

Sygn. akt I ACa 1202/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 grudnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Hanna Nowicka de Poraj (spr.)
Sędziowie:	SSA Jerzy Bess SSO del. Rafał Adamczyk
Protokolant:	sekretarz sądowy Katarzyna Rogowska

po rozpoznaniu w dniu 6 grudnia 2013 r. w Krakowie na rozprawie  
sprawy z powództwa (...)spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.  
przeciwko W. P. (1), (...) spółce jawnej w Z.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 29 maja 2013 r. sygn. akt I C 1751/12

**1. zmienia zaskarżony wyrok przez nadanie mu następującej treści: I. zasądza od pozwanych (...) spółki jawnej w Z., W. P. (1) i K. B. solidarnie – przy czym w odniesieniu do pozwanych W. P. (1) i K. B. subsydiarnie w stosunku do (...) spółki jawnej w Z. – na rzecz strony powodowej (...)spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 101 728,35 zł (sto jeden tysięcy siedemset dwadzieścia osiem złotych trzydzieści pięć groszy) z ustawowymi odsetkami liczonymi:**

**- od kwoty 1.938,43 zł od dnia 18.10.2011r. do dnia zapłaty,**

**- od kwoty 6.321,74 zł od dnia 09.11.2011r. do dnia zapłaty,**

**- od kwoty 1.887,98 zł od dnia 09.12.2011r. do dnia zapłaty,**

**- od kwoty 1.677,76 zł od dnia 05.01.2012r. do dnia zapłaty,**

**- od kwoty 1.325,45 od dnia 17.01.2012r. do dnia zapłaty,**

**- od kwoty 6.319,63 zł od dnia 09.02.2012r. do dnia zapłaty**

- od kwoty 287,22 zł od dnia 15.02.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 2.495,02 zł od dnia 17.02.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 4.150,04 zł od dnia 13.03.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 2.755,41 zł od dnia 21.03.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 4.695,86 zł od dnia 11.04.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 252,72 zł od dnia 11.04.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 294,84 zł od dnia 11.04.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 15.876,10 zł od dnia 17.04.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 3.450,32 zł od dnia 17.04.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 6.796,37 zł od dnia 27.04.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 6.989,71 zł od dnia 10.05.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 16.550,27 zł od dnia 22.05.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 2.390,64 zł od dnia 22.05.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 3.897,19 zł od dnia 07.06.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 3.071,04 zł od dnia 16.06.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 4.456,91 zł od dnia 04.07.2012r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 3.987,70 zł od dnia 14.07.2012r. do dnia zapłaty,

**II. w pozostałym zakresie powództwo oddala;**

**III. zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz strony powodowej kwotę 5.614,50 zł (pięć tysięcy sześćset czternaście złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów procesu”;**

**2. w pozostałej części apelację oddala;**

**3. zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz strony powodowej kwotę 690 zł (sześćset dziewięćdziesiąt złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

I ACa 1202/13

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 26 lipca 2012 r. powód (...)sp. z o.o. w W. domagał się zasądzenia solidarnie od pozwanych (...) K. B. sp. j. w Z., W. P. (1) i K. B. kwoty **224 572, 14 zł.** z ustawowymi odsetkami liczonymi od poszczególnych sum częściowych i dat wymienionych szczegółowo w pozwie. Wniósł ponadto o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

W uzasadnieniu powód podał, że z pozwaną (...) K. B. sp. j. W K. łączyła go umowa podnajmu lokalu użytkowego na parterze budynku (...) w Z. przy ul. (...). Podnajemca nie regulował w terminie przewidzianych umową należności i nie spełnił świadczenia, mimo wezwania go do ich zapłaty w terminie jednego miesiąca pod rygorem zastosowania

środków prawnych przewidzianych w art. 17 ust. 2 lit. a) umowy. Wyznaczony termin upłynął bezskutecznie. Pismem z dnia 31 maja 2012 r. wynajmujący wypowiedział umowę ze skutkiem natychmiastowym, a następnie wezwał do zapłaty wszystkich wymagalnych świadczeń obciążających podnajemcę i do opróżnienia lokalu z wszystkich osób i rzeczy. Najemca nie wykonał obowiązku zapłaty. Powód w niniejszym postępowaniu domaga się zapłaty tych należności (czynszu stałego, prowizji od obrotu, opłat eksploatacyjnych, należności za zużycie wody) oraz zapłaty kary umownej w kwocie 109433,59 zł, odpowiadającej równowartości kwoty czynszu i zaliczek na poczet kosztów bieżącej działalności za okres 6 miesięcy, przeliczonej zgodnie ze średnim kursem NBP na dzień rozwiązania umowy, na podstawie art. 17.3 umowy.

Odpowiedzialność pozwanych W. P. (1) i K. B. została uzasadniona solidarną subsydiarną odpowiedzialnością wspólników spółki jawnej.

W piśmie z dnia 11 października 2012 r. strona powodowa sprecyzowała, że za wyjątkiem kwoty 109433,59 zł, pozostałych należności dochodzonych pozwem domaga się tytułem czynszu najmu, tj. czynszu sensu stricto, kosztów i opłat eksploatacyjnych.

W złożonej w dniu 13 listopada 2012 r. odpowiedzi na pozew **pozwany W. P. (1)** wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu. Pozwany zarzucił, że wyznaczenie przez powoda terminu do zapłaty zaległości było bezpodstawne, gdyż pozwany podnajemca zalegał wyłącznie z czynszem za kwiecień 2012 r. Wypowiedzenie najmu było zatem bezskuteczne, jednakże pozwana przyjęła je, a w konsekwencji umowa najmu uległa rozwiązaniu na koniec maja 2012 r. Zarzucił ponadto, że żądanie zapłaty kary umownej jest bezzasadne, albowiem kara nie została w umowie ustalona kwotowo, karę umowną zastrzeżono nieważnie gdyż nie jest dopuszczalne zastrzeżenie takiej kary na wypadek odstąpienia od umowy, a nadto umowy nie wypowiedziano skutecznie. Pozwany zarzucił ponadto, że pozwany podnajemca nie ponosi winy; brak zapłaty na rzecz powoda należności z tytułu podnajmu wynikał z nietrafionych pomysłów na prowadzenie działalności gospodarczej i zaciągnięcie przez pozwaną spółkę zbyt dużych pożyczek na te cele. Zarzucił wreszcie, że powód nie poniósł szkody. Dodatkowo pozwany zarzucił, że opłaty i czynsz za miesiąc czerwiec są nienależne, albowiem rozwiązanie umowy najmu nastąpiło na koniec maja 2012 r.

W złożonej w dniu 14 listopada 2012 r. odpowiedzi na pozew pozwana **(...) K. B. sp. j. w Z.** wniosła o oddalenie powództwa i o zasądzenie od strony powodowej zwrotu kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odpowiedzi na pozew przyłączyła się do zarzutów podniesionych przez pozwanego W. P. (1).

Również pozwany K. B. wniósł o oddalenie powództwa.

Na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2013 r. pozwani zarzucili zawyżenie sum dochodzonych przez powoda jako wynagrodzenie prowizyjne z uwagi na nieuwzględnienie waloryzacji tej części obrotu podnajemcy, która wolna była od prowizji. Zakwestionowali też naliczenie należności za eksploatację i media oraz z tytułu kary umownej. Bezsporne są natomiast należności czynszowe za wyjątkiem czynszu za czerwiec (w szczególności oświadczenia pod 00:34 i następne rozprawy z dnia 17 kwietnia 2013 r.).

Na rozprawie w dniu 15 maja 2013 r. pozwani dodatkowo zarzucili, że po upływie 30 dni od rozwiązania umowy strona powodowa nie może domagać się zwrotu zaliczek na poczet kosztów eksploatacyjnych a jedynie ale zwrotu realnie przez nią poniesionych kosztów eksploatacji. Zakwestionowali ponadto naliczanie przez powoda w ramach kosztów eksploatacji tak zwanych „kosztów zarządzania i konserwacji” – jako niezgodnego z umową.

**Sąd Okręgowy w Krakowie wyrokiem z dnia 29 maja 2013 r., sygn. akt IC 1751/12)** zasądził na rzecz powoda od pozwanych solidarnie – przy czym w odniesieniu do pozwanych W. P. (1) i K. B. subsydiarnie w stosunku do (...) spółki jawnej w Z., kwotę **61337, 80 zł**, z ustawowymi odsetkami liczonymi: od kwoty 1499 zł. 65 gr. od dnia 18 października 2011 r, od kwoty 2122 zł. 85 gr. od dnia 9 listopada 2011 r, od kwoty 1458 zł. 64 gr. od dnia 9 grudnia 2011 r, od kwoty 1287 zł. 72 gr. od dnia 5 stycznia 2012 r, od kwoty 1001 zł. 30 gr. od dnia 17 stycznia 2012 r, od kwoty 2080 zł. 94 gr. od dnia 9 lutego 2012 r, od kwoty 287 zł. 22 gr. od dnia 15 lutego 2012 r, od kwoty 1872 zł. 06 gr. od

dnia 17 lutego 2012 r, od kwoty 2083 zł. 75 gr. od dnia 21 marca 2012 r, od kwoty 252 zł. 72 gr. od dnia 11 kwietnia 2012 r, od kwoty 294 zł. 84 gr. od dnia 11 kwietnia 2012 r, od kwoty 12269 zł. 49 gr. od dnia 17 kwietnia 2012 r, od kwoty 2648 zł. 73 gr. od dnia 17 kwietnia 2012 r, od kwoty 6898 zł. 71 gr. od dnia 10 maja 2012 r, od kwoty 12797 zł. 53 gr. od dnia 22 maja 2012 r, od kwoty 1787 zł. 19 gr. od dnia 22 maja 2012 r, od kwoty 3897 zł. 19 gr. od dnia 7 czerwca 2012 r, od kwoty 2340 zł. 36 gr. od dnia 16 czerwca 2012 r, od kwoty 4456 zł. 91 gr. od dnia 4 lipca 2012 r – do dnia zapłaty (punkt I). W pozostałej części Sąd Okręgowy oddalił powództwo (punkt II) i zniósł wzajemnie między stronami koszty postępowania (punkt III).

Rozstrzygnięcie powyższe zostało poprzedzone następującymi ustaleniami faktycznymi.

W dniu 2 listopada 2009 r. pomiędzy powodem a K. B. została zwarta mowa podnajmu lokalu użytkowego na parterze budynku (...) w Z. przy ul. (...) na okres do 31 października 2014 r. Najemca zobowiązał się do wpłacania wynajmującemu czynszu stanowiącego 12 USD netto za 1 m<sup>2</sup> oraz wynagrodzenia prowizyjnego netto w wysokości 5% nadwyżki obrotu osiąganego miesięcznie z działalności w lokalu ponad podstawową kwotę obrotu równą 70.000 zł. Podstawowa kwota obrotu miała być waloryzowana o wskaźnik wzrostu cen artykułów konsumpcyjnych obejmujący wszystkich pracowników umysłowych i fizycznych miast w USA. W czasie całego okresu obowiązywania umowy najmu najemca został zobowiązany do płacenia udziału w kosztach bieżącej eksploatacji budynku wymienionych w załączniku nr 5 do umowy. Zaliczki na poczet tych kosztów ustalono na równowartość 3,50 USD netto za 1 m<sup>2</sup> powierzchni lokalu miesięcznie. W terminie do dnia 31 marca każdego roku trwania okresu podnajmu oraz w terminie nie dłuższym niż 30 dni po rozwiązaniu lub wygaśnięciu umowy wynajmujący miał przedstawić najemcy szczegółową kalkulację rzeczywiście poniesionych kosztów bieżącej eksploatacji budynku. Poza czynszem i kosztami bieżącej eksploatacji najemca miał dodatkowo ponosić koszty zużycia mediów i koszty klimatyzacji i ogrzewania lokalu.

Wynajmujący miał prawo rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym jeżeli najemca dopuszczał się zwłoki z zapłatą czynszu, kosztów bieżącej eksploatacji lub innych opłat za dwa pełne okresy, zaś wyznaczony przez wynajmującego dodatkowy jednomiesięczny termin do zapłacenia w/w zaległości upłynął bezskutecznie (pkt 17.2 lit. a umowy). Wynajmującemu przysługiwało prawo dochodzenia od najemcy odszkodowania z tytułu szkód poniesionych w związku z wcześniejszym rozwiązaniem umowy (jeżeli rozwiązane jest spowodowane z winy najemcy) do wysokości równowartości w złotych kwoty czynszu i zaliczek na poczet kosztów bieżącej eksploatacji budynku za okres 6 miesięcy.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2012 r. pełnomocnik powoda wyznaczył pozwanej (...) K. B. sp. j. dodatkowy jednomiesięczny termin, liczony od dnia doręczenia pisma, do zapłaty wszystkich wymagalnych należności obciążających najemcę (czynszu, kosztów bieżącej eksploatacji budynku i innych opłat przewidzianych umową) pod rygorem zastosowania przez wynajmującego środków prawnych określonych powołanym przepisem art. 17 ust. 2 lit. a umowy. Pismo doręczono pozwanej w dniu 30 kwietnia 2012 r. Pismem datowanym na dzień 31 maja 2012 r. powód wypowiedział pozwanej umowę podnajmu ze skutkiem natychmiastowym. Pismo wysłano listem poleconym w dniu 1 czerwca 2012 r. W dniu 2 lipca 2012 r. lokal będący przedmiotem podnajmu został wydany przez pozwaną powodowi.

Wskaźnik CPI (wzrostu cen artykułów konsumpcyjnych obejmujących wszystkich pracowników umysłowych i fizycznych miast w USA) wynosił: 1/w 2010 r. 2,18% - tym samym wolna od prowizji kwotę 70000 należało na koniec 2010 r. zwaloryzować do kwoty 71526 zł. i taka kwota powinna stanowić podstawę obliczenia prowizji od obrotu za 2011 r, 2/ w 2011 r. 2,24% - tym samym kwotę 71526 zł. należało na koniec 2011 r. do kwoty 73128,18 zł. i taka kwota powinna stanowić podstawę obliczenia prowizji od obrotu za 2012 r.

Powód wystawił na rzecz pozwanej spółki, jako odbiorcy następujące faktury VAT:

- na kwotę 6321,74 zł. tytułem opłat eksploatacyjnych za wrzesień 2011 r. w kwocie 4198,89 zł. i rozliczenia zużycia wody za III kwartał 2011 r. w kwocie 2122,85 zł.

- na kwotę 6319,63 zł. tytułem opłat eksploatacyjnych za grudzień 2011 r. w kwocie 4238,69 zł. i rozliczenia zużycia wody za IV kwartał 2011 r. w kwocie 2080,94 zł.

- na kwotę 4150,04 zł. tytułem opłat eksploatacyjnych za styczeń 2012 r.
- na kwotę 4695,86 zł. tytułem opłat eksploatacyjnych za luty 2012 r.
- na kwotę 15876,10 zł. tytułem najmu powierzchni za kwiecień 2012 r. w kwocie 12269,49 zł. i opłaty eksploatacyjnej za kwiecień 2012 r. w kwocie 3606,61 zł.
- na kwotę 6796,37 zł. tytułem rozliczenia zryczałtowanej opłaty eksploatacyjnej za 2011 r.
- na kwotę 16550,27 zł. tytułem najmu powierzchni za maj 2012 r. w kwocie 12797,53 zł. i opłaty eksploatacyjnej za maj 2012 r. w kwocie 3752,74 zł.
- na kwotę 17348,90 zł. tytułem najmu powierzchni za czerwiec 2012 r. i opłaty eksploatacyjnej za czerwiec 2012 r.

W dniu 27 marca 2012 r. powód sporządził kalkulację rozliczenia, w której stwierdził, że na poczet zaliczek kosztów eksploatacji w 2011 r. pozwana spółka wpłaciła kwotę 33416,81 zł. brutto.

Rozliczenie kosztów eksploatacyjnych za 2011 r. wskazywało jako sumę kosztów kwotę 1 529 668, 83 zł. w ramach tej kwoty kwotę 780

000 zł. stanowiła pozycja „zarządzanie i konserwacja 2010”.

Obroty restauracji prowadzonej przez stronę pozwaną w podnajętym lokalu wynosiły: we wrześniu 2011 r. – 101519,16 zł, w październiku 2011 r. – 100698,89 zł, w listopadzie 2011 r. – 97280,54 zł, w grudniu 2011 r. – 91552 zł, w styczniu 2012 r. – 110569,49 zł, w lutym 2012 r. – 114803,37 zł, w marcu 2012 r. – 126102,85 zł, w kwietniu 2012 r. – 108872,14 zł, w maju 2012 r. – 119935,54 zł.

Ocena powyższych ustaleń faktycznych doprowadziła Sąd Okręgowy do wniosku, że **powództwo jest uzasadnione częściowo**.

W świetle postanowień łączącej strony umowy podnajmu nie budzi, w ocenie Sadu Okręgowego, wątpliwości, że pozwana była co do zasady zobowiązana w stosunku do strony powodowej do zapłaty następujących świadczeń: 1/ czynszu stałego i wynagrodzenia prowizyjnego (pkt 4 umowy), 2/ kosztów eksploatacji budynku (pkt 5.2. umowy), 3/ kosztów zużycia mediów, tj. wody i elektryczności (pkt 5.3. umowy). Obowiązek uiszczania takich należności wynika również z art. 659 § 1 w zw. z art. 680 k.c.

Odnosząc się do poszczególnych żądań powoda Sąd Okręgowy wskazał na wstępie, że nie uwzględnił wniosku o powoda o pominięcie zarzutów pozwanych dotyczących sposobu rozliczeń mediów, jako spóźnionych. W ocenie Sądu zarzuty te zostały złożone niezwłocznie po przedstawieniu przez powoda dokumentów źródłowych stanowiących podstawę określenia wysokości tych należności, a w konsekwencji nie można uznać, aby zgłoszenie ich naruszało uregulowanie z art. 207 par. 6 k.p.c.

Sąd Okręgowy przyjął ponadto, że – wbrew zarzutom pozwanych – wypowiedzenia stosunku najmu, dokonane przez powoda pismem z dnia 31 maja 2012 r było skuteczne. Sąd przedstawił następnie wyliczenie z którego wynika, że zaległości pozwanych w opłatach czynszowych i eksploatacyjnych na rzecz powoda przekraczały, w dacie wypowiedzenia, dwumiesięczną należność z tego tytułu. To zaś upoważniało powoda, na zasadzie punktu 17.2 umowy, do wypowiedzenia podnajmu (rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym). Powyższe uwagi stanowiły podstawę do oceny tej części powództwa, w której powód domagał się zapłaty zaległego **czynszu stałego**. Pozwani zarzucali bowiem, że jest on niezasadny w zakresie w jakim dotyczy miesiąca czerwca 2011 r, nie kwestionując zasadności i wysokości czynszu należnego za pozostałe miesiące objęte żądaniem pozwu (tj. za kwiecień i za maj 2011 r.). Sąd Okręgowy uznał rację pozwanych. Powód mógłby domagać się czynszu za ten okres miesiąca czerwca 2012 r. w którym stosunek podnajmu jeszcze trwał, a zatem do dnia doręczenia stronie pozwanej pisma z dnia 31 maja 2012 r, zawierającego wypowiedzenia; za okres po wypowiedzeniu powód mógłby jedynie dochodzić

wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z lokalu. Jednakże z pisma z dnia 11 października 2012 r. – wywodzi dalej Sąd Okręgowy – wynika w sposób nie budzący wątpliwości, takiego roszczenia powód nie dochodził, jego zasądzenie prowadziłoby do naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. Strona pozwana opuściła lokal w dniu 2 lipca 2011 r, co prowadzi do wniosku, że jeszcze przed tym dniem doręczono jej wypowiedzenie, wysłane przez powoda w dniu 1 czerwca 2011 r. Ze zgromadzonego materiału dowodowego nie wynika jednak w jakiej konkretnie dacie doszło do doręczenia oświadczenia o wypowiedzeniu, a w konsekwencji nie da się ustalić, jaka część czynszu za miesiąc czerwiec 2012 r. należałaby się stronie powodowej. Ciężar wykazania okoliczności determinujących zarówno przedmiotowe żądanie, zarówno co do zasady jak i co do wysokości, spoczywał na powodzie (art. 6 k.c.). Ponieważ powód nie udowodnił daty doręczenia oświadczenia o wypowiedzeniu, nie udowodnił tym samym przez jaką część miesiąca czerwca 2012 r. stosunek podnajmu obowiązywał, a co za tym idzie nie udowodnił wysokości przysługującego mu roszczenia.

Następnie Sąd Okręgowy uznał za zawyżone żądanie zapłaty z tytułu **provizji od obrotu**, osiąganego przez pozwaną z działalności gospodarczej prowadzonej w podnajętym lokalu. Trafnie bowiem pozwani zarzucili, że powód nie uwzględnił waloryzacji tej części obrotu, która wolna była od naliczania prowizji. Tymczasem jak wynika z pkt 4 ppkt 4.5. umowy, podstawowa kwota obrotu (wolna od prowizji) podlegać miała waloryzacji tak samo jak czynsz, a zatem o wskaźnik wzrostu cen artykułów konsumpcyjnych obejmujący wszystkich pracowników umysłowych i fizycznych miast w USA. Wskaźnik ten wynosił: w 2010 r. 2,18%, a w 2011 r. 2,24%. A zatem kwotę 70000 zł podstawowej kwoty obrotu należało na koniec 2010 r. zwaloryzować o 2,18 %, co daje sumę 71526 zł. i ona powinna stanowić podstawę obliczenia prowizji od obrotu za 2011 r. Natomiast kwotę 71526 zł. podstawowej kwoty obrotu (po zwaloryzowaniu na koniec 2010 r.) należało na koniec 2011 r. zwaloryzować o 2,24%, tj. do kwoty 73128,18 zł. i ona powinna stanowić podstawę obliczenia prowizji od obrotu za 2012 r.

W konsekwencji Sąd Okręgowy wyliczył, że prowizja od obrotu za wrzesień 2011 r. wynosi 5% z kwoty 29993,16 zł. (stanowiącej różnicę pomiędzy obrotem za ten miesiąc a zwaloryzowaną podstawową kwotą obrotu), a zatem kwotę 1499,65 zł.

Obliczone przez Sąd Okręgowy tą samą metodą prowizje od obrotu, za dalsze miesiące, wynosiły odpowiednio: 1/ za październik 2011 r. – 1458,64 zł, 2/ za listopad 2011 r. – 1287,72 zł, 3/ za grudzień 2011 r – 1001,30 zł, 4/ za styczeń 2012 r. – 1872,06 zł, 5/ za luty 2012 r. – 2083,75 zł, 6/ za marzec 2012 r. – 2648,73 zł, 7/ za kwiecień 2012 r. – 1787,19 zł, 8/ za maj 2012 r. – 2340,36 zł.

Zasadne okazały się również zarzuty pozwanych dotyczące zawyżenia dochodzonych pozwem **opłat eksploatacyjnych**.

Co do opłat eksploatacyjnych **za 2011 r.** powód twierdził, że pozwana nie zapłaciła tych należności za wrzesień i grudzień oraz kwoty wynikającej z rozliczenia za cały rok. Pozwani zakwestionowali sam sposób obliczenia tych opłat, tj. ujęcie w nich pozycji „zarządzenia i konserwacja”. W ocenie Sądu Okręgowego zarzut ten jest trafny. To jakie koszty strona pozwana miała obowiązek zwrócić podnajmującemu wynika z pkt 5 umowy podnajmu. Postanowienie pkt 5.1. tej umowy określa, że są to koszty wymienione w załączniku nr 5 do umowy, którego powód nie przedłożył do akt i nie zawniósł w charakterze dowodu. A zatem powód, mimo ciężącego na nim z mocy art. 6 k.c. ciężaru dowodu, nie wykazał, że pozycja „zarządzenie i konserwacja” wchodzi w zakres kosztów eksploatacyjnych obciążających stronę pozwaną. Z pisma strony pozwanej z dnia 27 marca 2012 r. (k. 279-280) wynika, że strona pozwana wpłaciła na poczet zaliczek w 2011 r. kwotę 33415,81 zł. netto, a zatem 41101,44 brutto. Natomiast eliminacja z rozliczenia za rok 2011 pozycji „zarządzenie i konserwacja” oznacza, że rzeczywiste koszty eksploatacyjne obciążające stronę pozwaną to kwota 19085,06 zł. netto (stanowiąca 2,5458% kosztów poniesionych w całym roku), czyli kwota 23 474,62 zł. brutto. Jest to kwota niższa od zapłaconej przez pozwaną tytułem kosztów eksploatacji. Oznacza to, że pozwani, wpłacając zaliczki, uiścili całość należności z tytułu kosztów eksploatacji za 2011 r. i z tego tytułu strona powodowa żadnych dalszych świadczeń domagać się nie może. Powództwo w tej części musiało zostać oddalone.

Co do opłat eksploatacyjnych **za 2012 r.** Rację mają pozwani, że powództwo o zapłatę zaliczek na opłaty eksploatacyjne za rok 2012 jest bezzasadne. Takie roszczenie nie przysługuje już powodowi. Jak bowiem wynika z pkt

5.2. umowy, w terminie do dnia 31 marca każdego roku trwania podnajmu oraz w terminie nie dłuższym niż 30 dni po rozwiązaniu lub wygaśnięciu umowy wynajmujący przedstawić miał najemcy szczegółową kalkulację rzeczywiście poniesionych kosztów bieżącej eksploatacji budynku. Umowa podnajmu zakończyła się w czerwcu 2012 r. Obowiązek uiszczania ryczałtowych zaliczek na poczet tych kosztów ciążył na stronie pozwanej do trzydziestego dnia od dnia zakończenia stosunku najmu. A zatem że w kwietniu 2012 r – gdy strona powodowa zakreślała dodatkowy termin do uiszczenia należności – pozwaną obciążał obowiązek uiszczenia zaliczek eksploatacyjnych. Jednakże poczynając od dnia następnego licząc od zakończenia umowy zobowiązanie to uległo przekształceniu w zobowiązanie do zapłaty stronie powodowej realnie poniesionych kosztów eksploatacji budynku. Ponieważ według stanu na chwilę zamknięcia rozprawy ten termin trzydziestodniowy już upłynął dochodzenie przez stronę pozwaną ryczałtowych zaliczek na koszty eksploatacji było już niedopuszczalne, gdyż stronie powodowej przysługiwało roszczenie o zapłatę realnie poniesionych kosztów eksploatacji budynku a nie zaliczek. Strona powodowa takiego żądania nie zgłosiła i żadnych środków dowodowych na okoliczności wysokości tych kosztów nie zawnioskowała. W konsekwencji żądanie pozwu, w zakresie w jakim obejmowało zaliczki na koszty eksploatacji, podległo oddaleniu jako nieudowodnione (art. 6 k.c.).

Sąd Okręgowy uznał za uzasadniony zarzut pozwanych dotyczący bezzasadnego naliczenia przez powoda kary umownej. Postanowienie pkt 17. umowy, wskazywane przez powoda jako przewidujące karę umowną, bynajmniej kary umownej nie przewiduje. Stanowi ono, że wynajmującemu będzie przysługiwało prawo dochodzenia od najemcy odszkodowania z tytułu szkód poniesionych w związku z wcześniejszym rozwiązaniem niniejszej umowy (jeżeli rozwiązane jest spowodowane z winy najemcy) do wysokości równowartości w złotych kwoty czynszu i zaliczek na poczet kosztów bieżącej eksploatacji budynku za okres 6 miesięcy. Strony nie zastrzegły więc kary umownej, w rozumieniu art. 483 § 1 k.c., ale kwotowe ograniczenie wysokości odszkodowania, którego powód mógłby domagać się na zasadach ogólnych. Aby skutecznie dochodzić takiego odszkodowania powód winien był wykazać wszystkie przesłanki roszczenia odszkodowawczego, włącznie z wysokością szkody, albowiem postanowienie pkt 17.3 umowy określa jedynie górny pułap odszkodowania, a nie jego zryczałtowaną wysokość. Takiego materiału dowodowego strona powodowa nie przedstawiła w terminie. Dowód z opinii biegłego na okoliczność wysokości możliwego do uzyskania czynszu najmu lokalu powód powinien był zawnioskować już w pozwie, a nie dopiero w piśmie przygotowawczym. W ocenie Sądu Okręgowego, wobec treści w/w postanowienia umownego, potrzeba powołania takiego dowodu istniała od samego początku i jego powołanie winno nastąpić w pozwie. Wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego złożony dopiero w dalszym piśmie przygotowawczym podlegał oddaleniu na zasadzie art. 207 § 6 k.p.c. Nie ujawniły się w sprawie żadne okoliczności, które mogłyby przemawiać za istnieniem któregoś z wyjątków w tym przepisie przewidzianych. Za niedopuszczalne, gdyż prowadzące do obejścia art. 206 k.p.c, Sąd Okręgowy uznał zastrzeżenie przez powoda w pozwie prawa powoływania dalszych dowodów. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że zgodnie z art. 471 k.c. odszkodowanie może przysługiwać tylko za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania a więc za takie zachowania podnajemcy, które dały powód do wypowiedzenia umowy. Samo wypowiedzenie najmu nie stanowi źródła szkody powoda. W rozpoznawanej źródłem szkody powoda były opóźnienia pozwanej w zapłacie czynszu i innych opłat przewidzianych umową. Tego rodzaju szkoda rekompensowana jest przed odsetki ustawowe, które zostały zasądzone wyrokiem. Domaganie się przez stronę powodową dalszego odszkodowania za to samo nienależyte zobowiązania należy zatem traktować jako niedopuszczalne. Niezależnie od tego strona powodowa nie wykazała szkody innej niż ta, która podlega naprawie poprzez zasądzenie odsetek ustawowych za opóźnienie w zapłacie. Nie stanowi szkody niemożność uzyskania czynszu najmu w okresie od wypowiedzenia umowy najmu do chwili ponownego wynajęcia tego lokalu, skoro w tym czasie lokal znajdował się już w dyspozycji powoda. Brak jest zatem normalnego związku przyczynowego w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. pomiędzy niewykonaniem zobowiązań przez stronę pozwaną a tak rozumianą szkodą. W konsekwencji uznać należy, że żądanie pozwu w zakresie, w jakim dotyczyło wierzytelności o zapłatę kary umownej jest bezzasadne i w tym zakresie pozew również podlegał oddaleniu.

Ostatecznie **Sąd uwzględnił powództwo w następującym zakresie:**

- prowizji od obrotu za wrzesień 2011 r. w kwocie 1499,65 zł.

- prowizji od obrotu za październik 2011 r. w kwocie 1458,64 zł.
- prowizji od obrotu za listopad 2011 r. w kwocie 1287,72 zł.
- prowizja od obrotu za grudzień 2011 r. w kwocie 1001,30 zł.
- prowizji od obrotu za styczeń 2012 r. w kwocie 1872,06 zł.
- prowizji od obrotu za luty 2012 r. w kwocie 2083,75 zł.
- prowizji od obrotu za marzec 2012 r. w kwocie 2648,73 zł.
- prowizji od obrotu za kwiecień 2012 r. w kwocie 1787,19 zł.
- prowizji od obrotu za maj 2012 r. w kwocie 2340,36 zł.
- niekwestionowanej przez pozwanych należności z tytułu rozliczenia zużycia wody za III kwartał 2011 r. w kwocie 2122,85 zł.
- niekwestionowanej przez pozwanych należności z tytułu rozliczenia zużycia wody za IV kwartał 2011 r. w kwocie 2080,94 zł.
- niekwestionowanej przez pozwanych należności z tytułu indeksacji czynszu stałego najmu za styczeń 2012 r. po indeksacji za 2011 r. w kwocie 287,22 zł.
- niekwestionowanej przez pozwanych należności z tytułu rozliczenia zużycia wody za II kwartał 2011 r. w kwocie 252,72 zł.
- niekwestionowanej przez pozwanych należności z tytułu rozliczenia wody za III kwartał 2011 r. w kwocie 294,84 zł.
- niekwestionowanej przez pozwanych należności z tytułu stałego czynszu najmu za kwiecień 2012 r. w kwocie 12269,49 zł.
- niekwestionowanej przez pozwanych należności z tytułu rozliczenia zużycia mediów za marzec 2012 r. i zużycia wody za I kwartał 2012 r. w kwocie 6898,71 zł.
- niekwestionowanej przez pozwanych należności z tytułu stałego czynszu najmu za maj 2012 r. w kwocie 12797,53 zł.
- niekwestionowanej przez pozwanych należności z tytułu rozliczenia zużycia mediów kwiecień 2012 r. w kwocie 3897,19 zł.
- niekwestionowanej przez pozwanych należności z tytułu rozliczenia zużycia mediów za maj 2012 r. w kwocie 4456,91 zł.

Łącznie zasądzone świadczenie to 61337,80 zł. O odsetkach ustawowych od zasądzonej kwoty orzeczono na zasadzie art. 481 § 1 k.p.c. Naliczanie odsetek rozpoczyna się od dnia następnego od dat wyznaczonych w fakturach – stanowiących wezwania do zapłaty.

O solidarnej odpowiedzialności pozwanych K. B. i W. P. (1), będących współnikami pozwanej (...)K. B. sp. j. w Z. Sąd Okręgowy orzekł na zasadzie art. 22 § 2 k.s.h. z uwzględnieniem art. 31 § 2 k.s.h. wyrzekając zarazem w przedmiocie ich subsydiarnym w stosunku do odpowiedzialności strony pozwanej charakterze odpowiedzialności na podstawie art. 31 § 1 k.s.h.



W pozostałym zakresie, a to co do ryczałtowych opłat eksploatacyjnych i ich rozliczenia za 2011 r., czynszu stałego za miesiąc czerwiec 2011 r., kary umownej oraz części wynagrodzeń prowizyjnych powództwo podlegało oddaleniu o czym orzeczono w pkt II sentencji.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na zasadzie art. 100 k.p.c. przyjmując założenie, że pozwani wygrali proces w 72,69%. Po stronie pozwanej i pozwanego K. B. żadne koszty procesu nie ujawniły się. Okoliczność, że wzajemnie koszty powoda i pozwanego W. P. (1) stanowią kwoty zbliżone uzasadnia wzajemne zniesienie kosztów postępowania zgodnie z art. 100 k.p.c. o czym orzeczono w pkt III sentencji.

**Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżył apelacją powód w części oddalającej powództwo, zarzucając co następuje.**

1/ naruszenie art. 207 § 6 k.p.c. – przez jego błędne zastosowanie polegające na oddaleniu wniosku powódki o pominięcie zarzutów pozwanych dotyczących rozliczeń mediów, z pominięciem, że pozwana wbrew obowiązkowi przy swej pierwszej czynności procesowej (art. 207 §§ 1 i 6 k.p.c.) nie wdała się w spór co do istoty sprawy, tj. poza głośnym stwierdzeniem o „zaprzeczeniu wyraźnie nie przyznanym okolicznościom” nie przedstawiła twierdzeń co do prawidłowych – jej zdaniem rozliczeń kwot wynikających z zawartej umowy najmu i w konsekwencji analizowanie spóźnionych twierdzeń pozwanej odnoszących się w szczególności do: a/ wierzytelności z tytułu prowizji od obrotu (odnośnie kwestii nie uwzględnienia waloryzacji kwoty obrotu dla celów obliczenia wynagrodzenia prowizyjnego), b/ wierzytelności z tytułu prowizji od obrotu (odnośnie kwestii nie uwzględnienia waloryzacji kwoty obrotu dla celów obliczenia wynagrodzenia prowizyjnego), c/ wierzytelności z tytułu opłat eksploatacyjnych za rok 2011 (odnośnie kwestii ujęcia w niej pozycji „zarządzanie i konserwacja” do której odnosi się załącznik nr 5 do umowy), d/ wierzytelności z tytułu opłat eksploatacyjnych za roku 2012 (odnośnie kwestii, iż obowiązek ten wobec ustania stosunku najmu wygasł i przekształcił się w roszczenie o zapłatę realnie poniesionych kosztów eksploatacji budynku);

2/ naruszenie art. 207 § 6 k.p.c. – przez jego błędne zastosowanie polegające na oddaleniu, jako spóźnionego, wniosku powódki o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy, na okoliczność wysokości możliwego do uzyskania czynszu najmu w okresie od wydania lokalu powódce po ustaniu stosunku najmu do momentu jego ponownego wynajęcia, mimo braku podstaw prawnych i faktycznych do takiego postąpienia;

3/ naruszenie art. 217 § 3 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. – przez ich nieprawidłowe zastosowanie polegające na oddaleniu – wadliwie ocenionych, jako zmierzających do wykazania okoliczności nieistotnej dla rozstrzygnięcia – wniosków powódki o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka T. J. oraz wniosku o zobowiązanie pozwanej (...) sp. j. Do przedstawienia wyciągu ze swych ksiąg rachunkowych, a konkretnie wyciągu z ewidencji zakupów za okres wrzesień 2011 r – czerwiec 2012 r, wraz z oświadczeniem o zupełności i kompletności ksiąg, pod rygorem uznania, że pozwana odmawia przedstawienia dowodu i oceny przez sąd takiego zachowania (art. 233 § 2 k.p.c.) i następnie przeprowadzenie dowodu z tegoż dokumentu na okoliczność zaksięgowania przez pozwaną w swych księgach rachunkowych faktur wystawionych przez powoda i uzyskania z tego tytułu korzyści podatkowych (odliczenie podatku VAT naliczonego, zaliczenie kwoty czynszu i opłat jako kosztów uzyskania przychodów w rozliczeniu podatku dochodowego),

4/ naruszenie art. 233 k.p.c. i art. 316 k.p.c. przez błędną i dowolną, a nie swobodną, ocenę materiału dowodowego oraz pominięcie przy wydawaniu orzeczenia części zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, czego konsekwencją było wadliwe ustalenie, że powódce należy się jedynie kwota wskazana w punkcie I wyroku;

5/ naruszenie art. 483 § 1 k.c. w zw. z punktem 17.3 umowy z dnia 2 listopada 2009 r – przez ich błędną interpretację polegającą na przyjęciu, że strony w zawartej umowie nie zastrzegły kary umownej (tj. naprawienia szkody przez zapłatę określonej sumy), lecz jedynie kwotowe ograniczenie wysokości odszkodowania, jakiego powód mógłby się domagać, ale dochodząc swych roszczeń na zasadach ogólnych;

6/ naruszenie art. 659 §1 k.c. w zw. z art. 680 k.c. oraz błąd w istotnych ustaleniach faktycznych leżących u podstaw wyroku, a polegający na przyjęciu, że wysokość wymaganej wierzytelności pozwanej względem powódki wynosi kwotę wskazaną w punkcie I wyroku.

Wskazując na powyższe zarzuty powód domagał się zmiany zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie żądania powództwa w całości, w tym co do kosztów procesu. Ewentualnie powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. W obu wypadkach powód domagał się zasądzenia od pozwanych na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

### **SĄD APELACYJNY ZWAŻYŁ CO NASTĘPUJE.**

Apelacja powoda musiała odnieść częściowy skutek.

Uzasadniony jest bowiem pierwszy z zarzutów apelacyjnych dotyczący naruszenia art. 207 § 6 k.p.c. na skutek rozpoznania przez Sąd Okręgowy sprekludowanych zarzutów strony pozwanej, mimo, iż powód we właściwym terminie zgłosił wniosek o ich pominięcie, odwołując się do przepisu art. 207 §§ 1 i 6 k.p.c. o treści nadanej mu ustawą z dnia 16 września 2011 r o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego i niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 233, poz. 1381). Jak wynika z treści art. 207 § 6 k.p.c. sąd pomija spóźnione twierdzenia i dowody, chyba że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich w pozwie, odpowiedzi na pozew lub dalszym piśmie przygotowawczym bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności. „Twierdzenia” w rozumieniu w/w przepisu to, bez wątplenia, okoliczności faktyczne uzasadniające żądanie pozwu, lub okoliczności faktyczne skierowane przeciwko temu żądaniu i nakierowane na pogorszenie sytuacji procesowej przeciwnika.

W uzasadnieniu rządowego projektu w/w ustawy (druk sejmowy nr (...), opubl. <http://> (...)) wskazywano, że jest to system dyskrecjonalnej władzy sędziego jako zasadnicza metoda koncentracji materiału procesowego prezentowanego przez strony. Nie sposób jednak nie zauważyć, że dyskrecjonalizm ten jest niepełny, skoro w razie ustalenia, że twierdzenia lub dowody przytoczone zostały z opóźnieniem, sąd jest zobligowany – co do zasady – do ich pominięcia, z wyjątkiem sytuacji w tym przepisie przewidzianych. Wykluczenie twierdzeń i dowodów w dalszym ciągu następuje z mocy ustawy, a nie na mocy decyzji sądu [(sąd „pomija” a nie „może pominąć” spóźnione twierdzenia i dowody) por. T. Ż., Komentarz do art. 207, Lwx 2013]. Jakkolwiek przepisy o prekluzji nie mają bezwzględного charakteru, sąd, chcąc pominąć rygory z nich wynikające winien swoje stanowisko przekonująco uzasadnić. W uzasadnieniu wyroku sąd winien zatem wyjaśnić, czy uznał za uprawdopodobniony brak winy strony w spóźnionym zgłoszeniu przez nią twierdzeń lub dowodów, bądź też, czy i jakie wyjątkowe okoliczności sprawy uznał za dostatecznie usprawiedliwiające opóźnienie w zgłoszeniu tychże twierdzeń bądź dowodów. Wskazanie przez ustawodawcę, że mają to być „inne” okoliczności (§ 6 in fine) oznacza, że chodzi o takie wypadki, w których strona ponosi winę, za to, że wcześniej nie zgłosiła twierdzeń bądź dowodów, jak też te sytuacje, gdy uwzględnienie spóźnionych twierdzeń lub dowodów spowoduje zwłokę w rozpoznaniu sprawy. Jako przykład takiej wyjątkowej „wyjątkowej okoliczności” często wskazuje się daleko posuniętą nieporadność strony, która nie jest w stanie sprostać ciężarowi wspierania postępowania, względnie sytuację, w której konieczna jest daleko posunięta ochrona interesu publicznego (por. T. Ż., jak wyżej). Jakkolwiek oczywistym jest, że ocena, czy w danej sprawie zachodzą wyjątkowe okoliczności, usprawiedliwiające ominięcie zgłoszonego zarzutu prekluzji, zależy od uznania sądu, to jednak decyzja w tym przedmiocie podlega kontroli odwoławczej, tym samym musi być uzasadniona w taki sposób, by sąd nie naraził się na zarzut dowolności, bądź wręcz, jak w sprawie niniejszej, naruszenia zasady kontryktoryjności.

Oczywiście zmiana decyzji Sadu I instancji co do uwzględnienia spóźnionych twierdzeń bądź zarzutów, winna mieć miejsce wyjątkowo, jedynie w razie oczywistego naruszenia art. 207 § 6 k.p.c. jednakże z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Dla uzasadnienia powyższej oceny należy, w pierwszej kolejności, zauważyć, że, zarówno pozwana spółka jawna, jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w wynajętych lokalach, jak i pozostali pozwani, jako jej wspólnicy, winni znać wysokość należności przewidzianych umową najmu. Trafnie akcentuje apelujący, że pozwana nigdy nie kwestionowała wystawianych i doręczanych jej faktur VAT, ani co do

zasady ich wystawienia, ani co do wysokości wskazanych w tych fakturach obciążeń. Z samej treści odpowiedzi na pozew wynika jednoznacznie, że pozwani wielokrotnie deklarowali spłatę wszystkich należności, czynszowych. W e-mailu z dnia 5 czerwca 2012 r, kierowanym do przedstawiciela powoda, pozwany W. P. (1) przyznał fakt zadłużenia, nie kwestionował też jego wysokości. Intencją przedmiotowego pisma było jedynie uzyskanie rozłożenia zaległych świadczeń na raty i kontynuowanie najmu. Deklaracja ta została powtórzona w e-mailach z dnia 11 i 28 czerwca 2012 r. Okolicznościom tym pozwani nie przeczą. W swoim wystąpieniu przed Sądem Apelacyjnym pełnomocnik pozwanego W. P. (2) wywodził jedynie, że przedprocesowe zachowanie pozwanych nie może być interpretowane jak uznanie roszczenia – choćby niewłaściwe – a jedynie jako „stanowisko biznesowe”, podyktowane chęcią przedłużenia umowy podnajmu. Rozumując logicznie nie sposób jednak uwierzyć, iż pozwani nie zakwestionowaliby sposobu wyliczenia zaległych świadczeń – gdyby mieli świadomość tego, że powód dopuścił się, na niekorzyść pozwanej spółki, błędu w tych wyliczeniach. Zdecydowanie przyjąć należy, że niezgłoszenie przedmiotowych zarzutów w trakcie negocjacji stron było wynikiem braku elementarnej staranności, jak chodzi o kontrolę wyliczeń przedstawionych przez kontrahenta. W ten jednak sposób druga strona umowy – strona powodowa – została uprawniona do przyjęcia, że zarówno sam fakt zadłużenia i jego wysokość, uwidaczniane w przedprocesowych wezwaniach, nie są przez pozwaną spółkę, jako dłużnika, kwestionowane.

Podobny brak należytej staranności, a wręcz rażące niedbalstwo, pozwani wykazali już w procesie. W odpowiedzi na pozew pozwany W. P. (1) wnosząc o oddalenie powództwa zarzucał jedynie, że pozwana spółka nie ponosi winy za powstanie zadłużenia jak też, że powód nie przyjmuje propozycji ugodowych, mimo wielokrotnych inicjatyw ze strony pozwanej. Dla wykazania tych okoliczności pozwany zgłaszał szereg wniosków dowodowych, które dla rozstrzygnięcia sporu między stronami były w zasadzie bezprzedmiotowe. Jedynymi zarzutami, które odnosiły się do przedmiotu postępowania był zarzut bezskuteczności wypowiedzenia (oczywiście bezzasadny) a oraz zarzut dotyczący braku uprawnień powoda do dochodzenia kary umownej oraz czynszu za miesiąc czerwiec 2012 roku. Podobnej treści odpowiedź na pozew złożyła pozwana (...) K. B. s.j. Pozwany K. B. przyłączył się do stanowiska pozostałych pozwanych.

W tym momencie doszło zatem do ustabilizowania podmiotowego i przedmiotowego zakresu sporu, poddanego pod osąd sądu. Pozwani zakwestionowali obciążenie spółki karą umowną i czynszem za czerwiec 2012 r. Pozostałym należnościom pozwani nie przeczyli – ani co do zasady ani wysokości; żądanie oddalenia powództwa opierali na innej podstawie. W konsekwencji, podniesienie dalszych zarzutów winno być przez pozwanych uzasadnione okolicznościami wymienionymi w art. 207 § 6 k.p.c., zwłaszcza, że – co bezsporne – przyjęcie do rozpoznania przez Sąd przedmiotowych zarzutów prowadziło do zwłoki w rozpoznaniu sprawy (rozprawa została dwukrotnie odroczone). Chcąc zgłosić dalsze zarzuty i wnioski dowodowe pozwani winni byli uwiarygodnić, że nie ponoszą winy w dotychczasowym zaniechaniu tego obowiązku, ewentualnie wskazać na inne szczególne okoliczności uzasadniające pominięcie przez Sąd prekluzji ustanowionej w/w przepisem. Tymczasem w załączniku do protokołu rozprawy z dnia 17 kwietnia 2013 r pozwany W. P. (1) ogólnikowo jedynie zarzucił, że powód nie wykazał, że należy mu się czynsz w dochodzonej pozwie wysokości, gdyż same faktury nie stanowią dowodu na rzeczywistą wysokość tych zobowiązań. W trakcie rozprawy w dniu 17 kwietnia 2013 r Sąd Okręgowy zapytał pełnomocnika pozwanego dlaczego przedmiotowy zarzut nie został podniesiony w odpowiedzi na pozew. Pełnomocnik pozwanego wyjaśnił wówczas, że ogólną formułę „wnoszę o oddalenie powództwa” uznał za wystarczającą. Przewodniczący składu orzekającego kilkakrotnie oznajmił, iż tego rodzaju zarzut nie jest wystarczający dla zakwestionowania wysokości poszczególnych świadczeń dochodzonych pozewem (por e- protokół rozprawy z dnia 17 kwietnia 2013 r, nagranie min. 00.05.13 – 00.32.18). Ta ocena Sądu była trafna. Pozwani nie podjęli nawet próby ekskulpacji swojego zaniechania procesowego, brak też było jakichkolwiek szczególnych okoliczności, które przemawiałyby za przełamaniem w niniejszej sprawie zasady wyrażonej w art. 207 § 1 k.p.c. Pozwani nie umieli też zwerbalizować jakichkolwiek zarzutów, poza tymi, które zostały zgłoszone w odpowiedzi na pozew. W tej sytuacji Sąd Okręgowy winien był przeprowadzić te dowody, które miały znaczenie dla wyjaśnienia okoliczności spornych, zamknąć rozprawę i wydać wyrok. Tymczasem Sąd Okręgowy – z urzędu – zobowiązał stronę powodową do przedłożenia szczegółowego wyliczenia kwot dochodzonych jako wynagrodzenie prowizyjne, wraz ze wskazaniem uwzględnionej waloryzacji przewidzianej w punkcie 4.5 umowy podnajmu w terminie jednego tygodnia, pod rygorem oceny przez Sąd nieprzedstawienia tych wyjaśnień. Powód przedłożył stosowną dokumentację co dało asumpt pozwanemu, by na następnym terminie rozprawy (16 maja

2013 r) – po raz kolejny – rozszerzyć zakres zarzutów. Wbrew temu co przyjął Sąd I instancji, sam fakt nie dołączenia przez powoda do pozwu przedmiotowych dokumentów rozliczeniowych, w żaden sposób nie ekskulpuje pozwanego, jak chodzi o jego bierność procesową. To pozwany, profesjonalista działający w procesie przez adwokata, winien był wnioskować, by Sąd zobowiązał powoda do złożenia przedmiotowej dokumentacji, zastrzegając prawo do zakwestionowania wysokości świadczeń, którymi został przez powoda obciążony. Wniosek taki winien być złożony najpóźniej w odpowiedzi na pozew. Przejęcie inicjatywy dowodowej przez Sąd jest oczywiście dopuszczalne (art. 232 k.p.c.) jednakże w realiach niniejszej sprawy doprowadziło do naruszenia zasady kontrydiktoryjności. Obowiązek wskazania dowodów obciąża przede wszystkim strony. Sąd powinien traktować dopuszczenie dowodu z urzędu zawsze jako środek ostateczny, nie zaś jako instrument służący wyręczeniu strony, która, będąc profesjonalistą i działając przez adwokata w ogóle nie jest do sprawy przygotowana.

Powyższe uwagi potwierdzają trafność postawionego w apelacji zarzutu naruszenia przepisu art. 207 § 6 k.p.c. Prawidłowe zastosowanie tego przepisu winno doprowadzić Sąd Okręgowy do pominięcia, jako spóźnionych, zarzutów: 1/ niewłaściwego obliczenia przez powoda należnej mu prowizji od obrotu, 2/ zawyżenia opłat eksploatacyjnych o pozycję „zarządzanie i konserwacja” 3/ nieprawidłowego dochodzenia przez powoda należności za media (w formie zwrotu zaliczek).

W pozostałym zakresie zarzuty apelującego są bezzasadne a wyrok Sądu I instancji prawidłowy.

W pierwszej kolejności należy zgodzić się z Sądem Okręgowym, który uznał, że powodowi nie przysługuje roszczenie o zapłatę kary umownej w wysokości 109 433, 59 zł. W punkcie 17.3 umowy strony postanowiły, że wynajmującemu będzie przysługiwało prawo dochodzenia od najemcy odszkodowania z tytułu szkód poniesionych w związku z wcześniejszym rozwiązaniem umowy (z winy najemcy) do wysokości równowartości czynszu i zaliczek na koszty eksploatacji za okres sześciu miesięcy. Już literalna wykładnia przedmiotowego postanowienia umownego przemawia za tym, że wolą stron było kwotowe ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego najemcy, przez wskazanie górnej granicy jego odpowiedzialności, w razie rozwiązania z jego winy umowy najmu. Warunkiem odpowiedzialności pozwanego byłoby zatem wykazanie, że powód poniósł szkodę. Konieczne było też wykazanie wysokości tej szkody. Jej naprawienie nastąpiłoby w pełnej wysokości, chyba, że przekroczony zostałby górny pułap wysokości odszkodowania, wskazany w punkcie 17.3 umowy. Powyższe postanowienie umowne kłóci się z istotą kary umownej, która co prawda ma na celu naprawienie szkody ale poprzez zapłatę ściśle określonej sumy, zawsze tej samej, niezależnie od wysokości rzeczywistej szkody a nawet od tego czy uprawniony co naliczenia kary w ogóle szkodę poniósł (por. m.in. uchwała 7 sędziów SN z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69, wyrok SN z dnia 1 kwietnia 2004 r., II CK 94/03, LEX nr 174161; wyrok SN z dnia 9 lutego 2005 r., II CK 420/04, LEX nr 301769). Trafnie ponadto spostrzegł Sąd Okręgowy, iż zarówno odszkodowanie jak i kara umowna stanowią sankcję nienależytego wykonania umowy. W niniejszej sprawie nienależyte wykonanie umowy polegało na niewykonaniu zobowiązania pieniężnego, niezapłacenie opłat związanych z najmem lokalu. Zastrzeżenie naprawienia szkody wynikającej z niewykonania tego obowiązku przez zapłatę kary umownej jest niedopuszczalne; jak wynika z treści art. 483 § 1 k.c. kara umowna może zostać zastrzeżona wyłącznie w odniesieniu do zobowiązania niepieniężnego. Przepis art. 483 § 1 k.c. ma w tej części charakter iuris cogentis, co oznacza niedopuszczalność zastrzeżenia kary umownej co do zobowiązania pieniężnego. Zaproponowana przez powoda wykładnia umowy prowadzi zatem – w realiach niniejszej sprawy – do wniosków sprzecznych z prawem.

W konsekwencji uznać należy za bezzasadny zarzut naruszenia przez Sąd I instancji art. 483 § 1 k.c. jak też zarzut naruszenia przepisów art. 217 § 3 k.p.c. w części dotyczącej oddalenia przez Sąd Okręgowy wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, na okoliczność ustalenia wysokości czynszu najmu możliwego do uzyskania przez powoda z tytułu wynajęcia lokalu najmowanego wcześniej przez pozwaną spółkę, w okresie od wydania go powodowi przez pozwaną (2.07.2012 r) do wynajęcia go następnemu najemcy (1.02.2013 r). Wniosek powyższy był bezprzedmiotowy. Zmierzał on bowiem do wykazania wysokości szkody poniesionej przez powoda, która to okoliczność nie ma w zasadzie znaczenia dla oceny roszczenia o zapłatę kary umownej. Warto zauważyć, że dowód z opinii biegłego na wskazane wyżej okoliczności, byłby bezprzedmiotowy również i wtedy, gdyby powód dochodził od pozwanego odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy. Powód nie zgłosił żadnych wniosków dowodowych

a nawet nie podnosił twierdzeń, z których dałoby się wywieść związek przyczynowy pomiędzy niewykonaniem zobowiązania przez pozwanego a szkodą, którą powód poniósł w postaci niezyskanego za w/w okres czynszu najmu. Problem ten został zasygnalizowany w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego, przez wskazanie, iż lokal był w posiadaniu powoda od 2 lipca 2012 r tym samym powód mógł nim w dowolny sposób zadysponować, w tym wynająć. Podzielając to rozumowanie dodać tylko należy, iż powód nie wykazał, by czynił jakiegokolwiek starania o wynajem przedmiotowego lokalu oraz, że mimo dołożenia należytej staranności nie mógł go wynająć.

Brak jest podstaw by Sądowi Okręgowemu przypisać naruszenie art. 217 i 227 k.p.c. przez pominięcie wniosku o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka T. J.. Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wyczerpująco przedstawił motywy, jakimi kierował się oddalając przedmiotowy wniosek i apelujący w żaden sposób nie odnosi się do tej argumentacji. Tymczasem Sąd Okręgowy trafnie przyjął, że okoliczności, które miały podlegać dowodzeniu zeznaniami świadka J. były bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sprawy bądź też bezsporne między stronami. Sąd Okręgowy prawidłowo oddalił również wniosek o dopuszczenie dowodu z ewidencji zakupów strony pozwanej, przekonująco argumentując, że nawet zaksięgowanie przez pozwaną dochodzonych w niniejszym postępowaniu kwot, jako kosztów działalności, nie pozbawia jej kwestionowania zasadności tych świadczeń w postępowaniu cywilnym. Oznacza to, że i ta inicjatywa dowodowa pozwanej była bezprzedmiotowa.

Wszystkie powyższe uwagi prowadzą do następujących wniosków. Ustalenia Sądu I instancji są prawidłowe. Obejmują one okoliczności między stronami bezsporne wynikające z przedłożonych przez strony dokumentów. Ustalenia te Sąd Apelacyjny uzupełnił jedynie o treść korespondencji e-mailowej pozwanego W. P. (1) z powodem, które to dokumenty dowodziły tego, że przed wytoczenie powództwa w niniejszej sprawie pozwana spółka nie kwestionowała roszczenia powoda ani co do zasady ani co do wysokości.

Uznanie przez Sąd Apelacyjny zasadności zarzutu naruszenia art. 207 § 3 k.p.c. przez bezzasadne uwzględnienie przez Sąd I instancji trzech zarzutów pozwanego musiało doprowadzić do zmiany zaskarżonego wyroku. Na rzecz powoda zasądzono ostatecznie kwotę **101 728, 35 zł**. Kwota dochodzona pozvem została pomniejszona o bezzasadnie naliczoną karę umowną w wysokości 109 433, 59 zł oraz o kwotę 13 410, 20 zł, która stanowi ujęty w fakturze VAT nr (...) (k. 83) czynsz za najem za miesiąc czerwiec 2012 r (10 902, 60 zł brutto + podatek VAT 2 507, 60 zł).

Adekwatnie do powyższego rozstrzygnięcia zmieniono rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu. Wygrana powoda kształtuje się na poziomie 50%. Koszty poniesione przez powoda w postępowaniu przed Sądem I instancji to kwota 18 466 zł (opłata sądowa + wynagrodzenie pełnomocnika). Pozwany winien zatem zwrócić powodowi sumę 9 223 zł. Jednakże również pozwany poniósł koszty postępowania przed Sądem I instancji w wymiarze 7 217 zł. (wynagrodzenie pełnomocnika). Powód winien zwrócić pozwanemu połowę z w/w kwoty, tj. 3 608, 50 zł. Ostatecznie zatem zasądzono od pozwanego na rzecz powoda tytułem kosztów postępowania przed Sądem I instancji kwotę **5 614, 50 zł**.

Podstawę częściowej zmiany zaskarżonego wyroku przez Sąd Apelacyjny stanowi przepis art. 386 § 1 k.p.c. zaś oddalenia apelacji w pozostałej części, jako bezzasadnej, art. 385 k.p.c.

Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego stanowią przepisy art. 100 § 1 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c.

Rozliczenie tych kosztów przedstawia się następująco:

Wartość przedmiotu zaskarżenia wynosiła dla apelacji powoda kwotę 163 234, 34 zł. Powód wygrał w postępowaniu apelacyjnym wygrał w postępowaniu apelacyjnym co do kwoty 40 390, 55 zł, czyli w 25%-ach.

Poniesione przez powoda koszty postępowania apelacyjnego to 10 862 zł (opłata od apelacji 8 162 zł + koszty adwokackie 2 700 zł).

Pozwany winien zwrócić powodowi 25% z tej kwoty czyli 2 715 zł.

Pozwany poniósł w postępowaniu apelacyjnym koszty zastępstwa procesowego w wysokości 2700 zł, z czego powód winien zwrócić mu 75%, czyli 2 025 zł.

Zatem ostatecznie pozwany winien zwrócić powodowi w rozliczeniu kosztów procesu **690 zł**.