

Sygn. akt I ACa 1037/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 stycznia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Bogdan Świerczakowski (spr.)

Sędziowie: SA Edyta Jefimko

SO del. Ewa Dietkow

Protokolant: sekr. sąd. Katarzyna Dzieciołowska

po rozpoznaniu w dniu 12 stycznia 2015 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 lutego 2014 r.

sygn. akt XVI GC 147/13

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1. w ten tylko sposób, że po słowach: „w wysokości 0,05 % za każdy dzień zwłoki”, a przed słowami: „od kwot”, dodaje słowa: „nie wyższej od odsetek maksymalnych” i oddala powództwo w zakresie w jakim dotyczy odsetek umownych w wysokości przekraczającej odsetki maksymalne;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 1037/14

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 12 lutego 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od (...) sp. z o.o. w W. na rzecz (...) sp. z o.o. w W. kwotę 208.683,60 USD wraz z odsetkami umownymi w wysokości 0,05 % za każdy dzień zwłoki od kwot:

a) 32.502,00 USD od 6 listopada 2011r. do dnia zapłaty,

b) 33.150,00 USD od 6 listopada 2011r. do dnia zapłaty,

c) 33.150,00 USD od 6 listopada 2011r. do dnia zapłaty,

d) 32.502,00 USD od 6 listopada 2011r. do dnia zapłaty,

e) 37.362,00 USD od 6 listopada 2011r. do dnia zapłaty,

f) 40.017,60 USD od 18 marca 2012r. do dnia zapłaty,

a nadto rozstrzygnął o kosztach między stronami i o kosztach sądowych.

Podstawa faktyczna wyroku jest następująca.

(...) sp. z o.o. swoją działalność rozpoczęła od współpracy z dwoma biurami podróży, w tym z jednym z nich była (...) sp. z o.o. (dalej w skrócie (...)). Jednym z kontrahentów, który kontraktował rejsy (...) poprzez firmę (...) jako pośrednika było biuro (...). Po upadku tego biura we wrześniu 2010 r., wystąpiły po stronie (...) straty, ponieważ firma ta zakontraktowała już rejsy u powódki (w(...)) , a jednocześnie w skutek bankructwa S. T. część pasażerów została wycofana. Aby złagodzić szkodę między zarządem (...) sp. z o.o. a prezesem (...) toczyły się rozmowy dotyczące partycypacji (...) sp. z o.o. w pokryciu straty (...) związanej z bankructwem biura (...). W rozmowach ze strony (...) sp. z o.o. brali udział członkowie zarządu: T. B. wraz z M. K. a później także G. P.. Ze strony (...) występował tylko F. H.. Rozmowy te dotyczyły kwot rekompensaty, tzw. kick-back , w wysokości 300.000 USD, bowiem taką kwotę wskazywał prezes (...). Nie było szczegółów odnośnie terminu, sposobu i warunków tej płatności. Nie zostały złożone żadne oficjalne oświadczenia ze strony powódki. Nie doszło do formalnego oświadczenia ze strony (...) Sp. z o.o., że zobowiązuje się zapłacić kwotę 300.000 USD na rzecz (...) sp. z o.o.

Strony kontynuowały współpracę. W dniu 8 marca 2011 r. zawarły umowę nr (...) - (...) o świadczenie usług czarteru lotniczego wraz z aneksem nr (...), w którym określono ceny dla odbywanych lotów i warunki płatności.

Na podstawie powyższej umowy powód wystawił pozwanej faktury VAT nr:

- (...) z dnia 27 października 2011 r. na kwotę 34.482 USD płatną do 2 listopada 2011 r., skorygowaną fakturą korygującą z dnia 28 listopada 2011 r. nr (...) na kwotę 2.856 USD,

(kopia faktury wraz z zestawieniem zleceń lotów – k. 67-69, faktura korygująca k.70)

- (...) z dnia 27 października 2011 r. na kwotę 35.525 USD płatną do 2 listopada 2011 r., skorygowaną fakturą korygującą z dnia 28 listopada 2011 r. nr (...) na kwotę 2.856 USD,

(faktura wraz z załącznikiem k. 71-75, faktura korygująca k. 76)

- (...) z dnia 27 października 2011 r. na kwotę 35.525 USD płatną do 2 listopada 2011 r., skorygowaną fakturą korygującą z dnia 28 listopada 2011 r. nr (...) na kwotę 2.856 USD,

(faktura wraz z załącznikiem k. 77-79, faktura korygująca k. 80)

- (...) z dnia 27 października 2011 r. na kwotę 34.482 USD płatną do 2 listopada 2011 r., skorygowaną fakturą korygującą z dnia 28 listopada 2011 r. nr (...) na kwotę 2.856 USD,

(faktura wraz z załącznikiem k. 81-83, faktura korygująca k. 84)

- (...) z dnia 27 października 2011 r. na kwotę 39.803 USD płatną do 2 listopada 2011 r., skorygowaną fakturą z dnia 28 listopada 2011 r. nr (...) na kwotę 2 856 USD,

(faktura wraz z załącznikiem k. 85-87, faktura korygująca k. 88)

- (...) z 7 marca 2012 r. na kwotę 40.017,60 USD płatną do 14 marca 2012 r.

(faktura wraz z załącznikiem k. 89-91, niesporne).

Przedmiotowe faktury wystawione tytułem przewozu lotniczego zostały przesłane pozwanemu również pocztą elektroniczną zgodnie z wymogiem zawartym w treści aneksu nr (...) do umowy art. 4.5 i 4.6 (k. 61)

(wydruk z e-mail k. 92-99, niesporne).

Pozwany nie regulował przedmiotowych należności.

Zgodnie z przedmiotową umową (art. IV 4.2.) ceny dla poszczególnych lotów zostały wskazane w Aneksie nr (...). Powód na stronie 16 Aneksu nr (...) wskazał wysokość opłaty lotniskowej liczonej od każdego pasażera korzystającego z lotniska w A. oraz M. B. jako kwotę 15 euro. Taką też opłatę ponosiła strona pozwana. W dniu 5 grudnia 2011r. pozwany uzyskał informację od jednego z touroperatorów ( (...) sp. z o.o.), że opłata lotniskowa na lotniskach w A. oraz B. w okresie maj-sierpień 2011r. nie wynosi 15 euro za osobę a 15 USD a w okresie wrzesień-październik 2011r. 7,5 USD. W ocenie pozwanego w tej sytuacji nadpłacił on powódce kwotę 72.824,55 USD i dlatego zwrócił się do powoda o jej zwrot.

Z inicjatywy pozwanego strony nadal prowadziły rozmowy w sprawie sposobu rozliczeń kwot wynikających z prowizji handlowej oraz kwot wynikających z różnicy pomiędzy opłatami rzeczywiście ponoszonymi a ustalonymi pomiędzy stronami w umowie czarteru lotniczego. Ze spotkań z inicjatywy pozwanego były sporządzane notatki, prowadzona była też obszerna korespondencja elektroniczna. Powód rozważał możliwość skompensowania pozwanej nadpłat oraz kompensat kwoty kick-back. Rozmowy nie zakończyły się ustaleniami czy uzgodnieniami w formie pisemnej.

W dniu 13 lutego 2013 r. (w toku postępowania) pozwany przesłał powodowi oświadczenie o potrąceniu kwoty niedopłaty prowizji handlowej w wysokości 200.000 USD wraz z odsetkami oraz z tytułu bezzasadnego obciążania wyższymi opłatami lotniskowymi (15 euro) niż obowiązujące na lotnisku M. B. w Turcji (15 USD) w 2011 roku na łączną kwotę 72.309,21 USD wraz z odsetkami w wysokości 13.593,37 USD, naliczonymi na dzień 13 lutego 2013 r. (k.251-253).

Oceniając materiał dowodowy Sąd wyjaśnił, że okoliczności dotyczące powstania wierzytelności powoda są udokumentowane i niesporne, zaś sporne było istnienie wierzytelności, która stanowiła przedmiot potrącenia. Tego wątku dotyczyły zeznania świadków i stron - Sąd w większości dał im wiarę, oceniając jako spójne ze zgromadzonymi dokumentami i wzajemnie się uzupełniające. Zauważył jednak, że świadkowie różnili się w ocenie faktów i zdarzeń, co wynika z relacji jakie ich wiązały ze stronami. Jako najbardziej obiektywne Sąd ocenił zeznania T. B., który nie był związany z żadną ze stron procesu.

Sąd Okręgowy nie dał wiary świadkom M. S. i E. K. w zakresie w jakim twierdziły, że po upadku biura S. T. strony uzgodniły, iż firma (...) zwróci pozwanej kwotę 300.000 USD - bowiem wiedza taka została przekazana świadkom przez prezesa pozwanej (sami nie uczestniczyli w rozmowach). Potwierdzają to w szczególności zeznania świadka S., która wprost podała, że nie uczestniczyła w rozmowach z prezesem dotyczących prowizji opłat; nie pamiętała terminów spotkań ani tego, czy prezes przekazał jej informację kto ze strony powoda uczestniczył w spotkaniach dotyczących prowizji opłat. W pozostałym zakresie także te zeznania korelowały z pozostałym zebrany w sprawie materiałem dowodowym.

Sąd Okręgowy uznał roszczenie w całości za zasadne, za punkt wyjścia przyjmując powstanie wierzytelności dochodzonych pozwem i ich niezapłacenie przez stronę pozwaną. Sąd stwierdził, że do wygaśnięcia zobowiązania nie doszło również w drodze potrącenia (art. 498 § 1 i 2 k.c.), gdyż nie zostało wykazane istnienie wierzytelności o jakiej mowa w oświadczeniu pozwanej z 13 lutego 2013 r. (k.251).

Poza wymogiem złożenia oświadczenia o potrąceniu (art. 499 k.c.) składający je powinien zindywidualizować swoją wierzytelność, skonkretyzować jej zakres przedstawiony do potrącenia z wierzytelnością drugiej strony, wskazać przesłanki jej powstania, wymagalności i wysokości oraz dowody w celu ich wykazania. Sąd ustalając skuteczność oświadczenia o potrąceniu, musi m.in. zbadać, czy przedstawiona do potrącenia wierzytelność istniała w zgłoszonym rozmiarze (wyroki Sądu Najwyższego: z 25 czerwca 1997 r., III CKN 116/97, OSNC 1997, Nr 11, poz. 184; z 6

października 2006 r., V CSK 198/06; z 14 listopada 2006 r., II CSK 192/06; z 29.9.2010 r., V CSK 43/10). Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z 18 grudnia 1973r. (III CRN 272/73, OSNC 1974, Nr 10, poz. 177), jeżeli pozwany w procesie powołuje się na przedstawienie do potrącenia wierzytelności o naprawienie szkody lub wierzytelności z bezpodstawnego wzbogacenia, albo wierzytelności o świadczenie z umowy dożywocia, o wysokości, której ściśle ustalenie jest niemożliwe lub nader utrudnione, sąd może ją ustalić w sposób przewidziany w art. 322 k.p.c.

Strona pozwana nie wykazała – co obciążało ją zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu wynikającym z art. 6 k.c. – że jej wierzytelność istniała i była wymagalna zgodnie z wymogami przepisu 498 §1 k.c. W toku postępowania podnosiła, że przysługiwały jej wierzytelności z tytułu nadpłaconej opłaty lotniskowej w wysokości 72. 824,55 USD wraz z odsetkami oraz pieniężna wierzytelność z tytułu kick-back, czyli prowizji handlowej należnej pozwanej wynikającej z lojalnej współpracy z powódka w wysokości 300.000 USD.

Kwestia rozliczenia opłat lotniskowych na lotnisku M. B. była objęta regulacją umowną pomiędzy stronami – pkt 2.3 Aneksu numer (...), w którym ich wysokość strony określiły na 15 Euro. Zawarły też w umowie zapisy, zgodnie z którymi powód był obciążony dodatkowymi obowiązkami informacyjnymi w przypadku podwyższenia stawek lotniskowych, pod rygorem przeniesienia na niego konieczności dokonania tych opłat. W związku z powyższym Sąd uznał, że w pozostałym zakresie ryzyko wynikające z ewentualnych różnic w opłatach rzeczywistych na poszczególnych lotniskach strony przejęły na siebie, gdyż postępowanie dowodowe nie wykazało nic innego.

Sąd zaznaczył, że obie strony są podmiotami prowadzącymi profesjonalnie działalność na rynku usług turystycznych i działania podejmowane przez nie w zakresie kształtowania stosunków wzajemnych są obarczone wyższym ryzykiem niż w przypadku osób fizycznych. W związku z tym nie zasługuje na ochronę sądową ryzyko finansowe podejmowane przez takie podmioty w związku z podejmowaną przez nie działalnością. Bezskuteczne zatem było podnoszone przez pozwanego „zawyżenie” cen opłat lotniskowych. Wbrew jego twierdzeniom, naliczenia tych opłat nie miało charakteru bezpodstawnego wzbogacenia. Należności strony powodowej zostały naliczone zgodnie z treścią umowy i mają w niej podstawę prawną. Nie doszło w tym zakresie do żadnej zmiany umowy w formie pisemnej a tylko taka forma miałaby wiążący skutek dla stron z uwagi na treść art. 10.5 łączącej je umowy: „wszelkie zmiany umowy oraz jej uzupełnienia wymagały formy pisemnej i podpisów obu stron” (k. 52).

W ocenie Sądu I instancji pozwany nie doznał z tego tytułu żadnej szkody, bowiem poniesionymi kosztami opłat lotniskowych obciążała organizatorów turystyki, którym odsprzedawał miejsca lotnicze w czarterowanych od powoda samolotach (sprzeciw - k. 157). Nadto z treści art. 405 k.c. jednoznacznie wynika, że przesłanką zaistnienia bezpodstawnego wzbogacenia jest brak podstawy prawnej. Taka sytuacja nie miała tutaj miejsca. Wysokość opłat lotniskowych dla poszczególnych lotnisk, jak już wskazano, została określona w Aneksie nr (...) do umowy z 8 marca 2011 r. nr (...) - (...). Tak więc powód prawidłowo i zgodnie z umową pobrał opłaty lotniskowe od strony pozwanej.

Podobnie rzecz się ma z podnoszoną przez pozwanego należnością z tytułu rozliczenia należnej według pozwanej prowizji handlowej tzw. prowizji kick-back. Pozwany nie wykazał, aby powód gwarantował lub w jakikolwiek inny sposób przyjął na siebie zobowiązania wynikające z upadłości biura podróży. Wprawdzie materiał dowodowy wskazuje, iż pozwany usiłował poprzez ustalenia z powodem zminimalizować stratę, jaką poniósł w związku z upadłością partnera handlowego, jednakże powód nie był w żaden sposób zobligowany do uwzględnienia wniosków pozwanego. Przedsiębiorca winien kalkulować w obszarze ryzyka również zagrożenie wynikające z potencjalnej nieterminowości bądź braku zapłaty ze strony nierzetelnego kontrahenta. Odpowiedzialność ta spoczywa tylko i wyłącznie na przedsiębiorcy. Zarzuty podniesione przez pozwanego w tym zakresie w ocenie sądu są całkowicie nieskuteczne.

Pozwany na poparcie swojego stanowiska przedstawił korespondencję e-mailową, protokoły ze spotkań, notatki. Notatki ze spotkań pomiędzy stronami obrazują jedynie przebieg negocjacji prowadzony przez strony postępowania. Dokumenty prywatne, w szczególności oświadczenia osób fizycznych, notatki ze spotkań, stanowią tylko dowód tego, iż osoby, które się pod nimi podpisały złożyły oświadczenie o treści, jaka została w nich zawarta. Noty księgowe (k. 231-234) nie tylko nie wiadomo przez kogo zostały wystawione, a więc czy była to osoba upoważniona do dokonywania

tego rodzaju czynności w imieniu powoda, ale też nie wynika z nich, z jakiego tytułu dokonywane są kompensaty. Samo wskazanie „Rozliczenie umowy lato 2011 E.” czy „Rozliczenie umowy lato 2011” nie daje podstaw do uznania, że chodzi o należności z tytułu prowizji kick-back.

Treść korespondencji e-mailowej między stronami szczegółowo wyjaśniali świadkowie (M. G.) oraz członkowie zarządu powódki G. P., A. K. i M. K.. Podkreślili w swych wypowiedziach, że gdyby została wyrażona wola dokonania kompensat to zaowocowałyby to podpisaniem porozumienia w tej kwestii, tak by było niespornie wskazane jakie kwoty są kompensowane, i z jakiego tytułu. Analogiczna sytuacja dotyczy sporządzanych przez pozwanego notatek ze spotkań i protokołów.

W protokole ze spotkania w dniu 9 sierpnia 2011r. (k. 224) napisano m.in. „ Firma (...) stwierdziła, że niektóre sprawy uzgodnione z (...) A. nie są w dalszym ciągu załatwione (...) Prowizja handlowa = lato 2010: ( ...) Po dyskusji strony uzgodniły, że kwoty te zostaną zapłacone przez (...) niezwłocznie po rozliczeniu faktur niezapłaconych przez (...)” Istotne jest, że oświadczenie to składa pozwany: „ Firma (...) stwierdziła”, prowizja handlowa dotyczy okresu (...) a nie jak wskazano w kompensatach: „Rozliczenie umowy lato 2011” przy czym został też postawiony warunek „że kwoty te zostaną zapłacone przez (...)niezwłocznie po rozliczeniu faktur niezapłaconych przez (...) jednak nie dookreślono o jakie faktury chodzi.

Także prezentowana korespondencja e-mailowa nie daje jednoznacznej odpowiedzi jakie kwoty i z jakiego tytułu miały być kompensowane. Brak jednoznacznej woli obydwu stron wyrażonej w sposób nie budzący wątpliwości powoduje, że nie można uznać, iż podniesiony przez pozwanego zarzut potrącenia jest zasadny.

Zatem strony nie zawarły żadnego porozumienia w zakresie rozliczania wskazywanych przez pozwanego należności. Zarówno zebrane dokumenty jak i zeznania świadków jednoznacznie wskazywały, że strony prowadziły negocjacje w tej kwestii, natomiast nie doszło ostatecznie do złożenia, oświadczeń woli przez uprawnione do reprezentowania stron osoby, jednoznacznie stwierdzających dojdzie do porozumienia w zakresie sposobu i kwoty rozliczenia wskazywanego przez pozwanego.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem oświadczenie o potrąceniu powinno jednoznacznie precyzować wolę potrącenia a w swej treści konkretyzować własną wierzytelność i jej zakres przedstawiony do potrącenia z wierzytelnością powoda, wskazywać również przesłanki jej powstania, wymagalności i wysokości. Do wywołania skutku potrącenia nieodzowne jest skonkretyzowanie istniejącej i wymagalnej wierzytelności wzajemnej potrącającego pod względem rodzajowym, terminowym i wartościowym, w tym dokładne określenie kwoty pieniężnej, w jakiej ta wierzytelności się wyraża.

Oświadczenie strony pozwanej o potrąceniu było więc nieskuteczne Postępowanie nie wykazało istnienia ani wymagalności wierzytelności wzajemnej względem powoda, na którą powoływał się pozwany, zatem stosując art. 498 § 1 k.c. Sąd Okręgowy ocenił, że do potrącenia nie doszło. Kierował się brakiem stosownego dokumentu jak również zaprzeczeniem członków zarządu powodowej spółki, jakoby wyrazili zgodę na kompensatę. Zeznali oni, że było to przedmiotem negocjacji, rozmów i spotkań, jednak nie przybrało żadnej konkretnej formy. Z uwagi na nieterminowość i brak płatności za realizowane usługi, powód rozważał rezygnację z jakiejś części swoich należności jedynie w przypadku, gdyby pozwany tych płatności dokonał (zeznania M. K.). Kompensata prowizji kick-back nie miała uzasadnienia w jakimkolwiek zobowiązaniu powoda w stosunku do pozwanego. Powód zaprzeczył by zobowiązał się partycypować w stratach pozwanego poprzez kompensatę jego zobowiązań.

Orzeczenie o terminach, wymagalności i wysokości odsetek Sąd uzasadnił powołując się na art. 481 §1 k.c. oraz art. 4.8 aneksu nr (...) do umowy czarteru (k. 61) zgodnie z którym strony ustaliły, iż w przypadku zwłoki w płatności przewoźnik (powód) będzie posiadał prawo naliczania odsetek z tytułu zwłoki w płatności w kwocie 0,05% za każdy dzień zwłoki po upływie 3 dni od terminu płatności, oraz na podstawie załączonych faktur. Orzeczenie o kosztach zostało uzasadnione treścią art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. z 2002 r. Nr 163 poz. 1348 ze zm.), art. 13 ust. 1 u.k.s.c. i art. 83 k.p.c. oraz

§ 2 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie wynagrodzenia za czynności tłumacza przysięgłego (Dz.U. 2005 Nr 15, poz. 131 ze zm.).

Strona pozwana wniosła apelację, skarżąc wyrok w całości. Zarzuciła liczne naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 65 k.c. i art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 230 k.p.c.), naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 § 1 k.p.c. oraz w zw. z art. 232 in fine k.p.c. poprzez zaniechania przeprowadzenia dowodów z urzędu a także naruszenia prawa materialnego: art. 60 k.c., art. 65 k.c. i art. 65 k.c. w zw. z art. 60 k.c. oraz w zw. z art. 917 k.c., art. 6 k.c. w zw. z art. 498 k.c. i art. 359 § 2<sup>1</sup>, § 2<sup>2</sup> oraz § 2<sup>3</sup> k.c.

Pozwany wniósł o zmianę wyroku i oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda kosztów za obie instancje. Apelacja zawiera nadto wnioski dowodowe.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego. W odpowiedzi na apelację także złożył wniosek dowodowy.

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

Apelacja jest zasadna tylko w niewielkiej części, której dotyczy jej ostatni zarzut, poza tym nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące rozstrzygnięcia odnośnie „prowizji kick back” przede wszystkim negują wiarygodność zeznań członków zarządu powoda na ten temat (bezsposornie nie dających podstaw do ustaleń po myśli skarżącego, na co szczegółowo zwraca uwagę powód w odpowiedzi na apelację), przeciwstawiając im inne dowody, w szczególności dokumenty, ale też zeznania świadka T. B.. W zeznaniach tego świadka znalazły się powołane w uzasadnieniu apelacji stwierdzenia: „rozmawialiśmy o kwocie ok. 300 tys. \$” oraz „(...) ustalenia co do rekompensaty dotąd, dopóki byłem w Zarządzie były aktualne” (k.395). Są to jednak wybiórczo potraktowane cytaty, z których nie wynika by doszło do złożenia przez obie strony zgodnych oświadczeń woli, ani tym bardziej nie wynika treść takich oświadczeń. Można przeciwstawić im inne fragmenty wypowiedzi tego świadka, choćby przytoczone w odpowiedzi na apelację (k.568), które nie dają dostatecznych podstaw do poczynienia ustalenia o przyjęciu przez stronę powodową takiego zobowiązania. Świadek zeznał na temat rozmów o prowizji, zrozumieniu powoda dla trudnej sytuacji pozwanego i zamiarze świadczenia, ale zarazem stwierdził jednak, że to była tylko dyskusja i nie było deklaracji, że (...) A. zapłaci kwotę 300.000 USD. T. B. (wówczas członek zarządu powoda) zeznał m.in.: „nie składałem takiej deklaracji, że spółce (...) zostanie wypłacona kwota 300 tys. \$ przez (...) A., ale rozmowy na ten temat były prowadzone.” (k.395-397). O stanowczych uzgodnieniach na temat „prowizji kick-back” zeznała świadek E. K., ale Sąd miał podstawy by nie oprzeć się na tych zeznaniach, skoro świadek nie była obecna przy rozmowach na ten temat (zeznania – k.402). Także wiedza na ten temat M. S. była zasłyszana, a w dodatku nieścisła (k.398-400).

Sąd Okręgowy dokonał także analizy znaczenia dowodowego dokumentów powołanych w apelacji, tj. not księgowych, korespondencji e-mailowej oraz protokołu ze spotkania w dniu 9 sierpnia 2011 r. i zestawił je z innymi dowodami wyciągając wnioski nie wykraczające poza reguły swobodnej oceny dowodów (k.504-505). Sąd Apelacyjny ocenę tę podziela.

Jeśli chodzi o protokół z zebrania 9 sierpnia 2011 r., Sąd słusznie zauważył, że nie ma w nim mowy o bezwarunkowej zapłacie, lecz o zapłacie „po rozliczeniu faktur niezapłaconych przez (...)” (k.224). Zatem wyjaśnienie przyczyn podpisania protokołu przez G. P. i M. K., jakim było według nich skłonienie pozwanego do zapłaty zaległego wynagrodzenia można uznać za wiarygodne. Wobec zarzutów naruszenia prawa materialnego trzeba zarazem podkreślić, że w protokole mowa jest o „prowizji handlowej (...), uzgodnionej w 2010r. po upadłości S.”, a zatem strony w ten sposób niewątpliwie nie wprowadziły żadnego nowego postanowienia umownego (nie składały oświadczeń woli modyfikujących umowę), lecz odwołało się tu do rzekomych, wcześniejszych, bliżej nieokreślonych uzgodnień. Na taką ocenę wskazuje też tytuł noty księgowej nr (...), gdzie mowa jest o protokole jako dokumencie potwierdzającym uzgodnioną kwotę 300.000 USD (k.239). Sąd nie naruszył więc także art. 60 k.c.

Trzy noty uznaniowe wskazujące jako swą podstawę „Rozliczenie umowy lato 2011” (czwarta w zawiera jeszcze dopisek (...)) nie różnią się od siebie treścią, poza różnymi kwotami. Jedna z nich opiewa na kwotę 100.000 zł i dotyczy jej e-mail M. G. z 4 października 2011 r., przy czym w mailu tym wskazano jako tytuł „Rozliczenie S. (...) x 50.000” (k.230), a więc podobnie jak w nocie uznaniowej, nie pada tu określenie „kick back”. E-mail z 9 grudnia 2011 r., w którym mowa jest o dokonanej już zapłacie „100 tys” także nie przybliży do wyjaśnienia wątpliwości po myśli pozwanego, tym bardziej, że określa się w nim kompensatę jako „co najmniej dziwną” (k.235). W dalszej części treść tego e-maila wpisuje się w wersję prezentowaną przez stronę powodową, o której zeznawali członkowie zarządu powoda, że były podejmowane wszelkie działania mające na celu skłonienie pozwanego do zapłaty za wykonane usługi. Na taką intencję wskazuje również e-mail z 8 grudnia 2011 r. (k.236). Nawet jeśli by przyjąć za pozwanym, że doszło do kompensaty przez powoda kwoty 100.000 USD tytułem prowizji „kick back”, o czym traktują pozostałe maile wskazane w apelacji (k.532), to również nie pozwalałoby to na stwierdzenie, że potrącenie dalszej kwoty 200.000 USD (objętej niniejszym procesem) było skuteczne, z następujących względów.

Umowa łącząca strony nie przewidywała prowizji na rzecz Klienta ani żadnych innych świadczeń Przewoźnika, które wykraczałyby poza obowiązki związane z wykonywaniem czarterowego przewozu lotniczego pasażerów oraz bagażu (artykuł I – k.45). Zeznanie M. K. o tym, że nie jest możliwe by na podstawie notatki ze spotkania miał powód wypłacić pozwanemu kwotę 300.000 USD, nawiązuje w istocie do zasady kauzalności czynności prawnych.

Z reguły w obrocie gospodarczym przysporzenia majątkowe dokonywane pomiędzy jego uczestnikami mają swój ekwiwalent. Niewątpliwie jest to zasadą w przypadku spółek z ograniczoną odpowiedzialnością utworzonych w celach zarobkowych, a do takiej grupy należą strony tego sporu.

Nie zostało wykazane przez pozwanego, by świadczenie określone jako „kick back” miało odpowiadający mu ekwiwalent. W sprzeciwie od nakazu zapłaty należność z tego tytułu została określona jako prowizja handlowa wynikająca z lojalnej współpracy z powodką i pozostająca w związku ze stratami poniesionymi przez pozwanego w związku z „upadkiem biura (...) Spółka z o.o.” Według prezesa pozwanego F. H., zamiarem powoda było pokrycie strat pozwanego wynikających z upadłości partnera handlowego pozwanej spółki. Miałoby się tak stać mimo, że - co wyraźnie przyznał F. H. - powodowa spółka nie była gwarantem wypłacalności S. T. i nigdy nie zobowiązywała się do partycypowania w stratach pozwanej wynikłych z ewentualnego upadku tego biura podróży (zeznania na rozprawie dnia 24.01.14, 02:51:56 – płyta k.593). Trzeba też przypomnieć, że nie zostało wykazane sporządzenie dokumentu, w którym M. K. miał według F. H. zapewnić o udzieleniu wsparcia dla pozwanej firmy w związku ze stratami jakie poniosła (zeznania na rozprawie dnia 24.01.14, 02:00:32).

Ważność (skuteczność) czynności przysparzającej uzależniona jest od tego, czy istnieje ważna podstawa dla takiego przysporzenia. Inaczej mówiąc, kauza (jakkolwiek rozumiana) wyraża uzasadnienie gospodarcze dla przesunięć majątkowych dokonanych w drodze przysporzenia. W tym wypadku nie zostało wykazane by istniało gospodarcze uzasadnienie dla opisanego przesunięcia majątkowego. Nie można by za takowe uznać zobowiązania do zapłaty na rzecz pozwanego kwoty 300.000 USD dla pokrycia jego strat. Byłoby to niezgodne z istotą działalności nastawionej na zysk - nieodpłatne świadczenie jednej spółki na rzecz drugiej, niepowiązanych kapitałowo (causa donandi). Powoływanie się w apelacji na ukształtowane między stronami, bliżej nie określone zwyczaje i zasady współpracy nie może zastąpić konieczności istnienia przyczyny prawnej i faktycznej przysporzenia. Ma rację powód, że zapłata pozwanemu takiej kwoty (kompensata), z racji braku tytułu prawnego i zarazem ekwiwalentu, mogłaby być wręcz rozpatrywana jako działanie członków zarządu na szkodę powodowej spółki (art. 293 § 1 k.s.h.).

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie także co do pozostałej kwoty przedstawionej do potrącenia. Sąd Okręgowy miał podstawy by w ogóle nie zastosować w sprawie art. 498 k.c., a więc także w odniesieniu do tej części oświadczenia o potrąceniu, która nawiązywała do noty księgowej nr (...), opiewającej na kwotę 72.309,21 USD - mającej stanowić rozliczenie różnic w opłatach lotniskowych (k.221-222, 251).

Zgodnie z art. 1.3 umowy łączącej strony, Klient (pozwany) zobowiązał się do zapłaty wynagrodzenia na rzecz P. (powoda) na warunkach określonych w umowie, którego kwotę wskazano w Aneksie nr (...). Z art. 4.3 wprost wynika,

że cena za lot nie obejmuje podatków za pasażera i w takiej też postaci zostały zamieszczone ceny w tabeli przypisanej do art. 2.1 Aneksu nr (...). W art. 2.3 Aneksu nr (...) - także w tabeli - zawarto definicję opłaty lotniskowej. Składa się na nią podatek od osób, (...) i podatek za infrastrukturę lotniska (k.58). Trzeba dodać, że aneks w osobnej tabeli ujął opłaty lotniskowe oraz, że - jak słusznie zarzuca pozwany - w tłumaczeniu dołączonym do pozwu pominięte zostało zdanie należące do punktu 2.3 Aneksu nr (...): „Opłaty lotniskowe mogą być zmieniane przez właściwe organy władzy” (k.541). Wszystkie te przesłanki wskazują na fakt, że opłaty lotniskowe nie były częścią ceny za lot.

Powyższa konstatacja nie jest wszakże jednoznaczna z zakwestionowaniem stanowiska Sądu Okręgowego odnośnie zakresu związania stron wysokością opłat lotniskowych przewidzianych w umowie, branych przecież pod uwagę przy wstawianiu faktur, obejmujących łącznie cenę i opłaty, zgodnie z art. 4.6 Aneksu nr (...). Nakładając na Przewoźnika obowiązek notyfikacji podwyższenia opłat pod rygorem poniesienia przezeń kosztów podwyżki, strony nadały wskazanym opłatom lotniskowym znaczenie niewątpliwie wykraczające poza tylko informacyjny charakter. Postanowiły mianowicie, że będą wiązały strony w ustalonych w umowie wysokościach bez względu na podwyższenie, jeśli Przewoźnik nie zawiadomi o zmianie we określonym czasie. Takie postanowienie oznacza, że odstąpiły od traktowania owych opłat jako czynnika absolutnego, niezależnego od woli stron umowy, przewidując jednak możliwość „nadpłat” ze strony Przewoźnika. W tych okolicznościach nasuwa się wniosek o mieszanym charakterze opłat, wprowadzie pozostających poza ceną, ale stanowiących jednak składnik wynagrodzenia powoda w rozumieniu art. 1.3 umowy, jako pojęcia szerszego od ceny lotu. Konsekwentnie, skoro strony przewidziały sytuację, w której Przewoźnik będzie płacił różnicę w wysokości opłat lotniskowych to nie można wykluczyć, że ich wolą było też przyjęcie, że Klient pokryje różnicę w stosunku do opłat ustalonych w umowie, w przypadku ich obniżenia w miejscach wylotu. Przy takiej wykładni umowy rozważania Sądu Okręgowego na temat podjętego w umowie ryzyka gospodarczego (k.503) trzeba uznać za trafne.

Należy przyznać rację powodowi, że tłumaczenie wiadomości mailowej wysłanej przez A. K. w dniu 19 grudnia 2011 r. zawiera zdanie: „4/podatki (...): Jesteśmy gotowi rozważyć kompensatę niezapłaconych opłat pasażerskich za (...) oraz nadpłaconych opłat w (...)” Taką wersję tłumaczenia potwierdziła biegła sądowa z zakresu języka angielskiego na rozprawie w dniu 24 stycznia 2014 r. (płyta cd – k.593, 02.42.55-02.44.10; 02.52.06-02.52.58). Członek zarządu powoda nie wyraził więc gotowości uwzględnienia kompensaty lecz gotowość jej rozważenia („to consider”).

Jeśli chodzi o e-mail z 14 grudnia 2011 r., którego dotyczy zarzut nieprzeprowadzenia dowodu z urzędu, to należy zauważyć, że dokument ten został złożony przez pozwanego bez tłumaczenia na język polski (k.209) i dlatego nie powinien zostać formalnie wykorzystany, bez względu na znajomość języka angielskiego przez sędziego rozpoznającego sprawę (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2013 r., III CZ 34/13, LEX nr 1375423). Zgodnie z art. 256 k.p.c. sąd może zażądać, aby dokument w języku obcym był przełożony przez tłumacza przysięgłego. Nieskorzystanie przez sąd z tego uprawnienia, nie pozwala jednak na skuteczne postawienie zarzutu naruszenia tego przepisu. To w interesie strony, składającej wniosek o dopuszczenie dowodu z dokumentu, jest złożenie tego dokumentu w takiej formie, która umożliwi wykorzystanie go jako materiału dowodowego, to strona powinna zadbać zatem o to, aby dokument sporządzony w języku obcym został przetłumaczony na język polski. W tym wypadku nie zachodziła konieczność przetłumaczenia dokumentu z urzędu, gdyż sprzeciw od nakazu zapłaty do którego został załączony, nie nawiązywał wprost do jego treści (k.157-158).

Wniosek dotyczący przetłumaczonego dokumentu został uznany za spóźniony na etapie postępowania apelacyjnego (art. 381 k.p.c.). Taktyka procesowa pozwanego uniemożliwiłaby już bowiem odniesienie się do e-maila przez jego autora, przesłuchanego w postępowaniu pierwszoinstancyjnym. Z kolei ponowne jego przesłuchanie (z urzędu) spowodowałoby zwłokę w postępowaniu. Wprawdzie dokument z karty 209 był okazywany A. K. podczas przesłuchiwania (k.466), ale pytania z nim związane dotyczyły tylko „prowizji kick back”. Ponadto należy jeszcze stwierdzić, że skarżący niezasadnie upatruje w oświadczeniu jednego tylko członka zarządu, wyrażenia woli przez spółkę, której reprezentacja jest dwuosobowa.

Stanowisko oparte na powołaniu się na oświadczenie o potrąceniu kwoty 72.824,55 USD nie mogło zostać uwzględnione także z innej, niezależnej od omówionej wyżej, przyczyny. Nie została mianowicie wykazana przez pozwanego szkoda ani jej wysokość.

Także przyjęcie - tylko na użytek poniższych rozważań - że zmiana opłat lotniskowych dokonana we właściwym trybie powodowała automatycznie stosowną modyfikację łączącego strony kontraktu w tabeli opłat lotniskowych (art. 2.3 Aneksu nr (...) – k.59), nie doprowadziłoby do uwzględnienia apelacji.

Wypada w tym miejscu dla porządku zaznaczyć, że kwoty zgłoszone do potrącenia nie mają bezpośredniego związku z należnościami dochodzonymi w tej sprawie. Wynagrodzenie objęte pozwem dotyczy rejsów w dniach: 1, 5, 6 i 8 2011 r., podczas gdy z uzasadnienia sprzeciwu (k.157-158) oraz noty księgowej nr (...) i załączonej do niej tabeli (k.221-222), wynika, że pozwany naliczył nadpłaty za okres od maja do października 2011 r. i żaden z wymienionych w tabeli rejsów nie odbył się w dniach: 1, 2, 6 ani 8 czerwca 2011 r. Zarzut potrącenia obejmuje zatem wyłącznie inne rejsy niż objęte fakturami załączonymi do pozwu.

Pozwany poparł swoje stanowisko twierdzeniami i dowodami (dokumentami księgowymi) dotyczącymi zapłaty wynagrodzenia za poszczególne wskazane przez siebie rejsy. Powód nie odniósł się do twierdzeń i dowodów pozwanego w tym zakresie, wobec czego należało poszerzyć podstawę faktyczną rozstrzygnięcia o ustalenie, że wynagrodzenie za rejsy wymienione w tabeli załączonej do noty księgowej (k.222), zostało na rzecz powoda w całości zapłacone.

W sprzeciwie zawarte są twierdzenia o szkodzie, która miała wyrażać się w wartości, za jaką pozwany musiał przeznaczać na zakup euro wg. średniego kursu ogłoszonego przez NBP obowiązującego w dacie wystawienia faktury przez powoda, przy uwzględnieniu stosunku euro do dolara amerykańskiego. Ostatecznie działanie arytmetyczne polegało na pomnożeniu różnicy w dolarach przez ilość osób podróżujących danym rejssem, za które zapłacone zostało 15 euro od osoby. Kalkulacja ta została wyraźnie zakwestionowana przez stronę powodową – w odpowiedzi na sprzeciw stwierdzono, że taki sposób wyliczenia szkody jest bezpodstawny i nieuzasadniony (k.346). Sąd Apelacyjny podziela to stanowisko.

Sąd Okręgowy słusznie zwrócił uwagę na fakt, że w sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany zamieścił następujące twierdzenie faktyczne: „W takiej wysokości opłaty ponosiła pozwana, obciążając nimi organizatorów turystyki, którym odsprzedawała miejsca lotnicze w czarterowanych od (...) A. Sp z o.o. samolotach.” Skoro skarżący twierdzi, że poniósł szkodę, to powinien wykazać, że ostatecznie to nie organizatorzy turystyki ponieśli koszt przedmiotowych różnic w wysokości opłat lotniskowych, lecz poniósł je właśnie on. Metodą powszechnie przyjmowaną przy ustalaniu wysokości szkody - poniesionego przez pokrzywdzonego uszczerbku majątkowego - jest tzw. metoda dyferencyjna polegająca na ustaleniu różnicy pomiędzy dwoma stanami majątku pokrzywdzonego: stanem hipotetycznym, jaki istniałby w dacie orzekania, gdyby nie nastąpiło zdarzenie szkodę wyrządzające oraz stanem rzeczywistym, jaki powstał na skutek wystąpienia zdarzenia powodującego szkodę. Skoro „nadpłatami” zostali obciążeni przez pozwanego jego kontrahenci (organizatorzy turystyki), to stan majątku pozwanego nie różni się od tego, jaki istniałby w przypadku nie objęcia wynagrodzeniem zapłaconym powodowi, opłat lotniskowych w wysokości wyższej od faktycznie obowiązujących.

Sprzeciw od nakazu zapłaty nie obejmuje zagadnienia zwrotu „nadpłat” poszczególnym organizatorom turystyki, a zeznania na ten temat M. S. (k.398) są ogólnikowe, traktują tylko o bliżej nieokreślonym touroperatorze i jako takie, w dodatku niepoprzedzone twierdzeniami faktycznymi, nie są wystarczające do poczynienia jakichkolwiek ustaleń. Dopiero w uzasadnieniu apelacji znalazło się stanowcze stwierdzenie, że pozwany zwrócił współpracującym z nim operatorom turystycznym nadpłacone kwoty opłat lotniskowych (...) i w związku z tym powstała szkoda w wysokości 72.824,55 zł. Jest to twierdzenie spóźnione na tym etapie postępowania, które Sąd Apelacyjny pomija przy zastosowaniu art. 381 k.p.c. Można jednak dodać, że także ono ma charakter bardzo ogólny, nie poddający się weryfikacji.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, tak jak wykazał pozwany zapłatę za rejsy których dotyczyły faktury wymienione w zestawieniu załączonym do noty księgowej nr (...), tak też powinien wykazać, że spełnił mające uzasadnienia w

kontraktach, świadczenia na rzecz poszczególnych organizatorów turystyki (dokonał zwrotu stosowanych części zapłaconego przez nich wynagrodzenia). Dopiero kwota stanowiąca sumę tych konkretnych świadczeń mogłaby stanowić odpowiednią sumę pieniężną w rozumieniu art. 363 § 1 k.c. Teoretyczne, w dodatku niejasne wyliczenie zaoferowane przez pozwanego, nie spełnia tego wymogu. Należy zarazem zaznaczyć, że pozwany nie przedstawił okoliczności, które pozwoliłyby na ocenę, że udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione, co usprawiedliwiłoby sięgnięcie do art. 322 k.p.c.

Jak już zaznaczono na wstępie rozważań, na uwzględnienie zasługiwał ostatni zarzut apelacji. Wyrok w części zasądzającej odsetki umowne w wysokości 0.05% dziennie a więc 18,25% rocznie, począwszy od 9 maja 2013 r. wykracza poza ramy określone w art. 359 § 2<sup>1</sup> k.c. Od tej daty stopa kredytu lombardowego NBP jest nie wyższa niż 4,5%, co oznacza, że jej czterokrotność jest niższa niż ustalone w umowie stron 18,25 % (od 5 marca 2015 r. wynosi już zaledwie 2,5%, a więc odsetki maksymalne wynoszą 10%). W takim wypadku, zgodnie z art. 359 § 2<sup>2</sup> k.c. należą się odsetki maksymalne.

Z przedstawionych względów, przyjmując za swoje przytoczone ustalenia Sądu Okręgowego ze wskazanym uzupełnieniem, Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku na podstawie art. 385 k.p.c. i art. 386 § 1 k.p.c. Orzeczenie o kosztach uwzględnia stawkę minimalną wynagrodzenia adwokata reprezentującego powoda, i zapadło przy zastosowaniu art. 100 zdanie 2 k.p.c.