



Sygn. akt II CSK 191/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 stycznia 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Henryk Pietrkowski (przewodniczący)

SSN Paweł Grzegorzczak

SSN Karol Weitz (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa B. K.
przeciwko Zakładowi Przetwórstwa Mięsnego "W."
Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w [...]
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej
w dniu 26 stycznia 2018 r.,
skargi kasacyjnej powoda
od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]
z dnia 14 grudnia 2016 r.,

- 1. oddala skargę kasacyjną;**
- 2. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 2700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Zamieszkały i prowadzący działalność gospodarczą w Niemczech powód B. K. pozwem z dnia 31 grudnia 2014 r. domagał się zasądzenia od Zakładu Przetwórstwa Mięsnego „W.” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [...] (dalej jako: „W.”) kwoty 44 079,70 Euro z ustawowymi odsetkami w wysokości 8% w skali roku od kwoty 42 793,50 Euro od dnia 21 maja 2013 r. oraz w wysokości 5% w skali roku od kwoty 1 286,20 Euro od dnia 21 maja 2013 r. Roszczenie o zapłatę kwoty 42 793,50 Euro wywodził z umowy o świadczenie usług doradczych (*Beratervertrag*) z dnia 14 marca 2007 r. (dalej jako: „umowa z dnia 14 marca 2007 r.”), zawartej między powodem a W.. Kwota ta miała stanowić prowizję należną za 2011 r. w wysokości 10% przychodów uzyskanych przez W. od jej kontrahenta K. GmbH & Co. KG w D. (Niemcy) (dalej jako: „K.”) w wykonaniu umowy o dzieło (*Werkvertrag*) łączącej W. i K. Roszczenia o zapłatę kwoty 1 286,20 Euro dochodził natomiast tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia jego pełnomocnika w postępowaniu przedsądowym.

Wyrokiem z dnia 30 grudnia 2015 r. Sąd Okręgowy w [...] oddalił powództwo.

Sąd ustalił, że powód podjął czynności umożliwiające W. zawarcie ze spółkami K. i M. mbH w M. (Niemcy) (dalej jako: „M.”) umów o dzieło na wykonanie rozbioru mięsa. W. umowę z M. zawarła w dniu 19 lutego 2007 r. na okres od dnia 1 kwietnia 2007 r. do dnia 31 marca 2008 r. Wynagrodzenie dla W. z tytułu tej umowy miało wynieść 407 500 Euro.

Kwota obrotu przewidziana w umowie z K. miała wynosić 400 000 Euro. Wynagrodzenie powoda z tytułu pośrednictwa miało wynieść 40 000 Euro. W. nie miała wówczas takiej kwoty, uzgodniła więc z powodem, że zapłaci ją w dwunastu miesięcznych ratach. Przedmiotowa kwota miała być prowizją powoda w wysokości 10% obrotu, jaki uzyska W. z umowy o dzieło z K.

W umowie z dnia 14 marca 2007 r. strony uzgodniły, że powód przejmuje bieżące doradztwo W. w kwestiach mogących wyniknąć w związku z planowaną i następną umową o dzieło pomiędzy W. a K., precyzując, że doradztwo to obejmuje wyłącznie wszystkie kwestie dotyczące rozbioru i obróbki mięsa szynkowego i że

żadna inna forma doradztwa nie jest wymagana i nie będzie świadczona (§ 1). Umowę z dnia 14 marca 2007 r. zawarto na czas bieżącej umowy o dzieło między W. a K. oraz wszystkich przyszłych umów o dzieło między W. a K., wyłączając jej wypowiedzenie tak długo, jak W. będzie działała na rzecz K. (§ 2). Według § 3 i 4 umowy z dnia 14 marca 2007 r. powód miał zasadniczo określać czas i miejsce wykonywania doradztwa, a także naliczać za swoje działanie wskaźnik kosztów w wysokości 10% wartości rachunków wystawionych K. przez W. w ramach planowanej lub przyszłej umowy o dzieło. Zmiana umowy z dnia 14 marca 2007 r. wymagała dochowania przez strony formy pisemnej (§ 8).

Zakres doradztwa miał dotyczyć obróbki sztuk mięsa. Nigdy jednak W. nie zwróciła się do powoda o podjęcie czynności doradczych odnośnie do umowy z K.. Ustalona przez strony w umowie z dnia 14 marca 2007 r. prowizja była w rzeczywistości przewidziana za pośrednictwo. Zdarzało się, że powód rozwiązywał problemy we współpracy z M.. Spółka M. wypowiedziała umowę z dnia 19 lutego 2007 r. przed upływem terminu, na który ją zawarto.

Powód wystawiał za kolejne miesiące rachunki W. na podstawie informacji dotyczących obrotu między W. a K.. W. zapłaciła za pierwsze miesiące, a potem płaciła nieregularnie.

Powód i W. złożyli pisemne oświadczenie opatrzone datą 1 września 2008 r. Wskazali w nim na istnienie zawartej na czas nieokreślony umowy z dnia 14 marca 2007 r. i wynikający z niej obowiązek zapłaty przez W. na rzecz powoda prowizji w wysokości 10% obrotu netto osiąganego przez W. w stosunkach z K.. Podali, że rozliczenie z tego tytułu następuje miesięcznie, z dołu, na podstawie obrotów przekazanych powodowi przez W.. Powód na okres od dnia 1 kwietnia 2008 r. do dnia 31 marca 2010 r. zrezygnował z prowizji w wysokości przekraczającej 6% wartości obrotu pod warunkiem – między innymi - dokonania przez W. na rzecz powoda cesji roszczenia o odszkodowanie, które miało przysługiwać W. przeciw M. z tytułu przedwczesnego wypowiedzenia umowy z dnia 19 lutego 2007 r. O dnia 1 kwietnia 2010 r. prowizja powoda znów miała wynosić 10% wartości obrotu. Częściowa rezygnacja z prowizji miała przestać obowiązywać w razie, gdyby W. nie realizowała porozumienia z dnia 5 sierpnia 2008 r., według którego W. miała płacić

powodowi miesięcznie po 500 Euro tytułem zaległości w płatności prowizji wynoszących 16 000 Euro. Porozumienie z dnia 5 sierpnia 2008 r. przygotował pełnomocnik powoda. W. podpisała je w dniu 11 listopada 2008 r. W. nie płaciła określonej w nim kwoty 500 Euro.

Powód i W. zawarli w dniu 15 października 2008 r. umowę cesji (dalej jako: „umowa cesji”). W. przełała na powoda swe roszczenia odszkodowawcze przeciw M. z tytułu przedwczesnego wypowiedzenia umowy z dnia 19 lutego 2007 r. i zobowiązała się do udostępnienia powodowi wszelkich dokumentów handlowych, które miały być konieczne do działania wobec M.. W chwili zawarcia umowy cesji strony zakładały, że zadłużenie W. wobec powoda obejmowało kwotę 28 000 Euro z tytułu umowy z dnia 14 marca 2007 r. oraz kwotę 33 000 z tytułu analogicznej umowy dotyczącej M..

Po dokonaniu cesji W. nie kontaktowała się z powodem. Powód również nie kontaktował się z W..

W maju 2009 r. pełnomocnik powoda dowiedział się o ogłoszeniu upadłości W.. Pełnomocnik powoda nie dokonał zgłoszenia wierzytelności powoda w postępowaniu upadłościowym W.. Postanowieniem z dnia 23 grudnia 2010 r. Sąd Rejonowy w G. stwierdził zakończenie postępowania upadłościowego wobec W..

W okresie od dnia 17 stycznia do dnia 30 grudnia 2011 r. W. wystawiła K. sześćdziesiąt faktur VAT za wykonywane prace na łączną kwotę 427 226,59 Euro, przy czym wartość prac dotyczących tylko obróbki szynki wyniosła 152 492,57 Euro.

Powód dowiedział się o zakończeniu postępowania upadłościowego wobec W. na przełomie 2012 i 2013 r. W dniu 18 kwietnia 2013 r. jego pełnomocnik wezwał W. do zapłaty kwoty 102 270,86 Euro brutto jako wynagrodzenia z tytułu umowy z dnia 14 marca 2007 r. za okres od dnia 9 października 2010 r. do dnia 31 grudnia 2012 r. Pełnomocnik W. w dniu 21 maja 2013 r. odmówił zapłaty.

Wyrokiem z dnia 2 października 2013 r. Sąd Krajowy w K. (Niemcy) oddalił powództwo powoda (B. K.) przeciw M. o zapłatę roszczenia odszkodowawczego, które było przedmiotem cesji między W. a powodem. Sąd ocenił, że powództwo było słuszne co do zasady, ale niewykazane, gdy chodzi o wysokość dochodzonego roszczenia. W toku procesu przed sądem niemieckim powód nie

otrzymał od W. dowodów z jej dokumentów księgowych, które pozwalałyby na ustalenie wysokości roszczenia odszkodowawczego.

W 2014 r. W. nie zawarła kolejnej rocznej umowy o dzieło z K..

Oceniając roszczenia powoda Sąd Okręgowy wskazał, że w chwili zawarcia umowy z dnia 14 marca 2007 r. nie obowiązywała w stosunku do Polski konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwarta do podpisu w Rzymie dnia 19 czerwca 1980 r. (Dz. Urz. WE L 266 z 9.10.1980 r., s. 1, ze zm., dalej: „konwencja rzymska”), gdyż weszła ona w życie wobec Polski w dniu 1 sierpnia 2007 r. (Dz. U. z 2008 r., Nr 10, poz. 58). W związku z tym na podstawie art. 27 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (dalej: „p.p.m. z 1965 r.”) w związku z art. 17 konwencji rzymskiej przyjął, że zastosowanie do umowy z dnia 14 marca 2007 r. ma prawo niemieckie.

Według Sądu umowę z dnia 14 marca 2007 r. należało zakwalifikować jako umowę o świadczenie usług, do której zastosowanie mają §§ 611-630 niemieckiego kodeksu cywilnego (dalej jako: „BGB”). W świetle § 614 BGB warunkiem uzyskania wynagrodzenia przez przyjmującego zlecenie jest faktyczne spełnienie świadczenia, tj. wykonanie usługi, będącej przedmiotem umowy stron. W związku z tym, że powód nie świadczył na podstawie umowy z dnia 14 marca 2007 r. usług doradczych na rzecz W., to – według Sądu – należało przyjąć, że nie należało mu się z tego tytułu wynagrodzenie. Ponadto Sąd przyjął, że umowa z dnia 14 marca 2007 r. została zawarta jedynie dla pozorów, skoro strony były zgodne co do tego, że powód nie miał świadczyć na rzecz W. żadnych usług doradczych, a przewidziane w umowie wynagrodzenie było jedynie odpłatą za pośrednictwo powoda w zawarciu umowy z K.. W rezultacie Sąd ocenił, że w świetle § 117 ust. 1 BGB umowa z dnia 14 marca 2007 r. była nieważna.

Odrębnie Sąd wskazał, że w świetle przyjmowanej w niemieckiej judykaturze i doktrynie wykładni § 242 BGB wierzyciel traci uprawnienie na skutek tzw. *Verwirkung* w sytuacji, w której nie wykonuje go przez dłuższy czas, budząc w ten sposób u dłużnika zaufanie i słuszne przekonanie, że zrezygnował z jego realizacji. Przyjmuje się bowiem, że realizacja uprawnienia przez wierzyciela w takiej sytuacji stanowi naruszenie zasad dobrej wiary. Sąd stwierdził, że w sprawie wystąpiły

przesłanki do zastosowania *Verwirkung*. Powód po zawarciu umowy cesji, tj. od końca 2008 r., nie podejmował żadnych kroków w celu realizacji roszczenia mającego wynikać z umowy z dnia 14 marca 2007 r. Nie występował do W. z żądaniem zaspokojenia tego roszczenia i nie dochodził go na drodze sądowej. Nie próbował nawet ustalić wielkości obrotu między W. a K. w celu określenia wysokości należnej mu prowizji i wystawienia stosownej faktury. Sam fakt zaniechania przez powoda realizacji roszczenia w okresie od 2008 r. do kwietnia 2013 r. uzasadniał przekonanie W., że powód nie zamierza już w przyszłości wykonywać swoich uprawnień wynikających z umowy z dnia 14 marca 2007 r. Uzasadnia to założenie, że w świetle § 242 BGB jego roszczenie nie mogło już być uwzględnione.

Apelację od wyroku z dnia 30 grudnia 2015 r. wniósł powód. Sąd Apelacyjny w [...] oddalił ją wyrokiem z dnia 14 grudnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny podzielił zarzut naruszenia § 117 ust. 1 BGB stwierdzając, że nie można uznać umowy z dnia 14 marca 2007 r. za zawartą dla pozorów. Powód był gotów świadczyć usługi doradcze na rzecz W., a nie świadczył tych usług tylko dlatego, że W. się o to do niego nie zwracała, gdyż nie było problemów z realizacją umowy z K..

Niemniej Sąd Apelacyjny zgodził się z poglądem Sądu Okręgowego, że w myśl § 614 BGB powodowi nie należy się wynagrodzenie od W., gdyż nigdy nie świadczył na rzecz W. żadnych usług doradczych na podstawie umowy z dnia 14 marca 2007 r. Analiza § 614 w związku z § 611 BGB prowadzi tymczasem do wniosku, że wynagrodzenie należy się tylko za zrealizowanie określonych usług na rzecz zlecającego, a nie za samą gotowość ich świadczenia. W okolicznościach sprawy brak ponadto podstaw do przyjęcia, że po zawarciu umowy cesji powód był nadal w gotowości świadczenia usług na rzecz W., skoro nie interesował się tym, czy trwa współpraca między W. a K.. Domaganie się przez niego w takiej sytuacji wynagrodzenia za 2011 r. należy więc uznać za sprzeczne z dobrymi obyczajami w rozumieniu § 138 BGB. Sąd ocenił, że nie jest przekonująca wykładnia umowy z dnia 14 marca 2007 r. proponowana przez powoda, zgodnie z którą miało mu się należeć wynagrodzenie przez czas trwania umowy dlatego, że doprowadził do

zawarcia umowy między W. a K.. Według umowy z dnia 14 marca 2007 r. wynagrodzenie miało mu być wypłacane za bieżące doradztwo na rzecz W. w sprawach związanych z wykonywaniem planowanej i następnych umów między W. a K..

Sąd Apelacyjny przychylił się również do stanowiska Sądu Okręgowego, że w sprawie spełnione są przesłanki do zastosowania instytucji *Verwirkung*. Podzielił w tym zakresie argumentację Sądu Okręgowego oraz odrzucił zarzut powoda, że nie ma podstaw do zastosowania *Verwirkung* z tego powodu, że W. sprzecznie z dobrą wiarą miała ukrywać przed powodem jego roszczenie, gdyż nie przekazywała mu informacji o wysokości obrotów w stosunkach z K. i uniemożliwiała w ten sposób powodowi wystawienie stosownych faktur. Sąd podniósł, że powód nie domagał się od W. przedstawienia dokumentacji dotyczącej jej obrotów z K., nie można więc mówić o ukrywaniu przed powodem tych obrotów. Ponadto to powód nie zgłosił wierzytelności w postępowaniu upadłościowym W. W. nie można więc zarzucić ukrywania roszczenia przed powodem.

Odrębnie Sąd Apelacyjny powołał się na to, że powód nie wykazał wysokości dochodzonego roszczenia. W świetle umowy z dnia 14 marca 2007 r. powód miał świadczyć doradztwo wyłącznie w zakresie rozbioru i obróbki mięsa szynkowego, co oznacza, że tylko od wartości obrotów W. z K. w tym zakresie należało liczyć prowizję w wysokości 10%. Powód nie wykazał jednak wysokości tych obrotów.

Według Sądu Apelacyjnego o bezzasadności powództwa przesądza również zastosowanie w okolicznościach sprawy art. 102 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze (obecnie Prawo upadłościowe, jedn. tekst: Dz. U. z 2016 r., poz. 217 ze zm., dalej: „p.u.n.”). W świetle tego przepisu umowa z dnia 14 marca 2007 r. wygasła z chwilą ogłoszenia upadłości W. i nie mogła po tej chwili obowiązywać, choć Sąd Rejonowy w G. postanowieniem z dnia 23 grudnia 2010 r. stwierdził zakończenie postępowania upadłościowego w stosunku do W.. Oznacza to, że nie mogło powstać roszczenie powoda o zapłatę wynagrodzenia za 2011 r.

Skargę kasacyjną od wyroku z dnia 14 grudnia 2016 r. złożył powód. Zarzucił naruszenie art. 102 ust. 1 p.u.n., § 614 w związku z § 611, § 242 i § 138 BGB, art. 233 § 1 w związku z art. 391 oraz art. 378 § 1 i art. 382 oraz art. 1143 § 3

w związku z art. 232 zdanie 2 k.p.c. Wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Naruszenie art. 1143 § 3 w związku z art. 232 zd. 2 k.p.c. miało polegać na tym, że Sąd drugiej instancji, podobnie jak Sąd pierwszej instancji, nie przeprowadził dowodu z opinii biegłego specjalisty z zakresu prawa niemieckiego i dokonał oceny prawnej stanu faktycznego w oparciu o niemieckie prawo materialne bez znajomości niemieckiego orzecznictwa i poglądów doktryny, co doprowadziło do wydania wyroku nieodpowiadającego prawu.

Przepis art. 1143 k.p.c. z dnia 12 sierpnia 2017 r. został uchylony na mocy art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2017 r. o zmianie ustawy - Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1452, dalej jako: „ustawa z 2017 r.”) i zastąpiony na mocy art. 1 pkt 21 ustawy z 2017 r. analogicznym w treści art. 51a ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (jedn. tekst: Dz. U. z 2016 r., poz. 2062 ze zm.). W okolicznościach sprawy miarodajny jest jednak dawny art. 1143 k.p.c., gdyż obowiązywał on w chwili wydania zaskarżonego wyroku.

W judykaturze wyjaśniono, że art. 1143 k.p.c. nie nakładał na sąd obowiązku korzystania z opinii biegłego lub stanowiska Ministerstwa Sprawiedliwości w razie, gdy dla rozstrzygnięcia sprawy konieczna była znajomość prawa obcego. Źródłem stwierdzenia treści prawa obcego mogły być także inne środki. Tylko w razie, gdy sąd korzystając z dostępnych mu środków we własnym zakresie nie jest w stanie ustalić treści prawa obcego, powinien skorzystać z opinii biegłego lub stanowiska Ministra Sprawiedliwości (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2008 r., V CSK 372/07, nie publ., postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 kwietnia 2015 r., II CSK 550/14, nie publ.). Podobnie należy przyjąć, że w razie, gdy sąd uzyskał informację o prawie obcym i o obcej praktyce sądowej od Ministra Sprawiedliwości, i uznał, że jest to wystarczające dla rozstrzygnięcia sprawy, wtedy nie miał obowiązku uzyskiwania opinii biegłego. Odrębną kwestią jest to, czy nieskorzystanie z opinii biegłego nie spowodowało błędów w ustaleniu treści prawa

obcego i błędnego jego zastosowania, gdyż w takim wypadku właściwe było podnoszenie zarzutów naruszenia tego prawa, a nie art. 1143 k.p.c.

W niniejszej sprawie Sądy obu instancji skorzystały z informacji o prawie niemieckim przedstawionej przez Ministra Sprawiedliwości, wykorzystując ponadto tłumacza celem uzyskania przekładu na język polski treści niemieckich przepisów i komentarza do tych przepisów. Na tej podstawie uznały, że mają wystarczającą wiedzę o relewantnych dla rozstrzygnięcia sprawy przepisach prawa niemieckiego i zastosowały te przepisy. Postępowanie to nie stanowiło naruszenia art. 1143 k.p.c. Nie doszło w szczególności do naruszenia art. 1143 § 3 k.p.c. wskutek tego, że Sądy nie uzyskały opinii biegłego co do prawa niemieckiego. Sądy mogły poprzestać na uzyskanych informacjach o prawie niemieckim i na tej podstawie zastosować je do rozstrzygnięcia sprawy. Zarzut naruszenia art. 1143 § 3 w związku z art. 232 zd. 2 k.p.c. jest w związku z tym bezzasadny.

Skarżący podniósł, że Sąd drugiej instancji naruszył art. 102 ust. 1 p.u.n., gdyż uznał, że umowa z dnia 14 marca 2007 r. wygasła wskutek ogłoszenia upadłości W., chociaż wobec W. ogłoszono upadłość z możliwością zawarcia układu, a art. 102 ust. 1 p.u.n. w brzmieniu obowiązującym w chwili ogłoszenia tej upadłości dotyczył tylko skutków ogłoszenia upadłości likwidacyjnej.

Ocena skutków ogłoszenia upadłości W. w odniesieniu do umowy z dnia 14 marca 2007 r. na podstawie prawa polskiego oparta jest na założeniu, że w sprawie prawo to było prawem właściwym dla oceny tych skutków. Założenie to jest prawidłowe w świetle miarodajnego w okolicznościach sprawy art. 4 ust. 1 i 2 lit. e) w związku z art. 43 rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz. Urz. WE z 2000 r., L 160, s. 1, polskie wydanie specjalne Dz. Urz. UE rozdział 19, t. 1, s. 191) i art. 84 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2015/848 w sprawie postępowania upadłościowego (wersja przekształcona) (Dz. Urz. UE z 2015 r., L 141, s. 19).

Skarżący ma rację, gdy wskazuje, że art. 102 ust. 1 p.u.n. w stanie prawnym obowiązującym w chwili ogłoszenia upadłości W. nie miał zastosowania do umowy z dnia 14 marca 2007 r. W stosunku do W. ogłoszono upadłość z możliwością

zawarcia układu. Skutki ogłoszenia tej upadłości dla jej zobowiązań należało oceniać w świetle art. 83-86 p.u.n. w ówczesnym brzmieniu oraz dawnych art. 87-90 p.u.n., a nie w świetle art. 91-118 p.u.n. w ówczesnym brzmieniu. Przepisy art. 91-118 p.u.n. regulowały wtedy skutki ogłoszenia upadłości co do zobowiązań upadłego w razie ogłoszenia upadłości likwidacyjnej. Oznacza to, że art. 102 ust. 1 p.u.n. nie miał zastosowania do umowy z dnia 14 marca 2007 r.

Zarzut naruszenia art. 102 ust. 1 p.u.n. jest trafny, ale nie oznacza to jeszcze, że skarga kasacyjna powoda jest uzasadniona. Trafność tego zarzutu przesądza jedynie o tym, że umowa z dnia 14 marca 2007 r. nie wygasła z dniem, w którym ogłoszono upadłość układową W.. Nie decyduje jednak o tym, czy roszczenie powoda wywodzone z tej umowy jest uzasadnione.

Sądy obu instancji przyjęły, że dla oceny umowy z dnia 14 marca 2007 r. właściwe jest prawo niemieckie. Stanowisko to jest prawidłowe, jednak właściwość prawa niemieckiego wynika nie z art. 27 § 1 pkt 2) p.p.m. z 1965 r., a z art. 27 § 3 p.p.m. 1965 w związku z art. 17 konwencji rzymskiej, gdyż należy przyjąć, że powód zawarł umowę z dnia 14 marca 2007 r. w zakresie swojego przedsiębiorstwa. Ponadto trzeba dodać, że w świetle art. 4 ust. 1, 2 i 5 konwencji rzymskiej oraz art. 28 ust. 1, 2 i 5 przepisów wprowadzających niemiecki kodeks cywilny nie wchodziło w rachubę odesłanie zwrotne do prawa polskiego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 czerwca 2017 r., I CSK 583/17, nie publ.).

Naruszenie § 242 BGB zdaniem skarżącego miało polegać na tym, że Sądy obu instancji błędnie zastosowały w okolicznościach sprawy instytucję *Verwirkung*, choć w świetle niemieckiej judykatury stosowanie tej instytucji jest wykluczone w razie, gdy dłużnik sprzecznie z dobrą wiarą ukrywał roszczenie wobec uprawnionego i z tego powodu uprawniony nie realizował tego roszczenia.

Wykształcona w judykaturze na tle § 242 BGB instytucja *Verwirkung* służy wykluczeniu realizacji prawa przez uprawnionego w sytuacji, w której realizacja taka byłaby „nielojalnie opóźniona” (por. wyrok Trybunału Federalnego z dnia 27 czerwca 1957 r., II ZR 15/56, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*, dalej jako: „BGHZ”, 1958, t. 25, poz. 6). Prawo podlega utracie (*ist verwirkt*) w sytuacji, w której zobowiązany – z powodu beczynności swojego

wierzyciela przez określony czas – obiektywnie może przyjąć i rzeczywiście przyjmuje, że wierzyciel nie będzie już dochodził tego prawa, wobec czego spóźnione dochodzenie takiego prawa jest sprzeczne z zasadą dobrej wiary (*Treu und Glauben*). Sytuacja taka jest traktowana jako typowy przypadek niedopuszczalnego wykonywania (nadużycia) prawa z racji tego, że nagle i nieoczekiwane dochodzenie prawa przez uprawnionego pozostaje w sprzeczności z jego wcześniejszą, trwającą dłuższy czas, bezczynnością, która u zobowiązanego wzbudziła zaufanie i słuszne przekonanie co do tego, że uprawniony zrezygnował z tego prawa (por. przykładowo wyroki Trybunału Federalnego z dnia 27 czerwca 1957 r., II ZR 15/56, BGHZ 1958, t. 25, poz. 6, z dnia 30 czerwca 1976 r., I ZR 63/75, BGHZ 1977, t. 67, poz. 8, z dnia 14 listopada 2002 r., VII ZR 23/02, z dnia 23 października 2002 r., XII ZR 266/9, z dnia 17 listopada 2010 r., XII ZR 124/09, z dnia 9 października 2013 r., XII ZR 59/12, <http://www.bundesgerichtshof.de>).

W konstrukcji *Verwirkung* istotne znaczenie ma wymaganie upływu czasu, w którym uprawniony nie realizuje prawa, oraz wymaganie, aby wystąpiły szczególne okoliczności usprawiedliwiające słuszne przekonanie zobowiązanego, że uprawniony nie będzie dochodził prawa. Szczególne okoliczności uzasadniające przekonanie zobowiązanego, że uprawniony nie będzie dochodził prawa, muszą być tego rodzaju, aby można było na ich podstawie przyjąć, że zobowiązany mógł działać w zaufaniu, iż nie musi się już liczyć z koniecznością zaspokojenia tego prawa. Stosowanie *Verwirkung* nie jest wykluczone w sytuacji, w której uprawniony nie ma wiedzy o tym, że przysługuje mu dane prawo, jednak nie można do tej instytucji odwołać się, gdy ta niewiedza wynika z nieuczciwego zachowania zobowiązanego, który zataił istnienie prawa wobec uprawnionego (por. wyrok Trybunału Federalnego z dnia 27 czerwca 1957 r., II ZR 15/56, BGHZ 1958, t. 25, poz. 6) lub powinien był wychodzić z założenia, że uprawniony nie wie o swoim prawie (por. wyrok Trybunału Federalnego z dnia 15 września 1999 r., I ZR 57/97, I ZR 57/97, *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, nr 2, s. 140).

W okolicznościach sprawy - w kontekście zarzutu skarżącego - kluczowe znaczenie ma odpowiedź na pytanie, czy zachowanie W. może być uznane za takie, które – jako sprzeczne z zasadą dobrej wiary – spowodowało, że stosowanie *Verwirkung* było nieuzasadnione.

Prawdą jest, że W. od końca 2008 r., wbrew swojemu zobowiązaniu, nie informowała powoda o tym, jakie są jej przychody z tytułu współpracy z K.. Nie oznacza to jednak jeszcze tego, że działała sprzecznie z zasadą dobre wiary, chcąc zataić przed powodem jego prawo do wypłaty prowizji za kolejne okresy współpracy z K.. Zasadnie Sąd Apelacyjny wskazał, że powód nie podejmował od czasu zawarcia umowy cesji, tj. od dnia 15 października 2008 r., żadnych prób uzyskania od W. informacji co do tego, czy kontynuuje ona współpracę z K., a jeżeli tak, to jakie są jej przychody z tego tytułu. Od tego również czasu ani W. nie kontaktowała się z powodem, ani powód nie kontaktował się z W.. Skoro powód nie domagał się od W. stosownych informacji, choć W. mu ich nie udzielała, to W. mogła zacząć przyjmować, że powód nie ma już zamiaru realizować swoich roszczeń na podstawie umowy z dnia 14 marca 2007 r. Nie można w tych okolicznościach przyjmować, że W. zataiła przed powodem kontynuację współpracy z K. i wysokość swoich przychodów z tego tytułu. O takim zatajeniu można by mówić wówczas, gdyby W. nie odpowiadała na odnośne zapytania powoda lub podawała mu w tym zakresie nieprawdziwe informacje.

Zaufanie W. w to, że powód nie będzie realizował roszczeń z umowy z dnia 14 marca 2007 r., musiało zostać ugruntowane w sytuacji, w której powód nie zgłosił ich do masy upadłości W., choć – jak wynika z ustaleń dokonanych w sprawie – wiedział o wszczęciu postępowania upadłościowego. Powód nie podjął nawet próby uzasadnienia swojego zachowania, polegającego nie niezgłoszeniu jego roszczeń do masy upadłości, a z roszczeniami wystąpił dopiero po tym, jak powziął wiadomość o zakończeniu postępowania upadłościowego w stosunku do W.. Tymczasem W. działała już w przekonaniu, że powód zrezygnował z roszczeń na podstawie umowy z dnia 14 marca 2007 r. Wprawdzie powód objął powództwem roszczenie wynikające z umowy z dnia 14 marca 2007 r. za okres po zakończeniu postępowania upadłościowego, tj. za 2011 r., jednak fakt, że nie zgłosił roszczeń za wcześniejsze okresy w tym postępowaniu, uzasadniał przekonanie W., że nie będzie ich dochodził za okresy późniejsze, a więc również za 2011 r. Powództwo powód wytoczył dopiero w dniu 31 grudnia 2014 r., chociaż W. reagując na jego wezwanie do zapłaty z dnia 18 kwietnia 2013 r. pismem z dnia

21 maja 2013 r. odmówiła jego zaspokojenia. W tych okolicznościach można mówić o „nielojalnie opóźnionym” dochodzeniu roszczenia.

Zarzut naruszenia § 242 BGB jest w związku z tym bezzasadny. Zastosowanie instytucji *Verwirkung* przez Sądy pierwszej i drugiej instancji nie było dotknięte wadą, którą zarzucił skarżący. Przesądza to o bezprzedmiotowości rozpatrywania zarzutów naruszenia § 614 w związku z § 611 i § 138 BGB, bowiem niezależnie od ich oceny brak podstaw do uchylenia zaskarżonego wyroku. Podstawą do jego utrzymania jest to, że na przeszkodzie uwzględnienia roszczenia powoda stała instytucja *Verwirkung*.

Zarzut naruszenia art. 233 § 1 w związku z art. 391 oraz art. 378 § 1 i art. 382 k.p.c. koncentruje się na ewentualnych uchybieniach procesowych odnoszących się do ustalenia wysokości roszczenia powoda. Skoro jednak roszczenie powoda nie jest usprawiedliwione co do zasady, to bezprzedmiotowe jest rozpatrywanie tego zarzutu, ponieważ także jego uwzględnienie nie mogłoby uzasadniać uchylenia zaskarżonego wyroku.

Z tych względów, na podstawie art. 398¹⁴ oraz art. 98 § 1 i 3 w związku z art. 99 i 108 § 1 w związku z art. 391 § 1 i art. 398²¹ k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji.

kc