

Sygn. akt IV Ca 1876/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 września 2019 roku

Sąd Okręgowy Warszawa – Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny – Odwoławczy w składzie następującym:

Przewodnicząca – Sędzia: Natalia Piasta – Serafin

Sędziowie: Piotr Niezgodzki

(del.) Adam Jaworski (spr.)

Protokolant: stażysta protokolant sądowy Aleksander Kondej

po rozpoznaniu w dniu 27 września 2019 roku w Warszawie na rozprawie sprawy

z powództwa R. P.

przeciwko P. K.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Rejonowego w Wołominie

z dnia 5 lipca 2017 roku, sygn. akt I C 2146/15

1) oddała apelację;

2) zasądza od R. P. na rzecz P. K. kwotę 2700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w instancji odwoławczej.

Piotr Niezgodzki Natalia Piasta – Serafin Adam Jaworski

Sygn. akt IV Ca 1876/17

UZASADNIENIE

I. Stanowiska stron i przebieg postępowania.

Pozwem złożonym do Sądu Rejonowego w Wołominie w dniu 2 października 2015 r. R. P., zastępowany przez pełnomocnika będącego adwokatem, wniósł o zasądzenie od P. K. kwoty 69.881,42 zł wraz z ustawowymi odsetkami za okres od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty z tytułu umowy o roboty budowlane oraz o zasądzenie kosztów procesu.

Pozwany, zastępowany przez pełnomocnika będącego adwokatem, wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu.

I.1. Orzeczenie Sądu Rejonowego.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 5 lipca 2017 r. (sygn. akt I C 2145/15) Sąd Rejonowy w Wołominie orzekł następująco:

I. zasądził od P. K. na rzecz R. P. kwotę 19.435,21 zł wraz z odsetkami ustawowymi za okres od dnia 2 października 2015 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

II. oddalił powództwo w pozostałym zakresie;

III. zasądził od R. P. na rzecz P. K. kwotę 1.412,88 zł (tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 1.405,82 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego).

Podstawą tego rozstrzygnięcia były szczegółowe ustalenia faktyczne Sądu I instancji, które przedstawiono na stronach od 2 do 10 uzasadnienia zaskarżonego wyroku (k. 223-231).

Sąd Rejonowy ustalił stan faktyczny w oparciu o dowody z dokumentów, wydruków, fotografii oraz dowodów ze źródeł osobowych, których szczegółowej oceny dokonano w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku oraz wyjaśnił przyczyny oddalenia wniosków o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa.

Sąd I instancji uznał powództwo za zasadne tylko częściowo. Sąd ten zakwalifikował stosunek prawny łączący strony, jako umowę o dzieło z elementami sprzedaży, określoną w art. 535 k.c. Sąd Rejonowy w pierwszej kolejności odniósł się do zarzutów pozwanego, opartych na rękojmi za wady fizyczne oraz na twierdzeniu o wyrządzeniu pozwanemu szkody podczas wykonywanych prac brukarskich. Zarzuty te uznano za chybione, gdyż pozwany skutecznie nie zgłosił żądania obniżenia ceny ani zarzutu potrącenia. Wyjaśniając motywy częściowego uwzględnienia powództwa Sąd Rejonowy podkreślił, że pozwany zawarł umowę jako konsument w rozumieniu art. 22⁽¹⁾ k.c. Następnie Sąd ten zwrócił uwagę, że powód posługiwał się wzorcem umowy, ale strony zgodnie postanowiły o podniesieniu do rangi części składowych zawieranej umowy także załączników w postaci: oferty nadesłanej pozwanemu przez powoda (k. 17-18) oraz „podsumowania do oferty” (k. 21), gdzie powód wyszczególnił i podsumował wartość umówionych prac, a jednocześnie ustalił wysokość swego wynagrodzenia na kwotę 48.497,67 zł brutto. O takim zamiarze stron świadczy złożenie przez nich podpisów pod treścią tych dokumentów wraz ze złożeniem podpisów pod treścią wzorców umownych stosowanych przez powoda. Sąd I Instancji wskazał, że pozwany zlecił powodowi ułożenie 261 m⁽²⁾ kostki (...) firmy (...), szarego krawężnika podwórkowego o wysokości 6 cm firmy (...) lub P. na odcinku 87 metrów, krawężnika drogowego koloru szarego firmy (...) lub P. na odcinku 15 metrów oraz nawiezienia grysu granitowego (szarego) na powierzchnię 4 metrów kwadratowych. Dodatkowo – o czym nie było mowy w zaakceptowanej w dniu podpisania umowy ofercie – pozwany zlecił wykonanie z palisady splitowanej ułożonej na płasko murka o wysokości około 1 metra zamykającego skarpe na odcinku 19 metrów. Zgodnie z treścią zaakceptowanego podsumowania do oferty, powód miał wykonać również 30 metrów opaski żwirowej z kamieni ozdobnych oraz wykonać skarpe o powierzchni około 250 m⁽²⁾ poprzez plantowanie ziemi z hałdy lub przywiezionej, wraz z wymodelowaniem. Wszelkie inne, niewymienione powyżej prace, które powód ostatecznie wykonał w ramach tzw. I etapu robót, były pracami dodatkowymi, o których mowa w art. 630 k.c. W ocenie Sądu I instancji na Powodzie spoczywał ciężar dowodu na okoliczność tego, że mimo zachowania należytej staranności nie mógł przewidzieć konieczności prac dodatkowych (art. 630 § 1 k.c.), a także, iż uzyskał zgodę zamawiającego na wykonanie prac dodatkowych, w przeciwnym razie nie może bowiem żądać za nie wynagrodzenia (art. 630 § 2 k.c.).

Sąd Rejonowy dostrzegł, że w treści umowy łączącej strony znajduje się zapis, w myśl którego „ostateczne wynagrodzenie wykonawcy zostanie wyliczone w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w umowie i odbędzie się na podstawie faktycznie wykonanych (ułożonych) metrów kwadratowych powierzchni oraz ilości wbudowanych materiałów i wykonanych prac, które zostaną zmierzone po wykonaniu robót”. W ocenie Sądu I instancji takie ukształtowanie sposobu ustalenia ostatecznej wysokości należnego powodowi wynagrodzenia dopiero po wykonaniu zlecenia, w oparciu o ilość materiału i zakres prac faktycznie wykonanych, niezależnie od zakresów uprzednio z pozwanym ustalonych, stanowiło de facto uzależnienie wysokości należnego kontrahentowi konsumenta świadczenia od okoliczności, na które nie miał wpływu konsument, natomiast na które wpływ mógł w pełni mieć jego kontrahent – przedsiębiorca. Omawiane postanowienie umowne kształtowało zatem – w przekonaniu Sądu Rejonowego - prawa pozwanego w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając przy tym jego interesy. W dalszej części

uzasadnienia Sąd I instancji poczynił obszerne rozważania, uzasadniające to stanowisko (str. 18-20 k. 239-241). Zdaniem Sądu Rejonowego, zastosowany w §2 zdaniu trzecim zapis umowny spełniał kryteria niedozwolonego postanowienia umownego, dlatego też Sąd orzekający uznał, że nie wiązał on pozwanego w niniejszej sprawie, zaś w jego miejsce należało zastosować – jeżeli chodzi o ostateczną ilość kostki niezbędnej do wykonania dzieła – zapis §2 zdania pierwszego umowy, zaś w pozostałym zakresie przepisy ustawowe, w szczególności art. 629 i 630 k.c.

Odnosząc się do kwestii wykonania odwodnienia Sąd Rejonowy stwierdził, że powód tę usługę wykonał, ale w jego ocenie Powód wykonał tę pracę dodatkową na własne ryzyko i koszt, bowiem nie zdołał wykazać, aby pozwany został przez niego należycie poinformowany o zakresie i kosztach robót. Sąd I instancji podkreślił, że „skuteczne i niebudzące wątpliwości uzyskanie akceptacji zamawiającego na wykonanie prac dodatkowych w relacji przedsiębiorca-konsument polega na przedstawieniu przez przedsiębiorcę klientowi jednoznacznej informacji odnośnie tego jakie prace dodatkowe zostaną wykonane, jaki materiał zostanie zużyty i w jakiej ilości i jaki będzie ostateczny koszt wykonania tychże prac wraz z wartością materiału”. Sąd Rejonowy uznał, że Powód nie wykazał również, aby uzyskał akceptację Pozwanego na wykonanie pozostałych prac dodatkowych, wymienionych na stronach 21-22 uzasadnienia. Sąd Rejonowy uznał, że zapisy cennika prac dodatkowych, w których ceny określone jako ceny netto, są sprzeczne z ustawą, a w konsekwencji – nieważne. Dlatego Pozwany był zobowiązany do zapłaty tylko nominalnie wskazanych w cenniku kwot. Podsumowując, Sąd Rejonowy stwierdził, że z tytułu I etapu prac Powodowi należało się 57 713,44 zł, a z tytułu II etapu – 9538 zł. Łączna wysokość wpłat wyniosła 47.816,23 zł, dlatego Pozwany powinien dopłacić Powodowi kwotę 19.435,21 zł (57.713,44 zł + 9.538 zł – 47.816,23 zł) i do takiej kwoty Sąd Rejonowy uwzględnił powództwo, oddalając je w pozostałym zakresie.

O odsetkach ustawowych Sąd Rejonowy orzekł na podstawie art. 481 § 1 k.c., a o kosztach procesu – zgodnie z art. 100 k.p.c., dokonując ich stosunkowego rozdzielenia.

I.2 Apelacja i stanowiska stron przed Sądem Okręgowym.

Wyrok Sądu Rejonowego został zaskarżony apelacją wyłącznie Powoda, który zaskarżył wyrok w części, to jest co do punktu II (w zakresie oddalenia powództwa co do kwoty 50 446,21 zł z odsetkami) oraz punktu III, zawierającego rozstrzygnięcie o kosztach.

Apelację oparto na zarzutach naruszenia prawa materialnego, to jest art. 630 § 1 k.c. (przez błędne przyjęcie, że prace związane z odwodnieniem były pracami dodatkowymi oraz – ogólnie rzecz ujmując – wadliwe przyjęcie, że powodowi nie przysługuje wynagrodzenie za wykonane odwodnienie), art. 630 § 2 k.c. w związku z art. 60 k.c. (przez przyjęcie, że brak jest podstaw do uznania, iż pozwany w sposób dorozumiany zaakceptował zakres robót, dokonując ich odbioru), art. 58 § 1 i 3 k.c. (przez uznanie postanowień dotyczących stosowania w umowie cen jednostkowych netto za nieważne, podczas gdy Pozwany ich nigdy nie kwestionował). Skarżący zarzucił również naruszenie prawa procesowego, a to art. 278 § 1 k.p.c., art. 227 k.p.c. i art. 6 § 2 k.p.c. przez oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów z zeznań świadka S. G. oraz dokumentów umowy i cennika prac dodatkowych (w kilku różnych aspektach).

Wskazując na te zarzuty Powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez zasądzenie od P. K. na rzecz R. P. kwoty 50 446,21 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 2 października 2015 r. do 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie zwrotu kosztów procesu za obie instancje. Jednocześnie wniesiono o dopuszczenie w postępowaniu apelacyjnym dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa drogowego na okoliczności zawarte w pozwie oraz na okoliczność, czy prace mogły zostać wykonane zgodnie z pierwotnymi ustaleniami stron (tj. ustaleniami sprzed zawarcia umowy), czy prace następnie zlecone przez pozwanego były pracami koniecznymi do wykonania pierwotnie zaplanowanego zakresu prac brukarskich, czy też pracami dodatkowo zleconymi, których wykonanie nie miało żadnego wpływu na realizację pierwotnie zleconych prac, a w konsekwencji, czy Powód na etapie podpisania umowy mógł przewidzieć zwiększenie się zakresu prac i kolejno podwyższenie umówionego wynagrodzenia.

W odpowiedzi na apelację Pozwany wniósł o jej oddalenie, oddalenie zawartych w apelacji wniosków dowodowych oraz zasądzenie kosztów procesu za drugą instancję.

Na rozprawie apelacyjnej pełnomocnicy stron podtrzymali dotychczasowe stanowiska w sprawie.

II. **Ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego i przyczyny oddalenia wniosku dowodowego.**

Sąd II instancji w pełni podzielił i przyjął za podstawę swojego rozstrzygnięcia ustalenia faktyczne, poczynione przez Sąd Rejonowy, dlatego nie zachodzi potrzeba ich ponownego przytaczania w treści niniejszego orzeczenia (zob. m. in. uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r., II CSK 18/07). Przyjęcie za własne ustaleń poczynionych w pierwszej instancji było uzasadnione negatywną oceną zarzutów naruszenia prawa procesowego, która zostanie wyjaśniona niżej. Jednocześnie, mimo poczynienia częściowo odmiennej oceny prawnej, nie zachodziła potrzeba uzupełnienia tych ustaleń, poczynionych przez Sąd Rejonowy w sposób kompletny i wyczerpujący, wręcz drobiazgowy.

Postanowieniem wydanym na rozprawie apelacyjnej oddalono wniosek Powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego (k. 295). Przyczyną oddalenia tego wniosku było przede wszystkim stwierdzenie jego nieprzydatności do rozstrzygnięcia sprawy, co jest konsekwencją dokonanej w postępowaniu apelacyjnym oceny prawnej, dotyczącej skutków abuzywności § 2 łączącej strony „umowy o wykonanie robót budowlanych”. Niezależnie od tego, w zakresie tezy dowodowej wskazanej w punkcie 9 pozwu Sąd Okręgowy podziela ocenę Sądu I instancji o braku podstaw do dopuszczenia tego dowodu. Odnośnie do nowych, wskazanych w apelacji, okoliczności obejmujących tezę dowodową dla biegłego, to wniosek dowodowy należy także uznać za spóźniony, co uzasadniało jego pominięcie na podstawie art. 381 k.p.c. W doktrynie trafnie wyjaśniono, że „potrzeba powołania nowych faktów i dowodów może wynikać z rozwoju postępowania dowodowego przed sądem drugiej instancji bądź z okoliczności podniesionych w uzasadnieniu wyroku sądu pierwszej instancji czy też poglądu prawnego wyrażonego w wyroku Sądu Najwyższego na skutek rozpoznania skargi kasacyjnej. (...). Potrzeba powołania nowych faktów i dowodów może wynikać także z informacji uzyskanych przez stronę z uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji. Nie chodzi jednak o sytuację, gdy sąd uznał dowody przedstawione przez stronę za niewystarczające, gdyż ryzyko niepowodzenia w tym zakresie, co do zasady, ponosi strona. Taka potrzeba może pojawić się wtedy, gdy sąd np. zastosował odmienną od wskazywanej przez strony interpretację umowy, wykładnię przepisów prawa materialnego czy też kwalifikację prawną” (zob. M. Manowska, Apelacja w postępowaniu cywilnym. Komentarz i orzecznictwo, wyd. III, Wolters Kluwer Polska 2016, publikacja systemu Lex, podkr. własne S.O., w orzecznictwie por. przykładowo wyroki SN z 7 listopada 1997 r., II CKN 446/97, OSNC 1998 nr 4, poz. 67 i z 15 marca 2011 r., I PK 183/10). Odnosząc te uwagi do okoliczności sprawy należy stwierdzić, że **zaproponowana w pozwie teza dowodowa w ogóle nie obejmowała pytania, czy prace mogły być wykonane zgodnie z początkowymi ustaleniami stron, czy też były pracami dodatkowo zleconymi**. Tymczasem Pozwany już na etapie korespondencji przedprocesowej kwestionował zakres i wycenę robót, wskazując na ich znaczne zawyżenie (zob. np. wiadomość e-mail na k. 97). Nie można więc przyjąć, że potrzeba zgłoszenia wniosku dowodowego powstała dopiero po zapoznaniu się z pisemnym uzasadnieniem zaskarżonego wyroku. Pomijając fakt, że w świetle ostatecznej oceny prawnej kwestia kwalifikacji prac i tak straciła na znaczeniu, trzeba uznać, że nie było żadnych przeszkód, aby wniosek dowodowy na okoliczności zgłoszone w apelacji zgłoszono w pierwszej instancji.

III. **Ocena prawna Sądu Okręgowego.**

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie, o czym przekonują następujące argumenty.

III.1. Zarzuty naruszenia prawa procesowego.

W pierwszej kolejności należy zbadać zarzuty proceduralne, gdyż prawidłowość zastosowania prawa materialnego może być zweryfikowana dopiero pod warunkiem, że ustalenia faktyczne Sądu Rejonowego są prawidłowe.

Skarżący upatrywał naruszenia art. 278 § 1, art. 227 i art. 6 § 2 k.p.c. w tym, że Sąd Rejonowy oddalił wnioski o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa. Rozpoznając tak skonstruowany zarzut należy od razu zaznaczyć, że nietrafnie nawiązano w nim do art. 6 § 2 k.p.c. Przepis ten, który nakłada na strony ciężar tzw. „wspierania postępowania” zawiera ogólną dyrektywę, adresowaną do stron, zgodnie z którą spoczywa na nich obowiązek przytaczania okoliczności faktycznych i dowodów bez zbędnej zwłoki, tak, aby postępowanie mogło być przeprowadzone sprawnie i szybko. Z powyższego wynika, że przepis ten w zasadzie nie może zostać naruszony przez sąd, skoro jego adresatem są strony, a sam Skarżący nie wyjaśnił, w jaki konkretnie sposób miałyby dojść do uchybienia art. 6 § 2 k.p.c. Co do zarzucanego naruszenia art. 227 k.p.c., to Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym tę sprawę przychylił się do poglądu, zgodnie z którym istnieje możliwość postawienia zarzutu naruszenia tego przepisu, gdy skarżący kwestionuje błędne oddalenie wniosku dowodowego, jako nieistotnego dla rozstrzygnięcia sprawy (zob. w tym kierunku wyroki SN z dnia 11 lipca 2012 r., II CSK 677/11 i z 4 października 2012 r., I CSK 124/12). Z uzasadnienia środka odwoławczego wynika, że taka właśnie była intencja Skarżącego. O naruszeniu art. 278 § 1 k.p.c. można natomiast mówić przede wszystkim wtedy, gdy sąd samodzielnie rozstrzygnie kwestie wymagające wiadomości specjalnych albo niezasadnie uzna, że okoliczności objęte wiedzą specjalistyczną biegłego nie są istotne dla sprawy (zob. np. uzasadnienie wyroku SN z 26 października 2006 r., I CSK 166/06).

Odnosząc te uwagi do okoliczności sprawy Sąd Okręgowy nie dostrzegł naruszenia art. 227 k.p.c. ani art. 278 § 1 k.p.c. przez oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego (zarzut nr 4). Przypomnieć należy, że w pierwszej instancji Powód domagał się przeprowadzenia tego dowodu na okoliczność „ustalenia ilości i jakości faktycznie wykonanych przez powoda robót, ich zakresu, stwierdzenia wykonania robót zgodnie z warunkami technicznymi oraz treścią Umowy” (k. 3). Tak sformułowana teza dowodowa, która do zamknięcia rozprawy w pierwszej instancji nie była modyfikowana, nie obejmowała kwestii, czy prace mogły zostać wykonane zgodnie z pierwotnymi ustaleniami stron oraz, czy prace następczo zlecone przez pozwanego były pracami koniecznymi do wykonania pierwotnie zaplanowanego zakresu prac brukarskich. Tymczasem, w apelacji dostrzega się naruszenie art. 227 k.p.c. oraz art. 278 § 1 k.p.c. przez zaniechanie wyjaśnienia tych zagadnień, które zdaniem Powoda wymagają wiadomości specjalnych (k. 257). **Nie można jednak stawiać Sądowi Rejonowemu zarzutu bezzasadnego oddalenia wniosku dowodowego na okoliczności, na które w postępowaniu pierwszoinstancyjnym nie był on w ogóle powołany.** Skarżący nie zarzuca jednocześnie Sądowi I instancji, że zaniechał dopuszczenia tego dowodu z urzędu. Wskazana wyżej niespójność pomiędzy omówieniem zarzutu apelacyjnego nr 4, a tezą dowodową dla opinii biegłego w postępowaniu przed Sądem Rejonowym, świadczy o braku podstaw do podzielenia omawianego zarzutu. Ponadto, nie można nie zauważyć, że w świetle rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego co do skutków niedozwolonego charakteru § 2 umowy, ewentualne naruszenie art. 227 k.p.c. oraz art. 278 § 1 k.p.c. i tak nie mogłoby mieć wpływu na treść orzeczenia.

Rozważenie zarzutu procesowego, naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. (zarzut nr 5), należy poprzedzić uwagą, że zgodnie z wyrażoną w tym przepisie zasadą swobodnej oceny dowodów wazienie wiarygodności i mocy przekonywania poszczególnych środków dowodowych jest prerogatywą Sądu I instancji. Oczywiście, sposób jej wykonania podlega kontroli instancyjnej, która polega na weryfikacji, czy nie zostały przekroczone granice przysługującej temu Sądowi swobody. Sąd Okręgowy podziela wyrażony w doktrynie pogląd, że ramy swobodnej oceny dowodów „muszą być określone wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i waząc ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego” (T. Demendecki, Komentarz aktualizowany do art. 233 k.p.c., Wolters Kluwer 2018, Lex, teza 1 do art. 233 oraz m. in. powołane tam orzeczenia: wyrok SN z dnia 10 czerwca 1999 r., II UKN 685/98, OSNAPiUS 2000, nr 17, poz. 655, postanowienia SN z dnia 15 lutego 2000 r., III CKN 1049/99 oraz z 27 września 2002 r., II CKN 817/00). Z powyższego wynika, że zarzut obraży art. 233 § 1 k.p.c. będzie wtedy skuteczny, gdy skarżący wykaże uchybienia sądu w jednej z wymienionych wyżej płaszczyzn. Dlatego – jak trafnie podkreślił Sąd Najwyższy w innym orzeczeniu – **postawienie przez skarżącego zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego, przyjętego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów;** skarżący może tylko wykazywać, posługując się argumentami jurydycznymi, że sąd drugiej instancji rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady

oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy” (uzasadnienie postanowienia SN z 7 listopada 2000 r., I KKN 1170/98, podkr. własne S.O.).

Skarżący upatrywał przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów w kilku aspektach, których wspólnym mianownikiem jest ocena zeznań świadka S. G. oraz umowy wraz z cennikiem prac dodatkowych. Podkreślenia wymaga jednak, że Sąd Rejonowy uznał zeznania świadka za wiarygodne w całości, co jednoznacznie wskazano na stronie 12 uzasadnienia (k. 233), a z taką oceną zgadza się Powód. ***Istota zarzutów dotyczy nie tyle błędnej oceny dowodu z zeznań świadka, co wyprowadzeniu z nich wniosków, które w ocenie Powoda z nich nie wynikają.*** Zarzutów tych nie można jednak podzielić.

Odnosząc do zarzutu dotyczącego błędnego „ustalenia, że pozwany nie był informowany o zakresie prac na miejscu inwestycji” (zarzut nr 5a) należy stwierdzić, że Sąd Rejonowy nie poczynił takiego ustalenia faktycznego. Stwierdził jedynie, w odniesieniu do odwodnienia terenu, że strony nie ustaliły szczegółów dotyczących rodzaju i ilości materiałów (str. 5 uzasadnienia k. 226), co jest jednak innym ustaleniem niż to, którego poczynienie zarzuca się Sądowi I instancji w apelacji. Dość ogólne w tym zakresie zeznania świadka S. G. nie dają podstaw do zanegowania konkluzji Sądu Rejonowego, że strony nie uzgodniły szczegółowego zakresu oraz - co szczególnie istotne - kosztu tych prac. Sąd I instancji trafnie zwrócił uwagę, że zgodnie ze sporządzonym przez Powoda rozliczeniem, łączny koszt materiałów i robocizny koniecznej do wykonania odwodnienia wyniósł 12 161 zł, co było niewątpliwie kwotą znaczną, którą Pozwany miał prawo czuć się zaskoczony. Sąd Okręgowy w pełni podziela argumentację Sądu Rejonowego, zawartą na stronie 20 uzasadnienia wyroku. W uzasadnieniu apelacji nie wskazano zresztą, z którym konkretnie fragmentem zeznań S. G., ustalenia Sądu I instancji miały być sprzeczne, co dodatkowo świadczy o bezzasadności ocenianego zarzutu.

Nie można również zgodzić się z zarzutem błędnych ustaleń dotyczących dodatkowej podbudowy na obszarze 96 m² (zarzut nr 5b). Fakt wykonania podbudowy na takim obszarze jest okolicznością niesporną i ustala ją Sąd I instancji na str. 7 uzasadnienia. Przyczyną nieuwzględnienia tej pracy było przyjęcie przez Sąd Rejonowy, że Powód nie wykazał, aby Pozwany zlecił kiedykolwiek wykonanie innych, ostatecznie uwzględnionych na etapie rozliczenia prac, w tym „dodatkowej warstwy podbudowy o grubości 20 cm na obszarze 96 metrów kwadratowych” (str. 21 k. 242). Fragment ten należy odczytywać łącznie z wcześniejszym, jak najbardziej słusznym stanowiskiem tego Sądu, iż „skuteczne i niebudzące wątpliwości uzyskanie akceptacji zamawiającego na wykonanie prac dodatkowych w relacji przedsiębiorca-konsument polega na przedstawieniu przez przedsiębiorcę klientowi jednoznacznej informacji odnośnie tego jakie prace dodatkowe zostaną wykonane, jaki materiał zostanie zużyty i w jakiej ilości i jaki będzie ostateczny koszt wykonania tychże prac wraz z wartością materiału”. Zwalczając to stanowisko Skarżący tylko ogólnikowo odwołuje się do zeznań świadka S. G., ale nie wskazał konkretnego fragmentu zeznań, który miałby prowadzić do odmiennych wniosków. Dlatego zarzut błędnej oceny zeznań świadka S. G. także w tym aspekcie musi być potraktowany jako czysto polemiczny.

Z tej samej przyczyny niezasadny jest zarzut dotyczący błędnego ustalenia, że Pozwany nie zaakceptował „obrobienia” kostką kratki ściekowej (zarzut nr 5c). Również ten zarzut ma charakter polemiczny i nawet nie wskazuje, z którą wypowiedzią świadka G. Sąd Rejonowy miał popaść w sprzeczność. Można jedynie stwierdzić, że świadek potwierdził fakt wykonania tej pracy (adnotacja 00:17:51 na k. 184), ale jest to fakt niesporny. Zeznania nie dają jednak podstawy do wyciągnięcia dalej idących wniosków, dotyczących uzgodnienia przez strony zakresu powyższych prac.

Sąd Okręgowy nie podzielił także, z podobnych przyczyn, zarzutu dotyczącego błędnego ustalenia, że Pozwany nie zlecał Powodowi wykonania ławy betonowej. Także w tym przypadku Sąd Rejonowy wyraźnie ustalił, że ława została wykonana, a więc fakt ten nie był kwestionowany, a rozbieżności w ocenie Sądu I instancji oraz Powoda dotyczą kwestii tego, czy praca ta została skutecznie zlecona, to jest, czy strony uzgodniły wszystkie warunki jej wykonania. Sąd Rejonowy udzielił na to pytanie negatywnej odpowiedzi. Skarżący nie wskazuje zaś takiego, konkretnego fragmentu zeznań świadka S. G., który pozostawałby z tym ustaleniem w sprzeczności. Z całą pewnością trudno nadawać takie znaczenie stwierdzeniu świadka, że „jak się układa murek, to zawsze musi być ława” (k. 184, koniec adnotacji 00:17:51). To, co jest oczywiste dla świadka, zawodowo zajmującego usługami geodezyjnymi na potrzeby producenta kostki

brukowej, nie musiało być przecież oczywiste dla konsumenta. Dlatego z wypowiedzi świadka nie sposób wyciągnąć wniosku, że zakres wymienionych tu prac został uzgodniony (zarzut nr 5f).

Podsumowując wątek dotyczący oceny zeznań świadka S. G. Sąd Okręgowy zauważa, że zarzuty stawiane przez Skarżącego są dość ogólnikowe, nie zostały rozwinięte w uzasadnieniu apelacji, a przede wszystkim nie wskazują konkretnych fragmentów zeznań świadka, które miałyby być wadliwie zinterpretowane przez Sąd I instancji. Sąd Okręgowy ma przy tym świadomość, że stawiając zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., skarżący nie musi odwoływać się do konkretnego fragmentu zapisu dźwięku i obrazu, utrwalającego przeprowadzenie kwestionowanego dowodu (zob. uchwałę SN z 23 marca 2006 r., III CZP 102/15). Z pewnością konieczne jest jednak, szczególnie w przypadku apelacji sporządzonej przez profesjonalnego pełnomocnika, skonkretyzowanie tej wypowiedzi świadka, która miałaby być błędnie zinterpretowana przez sąd I instancji. W ocenianej apelacji takiej konkretyzacji jednak – w odniesieniu do wszystkich wymienionych wyżej zarzutów – zabrakło, co przesądzało o ich nieskuteczności.

Skarżący upatrywał również przekroczenia przez Sąd I instancji granic swobodnej oceny dowodów również w ocenie dowodów z dokumentów w postaci umowy i cennika prac dodatkowych (zarzuty nr 5 d, 5e i 5g). W rzeczywistości jednak wiarygodność i moc dowodowa tych dokumentów na żadnym etapie postępowania nie była kwestionowana, a zastrzeżenia Skarżącego dotyczą wyciągnięcia z nich błędnych, w jego ocenie, wniosków.

Zarzut dotyczący braku poinformowania o kosztach docinki kostki brukowej (zarzut nr 5d) jest jednak zupełnie chybiony, gdyż z faktu, że określona pozycja znajdowała się w cenniku prac dodatkowych nie wynikało, że strony umówiły się na wykonanie takich prac. Z natury rzeczy, cennik ten obejmował różne prace, z których Powód wykonał tylko niektóre. Sąd Rejonowy słusznie również zwrócił uwagę, że „w zestawieniu asortymentu pracownik powoda zawarł jedynie informację odnośnie konieczności <<uwzględnienia>> danej ilości procentowej kostki na docinki oraz ubytki przy rozwiązaniach prostych i bardziej złożonych, przy czym docinki kostki miały być <<dotatkowo liczone>> (k. 30). Akceptacja takiego zapisu przez pozwanego nie stanowiła wyrażenia przez niego niejako blankietowej zgody na zapłatę za wykonanie przez pracowników powoda docinki kostki brukowej w dowolnej ilości”. Skarżący w apelacji słusznie wskazywał, że cennik zawierał cenę jednostkową za wykonanie docinki kostki, ale nie zmienia to faktu, że Sąd ten jednocześnie uznał za nieudowodnione, jaka ilość kostki przeznaczonej do docinek została uzgodniona. Apelacja nie zawiera więc i w tym zakresie argumentów pozwalających podważyć stanowisko Sądu Rejonowego.

Niezasadny jest też zarzut dotyczący rzekomej sprzeczności pomiędzy stanowiskiem Sądu Rejonowego w sprawie wyliczenia wynagrodzenia za ustawienie palisady oraz za pozostałe prace dodatkowe (zarzut nr 5g). Zarzucana przez Skarżącego niespójność jest jednak pozorna. Sąd Rejonowy uwzględnił powództwo w części dotyczącej wynagrodzenia za postawienie murka z palisady, uznając, że szczegóły tej pracy zostały uzgodnione między stronami. Fakt ten Sąd I instancji ustalił w oparciu o zeznania świadka M. R. (1), zgłoszonej przez Pozwanego oraz częściowo zeznania samego Pozwanego, którym jednak odmówił wiary co do twierdzenia, że nie zlecał wykonania murka z palisady (str. 13 k. 234). W tej sytuacji uprawnione było stwierdzenie Sądu Rejonowego, że Pozwany mógł obliczyć wysokość wynagrodzenia na podstawie cennika prac dodatkowych. Inaczej było w przypadku prac, co do których Sąd I instancji uznał, że Powód nie wykazał, aby zawarł porozumienie z Pozwanym. W tym przypadku przeszkodą do ustalenia faktów zgodnie ze stanowiskiem Powoda nie była jednak niejednoznaczność cennika prac dodatkowych, ale brak uzgodnienia istotnych okoliczności, dotyczących ich wykonania. Analiza uzasadnienia zaskarżonego wyroku prowadzi do wniosku, że zarzucane w nim sprzeczności faktycznie nie zachodzą.

Odnosząc się natomiast do zarzutu błędnej oceny dowodu z dokumentu – umowy łączącej strony (zarzut nr 5e), należy przede wszystkim stwierdzić, że dotyczy on nie błędów w ocenie tego dokumentu albo wadliwych ustaleń faktycznych, ale sprowadza się do kwestionowania dokonanej przez Sąd Rejonowy wykładni umowy. Zarzucana w apelacji obraza art. 233 § 1 k.p.c. jest jednak nieadekwatna do tak opisanego uchybienia. Sposób określenia w łączącej strony umowie wynagrodzenia będzie jednak przedmiotem rozważań Sądu Okręgowego przy dokonywaniu oceny materialnoprawnej wyroku.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności, Sąd Okręgowy uznał zarzuty procesowe apelacji za bezzasadne, czego konsekwencją była akceptacja ustaleń faktycznych i przyjęcie ich za podstawę własnego rozstrzygnięcia.

III.2. Zgodność wyroku z prawem materialnym.

Oceny prawidłowości zaskarżonego wyroku pod względem zgodności z prawem materialnym dokonuje się nie tylko przez pryzmat zarzutów apelacyjnych, ale także z urzędu. W systemie apelacji pełnej sąd II instancji ma bowiem obowiązek na nowo rozpoznać sprawę i usunąć wszystkie ewentualne naruszenia prawa materialnego (zob. uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego (zasadę prawną) z 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008 nr 6 poz. 55).

Rozpoznając sprawę według tego założenia należy w pierwszej kolejności podzielić stanowisko Sądu I instancji, który zakwalifikował łączącą strony umowę jako umowę o dzieło z elementami sprzedaży, a nie o roboty budowlane. W realiach sprawy nie ma potrzeby szerszego odnoszenia się do tego zagadnienia, dlatego można tylko krótko wskazać, że za przyjętą kwalifikacją umowy przemawia brak projektu budowlanego oraz brak rezultatu prac w postaci obiektu budowlanego w rozumieniu Prawa budowlanego, co stanowi istotę umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c.. Rozważania poczynione na stronie 15 uzasadnienia zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy w pełni podziela i przyjmuje za podstawę własnego orzeczenia.

III.2.1. Skutki abuzywności postanowień dotyczących wynagrodzenia (§ 2 zd. 2 umowy).

Wykonując obowiązek zbadania materialnoprawnej podstawy wyroku Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności rozważył, jakie są skutki stwierdzonego już przez Sąd Rejonowy niedozwolonego charakteru postanowień zawartych w używanym przez Powoda wzorcu umowie - „Umowa o wykonanie robót budowlanych”, a konkretnie jej § 2 zd. 2. Zgodnie z tym zapisem, „ostateczne wynagrodzenie wykonawcy zostanie wyliczone w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w umowie i odbędzie się na podstawie faktycznie wykonanych (ulożonych) metrów kwadratowych powierzchni oraz ilości wbudowanych materiałów i wykonanych prac, które zostaną zmierzone po wykonaniu robót”. Sąd Rejonowy słusznie stwierdził, że taki zapis uzależnia wysokość należnego Powodowi (przedsiębiorcy) wynagrodzenia od okoliczności, na które Pozwany (konsument) nie miał wpływu, a na które wpływ mógł mieć Powód. **Przyjęta w umowie konstrukcja oznaczała, że mimo uznania za część składową umowy dokumentu pod nazwą „podsumowanie do oferty”, w którym wskazano koszt materiałów i robocizny, konsument w istocie nie wiedział, jaka będzie ostateczna wysokość wynagrodzenia. Jego ustalenie zostało pozostawione jednostronnej decyzji Powoda**, a realia rozpoznawanej sprawy wskazują, że tylko dokonane przez Powoda rozliczenie pierwszego etapu prac (107 702,49 zł – k. 49) prawie dwukrotnie przewyższyło wysokość wynagrodzenia ustalonego pierwotnie (48 497,67 zł – k. 21).

Punktem wyjścia do dalszych rozważań musi być dość oczywista uwaga, że instytucja niedozwolonych postanowień umownych została wprowadzona przez ustawodawcę unijnego (a w konsekwencji – krajowego) w celu ochrony konsumenta, jako strony słabszej niż przedsiębiorca, zarówno pod względem negocjacyjnym, jak i stopnia poinformowania (zob. przykładowo wyrok TSUE z 21 grudnia 2016 r., C -119/15 Biuro Podróży Partner).

Nie ulega wątpliwości, że w łączącej strony umowie wynagrodzenie stanowiło główne świadczenie w rozumieniu art. 385⁽¹⁾ § 1 k.c. oraz dyrektywy Rady nr 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. UE L nr 95 str. 29; dalej także: dyrektywa nr 93/13), a zatem mogą one podlegać kontroli pod względem abuzywności tylko pod warunkiem, że nie są jednoznacznie sformułowane. Przyjmuje się, że główne świadczenie to świadczenie „charakterystyczne dla danego stosunku, a więc np. zobowiązanie do przeniesienia własności określonej rzeczy lub spełnienia określonej usługi, wskazuje, jaką główną potrzebę (zazwyczaj konsumenta) zaspokajając ma umowa” (R. Trzaskowski w: Kodeks cywilny. Komentarz pod red. J. Gudowskiego nt. 16 do art. 385⁽¹⁾ i powołany tam wyrok SN z 30 września 2015 r., I CSK 800/14, OSNC 2016, nr 9, poz. 105, a także wyroki TSUE z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, Árpád Kásler), z dnia 26 lutego 2015 r., C-143/13, Matei, pkt 49). Można przyjąć założenie, że głównym świadczeniem stron jest świadczenie objęte elementami przedmiotowo istotnymi umowy, do których w umowie o dzieło należy wynagrodzenie. **Równie oczywiste jest jednak to, że postanowienie zawarte**

w § 2 ust. 2 łączącej strony umowy nie zostało sformułowane jednoznacznie (językiem prostym i zrozumiałym według art. 4 ust. 2 dyrektywy nr 93/13). Językowa analiza tego postanowienia nie pozostawia bowiem wątpliwości, że nie określa ono precyzyjnie wysokości wynagrodzenia. Można wręcz postawić tezę, że treść tego zapisu nie pozwala stwierdzić, w jakiej wysokości wynagrodzenie przysługuje Powodowi. Dodatkowo warto wskazać, że w orzecznictwie TSUE przyjmuje się dopuszczalność badania pod kątem abuzywności postanowień umownych, które upoważniają przedsiębiorcę do zmiany głównego świadczenia stron (por. wyrok TSUE z 26 kwietnia 2012 r., C-472/10 Intel). Rację ma więc Sąd Rejonowy, że postanowienie dotyczące wynagrodzenia podlega kontroli pod względem abuzywności, chociaż nie jest sformułowane w sposób jednoznaczny.

Nie można nie zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Rejonowego, że zapis umowy, który pozwalał Powodowi na jednostronne kształtowanie wysokości wynagrodzenia w sposób rażąco naruszał równowagę kontraktową stron i tym samym godził w dobre obyczaje. Słusznie Sąd I instancji nawiązał także do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – SOKiK z 25 lipca 2014 r. (XVII AmC 3644/13), wydanego w sprawie przeciwko R. P., którym uznano za niedozwolone postanowienie umowny w brzmieniu: „Strony ustalają, że ilości robót, o których mówi niniejsza umowa są ilościami orientacyjnymi i będą mogły ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu” (pkt 1 I tego wyroku). Sąd ten stwierdził, że „analizując przedmiotową klauzulę należy przede wszystkim zakwestionować możliwość określania robót wskazanych w umowie jako orientacyjne, a w związku z tym niewiążące dla stron. Bez wątplenia ustalenie ilości i rodzaju robót wykonywanych w związku z realizacją umowy nie stanowi dowolnie dokonanego przez pozwanego (jako profesjonalisty) szkicu podejmowanych czynności lecz stanowi określenie świadczenia, do którego jest on zobowiązany i z którym związane są ewentualne roszczenia jego kontrahenta. Nie może być ono zatem traktowane jako dowolnie ustalony zestaw czynności, lecz ma charakter wiążący względem stron. Oczywiście jest natomiast, że w chwili zawarcia umowy trudno wykluczyć konieczność przeprowadzenia dalszych, nieprzewidzianych w umowie dodatkowych czynności, niemniej jednak okoliczność ta nie może prowadzić do automatycznego modyfikowania zakresu prac, na które strony wyraziły już zgodę”. Treść wyroku SOKiK w sprawie o uznanie wzorca umowy za niedozwolone w sprawie XVII AmC 3644/13 wiąże tutejszy Sąd, gdyż „prawomocność materialna wyroku uznającego postanowienie wzorca umowy za niedozwolone wyłącza powództwo o uznanie za niedozwolone postanowienia tej samej treści normatywnej, stosowanego przez przedsiębiorcę pozwanego w sprawie, w której wydano ten wyrok (art. 365 i 366 k.p.c.)”(uchwała składu 7 sędziów SN z 20 listopada 2015 r., III CZP 17/15, OSNC 2016 nr 4 poz. 40, por. też wyrok TSUE z 21 grudnia 2016 r., C -119/15 Biuro Podróży Partner). Związanie dotyczy wzorca o tej samej treści, dlatego prima facie można by przyjąć, że wyrok w sprawie XVII AmC 3644/13 nie jest wiążący w niniejszej sprawie. Zapis wyrażony w § 2 łączącej strony umowy nie jest treściowo tożsamy z uznanym przez SOKiK za niedozwolone. **Nie można jednak nie dostrzec, że postanowienie uznane przez SOKiK za abuzywne prowadzi do takiego samego skutku, co obecnie używany przez Powoda we wzorcu § 2 zd. 2 umowy. Oba zapisy pozwalają bowiem mu na jednostronne kształtowanie wysokości wynagrodzenia w sposób nie poddający się weryfikacji i według kryteriów, na które konsument nie ma wpływu.** Okoliczność ta dodatkowo uzasadnia stanowisko, uznające wskazany zapis umowny za abuzywny, a w konsekwencji – niewiążący konsumenta na podstawie art. 385⁽¹⁾§ 1 k.c.

Powstaje zatem pytanie, jakie są skutki stwierdzonej abuzywności postanowienia § 2 zd. 2 umowy, określającego sposób ustalenia wynagrodzenia. Podejmując ten problem należy zwrócić uwagę na rozbieżność pomiędzy art. 385⁽¹⁾§ 2 k.c., który stanowi, że po uznaniu postanowienia za niewiążące, strony są związane umową w pozostałym zakresie, a art. 6 ust. 1 dyrektywy nr 93/13. Ten ostatni przepis stanowi, że Państwa Członkowskie stanowią, że na mocy prawa krajowego nieuczciwe warunki w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami nie będą wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony, **jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków**. Porównanie tych dwóch przepisów nie pozostawia wątpliwości, że są one niespójne, co pozwala przyjąć, że interpretacja dyrektywy nr 93/13 w polskim porządku prawnym jest wadliwa. Wadliwość tę należy skorygować przez dokonanie pronunijnej wykładni art. 385⁽¹⁾§ 1 k.c. Nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem sądu krajowego jest dokonanie interpretacji przepisów krajowych w taki sposób, aby zapewnić pełną skuteczność przepisom dyrektywy, wiążącej państwa członkowskie co do rezultatu (por. m. in.

wyroki TS z: 10 kwietnia 1984 r., C-14/83, Sabine von Colon oraz z 13 listopada 1991 r., C-106/89, Marleasing). Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone w doktrynie, że sposobem dojścia do takiej wykładni może być zastosowanie art. 58 § 3 k.c., określającego częściową nieważność umowy, w drodze analogii do sankcji określonej w art. 385⁽¹⁾ § 2 k.c., gdyż oba przepisy mają ten sam cel, czyli utrzymanie umowy w obrocie prawnym. Jak trafnie wskazał M. Romanowski, „ustawodawca dostrzega granice && demontażu&& czynności prawnej w odpowiedzi na pytanie, czy czynność została dokonana mimo braku postanowień objętych sankcją nieważności” (Życie umowy konsumenckiej po stwierdzeniu abuzywności, Warszawa 2017, rozdział I § 4, Legalis).

Również w orzecznictwie TSUE przyjmuje się, że jakkolwiek zasadą jest utrzymanie umowy w obrocie bez postanowień dotkniętych abuzywnością, to jednak dążenie do utrzymania umowy ma określone granice. W szczególności, dopuszczono możliwość zastąpienia postanowienia niedozwolonego przepisem o charakterze dyspozytywnym, ale z zastrzeżeniem, że „możliwość taka jest ograniczona do przypadków, w których nieważność nieuczciwego warunku zobowiązywałaby sąd do stwierdzenia nieważności danej umowy w całości **narażając przez to konsumenta na penalizujące** (disadvantageous) **go konsekwencje**” (wyrok TSUE z 21 stycznia 2015 r., C – 482/13, Unicaja Banco S.A., pkt 33, podkr. własne SO). Możliwość zastąpienia niedozwolonego postanowienia umownego jest jednak, co należy podkreślić, sytuacją wyjątkową, gdyż stanowi odstępstwo od utrwalonej w orzecznictwie TSUE reguły, że art. 6 ust. 1 dyrektywy nr 93/13 zasadniczo sprzeciwia się możliwości zastąpienia abuzywnego postanowienia umownego innym (por. wyroki TSUE z dnia 26 marca 2019 r., Abanca Corporación Bancaria, C#70/17, pkt 53; z dnia 14 czerwca 2012 r., Banco Español de Crédito, C#618/10, pkt 73; z dnia 30 kwietnia 2014 r., Kásler i Káslerné Rábai, C#26/13). Pogląd ten został ostatnio podtrzymany i rozwinięty w wyroku TSUE z 3 października 2019 r., C-260/18 Dziubak, wydanym już po dacie orzekania w niniejszej sprawie przez SO, gdzie w konkluzji stwierdzono, iż „art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie wypełnieniu luk w umowie, spowodowanych usunięciem z niej nieuczciwych warunków, które się w niej znajdowały, wyłącznie na podstawie przepisów krajowych o charakterze ogólnym, przewidujących, że skutki wyrażone w treści czynności prawnej są uzupełniane w szczególności przez skutki wynikające z zasad słuszności lub ustalonych zwyczajów, które nie stanowią przepisów dyspozytywnych lub przepisów mających zastosowanie, w przypadku gdy strony umowy wyrażą na to zgodę”. W czasie rozpoznania sprawy Sądowi Okręgowemu znana była natomiast treść opinii rzecznika generalnego G. Pitruzelli w powyższej sprawie, która prezentowała identyczny pogląd (pkt 71-80 opinii). Treść opinii rzecznika i zbieżnego z nią rozstrzygnięcia Trybunału nakazuje weryfikację wcześniej wyrażanego w doktrynie i orzecznictwie poglądu, który sprowadzał się do możliwości wypełnienia luki po abuzywnym postanowieniu z odwołaniem się do przepisów zawierających klauzule generalne jak np. art. 56 k.c. (zob. w tej kwestii uzasadnienie wyroku SN z 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16). **Zakaz samodzielnego wypełnienia przez sąd luki po zapisach dotkniętych abuzywnością jest wyrazem powszechnie wyrażanej w judykaturze Trybunału Sprawiedliwości zasady, że to przedsiębiorca ma ponieść negatywne skutki ekonomiczne stosowania klauzul niedozwolonych** (zob. np. wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 2014, Kásler i Káslerné Rábai, C-26/13, pkt 79). Jeżeli zatem - tak jak w realiach obecnie rozpoznawanej sprawy - zapis określający jeden z elementów przedmiotowo istotnych podlega wyeliminowaniu jako abuzywny, a brak jest podstaw do jego zastąpienia przepisem dyspozytywnym, to konsekwencją jest brak możliwości wykonania umowy. Nie może istnieć w obrocie prawnym umowa o dzieło, która nie zawiera postanowień o wynagrodzeniu.

Odnosząc przedstawione wyżej uwagi do rozpoznawanej sprawy należy stwierdzić, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż uznanie łączącej strony umowy za nieważną – będące skutkiem wyeliminowania niedozwolonego postanowienia - mogłoby naruszać interes konsumenta. Należy podkreślić, że wyjątkowa sytuacja, w której TSUE dopuścił uzupełnienie luki w umowie, dotyczy umowy kredytowej, a więc zupełnie innego stosunku prawnego, w którym stwierdzenie nieważności umowy ex tunc może być niekiedy niekorzystne dla konsumenta z uwagi na konieczność zwrotu wszystkich przekazanych mu do dyspozycji środków, na co też zwrócił uwagę SO w Warszawie w uzasadnieniu pytań prejudycjalnych w sprawie D.. W ocenie Sądu Okręgowego tego rodzaju niekorzystne skutki nie występują w przypadku uznania za nieważną umowy łączącej strony. Konsekwencją uznania tej umowy na niewiążącą w całości może być jedynie konieczność wzajemnego rozliczenia się stron ze spełnionych świadczeń, na podstawie art. 405 k.c. i następnych. Nie ulega jednak wątpliwości, że w ramach zakreślonej przez Powoda podstawy faktycznej sądy obu

instancji nie były uprawnione do rozpoznania sprawy w oparciu o tę podstawę (szerzej zob. uzasadnienie wyroku SO Warszawa – Praga z 14 sierpnia 2018 r., IV Ca 1932/16 i powołane tam orzecznictwo oraz wypowiedzi doktryny).

Konkludując przedstawione wyżej uwagi, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że **skoro abuzywnością dotknięte jest postanowienie określające sposób wyliczenia wynagrodzenia należnego Powodowi, a postanowienie to należy – w myśl art. 627 k.c. – do elementów przedmiotowo istotnych umowy o dzieło, to skutkiem uznania go za niewiążące musi być uznanie całej, zawartej przez strony umowy, za niemożliwą do wykonania. Wyeliminowanie na podstawie art. 385⁽¹⁾ § 1 i 2 k.c. postanowienia dotyczącego wynagrodzenia za wykonanie dzieła prowadzi do wniosku, że umowa o dzieło jest nieważna.** Jednocześnie Sąd Okręgowy nie dostrzega w rozpoznawanej sprawie racji, które uzasadniałyby dążenie do utrzymania umowy, zgodnie z zasadami przedstawionymi przez TSUE w sprawie Kásler i Káslerné Rábai. Wręcz przeciwnie, wgląd na cel art. 7 dyrektywy nr 93/13/WE oraz stosowaną przez Powoda praktykę rynkową, polegającą na sporządzaniu ostatecznego rozliczenia w sposób znacznie odbiegający od ustaleń poczynionych przy zawarciu umowy (z którą Sąd Okręgowy zetknął się także w rozpoznawanej równolegle sprawie IV Ca 1225/17), przemawia za tym, aby Powód poniósł skutki ekonomiczne stosowania postanowień niedozwolonych wobec konsumentów. Jednocześnie Sąd Okręgowy nie podzielił oceny prawnej Sądu Rejonowego w tej części, w której wskazał on na możliwość zastąpienia abuzywnego postanowienia

Powyzsza konkluzja prowadzi do wniosku o bezzasadności apelacji Powoda w całości, gdyż uznanie umowy za nieważną uniemożliwia uwzględnienie powództwa w zakresie wywodzonych z niej roszczeń. Rzecz jasna, Sąd Okręgowy mógł dokonać takiej oceny tylko w części objętej zakresem zaskarżenia i wobec braku apelacji Pozwanego nie był uprawniony do rozpoznania sprawy w części uwzględniającej powództwo.

Powyzsze rozważania są wystarczające do uznania apelacji za bezzasadną, a podniesione w niej zarzuty materialnoprawne tracą na znaczeniu. Niemniej jednak, wykonując obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji (art. 378 § 1 k.p.c.), co obejmuje także obowiązek wzięcia pod uwagę wszystkich zarzutów, Sąd Okręgowy także odniósł się do podnoszonych przez apelującego kwestii. Ocena dalszych zarzutów musi zostać dokonana przy przyjęciu założenia, że zawarta przez strony umowa jest ważna.

III.2.2. Zarzuty naruszenia art. 630 § 1 i 2 k.c., art. 60 k.c. oraz art. 58 § 1 i 3 k.c.

Skarżący upatrywał niewłaściwego zastosowania art. 630 § 1 k.c. przez, najogólniej rzecz ujmując, błędną kwalifikację prac dotyczących odwodnienia jako prac dodatkowych w rozumieniu tego przepisu. Analizę tego zarzutu należy rozpocząć od przytoczenia tego przepisu, który stanowi, że jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził zamawiający, przyjmujący zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Jeżeli zestawienie planowanych prac sporządził przyjmujący zamówienie, może on żądać podwyższenia wynagrodzenia tylko wtedy, gdy mimo zachowania należytej staranności nie mógł przewidzieć konieczności prac dodatkowych.

Nie ulega wątpliwości, że uzgodnione przez strony wynagrodzenie było wynagrodzeniem kosztorysowym, czyli zestawieniem planowanych prac i przewidywanych kosztów, koniecznych do tego, aby osiągnąć rezultat umowy (por. uzasadnienie wyroku SA we Wrocławiu z 4 lipca 2013 r., I ACa 644/13). Taki bowiem charakter ma „podsumowanie do oferty”, znajdujące się na k. 21 akt sprawy. Równie oczywiste jest, że w realiach sprawy kosztorys sporządził Powód. W orzecznictwie trafnie wyjaśniono, że „wskazana w art. 630 § 1 zdanie drugie k.c. zasada ma, zgodnie z zamiarem ustawodawcy, przeciwdziałać praktyce przedstawiania przez przyjmujących zamówienie zaniżonych kosztorysów (ofertowych), w celu zwiększania wynagrodzenia w trakcie wykonywania dzieła” (tak uzasadnienie wyroku SA w Białymstoku z 19 grudnia 2014 r., I ACa 559/14). W doktrynie zwrócono uwagę, że art. 630 k.c. „chroni również przyjmującego zamówienie, który nie będzie zmuszony do pokrywania dodatkowych kosztów wynikających z konieczności wykonania prac nieplanowanych. Będzie to miało miejsce wówczas, gdy kosztorys został sporządzony na podstawie zestawienia prac przygotowanego przez zamawiającego albo w sytuacji, w której pomimo dołożenia

należytej staranności przyjmujący zamówienie nie był w stanie przewidzieć konieczności prac dodatkowych” (W. Wyrzykowski w: Kodeks cywilny. Komentarz pod red. M. Frasa i L. Habdasę, Wolters Kluwer 2018, uw. 4 do art. 630). Przez prace dodatkowe rozumie się „prace, które są niezbędne do prawidłowego wykonania określonego w umowie dzieła, a które nie były ujęte w zestawieniu planowanych prac, na podstawie którego sporządzono kosztorys” (tamże, uw. 6). Sąd Rejonowy w sposób oczywiście słuszny przyjął, że zgodnie z art. 6 k.c. to na Powodzie spoczywał ciężar dowodu tego, że mimo zachowania należytej staranności nie mógł przewidzieć tych prac (zob. podobnie wyrok SA w Gdańsku z 22 listopada 2017 r., V ACa 745/16). Równie zasadne jest przekonanie tego Sadu, że Powód omawianej okoliczności nie wykazał.

Argumentacja apelacji opiera się na rozróżnieniu prac dodatkowych, niezbędnych do wykonania dzieła oraz prac zleconych dodatkowo. Powód twierdzi bowiem, że wykonanie odwodnienia nie stanowiło pracy dodatkowej w rozumieniu art. 630 k.c., gdyż nie było konieczne do wykonania dzieła. W związku z tym należy przypomnieć, że zgodnie z § 1 ust. 1 umowy, „na mocy niniejszej umowy (...) Wykonawca przyjmuje do wykonania roboty budowlane, polegające na: ułożeniu kostki wraz z wykonaniem podbudowy zgodnie z dołączoną <<Ofertą>> str. 3 i 4 oraz <<Cennikiem prac dodatkowych>> str. 5 i 6. **Świadczenie wykonawcy miało więc polegać na wykonaniu podjazdu z kostki brukowej i podmurówki w taki sposób, aby spełniała ona wszystkie walory funkcjonalne i estetyczne.** Powód – jako profesjonalista działający na rynku prac brukarskich – powinien wszystkie te elementy przewidzieć. Nie trzeba posiadać wiedzy specjalistycznej z zakresu budownictwa, aby stwierdzić, że wykonanie odwodnienia (obejmującego studnie chłonne i rurki drenażowe, łączące studnie z rynnami) w trakcie prac brukarskich nie jest tylko uzasadnionym względami estetycznymi dodatkiem, ale stanowi istotny element tego rodzaju prac. Opierając się o zwykłe zasady doświadczenia życiowego można bowiem stwierdzić, że brak wykonania odwodnienia, a tym samym – brak możliwości odprowadzenia wody po opadach deszczu - musiałby nieuchronnie prowadzić do podmywania kostki lub zalewania sąsiedniej posesji, a jego późniejszy montaż oznaczałby konieczność demontażu kostki. Trafnie zwrócono uwagę na te okoliczności w odpowiedzi na apelację. Nie bez znaczenia jest też okoliczność, że Powód powołał się na fakt rzekomego braku konieczności wykonania odwodnienia dla prawidłowego wykonania dzieła dopiero w apelacji i na tym etapie dopiero podjął inicjatywę dowodową w tym kierunku, która była jednak spóźniona. Reasumując, Powód nie udowodnił przesłanek z art. 630 k.c. ani tego, aby prace dotyczące wykonania odwodnienia pozostawały pracami dodatkowo zleconymi, niekoniecznymi do prawidłowego wykonania dzieła. Wręcz przeciwnie, teza Skarżącego nie wytrzymuje krytyki w świetle zasad doświadczenia życiowego. Dlatego wydając zaskarżony wyrok Sąd Rejonowy nie naruszył art. 630 § 1 k.c.

Nieuzasadniony jest również zarzut naruszenia art. 630 § 2 k.c. w związku z art. 60 k.c. Skarżący pomija bowiem specyfikę relacji przedsiębiorca – konsument. Nie negując poglądu, że zgoda zamawiającego na wykonanie prac dodatkowych może być – co do zasady – wyrażona również w sposób konkludentny, należy podzielić pogląd Sądu Rejonowego, że złożenie oświadczenia woli w sposób dorozumiany przez konsumenta wobec przedsiębiorcy należy interpretować bardzo ostrożnie. Jak wyjaśniono w judykaturze, „zasadą w stosunkach umownych między przedsiębiorcą a konsumentem jest wyraźny sposób składania oświadczeń woli przez konsumenta” (wyrok SN z 2 lutego 2017 r., I CSK 203/16, trafnie powołany w odpowiedzi na apelację). Nie można bowiem zapominać, że konsument jest słabszą stroną stosunku prawnego nie tylko ze względu na silniejszą pozycję ekonomiczną przedsiębiorcy, ale także ze względu na brak wiedzy fachowej o przedmiocie umowy. Słusznie zatem Sąd Rejonowy stwierdził, że „skuteczne i niebudzące wątpliwości uzyskanie akceptacji zamawiającego na wykonanie prac dodatkowych w relacji przedsiębiorca-konsument polega na przedstawieniu przez przedsiębiorcę klientowi jednoznacznej informacji odnośnie tego jakie prace dodatkowe zostaną wykonane, jaki materiał zostanie zużyty i w jakiej ilości i jaki będzie ostateczny koszt wykonania tychże prac wraz z wartością materiału”. Sąd Okręgowy podziela w pełni ten pogląd i przyjmuje go za część własnej oceny prawnej. Skarżący skutecznie nie podważył ustaleń Sądu I instancji, z których wynika, że te warunki nie zostały spełnione, dlatego również zarzut obrazy art. 630 § 2 k.c. w związku z art. 60 k.c. nie zasługiwał na uwzględnienie.

Bezzasadny jest wreszcie zarzut błędnego zastosowania art. 58 § 1 i 3 k.c. Skarżący upatruje obrazy tych przepisów w stanowisku Sądu I instancji, który uznał za częściowo nieważne zapisy umowy oraz cennika prac dodatkowych, zgodnie

z którymi wskazane przez Powoda ceny są cenami netto i podlegają powiększeniu o kwotę podatku od towarów i usług (VAT). Argumentacja środka zaskarżenia jest oparta przede wszystkim na twierdzeniu, że Pozwany zaakceptował te zapisy. **Okoliczność, czy Pozwany miał świadomość takiego określenia ceny i czy wyraził zgodę, nie ma jednak znaczenia z punktu widzenia oceny ważności czynności prawnej w płaszczyźnie art. 58 § 1 i 3 k.c.** Zgodnie z zapisem oferty (stanowiącej integralną część umowy) - nota bene umieszczonym w końcowej części dokumentu i niewyróżnionej graficznie, w przeciwieństwie do innych elementów oferty - wszystkie ceny są cenami netto (k. 18). Zgodnie natomiast z § 9 in fine umowy: „Po odbiorze przedmiotu umowy <<Wykonawca>> sporządzi <<Rozliczenie Wykonanych Prac>>, na podstawie którego wystawi fakturę za wykonane roboty i doliczy należny podatek VAT”. Sąd Rejonowy trafnie wywiódł, że tak skonstruowane postanowienia pozostają w sprzeczności z art. 3 ust. 2 ustawy z 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178), w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Sąd Okręgowy dostrzega, że powołana ustawa zawiera normy o charakterze publicznoprawnym, a jej naruszenie jest sankcjonowane za pomocą kar administracyjnych. Nie stoi to jednak na przeszkodzie uznaniu, że w obrocie cywilnoprawnym sankcją za naruszenie jej przepisów jest nieważność (częściowa) czynności prawnej. Powód rażąco naruszył powołany przepis, co mogło wprowadzać w błąd co do rzeczywistej ceny usługi. Należy podzielić stanowisko Sądu I instancji, że wskazanie w ofercie i cenniku prac dodatkowych ceny netto rodziło po stronie Pozwanego (przy założeniu ważności umowy) obowiązek zapłaty tylko takiej ceny, a postanowienia sprzeczne z cytowanym przepisem były nieważne na podstawie art. 58 § 1 i 3 k.c.

Podsumowując przedstawione wyżej uwagi Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że w zaskarżonej części wyrok jest wynikiem prawidłowych ustaleń faktycznych oraz właściwego zastosowania prawa materialnego, a ponadto został bardzo rzetelnie i przekonująco uzasadniony (Sąd II instancji przyjął jedynie dalej idące stanowisko co do skutków abuzywności postanowień umowy).

Z tych wszystkich powodów apelacja podlega oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

IV. Koszty postępowania apelacyjnego.

O kosztach procesu za instancję odwoławczą rozstrzygnął zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu (art. 98 § 1 k.p.c.). Na zasądzone koszty składała się wyłącznie opłata za czynności adwokackie w wysokości stawki minimalnej, przy uwzględnieniu, że pozwanego reprezentował w obu instancjach ten sam adwokat.

Adam Jaworski Natalia Piasta – Serafin Piotr Niegodzki

ZARZĄDZENIE

(...)

(...)

(...)

(...)

A. Jaworski