

Sygn. akt III AUa 22/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 maja 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Lublinie III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia	SA Barbara Mazurkiewicz-Nowikowska (spr.)
Sędziowie:	SA Elżbieta Czaja SO del. do SA Katarzyna Antoniak
Protokolant: protokolant sądowy Joanna Malena	

po rozpoznaniu w dniu 12 maja 2016 r. w Lublinie

sprawy W. W.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w L.

o prawo do emerytury

na skutek apelacji W. W.

od wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie

z dnia 29 września 2015 r. sygn. akt VIII U 1263/15

oddala apelację.

Katarzyna Antoniak Barbara Mazurkiewicz-Nowikowska Elżbieta Czaja

Sygn. akt III AUa 22/16

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 29 września 2015 roku Sąd Okręgowy w Lublinie po rozpoznaniu odwołania wnioskodawcy W. W. oddalił odwołanie.

Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych i ich ocenie prawnej.

Decyzją z dnia 26 czerwca 2015 roku Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w L. odmówił W. W. prawa do emerytury częściowej na podstawie art. 26 b ustawy z dnia 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (tekst jednolity: Dz.U. 2015 poz. 748).

W uzasadnieniu decyzji organ rentowy podniósł, że wnioskodawca nie udowodnił wymaganego 40-letniego okresu składkowego i nieskładkowego bowiem wykazał staż ubezpieczeniowy łącznie w wymiarze 37 lat 8 miesięcy i 17 dni.

W dniu 28 lipca 2015 roku W. W. wniósł odwołanie, zarzucając złamanie prawa i oczywistą niesłuszność zaskarżonej decyzji.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w L. wniósł o oddalenie odwołania wywodząc jak w decyzji. Dodatkowo wskazał, iż do okresów składkowych i nieskładkowych przyjętych do wyliczenia stażu ubezpieczeniowego organ rentowy nie uwzględnił okresu urlopu bezpłatnego w czasie zatrudnienia w PPUH (...) M. M. od dnia 20 października 1997 roku do 28 lutego 1998 roku powołując się na wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 21 lutego 2012 roku VIII U 57/12 i Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 22 sierpnia 2012 roku III AUa 642/12 oraz zatrudnienia w Spółdzielni (...)w S. od 1 lutego 1970 roku do 23 kwietnia 1970 roku.

Pełnomocnik ZUS sprecyzował, iż wyliczony staż ubezpieczeniowy wnioskodawcy jest całkowitym stażem wyliczonym na dzień składania wniosku o świadczenie tj. 26 maja 2015 roku, a oczywistą omyłką pisarską jest adnotacja w uzasadnieniu decyzji i w odpowiedzi na odwołanie o wyliczeniu stażu wnioskodawcy na dzień 1 stycznia 1999 roku we wskazanym wyżej wymiarze.

Sąd Okręgowy ustalił nadto, że W. W. urodził się (...). W dniu (...)roku złożył wniosek o ustalenie prawa do emerytury częściowej, z uwagi na osiągnięcie wieku 65 lat. Wnioskodawca składając wniosek powołał się na dowody – zaświadczenia świadectwa pracy jakie złożył w organie rentowym celem wyliczenia kapitału początkowego oraz prawa do renty. Wnioskodawca przedłożył własne „zestawienie lat pracy”, wyszczególniając okresy zatrudnienia, pobierania zasiłku z urzędu pracy oraz świadczenia rentowego:

- od 1 sierpnia 1969 roku do 31 stycznia 1970 roku – zatrudnienie w (...) w Ż.,
- od 1 lutego 1970 roku do 23 kwietnia 1970 roku – zatrudnienie w (...) S.,
- od 23 kwietnia 1970 roku do 12 kwietnia 1972 roku - okres służby wojskowej,
- od 22 kwietnia 1972 roku do 30 września 1974 roku – zatrudnienie w (...) P.,
- od 1 października 1974 roku do 15 września 1975 roku – zatrudnienie w (...) P.,
- od 1 października 1975 roku do 13 grudnia 1975 roku – zatrudnienie w (...) P.,
- od 17 grudnia 1975 roku do 28 lutego 1981 roku – zatrudnienie w (...),
- od 1 marca 1981 roku do 30 czerwca 1984 roku – zatrudnienie w (...) P.
- od 2 lipca 1984 roku do 14 sierpnia 1995 roku – zatrudnienie w (...) P.,
- od 3 lipca 1995 roku do 18 maja 1996 roku – zatrudnienie w (...) W.,
- od 3 lipca 1996 roku do 4 listopada 1996 roku – okres pobierania zasiłku z PUP P.,
- od 2 stycznia 1997 roku do 11 września 1998 roku – zatrudnienie w PPUH (...) M. M.,
- od 17 września 1998 roku do 17 grudnia 1998 roku – zatrudnienie w (...) L.,
- od 18 grudnia 1998 roku do 31 grudnia 1999 roku – zatrudnienie w (...) L.,
- od 1 stycznia 2000 roku do 30 grudnia 2000 roku – zatrudnienie w (...) L.,
- od 31 grudnia 2000 roku do 31 grudnia 2006 roku – zatrudnienie w (...) L.,

- od 1 stycznia 2007 roku do 13 lutego 2007 roku - okres zwolnienia lekarskiego,
- od 14 lutego 2007 roku do 30 października 2007 roku - okres pobierania renty,
- od 6 marca 2008 roku do 5 marca 2009 roku – okres pobierania zasiłku z PUP P. (zestawienie wnioskodawcy k. 21 a.e.).

Sąd Okręgowy dokonując oceny zasadności roszczenia wnioskodawcy za niesporny uznał staż ubezpieczeniowy wnioskodawcy w całym okresie podlegania ubezpieczeniu społecznemu, czyli

- od 1 sierpnia 1969 roku do 31 stycznia 1970 roku pracę w (...)Spółdzielni (...)w Ż. jako okres składkowy w wymiarze 6 miesięcy na podstawie kserokopii świadectwa pracy k. 5 a.k., zaświadczenia o zatrudnieniu i wynagrodzeniu k. 7 a.k., karty przebiegu zatrudnienia k. 23 a.e.
- od 23 kwietnia 1970 roku do 12 kwietnia 1972 roku okres służby wojskowej jako okres składkowy w wymiarze 1 roku, 11 miesięcy 20 dni – na podstawie zaświadczenia Wojskowej Komendy Uzupełnień k. 9 a.k., karty przebiegu zatrudnienia k. 23 a.e.,
- od 22 kwietnia 1972 roku do 30 września 1974 roku zatrudnienie w Przedsiębiorstwie (...) w wymiarze 2 lat 5 miesięcy i 9 dni jako okres składkowy ,na podstawie kopii świadectwa pracy k. 5 a.k., zaświadczenia o zatrudnieniu i wynagrodzeniu k. 11 a.k., karty przebiegu zatrudnienia k. 23 a.e.,
- od 1 października 1974 roku do 15 września 1975 roku zatrudnienie w Przedsiębiorstwie (...) w P. jako okres składkowy w wymiarze 11 miesięcy i 15 dni,
- od 1 października 1975 roku do 13 grudnia 1975 roku zatrudnienie w Przedsiębiorstwie Państwowej (...) w P. jako okres składkowy w wymiarze 2 miesięcy i 13 dni, na podstawie kopii świadectwa pracy k. 15 a.k., zaświadczenia o zatrudnieniu i wynagrodzeniu k. 18 a.k., karty przebiegu zatrudnienia k. 23 a.e.,
- od 17 grudnia 1975 roku do 28 lutego 1981 roku pracy w Spółdzielni (...)Oddziale w R. jako okres składkowy w wymiarze 5 lat 2 miesięcy i 15 dni,
- od 1 marca 1981 roku do 30 czerwca 1984 roku zatrudnienie w Instytucie (...) w P. (okres składkowy 3 lata, 4 miesiące, kopia świadectwa pracy k. 21 a.k., zaświadczenie o zatrudnieniu i wynagrodzeniu k. 24 a.k., karta przebiegu zatrudnienia k. 23 a.e.),
- od 2 lipca 1984 roku do 21 lutego 1989 roku, od 22 lutego 1989 roku do 18 grudnia 1991 roku, od 19 grudnia 1991 roku do 14 sierpnia 1995 roku, od 27 grudnia 1991 roku do 31 grudnia 1991 roku, od 26 października 1994 roku do 29 października 1994 roku, od 3 kwietnia 1995 roku do 7 kwietnia 1995 roku – okresy zatrudnienia w (...) S.A. w P. jako okresy składkowe w wymiarze 8 lat 3 miesięcy i 18 dni w tym okresy nieskładkowe w wymiarze 14 dni oraz okres urlopu wychowawczego 2 lata 9 miesięcy i 25 dni na podstawie kopii świadectwa pracy k. 25 a. k., wykazu zasiłków chorobowych k. 34 a. k., zaświadczenia o zatrudnieniu i wynagrodzeniu k. 35 a. k., karty przebiegu zatrudnienia k. 23 a.e.,
- od 15 sierpnia 1995 roku do 18 maja 1996 roku zatrudnienie w(...)Sp. z o.o. w W. - na budowie eksportowej w Rosji jako okres składkowy w wymiarze 9 miesięcy i 5 lat, na podstawie kopii świadectwa pracy k. 37 a. k., zaświadczenia o zatrudnieniu i wynagrodzeniu k. 39 a. k., karty przebiegu zatrudnienia k. 23 a. e.,
- od 3 lipca 1996 roku do 4 listopada 1996 roku i od 5 sierpnia 1996 roku do 8 września 1996 roku – okresy zarejestrowania i okres pobierania zasiłku dla bezrobotnych z Powiatowego Urzędu Pracy w P. jako okres składkowy w wymiarze 4 miesięcy i 3 dni w tym okres nieskładkowy miesiąc i 5 dni,

- od 1 stycznia 1997 roku do 19 października 1997 roku , od 1 marca 1998 roku do 20 marca 1998 roku , od 1 marca 1998 roku do 11 września 1998 roku, od 19 sierpnia 1998 roku do 23 sierpnia 1998 roku, od 28 sierpnia 1998 roku do 3 września 1998 roku okresy zatrudnienia w Przedsiębiorstwie Produkcyjno – Handlowo – Usługowym (...)M. M. w P. jako okres składkowy w wymiarze roku 4 miesięcy w tym miesiąc i 2 dni okresów nieskładkowych,

- od 17 września 1998 roku do 31 grudnia 2006 roku w (...) Sp.J. w L. – okres pracy i przypadające w tym czasie okresy nieskładkowe: od 12 lipca 1999 roku do 18 lipca 1999 roku , od 21 stycznia 2000 roku do 27 lutego 2000 roku , od 3 sierpnia 2005 roku do 10 sierpnia 2005 roku , od 16 stycznia 2006 roku do 22 stycznia 2006 roku , od 9 marca 2006 roku do 31 marca 2006 roku , od 3 kwietnia 2006 roku do 11 kwietnia 2006 roku , od 4 maja 2006 roku do 15 maja 2006 roku , od 20 czerwca 2006 roku do 10 lipca 2006 roku , od 23 sierpnia 2006 roku do 15 września 2006 roku , od 10 grudnia 2006 roku do 31 grudnia 2006 roku w wymiarze 8 lat 3 miesięcy i 14 dni okresów składkowych w tym 7 miesięcy 9 dni okresów nieskładkowych,

- od 1 stycznia 2007 roku do 18 marca 2007 roku – okres niezdolności do pracy, po ustaniu zatrudnienia,

- od 6 marca 2008 roku do 5 marca 2009 roku – okres pobierania zasiłku dla bezrobotnych z PUP w wymiarze roku i jednego dnia okresu składkowego.

Sąd Okręgowy przyjął, że wnioskodawca legitymuje się stażem ubezpieczeniowym w wymiarze 37 lat 8 miesięcy i 17 dni, w tym 33 lata 9 miesięcy i 24 dni okresów składkowych oraz 3 lata 10 miesięcy i 23 dni okresów nieskładkowych.

Sąd Okręgowy uznał, że brak jest podstaw do doliczenia do stażu ubezpieczeniowego okresu urlopu bezpłatnego od 20 października 1997 roku do 28 lutego 1998 roku w Przedsiębiorstwie Produkcyjno - Handlowo - Usługowym (...) w P. (4 miesiące 8 dni). Sąd Okręgowy wskazał, że kwestia ta była już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku L. z dnia 21 lutego 2012 roku sygn. akt VIII U 57/12 i Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 22 sierpnia 2012 roku sygn. akt III AUa 642/12 (wyrok k. 110 . VIII U 57/12, wyrok k. 177 III AUa 642/12). Wobec tego, że wnioskodawca nie przedstawił żadnych nowych dowodów pozwalających na dokonanie innych ustaleń niż w/powołanych wyrokach, to Sąd Okręgowy kierując się art. 365 § 1 k.p.c. uznał powyższą okoliczność za przesądzoną (vide wyrok SN z dnia 27 czerwca 2014 roku VCSK 433/13 LEX nr 1514746).

Sąd uznał także, iż dalsze prowadzenie postępowania dowodowego mającego na celu wykazanie okresu z tytułu zatrudnienia wnioskodawcy od 1 lutego 1970 roku do 23 kwietnia 1970 roku w Spółdzielni(...)w S. (2 miesiące i 23 dni) jest zbędne. Rolą Sądu jest dokonania analizy stanu rzeczy przez pryzmat obowiązujących norm prawa, a w razie uwzględnienia odwołania dokonanie zmiany zaskarżonej decyzji w całości i wyrokowanie co do istoty sprawy (vide art. 477⁽⁽¹⁴⁾⁾ § 2 k.p.c., wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2006 r. I UK 195/05 OSNP 2007/3-4/55). Sąd Okręgowy podkreślił, że gdyby nawet uznać wszystkie okresy sporne w tym od 1 lutego 1970 roku do 23 kwietnia 1970 roku w Spółdzielni (...)w S. (2 miesiące i 23 dni) oraz okresu urlopu bezpłatnego od 20 października 1997 roku do 28 lutego 1998 roku w Przedsiębiorstwie Produkcyjno - Handlowo - Usługowym (...) w P. (4 miesiące 8 dni) to W. W. i tak nie udowodniłby koniecznych 40 lat podlegania ubezpieczeniu społecznemu (uznane przez ZUS 37 lat 8 miesięcy i 17 dni oraz nieuznane w sprawie 7 miesięcy i 1 dzień).

Sąd Okręgowy podniósł, że analizując powyższy stan przez pryzmat art. 26 b ustawy z dnia 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (op.cit) wskazał, że przepis statuuje, iż emerytura częściowa przysługuje, jeżeli ubezpieczony – mężczyzna spełnił łącznie warunki: 1) ma okres składkowy i nieskładkowy wynoszący co najmniej 40 lat,

2) osiągnął wiek wynoszący co najmniej 65 lat. Sąd Okręgowy ostatecznie wskazał, że W. W. nie spełnił warunku niezbędnego do uzyskania prawa do emerytury częściowej, bowiem co prawda osiągnął wymagany wiek, ale nie wykazał stażu ubezpieczeniowego 40 lat.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 477¹⁴ § 1 k.p.c. Sąd Okręgowy orzekł, jak w sentencji.

Apelację od tego wyroku złożył wnioskodawca i zarzucił mu błędne ustalenie stanu faktycznego. W piśmie uzupełniającym braku apelacji apelant podnosił, że został zwolniony z pracy ponieważ po wypadku nie mógł pracować na stanowisku murarza- tynkarza. Po wypadku był na rencie od 14 lutego 2007 roku do 30 października 2007 roku. Przed upływem okresu na który ustalono mu prawo do pobierania renty złożył wnioski o dalszą wypłatę renty. Prawa do renty z tytułu niezdolności do pracy na dalszy okres nie nabył. Od 27 lutego 2008 roku był zarejestrowany w Urzędzie Pracy w P.. Od dnia 30 października 2007 roku pozostawał bez pracy dlatego udowodnił tylko 37 lat 8 miesięcy 17 dni i nie mógł dopracować brakujących lat w wymiarze 2 lat 3 miesięcy i 13 dni.

Wskazując na powyższe wnosił o zmianę wyroku i uwzględnienie odwołania przez przyznanie prawa do emerytury częściowej. Na rozprawie w Sądzie Apelacyjnym w Lublinie popierał apelację i dodatkowo wyjaśnił, że z chwilą ukończenia wieku emerytalnego zostało mu ustalone prawo do emerytury.

W odpowiedzi na apelację organ rentowy podnosił, że wnioskodawca nie spełnia warunków do przyznania emerytury częściowej dlatego wnosił o oddalenie apelacji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja wnioskodawcy nie jest zasadna.

Sąd Apelacyjny uznał, że zarzuty apelacyjne nie zasługują na uwzględnienie. Sąd Okręgowy nie naruszył przy wyrokowaniu przepisów prawa materialnego ani procesowego Sąd Apelacyjny podziela ustalenia Sądu Okręgowego w całości. Wnioskodawca W. W. wystąpił wnioskiem z dnia (...)roku o przyznanie prawa do emerytury częściowej. Wnioskodawca wystąpił zatem z wnioskiem o to świadczenie w wieku 65 lat, jako urodzony (...). Zgodnie z art. 24ust 1b pkt 5 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U z 2015 roku, poz. 748) wnioskodawca nabyłby prawo do emerytury z tego przepisu w wieku 65 lat 9 miesięcy. Skoro jednak takiego wieku nie posiadał w dniu złożenia wniosku, to miał prawo wystąpić o emeryturę częściową. Warunki jakie musi spełniać wnioskodawca do przyznania prawa do emerytury częściowej zostały uregulowane w art. 26 b wyżej cytowanej ustawy.

W pierwszej kolejności podnieść należy, że wyrokiem z dnia 7 maja 2014 r. sygn. akt K 43/12 (Dz. U. z 2014 r. poz.684) Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 26b ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1440) w zakresie, w jakim uprawnienie na warunkach w nim przewidzianych nie jest ograniczone terminem i przez to nie jest zharmonizowane ze zrównaniem wieku emerytalnego kobiet i mężczyzn jest niezgodny z art. 2, art. 32 i art. 33 Konstytucji RP.

W ocenie Trybunału Konstytucyjnego ustawodawca powinien potraktować okres wyrównywania wieku emerytalnego kobiet i mężczyzn do wieku 67 lat jako okres przejściowy, a przepisy powinny pozwalać zainteresowanym na wybór takiego świadczenia w okresie zrównywania wieku emerytalnego, a nie bezterminowo. Biorąc za podstawę powyższe należy stwierdzić, że warunki jakie wnioskodawca musi spełnić aby uzyskać prawo do emerytury częściowej zostały określone w art. 26b ustawy wyżej cytowanej. Z art. 26 b tej ustawy wynika, że ubezpieczonym, którzy nie osiągnęli wieku emerytalnego określonego w art. 24 ust. 1a pkt 26-85 i ust. 1b pkt 2-20, przysługuje emerytura częściowa, jeżeli spełnili łącznie następujące warunki:

- 1) mają okres składkowy i nieskładkowy wynoszący co najmniej 35 lat dla kobiet i 40 lat dla mężczyzn;
- 2) osiągnęli wiek wynoszący co najmniej 62 lata dla kobiet i co najmniej 65 lat dla mężczyzn.

Zatem z przepisu tego wynika, że wnioskodawca powinien udowodnić 40 lat okresów składkowych i nieskładkowych do przyznania prawa do emerytury częściowej.

Z niekwestionowanych ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że wnioskodawca wykazał 37 lat 8 miesięcy 17 dni okresów składkowych i nieskładkowych. W apelacji wnioskodawca dowodził, że nie udowodnił 40 lat pracy, gdyż

po zakończeniu pobierania renty, co miało miejsce 30 października 2007 roku już nie pracował. W związku z twierdzeniem apelanta, że w okresie od 14 lutego 2007 roku do 30 października 2007 roku pobierał rentę z tytułu niezdolności do pracy Sąd Apelacyjny przeanalizował art. 10a ustawy wyżej cytowanej. Z art. 10a ust. 1. ustawy wyżej cyt. wynika, że przy ustalaniu prawa do emerytury na podstawie art. 26b, 27 i 28 osoba, która utraciła prawo do renty z tytułu niezdolności do pracy przysługującej z Funduszu z powodu odzyskania zdolności do pracy, uwzględnia się również okresy pobierania tej renty, jeżeli okresy składkowe i nieskładkowe, ustalone na zasadach określonych w art. 5-7 i 10, są krótsze od okresu wymaganego do przyznania emerytury, w zakresie niezbędnym do uzupełnienia tego okresu. Z kolei art. 10a ust. 2 wyżej cyt. ustawy stanowi, że okresów pobierania renty z tytułu niezdolności do pracy nie uwzględnia się, jeżeli zbiegają się w czasie z okresami, o których mowa w art. 6, 7 i 10, uwzględnionymi przy ustalaniu prawa do emerytury. Jak wynika z apelacji wnioskodawca pobierał rentę z tytułu niezdolności do pracy od 14 lutego 2007 roku do 30 października 2007 roku, czyli przez okres 8 miesięcy i 16 dni. Wobec faktu, że apelant nie uzyskał prawa do renty po dniu 30 października 2007 roku to oznacza, że okres pobierania renty przez apelanta należy wliczyć do brakującego okresu wymienionego w art. 26 b pkt 1 wyżej cyt. ustawy. Po zsumowaniu tego okresu z już ustalonym w wymiarze 37 lat 8 miesięcy 17 dni apelant wykazał 38 lat 5 miesięcy 3 dni zamiast 40 lat okresów składkowych i nieskładkowych. Apelant podnosi, że lekarz medycyny pracy wystawił mu zaświadczenie z którego wynika, że nie jest on zdolny do pracy. Okoliczność ta pozostaje jednak bez wpływu na wynik sprawy bowiem warunkiem uzyskania prawa do emerytury częściowej jest udowodnienie 40 lat okresów składkowych i nieskładkowych, a tego okresu apelant nie wykazał. Natomiast okres pobieranej renty został apelantowi doliczony do stażu pracy ale okres stażu pracy okazał się niewystarczający do uzyskania prawa do tej emerytury. Z przepisu art. 26b nie wynika aby na przyznanie prawa do emerytury częściowej miał wpływ fakt wystawienia przez lekarza medycyny pracy zaświadczenia o niezdolności do pracy. Natomiast przedstawienie zaświadczenia o stanie zdrowia jest wymagane przy ustalaniu prawa do renty, jednak niniejsza sprawa nie jest sprawą o przyznanie prawa do renty tylko prawa do częściowej emerytury.

Sąd Okręgowy przeanalizował cały zebrany materiał dowodowy, odniósł się w uzasadnieniu wyroku do wszystkich wskazanych przez wnioskodawcę okresów zatrudnienia i apelant w zarzutach apelacyjnych nie kwestionował tych ustaleń i nie podważył tych ustaleń skutecznie. Wskazany przez apelanta dodatkowy okres pobierania renty z tytułu niezdolności do pracy nie podważył tych ustaleń, gdyż po doliczeniu okresu pobierania renty z tytułu niezdolności do pracy apelant nie udowodnił 40 lat okresów składkowych i nieskładkowych.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny uznał, że wyrok Sąd Okręgowy jest zgodny z obowiązującymi przepisami, a apelacja jako bezzasadna podlega oddaleniu.

Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji na podstawie art. 385 k.p.c.