

Sygn. akt I ACa 958/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 grudnia 2017 r.

**Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:**

**Przewodniczący: SSA Jacek Pasikowski**

**Sędziowie: SA Wiesława Kuberska (spr.)**

**SO del. Jolanta Jachowicz**

**Protokolant: sekr. sąd. Iga Kowalska**

**po rozpoznaniu w dniu 24 listopada 2017 r. w Łodzi na rozprawie**

**sprawy z powództwa A. M.**

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

**o odszkodowanie**

**na skutek apelacji powoda**

**od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi**

**z dnia 14 marca 2017 r. sygn. akt X GC 133/15**

**1. oddala apelację;**

**2. zasądza od A. M. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwotę 8.100 (osiem tysięcy sto) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

**Sygn. akt I ACa 958/17**

## UZASADNIENIE

Pozwem skierowanym przeciwko (...) spółce z o.o. w W. A. M. wniósł o zasądzenie kwoty 695.200 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty tytułem odszkodowania za wyrządzoną szkodę na skutek nienależytego wykonania zobowiązania oraz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym w dniu 15 stycznia 2015 r. Sąd Okręgowy w Łodzi orzekł zgodnie z żądaniem pozwu. Pozwana zaskarżyła powyższy nakaz zapłaty sprzeciwem, w którym wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych. Pozwana zakwestionowała roszczenie powoda zarówno co do zasady, jak i wysokości, a także zgłosiła zarzut częściowego przedawnienia roszczenia powoda za okres od września 2009 r. do maja 2011 r.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 14 marca 2017 r. Sąd Okręgowy w Łodzi zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 1.868,64 zł z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych od dnia 28 stycznia 2015 r. do dnia zapłaty (pkt 1), oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt 2), zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania (pkt 3),

nakazał zwrócić powodowi ze Skarbu Państwa – kasy Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 1.319,16 zł tytułem nadpłaconej zaliczki na bieglego uiszczony w dniu 9 lipca 2015 r., zaksięgowanej pod poz. 2411 150837 (pkt 4), a także przejął w ciężar Skarbu Państwa – kasy Sądu Okręgowego w Łodzi nieuiszczoną opłatę sądową od pozwu (pkt 5).

(wyrok – k. 496 – 496 verte)

Powyższe rozstrzygnięcie zostało wydane na podstawie ustaleń, które Sąd Apelacyjny w całości podzielił i przyjął za własne.

Z ustaleń tych wynikało, że w dniu 26 czerwca 2008 r. strony sporu zawarły umowę najmu na mocy, której pozwana spółka jako wynajmujący oddała w najem powodowi od dnia 1 lipca 2008 r. lokal użytkowy o powierzchni 99,40 m<sup>2</sup> usytuowany w piwnicy budynku frontowego w Ł. przy ul. (...) na cele działalności gastronomicznej. Strony ustaliły, że najemca będzie uiszczać wynajmującemu za wynajmowany lokal czynsz miesięczny w wysokości 24 zł za 1 m<sup>2</sup>, tj. w kwocie 2.385,60 zł. Do powyższej kwoty miał zostać doliczony podatek VAT w stawce obowiązującej w dniu płatności. Najemca zobowiązał się regulować czynsz z góry do 10 dnia każdego miesiąca kalendarzowego. Wynajmujący miał prawo do zmiany stawek czynszu w trakcie trwania umowy w przypadku inflacji przekraczającej 7%. Wynajmujący nie ponosił odpowiedzialności za składniki majątkowe będące własnością najemcy. Najemca zobowiązał się wykorzystywać lokal zgodnie z jego przeznaczeniem oraz wykonywać na własny koszt bieżące konserwacje, drobne naprawy i remonty. Najemca był uprawniony do przeprowadzenia adaptacji zajmowanego lokalu, w tym uzyskania decyzji o zmianie sposobu użytkowania lokalu wyłącznie po uzyskaniu zgody wynajmującego na piśmie i innych niezbędnych zezwoleń. Wszelkie ulepszenia stać się miały własnością wynajmującego po ustaniu najmu, bez obowiązku zwrotu ich równowartości. Wszelkie zmiany lub uzupełnienia umowy wymagały formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności. Umowa została zawarta na czas nieokreślony. Wcześniejsze rozwiązanie umowy mogło nastąpić w drodze jednomiesięcznego wypowiedzenia, którego koniec przypadał na ostatni dzień miesiąca kalendarzowego lub bez wypowiedzenia przez wynajmującego, w razie zwłoki z zapłatą opłat na rzecz wynajmującego wynoszącej ponad dwa miesiące.

Aneksem nr (...) do powyższej umowy strony dokonały zmiany niektórych zapisów umowy najmu z dnia 26 czerwca 2008 r., ustalając, że wynajmujący oddaje najemcy w najem lokale użytkowe o pow. 232,03 m<sup>2</sup> usytuowane w piwnicy budynku frontowego przy ul. (...) w Ł. na cele prowadzenia działalności gastronomicznej. Najemca zobowiązał się uiszczać z tego tytułu czynsz miesięczny w kwocie zryczałtowanej wynoszącej 2.385,60 zł netto powiększonej o obowiązującą w dniu wystawienia faktury stawkę VAT. Od dnia 1 maja 2009 r. najemca zobowiązał się uiszczać wynajmującemu czynsz miesięczny za 1 m<sup>2</sup> w wysokości 40 zł netto, czyli 9.281,20 zł powiększonej o obowiązujący w dniu wystawienia faktury podatek VAT. Umowa najmu została zawarta na czas określony od dnia 1 listopada 2008 r. do dnia 30 października 2013 r. Okres wypowiedzenia zmieniono na trzymiesięczny. Aneks rozpoczął swoje obowiązywanie z dniem 1 listopada 2008 r. Pismem z dnia 17 listopada 2008 r. pozwana spółka udzieliła powodowi zezwolenia na remont pomieszczeń zajmowanych przez niego w oparciu o umowę najmu i znajdujących się w piwnicy posesji przy ul. (...) w Ł..

W dniu 25 listopada 2008 r. powód zawarł z (...) S.A. w Ł., jako poręczycielem umowę poręczenia na mocy, której oświadczył, że w dniu 25 listopada 2008 r. zawarł umowę kredytu z Bankiem (...) S.A. I Oddział w Ł., w wyniku, której udzielono mu kredytu w kwocie 83.200 zł. Poręczyciel zobowiązał się do udzielenia poręczenia na rzecz powoda z tytułu opisanej umowy kredytowej do kwoty 66.560 zł, co stanowi 80% otrzymanego przez powoda kredytu. Poręczenie zostało wystawione na okres od dnia 25 listopada 2008 r. do 31 grudnia 2013 r.

W budynku, w którym powód wynajmował od pozwanej lokale funkcjonowały również inne lokale gastronomiczne. W okresie obowiązywania łączącej strony umowy najmu z dnia 26 czerwca 2008 r. w budynku, w którym znajdował się wynajmowany przez powoda lokal był prowadzony remont bramy i klatki schodowej oraz lewej oficyny. Remont klatki schodowej trwał około roku. Do lokalu powoda prowadził jeden bieg schodów z bramy. W korytarzu, w którym znajdował się bieg schodów były czyszczone dwie ściany i sufit, a następnie kładziony karton-gips z podłączeniem elektryki. Klienci korzystający z lokalu powoda musieli przechodzić przez korytarz, na którym odbywał się remont. W trakcie trwania remontu klatki schodowej lokal prowadzony przez powoda odwiedzało mniej klientów, niż przed remontem. Powód zgłaszał dzielnicowemu, że remont prowadzony w budynku, w którym wynajmuje lokal przedłuża się i jest dla niego uporczywy. Remont bramy polegał na pracach murarskich i czyszczeniu drewnianej elewacji. Był również prowadzony remont wewnątrz kamienicy – na podwórku trwały prace murarskie. Materiał do prac był przechowywany na podwórku w garażach. Na zewnątrz stała metalowa puszka na śmieci, która była wieczorem przykrywana. W trakcie remontu doszło do zalania pomieszczenia znajdującego się nad lokalem zajmowanym przez powoda, który był również wynajmowany przez innego najemcę. Na skutek tego zdarzenia powstała szkoda w lokalu powoda, która została usunięta przez pozwaną spółkę oraz najemcę pomieszczenia, w którym doszło do zalania.

W piśmie datowanym na dzień 25 lutego 2010 r. oraz w ponownym piśmie z dnia 22 lipca 2011 r. powód wezwał pozwaną do zakończenia trwającego od czerwca 2009 r. remontu oraz naprawienia szkód wymienionych w treści pisma, które w ocenie powoda miały wpływ na wizerunek prowadzonego przez niego lokalu. Powód podniósł, że zagrzybenie i brak odpowiedniej wentylacji powoduje niemożność korzystania ze wszystkich możliwości lokalu, co prowadzi do strat. Nadto oświadczył, że z uwagi na to, że poniesione przez niego straty przekroczyły jego zadłużenie względem wynajmującego, wstrzymuje zapłatę za wystawione przez pozwaną spółkę faktury.

W wyniku prowadzonego w okresie od września 2009 r. do sierpnia 2012 r. remontu w kamienicy, w której powód prowadził działalność gospodarczą w postaci lokalu gastronomicznego powód uzyskiwał niższe przychody niż przed remontem. Utracone przez powoda korzyści w tym okresie wyniosły łącznie 4.204,44 zł. Utracone korzyści w tej sprawie równe są utraconym zyskom. Zysk operacyjny stanowi różnicę pomiędzy przychodami a kosztami usługi, a zatem jest odsetkiem przychodów. Wyliczeniu podlega wskaźnik rentowności przychodów (ROS), który stanowi stosunek zysku do przychodów oraz wskaźnik kosztochłonności, który jest stosunkiem kosztów do przychodów lub różnicą  $1-ROS$ . W przedsiębiorstwie, w którym dochodzi do anomalii i brak jest w nim przychodów stosunek ten musi się zmienić – ROS spadnie, bo ze spadkiem sprzedaży zmniejszą się koszty zmienne, zaś koszty stałe (niezależne od sprzedaży) pozostaną na stałym poziomie. Aby rzetelnie obliczyć utracone zyski należy pomnożyć spadek przychodów przez wskaźnik rentowności z okresu sprzed wystąpienia anomalii. Tak wyliczona wartość jest odzwierciedleniem wartości zysków, które zostałyby uzyskane dodatkowo, gdyby przychody były wyższe. W przedsiębiorstwie powoda nie występowała w badanym okresie sezonowość w kosztach w stosunku do przychodów. Oznacza to, że na przestrzeni lat niezależnie od miesiąca stosunek ten jest w miarę stały. Z zestawienia przychodów za badany okres można wysnuć wniosek, że istnieje sezonowość przychodów, zaś największe przychody przedsiębiorstwo osiągało od maja do września – czyli w miesiącach letnich. W okresach rocznych rentowność przedsiębiorstwa powoda – cechująca się sezonowością miesięczną – była stała. Biorąc pod uwagę, że okres kalkulowania utraconych korzyści obejmuje 3 pełne lata, sezonowość miesięczna nie ma znaczenia. Stąd dokonano wyliczenia wartości utraconych korzyści w oparciu o średnią arytmetyczną według średnich wartości przychodów przed remontem oraz w trakcie remontu. Następnie wyliczono średnie zyski w tych okresach, określono wskaźniki udziału średniego zysku w średnich przychodach i obliczono różnicę przychodów. Okazało się, że średnie przychody w trakcie remontu były mniejsze niż przed remontem o 116,79 zł za okres jednego miesiąca. A tym samym łączny dochód wynikający z utraconych korzyści za cały badany okres (36 miesięcy) wyniósł 4.204,44 zł (36 x 116,79). W analizie pominięto kalkulację poprzez liczbę sal oraz stolików w poszczególnych salach

i w ogródku, gdyż wielkość ta była stała przez cały badany czas.

Pismem z dnia 27 czerwca 2012 r. pozwana dokonała wypowiedzenia powodowi czynszu określonego w § 2 ust. 1 umowy najmu lokalu użytkowego

z dnia 26 czerwca 2008 r. i podwyższyła czynsz z kwoty 2.385,60 zł netto na kwotę 6.496,84 zł netto powiększoną o obowiązujący w dacie wystawienia faktury podatek VAT, wskazując, że nowa stawka czynszu obowiązuje od 1 sierpnia 2012 r. W dniu 17 sierpnia 2012 r. pozwana spółka rozwiązała łączącą ją z powodem umowę najmu z dnia 26 czerwca 2008 r. bez zachowania okresu wypowiedzenia. Jako podstawę do rozwiązania umowy pozwana wskazała zaległości w opłatach z tytułu czynszu najmu przez okres dłuższy niż 2 miesiące oraz bezskuteczność dodatkowego wezwania do zapłaty z dnia 27 czerwca 2012 r. Pozwana wezwała jednocześnie powoda do opróżnienia i zdania wynajmowanych lokali w terminie do dnia 30 sierpnia 2012 r. W dniu 5 września 2012 r. pozwana sporządziła protokół zdawczo-odbiorczy lokalu usytuowanego przy ul. (...) zajmowanego przez powoda, w którym wskazano, że pomimo zawiadomienia powoda pismem umieszczonym na drzwiach lokalu o terminie jego odbioru, powód nie stawił się na odbiór. Nadto w treści protokołu zamieszczono informację, że drzwi do lokalu były otwarte, zaś samo pomieszczenie zostało zdewastowane poprzez zniszczenie podłóg i ścian, a w środku nie było żadnego wyposażenia.

W okresie prowadzenia prac remontowych w budynku przy ul. (...) nie była remontowana nawierzchnia ulicy (...) na odcinku przy przedmiotowej posesji. Remont tej nawierzchni na tym odcinku rozpoczął się w 2013 r.

Oceniając materiał dowodowy zebrany w tej sprawie Sąd a quo bardzo obszernie wyjaśnił przyczyny nieuwzględnienia wniosku strony powodowej o dopuszczenie dowodu z opinii kolejnego biegłego sądowego, o specjalizacji z zakresu szacowania utraconych korzyści przedsiębiorstw. Ponadto wskazał, że poczynił ustalenia faktyczne na podstawie dokumentów, niekwestionowanych przez żadną ze stron i zeznań świadków, za wyjątkiem W. K., któremu odmówił w istocie mocy dowodowej z uwagi na brak wiedzy świadka o przedmiotowym remoncie.

W świetle poczynionych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy uznał powództwo za częściowo zasadne na podstawie art. 471 k.c. w zw. z art. 659 i n. k.c. w zakresie odnoszącym się do twierdzeń powoda o spadku dochodów z działalności gastronomicznej prowadzonej w lokalu, który wynajmował w remontowanym przez pozwaną spółkę budynku z uwagi na to, że potwierdził je zebrany w postępowaniu materiał dowodowy, w tym opinia biegłego z zakresu rachunkowości i finansów. Z opinii tej wynikało, że korzyści utracone przez powoda na skutek prowadzonego przez pozwaną remontu budynku przy ul. (...) w Ł. w okresie 36 miesięcy od września 2009 r. do sierpnia 2012 r. wyniosły łącznie 4.204,44 zł, tj. po 116,79 zł miesięcznie. Pozwana nie zdołała natomiast wykazać, że tak rozumiana szkoda powoda była następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Sąd pierwszej instancji uwzględnił jednak podniesiony przez pozwaną zarzut przedawnienia, stwierdzając, że powód mógł uzyskać wiedzę o spadku dochodów już we wrześniu 2009 r., w związku z czym już wtedy miał możliwość dochodzenia stosownej zapłaty i winien podjąć działania w tym kierunku najpóźniej do końca października 2009 r. Tymczasem powództwo inicjujące niniejsze postępowanie zostało skutecznie wytoczone dopiero w dniu 16 maja 2014 r., wobec czego – biorąc pod uwagę trzyletni termin przedawnienia roszczeń wynikający z prowadzonej działalności gospodarczej (vide art. 118 k.c.) – nieprzedawnione pozostały tylko należności dochodzone przez powoda za miesiące od maja 2011 r. do sierpnia 2012 r. W konsekwencji Sąd Okręgowy zasądził na rzecz powoda kwotę 1.868,64 zł (16 miesięcy x 116,79 zł)

z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych od dnia wniesienia pozwu (16 maja 2014 r.) do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałej części, jako przedawnione i nieudowodnione.

W ocenie Sądu a quo powód nie wykazał, by jego szkoda mogła obejmować kwotę zaciągniętego w dniu 28 listopada 2008 r. kredytu (83.200 zł) na remont wynajmowanego lokalu, której nie mógł odzyskać wskutek braku możliwości prowadzenia działalności gospodarczej. Nie zaoferował on bowiem żadnego dowodu, z którego miałyby wynikać, że kredyt w tej wysokości został przeznaczony na remont wynajmowanego od pozwanej lokalu. Dowodu tego nie stanowiła załączona do pozwu umowa poręczenia przedmiotowego kredytu z dnia 25 listopada 2008 r., a powód nie

przedstawił innych dokumentów potwierdzających, jakie kwoty kredytu wydatkował na remont lokalu i co zostało wyremontowane. Sąd Okręgowy uznał, że nawet wykazanie tej okoliczności nie zmieniłoby powyższej oceny, skoro zgodnie z łączącą strony umową, wszelkie ulepszenia stać się miały własnością wynajmującego po ustaniu najmu, bez obowiązku zwrotu ich równowartości. Zważywszy na to, że roszczenie powoda okazało się niezasadne w dominującej części, Sąd Okręgowy obciążył powoda kosztami procesu po myśli art. 98 § 1 k.p.c.

(uzasadnienie zaskarżonego wyroku – k. 503 – 511)

Powód zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w zakresie punktu 1. co do orzeczenia o odsetkach oraz punktu 2 i 3 apelacją opartą na następujących zarzutach:

I. naruszenia przepisów postępowania, tj.:

1. art. 278 § 1 k.p.c. w z w. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń faktycznych, wymagających wiadomości specjalnych:

- na podstawie opinii, która stanowi rachunek rzeczywistych zysków i strat, zaś w ogóle nie bada hipotetycznej sytuacji, jaka zaistniałaby w majątku powoda, gdyby przedsiębiorstwo funkcjonowało bez zakłóceń, a więc bezużytecznej dla potrzeb niniejszego postępowania, nieprowadzącej do poszerzenia wiedzy sądu orzekającego w koniecznym zakresie, a tym samym niedającej podstaw do czynienia ustaleń faktycznych;

- na podstawie opinii biegłego ds. księgowości i rachunkowości w sytuacji, gdy przedmiotem opinii winien być stopień efektywności funkcjonowania oraz gospodarowania majątkiem przedsiębiorstwa, a nie obliczenie matematycznej różnicy pomiędzy osiągniętymi zyskami i stratami, a rentowność w tym ujęciu jest przedmiotem badań analityków finansowych, a nie księgowych czy specjalistów ds. rachunkowości;

- na podstawie opinii niejasnej, niepełnej, sprzecznej wewnątrznie, jak również z tezą dowodową sądu orzekającego oraz zgromadzonym materiałem dowodowym, a w konsekwencji oparcie tychże ustaleń na dokumencie, który w rzeczywistości funkcji dowodu nie spełnia;

2. art. 286 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z biegłego sądowego z zakresu szacowania utraconych korzyści przedsiębiorstw albo uzupełniającej opinii biegłego ds. rachunkowości i finansów w sytuacji, gdy opinia złożona do akt sprawy została sporządzona z pominięciem kluczowych okoliczności oraz na podstawie błędnych danych, błędnych założeń, niepełnego materiału dowodowego oraz w oparciu o błędną i niewyjaśnioną metodologię, w tym w szczególności:

- brak wskazania metod badawczych, charakterystyki obiektu, dokumentów źródłowych, założeń opinii, znanych czynników zmiennych oraz stałych, udziału poszczególnych składników zasobów przedsiębiorcy w ogólnym zysku, informacji o prognozowanej powtarzalności zysków i kosztów, analizy ogólnej, w jakim stopniu posiadane aktywa ogółem są zdolne do generowania zysków;

- brak analizy przedsięwzięcia dotyczącego całego przedsiębiorstwa w postaci remontu generalnego;

- poddanie analizie trzech w miejsce pięciu lat, wybranych dowolnie przez biegłego, brak kalkulacji okresu z punktu widzenia rozstrzygnięcia kluczowego, tj. lat 2011 – 2012;

- przy błędnym założeniu co do dokumentów za rok 2009/2011 oraz braku analizy dokumentów za rok 2012, w konsekwencji z 4-letniego badanego okresu brak jest danych co do dwóch pełnych lat;

- z pominięciem w kalkulacji roku 2012;

- z pominięciem w kalkulacji zarówno zmiany ilości sal, ilości stolików, jak i powierzchni użytkowej;
- z błędnym założeniem co do okresu spornego (z pominięciem 3 pierwszych miesięcy tezy dowodowej sądu);
- z pominięciem rozróżnienia na dwa źródła dochodu: ogródek oraz sale w sytuacji, gdy okoliczność ta wskazuje bezpośrednio na rentowność samych sal;
- przy braku jakichkolwiek założeń co do ekonomicznych aspektów realizowanych przez powoda przedsięwzięć (w szczególności remontu drugiej sali);
- przy braku wyjaśnienia, które wydarzenie gospodarcze stanowi dla biegłego „anomalię”, będącą podstawą wydania opinii oraz wadliwe założenie jej wystąpienia w innym okresie;

3. art. 286 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu szacowania utraconych korzyści przedsiębiorstw z uwagi na tożsamość tezy dowodowej dla dowodu z opinii biegłego ds. rachunkowości i finansów w sytuacji, gdy:

- dowód z opinii biegłego ds. rachunkowości i finansów nie był przydatny dla ustalenia okoliczności faktycznych, stanowiących tezę dowodową, co zostało wykazane w zastrzeżeniach strony powodowej;
- sąd a quo dopuścił dowód z opinii biegłego, o który nie wносиła żadna ze stron - powód w miejsce dowodu z opinii biegłego ds. rachunkowości wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. wyceny utraconych korzyści przedsiębiorstw już w dniu 8 lipca 2015 r., tożsamość tezy dowodowej wynika, więc wyłącznie z zakresienia jej w takim kształcie przez sąd orzekający;

4. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 217 § 2 k.p.c. poprzez sprzeczną z zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego, jak również rozumowaniem sądu na etapie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego ocenę dowodu z opinii biegłego z zakresu księgowości i rachunkowości oraz przyjęcie, że twierdzenia o konieczności wydania przedmiotowej opinii w oparciu o dokumentację inną, niż ta, którą dysponował biegły, są sprekludowane, gdy wobec tezy dowodowej określonej przez sąd, w której wskazano, że biegły podejmie „czynności, które uzna za konieczne” przy zauważonej przez niego wadzie dokumentacji księgowej, przekazanej do opiniowania, opiniujący winien był samodzielnie poczynić starania zmierzające do wydania opinii odpowiadającej na pytania sądu i opisującej in casu zastany stan faktyczny albo wskazać, że dowodu tego nie da się przeprowadzić w oparciu o materiał, jakim dysponował biegły;

5. art. 217 § 2 k.p.c. poprzez pominięcie zarzutów i twierdzeń zgłoszonych przez stronę powodową w odniesieniu do opinii biegłego ds. rachunkowości i finansów wobec niezgłoszenia ich przez powoda w czasie właściwym:

- pomimo wystąpienia wyjątkowych okoliczności, tj. w sytuacji, gdy obliczenie szkody powstałej w majątku powoda wymaga wiadomości specjalnych, a zgłaszany przez niego dowód jest jedynym, który mógł doprowadzić do prawidłowego i sprawiedliwego rozstrzygnięcia;
- jako powodujących znaczne wydłużenie postępowania, podczas gdy owo pominięcie mogłoby mieć miejsce wyłącznie w przypadku, gdyby postępowanie w razie uwzględnienia spóźnionych twierdzeń i dowodów trwało dłużej niż wtedy, gdyby te spóźnione twierdzenia i dowody zostały przedstawione we właściwym czasie;

6. art. 217 § 2 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c. oraz art. 245 k.p.c. w zw. z art. 248 § 1 k.p.c. poprzez nierozpoznanie wniosków dowodowych powoda

o zobowiązanie Banku (...) S.A. I Oddział w Ł. do przesłania dokumentacji kredytowej (strona 2 pozwu), dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. szacunku nieruchomości (2 strona pisma powoda z dnia 8 lipca 2015 r.), kosztorysu budowlanego (strona 1 pisma powoda z dnia 19 listopada 2016 r.), zmierzających do wykazania kosztów wykonanego remontu oraz szkód powstałych w wyremontowanym lokalu w związku z działaniami pozwanej spółki, pomimo istnienia okoliczności spornych, które nie zostały dostatecznie wyjaśnione, a następnie dokonanie negatywnej oceny inicjatywy dowodowej powoda, zaś samego roszczenia jako nieudowodnionego (k. 19 uzasadnienia wyroku);

7. art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 325 k.p.c. poprzez sprzeczność uzasadnienia wyroku z jego sentencją w części dotyczącej orzeczenia

o odsetkach, polegającej na orzeczeniu w sentencji wyroku o obowiązku zapłaty odsetek w wysokości odsetek ustawowych za okres od dnia 28 stycznia 2015 r. do dnia zapłaty, zaś w jego uzasadnieniu wskazując, że sąd zasądził odsetki zgodnie z żądaniem pozwu, tj. od dnia wniesienia powództwa (16 maja 2014 r.) do dnia zapłaty;

8. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. poprzez dowolną ocenę dowodu w postaci opinii biegłego i dokonanie ustaleń faktycznych na podstawie dowodu nieprzydatnego dla ich stwierdzenia poprzez bezkrytyczne powielenie wniosków z niej wynikających w postaci jednorodności wysokości szkody (utraconych korzyści) powoda jako jednolitej kwoty, co nie pozwoliło sądowi na ustalenie wysokości utraconych dochodów w poszczególnych miesiącach, składających się na okres sporny, a tym samym uniemożliwiło dokonanie prawidłowych ustaleń w zakresie momentu, w którym powód „miał obiektywną możliwość uzyskania wiedzy o wysokości utraconych korzyści” i tym samym ustalenie terminu początkowego biegu przedawnienia;

9. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. poprzez uznanie za udowodnione twierdzenia pozwanego o przedawnieniu roszczenia od września 2009 r. w sytuacji, gdy na wysnucie takiej konkluzji nie pozwalały wnioski opinii uniemożliwiające oznaczenie momentu, którym szkoda miesięczna byłaby dla powoda zauważalna w stopniu uzasadniającym żądanie spełnienia świadczenia od dłużnika;

II. sprzeczności istotnych ustaleń faktycznych z wiedzą ogólną, zasadami logiki oraz realiami niniejszej sprawy:

- polegającą na przyjęciu - w odniesieniu do obliczenia rentowności przedsiębiorstwa - że „liczba sal oraz stolików w poszczególnych salach

i w ogródku była stała przez cały badany czas” - k. 7 uzasadnienia (w opinii: „przez cały okres analizy” k. 273) w sytuacji, gdy wszystkie źródła osobowe, jak również sam sąd w uzasadnieniu wskazuje, że od 1 listopada 2008 r. powód dysponował dwiema salami;

- w połączeniu z błędnym założeniem, że pojęcia „analizowanego okresu” oraz „spornego okresu” są tożsame w sytuacji, gdy okres analizy obejmować winien lata 2008 - 2012, zaś okres sporny obejmuje okres czerwiec 2009 -wrzesień 2011, co miało kolosalne znaczenie dla obliczenia korzyści utraconych

w spornym okresie, dla których konieczna jest analiza, czyli porównanie kondycji finansowej przedsiębiorstwa przed i w trakcie spornego okresu, co odzwierciedla nawet opinia biegłego (zestawienia danych rozpoczynają się od stycznia 2008 r.);

- polegającą na przyjęciu, że „powód wiedzę taką mógł poznać z upływem pierwszego miesiąca, w którym stwierdził obniżenie swych przychodów, to jest we wrześniu 2009 r.”, podczas gdy powyższe zasady nakazują uznać, że w zakresie działania przedsiębiorstwa utracony dochód na poziomie 116,17 zł jest kwotą pomijalną, w szczególności w przypadku sezonowości rentowności przedsiębiorstwa”;

III. naruszenia prawa materialnego, tj. art. 120 § 2 k.c. poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że bieg trzyletniego terminu przedawnienia rozpoczął się we wrześniu 2009 r. w sytuacji, gdy na postawienie takiej tezy nie pozwala zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oceniony zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego w połączeniu z regułami rządzącymi prowadzeniem przedsiębiorstwa.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zwrot kosztów procesu za obie instancje, ewentualnie zaś o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

(apelacja – k. 517 – 525)

Pozwana spółka wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

(odpowiedź na apelację – k. 550 – 552 verte)

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

Apelacja jest nietrafna i podlega oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Zaznaczyć przy tym należy, że Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z dnia 31 stycznia 2008 r. w sprawie III CZP 49/07 (OSNC 2008/6/55), że sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiąże go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. W związku z tym dla postępowania apelacyjnego znaczenie wiążące mają tylko takie uchybienia prawu procesowemu, które zostały przedstawione w apelacji i nie są wyłączone spod kontroli sądu odwoławczego na podstawie przepisu szczególnego.

W tej sprawie konieczne jest rozpoczęcie rozważań od zarzutu naruszenia prawa materialnego, gdyż jego bezzasadność determinuje zakres rozważań dotyczących prawa procesowego. Jak wynika z treści zarzutu odnoszącego się do przedawnienia roszczenia, skarżący nie kwestionuje przyjętego przez Sąd a quo trzyletniego terminu przedawnienia roszczenia ze spornej umowy najmu, a rozpoczęcie biegu tego terminu przedawnienia. Przy czym zupełnie niezrozumiałe jest dla Sądu ad quem powołanie naruszenia art. 120 § 2 k.c., gdyż przepis ten odnosi się do roszczenia o zaniechanie, a w tej sprawie powód dochodzi roszczenia o zapłatę. Podstawą oceny Sądu pierwszej instancji, że doszło do przedawnienia roszczenia był art. 120 § 1 k.c., co jednoznacznie wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku. A zatem trzeba przyjąć wstępnie, że zarzut tak sformułowany w ogóle nie odnosi się do zaskarżonego rozstrzygnięcia. Jednakże Sąd Apelacyjny odniesie się z urzędu do kwestii przedawnienia części roszczenia.

Jak wynika z treści pozwu, to sam powód dochodząc odszkodowania z tytułu utraty dochodów z prowadzonej działalności gospodarczej, wyliczonego na kwotę 612.000 zł, wskazał, że przyjął metodę wyliczania szkody w skali miesiąca. Na karcie 5 akt znajduje się zapis o wyliczeniu szkody na podstawie zestawienia księgowego – porównania obrotów z poszczególnych miesięcy z okresu, w jakim powód został pozbawiony możliwość korzystania z lokalu w sposób zgodny z umową. Dalej, powód posługuje się kategorią „uśrednionego obrotu miesięcznego”, wynoszącego w jego ocenie 20.000 zł, wtedy gdy prowadził lokal bez zakłóceń i 3000 zł, kiedy trwał remont. Zdaniem powoda dochodzona kwota 612.000 zł (mająca być zyskiem) jest prostym iloczynem różnicy pomiędzy tymi wartościami – 17.000 zł i liczbą miesięcy, tj. 36.

A zatem, Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął, że bieg przedawnienia roszczenia tak skonstruowanego, powinien być liczony oddzielnie dla każdego miesiąca, bezpośrednio po jego zakończeniu. Szczególnie, że powód jako przedsiębiorca prowadził księgowość swojego przedsiębiorstwa, wymagając zestawiania uzyskiwanych przychodów (obrotów) właśnie w skali miesiąca, co obrazują załączone do pozwu dokumenty na kartach 18 – 75. Tym samym powód na bieżąco miał rozeznanie, lub mógł je mieć, co do skali obrotów i przyczyn ewentualnego spadku tych obrotów. Reasumując, roszczenie powoda z tytułu utraconych zysków na skutek prowadzonego remontu, trafnie zostało uznane za przedawnione za czas od 1 września 2009 r. do 15 maja 2011 r. Posługując się metodą powoda, póki co bez jej merytorycznej oceny, trzeba przyjąć, więc, że powód może skutecznie dochodzić odszkodowania z tej przyczyny jedynie w wysokości 17.000 zł miesięcznie pomnożone przez 15,5 miesiąca, co daje kwotę 263.500 zł, a nie 612.000 zł.



W tym miejscu należy odnieść się do argumentacji apelacji, że ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji są sprzeczne z wiedzą ogólną, zasadami logiki oraz realiami niniejszej sprawy, gdyż – zdaniem apelującego – utracony dochód na poziomie 116,17 zł jest kwotą pomijalną, w szczególności w przypadku sezonowości rentowności przedsiębiorstwa. Sąd ad quem musi przypomnieć skarżącemu, że kwota 116,17 zł została wyliczona przez biegłego, natomiast powód podał w pozwie (i nadal tak wnosi), że różnica miesięczna w obrocie wynosiła 17.000 zł, a zatem w świetle zasad doświadczenia życiowego nie miała charakteru pomijalnego przy „uśrednionym obrocie 20.000 zł” miesięcznie.

Konstatacja dotycząca przedawnienia roszczenia pozwala wskazać, że nietrafny jest zarzut apelacji zawężenia pojęcia „analizowany okres”. Nie jest on także – wbrew stanowisku strony powodowej – tożsamy z pojęciem „spornego okresu”, gdyż Sąd a quo dokonał analizy obrotów za lata 2009 – 2012, zaś okres sporny obejmuje jedynie czas od 16 maja 2011 r. do 31 sierpnia 2012 r. Tak więc, doszło do porównania kondycji finansowej przedsiębiorstwa przed i w trakcie spornego okresu. Z tymi zagadnieniami wiąże się także twierdzenie, że doszło do sprzeczności istotnych ustaleń faktycznych z wiedzą ogólną, zasadami logiki oraz realiami niniejszej sprawy poprzez przyjęcie – w odniesieniu do obliczenia rentowności przedsiębiorstwa, że „liczba sal oraz stolików w poszczególnych salach i w ogródku była stała przez cały badany czas”. Niezrozumiałe jest przeciwstawienie tego ustalenia twierdzeniu, że wszystkie źródła osobowe, jak również sam Sąd a quo w uzasadnieniu wskazuje, że od 1 listopada 2008 r. powód dysponował dwiema salami. Okres analizowany przez Sąd Okręgowy obejmował czas po 1 listopada 2008 r. i oczywiście odnosił się do dwóch sal.

Skarga apelacyjna, jak wynika z zakresu zaskarżenia w niej określonego, odnosi się również do biegu odsetek od uwzględnionej części roszczenia w pkt. 1 wyroku, tyle, że nie zawiera zarzutu naruszenia prawa materialnego w postaci art. 481 k.c. Zawarto za to w niej, dość niefortunnie sformułowany, zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 325 k.p.c. poprzez sprzeczność uzasadnienia wyroku z jego sentencją w części dotyczącej orzeczenia o odsetkach, polegającej na orzeczeniu w sentencji wyroku o obowiązku zapłaty odsetek w wysokości odsetek ustawowych za okres od dnia 28 stycznia 2015 r. do dnia zapłaty, zaś w jego uzasadnieniu wskazując, że sąd zasądził odsetki zgodnie z żądaniem pozwu, tj. od dnia wniesienia powództwa (16 maja 2014 r.) do dnia zapłaty. Rzeczywiście taki zapis znajduje się na karcie 16 uzasadnienia i jest nieprawidłowy, ale pozostaje to bez wpływu na prawidłową treść rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego. Albowiem strona powodowa żądając odsetek od dnia wniesienia pozwu błędnie uznała, że pozwana spółka z chwilą wniesienia przeciwko niej pozwu pozostaje w opóźnieniu w rozumieniu art. 481 k.c. Przedmiotowy pozew jest pierwszym wezwaniem strony pozwanej do zapłaty odszkodowania w wysokości 695.200 zł, tak więc pozwana spółka może być uznana za pozostającą w opóźnieniu dopiero od chwili doręczenia jej odpisu pozwu, co nastąpiło wraz z doręczeniem odpisu nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym właśnie w dniu 27 stycznia 2015 r. – k. 127, a zatem pozwana spółka co do zasadnej części powództwa pozostaje w opóźnieniu dopiero od dnia następnego, tj. 28 stycznia 2015 r. i tak orzeczono w zaskarżonym wyroku.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia prawa procesowego, w pierwszej kolejności należy omówić zarzuty naruszenia art. 233 k.p.c., przy czym trzeba wstępnie podkreślić, że skarżący posługuje się tym przepisem na wyrost, stosując go nawet wtedy, gdy w istocie nie kwestionuje ustaleń faktycznych Sądu pierwszej instancji, a jedynie ich jurydyczną ocenę. Tak nieprawidłowo został wykorzystany zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. poprzez uznanie „za udowodnione twierdzenia pozwanego o przedawnieniu roszczenia od września 2009 r.” i zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. w zakresie „ustalenia terminu początkowego biegu przedawnienia. Zastosowanie instytucji przedawnienia nie jest ustaleniem faktycznym, a koncepcją jurydyczną sądu. Podobnie został dołączony art. 233 § 1 k.p.c. do zarzutu niezwiązanego z oceną zgromadzonego materiału dowodowego, a sposobem gromadzenia tego materiału dowodowego, co jest diametralnie innym etapem procedowania w sprawie. W efekcie postawiono zarzut naruszenia tego przepisu wraz z art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 217 § 2 k.p.c. w odniesieniu do oceny Sądu Okręgowego, że wnioskowanie o dokumentację inną, niż ta, którą dysponował biegły, jest sprekludowane.

Tymczasem dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. konieczne jest wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu, określenie, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając, względnie stwierdzenie,

iż rażąco naruszył zasady logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego i że uchybienie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy. Inaczej rzecz ujmując, w celu wykazania naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., strona nie może jedynie ograniczyć się do przytoczenia treści przepisów, lecz musi wykazać, jakich dowodów sąd nie ocenił lub które ocenił wadliwie, jakie fakty pominął i jaki wpływ pominięcie faktów czy dowodów miało na treść orzeczenia. Tylko ocena rażąco błędna lub oczywiście sprzeczna z treścią materiału dowodowego, nieodpowiadająca zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, może czynić usprawiedliwionym zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Ponadto musi się on odnosić do okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia w sprawie.

W zasadzie z formalnie wskazanych w skardze apelacyjnej zarzutów naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., kwalifikuje się tylko zarzut dowolnej ocenę dowodu w postaci opinii biegłego i dokonanie ustaleń faktycznych na podstawie dowodu nieprzydatnego dla ich stwierdzenia poprzez bezkrytyczne powielenie wniosków z niej wynikających w postaci jednorodności wysokości szkody (utraconych korzyści) powoda jako jednolitej kwoty, co nie pozwoliło sądowi na ustalenie wysokości utraconych dochodów w poszczególnych miesiącach, składających się na okres sporny. Jest on jednak nietrafny.

Po pierwsze, nie wskazuje jakie konkretne ustalenia faktyczne Sądu a quo, wynikające z opinii biegłego sądowego, kwestionuje strona powodowa, dlaczego są kwestionowane te właśnie konkretne ustalenia, ani też nie podaje, jakich ustaleń – a w szczególności w oparciu o jaki materiał dowodowy, Sąd pierwszej instancji nie poczynił. Po drugie, jest sprzeczny z treścią pozwu, gdyż powód dochodził jednej kwoty z tytułu utraconych dochodów i – jak to zostało szeroko opisane już wcześniej – sam posługiwał się kryterium „uśrednionego dochodu”, a obecnie czyni z tego zarzut pod adresem biegłego i Sądu pierwszej instancji.

Reasumując, zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. są całkowicie chybione.

Nie doszło również do zarzucanego naruszenia art. 217 § 2 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c. oraz art. 245 k.p.c. w zw. z art. 248 § 1 k.p.c. poprzez nierozpoznanie wniosków dowodowych powoda o zobowiązanie Banku (...) S.A. I Oddział w Ł. do przesłania dokumentacji kredytowej (strona 2 pozwu), dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. szacunku nieruchomości (2 strona pisma powoda z dnia 8 lipca 2015 r.), kosztorysu budowlanego (strona 1 pisma powoda z dnia 19 listopada 2016 r.), zmierzających do wykazania kosztów wykonanego remontu oraz szkód powstałych w wyremontowanym lokalu w związku z działaniami pozwanej spółki. Zarzut ten nie jest zasadny ani z punktu widzenia formalnego, ani z punktu widzenia materialnego.

Skarżący formułując ten zarzut zupełnie pominął niesporną okoliczność faktyczną, że strony w umowie najmu zastrzegły, iż najemca był uprawniony do przeprowadzenia adaptacji zajmowanego lokalu, ale wszelkie ulepszenia stać się miały własnością wynajmującego po ustaniu najmu, bez obowiązku zwrotu ich równowartości. Ponadto lokal został przejęty przez stronę pozwaną w dniu 5 września 2012 r. w stanie zdewastowanym i bez jakichkolwiek ulepszeń. I do rozwiązania stosunku najmu nie doszło z inicjatywy powoda, a ze strony pozwanej spółki na skutek niewywiązywania się powoda z obowiązku płacenia czynszu najmu. Powód miał zatem pełną możliwość dalszego wynajmowania lokalu, już po zaprzestaniu prowadzenia remontu w kamienicy. W takiej sytuacji zaciągnięcie przez powoda kredytu na zaadoptowanie lokalu nie pozostaje w żadnym związku przyczynowo-skutkowym z prowadzonym remontem, który dodatkowo nie był przyczyną ustania najmu. Tak więc, bez wykazania związku przyczynowo-skutkowego i zdarzenia stanowiącego źródło szkody bezprzedmiotowe było ustalanie wysokości szkody powoda. Na pewno zresztą taką szkodą nie mogła być kwota zaciągniętego kredytu bankowego wysokości 83.200 zł, co czyni powództwo oczywiście bezzasadne w tej części.

Powód był przez cały czas postępowania reprezentowany przez – co prawda zmieniających się, ale zawodowych pełnomocników procesowych. Składali oni różne wnioski dowodowe, część modyfikowali lub cofali. Ostatecznie na rozprawie w dniu 28 lutego 2017 r., poprzedzającej wydanie wyroku, ówczesny i aktualny pełnomocnik powoda oświadczył, że „popiera wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu szacowania utraconych korzyści, popierając też wniosek alternatywny o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego R. P. (1). Dalszych wniosków dowodowych nie zgłasza.” – zapis w protokole skróconym k. 485, 1.05.01 godz. nagrania przebiegu

rozprawy. A zatem Sąd pierwszej instancji nie musiał ustosunkowywać się do opisanych w zarzucie wniosków, bo ich ostatecznie nie podtrzymano. Pełnomocnik powoda po oddaleniu wniosków popieranych zgłosił zastrzeżenie do protokołu w trybie art. 162 k.p.c., ale tylko wobec decyzji o oddaleniu wniosków. Po zgłoszeniu zastrzeżenia pełnomocnik powoda nie zgłosił dalszych wniosków dowodowych – ta sama karta protokołu skróconego, 1.06.55 godz. nagrania przebiegu rozprawy.

Konieczne jest w tym miejscu zwrócenie uwagi na aspekt, który słusznie został pominięty przez Sąd a quo, ale wymaga omówienia w świetle rozbudowanych zarzutów apelacyjnych, dotyczących w sposób chaotyczny różnych kwestii, w tym tych, które nie stanowiły podstawy faktycznej powództwa, o czym świadczy omawiany zarzut. A musi być poza sporem, że strona powodowa nie dokonała w toku postępowania przedmiotowej zmiany powództwa. Jak wynika z treści pozwu z dnia 16 maja 2014 r., powód dochodzi kwoty 695.000 zł, stanowiącej sumę dwóch kwot: 612.000 zł tytułem utraconego zysku na skutek prowadzenia remontu kamienicy w sposób uniemożliwiający prowadzenie niezakłóconej działalności gospodarczej w przedmiocie najmu oraz kwoty 83.200 zł wykorzystanej na remont zajmowanego lokalu. W uzasadnieniu pozwu zostały opisane uciążliwości związane z remontem w postaci zdemontowania reklamy powoda na klatce schodowej, w bramie i na ulicy, zniszczenia płytek na klatce schodowej, zdewastowania schodów, zniszczenia poręczy i unoszenia się we wszystkich pomieszczeniach kurzu. Te elementy utrudniały prowadzenie działalności, jednakże nie wywołały szkód w mieniu powoda. W pozwie wspomniano o zniszczeniu wentylacji i demontażu klimatyzacji, zawilgoceniu ścian (ale nie wiadomo jakich, gdzie się znajdujących) ale bez szczegółów i bez wskazania, że powód z tego tytułu poniósł jakąkolwiek szkodę. W pozwie nie zgłoszono również żadnych wniosków dowodowych na te okoliczności. Jedyne dwa wnioski dowodowe odnosiły się: co do kwoty 612.000 zł – zgłoszono dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu finansów i rachunkowości na okoliczność ustalenia kwoty, o jaką uległy obniżeniu dochody powoda w czasie trwania remontu; oraz co do kwoty 83.200 zł – wnioskowano o zażądanie z banku dokumentacji udzielonego powodowi kredytu na remont lokalu.

W takiej sytuacji procesowej musi budzić zdziwienie treść pisma procesowego strony powodowej z dnia 13 maja 2015 r., stanowiącego odpowiedź na sprzeciw od nakazu zapłaty. W piśmie tym został zgłoszony po raz pierwszy wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu „z opinii biegłego z zakresu szacunku nieruchomości na okoliczność rozmiaru szkód poniesionych przez powoda, niemożności korzystania z przedmiotowego lokalu w okresie remontu, utraty walorów estetycznych, higienicznych i sanitarnych lokalu, braku możliwości kontynuowania działalności gospodarczej” – k. 174. W piśmie tym nie doszło do żadnej modyfikacji powództwa i jego podstaw faktycznych. Taka zmiana twierdzeń strony powodowej została dostrzeżona w piśmie procesowym pozwanej spółki z dnia 28 maja 2015 r. – k. 195. Zmiana ta nie mogła jednak wywołać żadnych skutków procesowych, szczególnie że w następnym piśmie powoda z dnia 13 lipca 2015 r. – k. 222, nadal popierano powództwo w dotychczasowej postaci i wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na ustalenia kwoty, o jaką uległy obniżeniu dochody powoda w czasie trwania remontu. Choć również wniosek z pisma z dnia 13 maja 2015 r. Taka wewnętrzna sprzeczność postawy procesowej powoda utrzymywała się aż do opisanego wcześniej domniemanego cofnięcia wniosków dowodowych, ale do chwili zamknięcia rozprawy przed Sądem Okręgowym nie doszło do zmiany powództwa w trybie art. 193 § 2<sup>1</sup> k.p.c. Tym bardziej zgłoszony zarzut należy uznać za chybiony.

Powyższe rozważania pozostają w związku z ostatnimi zarzutami – przedstawianym w różnych aspektach, ale wszystkie one są nastawione na uzyskanie tego samego efektu – zarzutami naruszenia art. 278 k.p.c. i art. 286 k.p.c. Oceniając te zarzuty trzeba przede wszystkim wstępnie zaznaczyć, że dowód z opinii biegłego sądowego jest jedynie sposobem oceny materiału procesowego zaoferowanego przez strony, który wymaga wiedzy specjalnej, natomiast nie może sam w sobie tworzyć od początku takiego materiału procesowego. Inaczej rzecz ujmując, strona, na której spoczywa ciężar dowodu w rozumieniu art. 6 k.c. musi najpierw skonkretyzować okoliczności faktyczne, następnie, co najmniej je uprawdopodobnić lub udowodnić i dopiero można uznać za konieczne sięgnięcie do dowodu z opinii biegłego sądowego. Jak trafnie wskazał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z 12 września 2017 r. w sprawie III AUa 956/16 (Lex nr 2379137), do dowodu z opinii biegłego należy sięgać w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych. Przedmiotem tego dowodu nie są zatem fakty lecz oceny wywiedzione z określonych faktów. Inaczej rzecz ujmując, opinia biegłego zgodnie z art. 278 k.p.c. służy stworzeniu sądowi

możliwość prawidłowej oceny materiału procesowego w wypadkach, kiedy ocena ta wymaga wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 k.p.c. (a więc wiedzy wykraczającej poza objętą zakresem wiedzy ogólnej – powszechnej). Zadaniem biegłego zasadniczo nie jest więc poszukiwanie dowodów i okoliczności mających uzasadniać argumentację stron lecz dokonanie oceny przedstawionego materiału z perspektywy posiadanej wiedzy i przedstawienie sądowi danych (wniosków) umożliwiających poczynienie właściwych ustaleń faktycznych i właściwą ocenę prawną znaczenia zdarzeń z których strony wywodzą swoje racje. Biegły jest zobowiązany do zachowania bezstronności (art. 281 k.p.c.) i występując procesie nie posiada zwłaszcza kompetencji prawnych, by poszukiwać i przedstawiać argumenty i dowody niezbędne dla poparcia stanowiska którejkolwiek ze stron procesu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 14 lipca 2017 r. w sprawie I ACa 175/17, Lex nr 2402409). Zaś do naruszenia art. 278 § 1 k.p.c. może dojść tylko wtedy, gdy sąd samodzielnie wypowiada się w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych, z pominięciem dowodu z opinii biegłego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2017 r. w sprawie III SK 49/16, Lex nr 2397583).

W przedmiotowej sprawie Sąd pierwszej instancji nie naruszył zatem art. 278 § 1 k.p.c., gdyż przeprowadził dowód z opinii biegłego w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych. A ponadto należy go ocenić stosując art. 233 § 1 k.p.c., co nie zostało podważone przez skarżącego. Specyfika oceny dowodu z opinii biegłych wyraża się w tym, że sfera merytoryczna opinii kontrolowana jest przez sąd, który nie posiada wiadomości specjalnych, tylko w zakresie zgodności z zasadami logicznego myślenia, doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej. Odwołanie się przez sąd do tych kryteriów oceny stanowi więc należyte i wystarczające uzasadnienie przyczyn uznania opinii biegłych za przekonujące. Dezaprobaty strony dla wniosków biegłego – niekorzystnych z punktu widzenia jej interesów w sprawie – nie może stanowić podstawy prowadzenia dalszego postępowania dowodowego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 4 października 2017 r. w sprawie I ACa 313/17, Lex nr 2396218).

W ocenie Sądu ad quem sprawą zasadniczą w tym sporze nie jest treść opinii biegłego sądowego, a fakty i dowody zaoferowane przez stronę powodową. Po pierwsze, powód w pozwie w sposób zupełnie niezrozumiały i naruszający zasady logiki wyliczył szkodę w wysokości 612.000 zł utożsamiając ze sobą dwa różne pojęcia „przychodu” (obrotu) i „dochodu”. A nadto zupełnie bezrefleksyjnie na podstawie porównania dwóch miesięcy wyliczył kategorię „uśrednionego obrotu”. Po drugie, w swoich wyliczeniach powód zupełnie abstrahował od okoliczności normalnie składających się na ryzyko powodzenia każdego przedsięwzięcia, jak konkurencja – w tej samej posesji było kilka lokali gastronomicznych i wiele podobnych w bezpośrednim sąsiedztwie, co wynika ze specyfiki ulicy (...) i jest okolicznością powszechnie znaną; sytuacja ekonomiczna na rynku konsumenckim; czy odpowiednia jakość świadczonych usług.

Po trzecie, teza dowodowa określona w pozwie była bardzo lakoniczna, a dowód z opinii biegłego sądowego miał być w ocenie powoda przeprowadzony jedynie na podstawie zestawienia obrotów prowadzonego przedsiębiorstwa. I to dopiero interwencja Sądu Okręgowego, w pełni uprawniona na zasadzie art. 232 zd. 2 k.p.c. pozwoliła skonkretyzować tezę dowodową dla biegłego, co znalazło wyraz w postanowieniu z dnia 15 stycznia 2016 r. – k. 257. Sąd a quo użył sformułowania w tezie tego postanowienia „i podjęciu czynności które uzna za stosowne” w interesie obu stron, w tym powoda, na którym spoczywał ciężar dowodu z art. 6 k.c., jednocześnie dążąc do wyjaśnienia istotnych okoliczności faktycznych zgodnie z prawdą, który to nakaz formułuje art. 212 § 1 k.p.c. A zatem to rolą powoda było podanie w pozwie wszystkich okoliczności faktycznych i przeprowadzenie ich analizy, oraz udowodnienie, tak aby biegły mógł ocenić stopień efektywności funkcjonowania oraz gospodarowania majątkiem przedsiębiorstwa. Powód powinien złożyć w tym celu już w pozwie wszystkie dokumenty źródłowe, a nie zarzucać opinii biegłego brak kompletności, za którą sam odpowiada. W szczególności, aby opinia mogła odnieść się do hipotetycznej sytuacji, jaka zaistniałaby w majątku powoda, gdyby przedsiębiorstwo funkcjonowało bez zakłóceń, konieczne było istnienie strategii firmy, planów rozwoju i osiągnięć w okresie wcześniejszym. Przedsiębiorstwo powoda dopiero się kształtowało, nie było rozpoznawalne na rynku, nie miało dorobku i tradycji (powód w ogóle na takie okoliczności się nie powoływał), a zatem biegły mógł bazować tylko na takim materiale dowodowym, jaki dostarczył powód.

To braki w faktach i dowodach, a nie specjalność biegłego R. P., doprowadziły do obliczenia matematycznej różnicy pomiędzy osiągniętymi zyskami i stratami (taki schemat wyliczenia szkody zaproponowała sama strona powodowa w pozwie), zamiast oceny stopnia efektywności funkcjonowania oraz gospodarowania majątkiem przedsiębiorstwa. Tego ostatniego nie zaprezentował sam powód. W takiej sytuacji dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego

nie zmieniłoby charakteru opinii i dlatego słusznie Sąd a quo oddalił dalsze wnioski dowodowe strony powodowej. Podkreślenia wymaga to, że o ewentualnym dopuszczeniu dowodu z opinii innego biegłego tej samej specjalności nie może decydować wyłącznie wniosek strony, lecz zawarte w tym wniosku konkretne uwagi i argumenty podważające miarodajność dotychczasowej opinii lub co najmniej miarodajność tę poddające w wątpliwość (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 października 2017 r. w sprawie I ACa 1143/16, Lex nr 2396171). Strona powodowa takich argumentów nie przedstawiła.

Z tych wszystkich względów należało apelację oddalić.

O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto zgodnie z art. 98 k.p.c. w zw. z rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokatów (Dz. U. z 2015r., poz. 1800 ze zm.).