

Sygn. akt I ACa 823/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 września 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Wojciech Kościołek
Sędziowie:	<b><u>SSA Barbara Górczanowska</u></b> SSO del. Sławomir Jamróg
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Wilczura

po rozpoznaniu w dniu 20 września 2012 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki komandytowej w K.

przeciwko Syndykowi masy upadłości (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K. w upadłości likwidacyjnej  
o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Gospodarczego w Krakowie

z dnia 13 kwietnia 2012 r. sygn. akt IX GC 238/11

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 5 400zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt IACa 823/12

## UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego z w K. z dnia 20 września 2012 r.

Powód - (...) spółka komandytowa w K. domagała się zasądzenia od pozwanego Syndyka Masy Upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. w upadłości likwidacyjnej kwoty 359.285,32 zł, na którą składała się kwota 314.827,06 zł tytułem tzw. success fee, tj. umownego wynagrodzenia za sprawowanie zastępstwa procesowego w sprawie prowadzonej przez Syndyka przeciwko (...) S.A., wliczonego jako 2% od wyegzekwowanej w wyniku procesu kwoty 12.906.348,90 zł, oraz kwota 44.458,26 zł tytułem bieżących czynności w toku postępowania.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany Syndyk Masy Upadłości (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. w upadłości likwidacyjnej wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu zarzucając, iż roszczenie strony powodowej jest przedwczesne, albowiem wyliczenie tzw. success fee może nastąpić dopiero po ostatecznym rozliczeniu wzajemnych roszczeń upadłego i spółki (...), co wobec niezakończenia postępowania upadłościowego jeszcze nie nastąpiło. Pozwany zarzucił także niewystarczające udokumentowanie roszczenia a nadto nienależyte wykonanie powierzonego powodowi zadania, bowiem powód nie przedstawił przed sądem dokumentów dotyczących rozliczeń ze spółką (...) za okres od 12 marca 2003r. do 30 czerwca 2003r. w kwocie 1.006.500 zł, co było przyczyną wadliwych ustaleń sądu i zasądzenia od pozwanego błędnej kwoty kary umownej, przez co pozwany poniósł szkodę w kwocie 3.108.000 zł, którą to wartość szkody przedstawił do potrącenia.

Wyrokiem z dnia 13 kwietnia 2012 r. 2012r. Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział IX Sąd Gospodarczy zasądził od strony pozwanej Syndyka Masy Upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. w upadłości likwidacyjnej na rzecz strony powodowej (...) spółki komandytowej w K. kwotę 359.285 zł 32 gr wraz z ustawowymi odsetkami od 7 stycznia 2011r. do dnia zapłaty, zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 27 712 zł (dwanaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.

Jako podstawę rozstrzygnięcia Sąd przyjął bezsporną okoliczność, że powód reprezentował pozwanego w procesie wytoczonym przez pozwanego syndyka osobie trzeciej - spółce (...), na podstawie wydanych w tej sprawie wyroków pozwany uzyskał świadczenie w wysokości 12.906.348,90 zł. Sąd Okręgowy ustalił, że w toku trwającego postępowania powód wykonał czynności polegające na przygotowaniu: odpowiedzi na skargę kasacyjną spółki (...) – 88 h 20 min, postępowań w sprawie: zabezpieczenia majątku dłużnika w Niemczech – 7 h 40 min i zażalenia na koszty procesu – 7 h 35 min. Za czynności te strona powodowa wystawiła fakturę na kwotę 44.458,26 zł, co daje kwotę około 430 zł brutto za 1 h pracy. W dotychczasowych relacjach analogiczne rozliczenia były akceptowane przez pozwanego.

Zgodnie z ustaleniami Sądu pierwszej instancji umowa przewidywała prawo powoda do dodatkowego wynagrodzenia liczonego jako 2% sumy wyegzekwowanego świadczenia – tzw. success fee, wobec czego strona powodowa wyliczyła ww. składnik wynagrodzenia na kwotę 314.827,06 zł brutto. Zdaniem Sądu w toku postępowania przeciwko spółce (...) strona powodowa świadczyła pomoc prawną z należytą starannością, który to wniosek wyprowadził z oceny materiału dowodowego, w szczególności dokumentów a także zeznań świadków i stron. Sąd wskazał, że świadkowie T. W. i A. K. (1) zeznali, iż strony miały bieżący kontakt w związku z prowadzeniem omawianego procesu, na bieżąco konsultowały poszczególne czynności. Świadkowie potwierdzili też, iż była im znana faktura na kwotę 1.006.500 zł. Świadek A. K. (2) potwierdził, iż przedmiotowy proces był jedną z najbardziej skomplikowanych spraw, z jaką się spotkał. Potwierdził też bieżące kontakty i konsultacje z pozwanym. Słuchany w charakterze strony A. M. zeznał, iż strony ustaliły stawkę wynagrodzenia na poziomie 350 zł netto za 1 h pracy. Potwierdził też wskazane w pozwie ilości przepracowanych i dochodzonych w procesie godzin za bieżące czynności. Potwierdził także przyjętą przez stronę powodową linię postępowania w omawianym procesie. Słuchany w charakterze strony syndyk I. S. potwierdził, że omawiana sprawa była skomplikowana, wyjaśnił okoliczności rozliczenia się ze spółką (...) za korzystanie z hotelu w okresie 12 marca – 30 czerwca 2003r. wyjaśnił rolę J. P. w zawartym porozumieniu i przyczynę, dla której porozumienie nie przybrało formy pisemnej, a jedynie postać faktury na kwotę 1.006.500 zł. Syndyk wyjaśnił, iż miał swoje koncepcje odnośnie prowadzenia procesu, ale rolę strony powodowej postrzegał w ten sposób, iż to ona podejmuje ostateczną decyzję i ponosi konsekwencję wyboru przyjętego rozwiązania. Sąd wskazał nadto, że pominął zeznania świadka J. P., zaś przedstawiona przez pozwanego prywatną opinię sporządzoną przez S. G. - sędziego Sądu Apelacyjnego w stanie spoczynku, przyjął jako stanowisko pozwanego w sprawie.

Sąd Okręgowy uznał powództwo za uzasadnione. Zdaniem Sądu wynagrodzenie tzw. success fee, przewidziane zostało w zawartej przez strony umowie, wyliczone jako 2% wyegzekwowanej kwoty, czemu pozwany nie przeczył. Wyliczenie wysokości kwoty success fee jest natomiast prostą operacją matematyczną. Skoro efektem sporu było wyegzekwowanie prawie 13 mln zł to stronie powodowej należy się co do zasady dodatkowe wynagrodzenie – tzw. success fee.

Sąd Okręgowy nie zgodził się z taką wykładnią ww. postanowienia umownego, że kwota będąca podstawą obliczenia success fee musi uwzględniać tzw. całościowe rozliczenie relacji pomiędzy upadłym, a spółką (...). Nic nie wskazuje na to, aby strona powodowa godziła się na taki sposób wyliczenia przysługującego jej wynagrodzenia, na które wpływają zdarzenia z zupełnie innych stosunków prawnych i faktycznych, na które ona zupełnie nie ma wpływu. Włączenie do sposobu obliczania success fee wyników postępowania upadłościowego nie tylko jest sprzeczne z treścią umowy, ale także z logiką i zdrowym rozsądkiem.

Odnosząc się do roszczenia o zapłatę kwoty 44.458,26 zł tytułem bieżących czynności, obejmującej wynagrodzenie: 88 h w związku z przygotowaniem odpowiedzi na skargę kasacyjną oraz dwukrotnie po około 7 h w związku z postępowaniami incydentalnymi, Sąd Okręgowy stwierdził, że i to wynagrodzenie nie budzi zastrzeżeń. W szczególności nakład pracy na przygotowanie odpowiedzi na skargę kasacyjną był bardzo duży – przyjmując, że odpowiedź na skargę kasacyjną przybiera postać pisma procesowego przedstawiającego stanowisko strony odnośnie wniesionej skargi to w pewnym sensie można porównać efekt pracy strony powodowej z uzasadnieniem sądu. 88 h to 11 dni pracy, co uzasadnia zdaniem Sądu Okręgowego przyjęcie oceny dużego nakładu pracy. Sąd podkreślił, że omawiana sprawa była sprawą bardzo zawiłą i skomplikowaną, o czym świadczy ilość orzeczeń wydanych przez sądy. Nie można zatem mieć zastrzeżeń do strony powodowej co do tak obszernego zakresu pracy poświęconego na przygotowanie odpowiedzi na skargę kasacyjną. Sąd zwrócił także uwagę, iż w tym przypadku po raz pierwszy wystąpiła konieczność obrony przez powoda wydanego w sprawie orzeczenia, co niewątpliwie miało wpływ na ilość czasu niezbędnego do napisania odpowiedzi na skargę kasacyjną. Nie można mieć też zastrzeżeń co do wskazanego nakładu pracy w zakresie postępowań incydentalnych. Uznanie, że przedstawienie stanowiska dotyczącego rozliczenia kosztów procesu w sprawie, w której wydano w sumie 7 wyroków wymaga szacunkowo jednego dnia pracy, nie wywołało to zastrzeżeń Sądu. Analogicznie, Sąd nie miał także zastrzeżeń co do przedstawienia podobnego nakładu pracy (to jest jednego dnia) na bieżące czynności zmierzające do przeprowadzenia postępowania egzekucyjnego poza granicami Polski.

Odnosząc się do drugiego elementu wynagrodzenia, to jest zastosowanej stawki - 430 zł brutto za 1 h (350 zł netto za 1 h), Sąd Okręgowy podkreślił, że taki sposób rozliczenia był do tej pory akceptowany i stosowany przez strony. Sąd dał w tym zakresie wiarę słuchanemu w charakterze strony A. M., iż w analogiczny sposób rozliczano wcześniejsze bieżące czynności pełnomocników w sprawie. W istocie potwierdza to również sam pozwany, który twierdzi, iż w toku sprawy pełnomocnicy uzyskali wynagrodzenie w kwocie prawie 1 mln zł. W aktach sprawy znajduje się także pismo, w którym pozwany odsyła fakturę wystawioną z tytułu success fee. Ww. faktura została przesłana wraz z fakturą za czynności bieżące. W rezultacie zatem skoro pozwany nie odesłał wówczas także i tej faktury to zdaniem Sądu pierwszej instancji należy przyjąć, iż co do zasady nie wywoływała jego wątpliwości co do nakładu pracy i wyliczonej wartości wynagrodzenia. Okoliczności te potwierdzają, że omawiana sprawa była bardzo skomplikowana, wymagała dużego nakładu pracy, a stosowane stawki nie odbiegały od stawki zastosowanej do wynagrodzenia będącego przedmiotem sporu.

Oceniając zarzut potrącenia, którego podstawą był zarzut nienależytego wykonania zobowiązania, w wyniku czego pozwany poniósł szkodę w kwocie przekraczającej 3 mln zł, Sąd Okręgowy zaakceptował sposób wyliczenia szkody, opartego sposobie rozliczenia zastosowanego przez Sąd Apelacyjny do okresu od 12 marca do 30 czerwca 2003r. Sąd wskazał, że strony łączyła umowa starannego działania, a zatem ewentualną odpowiedzialność strony powodowej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania należy oceniać przez pryzmat naruszenia wymogu starannego działania. Sąd naruszenia takiego starannego działania po stronie powodowej nie dostrzegł. Fakt, iż wyrok Sądu Okręgowego został zmieniony, a dwa wyroki Sądu Apelacyjnego oddalające apelację powoda, uchylone przez Sąd Najwyższy, potwierdza iż omawiana sprawa była skomplikowana i trudna do prowadzenia, co ma wpływ na ocenę poziomu należytej staranności powoda. Słuchany w charakterze strony syndyka potwierdził zarówno skomplikowanie sprawy, jak i okoliczność, iż wybór zastępcy procesowego do prowadzenia omawianego procesu nie był sprawą łatwą. Przy tak opisanym charakterze omawianego procesu absolutnie nie można uznać, iż uzyskanie w wyniku trzech skarg kasacyjnych wyroku zasądzającego na rzecz pozwanego kwotę ponad 7 mln zł, co wraz z odsetkami pozwoliło wyegzekwować prawie 13 mln zł świadczy o nienależytym wykonaniu powierzonych czynności przez stronę powodową.

Wprost przeciwnie, to należyta staranność strony powodowej doprowadziła do trzykrotnego przyjęcia przez Sąd Najwyższy do rozpoznania skargi kasacyjnej, w wyniku czego dwukrotnie skarga kasacyjna została uwzględniona, a zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego został uchylony, a za trzecim razem skarga kasacyjna spółki (...) została oddalona, a skarga pozwanego została w niewielkim zakresie uwzględniona. Sąd Okręgowy nie zgodził się też z argumentacją pozwanego, iż to brak faktury na kwotę 1.006.500 zł i przedstawienie okoliczności zapłaty ww. kwoty doprowadził do zastosowanego przez Sąd Apelacyjny rozliczenia wzajemnych relacji pomiędzy pozwanym, a spółką (...). Sąd Apelacyjny miał prawo do takiego rozliczenia wzajemnych relacji jakie zastosował, a rozliczenie to zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego.

Mając powyższe na uwadze Sąd uwzględnił powództwo na podstawie art.735 § 1 k.c. i art.353<sup>1</sup> k.c. O kosztach procesu orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. ustalając wynagrodzenie pełnomocnika na poziomie 1,5 stawki minimalnej..

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżył w całości pozwany Syndyk masy upadłości (...) Spółka z o.o. w upadłości likwidacyjnej w K., który zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że powód wykonując zobowiązanie nie naruszył zasad starannego działania

Wskazując na powyższy zarzut pozwany wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów.

W uzasadnieniu apelacji pozwany podtrzymał zarzut, iż powód reprezentując pozwanego w postępowaniach sądowych przeciwko Spółce (...) S.A. nie wywodził przed sądem rozpoznającym sprawę oraz nie przedstawił dokumentów i dowodów, z których wynika, iż zwłokę w przekazaniu obiektu hotelowego można liczyć od dnia 7 września 2002 r. najpóźniej do dnia 12 marca 2003 roku, bowiem po tej dacie obiekt był użytkowany na podstawie odrębnej umowy dzierżawy, w wyniku której pozwany zapłacił kwotę 1.006.500 zł. Wprawdzie powód w skardze kasacyjnej od wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 kwietnia 2009 r. podniósł zarzut naruszenia przepisów postępowania poprzez orzekanie co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem wzajemnym Spółki (...) S.A., jednakże w swoich rozważaniach ani razu nie wspomniał o fakcie, że pozwany uiszczył należność za korzystanie z hotelu za okres od 13 marca do 30 czerwca 2009 r., za który to okres Sąd Apelacyjny obciążył pozwanego karą umowną. Za niewystarczające pozwany uznał tłumaczenie powoda, iż w postępowaniu kasacyjnym nie mogą być przedstawiane nowe dowody.

W uzupełnieniu apelacji pozwany zarzucił dodatkowo, że kwota tzw. succes fee według umowy stron winna stanowić 2% wartości przedmiotu sporu netto zapłaconej lub wyegzekwowanej od strony pozwanej, a ponieważ w przedmiotowym wypadku z dochodzonej kwoty 16.913.255 zł Sąd zasądził jedynie 7.293.333 zł wraz z odsetkami, powodowi przysługuje wartość proporcjonalna tj. 43,1 % dochodzonej należności. Zdaniem apelującego Sąd Okręgowy zasądził pełną kwotę tzw. succes fee, co nie jest uzasadnione.

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

Apelacja pozwanego jest nieuzasadniona.

Wbrew zarzutom apelującego Sąd Okręgowy poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, wyrażając oceny które nie pozostają w sprzeczności z zasadami logiki rozumowania czy doświadczenia życiowego i nie wykazują błędów natury faktycznej. Dokonana przez Sąd pierwszej instancji ocena dowodów nie nasuwa zastrzeżeń gdyż nie wykracza poza uprawnienia wynikające z przepisu art. 233 § 1 k.p.c. Ustalenia będące jej wynikiem nie budzą przy tym wątpliwości co do ich zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy i dlatego Sąd Apelacyjny je akceptuje i przyjmuje za podstawę własnego rozstrzygnięcia.

Na wstępie należy stwierdzić, że zarzut pozwanego dotyczący zawyżenia zasądzonego wynagrodzenia z tytułu tzw. succes fee jest chybiony. Jak wynika z ustaleń Sądu pierwszej instancji, zweryfikowanych przez Sąd Apelacyjny w niniejszym postępowaniu, umowa stron z dnia 18 września 2006 r. (karta 26-27) przewidywała dodatkowe wynagrodzenie powoda za podjęte czynności w wysokości 2% wartości przedmiotu sporu netto, zapłaconej lub wyegzekwowanej od przeciwnika procesowego. Bezsporne było, że wartość przedmiotu sporu w przedmiotowej

sprawie wynosiła 16.913.255,00 zł, z czego zasądzono na rzecz pozwanego łącznie 7.424.500,00 zł, zaś razem z odsetkami pozwany otrzymał kwotę 12.906.348,90 zł. Zgodnie z umową, succes fee należy zatem liczyć od tej ostatniej kwoty, co daje kwotę 258.126,96 zł netto (2% x 12.906.348,90). Dochodzona kwota z tytułu succes fee mieści się zatem w ramach umownych, zważywszy, że obejmuje także podatek VAT.

Nie podziela także Sąd Apelacyjny zarzutu apelującego co do błędu w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że powód wykonując zobowiązanie nie naruszył zasad starannego działania. Należy podkreślić, że strony wiązała umowa zlecenia, która zalicza się do zobowiązań starannego działania, a nie zobowiązań rezultatu. Zleceniobiorca nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania pomimo nie osiągnięcia określonego rezultatu, ale przy jednoczesnym dołożeniu wszelkich starań w tym kierunku, przy zachowaniu należytej staranności, (K. Kołakowski (w:) G. Bieniek, Komentarz, t. II, 2006, s. 387;). Innymi słowy odpowiedzialność kontraktowa przyjmującego zlecenie powstanie wówczas, gdy przy wykonaniu zlecenia nie zachował wymaganej staranności, niezależnie od tego, czy oczekiwany przez dającego zlecenie rezultat nastąpił, czy nie.

Należyta staranność zleceniobiorcy należy oceniać przez pryzmat art. 355 k.c. W odniesieniu do przyjmującego zlecenie prowadzącego w tym zakresie działalność gospodarczą lub zawodową, a więc profesjonalnie (zawodowo) trudniącego się dokonywaniem czynności danego rodzaju, należyta staranność ocenia się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności (art. 355 § 2 k.c.). Istotne znaczenie odgrywa wówczas założenie posiadania przez zleceniobiorcę odpowiedniej wiedzy, umiejętności, doświadczenia, zdolności przewidywania, znajomości stosunków danego rodzaju, których dotyczy zlecenie. W wyroku z dnia 15 marca 2012 r., I CSK 330/11 (lex nr 1147729) Sąd Najwyższy stwierdził, że „art. 355 § 2 k.c. nie wymaga wyższej staranności wobec przeciętnej (ogólnej) wymaganej w obrocie powszechnym, lecz o staranność zawodową, a więc inną niż powszechna, mającą wzorce konstruowane od razu z uwzględnieniem profesjonalności podmiotów, której dotyczy. Należyta staranność osoby zawodowo wykonującej zobowiązanie - poza sytuacjami, w których umówiono się inaczej - jest rozumiana jako przeciętnie wymagana, a więc zachowująca ustaloną wzorcem średnią na wystarczającym poziomie, na tyle dobrym, aby prawidłowo wykonać czynności zawodowe. Co do zasady, adwokat nie musi legitymować się wiedzą (umiejętnościami) ponad średni poziom wśród adwokatów, nie ma zatem wykazywać dla zachowania należytej staranności, że ma wiedzę i umiejętności wybitne, ale jest nieodzowne, aby wykazał posiadanie kompetencji zawodowych w sprawach, których prowadzenia się podejmuje.” Profesjonalizm adwokata ma się zatem objawiać w dbałości o prowadzenie procesu z wykorzystaniem wszystkich dopuszczalnych prawem możliwości zapewniających mocodawcy uzyskanie przez niego korzystnego rozstrzygnięcia. Pełnomocnik strony w procesie nie ponosi wobec mocodawcy odpowiedzialności za niepowodzenie sprawy sądowej, w szczególności za zastosowane w nim konstrukcje prawne, które zostały przyjęte przez sąd, a odmienne od tych, które wybrał pełnomocnik (wyrok SN z dn. 16 czerwca 2010 r., I CSK 481/09 – lex nr 607235)

Bezsporne jest, że koncepcja wybrana przez powoda dla dochodzenia roszczeń pozwanego Syndyka wobec E. S. ostatecznie okazała się trafna, pomimo wcześniejszego jej negowania przez Sąd pierwszej, jak i Sąd drugiej instancji i doprowadziła do wygrania procesu co do zasady. Powództwo w wymienionej sprawie oparte było na zarzucie nieważności umowy przedwstępnej sprzedaży prawa wieczystego użytkowania nieruchomości wraz ze związanym z nim prawem własności budynku, po jego wybudowaniu przez E. S.. Żądanie zwrotu wpłaconych na poczet przyszłej ceny kwot zostało w wyroku Sądu Okręgowego oddalone z uwagi na przyjęcie, że umowa przedwstępna jest ważna, natomiast skuteczne jest odstąpienie od niej przez E. S.. Jednakże Sąd Okręgowy stwierdził, że pomiędzy stronami istniał jeszcze jeden węzeł prawny, wyrażający się w zobowiązaniu (...) S.A. do oddania spółce (...) Sp. z o.o. wybudowanego Obiektu Hotelowego do używania i pobierania pożytków, w zamian za zobowiązanie G. HOTEL (...) do świadczenia na rzecz E. S. określonych kwot pieniężnych. Równocześnie Sąd Okręgowy ustalił, że zapłacona przez G. HOTEL (...) na rzecz (...) kwota 1.500.000 USD (równowartość 6.840.000 złotych) została zaliczona na poczet ceny sprzedaży i zgodnie z treścią § 6 ust. 4 przedmiotowa zaliczka, mimo nie zawarcia przyrzeczonej umowy sprzedaży, nie podlega zwrotowi w części, w jakiej zostanie zaliczona przez (...) na poczet kar umownych lub odszkodowań, o których mowa w umowie przedwstępnej, m.in. kary umownej za niezawarcie umowy przyrzeczonej z przyczyn leżących po stronie G. HOTEL. Natomiast kwoty zaliczek w wysokości 2.600.000 złotych zostały wpłacone przez G. HOTEL (...) na rzecz E. S. w oparciu o § 6 ust. 1 zdanie drugie na poczet pokrycia składnika ceny, określonego w § 2 ust. 1 pkt 4 umowy

przedwstępnej i zostały zaliczone przez E. poprzez złożenie oświadczenia o potrąceniu w zgłoszeniu wierzytelności w postępowaniu upadłościowym G. HOTEL (...) (sygn. akt U 16/03) na poczet odszkodowania za każdy dzień zwłoki G. HOTEL (...) w zwrocie (...) poczynszy od dnia 8 września 2002 roku do dnia 12 listopada 2002 roku, tj. 65 dni. (wyrok Sądu Okręgowego z dnia 6 stycznia 2005 r. z uzasadnieniem – karta 163-211).

Jak wynika z materiału dowodowego niniejszej sprawy, Sąd Apelacyjny w Krakowie zarówno wyrokiem z dnia 11 października 2005 r., jak i wyrokiem z dnia 6 czerwca 2007 r. oddalił apelację pozwanego Syndyka G. HOTEL (...), dzieląc stanowisko Sądu pierwszej instancji w kwestii ważności umowy przedwstępnej oraz sposobu rozliczeń pomiędzy stronami. Dopiero wyrok Sądu Apelacyjnego rozpoznającego sprawę na skutek uchylecia poprzednich wyroków przez Sąd Najwyższy, z dnia 20 kwietnia 2009 r. sygn. I ACa 805/08, uwzględnił zarzut powoda o nieważności umowy przedwstępnej. Jednakże dokonując rozliczeń związanych z korzystaniem z obiektu hotelowego Sąd Apelacyjny rozpoznający tamtą sprawę uznał, że zwrot zaliczek powinien uwzględniać karę umowną za opóźnienie w zwrocie obiektu hotelowego wobec niezawarcia umowy przyrzeczonej, które to opóźnienie Sąd Apelacyjny ustalił na okres od 8 września 2002 r. do 30 czerwca 2003 r. Jednocześnie karę umowną za 295 dni (11.800.000 zł) Sąd ten zmiarkował o 30% jako rażąco wygórowaną (wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 20 kwietnia 2009 r. I ACa 805/08 z uzasadnieniem – karta 213-239). Skarga kasacyjna wniesiona przez powoda w niniejszej sprawie została uwzględniona tylko częściowo.

Analizując treść zarzutów pozwanego dotyczących nienależytej staranności powoda w zakresie dowodzenia okresu opóźnienia, co wiąże się z faktem zawarcia dorozumianej umowy dzierżawy pomiędzy pozwanym Syndykiem a (...) S.A. na okres od 12 marca do 30 czerwca 2003 r. (po ogłoszeniu upadłości G. HOTEL (...)) i zapłaty z tego tytułu kwoty 1.006.500 zł na podstawie faktury nr (...), Sąd Apelacyjny stwierdził, że w żaden sposób nie wynika z nich, na jakim etapie postępowania przed sądami obu instancji powód powinien był przedstawić sporny dowód, a w szczególności jakie podniesione przez niego okoliczności czy też jakie zarzuty przeciwnika procesowego E. S., bądź stanowisko Sądu pierwszej instancji przedstawione w uzasadnieniu wyroku, uzasadniały takie działanie lub nawet czyniły koniecznym. Nie można bowiem dokonywać oceny działań pełnomocnika procesowego z punktu widzenia treści końcowego rozstrzygnięcia Sądu, ale istotne jest zachowanie przez niego należytej staranności na każdym etapie procesu w okolicznościach wówczas istniejących i pełnomocnikowi znanych i podejmowanie czynności adekwatnych do sytuacji procesowej. Nie można przy tym pominąć, że spór pomiędzy Syndykiem G. HOTEL (...) a (...) S.A. toczył się w postępowaniu gospodarczym, w którym występuje tzw. systemu prekluzji dowodowej, polegający na nałożeniu na strony - w sposób bardziej lub mniej kategoryczny - ciężaru przedstawienia sądowi wszystkich znanych im faktów, dowodów i zarzutów w określonym ustawowo terminie, pod rygorem utraty możliwości późniejszego ich przytaczania lub powoływania. Wobec przyjętej przez powoda koncepcji prowadzenia sprawy i oparcia roszczenia o zwrot wypłaconych przez pozwanego na rzecz E. S. kwot o zarzut nieważności umowy przedwstępnej, przytaczania okoliczności związanych z niezgłoszonym jeszcze żądaniem zapłaty przeciwnikowi kary umownej, nie sposób wymagać. Wprawdzie do rygorów systemu prekluzyjnego należy również wymaganie, ażeby strony dokonały wszelkich przytoczeń, chociażby nawet w formie ewentualnej, tylko na wypadek, gdyby twierdzenia zaprezentowane w pierwszej kolejności okazały się nieskuteczne lub nie zostały uwzględnione przez sąd, to jednak w sytuacji, gdy zgłoszeniem E. S. w postępowaniu upadłościowym pozwanego, objęta została kara umowna za okres od dnia 8 września 2002 r. do dnia 12 listopada 2002 r. tj. za 65 dni w kwocie 2.600.000 zł, nieprzytoczenie już w pozwie zarzutów wykraczających poza to zgłoszenie, nie można uznać za lekkomyślność bądź niedbalstwo pełnomocnika (uzasadnienie wyroku SO – karta 163-211).

Naruszenia zasad należytej staranności nie można dopatrzeć się także w odpowiedzi na zarzuty (...) S.A. czy na etapie formułowania zarzutów apelacyjnych, w szczególności w sytuacji, gdy zarzuty (...) S.A. co do wzajemnych rozliczeń ograniczały się jedynie do tego, że „zgodnie z umową, zaliczki bądź miały charakter opłaty za korzystanie przez G. HOTEL (...) z Obiektu Hotelowego, bądź zostały zaliczone na poczet ceny sprzedaży ale mimo nie zawarcia przyrzeczonej umowy sprzedaży, nie podlegają zwrotowi w części, w jakiej zostaną one zaliczone przez (...) na poczet kar umownych lub odszkodowań”, zaś Sąd Okręgowy poczynił takie ustalenia w zakresie kary umownej, jakie przedstawiono powyżej. Chodzi o ustalenie tego Sądu, ograniczające się jedynie do zaliczenia na poczet kary

umownej z tytułu opóźnienia w przekazaniu Obiektu Hotelowego jedynie za okres wskazany przez E. S. w zgłoszeniu wierzytelności w postępowaniu upadłościowym, tj. od dnia 8 września 2002 roku do dnia 12 listopada 2002 roku, tj. 65 dni. (wyrok Sądu Okręgowego z dnia 6 stycznia 2005 r. z uzasadnieniem – karta 163-211).

Zarzuty pozwanego dotyczące nieprzedstawienia dowodu w postaci faktury nr (...) na kwotę 1.006.500 zł, koncentrują się w znacznej części na etapie składania skargi kasacyjnej od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 20 kwietnia 2009 r. sygn. I ACa 805/08, w którym uwzględniono częściowo powództwo Syndyka, dokonując zaliczenia uiszczonych przez niego zaliczek na poczet kary umownej należnej E. S. za opóźnienie w zwrocie obiektu hotelowego, za okres dalszy, niż to wynikało z ustaleń Sądu Okręgowego. Jednakże trafnie podnosi powód, że złożenie tego dowodu na etapie postępowania przed Sądem Najwyższym byłoby sprzeczne z treścią art. 398<sup>13</sup> § 2 k.p.c., który wyklucza powoływanie w postępowaniu kasacyjnym nowych faktów i dowodów oraz ustanawia regułę, że Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia. Postępowanie kasacyjne nie jest bowiem postępowaniem merytorycznym, lecz mającym na celu skontrolowanie legalności zaskarżonego orzeczenia. W konsekwencji takiego stanu rzeczy, wywody skarżącego pozostające w sprzeczności z ustaleniami faktycznymi sądu drugiej instancji muszą być przez Sąd Najwyższy pominięte.

Reasumując powyższe wywody należy stwierdzić, że zarzut niezachowania należytej staranności przez powoda w procesie z powództwa Syndyka masy upadłości G. HOTEL (...) przeciwko (...) S.A. nie został wykazany, a tym samym brak jest przesłanek do odpowiedzialności powoda za szkodę wskazaną przez pozwanego. Przyjęcie przeciwnego stanowiska prowadziłoby w istocie do akceptacji odpowiedzialności pełnomocnika za wynik procesu, podczas gdy postępowanie pełnomocnika należy oceniać według stanu wiedzy na chwilę podejmowania przez niego decyzji materialnych i procesowych.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że nie został wykazany także związek przyczynowy pomiędzy wskazywaną przez pozwanego szkodą a zaniechaniem powoda. Pozwany twierdził, że poniósł szkodę w wysokości 3.108.000,00 zł stanowiącą wysokość kary umownej zasądzonej przez Sąd Apelacyjny za okres od 12 marca do 30 czerwca 2003 r. po jej zmiarkowaniu do 70%. Nie sposób jednak pominąć, że Sąd dokonał miarkowania kary umownej wyliczonej na kwotę 11.800.000 zł, uznając ją za rażąco wygórowaną. Miarkowanie odnosiło się więc do całej kwoty kar, a nie dotyczyło kary wyliczonej za dany dzień opóźnienia. Nie ma wystarczających przesłanek by twierdzić, że do miarkowania by doszło, gdyby globalna wysokość kary umownej była mniejsza, a przyjęty przez Sąd okres zwłoki był krótszy. Gdyby bowiem kara umowna była niższa o kwotę 4.440.000 zł, jak to zarzuca pozwany, a zatem wynosiła kwotę 7.360.000 zł, mogła zostać uznana za odpowiednią a nie rażąco wygórowaną, tym bardziej, że kwota ta jest niższa niż przyjęta przez Sąd Apelacyjny po zmiarkowaniu (8.391.167 zł) Szkodę pozwanego można by zatem rozważyć jedynie do granic różnicy pomiędzy tymi kwotami.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny oddalił apelację pozwanego jako nieuzasadnioną, na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do wyniku sporu, na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz zgodnie z § 6 pkt 6, w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. nr 163 poz. 1348 z późn.zm.).