

Sygn. akt I ACa 719/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 października 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Wojciech Kościółek (spr.)
Sędziowie:	SSA Józef Wąsik SSA Zbigniew Ducki
Protokolant:	sekr.sądowy Katarzyna Rogowska

po rozpoznaniu w dniu 15 października 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa S. P.

przeciwko M. M.

pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu

z dnia 28 stycznia 2015 r. sygn. akt I C 207/14

1. **oddala apelację;**

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

SSA Zbigniew Ducki SSA Wojciech Kościółek SSA Józef Wąsik

Sygn. akt I ACa 719/15

UZASADNIENIE

Powód S. P. w pozwie skierowanym przeciwko pozwanemu M. M. domagał się pozbawienia w całości wykonalności tytułu wykonawczego w postaci aktu notarialnego z dnia 4 lutego 2009 r. sporządzonego w Kancelarii Notarialnej w Z. przed notariuszem U. O. za numerem repertorium (...), zawierającego jego oświadczenie o poddaniu się rygorowi egzekucji na rzecz pozwanego co do obowiązku zapłaty kwoty 1.100.000 zł, opatrzonego klauzulą wykonalności na mocy postanowienia Sądu Rejonowego w Z.z dnia 7 stycznia 2014 r. w sprawie o sygn. I Co 1323/13. Ponadto wniósł o zasądzenie od pozwanego zwrotu kosztów procesu według norm przepisanych (k. 1-5).

M. M. wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Nowym Sączu oddalił powództwo i obciążył powoda kosztami procesu na rzecz pozwanego.

W motywach orzeczenia wskazał na następujące fakty;

w wykonaniu wcześniejszej umowy przedwstępnej, na podstawie umowy zawartej przed notariuszem L. B. w dniu 28 czerwca 2004 r. do Rep.(...), M. M. sprzedał S. P. nieruchomość położoną w Z., składającą się z działek ew. nr(...i) (...) o pow. 0,6195 ha objętą księgą wieczystą nr (...) za cenę 1.387.336 zł - pod warunkiem, że Agencja Nieruchomości Rolnych działając w imieniu Skarbu Państwa nie wykona prawa pierwokupu (§ 5). Sprzedający potwierdził zapłatę na poczet ceny kwoty 596.704 zł, resztę zaś 790.632 zł kupujący zobowiązał się zapłacić w następujący sposób: kwotę 44.752 zł w terminie do 30 lipca 2004 r., z kolei zaś kwotę 745.880 zł (odpowiadającej w dacie zapłaty równowartości kwoty 200.000 zł dolarów USA) - w terminie do 30 czerwca 2006 r.; obowiązkowi w tym zakresie poddał rygorowi egzekucji (§ 7). Odnośnie wierzytelności w kwocie 745.880 zł, strony postanowiły równocześnie, że możliwe będzie za obopólną ich zgodą odnowienie długu - w całości lub w części, poprzez przeniesienie na wierzyciela własności wyodrębnionych lokali wybudowanych w ramach działalności deweloperskiej powoda, usytuowanych powyżej pierwszego piętra, wykończonych, w cenie nie wyższej niż 1.000 dolarów brutto; strony dopuściły ponadto możliwość zapłaty wierzytelności w formie przedpłat (§ 8).

W wykonaniu w/w zobowiązania, umową z dnia 4 sierpnia 2004 r. zawartą przed notariuszem L. B. w Kancelarii Notarialnej w S. do Rep.(...), M. M. przeniósł na S. P. własność nieruchomości położonej w Z., objętej księgą wieczystą nr (...) (§ 4), przy czym sprzedający potwierdził zapłatę na poczet ceny w kwocie 641.456 zł, resztę ceny - 745.880 zł, powód zobowiązał się zaś zapłacić pozwanemu w terminie do 30 czerwca 2006 r., w tym zakresie poddając się rygorowi egzekucji (§ 6 umowy). Strony równocześnie zastrzegły, że postanowienia umowy sprzedaży Rep. (...)zawarte w jej § 8, a dotyczące zapłaty reszty ceny, pozostają bez zmian (§ 7).

Na podstawie umowy z dnia 25 października 2006 r. zawartej przed notariuszem U. O. w Kancelarii Notarialnej w Z. do Rep. (...), potwierdzając wcześniejsze ustalenia, M. M. oświadczył, że korzysta z zastrzeżonej w umowie z dnia 28 czerwca 2004 r. możliwości rozliczenia w ramach reszty ceny, własności wyodrębnionych lokali mieszkalnych. W konsekwencji strony ustaliły, że przedmiotem przeniesienia własności na rzecz M. M. będą cztery lokale mieszkalne o łącznej powierzchni 200 m², zlokalizowane w inwestycji przy ul. (...) powyżej I piętra (II kondygnacji), przy czym przeniesienie własności lokali ma nastąpić do dnia 31 grudnia 2008 r., podana powierzchnia lokali liczona będzie „po obrysie podłogi”, nadto M. M. nie będzie podnosił żadnych roszczeń wobec powoda, a strony zobowiązują się zawrzeć umowę tzw. deweloperską niezwłocznie uzyskaniu przez S. P. pozwolenia na budowę - nie później jednak jak do dnia 30 marca 2007 r.

Kolejną, przedwstępną umową z dnia 30 lipca 2008 r. zawartą przed notariuszem U. O. w Kancelarii Notarialnej w Z. do Rep. (...), S. P. zobowiązał się do dnia 30 maja 2009 r. przenieść na M. M. w stanie wolnym od obciążeń, własność lokalu użytkowego oznaczonego jako (...) przy ul. (...) w Z. o powierzchni użytkowej 57,30 m⁽⁽²⁾⁾, objętego księgą wieczystą nr (...), wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej - jako częściowe wykonanie zobowiązania wynikającego z zapisów umowy sprzedaży warunkowej z dnia 28 czerwca 2004 r. (Rep. (...)), umowy przeniesienia własności z dnia 3 sierpnia 2004 r. (Rep. (...)), a także umowy zawartej w dniu 25 października 2006 r. (Rep. (...)). Równocześnie strony ustaliły, że w celu częściowego zwolnienia się ze zobowiązania polegającego na obowiązku przeniesienia na rzecz M. M. czterech lokali mieszkalnych o łącznej powierzchni 200 m⁽⁽²⁾⁾, po przeniesieniu lokalu (...) zobowiązanie dotyczyć będzie jedynie lokali o łącznej powierzchni 142,70 m⁽⁽²⁾⁾, końcową datę wykonania przeniesienia własności oznaczając do dnia 31 grudnia 2008 r. Na mocy aneksu do tej umowy, w dniu 2 lipca 2009 r. (Rep. (...)) strony przedłużyły termin zawarcia umowy do dnia 30 marca 2010 r., zastrzegając równocześnie, że z racji tego, że do umowy przyrzeczonej nie

doszło w terminie - z przyczyn leżących po stronie S. P., zobowiązuje się on tytułem odszkodowania do nieodpłatnego wykonania na rzecz M. M. prac remontowo-budowlanych wcześniej uzgodnionych.

W międzyczasie, w dniu 4 lutego 2009 r. strony zawarły przez notariuszem U. O. przedwstępną umowę przeniesienia własności (Rep. (...)), przy czym S. P. oświadczył, że w ramach prowadzonej działalności, w 2008 r. na części nieruchomości położonej w Z. składającej się z działek ew. nr (...) i (...) wybudował dwa zespoły budynków mieszkalnych w zabudowie bliźniaczej, oznaczone jako A i (...) o czterech kondygnacjach przy ul. (...), w których znajdują się lokale mieszkalne o łącznej pow. około 906,18 m⁽⁽²⁾⁾, w stanie surowym zamkniętym. W § 4 umowy strony ustaliły, że przedłużają termin do zawarcia umowy przeniesienia własności na rzecz M. M. lokali zlokalizowanych w inwestycji przy ul. (...) o pow. 142,70 m⁽⁽²⁾⁾, wskazując ponadto, że jednym z takich, będzie oznaczony wstępnie jako (...) (w budynku (...)) lokal na pierwszym piętrze o pow. 34,12 m⁽⁽²⁾⁾ z przynależnym do niego garażem o powierzchni około 30 m⁽⁽²⁾⁾, a S. P. zobowiązuje się do dnia 30 marca 2010 r. przenieść na M. M. własność tego lokalu wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej – celem częściowego zwolnienia się od wykonania zobowiązania wynikającego z zapisów wcześniejszych umów, a to sprzedaży warunkowej z dnia 28 czerwca 2004 r. i umowy przeniesienia własności z dnia 4 sierpnia 2004 r.; przy czym do 1 grudnia 2009 r. S. P. zobowiązał się wydać kontrahentowi lokal i garaż w posiadanie.

W § 7 umowy strony przyjęły, że po wykonaniu zobowiązania do przeniesienia w terminie do 30 maja 2009 r. lokalu użytkowego oznaczonego literą (...) a położonego przy ul. (...) w Z. oraz zobowiązania do przeniesienia do dnia 30 marca 2010 r. lokalu oznaczonego numerem (...), pozostanie do przeniesienia na rzecz M. M. własność lokali mieszkalnych o powierzchni 110 m², przy czym końcowy termin przeniesienia strony ustaliły na dzień 1 lipca 2009 r. W przypadku niewywiązania się z tego zobowiązania w terminie strony zarazem ustaliły, że S. P. zobowiązany będzie do wypłacenia M. M. równowartości tychże lokali licząc po 10.000 zł za m², a więc 1.100.000 zł, przy czym co do obowiązku terminowej zapłaty kwoty 1.100.000 zł S. P. poddał się wobec M. M. egzekucji.

Umową z dnia 25 stycznia 2012 r. zawartą przed notariuszem U. O. w Kancelarii Notarialnej w Z. do Rep. (...), strony ustanowiły odrębną własność lokalu mieszkalnego oznaczonego jako „(...)” położonego na piętrze (III kondygnacji) budynku nr (...) przy ul. (...) na W. o łącznej powierzchni 31,51 m⁽⁽²⁾⁾ oraz przynależnego do tego lokalu garażu o powierzchni 28,41 m⁽⁽²⁾⁾, tj. o łącznej powierzchni 59,92 m⁽⁽²⁾⁾ (§ 3), a następnie S. P. przeniósł jego własność na rzecz M. M. (§ 4), zarazem oświadczając, że lokal mieszkalny „(...)” w tym budynku odpowiada lokalowi oznaczonemu w umowie przedwstępnej przeniesienia własności z dnia 4 lutego 2009 r. Rep. (...) jako „(...)” w budynku (...) (§ 2). Równocześnie strony postanowiły, że do ich wzajemnych rozliczeń przyjmują powierzchnię „po podłodze” części mieszkalnej lokalu „(...)” (tj. 32,17 m⁽⁽²⁾⁾) oraz 1/5 części powierzchni garażu. Ustaliły przy tym, że przedłużają termin przeniesienia własności lokalu użytkowego (...) przy ul. (...) w Z. o powierzchni 57,30 m⁽⁽²⁾⁾ do dnia 30 września 2012 r., a także przeniesienia pozostałych lokali mieszkalnych, które mają zostać wydzielone z inwestycji przy ul. (...) na W. o łącznej powierzchni 104,85 m⁽⁽²⁾⁾ do dnia 31 grudnia 2012 r.

Z racji powiązań towarzyskich, strony współpracowały gospodarczo od około 2004 r., przy czym w okresie od grudnia 2005 r. do października 2009 r. współpraca ta polegała m.in. na udzielaniu przez M. M. pożyczek (do sumy 150.000 zł) na rzecz S. P., który w zamian, częściowo także nieodpłatnie, wykonywał na nieruchomościach pozwanego drobne roboty remontowo-budowlane. Do 2010 r. S. P. wykonał na rzecz pozwanego szereg prac budowlanych na nieruchomości przy ul. (...) i ul. (...) a także remont pomieszczeń (...) przy ul. (...), przy czym prace budowlane te rozliczone zostały odrębnie, podobnie jak prowadzona od 2006 r. budowa budynku mieszkalnego przy ul. (...), oraz budynku położonego w Z. na A., rozliczana w ramach pozostałej do zwrotu części należności z tytułu odstąpienia od ustaleń umowy przedwstępnej z dnia 14 grudnia 2004 r. obejmującej zobowiązanie powoda do sprzedaży innej nieruchomości położonej w Z. przy ul. (...).

W uwzględnieniu złożonego przez pozwanego wniosku egzekucyjnego opartego na treści tytułu wykonawczego w postaci aktu notarialnego z dnia 4 lutego 2009 r., zaopatrzonego w klauzulę wykonalności postanowieniem Sądu

Rejonowego wZ.z dnia 7 stycznia 2014 r. w sprawie o sygn. I Co 1323/13, następnie sprostowanym postanowieniem z dnia 16 stycznia 2014 r., w dniu 7 marca 2014 r. Komornik Sądowy przy Sądzie Rejonowym dla (...)w K. R. B. wszczął z wniosku M. M. przeciwko S. P. postępowanie egzekucyjne prowadzone do sygn. Km 420/14.

W ocenie Sądu I instancji powód nie dowiódł w niniejszym postępowaniu, aby zachodziła którakolwiek z przesłanek wymienionych w art. 840 k.p.c., która uzasadniałaby uwzględnienie żądania w jakiegokolwiek części.

W ocenie Sądu Okręgowego żądanie pozwu oparte zostało na dwóch, wzajemnie przenikających się podstawach; powołując się na fakt wykonania świadczenia poprzez przekazanie na rzecz pozwanego w okresie 2005-2009 sumy 150.000 zł i wykonanie w okresie 2007-2010 określonych robót budowlanych, z jednej strony powód kwestionował istnienie obowiązku stwierdzonego tytułem egzekucyjnym, z drugiej zaś wskazywał, że przeniesienie w drodze umowy ze stycznia 2012 r. własności lokalu, czyniło tytuł ten bezprzedmiotowy co najmniej w części. Bezspornym pozostawała przy tym okoliczność, że poza przeniesieniem na rzecz pozwanego w 2012 r. własności lokalu oznaczonego jako „(...)”, pomimo kilkukrotnego przedłużania terminu, powód nie wywiązał się w pełnym zakresie z obowiązku rozliczenia jaki przyjął na siebie w umowie z 2004 r. - w formie precyzowanej w umowie z dnia 25 października 2006 r., ostatecznie zaś tej z dnia 25 stycznia 2012 r.

Zwrócił Sąd Okręgowy uwagę, iż ostatnia z tych umów, w pełnej rozciągłości potwierdzała wcześniej przyjęty między stronami sposób rozliczeń polegający na przeniesieniu na rzecz sprzedawcy nieruchomości (na której w 2008 r. S. P. wznosił dwa zespoły budynków mieszkalnych) czterech lokali o łącznej powierzchni 200 m² zlokalizowanych na tej inwestycji.

W tych okolicznościach, uznał Sąd Okręgowy, że zobowiązanie takie pozostawało aktualne obok równolegle utrzymywanej współpracy gospodarczej, której towarzyszyły uzgodnienia w zakresie robót budowlanych - wykonywanych choćby w ramach rozliczeń z niesfinalizowanej ostatecznie umowy z dnia 14 grudnia 2004 r. (k. 242-243) czy przewidzianej w aneksie z dnia 2 lipca 2009 r. formy nieodpłatnej rekompensaty za opóźnienie w przeniesieniu własności lokalu użytkowego (...) przy ul. (...) w Z., przede wszystkim zaś - co przyznał sam powód - licznych udzielanych mu przez pozwanego pożyczkach na prowadzenie bieżącej działalności, S. P. nie zdołał wykazać przesłanek uzasadniających stanowisko, że zobowiązanie objęte kwestionowanym tytułem, zostało przez niego wykonane w alternatywnych formach. Zwraca w tym względzie uwagę, że przy założeniu, iż strony zamiennie zaliczyły lokal „(...)” w miejsce wcześniej przewidzianego w umowie przedwstępnej z dnia 4 lutego 2009 r. lokalu oznaczonego jako „(...)”, objęta aktem notarialnym umowa z dnia 25 stycznia 2012 r. w pełni potwierdzała istnienie zobowiązania do przeniesienia określonej powierzchni lokali, w swych § 1 i § 6 jasno odnosząc się do aktualności wcześniejszych uzgodnień, objętych oświadczeniem powoda o poddaniu się rygorowi egzekucji.

Bezspornym przy tym pozostawało, że o ile na podstawie umowy z 2012 r. powód przeniósł na pozwanego własność lokalu oznaczonego jako „(...)”, o tyle do finalizacji transakcji w zakresie lokalu oznaczonego jako (...), objętego umową z dnia 30 lipca 2008 r., ostatecznie nie doszło; warunku takiego nie spełniało wszakże dopuszczenie pozwanego do posiadania przedmiotowego lokalu. Z tych zatem także względów nie zostały przez powoda wypełnione warunki, które przy uwzględnieniu - nałożonego umową z dnia 4 lutego 2009 r. i obwarowanego sankcją z art. 777 § 1 pkt 4 k.p.c. - obowiązku przekazania lokali odpowiadających powierzchni 110 m² aktualizowałyby twierdzenia, że do wykonania zobowiązania z jego strony w istocie doszło.

Umowa z dnia 25 stycznia 2012 r. modyfikowała wzajemne rozliczenia jedynie w zakresie przewidzianego w umowie przedwstępnej lokalu „(...)”, nie wpływając zarazem na zakres pozostałych, wynikających z niej, obowiązków (§ 2).

Ustalenia te - w ocenie Sądu Okręgowego - zdezaktualizowały możliwość zakwalifikowania świadczeń powoda jako dokonane w miejsce wykonania - datio in solutum, w rozumieniu art. 453 k.c. Niezależnie bowiem od tego, że zobowiązanie nie zostało w całości wykonane, powód nie przedstawił przeciwdowodu na konsekwentne twierdzenia pozwanego by do takiego porozumienia między stronami w ogóle doszło, choćby w sposób konkludentny - w wyniku przyjęcia świadczenia przez pozwanego. W tym względzie wskazał Sąd Okręgowy, że w doktrynie podkreśla się, że

modyfikująca umowa wprowadzająca nowe świadczenie stanowi wprawdzie warunek swoistej legalizacji wtórnego świadczenia, o wygaśnięciu zobowiązania decyduje jednak dopiero realne jego spełnienie. Z tych samych względów, umowa z dnia 25 stycznia 2012 r. nie prowadziła, w ocenie Sądu Okręgowego, do odnowienia o jakim mowa w art. 506 k.c., sama bowiem zmiana treści zobowiązania - przy zachowaniu jego identyczności - na co wskazywała treść § 2 tej umowy, niezależnie od wyrażającej zamiar formy rzekomego porozumienia, nie prowadziła w żadnym wypadku do wygaśnięcia zobowiązania, choćby w części (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 12 kwietnia 2013 r., sygn. I ACa 1386/12, Lex nr 1315691), zwłaszcza gdy się uwzględni, znajdującą zastosowanie regułę interpretacyjną z art. 506 § 2 k.c. O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 k.p.c

Apelację od wyroku złożył powód zaskarżając wyrok w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił;

- sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, a to poprzez niezaliczenie na poczet zadłużenia powoda wobec pozwanego wartości lokalu położonego w budynku a przy ul. (...) w Z. o wartości 345 000 zł, a nadto wartości przelewów, które w wysokości co najmniej 140 000 zł dokonane zostały na poczet zadłużenia,

- naruszenie prawa materialnego, poprzez nieprzyjęcie stanowiska powoda, że wykonanie innego świadczenia w rozumieniu art. 453 k.c. doprowadziło do wygaśnięcia zobowiązania powoda w rozumieniu art. 840 k.p.c. ;

Nadto wniósł o dopuszczenie dowodu z faktury nr. (...) z dnia 5 lutego 2015r. dla wykazania wysokości wierzytelności powoda wobec pozwanego, która przewyższa sumę wskazaną tytułem wykonawczym.

Na tych podstawach wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Rozpoznając apelację zważył Sąd Apelacyjny co następuje;

apelacja jako bezzasadna podlega oddaleniu.

Zarzut sprzeczności ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wymaga od strony wykazania, że :

a/ z treści dowodu wynika co innego niż przyjął sąd (przeinaczenie),

b/ pewnego dowodu nie uwzględniono przy sądowej ocenie – wbrew obowiązkowi oceny całokształtu okoliczności sprawy,

c/ sąd przyjął pewne fakty za ustalone podczas, gdy nie zostały one potwierdzone,

d/ sąd przyjął fakty za nie udowodnione podczas gdy wynikają one z określonych dowodów,

e/ sąd wyprowadził błędny logicznie wniosek z ustalonych przez siebie okoliczności.

W tym kontekście ujawnione w uzasadnieniu apelacji zarzuty omawianej sprzeczności wynikać mają z pominięcia treści aktów notarialnych z 2004r. i 2008r., a w szczególności mających z niej wynikać podstawy do zaliczenia wartości prawa do lokalu przy ul.(...) (345 000 zł) czy też treści przelewów na łączną kwotę 140 000 zł, w sytuacji, w której w ostatniej z kwestii Sąd I instancji wskazał w motywach orzeczenia na treść zeznań samego powoda (00:29:24 protokołu rozprawy przed Sądem I instancji) jako przyczynę dla której dokonywane przez powoda wpłaty nie mają znaczenia dla ich zaliczenia na poczet długu powoda objętego tytułem egzekucyjnym (strona 5 uzasadnienia wyroku Sądu I instancji), zaś ustalenia Sądu I instancji, co do treści aktów notarialnych, w wyczerpujący sposób wskazują na

przyczyny dla których przeniesienie własności lokali przy ul.(...) i ul.(...) w Z. nie doprowadziły do zwolnienia powoda z długu objętego opisanym w sprawie tytułem egzekucyjnym w postaci aktu notarialnego z 4 lutego 2009r.

Niewykazanie apelacją błędu Sądu I instancji przy ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, przy jednoczesnym logicznie umotywowanym wniosku Sądu Okręgowego, że oferowane dowody nie świadczą o zmniejszeniu zadłużenia powoda w wysokości 1 100 000 zł pozwalają uznać Sądowi Apelacyjnemu poczynione ustalenia faktyczne za własne (w rzeczy samej jak to zauważa sam apelujący w tym zakresie apelacja stanowi niedopuszczalną prawem polemikę z prawidłowo poczynionymi ustaleniami faktycznymi Sadu I instancji).

Nie sposób także dociec w czym upatruje apelacja naruszenia treści art. 453 i 506 k.c. W tym zakresie Sąd I instancji szczegółowo wyjaśnił przyczyny dla których oba przepisy nie znajdują w sprawie zastosowania i samo stwierdzenie powoda, że powinno być inaczej nie stwarza dostatecznej podstawy dla odmiennej od Sądu I instancji wykładni obu przepisów.

Sam fakt wielokrotności czynności prawnych między stronami w kontekście ustalonej przez Sąd I instancji między nimi współpracy gospodarczej, przy jednoczesnej treści tytułu egzekucyjnego z 2009r. wskazują, że nie ma podstaw dla uznania, że dokonując świadczeń w opisanym pozwem zakresie powód spełnił świadczenie w zakresie 1 100 000 zł związanym z niewykonanym obowiązkiem przekazania lokali odpowiadających powierzchni 110 m²

Należy wskazać, że powód jest doświadczonym przedsiębiorcą i o ile treść aktów notarialnych była dla niego niejednoznaczna winien na to zwracać uwagę w ramach dokonywanej czynności, czego nie uczynił, umożliwiając w ten sposób dokonanie interpretacji postanowień umownych w sposób przyjęty przez Sąd I instancji (w zgodzie z ich literalną treścią i stanowiskiem pozwanego).

Nadto wbrew zarzutom apelacji w treści aktu notarialnego z 2012r. nie ma oświadczenia którejkolwiek ze stron tej czynności, upoważniającego stwierdzenie, że skutkiem opisanych świadczeń jest umorzenie (zmniejszenie) chociażby części należności 1 100 000 zł wynikającej z aktu notarialnego z 2009r., natomiast istnieją podstawy dla dokonania wykładni tej umowy w sposób określony motywami zaskarżonego wyroku, a wyrażającej się w tezie, że umowa z dnia 25 stycznia 2012 r. modyfikowała wzajemne rozliczenia jedynie w zakresie przewidzianego w umowie przedwstępnej lokalu „(...)”, nie wpływając zarazem na zakres pozostałych, wynikających z niej, obowiązków w tym zapłaty opisaną kwoty.

Nie znajduje także prawnego uzasadnienie „postawienie do rozliczenia” opisaną kwotą 689 640 zł ., która wynikać ma z faktury VAT (...) dołączonej do apelacji. Ze swej istoty faktura jest jedynie rachunkiem powoda i zawiera w sobie jedynie twierdzenie, że powodowi ma przysługiwać względem pozwanego określona kwotowo wierzytelność z tytułu generalnie opisanych prac budowlanych. Nie jest natomiast dowodem ich wykonania, jak i rzeczywistej wartości. Jako taki stanowi także nowość w rozumieniu art. 381 k.c., która może zostać pominięta w toku postępowania apelacyjnego, tym bardziej gdy się zważy, że zagadnienie wartości robót wykonanych przez powoda stanowiło przedmiot oceny Sądu I instancji oceniającego wpływ współpracy gospodarczej stron na wysokość wierzytelności pozwanego wobec powoda, a nadto nie wynika z oświadczenia powoda, by doszło w wyniku „postawienie do rozliczenia” do umorzenia wierzytelności w rozumieniu cywilno prawnym.

Interpretując najkorzystniej dla powoda jego apelacyjny zarzut można go odnieść jedynie do zarzutu procesowego (a nie materialno prawnego), co przy braku powiązania tego zarzutu z twierdzeniami pozwu (dotyczącymi wykonania usług budowlanych na należących do pozwanego nieruchomościach na łączną kwotę 603.856 zł.) i braku w tym zakresie odpowiednich zarzutów apelacyjnych w swoisty sposób zawiesza ów zarzut w próżni .

Nadto aprobata dla stanowiska powoda prowadziłyby do sytuacji procesowej, w której okoliczności faktyczne dotyczące istnienia wierzytelności (w nad wyraz generalnie opisaną w fakturze) stałyby się przedmiotem oceny faktycznej i prawnej po raz pierwszy na etapie postępowania apelacyjnego, pomimo, że powód miał zachowaną możliwość w postępowaniu przed sądem I instancji wykazania tych okoliczności, lecz tego nie uczynił tylko dlatego, że w nieusprawiedliwiony sposób był przekonany o trafności przyjętego przez siebie kierunku obrony w postępowaniu

przeciwegzekucyjnym. W swej konsekwencji uwzględnienie nowego zarzutu pozwanego (przyjmując kontrfaktycznie jego materialno prawny skutek) ograniczyłoby także dwuinstancyjny charakter postępowania sądowego, skoro nie byłoby podstaw dla przyjęcia, że istota sprawy nie została wyjaśniona przez sąd I instancji (skoro w ramach tamtego postępowania pozwany podjął nieskuteczny kierunek obrony związany z nieskutecznym prawnie zarzutem spełnienia świadczenia i to z przyczyn nie związanych z potrzebą badania istnienia wiarytelności z tytułu wykonanych prac budowlanych).

Wszystko to uprawnionym czyniło pominięcie powyższej nowości w toku postępowania apelacyjnego.

Mając na uwadze powyższe orzekł Sąd Apelacyjny jak w wyroku na podstawie wskazanych przepisów a nadto art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 98 k.p.c.

SSA Zbigniew Ducki SSA Wojciech Kościółek SSA Józef Wąsik