

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 25 lutego 2014 roku Sąd Rejonowy w Zgierzu w sprawie o sygn. akt I C 2507/13 oddalił powództwo Powiatowego Rzecznika Konsumentów w Z. i A. Z. skierowane przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we W. o zapłatę kwoty 199 zł i zasądził od powoda A. Z. na rzecz pozwanej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we W. kwotę 77 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Apelację od powyższego wyroku złożył Powiatowy Rzecznik Konsumentów w Z. działający na rzecz A. Z., zaskarżając rozstrzygnięcie w całości i zarzucając mu:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego w postaci art. 8 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 27 lipca 2002 roku o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego poprzez jego błędną interpretację wskazującą, iż powodowi przysługiwało w pierwszej kolejności jedynie uprawnienie do żądania naprawy obuwia, podczas gdy z regulacji we wskazanym przepisie wynika, iż z uprawnienia tego konsument może skorzystać w sposób alternatywny, żądając wedle uznania wymiany towaru na nowy;

2. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną, a nie zaś swobodną ocenę materiału dowodowego polegającą na:

- błędnym uznaniu, że powód nie wykazał w sposób jednoznaczny swojego uprawnienia do odstąpienia od przedmiotowej umowy, w sytuacji kiedy w odpowiedzi na skierowaną do pozwanej korespondencję, otrzymał wyłącznie pismo, w którym pozwana podtrzymała jedynie swoje stanowisko co do naprawy ujawnionej wady;

- błędnym uznaniu, iż strona pozwana, składając oświadczenie woli o naprawie przedmiotowego obuwia wypełniła zawarte w ustawie zobowiązanie po stronie sprzedawcy, podczas gdy w istocie powód pozbawiony został możliwości skorzystania z ustawowego uprawnienia, chociażby w postaci wymiany obuwia;

- w konsekwencji całkowicie nieuzasadnionym uznaniu, iż powód nie był uprawniony do skorzystania z ustawowego prawa do odstąpienia od uprzednio zawartej umowy, podczas gdy uprawnienie, którego zażądał nie zostało w istocie zrealizowane, co pozwalało zdaniem powoda na złożenie oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy sprzedaży konsumenckiej;

b) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez nieprecyzyjność i nieczytelność uzasadnienia uniemożliwiająca dokonanie kontroli procesu decyzyjnego Sądu, w tym stwierdzenia, które z przedstawionych środków dowodowych Sąd rozpoznający sprawę w pierwszej instancji uznał za wiarygodne oraz dokonanie interpretacji przepisu art. 8 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 27 lipca 2002 roku o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego w oparciu jedynie o własne rozważania.

W następstwie tak sformułowanych zarzutów apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości; ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, a nadto o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania za obie instancje.

W odpowiedzi na apelację powoda strona pozwana wniosła o jej oddalenie w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

**Sąd Okręgowy w Łodzi zważył, co następuje:**

Apelacja jako bezzasadna podlegała oddaleniu.

Stosownie do treści art. 505<sup>13</sup> § 2 k.p.c., uzasadnienie Sądu drugiej instancji w postępowaniu uproszczonym powinno zawierać jedynie wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa, jeżeli nie przeprowadzono postępowania dowodowego. Sytuacja opisana w cytowanym przepisie miała miejsce w rozpoznawanej sprawie.

Zaskarżone rozstrzygnięcie zostało wydane w wyniku prawidłowo ustalonego stanu faktycznego, które to ustalenia Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje za własne, jak również w następstwie bezbłędnie zastosowanych przepisów prawa materialnego.

Na wstępie koniecznym jest odniesienie się do sformułowanych przez skarżącego zarzutów naruszenia przepisów postępowania, gdyż wnioski w tym zakresie z istoty swej determinują rozważania co do pozostałych zarzutów apelacyjnych, bowiem jedynie nieobarczone błędem ustalenia faktyczne, będące wynikiem należyście przeprowadzonego postępowania mogą być podstawą oceny prawidłowości kwestionowanego rozstrzygnięcia w kontekście twierdzeń o naruszeniu przepisów prawa materialnego.

Za całkowicie chybiony należało uznać w szczególności zarzut błędnego ustalenia przez Sąd pierwszej instancji stanu faktycznego, czyli naruszenia dyspozycji art. 233 § 1 k.p.c. W myśl powołanego przepisu ustawy Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ocena dowodów polega na ich zbadaniu i podjęciu decyzji, czy została wykazana prawdziwość faktów, z których strony wywodzą skutki prawne. Celem Sądu jest tu dokonanie określonych ustaleń faktycznych, pozytywnych bądź negatywnych i ostateczne ustalenie stanu faktycznego stanowiącego podstawę rozstrzygnięcia.

Ocena wiarygodności mocy dowodów przeprowadzonych w danej sprawie wyraża istotę sądenia w części obejmującej ustalenie faktów, ponieważ obejmuje rozstrzygnięcie o przeciwnych twierdzeniach stron na podstawie własnego przekonania sędziego powziętego w wyniku bezpośredniego zetknięcia ze świadkami, stronami, dokumentami i innymi środkami dowodowymi. Powinna odpowiadać regułom logicznego rozumowania wyrażającym formalne schematy powiązań między podstawami wnioskowania i wnioskami oraz uwzględniać zasady doświadczenia życiowego wyznaczające granice dopuszczalnych wniosków i stopień prawdopodobieństwa ich występowania w danej sytuacji.

Jeżeli z określonego materiału dowodowego Sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena Sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) i musi się ostać choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami, lub gdy wnioskowanie Sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych to przeprowadzona przez Sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona.

W kontekście powyższych uwag należy stwierdzić, iż wbrew twierdzeniom apelującego w rozpoznawanej sprawie Sąd Rejonowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych w oparciu o cały zgromadzony materiał dowodowy i nie naruszył dyspozycji art. 233 § 1 k.p.c. Przeprowadzona przez tenże Sąd ocena materiału dowodowego jest w całości logiczna i zgodna z zasadami doświadczenia życiowego, zaś wszelkie podniesione w tym zakresie zarzuty stanowią w istocie jedynie niczym nieuzasadnioną polemikę z prawidłowymi i nieobarczonymi jakimkolwiek błędem ustaleniami Sądu pierwszej instancji.

Treść zarzutu naruszenia przepisów postępowania, a zwłaszcza art. 233 § 1 k.p.c. pozwala na stwierdzenie, iż strona powodowa nie tyle zarzuciła Sądowi pierwszej instancji poczynienie w niniejszej sprawie błędnych ustaleń faktycznych na gruncie zgromadzonego materiału dowodowego, co wytknęła temu Sądowi dokonanie błędnej oceny ustalonego stanu faktycznego w świetle przepisów prawa materialnego, tj. przepisu art. 8 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 27 lipca 2002 roku o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego. Osią sporu w niniejszej nie była zatem ocena dowodów przeprowadzona przez Sąd Rejonowy, lecz analiza powołanego wyżej przepisu prawa materialnego w kontekście uprawnień przysługujących powodowi z tytułu niezgodności towaru konsumpcyjnego z

umową. Apelujący zarzucił Sądowi pierwszej instancji między innymi, iż Sąd ten w sposób wadliwy przyjął, że w realiach niniejszej sprawy powodowi na gruncie art. 8 ust. 1 i ust. 4 ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej przysługiwało w pierwszej kolejności jedynie uprawnienie do żądania naprawy obuwia, podczas gdy z regulacji we wskazanym przepisie wynika, iż z uprawnienia tego konsument może skorzystać w sposób alternatywny, żądając wedle uznania wymiany towaru na nowy. Z twierdzeniami powoda nie sposób się zgodzić.

Podnieść należy, iż powołana wyżej ustawa w art. 8 ust. 1 i ust. 4 wprowadza dwustopniową hierarchię uprawnień konsumenta na wypadek niezgodności towaru z umową, nazywaną w literaturze sekwencyjnością wykonywania tych uprawnień. W pierwszej sekwencji konsument jest uprawniony tylko do dochodzenia naprawy albo wymiany towaru. Celem tej regulacji jest utrzymanie umowy i doprowadzenie przedmiotu świadczenia sprzedawcy do stanu zgodności z umową. Konsument może dokonać wyboru między uprawnieniami z pierwszej sekwencji: naprawą albo wymianą. Ograniczeniem tego wyboru jest niemożliwość albo nadmierność kosztów danego środka. Jeśli żadne z uprawnień z pierwszej sekwencji nie może w odpowiednim czasie doprowadzić do rezultatu w postaci stanu zgodności towaru z umową lub też żaden z tych środków nie jest dostępny, ponieważ jest niemożliwy lub nieproporcjonalny, bądź też zastosowanie środka z pierwszej sekwencji prowadzi do narażenia konsumenta na znaczne niedogodności, wówczas konsument będzie uprawniony do żądania obniżenia ceny, przez co doprowadzi do ekwiwalentności świadczeń albo do odstąpienia od umowy, co spowoduje upadek umowy ze skutkiem wstecznym, a w konsekwencji powstanie po jego stronie roszczenie o zwrot zapłaconej ceny.

Odwołując się do treści ustępu 1 powołanej wyżej normy prawnej należy wskazać, iż w sprawie niniejszej zagadnieniem wymagającym zasadniczego rozstrzygnięcia było to, czy w razie dokonania przez konsumenta wyboru jednego z alternatywnych roszczeń: tj. żądania naprawy towaru bądź wymiany na nowy, sprzedawca takim wyborem jest związany. Przyjęcie związania sprzedawcy żądaniem konsumenta opartym na treści art. 8 ust. 1 ustawy oznaczałoby, iż w razie wystąpienia przez konsumenta z żądaniem wymiany towaru na nowy, co miało miejsce w rozpoznawanej sprawie, sprzedawca nie jest już uprawniony do zaoferowania naprawy towaru i to bez względu na okoliczności i ewentualną różnicę pomiędzy rzeczywistym kosztem naprawy towaru a kosztem towaru nowego.

Odnośnie do charakteru wyboru przez kupującego uprawnienia do żądania wymiany albo naprawy towaru konsumpcyjnego niezgodnego z umową w ramach pierwszej sekwencji (art. 8 ust. 1 ustawy) w literaturze prezentowane są dwa zasadnicze poglądy różniące się tym, czy wybór uprawnienia przez konsumenta uznawany jest jako uprawnienie kształtujące, czy też nie.

Zgodnie z poglądem pierwszym, uprawnienie do dokonania wyboru jest uprawnieniem kształtującym wierzyciela (konsumenta). Konsekwencją tego stanowiska jest wyłączenie wyboru konsumenta danego roszczenia w sytuacjach, kiedy wymiana lub naprawa są niemożliwe lub wymagają nadmiernych kosztów. Nieliczni autorzy uważają natomiast, że zobowiązanie sprzedawcy do wymiany lub naprawy jest zobowiązaniem przemiennym (art. 365 k.c.). Według tego stanowiska, w razie niedokonania przez konsumenta wyboru sposobu, w jaki towar ma być doprowadzony do zgodności z umową, sprzedawca może wezwać konsumenta do dokonania wyboru roszczenia, a w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego w tym celu terminu, prawo wyboru między naprawą a wymianą przejdzie na sprzedawcę. Zmiana raz wybranego roszczenia na inne byłaby możliwa tylko w drodze uzgodnienia przez strony (tak np. Cz. Żuławski, [w:] G. Bieniek (red.), Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia, t. 2, 2007, s. 65).

W myśl drugiego poglądu, wybór jednego z alternatywnych roszczeń w ramach pierwszej sekwencji należy do konsumenta, lecz nie jest uprawnieniem kształtującym, a związane wyborem następuje w momencie zadośćuczynienia roszczeniu konsumenta. Samo natomiast wystąpienie przez konsumenta wobec sprzedawcy z konkretnym roszczeniem nie ma skutku w postaci wyłączenia możliwości wykonania uprawnienia alternatywnego. W tym miejscu warto przytoczyć wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2003 roku (II CKN 1248/00, niepubl.), który dotyczy charakteru wyboru kupującego między uprawnieniami z gwarancji kodeksowej i rękojmi, w którym Sąd ten stwierdził, iż jeżeli kupujący w związku z wadą fizyczną rzeczy dokonał na podstawie art. 579 k.c. wyboru reżimu odpowiedzialności sprzedawcy z gwarancji i zażądał naprawy rzeczy, to wybór ten jest wiążący w tym znaczeniu, że dopiero niezrealizowanie tego zadania przez sprzedawcę (gwaranta) w odpowiednim terminie otwiera uprawnionemu

drogę do skorzystania z rękojmi albo do dochodzenia danych uprawnień z gwarancji. Skuteczne usunięcie wady w stosownym terminie sprawia, że przywrócona zostaje konieczna ekwiwalentność świadczeń i inne roszczenia zarówno z gwarancji, jak i z rękojmi stają się w odniesieniu do tej wady bezprzedmiotowe.

Za drugim z przedstawionych wyżej stanowisk przemawia argument, że uprawnienia w ramach gwarancji ustawowej mają na celu ochronę konsumenta przez umożliwienie mu spowodowania, aby sprzedawca doprowadził towar konsumpcyjny do zgodności z umową, zaś przyjęcie koncepcji wyboru roszczenia jako uprawnienia kształtującego, przy jednoczesnym założeniu, że ocena np. nadmiernych kosztów wymiany lub naprawy leży po stronie sprzedawcy, powodowałoby osłabienie ochrony konsumenta przy wyborze roszczenia w ramach pierwszej sekwencji. W konsekwencji przyjęcia tego poglądu niemożliwość lub nadmierny koszt wymiany albo naprawy będą rozpatrywane nie w kategoriach prawnego ograniczenia konsumenta w dokonaniu wyboru uprawnienia, ale w kategoriach ograniczenia faktycznego, które będzie prowadzić do wyboru alternatywnego uprawnienia w ramach pierwszej sekwencji, ewentualnej zgody konsumenta na *datio in solutum* lub do przejścia przez konsumenta do wyboru uprawnień w ramach drugiej sekwencji (art. 8 ust. 4 ustawy).

Jakkolwiek zgodzić się należy z przedstawioną powyżej argumentacją, iż przyjęcie koncepcji wyboru roszczenia jako uprawnienia kształtującego, przy jednoczesnym założeniu, że ocena np. nadmiernych kosztów wymiany lub naprawy leży po stronie sprzedawcy, powodowałoby osłabienie ochrony konsumenta, należy jednak stwierdzić, iż w ocenie Sądu odwoławczego istnienie po stronie sprzedawcy uprawnienia do wyboru sposobu zadośćuczynienia roszczeniu kupującego o przywrócenie towaru konsumpcyjnego do stanu zgodnego z umową poprzez jego naprawę, bądź wymianę na nowy należy badać każdorazowo w kontekście konkretnych okoliczności sprawy.

Należy zauważyć, iż, jak w niniejszej sprawie ustalono, powód, z zachowaniem terminów wynikających z art. 4 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej, zgłosił stronie pozwanej niezgodność towaru konsumpcyjnego w postaci pary obuwia z umową, pozwany zaś uznał wadliwość towaru, proponując jego naprawę, na co powód nie wyraził zgody, żądając wymiany towaru na nowy. Jakkolwiek istotnie, w świetle poczynionych wyżej uwag, prawo do wyboru roszczenia przez kupującego, z zachowaniem jednakże sekwencji wynikającej z przepisu art. 8 ust. 1 i ust. 4 ustawy, leży po stronie konsumenta, nie można jednak tracić z pola widzenia faktu, iż, jak w niniejszej sprawie ustalono, wada towaru polegała jedynie na tym, że podeszwa zaczęła się odklejać od reszty obuwia. Jak zaś przyznała strona pozwana, naprawa powyższej usterki nie byłaby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nadmiernie czasochłonna i nie pociągałaby za sobą tak wysokich kosztów, jak koszt nowej pary obuwia, czego domagał się powód. Z tych też względów należy uznać, iż pozwany w realiach przedmiotowej sprawy był uprawniony do zaoferowania powodowi alternatywnego sposobu przywrócenia towaru do stanu zgodnego z umową poprzez naprawę obuwia, zamiast wydania powodowi nowego towaru.

Należy zauważyć, iż powód swoje roszczenie oparł na treści art. 8 ust. 4 ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej w zw. z art. 494 k.c., podnosząc, iż z uwagi na to, że sprzedawca nie uczynił zadość jego żądaniu wydania nowego towaru, uprawniony był on do odstąpienia od umowy, czego konsekwencją jest jego żądanie zwrotu zapłaconej za towar ceny. Stanowiska skarżącego nie można jednak uznać za trafne, bowiem jego oświadczenie o odstąpieniu od umowy w realiach niniejszej sprawy nie może zostać uznane za skutecznie złożone. Przypomnieć należy, iż zgodnie z treścią art. 8 ust. 4 ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej - jeżeli kupujący, z przyczyn określonych w ust. 1, tj. z tego względu, iż naprawa albo wymiana są niemożliwe lub wymagają nadmiernych kosztów, nie może żądać naprawy ani wymiany albo jeżeli sprzedawca nie zdoła uczynić zadość takiemu żądaniu w odpowiednim czasie lub gdy naprawa albo wymiana narażałaby kupującego na znaczne niedogodności, ma on prawo domagać się stosownego obniżenia ceny albo odstąpić od umowy. Od umowy nie może on jednak odstąpić, gdy niezgodność towaru konsumpcyjnego z umową jest nieistotna. W rozpoznawanej sprawie, jak słusznie zauważył Sąd Rejonowy, nie sposób jest uznać, aby roszczenia skarżącego wynikające z ustępu 1 powołanego wyżej przepisu ustawy, zostały przez powoda wyczerpane. Jak bowiem ustalono strona pozwana zaproponowała powodowi naprawę obuwia, na co jednak apelujący się nie zgodził. Powyższe wskazuje zatem jednoznacznie na to, iż naprawa obuwia była możliwa. Nadto, zgodnie ze stanowiskiem pozwanego sposób przywrócenia zgodności towaru konsumpcyjnego z umową poprzez jego naprawę polegającą na podklejeniu podeszwy, nie wymaga także nadmiernych kosztów. Jeżeli

zatem pozwany był w stanie w odpowiednim czasie naprawić obuwie i wyraził taką gotowość, to nie można się zgodzić ze stanowiskiem apelującego, iż jego roszczenia wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy uległy wyczerpaniu. Pomimo odmowy przez pozwanego wymiany towaru na nowy, powodowi w dalszym ciągu przysługiwało żądanie naprawy towaru, do czego swoją gotowość zgłosiła strona pozwana. Jeżeli zatem powód mógł dalej skorzystać skutecznie z roszczeń przysługujących mu na gruncie art. 8 ust. 1 ustawy, to tym samym należy stwierdzić, iż nie przysługiwały mu uprawnienia z ustępu 4 powołanego przepisu ustawy, tj. żądanie obniżenia ceny albo uprawnienie do odstąpienia od umowy. Z uprawnień tych bowiem, kupujący może korzystać jedynie wówczas, gdy nie istnieje już możliwość żądania naprawy ani wymiany albo jeżeli sprzedawca nie zdoła uczynić zadość takiemu żądaniu w odpowiednim czasie lub gdy naprawa albo wymiana narażałaby kupującego na znaczne niedogodności. Nadto należy zauważyć, iż od umowy można odstąpić jedynie wówczas, gdy niezgodność towaru konsumpcyjnego z umową jest istotna. Jak jednak już wyżej wskazano, żadna z okoliczności wskazujących na niemożność skorzystania przez apelującego z roszczeń przysługujących mu na gruncie ustępu 1 powołanego przepisu ustawy w sprawie niniejszej nie zachodziła i nie została też przez powoda udowodniona. Z tych też względów odstąpienie przez skarżącego od umowy należało uznać za nieskuteczne.

Ostatecznie za chybiony należało uznać zarzut naruszenia przepisu art. 328 § 2 k.p.c. poprzez nieprecyzyjność i nieczytelność uzasadnienia uniemożliwiająca dokonanie kontroli procesu decyzyjnego Sądu. Należy wskazać, iż jak przyjmuje się w orzecznictwie, obraza art. 328 § 2 k.p.c. może być skutecznym zarzutem apelacji tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie posiada wszystkich koniecznych elementów, bądź zawiera braki w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej (tak np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 3 grudnia 2013 roku, I ACa 715/13, LEX nr 1416118). W rozpoznawanej sprawie sytuacja taka nie miała miejsca. Sąd Rejonowy bowiem dokonał rzetelnej i wszechstronnej oceny zgromadzonych w sprawie dowodów, czyniąc w oparciu o nie prawidłowe ustalenia faktycznie i słusznie zauważając, iż stan faktyczny zasadniczo nie był sporny, a jedyny spór dotyczył rozumienia przepisu art. 8 ust. 1 ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej na gruncie poczynionych ustaleń. Sąd pierwszej instancji w pełni prawidłowo wyjaśnił również podstawę prawną rozstrzygnięcia z powołaniem właściwych przepisów ustawy. Z tych też względów nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem apelującego, iż z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie można wywnioskować, które z przedstawionych środków dowodowych Sąd rozpoznający sprawę w pierwszej instancji uznał za wiarygodne, a także z jakich przyczyn dokonał interpretacji przepisu art. 8 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 27 lipca 2002 roku o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego w oparciu jedynie o własne rozważania. Wobec powyższego zarzut naruszenia dyspozycji art. 328 § 2 k.p.c. należało uznać za chybiony.

Mając na uwadze powyższe, a także fakt, że w postępowaniu apelacyjnym nie ujawniono okoliczności, które Sąd drugiej instancji winien wziąć pod uwagę z urzędu, apelacja podlegała oddaleniu w oparciu o art. 385 k.p.c.