

Sygn. akt *I ACa 400/18*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 lutego 2019 r.

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny**

w składzie:

Przewodniczący: **SSA Mikołaj Tomaszewski /spr./**

Sędziowie: **SSA Ryszard Marchwicki**

**SSO /del./ Ryszard Małecki**

Protokolant: **st.sekr.sąd Kinga Kwiatkowska**

po rozpoznaniu w dniu 20 lutego 2019 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **K. K.**

przeciwko **Bankowi (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W.**

**o pozbawienie tytułu wykonawczego wykonalności**

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 15 stycznia 2018 r. sygn. akt XII C 328/17

1. oddała apelację;
2. nie obciąża powódki kosztami postępowania apelacyjnego.

Ryszard Marchwicki Mikołaj Tomaszewski Ryszard Małecki

--	--	--

## UZASADNIENIE

Powódka K. P. wniosła przeciwko pozwanemu Bank (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. o pozbawienie w całości wykonalności bankowego tytułu egzekucyjnego pozwanego z dnia 04.03.2010r. sygn. akt 583/558/PO/ (...) zaopatrzonego w klauzulę wykonalności z dnia 25.05.2010r.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa.

Wyrokiem z dnia 5 lutego 2018r. Sąd Okręgowy w Poznaniu oddalił powództwo.

W motywach rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy wskazał, że powódka domagała się pozbawienia wykonalności tytułu wykonawczego Bankowego Tytułu Egzekucyjnego z dnia 04.03.2010r. nr (...) zaopatrzonego w klauzulę wykonalności

w dniu 25.05.2010 r. podnosząc, że roszczenie pozwanego jest nienależne albowiem koszty zostały sztucznie wygenerowane, ale również przedawnione albowiem postępowanie komornicze zostało umorzone wobec powódki postanowieniem z dnia 29.11.2013r. Powódka wskazała, że z arytmetycznego wyliczenia wynika, że w roszczeniu wartość przedmiotu sporu 78.935,55zł odsetki zaległe w wysokości 173.510,70zł zostały wyliczone w sposób wadliwy.

Podstawę prawną roszczenia powoda stanowi art. 840 § 1 k.p.c. Określone w tym przepisie powództwo opozycyjne przysługuje dłużnikowi, który może żądać pozbawienia tytułu wykonawczego wykonalności w całości lub w części w drodze badania zasadności i wymagalności obowiązku objętego tym tytułem i w konsekwencji musi być oparte na przyczynach materialnoprawnych określonych w tym przepisie.

Według art. 840 § 1 k.p.c. dłużnik może w drodze powództwa żądać pozbawienia tytułu wykonawczego wykonalności w całości lub części albo ograniczenia, jeżeli; 1) przeczy zdarzeniom, na których oparto wydanie klauzuli wykonalności, a w szczególności gdy kwestionuje istnienie obowiązku stwierdzonego tytułem egzekucyjnym niebędącym orzeczeniem sądu albo gdy kwestionuje przejście obowiązku mimo istnienia formalnego dokumentu stwierdzającego to przejście; 2) po powstaniu tytułu egzekucyjnego nastąpiło zdarzenie, wskutek którego zobowiązanie wygasło albo nie może być egzekwowane; gdy tytułem jest orzeczenie sądowe, dłużnik może powództwo oprzeć także na zdarzeniach, które nastąpiły po zamknięciu rozprawy, a także zarzucie spełnienia świadczenia, jeżeli zarzut ten nie był przedmiotem rozpoznania w sprawie; 3) małżonek, przeciwko któremu sąd nadał klauzulę wykonalności na podstawie art. 787, wykaże, że egzekwowane świadczenie wierzycielowi nie należy się, przy czym małżonkowi temu przysługują zarzuty nie tylko z własnego prawa, lecz także zarzuty, których jego małżonek wcześniej nie mógł podnieść.

Jeżeli po powstaniu tytułu egzekucyjnego zaszły zdarzenia prowadzące do wygaśnięcia zobowiązania dłużnik może przeciwstawić się tytułowi wykonawczemu. Takimi zdarzeniami mogą być zdarzenia zależne od woli stron, np. spełnienie świadczenia, potrącenie oraz niezależne od woli stron, . m.in. przedawnienie roszczenia, niemożność świadczenia wskutek okoliczności, za które dłużnik nie odpowiada.

Powódka podnosiła, że roszczenie pozwanego jest nienależne albowiem koszty zostały sztucznie wygenerowane. Z kolei w dalszej części uzasadnienia pozwu wskazała, iż odsetki zostały wyliczone w sposób wadliwy. W piśmie z dnia 12.12.2017r. powódka nie przedstawiła w jaki sposób dokonała wyliczeń na które wskazała w przedmiotowym pozwie tj. „z arytmetycznego wyliczenia wynika, że w roszczeniu wartość przedmiotu sporu 78.935,55zł odsetki zaległe w wysokości 173.510,70zł zostały wyliczone w sposób wadliwy.” Odnosząc się do treści art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c. przytoczonej powyżej, Sąd pragnie wskazać iż Istotą postępowania opartego na podstawie art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c. jest wykazanie przez powoda (dłużnika wskazanego w tytule wykonawczym) niewystąpienia zdarzeń, na których oparto wydanie klauzuli wykonalności (m.in. kwestionowanie istnienia lub zakresu obowiązku stwierdzonego tytułem wykonawczym). Dotyczy to także istnienia odpowiedniej struktury zadłużenia (np. wysokości głównej sumy kredytu, odsetek i ich postaci, opłat oraz prowizji związanych z posługiwaniem się bankowymi kartami kredytowymi),

W przedmiotowej sprawie powódka nie sprostała wspomnianemu ciężarowi dowodu (art. 6 k.c.). Powódka w dwóch pismach procesowych modyfikowała swoje twierdzenie w zakresie faktycznego zadłużenia wobec pozwanego Banku i ostatecznie nie wykazała tego, że kwota wskazana przez Bank w bankowym tytule egzekucyjnym jest jak twierdziła „nienależna albowiem koszty zostały sztucznie wygenerowane”, z uwzględnieniem odpowiedniej struktury tego zadłużenia, wynikającej z treści umowy o kredyt hipoteczny (...) - (...) z dnia 13.04.2006r.

Postępowanie cywilne ma charakter kontradyktoryjny, czego wyrazem jest przede wszystkim dyspozycja art. 232 k.p.c., określająca obowiązek stron do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, co z kolei jest potwierdzeniem reguły zawartej w art. 6 k.c., wyznaczającej sposób rozłożenia ciężaru dowodu. Trzeba podkreślić, że zasady art. 6 k.c. i 232 k.p.c. nie określają jedynie zakresu obowiązku zgłaszania dowodów przez strony, ale rozumiane muszą być przede wszystkim i w ten sposób, że strona, która nie przytoczyła wystarczających dowodów na poparcie swych twierdzeń ponosi ryzyko niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia, o ile ciężar dowodu co do tych okoliczności na niej spoczywał, Zaznaczyć także należy, że nie jest rzeczą Sądu poszukiwanie za stroną dowodów przez nią nie wskazanych, mających na celu udowodnienie jej twierdzeń. Dopuszczenie dowodów z urzędu

jest bowiem prawem, a nie obowiązkiem Sądu, z którego to prawa powinien szczególnie ostrożnie korzystać, tak by swym działaniem nie wspierać żadnej ze stron procesu. Faktycznie działanie Sądu z urzędu powinno ograniczać się tylko do sytuacji, gdy strona działa bez fachowego pełnomocnika i dodatkowo jest nieporadna. Z zasady nie dotyczy to więc przedsiębiorcy, którego profesjonalizm powinien obejmować także sferę funkcjonowania w obrocie prawnym.

Wobec powyższego zgodnie z ogólną regułą, wyrażoną w art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c., ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Wskazana zasada oznacza, że powód składając pozew powinien udowodnić fakty, które w jego ocenie świadczą o zasadności powództwa. Udowodnienie faktów może nastąpić przy pomocy wszelkich środków dowodowych przewidzianych przez kodeks postępowania cywilnego. Nie ulega także wątpliwości, że co do zasady to na powodzie spoczywa ciężar udowodnienia twierdzeń zawartych w pozwie, bowiem to on domaga się w pozbawienia wykonalności bankowego tytułu egzekucyjnego i to powódka powinna udowodnić zasadność swojego roszczenia.

Mając jednocześnie na uwadze, iż zgodnie z zapisem umowy kredytu hipotecznego nr (...) - (...) z dnia 13.04.2006r. pozwany udzielając powódce kredytu na kwotę 54.930,00 CHF określił 'w umowie wysokość oprocentowania od zadłużenia przeterminowanego - 4-krotność stopy kredytu lombardowego Narodowego Banku Polskiego, tj. 22% w stosunku rocznym (§12 pkt 2 umowy kredytu) . Jednocześnie jak wynika z pisma datowanego na dzień 19.11.2009r. (k. 113) w którym powódka wносиła o możliwość dalszej dobrowolnej spłaty zadłużenia, tym samym miała ona świadomość wysokości swojego zadłużenia względem pozwanego, którego jednocześnie nie kwestionowała zarzut ten uznać należało za nieuzasadniony.

Z kolei drugi zarzut, który w pozwie podniosła powódka - zarzut przedawnienia roszczenia - w przedmiotowej sprawie okazał się całkowicie chybiony.

Zgodnie z treścią art. 118 k.c. „Jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, termin przedawnienia wynosi lat dziesięć, a dla roszczeń o świadczenia okresowe oraz roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej - trzy lata.” Z kolei art. 123 § 1 pkt 1 k.c. stanowi, iż „Bieg przedawnienia przerywa się przez każdą czynność przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw lub egzekwowania roszczeń danego rodzaju albo przed sądem polubownym, przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia.” Zaś art. 124 § 1 k.c. „Po każdym przerwaniu przedawnienia biegnie ono na nowo.”

Postępowanie egzekucyjne w sprawie KM 1157/11 - zgodnie z pismem komornika sądowego K. Ł. przy Sądzie Rejonowym w Grodzisku Wielkopolskim - zostało umorzone w dniu 29.11.2013r. Z kolei pozwany pismem datowanym na dzień 09.11.2016r. wniósł o wszczęcie egzekucji do Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym Poznań - Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu, które toczy się do chwili obecnej pod sygnaturą KM 1212/16. Tym samym pomiędzy postanowieniem o umorzeniu egzekucji prowadzonej pod sygn. KM 1157/11 a wszczęciem nowej pod sygn. KM 1212/16 nie upłynęły trzy lata zatem nie doszło do przedawnienia roszczenia. Pozwany skutecznie przerwał bieg terminu przedawnienia roszczenia.

Odnosząc się natomiast do szeregu zarzutów i wniosków podniesionych przed powódkę w piśmie z dnia 12.12.2017r. tj. zbadanie przez Sąd i uznanie za niedozwolone normy umowne wg wyciągu z umowy głównej, aneksu do umowy i regulaminu; powołanie biegłego sądowego z dziedziny bankowości, prawa bankowego oraz finansów w celu: wyliczenia pełnej i aktualnej kwoty bezpodstawnego wzbogacenia w całym okresie trwania umowy tj. od chwili zawarcia na dzień przed wniesieniem powództwa; rozliczenia wyegzekwowanych kwot od powódki (i współkredytobiorcy dłużnika solidarnego), a tym samym odpowiednie umniejszenie kwoty zadłużenia albo stwierdzenia nadpłaty do zwrotu przez bank; wyliczenia jakie mogą być rzeczywiste koszty udzielenia przedmiotowego kredytu w porównaniu z tymi, która bank zawarł w kwocie kredytu; Zobowiązanie przez Sąd pozwanego banku do: przedłożenia wszystkich dowodów wpłat kredytu dokonywanych przez powódkę; przedstawienia wyliczenia oraz dowodów poniesienia wszystkich łącznych kosztów udzielenia kredytu naliczonych w związku z zawartą umową przez powódkę jako pożyczkodawcę; przedstawienia wyliczenia jaką łączną kwotą udało się wyegzekwować od współkredytobiorcy; Zobowiązanie pozwanego banku do przedstawienia umowy polisy, OWU oraz zobowiązanie

przez Sąd pozwanego do podania informacji oraz przedłożenia potwierdzenia przelewu na okoliczność - jaka została wypłacona kwota odszkodowania przez ubezpieczyciela na rzecz poprzednika prawnego banku tj. (...) S.A. oddział w N. oraz jak została zaksięgowana ta kwota na poczet zadłużenia; zarzut, iż umowa kredytu hipotecznego nr (...) - (...) z dnia 13.04.2016r. ma wadę formalną polegającą na tym, że przedstawiciele banku (...) oraz G. K. nie podpisali umowy, a jedynie ją parafowali w związku z czym mogło nie dojść w ogóle do zawarcia umowy kredytu; zarzut iż aneks nr (...) do umowy kredytu hipotecznego z dnia 13.04.2016r. również obarczony jest wadą formalną albowiem przedstawiciele banku nie podpisali umowy a jedynie ją parafowali i tym samym brak jest umocowań

oraz wzorów podpisów tychże osób; nie zostały zachowane warunki formalne wypowiedzenia umowy kredytu hipotecznego nr (...) - (...) albowiem z treści wynika, że takie jednostronne oświadczenie woli pozwanego zostało złożone pod warunkiem a w jej ocenie wypowiedzenie umowy jako jednostronne oświadczenie woli o charakterze prawokształtującym nie może zostać dokonane z zastrzeżeniem warunku; tytuł bankowy jest nieważny bowiem wpisano na nim kwotę wyrażoną w walucie obcej tj. we frankach szwajcarskich. Z kolei komornik sądowy prowadził egzekucję po przeliczeniu należności określonej w (...) na złotówki, określając 1 CHF na 3,6172zł. W tym zakresie powódka zakwestionowała poprawność wydanego przez Sąd Rejonowy w Grodzisku Wlkp. z dnia 25.05.2010r. sygn. I Co 679/10 postanowienia w zakresie nadania b.t.e. klauzuli wykonalności wskazując, że klauzula ta zawiera braki. Powódka zakwestionowała zasadność, wymagalność oraz wysokość wpisanej w bankowym tytule egzekucyjnym kwoty; powódka zakwestionowała również poprawność sporządzonego jednostronnie przez bank oświadczenia o poddaniu się egzekucji z dnia 13.04.2006r. jako zawierającego niedozwoloną treść należało uznać je za spóźnione i tym samym oddalić zgodnie z treścią art. 843 § 3 k.p.c.

„Przepis art. 843 § 3 k.p.c. jest źródłem prekluzji dowodowej w postępowaniu wszczętym konkretnym powództwem przeciwegzekucyjnym, w którym powód wskazuje określoną podstawę faktyczną swego żądania. Obowiązkiem powoda jest przytoczenie w pozwie wszelkich zarzutów, które mógł już zgłosić w czasie wytaczania tego konkretnego powództwa, a uchybienie temu obowiązkowi pozbawia powoda uprawnienia do korzystania w dalszym postępowaniu z zarzutów, których nie przytoczył w pozwie, pomimo istnienia takiej możliwości. (...) prekluzji dowodowej polega na nałożeniu na strony określonego postępowania ciężaru przedstawienia sądowi wszystkich znanych mu faktów, dowodów i zarzutów w określonym terminie, pod rygorem utraty możliwości późniejszego ich przytaczania lub powoływania. Jednocześnie wskazany art. 843 § 3 k.p.c. i przewidziany tym przepisem system prekluzji dotyczy prekluzji dowodowej i może wywierać określone, negatywne dla strony skutki w konkretnym postępowaniu tylko w takim zakresie, a nie może być traktowany jako źródło ograniczeń w przedmiocie kształtowania podstawy faktycznej kolejnych, nawet procesowo tożsamy, powództw. Przepis art. 843 § 3 k.p.c. łączy prekluzję w przedmiocie zgłaszania zarzutów wyłącznie z postępowaniem wszczynanym wniesieniem konkretnego pozwu, opartego na wskazanej w nim podstawie faktycznej. Użyte w tym przepisie słowo „pozew” oznacza pismo procesowe wszczynające postępowanie w konkretnej sprawie i dlatego przewidziane w art. 843 § 3 k.p.c. ograniczenia odnoszą się mogą wyłącznie do toku tego właśnie postępowania, którego zapewnieniu sprawnego prowadzenia mają służyć.” Mając na uwadze powyższe, Sąd uznając, że powódka w pozwie z dnia 15 lutego 2017r, nie wskazała wyżej przytoczonych zarzutów, wskazując jedynie na błąd w wyliczeniach dokonanych przez pozwanego oraz zarzut przedawnienia roszczenia, Sąd opierając się na dyspozycji wynikającej z art. 843 § 3 k.p.c. pozostałe zarzuty objął prekluzją dowodową, oddalając je jako spóźnione. W związku z .powyższym powódka w przedmiotowym postępowaniu utraciła prawo do korzystania z nich w dalszym toku procesu.

Reasumując, wobec poczynionych wyżej rozważań, z których wprost wynika, iż powódka nie wykazała żadnej inicjatywy dowodowej, wskazany przez nią zarzut przedawnienia okazał się chybiony, a przedstawione wnioski w piśmie z dnia 12.02.2017r. okazały się spóźnione tym samym nie zaszyły określone w art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. przesłanki do pozbawienia wykonalności bankowego tytułu egzekucyjnego z dnia 04.03.2010r. nr (...) zaopatrzonego w klauzulę wykonalności z dnia 25.05.2010r. i powództwo jako bezzasadne zostało oddalone - pkt I wyroku.

Powyższy wyrok zaskarżyła apelacją powódka, która powołując się na naruszenie prawa procesowego w postaci art. 843§ 3 kpc, 232 kpc w zw. z art. 6 kc, art. 217 kpc, 233 § 2 kpc oraz art. 248 § 1 kpc, 328 § 2 kpc w zw. z art. 233 § 1 kc 102 kpc 379 ust.5 kpc w zw. z art. 326 § 1 kpc i nierozpoznanie istoty sprawy wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku

i uwzględnienie roszczenia powódki w całości ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, ocenionego bez przekroczenia granic określonych treścią art. 233 § 1 kpc dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych oraz trafnie określił ich prawne konsekwencje. Ustalenia te oraz ich prawną ocenę Sąd Apelacyjny podziela, przyjmując je jako własne.

Nie zachodzi zarzucana w środku odwoławczym nieważność postępowania w postaci art. 379 pkt 5 kpc.

Skarżąca doszukuje się pozbawienia jej możliwości obrony swych praw w wydaniu wyroku bez wyznaczenia terminu publikacyjnego na późniejszy termin.

Jest to oczywiste nieporozumienie.

Zgodnie z art. 326 § 1 zd. 1 kpc ogłoszenie wyroku powinno nastąpić na posiedzeniu, na którym zamknięto rozprawę.

Możliwość odroczenia ogłoszenia wyroku jest wyjątkiem od tej zasady i nieskorzystanie z tej możliwości w żaden sposób nie może ograniczyć prawa strony do obrony jej praw.

Nie może także odnieść skutku argument apelacji, jakoby o pozbawieniu powódki możliwości obrony swych praw świadczyć miał fakt umożliwienia pełnomocnikowi pozwanego na złożenie ustnego oświadczenia do protokołu bez osobnego zobowiązania do pisemnego ustosunkowania się w trybie procesowym do pism przygotowawczych co jakoby spowodowało, że skarżąca nie mogła przeanalizować argumentacji i odnieść się do nich pisemnie.

Zasadą w polskim procesie cywilnym jest ustność rozprawy.

Niezależnie od tego zauważyć należy, że powódce na rozprawie doręczono załącznik do protokołu rozprawy.

Trzeba też wskazać, że wszystkie istotne dla sprawy dokumenty przedłożone przez pozwanego zostały powódce doręczone jeszcze przed pierwszą rozprawą w dniu 22 listopada 2017r.

Na rozprawie z dnia 15 stycznia 2018r. złożono jedynie pełnomocnictwa dla pracowników banku, wyciąg z KRS pozwanego oraz wnioski powódki z 2.03.2012r. o restrukturyzację kredytu i nie sposób uznać, by powódka nie była w stanie zapoznać się z tymi dokumentami, na które notabene w środku odwoławczym się nie powołuje.

Nie może także odnieść skutku zarzut nierozpoznania istoty sprawy.

Do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi wtedy, gdy Sąd pierwszej instancji zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony, błędnie przyjmując, że istnieje przesłanka materialnoprawna unicestwiająca roszczenie albo przesłanka wykluczająca jego skuteczne dochodzenie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 1936 r., C 1839/36, Zb. Orz. 1936, poz. 315, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2015 r., V CZ 126/14). Przykładem jest oddalenie powództwa z powodu błędnego uznania, że dochodzone roszczenie jest przedawnione (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2012 r., IV CZ 156/12), przy założeniu jednak, że sąd, przyjmując przedawnienie dochodzonego roszczenia, nie zbadał uprzednio jego istnienia. Taka sytuacja w sprawie nie występuje bowiem Sąd Okręgowy rozpoznał sprawę co do meritum i oddalił powództwo uznając je za niewykazane i stwierdzając przy tym bezzasadność podniesionego przez powódkę zarzutu przedawnienia roszczenia.

Nie zachodzi także naruszenie art. 328 § 2 kpc w zw. z art. 233 § 1 kpc w związku z oceną dowodów jakiej sąd powinien dokonać stosownie do zasad określonych w art. 233 § 1 kpc.

Art. 328 § 2 kpc może stanowić usprawiedliwioną podstawę apelacji tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku sporządzone będzie w taki sposób, że uniemożliwi to kontrolę instancyjną.

Trzeba zatem wskazać, że uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera wszystkie przewidziane w art. 328 § 2 kpc konieczne elementy i poddaje się kontroli instancyjnej.

Nie zachodzi także zarzucane w środku odwoławczym naruszenie art. 233 § 1kpc.

Przepis ten stanowi że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. Naruszenie tego przepisu może więc polegać na tym, iż sąd z naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów przyjął za wiarygodny określony dowód lub też odmówił wiarygodności konkretnemu dowodowi. Strona, która podnosi taki zarzut musi przy tym wykazać, o jaki konkretnie dowód chodzi i na czym polega przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów. Takiego zarzutu powódka nie formułuje a jedynie zarzuca, że Sąd Okręgowy zaniechał oceny dowodów nie wskazując przy tym jakich konkretnych dowodów dotyczyć ma zarzucane uchybienie i jaki wpływ miało ono na wynik sprawy.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 843 § 3 kpc.

Przepis ten stanowi, że pozew (przeciwegzekucyjnym) powód powinien przytoczyć wszystkie zarzuty, jakie w tym czasie mógł zgłosić, pod rygorem utraty prawa korzystania z nich w dalszym postępowaniu.

Jak wyjaśniono w judykaturze w przepisie tym chodzi o pozew w znaczeniu pisma procesowego wszczynającego postępowanie w sprawie, w którym należy wskazać wszelkie zarzuty, pod rygorem ich utraty, bez względu na to, kiedy pozew, jako opłacony lub zwolniony od opłat, wywołał skutki procesowe, jak również bez względu na to, kiedy wywołał skutki związane z jego doręczeniem,

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2018 r. V CNP 16/17 wyraźnie wskazano, że podstawę do uwzględnienia powództwa o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego mogą stanowić jedynie zarzuty wskazane w pozwie.

Powódka w pozwie powoływała się na przedawnienie roszczenia, którego to zarzutu, trafnie uznanego przez Sąd Okręgowy za oczywiście bezpodstawny, już nie podtrzymuje.

Powódka twierdziła też bardzo ogólnie, że roszczenie banku jest nienależne jednak powołała się w tym zakresie na bardzo ogólną argumentację, która nie mogła stanowić wystarczającej podstawy do uwzględnienia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego „w celu całkowitego rozliczenia roszczenia w przypadku uznania przez Sąd takiej konieczności”.

Dalsze zarzuty powódka złożyła dopiero w piśmie procesowym z dnia 12.12 2017r. i słusznie uznał Sąd Okręgowy, że zarzuty te uległy prekluzji z mocy powołanego ostatnio przepisu,

Z całą pewnością powódka przy wnoszeniu pozwu w lutym 2017r. mogła zgłosić zarzuty oparte na twierdzeniu o abuzywnym charakterze postanowień umowy kredytowej, którą zawarła w 2006r.

Nie zachodzi też zarzucane w środku odwoławczym naruszenie art. 217 kpc, 233 § 2 kpc oraz art. 248 § 1 kpc poprzez nietrafne wskazanie jakoby w tej sprawie Sąd I instancji miał poszukiwać jakichkolwiek dowodów.

W tym kontekście powódka zarzuca, że Sąd Okręgowy pominął kwestię skuteczności wypowiedzenia umowy kredytowej.

Sąd Okręgowy pominął tę kwestię z uwagi na sprekludowanie tego twierdzenia.

Ponieważ powódka akcentuje tę kwestię w środku odwoławczym, to należy wskazać, że treść wypowiedzenia umowy kredytowej nie daje podstaw do przyjęcia, że zostało ono złożone pod warunkiem i przez to nie wywołało skutków prawnych.

Wskazanie, w wypowiedzeniu że pozwana może w określonym w wypowiedzeniu terminie uregulować zaległość i wówczas ustanie skuteczność wypowiedzenia, w sytuacji, gdy pozwana nie dokonała tej zapłaty, nie ma wpływu na skuteczność wypowiedzenia.

W treści wypowiedzenia wskazano, że umowa została wypowiedziana z zachowaniem 30 dniowego okresu wypowiedzenia i z jego upływem zostanie rozwiązana i nie mogło to budzić wątpliwości.

Art. 89 k.c. wyraża zasadę dopuszczalności warunków we wszystkich czynnościach prawnych; w drodze wyjątku jedynie nie dopuszcza zamieszczenia warunku, gdy przepis wyraźnie tego zakazuje (np. art. 157 § 1, art. 962 i 1018 § 1 k.c.).

Przepis nie stanowi, by co do zasady zastrzeżenie warunku było bezwzględnie niedopuszczalne w każdym przypadku jednostronnej czynności prawnej. Zauważyć również należy, że Sąd Najwyższy dopuścił możliwość niestanowczego wypowiedzenia umowy o kredyt, w szczególnych okolicznościach, dotyczących stworzenia kredytobiorcy możliwości doprowadzenia do kontynuacji stosunku kredytowego na dotychczasowych warunkach (por. wyrok z dnia 24 września 2015 r., V CSK 698/14).

W judykaturze wyrażono też pogląd, że stworzenie dłużnikowi możliwości doprowadzenia do kontynuacji umowy kredytowej przez zależne od jego woli działanie polegające na wpłacie w terminie wypowiedzenia kwoty zaległości i zniweczenie tym samym skutku wypowiedzenia nie może prowadzić do uznania nieważności dokonanego wypowiedzenia z powołaniem się na zakwalifikowanie tej możliwości jako warunku w rozumieniu art. 89 k.c. (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 września 2017 r. I ACa 329/17).

Nadto w orzecznictwie wyrażono stanowisko, że jako warunek nie może być kwalifikowane takie zdarzenie prawne, które stanowi treść czynności prawnej i objęte jest wyłącznie wolą stron, m.in. orz. Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2002 r. I CKN 1044/00).

Także w postanowieniu z dnia 13 lipca 2018r. V CSK 100/18 Sąd Najwyższy stwierdził, że dopuszczalne jest co do zasady dokonanie czynności prawnej zawierającej zastrzeżenie, że jej skutek zależy od skorzystania z uprawnienia lub woli wykonującego zobowiązanie, a zdarzenie zależne od zachowania strony może polegać na spełnieniu lub niespełnieniu świadczenia,

Apelująca powołuje się na fakt, że wypowiedzenie umowy nie zostało przez nią odebrane.

Należy jednak wskazać, że zostało ono wysłane przez pozwanego na wskazany przez samą powódkę adres do korespondencji(k.173), czyli zgodnie z postanowieniem zawartym w umowie kredytowej { § 15 ust. 1 umowy, w którym wskazano, że wypowiedzenie umowy zostanie wysłane przez Bank pocztą listem poleconym za zwrotnym poświadczeniem odbioru na adres określony w umowie lub w zawiadomieniu o zmianie adresu a odmowa przyjęcia korespondencji lub dwukrotna adnotacja poczty „nie podjęto w terminie” ( a taka sytuacja miała miejsce w sprawie) wywołuje skutki doręczenia”(k. 125).

W tym kontekście należy też wskazać, że norma prawna z art. 61 § 1 kc przyjmuje, że oświadczenie woli uznaje się za złożone innej osobie w chwili, w której doszło do tej osoby w taki sposób, że może ona zapoznać się z jego treścią. Spośród możliwych teorii złożenia oświadczenia woli (teoria oświadczenia, teoria wysłania, teoria doręczenia, teoria zapoznania) ustawodawca wybrał teorię doręczenia (por. M. Safian w: Kodeks cywilny pod redakcją K. Pietrzykowskiego, tom 1, Warszawa 2007, komentarz do art. 61). Pojęcie „doręczenia” oznacza w tym przypadku nie tyle dostarczenie oświadczenia „do rąk własnych” adresata, co w istocie oznacza zapoznanie się z nim, ile doręczenie w taki sposób, że ma on możliwość zapoznania się z jego treścią (por. wyrok Sądu Najwyższego: z dnia 12 lutego 2010, II

PK 205/09, OSNP 2011 nr 15 -16, poz, 202; z dnia 23 kwietnia 2010 r., II PK 295/09). Jeśli więc nadawca oświadczenia ma prawo spodziewać się, że odbiorca będzie przebywał w miejscu, do którego kieruje oświadczenie, to decydujący dla uznania go za doręczone jest co do zasady moment dostarczenia go w to miejsce. Wówczas na adresacie oświadczenia ciąży ewentualne dowodzenie, że nie miał możliwości zapoznania się z jego treścią. Powódka natomiast ogranicza się jedynie do wskazania, że oświadczenie o wypowiedzeniu nie zostało przez nią odebrane, co stosownie do powyższych wskazań nie może być uznane za skuteczne.

Powódka nie może powoływać się na zarzucane w środku odwoławczym uchybienie, jakim jej zdaniem było oddalenie wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Powódka będąc obecną na rozprawie z dnia 15 stycznia 2018r. nie złożyła zastrzeżenia przewidzianego w art. 162 kpc.

Tymczasem stosownie do treści tego przepisu strony mogą w toku posiedzenia, a jeżeli nie były obecne, na najbliższym posiedzeniu, zwrócić uwagę sądu na uchybienia przepisom postępowania, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Stronie, która zastrzeżenia nie zgłosiła, nie przysługuje prawo powoływania się na takie uchybienia w dalszym toku postępowania, chyba że chodzi o przepisy postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu, albo że strona uprawdopodobni, iż nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy. Wskazany przepis przewiduje swoistą prekluzję zarzutów dotyczących niektórych naruszeń prawa procesowego.

Prekluzją przewidziana w art. 162 k.p.c. dotyczy także postanowień oddalających wnioski dowodowe.

Należy wskazać, że powódka stosownie do art. 210 § 2<sup>o</sup> została pouczona o treści art. 162,207,217,229 i 230 kpc.

Niezależnie od tego zauważyć trzeba, że powódka w pozwie złożyła wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu bankowości i finansów w celu całkowitego rozliczenia roszczenia ( w przypadku uznania przez Sąd takiej konieczności - dopiero po wcześniejszym rozpoznaniu wcześniejszego zarzutu przedawnienia roszczenia w pełnym zakresie).

Jednak wniosek ten nie został należycie umotywowany bowiem powódka powoływała się w sposób bardzo ogólny jedynie na to, że roszczenie pozwanego jest nienależne bowiem zostało sztucznie wygenerowane i w sposób całkowicie dowolny twierdziła, że w roszczeniu w.p.s. 78.935,55 odsetki zaległe w wysokości 173.510,70 zostały wyliczone w sposób wadliwy.

Nie zachodzi zarzucane w środku odwoławczym naruszenie art. 102 kpc.

Obciążenie strony przegrywającej proces kosztami przeciwnika jest zasadą. Sąd Okręgowy nie miał podstaw do odstępstwa od tej reguły.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 kpc oddalił apelację.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu w instancji odwoławczej znajdowało oparcie w art. 102 kpc z art. 391 § 1 kpc.

Sąd Apelacyjny miał na uwadze okoliczność, że powódka znajduje się w trudnej sytuacji materialnej i obciążanie ją kosztami postępowania także za II instancję nie byłoby uzasadnione.

Ryszard Marchwicki Mikołaj Tomaszewski Ryszard Małecki