

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Poznań, dnia 23 lutego 2023 r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu II Wydział Cywilny Odwoławczy

w następującym składzie:

Przewodniczący: Sędzia Ewa Blumczyńska

Protokolant: p.o. stażysty Julia Starosta

po rozpoznaniu na rozprawie

w dniu 07 lutego 2023 r. w Poznaniu

sprawy z powództwa P. C.

przeciwko J. S.

o zapłatę

na skutek apelacji wniesionej przez powoda

od wyroku Sądu Rejonowego Poznań Grunwald i Jeżyce w Poznaniu

z dnia 10 stycznia 2022 r.

sygn. akt IX C 401/17

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda

kwotę 19 810 (dziewiętnaście tysięcy osiemset dziesięć) zł z ustawowymi odsetkami od dnia 01 czerwca 2012r. do dnia 31 grudnia 2015r. oraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 01 stycznia 2016r. do dnia zapłaty;

2. w pozostałym zakresie uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu Poznań - Grunwald i Jeżyce w Poznaniu, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów postępowania za obie instancje w orzeczeniu końcowym .

Ewa Blumczyńska

UZASADNIENIE

Pozwem z 9 października 2016 r. (k.2-8 oraz pismami k.195-196 i 545-547) powód P. C. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanych J. S. i M. M. 43.890,00 zł oraz 161,30 zł wraz z odsetkami (od 1 stycznia 2016 r. odsetkami ustawowymi za opóźnienie) od 8 maja 2012 r. do dnia zapłaty. Ponadto o zasądzenie od pozwanych kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu powyższego żądania podał, że pozwany zamówił u niego wykonanie oporników granitowych o wymiarach 6,00 cm grubości i 20,00 cm wysokości w cenie 43,00 zł netto za jeden metr bieżący. Zamówienie obejmowało 1.000,00 mb oporników. Nadto, że wszystkie elementy istotne umowy sprzedaży zostały ustalone w drodze mailowej i telefonicznej. Wartość zamówienia wyniosła 52.890,00 zł brutto. 25 kwietnia 2012 r. żona pozwanego przelała na jego rzecz 9.000,00 zł zaliczki na poczet wynagrodzenia, pomimo że kwota ta miała wynieść 13.500,00 zł. Odbiór zamówienia miał następować etapami, gdyż jedno auto mogło przewieźć ok. 670 mb oporników.

Pozwany jednak nie stawił się 29 kwietnia 2012 r. w umówionym miejscu celem zapłaty wynagrodzenia. Strony nie czyniły dalszych ustaleń celem wykonania umowy. Zdaniem powoda strony łączyły dwie umowy tj. wytworzenia oporników oraz ich dostawy. Poza tym wskazał, że roszczenie pozwanego o zwrot od niego zaliczki zostało oddalone przez Sąd Rejonowy w Bydgoszczy w sprawie o sygn. akt I C 787/13, utrzymane wyrokiem Sądu Okręgowego w Bydgoszczy w sprawie o sygn. akt II Ca 718/14. Jednocześnie, że za przechowanie 34 palet naliczył 102,00 zł dziennie oraz, iż za cały okres od 8 maja 2012 r. do dnia 7 października 2016 r. tj. 1613 dni kwota należna z tego tytułu wynosi 164.526,00 zł. Przy tym zaznaczył, że w niniejszej sprawie dochodzi części należności w kwocie 0,10 PLN za dzień przechowania, co daje dochodzoną kwotę w wysokości 161,30 zł. Odnośnie pozwanego M. M. powód wskazał, że poręczał on za dług J. S..

W odpowiedzi na pozew J. S. wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda kosztów procesu.

W uzasadnieniu swego stanowiska wskazał, że powód nie wywiązał się z ustaleń dostarczenia towaru w postaci oporników przed weekendem majowym 2012 r. po uregulowaniu zaliczki w kwocie 9.000,00 zł oraz, że pozostała kwota należności miała być przekazana częściami po dostarczaniu kolejnych partii zamówienia. Przy tym zaprzeczył, aby na dzień 29 kwietnia 2012 r. umówił się na spotkanie w miejscowości S. celem zapłaty pełnej kwoty należności. Poza tym, że jego zdaniem powód nie był w stanie wyprodukować towaru, a jedynie zamierzał mu sprzedać oporniki nieodebrane przez innego klienta. Stąd jednostronnie starał się zmienić termin i warunki dostaw towaru. Zaprzeczył, aby powód kierował do niego wezwanie do zapłaty oraz odbioru zalegającego towaru. Poza tym aby został poinformowany o naliczaniu z tego tytułu opłat i wystawieniu faktur proforma oraz, aby towar został wykonany. Zaznaczył, że w przedmiotowej sprawie występował w charakterze konsumenta, a powód nie udzielił mu pouczenia o prawie odstąpienia od umowy. W takich okolicznościach jego oświadczenie z 25 lipca 2012 r. w tym przedmiocie zostało złożone w terminie. Podniósł również zarzut, że żądanie powoda jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Dodał, że roszczenie zapłaty za towar uległo przedawnieniu, bowiem zawezwanie do próby ugodowej nie obejmowało żądania o tej samej wysokości, a dostawa nie została w ogóle wykonana.

Postanowieniem z 9 stycznia 2018 r. (k.212) wyłączono do odrębnego rozpoznania sprawę przeciwko M. M..

Wyrokiem z dnia 10 stycznia 2022r. Sąd Rejonowy Poznań - Grunwald i Jeżyce w Poznaniu :

1. **oddalił powództwo;**

2. **obciążył w całości powoda kosztami procesu, a szczegółowe wyliczenie tych kosztów pozostawił referendarzowi sądowemu.**

Podstawą powyższego rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia faktyczne Sądu Rejonowego :

Powód P. C. prowadził działalność pod firmą (...) z siedzibą w K. w ramach której zawarł z pozwanym J. S. umowę dostawy oporników granitowych.

Pozwany znalazł ofertę powoda na jednym z portali internetowych (...) lub (...). Oferta była najdroższa, jednak powód deklarował dostępność towaru w najkrótszym terminie na czym zależało pozwanemu. Strony dokonywały ustaleń szczegółów zamówienia w drodze telefonicznej oraz mailowo. Pozwany oczekiwał początkowo wykonania oporników granitowych o wymiarach 6,00 cm grubości, 25,00 cm wysokości, których cenę powód ustalił na 44,50 zł netto za jeden metr bieżący i domagał się zaliczki 13.500,00 zł, potwierdzając, że posiada materiały o wskazanych wymiarach.

Pozwany po negocjacjach zamówił wykonanie oporników granitowych o wymiarach 6,00 cm grubości, 20,00 cm wysokości w cenie 43,00 zł netto za jeden metr bieżący. Zmianę wymiarów zaproponował powód wskazując na brak dostępności materiałów o wymiarach oczekiwanych przez pozwanego. Zamówienie obejmowało łącznie 1.000,00 mb oporników.

Powód w wiadomości e-mail z 25 kwietnia 2012 r. wskazał, że termin wykonania zamówienia wyniesie 2-3 tygodni. Pierwsza partia miała jednak zostać dostarczona przed weekendem majowym. Powód deklarował, że w tym celu zatrudni dodatkowych pracowników na 2 zmianę.

Koszt dostawy miał stanowić również transport towaru do miejscowości T. i w tym zakresie strony umowy uzgodniły dodatkowe wynagrodzenie. Pozwany miał we własnym zakresie rozładować dostarczone oporniki.

Pozwany dokonywał zakupu towaru jako konsument celem wykonania prac na nieruchomości stanowiącej jego własność. Kontaktował się z powodem mailem firmy (...), która zajmuje się nieruchomościami. Pozwany nie uzyskał od powoda pouczenia o prawie odstąpienia od umowy.

W dniu 26 kwietnia 2012 r. żona pozwanego A. S. uiszczyła na rzecz powoda zaliczkę tytułem zamówienia dostawy oporników w wysokości 9.000,00 zł. Zaliczka została wpłacona od planowanej pierwszej dostawy oporników, bowiem taką ilość był w stanie wyprodukować powód. Warunkiem dostarczenia oporników przed weekendem majowym 2012 r. była wpłata zaliczki.

W okresie 25 - 30 kwietnia 2012 r. strony prowadziły rozmowy oraz wymieniały się wiadomościami e-mail celem ustalenia warunków wykonania zamówienia. Towar miał zostać dostarczony do 30 kwietnia 2012 r. Pozwany oczekiwał wskazania godziny dostawy, gdyż miał płacić za czas rozładunku.

Dnia 29 kwietnia 2012 r. powód napisał do pozwanego sms z prośbą o przełożenie transportu towaru na 6 maja 2012 r. Pozwany odpisał „ok., dziękuję”.

Mailem z 6 maja 2012 r. pozwany poinformował powoda, że z uwagi na niedostarczenie materiału na czas, jego budowlańcy zeszli z budowy. Prosił o podanie ceny za kostkę 8/11, w ten sposób chciał odzyskać zaliczkę.

Mailem z 7 maja 2012 r. powód powtórzył przekazane dotychczas pozwanemu informacje. Wskazał, że koszt transportu towaru wyniesie 1.450,00 zł netto. Wniósł o zapłatę należności za towar według następującego wyliczenia:

670 mb opornika 6x20 płomieniowanego po 43,00 zł = 28.810,00 zł

koszty transportu 1.450,00 zł

łącznie: 30.260,00 zł. Kwota 5.000,00 zł miała zostać potrącona z zaliczki.

W mailu z 8 maja 2012 r. powód poinformował, że jest w stanie dostarczyć pozwanemu kostkę jednocześnie z wykonanymi już opornikami. Potwierdził przy tym, że do prac w pierwszej kolejności potrzebne będą oporniki.

Mailem z 9 maja 2012 r. powód poinformował pozwanego, że bezskutecznie podejmował próby skontaktowania się z nim. Wezwał pozwanego do uzupełnienia zaliczki do 13.500,00 zł za zamówiony towar. Domagał się ustalenia terminu odbioru oporników.

Pozwany w dniu 5 lipca 2012 r. napisał do powoda sms z prośbą o odesłanie uiszczonej przez niego zaliczki, której powód nie zwrócił.

Mailem z 5 lipca 2012 r. powód poinformował pozwanego, że do produkcji użył materiału na zamówienie do klienta z Niemiec. Domagał się dopłaty 34.000,00 zł. Podał, że rozpoczął warunkowo produkcję oporników dla pozwanego.

Przedsądowym wezwaniem do zapłaty z 20 lipca 2012r. zawierającym jednocześnie oświadczenie o odstąpieniu od umowy pozwany domagał się od powoda zwrotu zaliczki w wysokości 9.000,00 zł w terminie 7 dni od odebrania wezwania. Powód nie odebrał wezwania mimo że zostało skierowane na jego adres, tj. (...)-(...) K. ul. (...).

Ostatecznie pozwany na przełomie sierpnia i września 2012 r. ułożył oporniki zakupione od przedsiębiorcy ze S..

Powód zajmował się produkcją oporników granitowych w okresie luty – sierpień 2012 r. Działalność prowadził jednak w innym przedmiocie już od 2008 r. Oporniki granitowe miały zostać wyprodukowane w miejscowości K.. Powód prowadził działalność na dzierżawionym gruncie, dysponował dwiema wiatami o pow. 60-80 m², a także korzystał z terenu posesji. Do dyspozycji miał urządzenia w postaci cyrkularki. Cięcie bloków granitowych zlecał innym podmiotom m.in. G., którego siedziba była oddalona od miejsca działalności powoda o ok. 10 km. Powód nie posiadał pojazdów do transportu wykonanych zamówień, zlecał go innym podmiotom.

Kierownikiem produkcji oporników u powoda w tym czasie był P. S., który jednak stale nie nadzorował przebiegu tej produkcji.

Zlecenie pozwanego było największym przyjętym przez powoda w 2012 r. w przedmiocie produkcji oporników granitowych. W kwietniu 2012 r. powód wyprodukował oporniki, których wartość wynosiła 67.327,38 zł brutto, w tym na rzecz pozwanego 52.890,00 zł brutto. W 2012 r. jako kwotę rozliczenia podatku od towarów i usług wskazał 110.877,00 zł.

Obecnie powód nie zajmuje się już produkcją zamówionego przez pozwanego towaru.

Oporniki, które zamierzał dostarczyć powód pozwanemu znajdują się w miejscowości S. pod S., a do listopada 2017 r. były przechowywane w miejscowości K.. Do sierpnia 2012 r. powód nie musiał ponosić kosztów za zajmowanie placu.

Powód nie był w stanie na obszarze 80 m² wyprodukować 1000 mb oporników w ciągu tygodnia.

Wyrokiem z 30 kwietnia 2014 r. Sąd Rejonowy w Bydgoszczy w sprawie o sygn. akt I C 787/13 oddalił powództwo J. S. przeciwko P. C. o zwrot zaliczki w wysokości 9.000,00 zł.

Wyrokiem z 15 października 2014 r. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w sprawie o sygn. akt II Ca 718/14 oddalił apelację pozwanego J. S. od powyższego wyroku.

Powód tytułem zamówienia wystawił następujące faktury proforma:

Nr dokumentu Data wystawienia Termin płatności Odsetki od Kwota transakcji Kwota do zapłaty

(...) 30.04.2012 r. 07.05.2012 r. 08.05.2012 52.890,00 zł 43.890,00 zł

(...) 31.05.2013 r. 31.05.2014 r. 01.06.2014 45.918,36 zł 45.918,36 zł

(...) 30.04.2014 r. 30.05.2014 r. 31.05.2014 44.203,74 zł 44.203,74 zł

(...) 31.07.2004 r. 30.08.2014 r. 31.08.2014 11.542,32 zł 11.542,32 zł

(...) 31.10.2014 r. 30.11.2014 r. 01.12.2014 11.542,32 zł 11.542,32 zł

(...) 31.01.2015 r. 02.03.2015 r. 03.03.2015 11.542,32 zł 11.542,32 zł

(...) 30.04.2015 r. 30.05.2015 r. 31.05.2015 11.165,94 zł 11.165,94 zł

(...) 31.07.2015 r. 30.08.2015 r. 31.08.2015 11.542,32 zł 11.542,32 zł

(...) 31.10.2015 r. 30.11.2015 r. 01.12.2015 11.542,32 zł 11.542,32 zł

(...) 31.01.2016 r. 01.03.2016 r. 02.03.2016 11.542,32 zł 11.542,32 zł

(...) 30.04.2016 r. 30.05.2016 r. 31.05.2016 13.591,50 zł 13.591,32 zł

Za każdy dzień przechowywania i dozoru nad towarem powód naliczał 102,00 zł netto.

Przedsądowym wezwaniem do zapłaty z 18 maja 2016 r. powód domagał się zapłaty od pozwanego kwot określonych w powyższych fakturach proforma. Zakreślił termin na zapłatę wynoszący 7 dni od odebrania wezwania. Wezwał jednocześnie do odbioru przechowywanego towaru w terminie do 27 maja 2016 r.

Wezwanie zostało odebrane przez pozwanego 27 maja 2016 r.

Powód za przechowywanie towaru domaga się 161,30 zł za okres od 8 maja 2012 r. do 7 października 2016 r. 0,10 zł za dobę.

Powód zawezwał jednocześnie pozwanego do próby ugodowej przed Sądem Rejonowym w Bydgoszczy wnioskiem z 25 kwietnia 2014 r. sygn. akt I Co 122/14. Posiedzenie z 9 października 2014 r. nie doprowadziło do zawarcia ugody.

Następne zawezwanie nastąpiło przed Sądem Rejonowym w Grodzisku Wielkopolskim wnioskiem z 29 maja 2016 r. Posiedzenie z 15 listopada 2017 r. w sprawie I Co 412/17 także nie doprowadziło do zawarcia ugody. W tej sprawie powód jako poręczającego za dług pozwanego wskazał M. W. zamieszkałego w S..

Wysokość opłat za korzystanie z nieruchomości (części placu składowego) położonej w rejonie złoża granitowego w K., w celu przechowania nieodebranych oporników granitowych, wg zasad wolnorynkowych składa się z:

1. stały miesięczny czynsz za wynajem 264,00 zł,
2. koszty eksploatacji: na podstawie faktur rzeczywistego zużycia prądu, wody,
3. koszty usług dodatkowych (nadzór, oświetlenie, utrzymanie drogi, odśnieżanie) w cenie najmu,
4. koszty usług magazynowych: nie dotyczy (złożenie materiału na palety oraz koszt palet zawarte są w cenie transportu paleta w tym przypadku jest opakowaniem służącym do przetransportowania ładunku).

Czynsz najmu za okres od 8 maja 2012 r. do 7 października 2016 r. wyniósł 13.992,00 zł.

Wyprodukowane przez powoda wybrane losowo oporniki podczas wizji lokalnej posiadały następujące wymiary:

- szerokość: 54,00; 56,00 mm (zbliżone do 60,00 mm, jednak odstępstwa od ustalonego przez producenta wyrobu wymiaru wynoszą 4,00-6,00 mm),
- wysokość: 192,00; 203,00 mm (zbliżone do 200,00 mm, jednak odstępstwa od ustalonego przez producenta wyrobu wymiaru wynoszą 3,00-8,00 mm),
- długość: 864,00; 1.113,00 mm (zawarte pomiędzy 800,00 a 1.200,00 mm).

Stwierdzone odstępstwa wymiarowe od ustalonego pomiędzy producentem (powodem) a zamawiającym (pozwanym) przedmiotu zamówienia, który został opatrzony wymiarami:

- „szerokość 60,00 mm, wysokość 200,00 mm” nie są zgodne z warunkami ustalonego wspólnie i zawartego pomiędzy stronami sporu, charakteryzującymi gabaryty wyrobu budowlanego, zamówienia.

Odstąpienie od wymiarów zawartych w katalogu produktów lub wyrobów danego producenta albo dostawcy nie może być kwalifikowane jako spełnienie standardów technicznych.

Wyrób budowlany nie może być określony jako spełniający standardy normy technicznej zamówionych oporników. Nie spełnia takich wymagań zawartych w normie technicznej PN-EN 1343:2003.

Stwierdzone istotne różnice w wymiarach przekroju poprzecznego wybranych losowo „oporników” nie pozwalają na zachowanie wizualnej jednolitości i dokładnej liniowej ciągłości w przypadku ich wbudowania, co stanowi wadę użytkową wyprodukowanych wyrobów.

Pozwany nie zna M. M. oraz M. W., którzy według twierdzeń powoda mieli poręczać za jego zobowiązanie.

Wyrokiem zaocznym z 12 kwietnia 2018 r. tutejszy Sąd w sprawie o sygn. akt IX C 202/18 oddalił powództwo P. C. przeciwko M. M.. Powód nie zakwestionował powyższego wyroku.

Przy powyższych ustaleniach faktycznych Sąd Rejonowy zważył, co następuje :

Powództwo należało oddalić w całości.

Zgodnie z art. 605 k.c. przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny.

W umowie dostawy dostawca zobowiązany jest do dwóch głównych świadczeń: wytworzenia oznaczonych w umowie co do gatunku rzeczy i dostarczenia tych rzeczy odbiorcy. Obowiązek odbiorcy również obejmuje dwa świadczenia, które korespondują z obowiązkami dostawcy: odbiór rzeczy i zapłata ceny. Jeśli dostawca nie wytworzy rzeczy w terminie, ponosić będzie odpowiedzialność na zasadach ogólnych (art. 471 i n. KC). Jeśli z treści umowy wynika, że w chwili zawarcia umowy rzeczy, które mają być dostarczone, już istnieją, zawarta umowa nie będzie nieważna, ale powinna być zakwalifikowana jako umowa sprzedaży, a nie umowa dostawy. Natomiast jeśli z treści umowy wynika, że rzeczy miały być wytworzone przez dostawcę, ale zamiast takich rzeczy dostawca dostarcza rzeczy wytworzone przed zawarciem umowy, odbiorca nie musi tych rzeczy przyjmować, a działanie dostawcy nie stanowi prawidłowego wykonania zobowiązania. Jeżeli dostawca opóźnia się z rozpoczęciem wytwarzania przedmiotu dostawy lub poszczególnych jego części tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je dostarczyć w czasie umówionym, odbiorca może nie wyznaczając terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do dostarczenia przedmiotu dostawy (art. 610 k.c.). Jeżeli w toku wytwarzania przedmiotu dostawy okaże się, że dostawca wykonywa ten przedmiot w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, odbiorca może wezwać dostawcę do zmiany sposobu wykonania wyznaczając dostawcy w tym celu odpowiedni termin, a po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu od umowy odstąpić (art. 611 k.c.).

Na dzień zawarcia umowy przez strony obowiązywał art. 605¹ k.c. zgodnie z którym, jeżeli umowa dostawy jest zawierana w zakresie działalności przedsiębiorstwa dostawcy, a odbiorcą jest osoba fizyczna, która nabywa rzeczy w celu niezwiązanym z jej działalnością gospodarczą ani zawodową, do umowy tej stosuje się przepisy o sprzedaży konsumenckiej.

Według art. 2 ust. 1, 3 ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny z dnia 2 marca 2000 r. (Dz.U. Nr 22, poz. 271) tj. z dnia 14 września 2012 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 1225), obowiązującej na moment zawarcia umowy, konsument, który zawarł umowę poza lokalem przedsiębiorstwa, może od niej odstąpić bez podania przyczyn, składając stosowne oświadczenie na piśmie w terminie dziesięciu dni od zawarcia umowy. Do zachowania tego terminu wystarczy wysłanie oświadczenia przed jego upływem. W razie odstąpienia od umowy umowa jest uważana za niezawartą, a konsument jest zwolniony z wszelkich zobowiązań. To, co strony świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Zwrot powinien nastąpić niezwłocznie, nie później niż w terminie czternastu dni. Jeżeli konsument dokonał jakichkolwiek przedpłat, należą się od nich odsetki ustawowe od daty dokonania przedpłaty.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 cyt. ustawy konsument powinien być poinformowany, przy użyciu środka porozumiewania się na odległość, najpóźniej w chwili złożenia mu propozycji zawarcia umowy, o:

- 4) zasadach zapłaty ceny lub wynagrodzenia;
- 5) kosztach oraz terminie i sposobie dostawy;
- 6) prawie odstąpienia od umowy w terminie dziesięciu dni, ze wskazaniem wyjątków, o których mowa w art. 10 ust. 3;
- 11) prawie wypowiedzenia umowy, o którym mowa w art. 8 ust. 3.

Natomiast art. 10 ust. 1 i 2 cyt. ustawy określał, że termin dziesięciodniowy, w którym konsument może odstąpić od umowy, liczy się od dnia wydania rzeczy, a gdy umowa dotyczy świadczenia usługi - od dnia jej zawarcia. W razie braku potwierdzenia informacji, o których mowa w art. 9 ust. 1, termin, w którym konsument może odstąpić od umowy, wynosi trzy miesiące i liczy się od dnia wydania rzeczy, a gdy umowa dotyczy świadczenia usługi - od dnia jej zawarcia. Jeżeli jednak konsument po rozpoczęciu biegu tego terminu otrzyma potwierdzenie, termin ulega skróceniu do dziesięciu dni od tej daty.

Niezaprzeczalnie strony doszły do porozumienia odnośnie wymiarów oporników granitowych, ich łącznej ilości, a także ceny. Sporne pozostawały terminy dostawy, a także wysokość zaliczki na poczet wynagrodzenia.

Powód deklарował już w wiadomości z 25 kwietnia 2012 r. (k.39), że jest gotowy uzgodnić warunki dostawy. Określił jednocześnie wysokość zaliczki na 30% wartości zamówienia. Powód wyraźnie wskazał „zaraz po zaksięgowaniu Państwa zaliczki, odwrotnie rozpoczniemy proces realizacji zamówienia tak aby dostarczyć jak najszybciej pierwszą partię oporników i postaram się aby miał je Pan na długi weekend zgodnie z rozmową telefoniczną ...”, „...zaraz po niedzieli puścimy pełne auto...”. Powód wyraźnie zadeklarował, że zamówione materiały miały zostać przesłane jeszcze przed weekendem majowym. Jedyna wątpliwość pojawia się co do niższej kwoty zaliczki. Termin realizacji zamówienia 2-3 tygodnia dotyczył jego pełnego zakresu, a nie pierwszej partii, którą pozwany oczekiwał przed weekendem majowym. W kolejnej wiadomości z tego dnia (k.40) powód doprecyzował jedynie warunki dostawy.

Dnia 29 kwietnia 2012 r. powód napisał do pozwanego sms z informacją o przełożeniu dostawy po 6 maja 2012 r. Nie podnosił zarzutu braku zaliczki, która została uiszczona 26 maja 2012 r. Usprawiedliwiał się okresem urlopowym (k.45). Wskazał, że pozwany miałby problemy z rozładunkiem, co jednak oczywiście nie mogło prowadzić usprawiedliwienia zwłoki w realizacji przedmiotu umowy. Pozwany co prawda odpisał „ok, dziękuję”, co należało jednak uznać za pogodzenie się z faktem, że nie otrzyma zamówienia na czas. Pozwany wyjaśnił, że już w tym czasie miał świadomość, że powód nie dotrzymuje ustalonych warunków umowy.

Sąd także uznał, że strony nie ustaliły terminu spotkania w dniu 29 kwietnia 2012 r. w S. celem dokonania rozliczenia za zamówienie złożone przez pozwanego. Żadna ze stron, a zwłaszcza powód nie odnosił się do tego spotkania w pisanych następnie wiadomościach. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że pozwany zamieszkuje w okolicach B., przez co bezzasadne należałoby uznać pokonywanie takiej odległości, zwłaszcza przy uwzględnieniu faktu, że wszystkie ustalenia strony dokonały telefonicznie oraz mailowo (także po tej dacie), a nadto sama zaliczka została przekazana przelewem (k.47) już dnia 26 kwietnia 2012 r. Pozostała dopłata mogła zostać wykonana także przelewem na rachunek powoda.

Bezspornie pozwany nie otrzymał oporników granitowych na weekend majowy 2012 r. W wiadomości z 6 maja 2012 r. (k.41) pozwany poinformował, że pracownicy zeszli z budowy z uwagi na niedostarczenie oporników. W tej wiadomości pozwany napisał „...może kostka 8/11. Proszę o podanie ceny”. Pozwany wyjaśnił, że w ten sposób oczekiwał jakiegokolwiek towaru mając już świadomość, że powód jest nierzetelnym kontrahentem wobec niedostarczenia w terminie oporników. Pozwany oczekiwał w ten sposób rozliczenia za uiszczoną zaliczkę. Z treści wiadomości pozwanego z 6 maja 2012 r. nie wynika, aby był on świadomy jakichkolwiek zaległości w płatnościach wobec powoda. Pozwany w odpowiedzi na pozew jednoznacznie wyjaśnił, że prośba o podanie ceny nie dotyczyła tych oporników, a jedynie kostki której sprzedają zajmował się również powód.

Strony kontynuowały wymianę wiadomości 7 maja 2012 r. (k.44). Powód informował o warunkach dostawy, ustalił cenę na 1.450,00 zł. Wskazał, że prowadził dalej produkcję uruchamiając dodatkową zmianę przez wolne dni. Powód napisał „część (oporników) mogłem Panu wysłać z zamówienia innego klienta który ociągał się z odbiorem, lecz w ubiegłym tygodniu odebrał swoje kilkaset metrów i musimy zacząć ciąć dla Pana aby tak jak mówiliśmy móc wysłać to Panu po długim weekendzie”. Powód deklarował więc, że był w stanie wysłać oporniki nawet wobec wypłaty zaliczki w kwocie 9.000,00 zł. Z tej wiadomości wynika również, że jeżeli powód miał do wysłania oporniki dla pozwanego, to nie były one tymi wyprodukowanymi dla pozwanego, a pochodzącymi z zamówienia innego klienta. Powód wprowadzał więc pozwanego w błąd co do możliwości produkcyjnych. Cały problem dla niego powstał w związku z utratą części gotowych produktów należących do innej osoby. Powód przyznał jednocześnie, że pierwsza dostawa dla pozwanego i tak będzie pochodzić z pozostałej części nieodebranego przez tę osobę zamówienia. Powód w dalszym ciągu nie był zatem w stanie wyprodukować 670 mb oporników, taki stan miał miejsce 7 maja 2012 r. Zaznaczył, że w przypadku braków transport uzupełni kosztą 8/11. W tej wiadomości została wyjaśniona także kolejna istotna kwestia. Powód bowiem nie kwestionował wysokości wpłaconej zaliczki. Dokonywał z niej nawet rozliczenia kwoty należności za pierwszą dostawę tj. 25.260,00 zł (+5.000,00 zł z zaliczki), której ostatecznie pozwany nie uiścił.

Dopiero mailem z 9 maja 2012 r. (k.295) powód domagał się dopłaty do zaliczki do kwoty 13.500,00 zł, co miało być warunkiem rozpoczęcia produkcji. Takie stanowisko powoda jest więc sprzeczne z jego poprzednimi deklaracjami. Jak już powyżej zaznaczono, powód dawał pozwanemu podstawy do uznania, że oporniki zostaną dostarczone na weekend majowy 2012 r., jedynie po wpłacie zaliczki 9.000,00 zł. W sprawie o sygn. akt I C 787/13 przed Sądem Rejonowym w Bydgoszczy powód przyznał, że rozpoczął produkcję mimo wpłaty zaliczki w kwocie 9.000,00 zł, podał że „poszedł na rękę” pozwanemu, co należy rozumieć, że zaakceptował tę wysokość. Z tego wynika, że stanowisko powoda było zmienne, bowiem w poprzednich wiadomościach wyrażał gotowość wysłania towaru. Należy z tego wnioskować, że powód podczas kolejnych kontaktów z pozwanym poszukiwał nowych przyczyn opóźnienia wykonania zamówienia.

W oparciu o powyższe należało uznać, że do niewykonania zamówienia dostawy oporników granitowych doszło z winy powoda. Nie dostarczył on pierwszej partii zamówienia na okres weekendu majowego 2012 r., mimo że takie deklaracje składał już 25 kwietnia 2012 r. Powód w kolejnych wiadomościach podnosił nowe argumenty usprawiedliwiające brak dostarczenia towaru. Pomiędzy 26 kwietnia 2012 r. (dzień wpłaty zaliczki) a 8 maja 2012 r. powód nie podnosił zarzutu braku wpłaty pełnej kwoty zaliczki, dlatego żądanie dopłaty należało uznać za wybieg celem wydłużenia wykonania zobowiązania. Przyczyną próby wydłużenia terminu do dostarczenia oporników był brak zdolności produkcyjnych do ich wykonania w umówionym terminie.

Oceny zasadności żądania nie zmienia fakt, że powód w wiadomości z 9 maja 2012 r. domagał się ustalenia terminu odbioru oporników, gdyż nie ma pewności, że były one już wyprodukowane w oczekiwanej przez pozwanego ilości.

Zamówienie oporników granitowych pozwany złożył jako osoba fizyczna, czego nie zmienia fakt, że posługiwał się mailem firmowym. Za pewne natomiast należało uznać, że pozwany pismem z 20 lipca 2012 r. złożył oświadczenie o wypowiedzeniu umowy. Do tego czasu, występując jako konsument, nie uzyskał od powoda pouczenia o tym prawie. Oświadczenie takie mogło być przez niego złożone w terminie trzech miesięcy liczonych od dnia wydania rzeczy.

W konsekwencji należało uznać, że umowa nie wiązała stron. Nie miało więc znaczenia kiedy oporniki granitowe w ilości zamówionej przez pozwanego były gotowe do odbioru.

Sąd uznał, że powód nie wykazał skutecznego doręczenia pozwanemu wezwań do zapłaty oraz faktur proforma wystawionych w okresie od 9 maja 2012 r. do 30 kwietnia 2016 r. (k.9-31). Do akt sprawy zostało załączone jedynie potwierdzenie nadania i doręczenia przedsądowego wezwania do zapłaty z 18 maja 2016 r. (k.32-34), co potwierdził swoim oświadczeniem pozwany. Skuteczność doręczenia tych dokumentów nie miała ostatecznie znaczenia wobec uznania, że pozwany odstąpił od umowy.

Wobec uznania, że umowa dostawy została przez pozwanego wypowiedziana, za niewiązącą należało uznać również umowę przechowania wykonanych oporników granitowych dla pozwanego. W danym przypadku nie można było

jednak wykluczyć skutecznego zawarcia takiej umowy. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 23 czerwca 2014 r., w sprawie o sygn. akt VI ACa 1189/13 zawarcie umowy przechowania nie wymaga żadnej określonej formy. Często umowa przechowania dochodzi do skutku w sposób dorozumiany, konkludentny poprzez pozostawienie (oddanie na przechowanie). Powód jednocześnie nie wykazał, aby w terminie od którego naliczał przedmiotowe oporniki, były one już wykonane.

W oparciu o opinię biegłego sądowego należało uznać, że oporniki granitowe wykonane przez powoda nie spełniały wymagań oczekiwanych przez pozwanego. J. S. zmówił bowiem oporniki o wymiarach 6,00 cm x 20,00 cm. Biegły w oparciu o losowo wybrane oporniki ustalił, że ich parametry nie spełniają wskazanych wymagań. Należy więc uznać, że nawet w sytuacji ich wyprodukowania i dostarczenia pozwanemu, miały on podstawy do podnoszenia nienależytego wykonania przedmiotu umowy (art. 471 k.c. w zw. z art. 556 k.c. i nast. regulującymi rękojmię przy sprzedaży). Produkt ten posiada wadę użytkową i nie może być określony jako spełniający standardy normy technicznej zamówionych oporników. Nie spełnia takich wymagań zawartych w normie technicznej PN-EN 1343:2003.

Uzupełnić należy, że zamawiany przez pozwanego towar były też odbierane przez innego klienta, a powód zamierzał je włączyć w zamówienie pozwanego.

Bez znaczenia dla oceny zasadności roszczenia miało oddalone powództwo przez Sąd Rejonowy w Bydgoszczy I C 787/13 obejmujące żądanie zwrotu zaliczki przez powoda.

Pozwany podniósł dodatkowo zarzut nadużycia prawa przez powoda. Według art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Artykuł 5 KC znajduje więc zastosowanie w sytuacji, gdy osobie uprawnionej przysługuje – formalnie rzecz ujmując – określone prawo podmiotowe, lecz w świetle oceny danego stanu faktycznego i przy uwzględnieniu treści konkretnej normy prawnej korzystanie przez nią z tego prawa pozostaje w sprzeczności z zasadami wskazanymi w art. 5 KC (por. wyr. Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2001 r., II CKN 349/00, Legalis).

W przedmiotowej sprawie Sąd podzielił zarzut pozwanego dotyczący naruszenia przez powoda art. 5 k.c. Powód bowiem pomimo niewykonania zobowiązania domaga się od drugiej strony umowy zapłaty oraz wynagrodzenia za przechowywanie oporników, które nie spełniały warunków umowy. Umowa dostawy łącząca strony miała charakter dwustronnie zobowiązujący. Powód zawierając umowę wprowadził pozwanego w błąd co do możliwości wywiązania się z umowy w zakresie jej realizacji w terminie. Powód jednak mimo ustalenia warunków umowy wystarczających do dostawy towaru pozwanemu podejmował zachowania opóźniające jego realizację, nie wyprodukował oporników zgodnie z umową, ich wymiary uniemożliwiały ich użycia zgodnie z ich przeznaczeniem założonym przez pozwanego. Poza tym do momentu złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy nie potwierdził on wykonania części lub całości zamówienia zgodnie z umową. Ustalenia dokonane w sprawie potwierdziły, że to powód był wysoce niewiarygodnym kontrahentem i to z jego winy umowa nie została wykonana.

P. C. nie przestrzegał podstawowych zasad kontraktowych i zasad współzycia społecznego. Sposób wykonywania prawa podmiotowego przez powoda nie da się pogodzić z jego przeznaczeniem i zasadami współzycia społecznego. Niewątpliwie powództwo powoda stanowi nadużycie prawa podmiotowego skoro powód występuje z roszczeniem przeciwko osobie, którą wprowadził w błąd co do możliwości wykonania w terminie zobowiązania czym spowodował nie tylko opóźnienie w realizacji przez pozwanego inwestycji, ale również naraził na koszty związane w wynajęciem wykonawcy inwestycji. Dodatkowo wskazać należy, że oporniki nie spełniały norm technicznych, były niezgodne z zamówieniem. Negatywną ocenę powoda pogłębia fakt prowadzenia przeciwko M. M. fikcyjnego procesu, celem wykazania nie tylko zasadności dochodzonego roszczenia, ale również utrudnienia pozwanemu realizacji prawa do obrony zmuszając go do prowadzenia sporu przed innym sądem niż właściwy.

Sąd nie zgodził się jednak z zarzutem pozwanego dotyczącym przedawnienia roszczenia. Wnioskiem z 25 kwietnia 2014 r. (data nadania) w sprawie I Co 122/14 przed Sądem Rejonowym w Bydgoszczy powód domagał się od pozwanego zapłaty 52.890,00 zł brutto, zatem żądanie obejmowało pełną kwotę niniejszego sporu. Posiedzenie w tej sprawie z 9 października 2014 r. nie doprowadziło do zawarcia ugody. Wezwanie zostało skierowane na adres pod którym pozwany odbierał inną korespondencję od powoda. Kolejne przerwanie biegu przedawnienia nastąpiło w związku z wniesieniem wniosku o zawezwanie do próby ugodowej z 30 maja 2016 r. (sygn. akt IX Co 177/16 tutejszego Sądu). W tej drugiej sprawie powód domagał się ponadto pełnej kwoty przechowania oporników granitowych, opłaty za dozór nad nimi i wymianę palet. Posiedzenie z 15 listopada 2017 r. przed Sądem Rejonowym w Grodzisku Wlkp. I Co 412/17 do którego przekazano sprawę, nie doprowadziło do ugodowego zakończenia sprawy. Pozew w niniejszej sprawie został wniesiony 9 października 2016 r., przez co należało uznać, że doszło do dwukrotnego przerwania biegu przedawnienia. Termin przedawnienia w przedmiotowej sprawie wynosił 2 lata (art. 554 i 612 k.c.).

W oparciu o powyższe w pkt I wyroku Sąd oddalił powództwo w całości.

O kosztach w pkt II wyroku Sąd orzekł na podstawie art. 99 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. obciążając w całości kosztami procesu powoda jako stronę przegrywającą, pozostawiając szczegółowe wyliczenie tych kosztów referendarzowi sądowemu.

Apelację od powyższego rozstrzygnięcia złożył powód zaskarżając wyrok w całości.

Jako zarzuty apelacyjne wskazał :

1. naruszenie art. 365 kpc poprzez niewzięcie pod uwagę prawomocnego wyroku Sądu Rejonowego w Bydgoszczy z dnia 30 kwietnia 2014r., sygn. akt I C 787/13;
2. naruszenie art. 217 § 3 kpc w zw. z art. 227, 228 i 229 kpc poprzez przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność „czy oporniki granitowe o wymiarach 6x20 są to wymiary standardowe”, w sytuacji w której strony uzgodniły w umowie zamówienie oporników o wymiarach 6 cm grubości i 20 cm wysokości i nie było potrzeby przeprowadzania na tę okoliczność dowodu z opinii biegłego, a zatem dowód ten był nieprzydatny a także zgłoszony jedynie dla zwłoki;
3. naruszenie art.233 § 1 kpc w zw. z art. 278 kpc poprzez przyjęcie, że zamówienie przez pozwanego u powoda oporniki nie spełniały wymagań oczekiwanych przez „powoda”, posiadają wadę użytkową i nie mogą być określone jako spełniające standardy normy technicznej, w sytuacji gdy biegły miał wydać opinię jedynie na okoliczność :”czy wymiary oporników 6x20 to wymiary standardowe”;
4. naruszenie art. 233 § 1 kpc poprzez wybiórczą, dowolną, wewnątrz sprzeczną i jednostronną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego polegającą na :
 - a) przyjęciu, że strony zawarły wiążącą umowę dostawy w realiach, w których nigdy nie ustaliły warunków dostarczenia oporników;
 - b) uznaniu, że zeznania powoda są w przeważającej mierze niewiarygodne, a zwłaszcza, że powód był wobec pozwanego nierzetelnym kontrahentem w sytuacji, w której niezwłocznie po otrzymaniu zaliczki rozpoczął produkcję oporników, a kiedy pozwany po wyrażeniu zgody na przesunięcie dostarczania towaru na termin po weekendzie majowym w 2012r. zapytał o inny asortyment, powód podjął się rozmów na temat jego wyprodukowania i dostarczenia;
 - c) błędnej oceny zachowania pozwanego, zwłaszcza uznaniu, że pozwany godząc się na zmianę terminu dostawy, a następnie proponując powodowi by ten dostarczył zastępczo kostkę 8/11 oczekiwał jakiegokolwiek towaru mając już świadomość, że powód jest nierzetelnym kontrahentem, jak również niewyciągnięcie wniosku, że zachowanie pozwanego stanowiło nadużycie prawa;

d) uznaniu, że zeznania świadka P. S. są niewiarygodne w przeważającym zakresie z uwagi na niepamiętanie przez niego okresu wykonywania zlecenia dla pozwanego, brak wiedzy o terminach zapłaty oraz transporcie zamówienia;

e) uznaniu na str. 21 i 22 uzasadnienia wyroku, że łącząca strony umowa dostawy została „wypowiedziana” przez pozwanego, zaś na str. 3, 22 i 23, że od przedmiotowej umowy pozwany „odstąpił” w sytuacji, w której pozwany ani od umowy skutecznie nie odstąpił ani jej skutecznie nie wypowiedział;

5. rażące naruszenie art. 65 kc poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli stron i przyjęcie, że wiadomości sms o treści : „ok., dziękuję” wysłana przez pozwanego do powoda w dniu 29 kwietnia 2012r. w odpowiedzi na informację o przełożeniu dostawy po 6 maja 2012r. należało uznać za pogodzenie się z faktem, że nie otrzyma zamówienia na czas;

6. naruszenie art. 605 kc poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w niniejszej sprawie;

7. naruszenie art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 2 marca 2000r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny w zw. z art. 605¹ kc poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w niniejszej sprawie;

8. naruszenie art. 5 kc poprzez jego niewłaściwe zastosowanie;

9. naruszenie art. 102 kpc poprzez jego niezastosowanie.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania, w tym za zastępstwo procesowe wg. norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje :

Apelacja okazała się uzasadniona.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że niekwestionowane w apelacji ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Rejonowy w zakresie istotnym dla przedmiotowego rozstrzygnięcia zostały przyjęte za własne przez Sąd Okręgowy.

Wynikało z nich, że powód w ramach prowadzonej działalności pod firmą (...) z siedzibą w K. zawarł z pozwanym - posługującym się w korespondencji e - mailem z oznaczeniem firmy (...) - umowę wykonania oporników granitowych o wymiarach 6,00 cm grubości, 25,00 cm wysokości, których cenę powód ustalił na 44,50 zł netto za jeden metr bieżący i domagał się zaliczki w wysokości 13.500,00 zł, potwierdzając, że posiada materiały o wskazanych wymiarach. Po negocjacjach ostatecznie pozwany zamówił wykonanie oporników granitowych o wymiarach 6,00 cm grubości, 20,00 cm wysokości w cenie 43,00 zł netto za jeden metr bieżący. Zmianę wymiarów zaproponował powód wskazując na brak dostępności materiałów o wymiarach oczekiwanych przez pozwanego. Zamówienie obejmowało łącznie 1.000,00 mb oporników.

W okresie 25 - 30 kwietnia 2012 r. strony wymieniały się wiadomościami e-mail celem ustalenia warunków wykonania zamówienia. Powód w e-mail z 25 kwietnia 2012 r. wskazał, że termin wykonania zamówienia wyniesie 2-3 tygodnie. Pierwsza partia miała zostać dostarczona przed weekendem majowym. Powód deklarował, że w tym celu zatrudni dodatkowych pracowników na 2 zmianę. Pozwany oczekiwał wskazania godziny dostawy, gdyż miał płacić za czas rozładunku. Dnia 29 kwietnia 2012 r. powód zwrócił się do pozwanego o przełożenie transportu towaru na 6 maja 2012 r. Pozwany odpisał „ok., dziękuję”.

W dniu 26 kwietnia 2012 r. żona pozwanego A. S. uiszczała na rzecz powoda zaliczkę tytułem zamówienia dostawy oporników w wysokości 9.000,00 zł. Zaliczka została wpłacona od planowanej pierwszej dostawy oporników, bowiem taką ilość był w stanie wyprodukować powód. Warunkiem dostarczenia oporników przed weekendem majowym

2012 r. była wpłata zaliczki. Mailem z 6 maja 2012 r. pozwany poinformował powoda, że z uwagi na niedostarczenie materiału na czas, jego budowlańcy zeszli z budowy. Prosił o podanie ceny za kostkę 8/11.

W dniu 7 maja 2012 r. powód w e-mailu powtórzył przekazane dotychczas pozwanemu informacje. Wskazał, że koszt transportu towaru wyniesie 1.450,00 zł netto. Wniósł o zapłatę należności za towar według poniższego wyliczenia:

- 670 mb opornika 6x20 płomieniowanego po 43,00 zł = 28.810,00 zł

- koszty transportu 1.450,00 zł

łącznie: 30.260,00 zł.

Kwota 5.000,00 zł miała zostać potrącona z zaliczki.

W mailu z 8 maja 2012 r. powód poinformował, że jest w stanie dostarczyć pozwanemu kostkę jednocześnie z wykonanymi już opornikami. Potwierdził przy tym, że do prac w pierwszej kolejności potrzebne będą oporniki.

Mailem z 9 maja 2012 r. powód poinformował pozwanego, że bezskutecznie podejmował próby skontaktowania się z nim. Wezwał pozwanego do uzupełnienia zaliczki do 13.500,00 zł za zamówiony towar. Domagał się ustalenia terminu odbioru oporników (k.295).

Mailem z 05 lipca 2012r. powód ponownie zwrócił się do pozwanego informując o wykonanych „od ponad dwóch miesięcy” na jego rzecz oporników, poinformował, że do ich produkcji użył bloków przeznaczonych na zupełnie inne zamówienie dla klienta z Niemiec i w związku z tym poniesienie wyższych kosztów uzyskania oporników dla niego oraz ponownie wezwał o „przelanie” pozostałej kwoty 34 000 zł za wykonane na jego rzecz oporniki (dowód : k. 295 akt).

Pozwany w dniu 5 lipca 2012 r. napisał do powoda sms z prośbą o odesłanie uiszczonej przez niego zaliczki, której nie zwrócił.

Przedśadowym wezwaniem do zapłaty z 20 lipca 2012r. zawierającym jednocześnie oświadczenie o odstąpieniu od umowy pozwany domagał się od powoda zwrotu zaliczki w wysokości 9.000,00 zł w terminie 7 dni od odebrania wezwania. Powód nie odebrał wezwania mimo że zostało skierowane na jego adres, tj. (...)-(...) K. ul. (...).

Ostatecznie pozwany na przełomie sierpnia i września 2012 r. ułożył oporniki zakupione od przedsiębiorcy ze S..

Odnosząc się do zarzutów apelacyjnych związanych z naruszeniem prawa procesowego i na tym gruncie w pierwszym rzędzie ustosunkowując się do najdalej idącego spośród nich zarzutu naruszenia art. 365 kpc, bez podania paragrafu, który zdaniem Sądu odwoławczego można w niniejszej sprawie ewentualnie upatrywać w naruszeniu art. 365 § 1 kpc a który apelujący uzasadniał nieuwzględnieniem przez Sąd Rejonowy prawomocnego wyroku Sądu Rejonowego w Bydgoszczy z 30 kwietnia 2014r. wydanego w sprawie o sygn. akt I C 787/13 na wstępie zaznaczyć należy, że odróżnienia wymaga pojęcie mocy wiążącej prawomocnego wyroku, to jest jego prawomocności materialnej (art. 365 § 1 kpc) od powagi rzeczy osądzonej (art. 366 kpc), będącej jej negatywną konsekwencją procesową. Zakres res iudicata przepis art. 366 kpc określa odmiennie niż w art. 365 § 1 kpc zarówno pod względem podmiotowym jak i przedmiotowym, gdyż z ograniczeniem tylko do stron procesu, a przy określeniu obszaru ich związania tylko do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia. Stąd odnosząc się do argumentacji apelującego wskazać należało, że zgodnie z art. art. 365 § 1 kpc każde orzeczenie prawomocne formalnie wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach wskazanych w ustawie także inne osoby. Moc wiążąca prawomocnego orzeczenia (tzw. prawomocność materialna w sensie pozytywnym) zabezpiecza – jak słusznie wywodził apelujący - poszanowanie dla rozstrzygnięcia sądu ustalającego i regulującego stosunek prawny stanowiący przedmiot rozstrzygnięcia. Niemniej zaznaczenia wymaga, że wynikający z niej stan związania ograniczony jest jednak co do zasady - zgodnie z poglądem utrwalonym w orzecznictwie Sądu Najwyższego - tylko do rozstrzygnięcia zawartego w sentencji orzeczenia i nie obejmuje jego motywów (zob. m.in. wyroki SN: z dnia 13.1.2000 r., II CKN 655/98, nie publ.; z dnia 23.5.2002 r., IV

CKN 1073/00, nie publ.; z dnia 15.11.2007 r., II CSK 347/07, nie publ.). Przedmiotem prawomocności materialnej jest jedynie ostateczny rezultat rozstrzygnięcia, a nie przesłanki, które do niego doprowadziły. Sąd nie jest więc związany zarówno ustaleniami faktycznymi poczynionymi w innej sprawie, jak i poglądami prawnymi wyrażonymi w uzasadnieniu zapadłego wyroku.

Takie rozumienie określonych w art. 365 § kpc konsekwencji związania prawomocnym orzeczeniem nie pozwala podzielić zarzutu apelującego wskazującego na naruszenia wymienionego przepisu. Ustalenia dokonane w omawianej sprawie, które odnosiły się do kwestii związanej z przyczyną oddalenia powództwa, także odnoszące się do kwalifikacji łączącej strony umowy – wbrew twierdzeniu apelującego - nie były prejudycjalne dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie i nie były również wiążące dla Sądu Rejonowego i Sądu odwoławczego orzekającego w sprawie niniejszej.

W konsekwencji podniesiony zarzut okazał się bezzasadny.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu upatrywanego przez apelującego w naruszeniu art. 217§ 3 kpc (uchylonego ustawą z dnia 4.07.2019r. (Dz. U. 2019.1469, ale obowiązującego w dacie wydania omawianego postanowienia) w zw. z art. 227, 228 i 229 kpc poprzez przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność „czy oporniki granitowe o wymiarach 6x20 są to wymiary standardowe”, w sytuacji w której strony uzgodniły w umowie zamówienie oporników o wymiarach 6 cm grubości i 20 cm wysokości a stąd, że nie było potrzeby przeprowadzania na tę okoliczność dowodu z opinii biegłego, a zatem dowód ten był nieprzydatny a także zgłoszony jedynie dla zwłoki, czy też dalej sformułowanego zarzutu naruszenia art. 233 § 1 w zw. z art. 278 kpc wobec sporządzonej przez tego biegłego opinii wykraczającej poza zlecenie Sądu Rejonowego wskazać należy, że pomimo zasadności oceny apelującego nie mogła mieć ona wpływu na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie a nawet rozważana - co do zasady. Jeżeli bowiem powód uznawał to za uchybienie przepisom związanym z prowadzeniem postępowania dowodowego, winien był zgłosić do protokołu stosowne zastrzeżenie w trybie art. 162 kpc co do dopuszczenia powyższego dowodu, jak i zakresu tezy dowodowej, czego nie uczynił. Nie może w tej sytuacji skutecznie powoływać się na takie uchybienie w postępowaniu apelacyjnym.

Natomiast w kontekście kolejnego zarzutu naruszenia art. 233 § 1 kpc poprzez przyjęcie, że strony zawarły wiążącą umowę dostawy w sytuacji, gdy strony nie ustaliły warunków dostarczenia oporników wskazać należało, że z niekwestionowanych przez apelującego ustaleń faktycznych Sądu Rejonowego poczynionych na gruncie korespondencji mailowej stron wynikało, że powód deklarował zorganizowanie przewozu wyprodukowanych oporników do

miejsca wskazanego przez pozwanego za kwotę 1 450 zł netto. Przy tym Sad Okręgowy uzupełniająco ustalił, że powód w e- mailu z 25 kwietnia 2012r. informował pozwanego, że „koszty transportu do uzgodnienia w zależności od lokalizacji budowy” oraz na pytanie pozwanego zawartego w e- mailu z tej samej daty ale późniejszej godziny, że - jak wynikało z ustaleń Sądu Rejonowego – mailem z 7 maja 2012 r. wskazał, że koszt transportu towaru wyniesie 1.450,00 zł netto.

Wniósł o zapłatę według poniższego wyliczenia:

- 670 mb opornika 6x20 płomieniowanego po 43,00 zł = 28.810,00 zł, -

- koszty transportu 1.450,00 zł łącznie: 30.260,00 zł.

Kwota 5.000,00 zł miała zostać potrącona z zaliczki.

Pozwany nie odpowiedział na powyższe zestawienia, w tym również na podane koszty dostawy oporników.

W świetle powyższego uzasadniony okazał się omawiany zarzut naruszenia art. 233 § 1 kpc poprzez przyjęcie, że strony zawarły wiążącą umowę dostawy zamówionego towaru w sytuacji nie uzgodnienia przez strony tej kwestii. Dodatkowo

zaznaczenia wymaga, że strony prowadziły wymianę informacji w tym przedmiocie, ale ostatecznie pozwany nigdy nie zajął stanowiska w tym zakresie. Zatem nie było jakichkolwiek podstaw do przyjęcia zasadności tego żądania.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu apelacyjnego wywodzonego z rozważań Sądu Rejonowego w których zamiennie Sąd ten powołuje się w jednym fragmencie uzasadnienia na „wypowiedzenie” umowy przez pozwanego a w innych jego fragmentach na „odstąpienie” od umowy wskazać należy, że nie sposób nie podzielić argumentacji apelującego, która jednak nie może być zaliczana do zarzutów naruszenia prawa procesowego, ale ewentualnie do oceny prawnej czynności podjętych przez pozwanego, które będą przedmiotem odniesienia na gruncie pozostałych zarzutów apelacyjnych formułowanych w ramach naruszenia prawa materialnego.

Niemniej w tym kontekście wstępnie zaznaczenia wymaga, że strona co do zasady jest uprawniona do swobodnego wypowiedzenia na podstawie art. 365¹ kc zobowiązań o charakterze ciągłym, czyli tzw. zobowiązań trwałych i polega na zakończeniu zobowiązania w drodze jednostronnej czynności prawnej (oświadczenia woli jednej ze stron tego stosunku zobowiązaniowego) ze skutkiem wyłącznie na przyszłość (ex nunc). W odróżnieniu od odstąpienia, wypowiedzenie nie powoduje więc, że spełnione przed jego dokonaniem świadczenia podlegają wzajemnemu zwrotowi. Skutkiem wypowiedzenia jest uchylenie wiążących strony zobowiązań obowiązków i uprawnień (uchylenie wyznaczających je norm postępowania) wyłącznie na przyszłość. Natomiast uprawnienie do odstąpienia od umowy realizowane jest przez złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy (wyr. SN z 2.4.2008 r., III CSK 323/07, Legalis). Prawo do odstąpienia od umowy ma charakter uprawnienia kształtującego o charakterze likwidacyjnym, ponieważ – mówiąc najogólniej – prowadzi do likwidacji łączącego strony stosunku prawnego (zob. S. Grzybowski, w: System PrCyw, t. I, 1985, s. 230; podobnie Wolter, Ignatowicz, Stefaniuk, Prawo cywilne, 1999, s. 135; Radwański, Prawo cywilne, 1999, s. 74).

Niemniej ustosunkowując się do zarzutów apelacyjnych sformułowanych na gruncie naruszenia prawa materialnego i niezależnie od nich Sąd Okręgowy miał na uwadze, że zgodnie z art. 382 kpc zobligowany był do rozważenia na nowo całego zebranego w sprawie materiału oraz dokonania własnej, samodzielnej i swobodnej oceny (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 1998 r., II CKN 704/97, OSNC 1998 nr 12, poz. 214). Stąd badając ponownie całą sprawę uznał, że nie można było zgodzić się ze stanowiskiem Sądu pierwszej instancji.

W pierwszym rzędzie zaznaczenia wymagało, że uzasadniony był zarzut apelacyjny związany z przyjęciem przez Sąd Rejonowy, że w sprawie znajdował zastosowanie art. 605¹ kc obowiązujące w dacie zawierania przedmiotowej umowy. Artykuł 605¹ KC nakazywał stosować do umowy dostawy, zawartej między przedsiębiorcą w zakresie jego działalności gospodarczej a odbiorcą, który nabywał rzeczy w celu niezwiązanym z działalnością gospodarczą lub zawodową (konsument), przepisy o sprzedaży konsumenckiej. Zgodnie z art. 22¹ kc za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. Takie uregulowanie obowiązywała w dacie zawierania przedmiotowej umowy.

Odnosząc powyższe do okoliczności faktycznych sprawy istotnym było, że pozwany kontynuował korespondencję z powodem – posługując się – mailem z oznaczeniem firmy. Zatem ocena, czy rzecz była nabywana przez pozwanego w celu niezwiązanym z działalnością gospodarczą była dokonywana na podstawie tych samych kryteriów, które decydują o uzyskaniu statusu konsumenta według art. 22¹ kc. W tym kontekście Sąd Okręgowy podważył stanowiska Sądu Rejonowego, że pozwany występował w przedmiotowej umowie jako konsument.

Sąd Okręgowy nie podzielił również oceny prawnej Sądu Rejonowego, że strony łączyła umowa dostawy znajdująca uregulowanie w art. 605 kc. Przede wszystkim wskazać należało, że o prawidłowym zakwalifikowaniu umowy cywilnoprawnej nie decyduje nazwa umowy, posługiwanie się przez jej strony określonymi zwrotami, lecz jej rzeczywisty przedmiot, sposób jej wykonywania, cechy charakterystyczne dla danego stosunku prawnego, które odróżniają zawartą i realizowaną umowę od innych umów cywilnoprawnych. W tym zakresie jako zasadny przyjął zarzut apelacyjny naruszenia art. 605 kc. Przedmiotem dostawy - w świetle tego przepisu - są rzeczy oznaczone tylko co do gatunku, które mają być wytworzone w przyszłości przez dostawcę i dostarczane przez niego częściami

lub periodycznie na rzecz odbiorcy zobowiązanego do odbierania tych rzeczy i zapłaty ceny. Taki sposób określenia przedmiotu umowy dostawy umożliwia odbiorcy bliższe określenie cech rzeczy, dostosowanych do jego wymagań lub potrzeb, ustalenie surowców, z których rzecz ma być wytworzona (art. 608 § 1 kc) oraz zagwarantowanie sobie wpływu na proces produkcji (art. 608 § 2 kc). Analiza dyspozycji tego artykułu pozwala na wyodrębnienie trzech podstawowych i koniecznych ustaleń umownych, a mianowicie: sprecyzowania zamówionej i przewidzianej do wytworzenia rzeczy (produktu), określenia nakazu dostarczenia przedmiotu zamówienia częściami albo periodycznie oraz wskazania wartości zamówienia (wysokości ceny). Zatem umowa dostawy zawiera zobowiązanie dostawcy do wytworzenia rzeczy oznaczonych co do gatunku oraz dostarczenia ich odbiorcy. Po stronie odbiorcy występują również dwa zobowiązania – do zapłacenia ceny oraz odbioru rzeczy. Natomiast podkreślenia wymagało, że umowa dostawy tworzy między stronami stosunek trwały i organizuje ich przyszłą współpracę gospodarczą a świadczenie dostawcy nie może być spełnione jednorazowo. Z art. 605 kc jednoznacznie wynika bowiem, że świadczenie jest spełniane częściami lub okresowo, w ustalonych odstępach czasu a przedmiotem dostawy są dobra produkowane seryjnie.

Tymczasem przedmiotem umowy zawartej pomiędzy stronami było zobowiązanie się powoda – jako przedsiębiorcy do jednorazowego wyprodukowania - na zamówienie pozwanego - ściśle zindywidualizowanej rzeczy w postaci oporników granitowych o wymiarach 6,00 cm grubości, 20,00 cm wysokości w cenie 43,00 zł netto za jeden metr bieżący w ilości łącznie 1.000,00 mb oporników. Zatem przedmiotem umowy były rzeczy oznaczone tylko co do gatunku, które miały być wytworzone w przyszłości. Zaznaczenia wymaga, że wytworzenie rzeczy niewątpliwie stanowiło istotny element odróżniający tę umowę od umowy sprzedaży. Powód deklarował jednorazowe wyprodukowanie omawianych oporników wg określonych w zamówieniu wytycznych i uzgodnionych parametrów, a częściowe ich dostarczenie nie miało podłożyć stałej współpracy, lecz wynikało z kwestii technicznych tj. niemożliwości ich dostarczenia ich jednorazowym transportem.

W kontekście powyższego nie mogło ulegać wątpliwości, że przedmiotowa umowa łącząca strony zawierała wyłącznie element w postaci zamówienia przez pozwanego przewidzianej do wytworzenia rzeczy (produktu) i nie przewidywała stałej przyszłej współpracy w rozumieniu powyższym oraz nie określała nakazu dostarczenia przedmiotu zamówienia częściami albo periodycznie. Zatem przeważają w niej elementy umowy o dzieło,

Umowa o dzieło znajdująca uregulowanie zawarte w art. 627 kc ma za przedmiot zobowiązanie się przyjmującego zamówienie do wykonania (w sposób pozostawiony - w zasadzie - jego uznaniu) dla zamawiającego, za zapłatą wynagrodzenia określonego w umowie, dzieła tj. osiągnięcie uzgodnionego przez strony rezultatu.

W świetle oceny Sądu Okręgowego, że strony łączyła umowa o dzieło rozważenia wymagała możliwość odstąpienia od niej przez pozwanego.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że uzasadnienie wyroku Sądu Rejonowego pozostawia wątpliwości w zakresie przyjętej podstawy odstąpienia pozwanego od przedmiotowej umowy, w tym również na gruncie dokonanej przez Sąd Rejonowy kwalifikacji umowy jako umowy dostawy. Sąd Rejonowy przyjął, że wolą pozwanego było odstąpienie od umowy z uwagi na uchybienie przez powoda terminowi wykonania oporników. Nadto przeprowadzone postępowanie dowodowe i poczynione na jego podstawie ustalenia faktyczne dały podstawę do przyjęcia, że Sąd Rejonowy upatrywał odstąpienie od umowy w wadliwości wykonania zlecenia, czy też niemożliwości jego wykonania ze względów technicznych. Kwestia ta była o tyle istotna, że zgodnie z orzecznictwem przesłanką skuteczności jednostronnego, prawokształtującego oświadczenia woli niwelującego stosunek prawny (odstąpienia, wypowiedzenia lub uchylenia się od skutków oświadczenia woli), które może być oparte na różnych podstawach faktycznych, jest co do zasady określenie w nim okoliczności uzasadniającej jego złożenie (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 października 1984 r., I CR 257/84, z dnia 1 kwietnia 2011 r., III CSK 220/10, z dnia 5 kwietnia 2013 r., III CSK 62/13, z dnia 15 maja 2013 r., III CSK 267/12, i z dnia 24 lutego 2016 r., I CSK 269/15, por. też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 lipca 2019 r., I CSK 173/19). Inaczej jest tylko wtedy, gdy z okoliczności poprzedzających (np. z prowadzonej wcześniej korespondencji między stronami) albo towarzyszących wykonaniu uprawnienia prawokształtującego wynika – z punktu widzenia starannego adresata oświadczenia – jednoznacznie podstawa faktyczna stanowiąca jego przyczynę (por. wyroki Sądu Naj-wyższego z dnia 1 kwietnia 2011 r., III CSK 220/10, z dnia 19 września 2018 r., I CSK 578/17,

i z dnia 14 marca 2019 r., IV CSK 1/18). Wyjaśnienie tej kwestii było niezbędne tym bardziej, że w rachubę wchodziły istotnie różniące się co do przesłanki i skutki.

W kontekście nie podważanych w apelacji ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Rejonowy i częściowo uzupełnionych przez Sąd Okręgowy przypomnieć należy, że pozwany w piśmie opatrzonym datą 20 lipca 2012r., nadanym w Urzędzie Poczтовым „priorytetem”

w dniu 25 lipca 2012r. w przedsądowym wezwaniu do zapłaty (zwrotu uiszczonej na rzecz niego zaliczki w kwocie 9 000 zł) powołując się na nieterminowe zrealizowanie przez powoda zamówienia na oporniki granitowe, które – jak podnosił pozwany – „miały być zrealizowane do czasu tzw. długiego weekendu majowego roku 2012r.” oświadczył, iż odstępuje od tej umowy (k. 11 – 12 akt Sądu Rejonowego w Bydgoszczy w sprawie o sygn. akt I C 787/13).

Pomijając na tym etapie rozważania w przedmiocie dochowania ze strony pozwanego terminu na tę czynność wskazać należało, że kontekst powyższego dał podstawę do przyjęcia, że pozwany odstąpienie od umowy wywodził z art. art. 635 kc, zgodnie z którym, jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Należy również wyjaśnić, że art. 635 KC stanowi lex specialis w stosunku do art. 491 § 1 kc tylko w takim zakresie, że nie jest konieczne zastrzeżenie dodatkowego terminu do wykonania dzieła, jak również nie wymaga on, aby opóźnienie było kwalifikowane w kategoriach zwłoki.

W związku z tym koniecznym stało się zaznaczenie, że z bezspornych ustaleń Sądu Rejonowego wynikało, że pozwany w odpowiedzi na sms powoda z 29 kwietnia 2012 r. o przełożenie transportu towaru po 6 maja 2012 r. odpisał „ok., dziękuję”.

Dokonując wykładni powyższych oświadczeń woli stron i na tym gruncie odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 65 kc wskazać należało, że Sąd Okręgowy podzielił rozważania Sądu Rejonowego, że przyjęcie wiadomości sms o treści „ok., dziękuję” wysłanej przez pozwanego do powoda w odpowiedzi na informację o przełożeniu dostawy towaru po 6 maja 2012r. było wyrazem pogodzenia się z faktem, że nie otrzyma zamówienia na czas. Jak słusznie bowiem podniósł apelujący słowo „ok.” według definicji językowej oznacza „wszystko w porządku, dobrze, zgoda”. Natomiast nie sposób interpretować tak sformułowanej odpowiedzi jako wyrazu braku akceptacji pozwanego na zmianę terminu dostawy towaru a w efekcie upatrywać podstawę odstąpienia od umowy z art. 635 kc.

W konsekwencji akceptacja ze strony pozwanego, jako zamawiającego przesunięcia terminu wydania towaru nie dawała podstaw do odstąpienia od umowy przez pozwanego jako zamawiającego z przyczyn podanych w art. 635 kc tj. z uwagi na wpływ terminu do wykonania dzieła a w efekcie było ono nieskuteczne na tej podstawie. Niemniej art. 635 kc obejmuje także sytuacje, w których ukończenie dzieła w terminie jest bardzo mało prawdopodobne. Przy ocenie przesłanki nieprawdopodobieństwa przewidzianej w art. 635 kc nie zawsze można się kierować

wyłącznie przeciętnym tempem wykonywania prac, odrzucając z góry ewentualność okresowej mobilizacji i zwiększenia wydajności. Zdaniem pozwanego wyrażonego w odpowiedzi na pozew ukończenie prac w terminie było niemożliwe i na potwierdzenie swojej tezy przytoczył treść korespondencji mailowej przesyłanej do niego przez powoda. Niemniej decydujące znaczenie ma tu punkt widzenia racjonalnie przewidującego zamawiającego, uwzględniający pozyskane lub dostępne dla niego – przy zachowaniu należytej staranności i lojalności (art. 354 kc) – informacje, w tym także udostępnione przez starannie działającego, lojalnego wykonawcę (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2017 r., IV CSK 603/16). Jeżeli ukończenie dzieła w terminie nie jest prawdopodobne, już z tego względu można – co do zasady – uznać działanie (zaniechanie) wykonawcy za nieprawidłowe, choćby w umowie nie oznaczono żadnego terminu „pośredniego” albo wymaganej wydajności. Niemniej nie było podstaw do przyjęcia, że pozwany wykazał powyższą przesłankę dająca podstawę do przyjęcia, że nie było prawdopodobnym, aby

powód ukończył zamówienie w umówionym czasie. Pozwany nigdy też nie zgłosił pozwanemu zastrzeżeń odnośnie nie tylko – w jego ocenie – uchybienia wykonania i dostarczenia oporników, ale również odnośnie ich jakości, czy też sposobu wykonania, a taką możliwość i wymaga to podkreślenia gwarantowała mu zawarta umowa o dzieło.

W świetle powyższego Sąd Okręgowy dzieląc co do zasady argumentację apelującego a w konsekwencji przyjmując, że pozwany zaakceptował przesunięcie terminu pierwszej dostawy oporników to Sąd Okręgowy nie podzielił w pozostałym zakresie wniosku apelującego, że pozwany tym samym zaakceptował również przesunięcie terminu wyprodukowania pozostałej partii oporników – uznając ten wniosek jako zbyt daleko idący i nie znajdujący potwierdzenia w treści korespondencji stron. Pozostałe ustalenia faktyczne nie dały jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że strony uzgodniły termin oddania pozostałej części zamówienia i poza wysokością kwoty związanej z ceną zamówionego towaru, aby ustaliły sposób zapłaty za dalszą jego część oraz sposób jego odbioru.

Podsumowując przyczyny, dla których umowa nie została zrealizowana, zaktualizowały się po stronie pozwanego, który zawiesił kontakt z powodem a następnie odstąpił od umowy powołując się na przyczynę, której nie wykazał w niniejszej sprawie. Natomiast jeśli pozwany kierował się wadliwością wykonywanych prac (art. 636 kc) bądź wadami dzieła (art. 637 kc) powinien wyznaczyć wykonawcy termin do usunięcia tych wadliwości z zastrzeżeniem wynikającym z powołanych przepisów. Jeżeli pozwany tak się nie zachował, w szczególności nie wyznaczył powodowi terminu do usunięcia wad, to w tej sytuacji obecnie nie może powoływać się na powyższe przesłanki.

Już tylko dodatkowo ustosunkowując się do argumentacji apelującego zaznaczenia wymagało, że sformułowanie zawarte w art. 635 kc, iż w okolicznościach w nim wskazanych zamawiający może odstąpić od umowy „jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła” dawało podstawę do przyjęcia, a może nawet tym bardziej wskazywało na możliwość odstąpienia od umowy po upływie tego terminu. Gdyby był inny zamiar ustawodawcy, sprowadzający się do ograniczenia prawa do odstąpienia od umowy tylko do wyznaczonego terminu wykonania dzieła, słowo „jeszcze” w artykule byłoby zbędne. Jego użycie w tym przepisie jednoznacznie przemawia za dopuszczeniem odstąpienia od umowy o dzieło zarówno w terminie oznaczonym na wykonanie umowy, jak i po upływie tego terminu. Za poglądem

takim przemawia jednak głównie kolejny argument - płynący z konstrukcji przepisów o rękojmi za wady dzieła. Zarówno powołany art. 637 § 2, jak i przepisy o rękojmi przy sprzedaży, do których odpowiednio odsyła art. 638 kc przewidują jako uprawnienie z tytułu rękojmi za wady dzieła, a więc uprawnienie realizowane już po wykonaniu dzieła i wydaniu go zamawiającemu, odstąpienie od umowy. Jest to zatem szczególne unormowanie uprawnienia zamawiającego do spowodowania wygaśnięcia umowy o dzieło, nie poprzez jej wypowiedzenie, a przez odstąpienie od tej umowy (por. wyrok SN z dnia 19 grudnia 1996 r., II CKU 50/96). Podobnie ustawodawca uczynił w art. 640 kc, w którym przewidział także dla przyjmującego zamówienie możliwość, nie wypowiedzenia, a również odstąpienia od umowy w okolicznościach wskazanych w tym przepisie.

Niemniej bezpodstawnym byłoby ze strony Sądu przyjęcie, że wobec nie spełnienia przesłanek odstąpienia od umowy przez pozwanego na podstawie art. 635 kc, jego oświadczenie należałoby zakwalifikować jako odstąpienie wywodzone z art. 644 kc. Wola strony nie może być bowiem naginana do przesłanek skuteczności oświadczenia, a reguła favor negotii ani konwersja nie mogą prowadzić do przypisania oświadczającemu woli wywołania skutków prawnych, które są zasadniczo mniej korzystne od przez niego zamierzonych. Z tego względu konsekwencją zamierzonego, choć nieskutecznego odstąpienia przez pozwanego na podstawie art. 635 kc nie była – przynajmniej co do zasady – możliwość zastosowania art. 644 kc,

W związku z zawartą przez strony umową zgodnie z art. 642 kc obowiązkiem powoda jako przyjmującego zamówienie było wykonania i oddania dzieła a obowiązkiem pozwanego jako zamawiającego było odebranie dzieła, które przyjmujący wykonał zgodnie ze swym zobowiązaniem (art. 643 kc.). Oddanie i odebranie dzieła stanowią czynności ekwiwalentne, jednak nie są to czynności tożsame. Oddanie dzieła nie oznacza jego odbioru, nie wymaga zachowania szczególnej formy, może nastąpić zatem także poprzez czynności faktyczne. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w

wyroku z dnia 7 października 2010 r., IV CSK 173/10, oddanie dzieła następuje także wówczas, jeżeli z umowy inaczej nie wynika, gdy przyjmujący zamówienie stawia dzieło do dyspozycji zamawiającego, który może je odebrać, choć tego nie czyni.

Z ustaleń faktycznych wynika, że skarżący w mailu z 07 maja 2012r. zaoferował pozwanemu częściowy odbiór oporników w ilości tj. 670 mb. W mailu z 09 maja 2012r. powołując się na niemożliwość skontaktowania z pozwanym wskazał, że „Domagam się ustalenia terminu odbioru oporników”. Pozwany nie zareagował. Dopiero mailem z 05 lipca 2012r. zwrócił się do powoda o odesłanie zaliczki a pismem opatrzonym datą 20 lipca 2012r. ponownie wezwał o zwrot zaliczki i oświadczył, że odstępuje od umowy. Ostatecznie nie odebrał przedmiotowych oporników, pomimo, że było to jego obowiązkiem - zgodnie z uregulowaniem zawartym w art. 643 kc.

W tym kontekście wskazać należało, że jeżeli z umowy inaczej nie wynika, oddanie dzieła następuje także wówczas, gdy przyjmujący zamówienie stawia dzieło do dyspozycji zamawiającego, który może je odebrać, choć tego nie czyni. Niemniej oddanie i odebranie dzieła stanowią czynności ekwiwalentne, jednak nie są to czynności tożsame. Oddanie dzieła nie oznacza jego odbioru, nie wymaga zachowania szczególnej formy, może nastąpić zatem także poprzez czynności faktyczne. Przepis art. 642 § 1 kc stanowi, że w braku odmiennej umowy przyjmującemu zamówienie należy się wynagrodzenie w chwili oddania dzieła, ma na uwadze sytuacje zwykłe, normalne, gdy przyjmujący zamówienie w ramach wiążącej go umowy podejmuje w stosunku do zamawiającego, w zależności od przedmiotu otrzymanego zamówienia, bądź określoną czynność faktyczną, połączoną z wyraźnym lub dorozumianym oświadczeniem o uznaniu swego świadczenia za spełnione, bądź samo takie oświadczenie (wyrok SN z 26 lutego 1998 r., I CKN 520/97, OSN 1998/10, poz. 167).

Już tylko dodatkowo wobec argumentacji podnoszonej przez pozwanego zaznaczenia wymaga, że przepis art. 643 kc nie nakłada na zamawiającego obowiązku odebrania dzieła, jeżeli jest ono dotknięte wadą istotną, czyniącą je niezdatną do zwykłego użytku, lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 1998 r., I CKN 520/97, OSNC 1998, nr 10, poz. 167). Przypomnieć jednak trzeba, że pozwany nie powoływał się na powyższe okoliczności, lecz w piśmie zawierającym odstąpienie od umowy powoływał się na uchybienie terminu. Z punktu widzenia uprawnień stron umowy o dzieło istotne jest rozróżnienie niewykonania zobowiązania objętego umową od jego nienależytego wykonania.

W okolicznościach sprawy nie było sporne, że powód wzywał pozwanego do odebrania wykonanego częściowo dzieła a pomimo tego jego odbiór nie nastąpił, co nakazywało rozważenie zasadności żądania powoda zapłaty wynagrodzenia, zgodnie z regułą określoną w art. 642 kc. Ustalenia faktyczne dały podstawę do przyjęcia spełnienia elementów hipotezy normy art. 642 § 2 kc, a mianowicie dzieło miało być oddawane częściami, a wynagrodzenie zostało obliczone przez powoda za pierwszą część. Jednocześnie zaznaczenia wymagało, że kwestia podzielności przedmiotu umowy o dzieło jest oceniana indywidualnie w każdej sprawie. Wypowiedział się w tej materii Sąd Najwyższy wskazując, że w razie odstąpienia przez zamawiającego od umowy o dzieło (art. 635 kc) do rozliczeń z przyjmującym zamówienie mają zastosowanie przepisy regulujące odstąpienie od umów wzajemnych (art. 494 lub art. 491 § 2 KC), które należy oceniać w kontekście podzielności świadczenia w rozumieniu art. 379 § 1 KC (por. wyrok Sądu Najwyższego z 19 września 2018 r., I CSK 578/17).

Odnosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy wskazać należało, że spełnienie przez wykonawcę świadczenia w częściach było pierwotnie jego suwerenną decyzją a przyjęcie świadczenia częściowego przez zamawiającego było zgodne z art. 450 kc. Takie zakwalifikowanie umowy wiążącej strony nie zmieniło jednak sposobu wyliczenia zapłaty wynagrodzenia za wytworzenie oporników. Strony bowiem uzgodniły wynagrodzenie i odpowiada to przepisowi art. 628 § 1 kc, stanowiącemu, że wynagrodzenie za wykonanie dzieła można określić przez wskazanie podstaw do jego ustalenia. Przy tym pomimo, że automatycznie po stronie pozwanego nie rodził się obowiązek zapłaty za to świadczenie to jednak odpowiedź udzielona powodowi na jego sms z 29 kwietnia 2012 r. o przełożenie transportu towaru po 6 maja 2012 r. o treści „ok., dziękuję” dawała podstawy do przyjęcia zaakceptowania warunków powoda co do częściowego odbioru dzieła i to według ustalonego wcześniej wynagrodzenia. Stąd wynagrodzenie należało się z chwilą spełnienia świadczenia tego ze strony powoda, które zgodnie z jego decyzją było częściową realizacją zamówienia pozwanego.

W związku z przyjęciem przez Sąd Okręgowy częściowej zasadności roszczenia powoda znajdującego uregulowanie w art. 642 § 2 kc o jego wymagalności rozstrzygały zasady ogólne. Stosownie do art. 455 kc roszczenie to stało się zatem wymagalne niezwłocznie po wezwaniu powoda jako przyjmującego zamówienie do uczynienia zadość temu roszczeniu. Przy tym zaznaczenia wymagało, że wezwanie do wykonania świadczenia nie wymaga żadnej szczególnej formy, wystarczy jeśli wierzyciel wyrazi w sposób dostateczny przez swoje zachowanie swoją wolę, aby dłużnik spełnił świadczenie (art. 60 KC) – wyr. SN z 22.11.1972 r. (III CRN 2/72, Legalis). W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że określenie użyte w komentowanym przepisie (i innych przepisach kc albo ustaw szczególnych) – świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie – rozumieć należy w ten sposób, że dłużnik ma obowiązek spełnienia świadczenia bez nieuzasadnionej zwłoki, czyli tak szybko, jak to jest możliwe w normalnym toku spraw (ale nie – natychmiast) – zob. wyr. SN z 28.10.2015 r. (II CSK 822/14, Legalis). W tym zakresie istotnym było, że powód skierował do pozwanego w dniu 6 maja

2012r. r. żądanie zapłaty kwoty 28 810 zł z tytułu wynagrodzenia za wykonanie 670 mb opornika 6x20 płomieniowanego po 43 000 zł. Poza tym domagał się zapłaty z tytułu kosztów transportu w kwocie 1 450 zł zaznaczając, że z uiszczonej zaliczki potrąci 5 000 zł. Mając na względzie, że strony nie uregulowały między sobą kwestii kosztów transportu towaru oraz, aby wykazane zostało, że powód zgłaszając pozwanemu wykonanie zamówienia poniósł z tytułu transportu jakiegokolwiek wydatki nie sposób było przyjąć zasadności roszczenia powoda w tym przedmiocie. Natomiast w pozostałym zakresie wezwanie powyższe spowodowało wymagalność powyższego roszczenia powoda z dniem 01 czerwca 2012r. Stąd zaliczając na konto dochodzonego roszczenia uiszczoną przez żonę pozwanego na poczet wynagrodzenia zaliczkę w kwocie 9 000 zł do zapłaty pozostała różnica w kwocie 19 810 zł z tytułu częściowego oddania dzieła objętego w zakresie wykonania 670mb opornika 6 x 20 po 43 000 zł.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 386 § 1 kpc Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok w pkt 1 przez uwzględnienie żądania powoda we wskazanej kwocie na podstawie art. 642 § 2 kc.

W pozostałym zakresie Sąd Okręgowy na podstawie art. 386 § 4 kpc i zarazem respektując konstytucyjną zasadę co najmniej dwuinstancyjnego postępowania sądowego uchylił zaskarżony wyrok mając na względzie, że zmiana kwalifikacji stosunku łączącego strony powodowała na tym gruncie ocenę Sądu Okręgowego nierozpoznania przez Sąd Rejonowy istoty sprawy, w tym konsekwencji związanych z przechowaniem zamówionego dzieła w świetle argumentacji pozwanego, powołującego się na odstąpienie od umowy i stąd zaniechanie rozważenia, czy miała odniesienie do całości zamówienia, czy wyłącznie do objętego planowanym przez powoda transportem po 6 maja 2012r. oraz również brakiem odniesienia do zarzutów pozwanego odnoszących się do wadliwości zamówionego towaru, czy też niemożliwością jego realizacji przez powoda ze względów technicznych w pozostałym zakresie. Przy tym wyjaśnienia wymaga, że znaczenie pojęć "istoty sprawy" i „nierozpoznania istoty sprawy” zostało wszechstronnie przeanalizowane i wyjaśnione w piśmiennictwie oraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w którym, najogólniej rzecz ujmując, przez nierozpoznanie istoty sprawy rozumie się zaniechanie przez sąd pierwszej instancji zbadania materialnej podstawy żądania pozwu albo całkowite pominięcie merytorycznych zarzutów pozwanego, podniesionych w celu podważenia zasadności powództwa i zmierzających do jego oddalenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 września 1998 r.,(II CKN 897/97, OSNC 1999, nr 1, poz. 22, postanowienia z dnia 14 marca 2013 r., I CZ 7/13, z dnia 25 kwietnia 2014 r., II CZ 117/13, z dnia 26 marca 2014 r., V CZ 14/14, z dnia 24 czerwca 2014 r., I C 33/14, z dnia 28 listopada 2014 r., I CZ 91/14 i z dnia 27 lipca 2016 r., V CZ 35/16 publik Legalis).

Orzeczenie w przedmiocie kosztów postępowania za obie instancje oparte zostało przez Sąd Okręgowy o przepis art. 108 § 2 kpc.

Sędzia Ewa Blumczyńska