniosku, że powoda z pozwana spółką nie wiązała umowa opisana powyżej. Oznacza to, że umowa stron dla swej ważności nie wymagała formy pisemnej. To R.M. w istocie pośredniczył pomiędzy potencjalnymi nabywcami lokali a stroną pozwaną. Wyszukiwał ich, uzyskiwał od nich pełnomocnictwa i zawierał w ich imieniu umowy przedwstępne. Powód świadczył usługi ale jak słusznie zauważył Sąd I instancji, o charakterze technicznym, pomocniczym. Powód nie miał pełnomocnictwa do zawierania umów. Pośredniczył (pomagał) przy czynnościach, a nie w czynnościach. Jego umowa miała charakter umowy zlecenia i nie wymagała dla swej ważności formy pisemnej.

W związku z powyższym w żadnym innym postępowaniu poza skargą o wznowienie tamtego procesu nie ma możliwości jej podważenia. Powód może tylko i wyłącznie dowodzić istnienia innej swojej wiarygodności względem pozwanego nadającej się do potrącenia. Zbędna jest zatem analiza zarzutów odnoszących się do czynności stron w zakresie ocenianym już przez Sądy Apelacji (...).

Prawidłowo Sąd I instancji przyjął, że potrącenie może być podstawą powództwa z art.840 § 1 pkt 2 kpc mimo, że powód mógł zgłosić zarzut potrącenia w postępowaniu rozpoznawczym w sprawie, w której został wydany tytuł wykonawczy. Zgodnie z art. 498 § 1 k.c., potrącenie wierzytelności jest możliwe, gdy dwie osoby są względem siebie jednocześnie dłużnikami i wierzycielami (tj. wzajemność wierzytelności), przedmiotem wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne (tj. jeden i drugi wierzyciel mogą nawzajem żądać od siebie spełnienia należnych im świadczeń) i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Skuteczne dokonanie potrącenia powoduje w myśl § 2 ww. przepisu, że obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Oznacza to, że obie wierzytelności muszą być skonkretyzowane co do wysokości aby możliwe było ustalenie zakresu umorzenia. Powód nie przedstawił dowodów na wysokość wierzytelności swoich czy też R.M.. Trzeba wyraźnie podkreślić, że obie strony procesu, a także R.M. były w czasie trwania ich współpracy przedsiębiorcami, zawodowo zajmującymi się czynnościami poddanyymi ocenie Sądu. Wymogi reguł dowodowych nie mogą więc być uproszczone czy też rozluźnione. Nie wymagało nadmiernego wysiłku skonkretyzowanie wydatków, jeżeli były ponoszone czy to przez powoda czy też przez R. M.. Jeżeli zostały one rzeczywiście poniesione, to powinny być przedstawione dokumenty potwierdzające ich powstanie. Wydatki na hotele, przeloty, tłumaczenia, posiłki są utrwalane wystawianym rachunkami, biletami, paragonami itp. Są to typowe dokumenty, wykorzystywane do ujawniania kosztów prowadzenia działalności gospodarczej dla celów obliczania czy to podatku dochodowego (PIT), czy też podatku od towarów i usług (VAT) niezależnie od kraju (Polska, W.). Nawet gdyby w jakiejś części zaginęły czy nie były możliwe do uzyskania, to profesjonalni pełnomocnicy bez trudu byli w stanie uzyskać takie informacje od konkretnych hoteli, czy też linii lotniczych. Ciężar dowodu w takiej sytuacji nie może być przerzucany już nie tylko na drugą stronę ale wręcz na sąd, który ma się zwracać do wielu instytucji. Taka inicjatywa nie może zastępować aktywności ani działań strony, która chce wywodzić skutki prawne z określonych zdarzeń. Podobnie dowód z opinii biegłego. Zgodnie z art. 278 § 1 k.p.c. w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych sąd po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i ich wyboru może wezwać jednego lub kilku biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii. Nie są wiadomościami specjalnymi informacje o ponoszonych przez kontrahentów wydatkach. Dowód z opinii biegłego nie może zastępować faktów ani prowadzić do ich wytwarzania. W tym przypadku mógłby jedynie służyć weryfikacji powstałych wątpliwości. Ale trudno weryfikować coś, czego powód nie przedstawił. W aktach sprawy, poza obszernymi: ale niewypełnionym formularzem umowy przedwstępnej sprzedaży lokalu, fragmentami korespondencji elektronicznej, listą braków we wnioskach kredytowych, cennikiem tłumaczeń i jednym tłumaczeniem projektu pełnomocnictwa dla R. M. nie ma żadnych innych dokumentów. Ustalił to i ocenił w ten sam sposób, już Sąd Apelacyjny w Łodzi rozpoznając zażalenie na postanowienie o udzieleniu zabezpieczenia, postanowieniem z dnia 27 września 2012 r. (I Acz 1270/12 k.328 – 331), a więc na 7 miesięcy przed wydaniem wyroku. Pomimo tej jednoznacznej oceny i wskazówki M. A. nie przedstawił nowych dowodów. Co więcej mimo swych twierdzeń o posiadaniu jakiś dokumentów czy informacji, nie przedstawił ich nawet na etapie apelacji. Może to oznaczać tylko tyle, że nie dysponuje takimi dowodami. Prawidłowo więc Sąd Okręgowy w Kaliszu oddalił wnioski dowodowe strony powodowej jako nieuzasadnione i prowadzące w istocie do przedłużenia postępowania oraz zwiększenia jego kosztów. Brak jest również dowodów na odpowiedzialność spółki za relacje pomiędzy R.M. a powodem.

Niezasadnym jest zarzut naruszenia art.322 k.p.c. Nierozumiałym jest opieranie praktycznie całości twierdzeń i materiału dowodowego na konstrukcji art.322 k.p.c, który jest przecież wyjątkiem od ogólnych reguł dowodowych i nie można go stosować czy też interpretować rozszerzająco. Art.322 k.p.c. nie oznacza całkowitej dowolności i nie może być stosowany tam gdzie możliwe jest przedstawienie dowodów i dokonanie ustaleń o względnie precyzyjne dane jak w tej sprawie. Taka wykładania znalazła swój wyraz w licznych orzeczeniach sądów. Przykładowo, Sąd Najwyższy w wyroku II CSK 179/13, z 19.12.2013 r. (LEX nr 1436069) stwierdził m.in.: „ Artykuł 322 k.p.c. obejmuje tylko taki stan rzeczy, w którym powód wyczerpał dostępne i znane mu środki dowodowe, a pomimo tego wysokość szkody pozostaje nieudowodniona. Nie można przyjąć, że jedynym kryterium stosowania art. 322 k.p.c. jest fakt, że szkoda jest niewątpliwa. Zarówno z wykładni językowej tego przepisu, a także jego wykładni systemowej wynika, że strona zgodnie z obciążającym ją ciężarem dowodu powinna przedstawiać dowody także na wykazanie wysokości szkody lub wyjaśnić przyczyny braku takiej możliwości. Ma obowiązek wyczerpania wszystkich dopuszczalnych środków dowodowych i

wykazania, że ściśle udowodnienie żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione.” W wyroku V CSK 17/13 z 5.07.2013 r. (LEX nr 1396449) uznał, że brak koniecznej inicjatywy dowodowej w zakresie okoliczności, które obciążają stronę nie może być zastępowany przez działania sądu podejmowane w ramach art. 322 k.p.c. Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku I ACa 633/13 z 29.11.2013 r. (LEX nr 1416101) przyjął: „Artykuł 322 k.p.c. nie może zastępować bezczynności strony w dowodzeniu dochodzonego odszkodowania”.

Brak aktywności dowodowej strony powodowej skutkuje ujemnymi konsekwencjami procesowy, w tym ostatecznie niemożnością skorzystania z przywileju art.322 k.p.c.

Również niezasadnym okazał się zarzut dotyczący potrącenia należności z czeków. Czeki te na kwoty 12.500 Euro i 25.000 Euro wystawione zostały przez R. M. na rzecz powoda na formularzach B. P. P., z adnotacją „non transferibile”. Informacja z (...) Banku (...) w K. z 10.08.2011 r., wskazuje, że czek te nie będą przyjęte gdyż beneficjentem tych czeków rozrachunkowych jest powód. Pismem z 27.02.2012 r. pozwana Spółka jako wierzyciel wezwała Komornika do podjęcia wszelkich czynności, które Komornik uzna za konieczne w celu realizacji zajętych czeków (pisma k.45, 49 akt Km 577/11. Należy jednak zauważyć, że problem czeków jest problemem egzekucyjnym, a nie powództwa przeciwegzekucyjnego. Wierzytelność z czeku nie jest wierzytelnością powoda wobec pozwanego, którą można w prosty sposób potrącić i umorzyć jedną wierzytelność wobec drugiej, a co za tym idzie ograniczyć w takim zakresie kwestionowany tytuł egzekucyjny. Wierzytelności z tych czeków są wierzytelnościami powoda wobec R.M., które nie podlegały żadnym przekształceniom. Na obecnym etapie nie da się określić jaka kwotę będzie można uzyskać z zajętych czeków. Pierwsze czynności wskazują, że nie będzie to proste ani oczywiste. Ostatecznie Komornik będzie mógł skorzystać z instytucji art.904<sup>1</sup> k.p.c i zbyć wierzytelność. Nadal jednak nie wiadomo jaką kwotę uzyska z tego tytułu kwotę. Pozwana Spółka jako wierzyciel upoważniła Komornika do podjęcia niezbędnych czynności. Powód nie przedstawił swoich wniosków na tym etapie egzekucji.

W związku z tym zarzuty o naruszeniu art.233 §1 k.p.c. i art.217 § 2 k.p.c. okazały się całkowicie niezasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd Apelacyjny w Łodzi na podstawie art. 385 kpc oddalił apelację jako bezzasadną.

O kosztach postępowania apelacyjnego, Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 punkt 7 w zw. z § 12 ust.1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jednolity Dz.U.2013.490).

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji.