

Sygn. akt VI ACa 1339/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 listopada 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Małgorzata Kuracka (spr.)

Sędziowie: SA Aleksandra Kempczyńska

SO del. Paweł Iwaniuk

Protokolant: Katarzyna Łopacińska

po rozpoznaniu w dniu 15 listopada 2016r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.

przeciwko P. K.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 24 czerwca 2015 r.

sygn. akt XX GC 861/14

1. oddala apelację;

2. zasądza od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz P. K. kwotę 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1339/15

UZASADNIENIE

Powód (...) sp. z o. o z siedzibą w W. w dniu 23 czerwca 2014 r. skierował pozew przeciwko P. K. o zasądzenie od pozwanego kwoty 282.408 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 2 maja 2014r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg. norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu wskazano, iż pozwany był zatrudniony bądź współpracował z powodem w okresie od dnia 1 kwietnia 2004r. do dnia 31 grudnia 2012r., przy czym w tym okresie od dnia 9 listopada 2009r. łączyła go z powodem umowa agencyjna. Jak dalej podnoszono, na podstawie umowy agencyjnej pozwany zobowiązał się do stałego pośredniczenia przy zawieraniu umów leasingu na rzecz powoda, za co otrzymywał wynagrodzenie prowizyjne określone w załączniku nr 2 do tejże umowy. Wskazano także, że zgodnie z postanowieniami umowy, w przypadku gdyby strona umowy leasingu zawartej za pośrednictwem pozwanego z powodem opóźniła się ze spłaceniem jednej z

trzech rat więcej niż 60 dni, powód miał prawo żądać zwrotu prowizji wpłaconej pozwanemu z tytułu pośrednictwa przy zawarciu takiej umowy (pkt II ppkt 4 załącznika nr 2 do umowy).

Podniesiono również, że w wyniku przeprowadzonego u powoda przeglądu umów w ramach kontroli właścicielskiej przez Grupę (...) oraz w związku z analizą realizacji kryteriów przyznanych prowizji za transakcje dotyczące sfinansowania przez powoda sprzętów produkowanych przez firmę (...), zostało ustalone, że m.in. w przypadku umów leasingu o następujących numerach: nr (...) z dnia 24 maja 2011r., nr (...) z dnia 40 marca 2011r., nr (...) z dnia 12 sierpnia 2011r., nr (...) z dnia 27 lipca 2011r. powód nie otrzymał w całości, bądź nie otrzymał części płatności należnych mu od korzystającego z tytułu tychże umów, a część z uiszczonych tych rat zapłacona była z ponad 60-dniowym opóźnieniem. W związku z powyższym powód wezwał pozwanego do zwrotu otrzymanych przez niego prowizji w łącznej kwocie 282.408 zł ustalając termin płatności na 30 dzień licząc od dnia otrzymania od pozwanego tego pisma, który to termin upłynął w dniu 1 maja 2014r.

W dniu 30 czerwca 2014r. został wydany nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, mocą którego w całości uwzględniono żądanie strony powodowej wraz z kosztami procesu.

Pozwany sprzeciwem zaskarżył w całości powyższy nakaz zapłaty, wnosząc o oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów procesu.

W uzasadnieniu sprzeciwu podniesiono, iż zawarta przez strony umowa, pomimo jej nazwy jest umową agencyjną, o czym świadczy m.in. jej przedmiot uregulowany w §3 ust. 1 umowy, który jest zbieżny z definicją umowy agencyjnej zawartej w art. 758§1 k.c. W związku z powyższym zdaniem pozwanego do przedmiotowej umowy znajdują zastosowanie regulacje odnoszące się do umowy agencyjnej zawarte w art. 758 i nast. k.c. Wskazano przede wszystkim na bezpodstawność powództwa ze względu na nieważność postanowienia pkt II.4 załącznika do umowy, na podstawie którego strona powodowa wywodziła swoje roszczenie. Podniesiono przy tym, że w/w postanowienie pkt II.4 załącznika do umowy nakładające na pozwanego dodatkową odpowiedzialność za wykonanie zobowiązania przez klienta jest nieważne ponieważ nie przewiduje ono dodatkowego wynagrodzenia dla pozwanego z tego tytułu. Natomiast pozwany nie miał ani w umowie, ani w żadnym innym dokumencie przewidzianego dodatkowego wynagrodzenia z powyższego tytułu i nigdy takiego wynagrodzenia nie otrzymał od powoda. Powołano się przy tym na treść art. 761 (7) k.c. wskazującą, że w umowie agencyjnej zawartej w formie pisemnej można zastrzec, że agent za odrębnym wynagrodzeniem (prowizja del credere), w uzgodnionym zakresie odpowiada za wykonanie zobowiązania przez klienta. Jak dalej argumentowano, istotą klauzuli del credere jest przyjęcie przez agenta za dodatkowym wynagrodzeniem dodatkowej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania przez klienta, odpłatność zaś stanowi element przedmiotowo istotny tej klauzuli, a bez elementu zapłaty nie może ona występować. Ponadto podniesiono, iż pozwany nigdy nie był w trakcie obowiązywania umowy informowany przez powoda o nienależnym wykonywaniu lub niewykonywaniu zobowiązań przez klientów, od zawarcia z którymi umów przez powoda uzyskał on prowizje. Wskazano także, że powód wezwał pozwanego do zwrotu otrzymanych przez niego prowizji, informując jednocześnie powoda o podstawie takiego wezwania dopiero pismem z dnia 28 marca 2014r., zaś umowa została wypowiedziana w dniu 9 października 2012r., czym naruszył postanowienie § 6 obowiązków (...) pkt 3 umowy. Powyższe naruszenie zdaniem pozwanego uniemożliwiło mu podjęcie odpowiednich działań celem zapewnienia należytej realizacji umowy leasingowej przez klienta.

Ponadto podniesiono zarzut przedawnienia do kwoty 79.950 zł z tytułu pośrednictwa przy zawarciu umowy leasingu nr (...) z dnia 30 marca 2011r. wpłaconej pozwanemu w dniu 25 maja 2011r. Wskazano również, iż powód bezpodstawnie dochodzi od pozwanego zwrotu prowizji w kwotach zawierających podatek VAT, podczas gdy faktury VAT obejmujące przedmiotowe prowizje zostały przez powoda zaksięgowane, a zawarty w nich podatek został rozliczony zarówno przez powoda jak i pozwanego.

Wyrokiem z dnia 24 czerwca 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo i zasądził od strony powodowej na rzecz pozwanego kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił, że pozwany był zatrudniony, bądź współpracował z powodem od dnia 1 kwietnia 2004r. do dnia 31 grudnia 2012r., w tym okresie od dnia 9 listopada 2009r. łączyła go ze stroną powodową umowa o przedstawicielstwo. Zgodnie z § 3 umowy powód zlecał, a pozwany zobowiązał się w zakresie działania swego przedsiębiorstwa do stałego pośredniczenia przy zawieraniu umów leasingu na rzecz powoda, w szczególności z podmiotami będącymi klientami Banku (...) S.A. Stosownie zaś do treści §7 przedmiotowej umowy z tytułu świadczenia usług określonych w umowie, przedstawiciel miał otrzymywać wynagrodzenie, zaś jego wysokość, zasady obliczania i wypłaty zostały określone w załączniku nr 2 do umowy.

W czasie wykonywania umowy podstawą wypłaty prowizji pozwanemu przez powoda była faktura VAT, wystawiona pozwanemu w kolejnych okresach rozliczeniowych realizacji umowy, opiewająca na kwotę prowizji wynikającą z zestawienia uprzednio przygotowanego przez powoda i przekazanego pozwanemu. W pkt II ppkt 4 załącznika nr 2 do umowy zawarto zapis, że w przypadku, gdy strona umowy leasingu, zawartej za pośrednictwem pozwanego z powodem, opóźniała się ze spłatą jednej z trzech rat więcej niż 60 dni, powód miał prawo żądać zwrotu prowizji wypłaconej pozwanemu z tytułu pośrednictwa przy zawarciu takiej umowy.

W trakcie obowiązywania umowy powód wypłacił pozwanemu między innymi następujące kwoty prowizji:

-prowizję w kwocie 81.487, 50 zł z tytułu pośrednictwa przy zawarciu umowy leasingu nr (...) z dnia 24 maja 2011r. wypłaconą pozwanemu w dniu 12 lipca 2011r.;

-prowizję w kwocie 79.950 zł tytułu pośrednictwa przy zawarciu umowy leasingu nr (...) z dnia 30 marca 2011r. wypłaconą pozwanemu w dniu 25 maja 2011r.;

-prowizję w kwocie 60.577,50 zł tytułu pośrednictwa przy zawarciu umowy leasingu nr (...) z dnia 12 sierpnia 2011r. wypłaconą pozwanemu w dniu 14 października 2011r.;

-prowizję w kwocie 60.393 zł tytułu pośrednictwa przy zawarciu umowy leasingu nr (...) z dnia 27 lipca 2011r. wypłaconą pozwanemu w dniu 13 września 2011r.

W trakcie trwania umowy pozwany nie był informowany przez powoda w formie pisemnej o nienależnym wykonywaniu, bądź niewykonaniu zobowiązań przez klientów, były jedynie informacje przekazywane na nieformalnych spotkaniach w biurze powoda w formie ustnej oraz korespondencja mailowa strony powodowej z klientami kierowana do wiadomości pozwanego. Nie było natomiast żadnego dokumentu kierowanego do pozwanego zawierającego informację, z której wynikałyby wprost dane dotyczące opóźnień przez korzystających ze spłatą jednej z trzech rat więcej niż 60 dni. Ponadto w okresie współpracy stron powódka nie zgłaszała zastrzeżeń do pracy pozwanego w zakresie windykacji, a wręcz prośby powódki kierowane do pozwanego w zakresie pomocy przy windykacji były przez niego skutecznie realizowane. U strony powodowej nie było określonej procedury czy formy raportu dotyczącej nieterminowych wpłat dokonywanych przez korzystających, które by otrzymywał pozwany. W § 6 ust. 3 umowy z dnia 9 listopada 2009r. zawarto, że powód zawiadamia w rozsądnym czasie o przyjęciu lub odrzuceniu propozycji zawarcia umowy leasingu z klientem wyszukany przez agenta oraz o niewykonaniu przez korzystającego umowy leasingu, w której zawarciu pośredniczył agent.

W wyniku przeprowadzonego u powoda przeglądu umów w ramach kontroli właścicielskiej przez Grupę (...) oraz w związku z analizą realizacji kryteriów przyznanych prowizji za transakcje dotyczące sfinansowania przez powoda sprzętów produkowanych przez firmę (...), zostało ustalone, że w przypadku umów leasingu o numerach: (...) powód nie otrzymał całości bądź nie otrzymał części płatności należnych mu od korzystającego z tytułu tychże umów, zaś część uiszczonych rat była z ponad 60 dniowym opóźnieniem:

- w przypadku umowy leasingu nr (...) z dnia 24 maja 2011r. powód odnotował opóźnienie w płatności III raty leasingowej w kwocie 55.401,17 zł w ilości 78 dni;

- w przypadku umowy leasingu nr (...) z dnia 30 marca 2011r. powód odnotował opóźnienie w płatności trzeciej raty w kwocie 72.301,28 zł w ilości 64 dni po terminie;

- w przypadku umowy leasingu nr (...) z dnia 12 sierpnia 2011r. powód nie odnotował jakiegokolwiek wpłaty ze strony korzystającego na poczet trzeciej raty z tytułu przedmiotowej umowy w wysokości 44.337,39 zł ;

- w przypadku umowy leasingu nr (...) z dnia 27 lipca 2011r. powód odnotował opóźnienie w płatności drugiej raty leasingu w kwocie 41.303,55 zł w ilości 66 dni po terminie jej płatności.

Powód w dniu 17 lutego 2014r. zawiadomił Prokuraturę Okręgową w B. o podejrzeniu popełnienia przestępstwa wyłudzenia z art. 297§1 kk.

W rozważaniach prawnych Sąd Okręgowy wskazał, iż w jego ocenie umowa łącząca strony zawarta w dniu 9 listopada 2009r. była w istocie umową agencyjną, o czym świadczy m. in. jej przedmiot uregulowany w § 3 ust. 1 umowy, który jest zbliżony z definicją umowy agencyjnej zawartej w art. 758§ 1 k.c. Powyższej okoliczności nie kwestionowała również sama strona powodowa, toteż do przedmiotowej umowy znajdują zastosowanie regulacje odnoszące się do umowy agencyjnej zawarte w art. 758 i nast. kodeksu cywilnego.

Następnie Sąd przypomniał, iż jako podstawę swoich roszczeń dochodzonych w niniejszej sprawie strona powodowa wskazała na postanowienia pkt II.4 Załącznika do umowy stanowiącego, iż „w przypadku, gdy korzystający będzie opóźniał się z płaceniem jednej z 3 pierwszych rat więcej niż 60 dni (...) ma prawo żądać zwrotu wypłaconej z tytułu danej umowy prowizji” oraz fakt opóźnienia w spłacie rat lub częściowo nie otrzymania płatności tych rat odnośnie czterech wyżej wskazanych umów leasingu. Stosownie natomiast do treści art. 761 (7) § 1 k.c. w umowie agencyjnej zawartej w formie pisemnej można zastrzec, że agent za odrębnym wynagrodzeniem (prowizja del credere) w uzgodnionym zakresie, odpowiada za wykonanie zobowiązania przez klienta. Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, agent odpowiada za to, że klient spełni świadczenie. W razie niezachowania formy pisemnej poczytuje się umowę agencyjną za zawartą bez tego zastrzeżenia. W związku z powyższym istotą klauzuli del credere jest przyjęcie przez agenta, za dodatkowym wynagrodzeniem (tzw. prowizja del credere) dodatkowej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania przez klienta. Odpłatność stanowi zatem element przedmiotowo istotny tejże klauzuli, a bez elementu zapłaty nie może ona występować. Prowizja należy się agentowi za samo przyjęcie ryzyka, nie zależy zaś od tego, czy rzeczywiście doszło do realizacji jego odpowiedzialności. Tak ukształtowana odpłatność z jednej strony wskazuje na to, że agentowi przysługuje z tytułu ponoszenia tej odpowiedzialności odrębne (dodatkowe) wynagrodzenie, przy czym, zdaniem Sądu, wskazanie na „odrębne wynagrodzenie" oznacza dopuszczalność jego określenia przez strony zarówno jako prowizji, jak i w innej postaci (np. zryczałowanej). W związku z powyższym, w ocenie Sądu, w niniejszej sprawie postanowienie zawarte w pkt II 4 Załącznika do umowy, które zostało wskazane przez stronę powodową, jako podstawa żądania, nakładające na pozwanego dodatkową odpowiedzialność za wykonanie zobowiązania przez klienta jest nieważne, ponieważ nie przewiduje ono dodatkowego wynagrodzenia dla agenta z tego tytułu. Pozwany zaś nie miał ani w umowie ani w żadnym innym dokumencie przewidzianego dodatkowego wynagrodzenia z powyższego tytułu, jak również nigdy takiego wynagrodzenia nie otrzymał od powoda.

Niezależnie od tego Sąd wskazał, iż pozwany w trakcie trwania umowy nie był informowany przez powoda o nienależytym wykonywaniu lub nie wykonaniu zobowiązań przez klientów. Nie czyniły zadość temu obowiązkowi ze strony powodowej ustne informacje kierowane do pozwanego oraz korespondencja mailowa pomiędzy stroną powodową, a klientami. Sąd zwrócił uwagę, że powód sam w pozwie przyznał, że w lutym 2014r., w wyniku przeprowadzonego u niego przeglądu umów w ramach kontroli właścicielskiej przez Grupę (...), zostało ustalone, że m.in. w przypadku umów leasingu będących przedmiotem sporu powód nie otrzymał całości, bądź nie otrzymał części płatności należnych mu od korzystającego z tytułu tychże umów, a część uiszczonych rat została zapłacona z 60-dniowym opóźnieniem.

Natomiast zwrócić należało uwagę, że powód wezwał pozwanego do zwrotu otrzymanych przez niego prowizji dopiero pismem z dnia 28 marca 2014r., umowa zaś została wypowiedziana przez powoda w dniu 9 października 2012r.

z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia. Gdyby natomiast hipotetycznie zakładając pozwany miał wiedzę, że korzystający opóźnia się z zapłatą rat leasingowych, to mógłby w odpowiedni sposób zareagować, co zresztą, tak jak zeznał świadek P. B. zawsze czynił stosując tzw. windykację miękką poprzez rozmowy i negocjacje z klientami, co wielokrotnie prowadziło do skutecznych wpłat. W tym przypadku zaś pozwany nie miał możliwości odpowiedniej i skutecznej reakcji, która w efekcie mogłaby doprowadzić do ściągnięcia zaległości od korzystających. Zdaniem Sądu strona powodowa zatem nie wykazała dostatecznie, że w odpowiedni sposób informowała pozwanego o zaległościach powstałych po stronie korzystających, a wręcz pozwany informację o zaległościach stanowiących podstawę pozwu otrzymał dopiero po półtorarocznym okresie od zakończenia współpracy pomiędzy stronami.

W uznaniu Sądu I instancji strona powodowa naruszyła więc postanowienie zawarte w § 6 Obowiązków (...) pkt 3 umowy, zgodnie z którym (...) zobowiązuje się m.in. do zawiadomienia przedstawiciela w rozsądnym czasie, o przyjęciu lub odrzuceniu propozycji zawarcia umowy leasingu z klientem wyszukany przez przedstawiciela oraz o niewykonaniu przez korzystającego umowy leasingu, w której zawarciu przedstawiciel pośredniczył. W związku z powyższym niezależnie od wyżej przyjętej nieważności pkt II. 4 załącznika do umowy, okoliczność braku odpowiednich informacji, przesłanych przez powoda w rozsądnym terminie, uniemożliwiła pozwanemu zapobiegnięcie konsekwencjom wskazanym w przedmiotowym zapisie.

Niezależnie od powyższego Sąd podzielił zarzut pozwanego, w zakresie przedawnienia roszczenia, odnośnie dochodzonego przez powoda zwrotu prowizji w kwocie 79.950 zł z tytułu pośrednictwa przy zawarciu umowy leasingu nr (...) z dnia 30 marca 2011 r., wypłaconej pozwanemu w dniu 25 maja 2011r. Wskazał, że roszczenia z umowy agencyjnej przedawniają się na zasadach ogólnych określonych w art. 118 k.c. i w przedmiotowej sprawie, jako związane z działalnością gospodarczą, przedawniają się po upływie 3 lat. Natomiast pozew w przedmiotowej sprawie został złożony w dniu 18 czerwca 2014r., a co za tym idzie już po okresie przedawnienia wskazanego wyżej roszczenia powoda.

O kosztach procesu Sąd orzekł stosownie do treści art. 98 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

Apelację od powyższego wyrok złożył powód, zaskarżając orzeczenie w całości i zarzucając:

1. Naruszenie przepisów prawa materialnego, poprzez:

1.1. niezastosowanie art. 353¹ k.c., statuującego zasadę swobody umów w zw. z art. 89 k.c., dopuszczającego uzależnienie ustania skutków czynności prawnej od warunku rozwiązującego, w związku z art. 758¹k.c., statuującego swobodę stron umowy agencyjnej w zakresie ustalania sposobu wynagrodzenia agenta oraz art. 761³ k.c., statuującego swobodę stron umowy agencyjnej w zakresie ustalania czasu, w którym agent nabywa prawo do prowizji;

1.2. błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie:

1.2.1. art. 761⁷§ 1 k.c., na skutek ustalenia, że przepis ten, określający warunki dopuszczalności zastrzeżenia w umowie agencyjnej odpowiedzialności powoda za wykonanie zobowiązań przez klienta (tzw. klauzula del credere) ma zastosowanie do łączącej powoda i pozwanego umowy agencyjnej,

1.2.2. art. 760² § 2 k.c., na skutek ustalenia, że dla zawiadomienia agenta (pozwanego) przez dającego zlecenie (powoda) o niewykonaniu umowy, przy której zawarciu agent pośredniczył, jest wymagana forma pisemna, a zawiadomienie w formie ustnej lub poprzez pocztę elektroniczną nie jest wystarczające do uznania, że dający zlecenie wykonał obowiązek zawiadomienia agenta, o którym mowa w tym przepisie,

1.2.3. art. 118 w zw. z art. 120 i art 123 § 1 pkt 1 k.c., na skutek ustalenia, że roszczenie dochodzone przez powoda częściowo uległo przedawnieniu,

2. Naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie - art. 328 § 2 oraz 233 § 1 k.p.c., poprzez nierozważenie wszystkich podniesionych w pozwie i pismach procesowych twierdzeń powoda i pozwanego oraz dowodów na ich poparcie oraz nieprawidłowe uzasadnienie zaskarżonego wyroku, prowadzące do sprzeczności istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji - przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja okazała się bezzasadna.

Nietrafny okazał się zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Sąd Okręgowy wskazał na jakich dowodach oparł swoje ustalenia faktyczne oraz wyjaśnił podstawę prawną rozstrzygnięcia. Natomiast okoliczność, iż nie podzielił poglądów prawnych powoda nie może dezawuować jego rozważań, tym bardziej, iż treść motywów pozwałała w pełni prześledzić tok rozumowania Sądu I instancji. Argumentacja prawna Sądu jest jasna i czytelna. Sąd natomiast nie ma obowiązku ustosunkowywać do każdego elementu wyводу prawnego strony, jeżeli dochodzi do innych wniosków o charakterze prawnym, wskazując etapy swojego wnioskowania.

Sąd Okręgowy dokonał na podstawie zebranych dowodów prawidłowych ustaleń faktycznych, które Sąd Apelacyjny uznaje za własne. Nie budziła również zastrzeżeń Sądu Apelacyjnego dokonana ocena tychże dowodów, która w pełni odpowiadała wymogom art. 233§1 k.p.c. Należy zauważyć przy tym, iż strona powodowa kwestionując ocenę dowodów pod kątem jej prawidłowości w ramach powyższego przepisu oraz w konsekwencji zarzucając sprzeczność ustaleń Sądu z treścią zebranego materiału dowodowego w istocie rzeczy pragnie podważyć ocenę prawną ustalonego stanu faktycznego w płaszczyźnie art. 761⁷§1 k.c. i art. 120§1 k.c., co nie może być przedmiotem zarzutu procesowego, czyniąc go bezzasadnym. Nie stanowi również naruszenia art. 233§1 k.p.c., ani nie może być przedmiotem zarzutu dokonania ustaleń niezgodnych z treścią materiału inna ocena wypełniania przez powoda względem pozwanego obowiązku informacyjnego, o którym mówi §6 ust. 3 umowy z dnia 9.11.2009 r. W tej sytuacji chodziło o kwalifikację określonych zachowań powoda /mało konkretne informacje ustne i mailowe/ jako niewypełnienia tegoż obowiązku, natomiast zresztą sama strona powodowa w uzasadnieniu apelacji przyznaje, iż Sąd pominął konsekwencje takiego stanu faktycznego, niezasadnie przyjmując wymóg formy pisemnej dla takich zawiadomień. W związku z tym, powyższą ocenę jako dotyczącą subsumpcji w ramach konkretnego przepisu umowy, strona winna zwalczać stosownym zarzutem o charakterze materialnoprawnym, nie zaś procesowym, który jest w tej sytuacji nietrafny.

Sąd Apelacyjny stanął również na stanowisku, iż nie jest dopuszczalne uwzględnianie wniosku strony powodowej i odraczenie rozprawy celem umożliwienia stronie powodowej, jak to sama określała, rozszerzenia podstawy faktycznej i prawnej powództwa, poprzez zgłoszenie przedmiotowego roszczenia w ramach podstawy prawnej art. 415 k.c. /protokół elektroniczny – k. 226 i nast., pismo procesowe strony powodowej z dnia 15.11.2016 r., dotyczące przyszłych wniosków dowodowych – k. 220/. Należało bowiem zauważyć, iż przedmiotowe roszczenie zostało oparte o przepisy odpowiedzialności kontraktowej, dotyczące prawidłowego wykonania umowy, a w ramach tego kwestią kluczową była ocena spornego postanowienia załącznika nr 2 do umowy, odnośnie pkt 4 ust. 3, pod kątem przepisu art.761⁷ k.c. Tymczasem formułowanie roszczenia wywodzonego z odpowiedzialności deliktowej /art. 415 i nast. k.c./ wymaga poczynienia innych ustaleń faktycznych, albowiem diametralnie różnią się przesłanki takowego żądania. Powoływanie się zatem na te ostatnie przepisy prawa materialnego stanowi niedopuszczalną w postępowaniu apelacyjnym, zmianę powództwa w rozumieniu art. 383 k.p.c. /por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 19.11.1998 r., III CKN 32/98/. Niezależnie od tego trzeba wskazać, że strona powodowa na rozprawie w dniu 15.11.2016 r. nie dysponowała jeszcze żadnymi dowodami, dopiero zamierzała je gromadzić, zaś okoliczności faktyczne dotyczące toczącego się postępowania prokuratorskiego V Ds. 54/12, prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w B., były jej znane już w

czasie postępowania przed Sądem I instancji. Przytaczanie ich zatem na obecnym etapie należało uznać za spóźnione w rozumieniu art.381 k.p.c..

Przechodząc do oceny zarzutów o charakterze materialnoprawnym, a w konsekwencji prawidłowości subsumpcji w płaszczyźnie cytowanych w apelacji przepisów k.c., w tym w szczególności art. 761⁷ k.c., należało zważyć, co następuje.

Sąd Apelacyjny podziela pogląd powoda w tym znaczeniu, iż sporne postanowienie umowy, zawarte w pkt.4 ust. 3 załącznika nr 2 do teje umowy, nie stanowi klauzuli del credere w rozumieniu art. 761⁷ k.c., ale z innych przyczyn niż to argumentuje apelujący. Jego wywody, zawarte w szczególności w tabeli porównawczej na str. 5 i 6 uzasadnienia apelacji, zawierające wskazane /po lewej stronie tabeli/ cechy spornej klauzuli są oparte na przyjętym założeniu, iż nie jest to klauzule del credere, strona zatem prowadzi argumentację co do tezy, przyjmując założenie, iż ta teza już istnieje. Nie wyprowadza zaś tezy z założeń i przesłanek, które by były przez strony wskazane w umowie, tylko formułuje skutki, przyjmując a priori, iż nie jest to klauzula del credere.

Należy natomiast zauważyć, iż istotą klauzuli del credere, unormowanej w art. 761⁷ k.c. jest przyjęcie przez agenta - za dodatkowym wynagrodzeniem /tzw. prowizją del credere/ - dodatkowej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania przez klienta. Do essentialiów negotii tego postanowienia umownego należy więc odpłatność, bez tego elementu zapłaty nie może ono występować. Prowizja należy się agentowi za samo przyjęcie ryzyka, nie zależy zaś od tego, czy doszło do realizacji jego odpowiedzialności /por. Tadeusz Wiśniewski, Komentarz do Kodeksu cywilnego, Księga III, Zobowiązania, Tom 2, LexisNexis Polska Sp. z oo, wyd. 10, str. 631/. Skoro zatem strony takiej odpłatności w umowie nie przewidziały, to klauzula del credere nie jest nieważna, jak przyjął Sąd I instancji, lecz jest to czynność nieistniejąca. Brak bowiem jednego z elementów konstrukcyjnych tego postanowienia umownego. W konsekwencji zdanie drugie pkt. 3 postanowienia nr 4 załącznika nie stanowi klauzuli del credere w rozumieniu art. 761⁷ k.c.

Rozważając dalej postanowienia nr 4 pkt. 1,2,3, zawarte w załączniku nr 2 do umowy, należy zauważyć, iż koncepcja strony powodowej, jakoby stanowiły one warunki w rozumieniu art. 89 k.c. jest chybiona. Warunkiem w rozumieniu powyższego przepisu jest zdarzenie przyszłe i niepewne, natomiast powyższe postanowienia zawarte w pkt. 1-3 stanowią jedynie przesłanki, od których ma zależeć prowizja. Z kolei zdanie 2 zawarte pod pkt. 3 o treści „W przypadku, gdy korzystający będzie się opóźniał z płaceniem jednej z trzech pierwszych rat więcej niż 60 dni (...) ma prawo żądać zwrotu wypłaconej z tytułu danej umowy prowizji”, stanowi ukształtowaną przez strony odpowiedzialność gwarancyjną, o której mowa w art. 391 k.c. Przewiduje ona bowiem odpowiedzialność finansową agenta za klienta w sytuacji, gdy opóźni się z zapłatą jednej z trzech pierwszych rat więcej niż 60 dni. Odpowiedzialność ta została przy tym określona bardzo restrykcyjnie, za samo opóźnienie po stronie leasingobiorcy, niezależnie od tego, czy dalej on uiści należność na rzecz leasingodawcy. Teoretycznie, gdyby każdy klient jedynie tylko opóźnił się z zapłatą jednej z rat we wskazany sposób, agent w ogóle pozbawiony byłby de facto prowizji. Należy zauważyć jednak, zdaniem Sądu Apelacyjnego, iż przepis art. 761⁽⁷⁾ k.c. ma charakter normy iuris cogentis, określa on jak może być ukształtowana odpowiedzialność gwarancyjna w przypadku umowy agencyjnej. Jej celem jest ochrona agenta za przyjęcie na siebie określonego ryzyka. Skoro tak, to w tej sytuacji określenie tej odpowiedzialności przez strony w umowie w sposób odmienny, pozbawiający agenta stosownej prowizji za ryzyko, jako sprzeczne z przepisem bezwzględnie obowiązującym jest nieważne, stosownie do treści art. 58 §1 k.c. Natomiast brak jest podstaw do przyjęcia, aby istniały okoliczności /strona powodowa ich w każdym razie nie wykazała/, w świetle których wynikałoby, że bez postanowień dotkniętych nieważnością /dodatkowej w istocie i nieobligatoryjnej/ klauzuli, czynność w postaci zawarcia umowy agencyjnej nie zostałaby dokonana. W konsekwencji, skoro przedmiotowe postanowienie umowne, zawarte z zdaniem drugim pkt .4.3, jest nieważne, brak podstaw do żądania przez skarżącego zwrotu prowizji, co czyniło powództwo bezzasadnym. W tej sytuacji, skoro roszczenie powodowi nie przysługiwało, to odnoszenie się do pozostałych zarzutów apelacji było bezprzedmiotowe.

W tym miejscu jedynie należy wskazać, iż rację miał skarżący, iż brak było podstaw do przyjęcia częściowego przedawnienia roszczeń w świetle art. 120§1 k.c. w zw. art. 117 k.c. i art. 118 k.c. /w założeniu gdyby przysługiwały/,

skoro skarżący mógł najwcześniej żądać zapłaty prowizji w 61 dniu opóźnienia w płatności raty leasingowej, wymagalnej w dniu 30 czerwca 2011 r., a zatem 30 sierpnia 2011 r. Termin przedawnienia upłynął więc w dniu 30 sierpnia 2014 r., zaś pozew złożono w dniu 18 czerwca 2014 /k. 77/.

W związku z tym apelacja jako bezzasadna podlegała oddaleniu, co na podstawie art. 385 k.p.c. implikowało orzeczenie jak na wstępie. Postanowienie o kosztach postępowania apelacyjnego uzasadnia treść art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 i k.p.c. w zw. art. 99 k.p.c. i w zw. z § 6 pkt w zw. z § 12 ust 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu r. (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 490 ze zm.).