

**Sygn. akt VI Ga 60/16**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 19 maja 2016 r.**

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Barbara Frankowska

Sędziowie: SO Beata Hass – Kloc

SR del. Marta Zalewska (spr.)

Protokolant: st. sekr. sądowy Joanna Mikulska

po rozpoznaniu w dniu 19 maja 2016 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: J. P.

przeciwko: A. W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda co do punktu II i III wyroku oraz apelacji pozwanego co do punktu I wyroku Sądu Rejonowego w K.V Wydziału Gospodarczego z dnia 9 października 2015 r., sygn. akt V GC 215/13

I. oddała obie apelacje,

II. koszty postępowania apelacyjnego pomiędzy stronami wzajemnie znosi.

sygn. akt VI Ga 60/16

### **UZASADNIENIE wyroku z dnia 19 maja 2016 r.**

Powód J. P., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Indywidualna (...) w S. wniósł w ostatecznie sprecyzowanym żądaniu pozwu o zasądzenie od pozwanego A. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w L. kwoty łącznej 62.797,00 zł., na którą składają się:

- kwota 6.846,00 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, tytułem kary umownej;

- kwota 55.951,00 zł. z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wydania wyroku do dnia zapłaty, tytułem odszkodowania;

oraz kosztów postępowania.

Uzasadniając pozew, wskazał, że strony prowadzące działalność gospodarczą zawarły w dniu 22 grudnia 2011 r. w S. umowę sprzedaży urządzeń stanowiących kompletne wyposażenie gabinetu stomatologicznego, w skład którego wchodził także cyfrowy aparat (...)700 2D I3D. W wykonaniu umowy powód zapłacił na rzecz pozwanego cenę, pozwany w dniu 6 czerwca 2012 r. dostarczył i zainstalował u powoda w/w urządzenie. W dniu instalacji urządzenia odnotowano, iż „panorama wymaga dokończenia kalibracji”. Urządzenie, już od daty „zainstalowania”, dotknięte było

wadą uniemożliwiającą jego wykorzystanie w praktyce, którą to wadę w toku wielokrotnych napraw serwisowych zdiagnozowano ostatecznie jako nieusuwalną „brak możliwości skalibrowania urządzenia”, „panorama (...)700 nie działa”. Powód wielokrotnie zwracał się do pozwanego oraz (...) Sp. z o.o. w Ł. - oficjalnego przedstawiciela producenta dystrybuowanego przez pozwanego sprzętu medycznego o naprawę urządzenia, a skoro okazało się to niemożliwym, o jego wymianę na wolne od wad. Pozwany ostatecznie uznał żądania powoda za zasadne i w dniu 09.04.2013 r. odebrał od powoda uszkodzoną maszynę (...)700, montując w jej miejsce urządzenie fabrycznie nowe, bez wad. Pozwany, uznając roszczenie powoda o wymianę urządzenia za zasadne, odmówił zapłaty należnego mu odszkodowania.

Sprecyzował również że w pkt. 1 petitum pozwu domaga się zapłaty kary umownej przewidzianej § 6 ust. 2 umowy, który przewiduje, iż w przypadku nie wywiązania się przez sprzedawcę z terminu realizacji umowy określonego w § 2 ust. 4 umowy tj. dostarczenia, zainstalowania i wydania urządzeń gotowych do eksploatacji, powodowi przysługuje prawo do dochodzenia od pozwanego kary umownej w wysokości 0,01 % za każdy dzień zwłoki liczonej od ceny urządzeń brutto. Uwzględniając za fakturą (...), iż wartość przedmiotowego urządzenia wraz z peryferiami wynosi 222.999,87 zł. brutto, to kara umowna za dzień zwłoki wynosi 22,30 zł. ( 222.999,87 zł. x 0,01 % ). Pozwany pozostawał w zwłoce z dostarczeniem urządzenia zdatnego do umówionej eksploatacji przez okres 307 dni t.j. od 07.06.2012 r. do 09.04.2013 r., a więc kara umowna wyniesie 307 dni x 22,20 zł. t.j. 6.846,00 zł. Wobec jednakże faktu, iż szkoda poniesiona przez powoda znacznie przewyższa karę umowną, powód powołując się na § 6 pkt 6 umowy domaga się tytułem odszkodowania zapłaty dalszej kwoty 55.364,60 zł., szacując stratę poniesioną w związku z wadą uniemożliwiającą wykorzystanie urządzenia na kwotę 62.180 zł.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu. Podniósł, że powodowi nie przysługuje względem pozwanego roszczenie o zapłatę kary umownej z tytułu niewywiązania się z terminu realizacji umowy. Podał, że strony umowy zastrzegły w jej treści, że terminem dostarczenia sprzętu będzie data 15 marca 2012 r., zmodyfikowały ustalenia w tym zakresie na datę 6 czerwca 2012 r., przy czym powód zwolnił pozwanego z obowiązku wyregulowania urządzenia tego samego dnia. Strony uzgodniły, że sfinalizowanie montażu odbędzie się później, w efekcie nastąpiło to w dniu 27 czerwca 2012 r., tuż przed uruchomieniem działalności nowego gabinetu. Umownie ustalonym przez strony terminem, o którym mowa w § 2 ust. 4 umowy była ta data. W tym dniu pozwany dostarczył, zainstalował, uruchomił i wydał urządzenie gotowe do eksploatacji. Wystąpienie usterek urządzenia w późniejszym okresie nie miało zaś wpływu na skuteczność i prawidłowość tych działań.

Pozwany zakwestionował też roszczenie odszkodowawcze. Przyznał, że urządzenie dotknięte było wadami, które ujawniły się na etapie użytkowania. Zarzucił jednak, że uczynił wszystko, by należycie wypełnić swe obowiązki jako gwarant i odpowiedzialny z tytułu wad rzeczy sprzedanej - regularnie i bezzwłocznie usuwał wady, oraz wymienił urządzenie na wolne od wad, kiedy powód wyraził na to zgodę. Zauważył także, że wady urządzenia nie unieruchamiały go na stałe. Maszyna funkcjonowała w okresie od 27 czerwca 2012 r. do 13 sierpnia 2012 r. ( zgłoszenie awarii ); od 15 sierpnia 2012 r. do 17 września 2012 r. ( zgłoszenie awarii ); od 17 września 2012 r. ( w niepełnym zakresie ) do 12 października 2012 r.; od 12 października 2010 r. do 22 października 2012 r.; od początku listopada 2012 r. do 14 listopada 2012 r. Z powyższego wysnuł wniosek, że co najmniej w tych okresach powód nie ponosił żadnych szkód, których przyczyną mógł być stan sprzedanego mu urządzenia. Powód miał możliwość używania kupionego sprzętu, co czynił. Potwierdzeniem tego jest wydruk z programu obsługującego urządzenie, z którego wprost wynika, że pozwany w czasie od wydania mu towaru ( 27 czerwca 2012 r. ) do chwili wymiany urządzenia przez (...) Sp. z o. o. wykonał 77 zdjęć w technologii 2D ( pozycja „panoramics” ) oraz 34 w technologii 3D ( pozycja (...) ). Dodatkowo pozwany już od 30 listopada 2012 r. deklarował chęć wymiany powodowi urządzenia na zupełnie nowe. Zachowanie pozwanego uniemożliwiło wymianę maszyny. Za szkodę, która mogłaby wystąpić u powoda w czasie od dnia 30 listopada 2012 r. do 9 kwietnia 2013 r. pozwany nie jest odpowiedzialny.

Pozwany zarzucił, że powód nie wykazał poniesienia szkody, ani związku przyczynowego między zachowaniem pozwanego a wystąpieniem szkody. Wyliczenie dokonane przez powoda w załączniku do pozwu określił jako dowolne i nieuzasadnione.

W piśmie procesowym z dnia 06.09.2013 r., poza modyfikacją żądania pozwu, powód ustosunkowując się do twierdzeń pozwanego, zaprzeczył, aby godził się na zmianę terminu pełnej instalacji urządzenia po dniu 06.06.2012 r., faktyczne opóźnienie w tym przedmiocie było wywołane zawinionym zachowaniem pozwanego. Zwrócił uwagę na fakt, iż pozwany na wskazywane wyżej urządzenia wystawił fakturę VAT nr (...) już w dniu 29.05.2012 r. t.j. niezgodnie z postanowieniami umowy sprzedaży. Zarzucił, że przedstawione przez pozwanego okresy prowadzenia napraw oraz niefunkcjonowania aparatu są nieprawdziwe, w szczególności pozwany w swych twierdzeniach nie uwzględnia licznych napraw wykonywanych za pomocą środków komunikacji elektronicznej, po uprzednich telefonicznych zgłoszeniach przez powoda o niefunkcjonowania urządzenia, a także błędnie podaje daty prowadzonych napraw w siedzibie powoda. Od października 2012 r. naprawy urządzenia prowadził serwis (...), a nie serwis pozwanego. Nadto, to serwis (...) montował w kwietniu 2013 r. nowe urządzenie. O częstotliwości niezwłocznie zgłaszanych przez powoda problemów świadczy chociażby mnogość połączeń telefonicznych wykonywanych do pozwanego i serwisantów K.. Zaprzeczył również, aby od dnia 27.06.2012 r. „urządzenie było sprawne i działało bez zastrzeżeń” do dnia 13.08.2012 r. Skoro aparat zawierał wadę fabryczną, to nie mógł być eksploatowany przez powoda w sposób zgodny z jego przeznaczeniem. W okresie od czerwca do listopada 2012 r. wykonał jedynie 14 zdjęć. Zanegował również stanowisko że to z winy powoda doszło do tak późnej wymiany aparatu na nowy. Odnośnie wyliczenia straty wskazał, że ceny za wykonanie poszczególnych zdjęć kształtują się na poziomie jednej z najniższych panujących na rynku. Powód opierał się na prowadzonej w jego praktyce medycznej dokumentacji, a także na adnotacjach czynionych w stosunku do osób nie będących jego pacjentami. Wielu pacjentów, którzy chcieli wykonać zdjęcia panoramiczne i tomograficzne musiał odesłać. Do dnia dzisiejszego pacjenci ci nie powrócili.

W piśmie procesowym z dnia 3 grudnia 2013 r. pozwany podtrzymał twierdzenia oraz wnioski dowodowe, kwestionując zasadność roszczeń powoda tak co do zasady, jak też co do wysokości. Wskazał, że powód zgadzał się na dokończenie regulacji maszyny po 6 czerwca 2012 r., strony nie ustaliły kiedy ma to nastąpić, jednocześnie pozwany miał na uwadze, że urządzenie nowego gabinetu dentystycznego jest cały czas w toku i w dacie montażu sprzętu gabinet jeszcze nie funkcjonuje. Pozwany nie był wzywany przez powoda do dokończenia kalibracji aparatu w okresie między jego montażem a 27 czerwca 2012 r. Powyższe potwierdza również fakt, że firma pozwanego w ostatnich dniach miesiąca czerwca 2012 r. pomagała powodowi przy przenoszeniu starego unitu do nowej siedziby wykonywania działalności. Zasygnalizował również, że odczyt wykonanych aparatem zdjęć ma charakter rzeczywisty, zaś wiele wątków poruszonych w pismach procesowych powoda, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, niektóre poddają w wątpliwość zasadność pozwu.

Sąd Rejonowy w K. wyrokiem z dnia 9 października 2015 r. sygn. akt V GC 215/13 w pkt I zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 13.864,34 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 7 maja 2013 r. do dnia zapłaty, w pkt II w pozostałym zakresie powództwo oddalił oraz w pkt III zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 934,50 zł. tytułem kosztów procesu.

Dokonując ustaleń faktycznych Sąd Rejonowy wskazał, że w dniu 22 grudnia 2011 r. powód nabył od pozwanego ( autoryzowanego dystrybutora (...) Spółka z o. o.) „urządzenia stanowiące wyposażenie gabinetu stomatologicznego wraz z oprzyrządowaniem firmy (...), G., L. dobrane i skompletowane w sposób zapewniający ich prawidłowe działanie, opisane w specyfikacji, stanowiącej Załącznik nr 1 do umowy”. Integralną część umowy stanowiły załączniki : specyfikacja urządzeń, szczegółowy opis przyłączenia do mediów, harmonogram dostaw urządzeń, oświadczenie sprzedawcy. Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do umowy przedmiotem nabycia był m. in. cyfrowy aparat (...)700 2D i 3D. Zgodnie z treścią § 2 ust. 4 umowy pozwanego obciążał obowiązek dostarczenia, zainstalowania, uruchomienia i wydania urządzeń gotowych do eksploatacji w terminie uzgodnionym z powodem wg załączonego harmonogramu( załącznik nr 3 do umowy). Harmonogram ten wskazywał terminy dostaw każdego z urządzeń będących przedmiotem umowy. Zgodnie z nim cyfrowy aparat (...)700 2D i 3D miał zostać dostarczony do powoda do dnia 15 marca 2012 r. Na wyraźną prośbę powoda ( z przyczyn niezawinionych przez pozwanego), termin instalacji urządzenia został przesunięty na czerwiec 2012 r. W dniu 6 czerwca 2012 r. urządzenia zostały zamontowane w gabinecie powoda. Powód potwierdził na dokumencie przekazania - gwarancji, że „sprzęt stomatologiczny został doręczony w dobrym stanie technicznym i jest w pełni sprawny”. Jednocześnie jednak, instalator zaznaczył, że

„panorama wymaga dokończenia kalibracji”. Wspólnie z powodem ustalili przeprowadzenie pełnej kalibracji, która co do zasady miała przynieść pełną funkcjonalność urządzenia, w terminie późniejszym, nie precyzując jednak konkretnie owego terminu. Tym samym uznać należy, że w sposób dorozumiany, strony odłożyły w czasie moment pełnego oddania urządzenia. Zamontowane urządzenie okazało się być wadliwe, a wada w produkcie tkwiła już w chwili wydania. Powód wielokrotnie zgłaszał usterkę pozwanemu, który naprawiał ją zdalnie, lub na miejscu w C.. Naprawy te jednak skutkowały jedynie krótkotrwałą poprawą sytuacji, nie eliminując usterki. Powód zirytowany brakiem skutecznej naprawy wystąpił do K. Polska o zmianę serwisanta. Po tym sygnale, nieskuteczne naprawy na miejscu prowadzili również przedstawiciele dystrybutora sprzętu K. Polska. Ostatecznie pozwany zdecydował o wymianie sprzętu na nowy, wolny od wad. W dniu 3 grudnia została w formie mailowej przesłana propozycja wymiany wadliwego aparatu na nowy, stanowiąca ukonkretnienie propozycji, które padły na spotkaniu w C. w dniu 30 listopada 2012 r. Urządzenie jest na stanie magazynowym i jest dla niego zarezerwowane do dnia 10 grudnia 2012 r. W piśmie zawarto również propozycję dodatkowych gratyfikacji dla powoda. Powyższe nie znalazło akceptacji powoda domagającego się uiszczenia nadto odszkodowania i zadośćuczynienia. Wymiana urządzenia na nowe nastąpiła ostatecznie w dniu 9 kwietnia 2013 r. Usterka wpływała na jakość pracy powoda, powodowała również straty, zmniejszała bowiem zyski, które mógł on osiągnąć powód z prowadzonej działalności. Strata ta wynosiła 83,02 zł. dziennie.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Rejonowy przyjął, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie jedynie w części. Wskazał, że urządzenie niewątpliwie posiadało wadę fabryczną, która ostatecznie, po wielokrotnie dokonywanych naprawach, skłoniła stronę pozwaną oraz dystrybutora sprzętu do jego wymiany na wolny od wad. Uznać zatem należy, że wada była istotna, nieusuwalna, a zatem wszystkie zgłaszane przez powoda usterki i awarie urządzenia, miały charakter rzeczywisty. Odnośnie zapłaty kary umownej Sąd wskazał, że strony zastrzegły ( w § 6 ust. 2) karę umowną w przypadku nie wywiązania się przez sprzedającego z terminu realizacji przedmiotu umowy określonego w § 2 ust. 4 umowy. Ten zaś był sformułowany w sposób następujący: sprzedawca zobowiązuje się do dostarczenia, zainstalowania, uruchomienia i wydania urządzeń gotowych do eksploatacji (...). Serwis, między innymi, przymocuje urządzenia do podłogi w sposób fachowy, zapewniający bezpieczne używanie przez lekarza i pacjenta oraz podłączy urządzenia do przyłącza mediów wykonanego przez kupującego (...).

Sąd Rejonowy przyjął, że nie doszło uchybienia w/w terminowi. Pełną instalację sprzętu strony ustaliły rzeczywiście na koniec czerwca 2012 r. Jednakże Sąd wskazał, że gdyby, jak chce powód, w dacie 6 czerwca 2012 r. „żadne z urządzeń nie było gotowe do eksploatacji”, a natychmiastowa ich używalność miałyby mieć dla niego istotne znaczenie, to przecież w sposób oczywisty domagałby się natychmiastowej realizacji przyjętych na siebie przez pozwanego zobowiązań. Tymczasem nie przedłożył powód żadnego dokumentu, ponaglącego pozwanego do zakończenia prac, wskazującego, iż brak ukończenia uniemożliwia mu wykonywanie działalności. Co więcej, z przedłożonych wydruków bilingów wynika, że w okresie od 9.06. do 19.06.2012 r. powód nie kontaktował się drogą telefoniczną ani z pozwanym, ani z serwisantem. Powyższe w ocenie Sądu koresponduje z twierdzeniami strony pozwanej, że powód nie był przygotowany na prowadzenie pełnej działalności leczniczej w C.. Sam powód zeznał, że jego gabinet w C. funkcjonował od lipca 2012 r.

W tym stanie rzeczy, brak było jakichkolwiek podstaw do orzekania żądanej kary umownej zastrzeżonej w § 2 ust. 2 umowy w zw. z § 2 ust. 4 umowy. Sprzedawca bowiem dostarczył w terminie uzgodnionym, zainstalował, uruchomił i wydał kupującemu urządzenie gotowe do eksploatacji. O tym w ostateczności przesądza przecież także przyjęcie przez kupującego „Dokumentu przekazania – Gwarancji” ( k. 20 ). Od tego momentu, sprzedający nie był już odpowiedzialny za dostawę, zainstalowanie ( etc. ) zakupionego sprzętu, ale odpowiadał za jego wady.

Odnośnie zadania zapłaty odszkodowania Sąd Rejonowy wskazał natomiast, że niewątpliwie w chwili wydania ( odbioru ) urządzenie posiadało wadę wpływającą na jakość pracy urządzenia, co uzewnętrzniało się w koniczności dokonywania wielokrotnych napraw, tak stacjonarnie, jak i poprzez tzw. zdalny pulpit. Zasadniczym pytaniem, na które zatem należało odpowiedzieć, jest, czy sprawność ( a w zasadzie wadliwość urządzenia ), miała wpływ na wielkość uzyskiwanych przez powoda dochodów (strata ), a jeśli tak, to czy pozwany wykonał wszystkie spoczywające na nim – jako gwarancie jakości sprzętu, względnie jako odpowiedzialnego z tytułu rękojmi za wady towaru – obowiązki.

Zgodnie z art. 471 k.c., dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zatem, w ocenie Sądu, ocena działań pozwanego jako podmiotu odpowiedzialnego za nieawaryjne działanie urządzenia, pozwolić może na zasądzenie dochodzonego roszczenia ( przy wykazaniu istnienia szkody ). W ocenie Sądu, wadliwe urządzenie niewątpliwie przyczyniło się do nieosiągnięcia zakładanych przez powoda zysków z prowadzonej działalności.

Jednak dokonanego przez powoda wyliczenia nie można uznać za miarodajne dla ustalenia rzeczywistej szkody, a które za okres od 12 czerwca 2012 r. do 18 marca 2013 r. zawiera potencjalną możliwość wykonania 189 zdjęć panoramicznych przy użyciu aparatu cyfrowego u nowo przyjętych pacjentów ( 15.120 zł. ), 49 zdjęć panoramicznych u stałych klientów gabinetu ( 3. 920 zł. ), 47 zdjęć osób kierowanych przez inne placówki ( 3.760 zł. ), 28 zdjęć tomograficznych potrzebnych do implantologii oraz usunięcia zębów zatrzymanych ( 8.120 zł. ). Powód podał również, iż z uwagi na brak możliwości wykonania zdjęć panoramicznych potrzebnych do kompleksowego wykonania dużych uzupełnień protetycznych w porcelanie na metalu i uzupełnień pełnoceramicznych, pacjenci zrezygnowali w wykonania uzupełnień, przez co poniósł stratę w wysokości 19.680 zł., zaś trzech pacjentów ze względu na brak możliwości wykonania zdjęć panoramicznych oraz tomograficznych do implantologii, zrezygnowało z wykonania zabiegu ( strata 11.580 zł. ). Wyliczenie to jest w ocenie Sądu Rejonowego arbitralne, nie poparte jakimikolwiek dowodami. Nie wykazuje zatem powód rzeczywistej możliwości i potrzeby wykonywania takiej ilości i konkretnego rodzaju zdjęć. Nadto skoro powód jak twierdzi, nie wykonał konkretnych zabiegów, za które mógł uzyskać wynagrodzenie, to nie poniósł też znacznych kosztów z nimi związanych. W ocenie Sądu miarodajnymi dla określenia wielkości straty dziennej wynikającej z wadliwego urządzenia, są wnioski płynące z opinii biegłej. Analiza udostępnionych przez strony materiałów źródłowych, pozwoliła na przyjęcie jej w wysokości 83,02 zł. dziennie.

Sąd Rejonowy wskazał na element zawinięcia po stronie pozwanego, którego powinnością jako gwaranta było dokonywanie takiej diagnostyki sprzętu, która jednoznacznie wskazywałaby usterkę urządzenia oraz przeprowadzenie skutecznej naprawy. Skoro przez okres kilkumiesięczny, wszystkie zabiegi nie przyniosły oczekiwanego rezultatu w postaci zdiagnozowania usterki, jak i wtórnie jej usunięcia, to nie można mówić o braku zawinięcia z jego strony. Pozwany nie wykazał w trakcie postępowania dowodowego, że nienależyte wykonanie było następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi. Z całokształtu materiału dowodowego zdaje się płynąć wniosek wręcz przeciwny. Skoro bowiem dostrzegał, że wykonywane naprawy nie przynoszą rezultatu, w sposób oczywisty winien podjąć starania celem pełnej diagnostyki urządzenia i pewnego stwierdzenia przyczyn usterki, a nie zadowalać się tymczasowym uruchomieniem wadliwego sprzętu.

W ocenie Sądu, odpowiedzialność odszkodowawcza pozwanego jest jednak w realiach niniejszej sprawy ograniczona czasowo, a ostatnim momentem czasowym, do którego można ją liczyć jest dzień 10 grudnia 2012 r. W dniu 30 listopada 2012 r. odbył się spotkanie na którym zaoferowano całkowitą wymianę urządzenia do dnia 10 grudnia 2012 r., a żaden dowód nie wskazuje, że termin ten nie mógłby być przez pozwanego dochowany. Skoro tej oferty powód nie przyjął, to godził się tym samym, na dalsze powiększanie doznawanej straty. Domaganie się odszkodowania za okres po 10 grudnia 2012 r. byłoby nadużyciem prawa. Sąd przyjął, że odpowiedzialność odszkodowawcza ciąży na pozwanym za okres od 27 czerwca 2012 r. do 10 grudnia 2012 r. czyli za 167 dni, co przy wyliczeniu dziennej straty w wysokości 83,02 zł. daje kwotę 13.864,34 zł. Sąd Rejonowy stanął na stanowisku, że wbrew odmiennym twierdzeniom pozwanego nie jest możliwym uwzględnienie „częściowej” funkcjonalności urządzenia, tudzież przyjęcie późniejszej daty początkowej wadliwości, skoro oczywistym jest, że wada tkwiła w urządzeniu, a wszelkie zabiegi nie przynosiły rezultatu. O wielokrotności kontaktów powoda z serwisem świadczą dobitnie bilingi telefoniczne. Ostatecznie Sąd orzekł jak w pkt I i II wyroku, w oparciu o art. 471 k.c. w zw. z art. 481 § 1 i 2 k. c. Rozstrzygając w przedmiocie kosztów, na podstawie art. 100 kpc, Sąd rozdzielił je stosunkowo.

Powyższy wyrok Sądu Rejonowego **zaskarżył apelacją powód** w części oddalającej powództwo, a to co do kwoty 21 135,66 zł. wraz z ustawowymi odsetkami i co do pkt III w zakresie kosztów procesu.

Na podstawie art. 368 § 1 pkt 2 zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią materiału dowodowego , a to:

a) art. 233 § 1 kpc i art. 227 kpc przez przekroczenie swobodnej oceny dowodu i pominięcie faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie, a w szczególności:

I. przyjęciu, iż od dnia 10.12.2012 r. pozwany rzeczywiście był gotów wymienić urządzenie na nowe wolne od wad oraz zadośćuczynić powodowi żądaniu odszkodowawczemu w kwocie 20 000 zł. z dowodu w postaci zeznań pozwanego i świadków, skutkiem czego Sąd błędnie ustalił, iż odpowiedzialność odszkodowawcza ciąży na pozwanym jedynie do dnia 10.12.2012 r. , podczas gdy materiał zgromadzony w sprawie (pisma wymieniane pomiędzy stronami i spółką (...)) w okresie od 7.10.2012 r. do 15.04.2013 r.) wyraźnie wskazuje, iż wiele pism kierowanych od powoda do pozwanego pozostawało bez odpowiedzi i chęci polubownego załatwienia sporu. Powyższe dokumenty wskazują również, że to pozwany przedłużał termin wymiany urządzenia na wolne od wad , unikał odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania, nie dostarczył powodowi urządzenia zastępczego,

II. pominięciu przez Sąd I instancji przy ocenie zasadności kary umownej w kwocie 6 846 zł. wynikającej z § 6 ust. 2 w zw. z a§ 2 ust. 4 zawartej pomiędzy stronami umowy , okoliczności bezspornej , iż urządzenie (...) 700 od samego początku było niesprawne i posiadało wadę fabryczną,

b) art. 217 kpc w zw. z art. 227 kpc poprzez oddalenie wniosku dowodowego powoda o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego sądowego z zakresu księgowości i finansów na okoliczność ustalenia wysokości utraconych korzyści przez powoda na skutek dostarczenia mu wadliwego urządzenia przy zastosowaniu metody wyliczeniowej but-for , która zdaniem strony powodowej jest najbardziej adekwatną metodą wyliczeniową w zaistniałym stanie faktycznym,

c) art. 100 kpc poprzez nieprawidłowe stosunkowe rozdzielanie kosztów polegające na uwzględnieniu kosztów poniesionych przez stronę pozwaną w wysokości 3 617 zł. przy obliczaniu kosztów podlegających zwróceniu stronie powodowej wyliczonych od wygranej części powództwa, podczas gdy prawidłowe zastosowanie art. 100 kpc przez Sąd I instancji doprowadziłoby do zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kwoty 1 886 ,72 zł. , z uwagi na to, iż zastawanie metody stosunkowego rozdzielania kosztów polega na zwróceniu stronie wygrywającej proces (powodowi) tylko należnych jej kosztów procesu, a więc wyliczonych od wygranej części powództwa (22 %), bez potrącania kosztów należnych stronie przeciwnej (tak też wyrok SN z 23.10.1969 r. I CR 186/69 , Lexis Nexis , postanowienie SN z 10.03.1972 r. II CZ 6/72, uchwała składu 7 sędziów SN z 27.11.1967 r. III CZP 114/66,)

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku polegający na:

a) błędnym przyjęciu przez Sąd I instancji, że strony w sposób dorozumiany odłożyły w czasie moment pełnego oddania urządzenia (...)700 z dnia 6.06.2012 r. na dzień 27.06.2012 r., podczas gdy w rzeczywistości to pracownicy pozwanego oznajmili powodowi , iż w dniu 6.06.2012 r. przerywają montaż urządzeń powoda z uwagi na zbliżające się święto Bożego Ciała oraz długi weekend, a także nieumiejętność poradzenia sobie z dokończeniem kalibracji urządzenia i koniecznością skontaktowania się z producentem (był to ich pierwszy montaż rządu tego typu) – co potwierdzają zeznania pracownika pozwanego M. K., a także H. P. i powoda,

b) błędnym przyjęciu przez Sąd I instancji , iż pierwsze przesunięcie terminu montażu urządzeń nie było dokonane w formie pisemnej, a co pozostaje w sprzeczności zalegającymi w aktach sprawy e-mailami z dat 17.05.2012 r. i 18.05.2012 r. , w których to strony uzgadniają, że w związku z opóźnieniem robót budowlanych termin montażu urządzeń przesuwają na dzień 4.06.2012 r. Zatem wszelkie przesunięcia terminu montażu urządzeń dokonywane były w formie pisemnej. Z kolei powyższe doprowadziło Sąd I instancji do błędnego ustalenia, że odpowiedzialność odszkodowawcza ciąży na pozwanym od dnia 27.06.2012 r. tymczasem w przedmiotowym stanie faktycznym odpowiedzialność ta ciąży na pozwanym od dnia 6.06.2012 r. ,

c) błędnym przyjęciu przez Sąd I instancji, że odpowiedzialność odszkodowawcza ciąży na pozwanym do dnia 10.12.2012 r. , tymczasem w przedmiotowym stanie faktycznym odpowiedzialność ta ciąży na pozwanym do dnia 9.04.2013 r. Do powyższego wniosku doprowadziły Sąd I instancji m.in.:

I. błędne ustalenie, że w trakcie trójstronnego (powoda, pozwanego i przedstawiciela firmy (...) sp. o.o.) spotkania w C. w dniu 30.11.2012 r. pozwany zaproponował powodowi wymienić uszkodzony przedmiot na wolny od wad, a następnie również uiścić tytułem odszkodowania i zadośćuczynienia kwotę 20 000 zł. , podczas gdy z dokumentów zalegających w aktach sprawy wynika, iż w ramach rekompensaty powodowi zostało wówczas zaproponowane: przedłużenie gwarancji na urządzenia (...)700 (wynikające z art. 581 kc) przeszkolenie powoda w zakresie pracy z mikroskopem L. (...) (wnikające z umowy z § 1 ust. 3.3. ) publikacja artykułu w kwartalniku K. V. (niemające żadnej wartości dla powoda) , a także , jak wynika to z zeznań pozwanego, zestaw haków do chirurgii i endodoncji (o wartości ok. 3 000 zł). Natomiast propozycja zapłaty odszkodowania została przedstawiona powodowi dopiero w piśmie pełnomocnika K. sp. o.o. w dniu 1.03.2013 r. ,

II. pominięcie okoliczności , iż powód podejmował próby odstąpienia od umowy sprzedaży zawartej z pozwanym w zakresie urządzenia (...) 700 z uwagi na brak wymiany wadliwego urządzenia na nowe (pisma powoda z dnia 7.10.2012 r. i 20.01.2013 r. )

W oparciu o tak sformułowane zarzuty na podstawie art. 386 § 1 kpc w zw. z art. 368 § 5 kpc wniósł o :

1. uchylenie zaskarżonego wyroku w części oddalającej powództwo ponad kwotę 13 864,34 zł. w zakresie w jakim Sąd oddalił powództwo co do kwoty 21 135,66 zł. i przekazanie w tym zakresie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania , pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego

2. ewentualnie na wypadek uznania przez Sąd , że nie zachodzi podstawa do uchylenia zaskarżonego wyroku w części, o:

a) zmianę zaskarżonego wyroku w części oddalającej powództwo ponad kwotę 13 864,34 zł. wraz z ustawowymi odsetkami od tej kwoty od dnia wniesienia powództwa (t.j. 7.05.2013 r. ) do dnia zapłaty oraz w części rozstrzygającej o kosztach procesu , t.j. pkt II i III zaskarżonego wyroku , poprzez uwzględnienie powództwa także co do kwoty 21 135,66 zł. wraz z ustawowymi odsetkami od tej kwoty od dnia 7.05.2013 r. do dnia zapłaty,

b) zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przypisanych.

Ponadto na podstawie art. 380 kpc wniósł o rozpoznanie przez Sąd II instancji postanowienia Sądu I instancji z dnia 25.09.2015 r. oddalającego wniosek powoda zgłaszany w pismach procesowych z dnia 30.09.2014 r., 9.02.2015 r. , 15.06.2015 r. , a także na rozprawie w dniu 25.09.2015 r. o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego sądowego z zakresu księgowości i finansów , na okoliczność ustalenia wysokości korzyści utraconych przez powoda na skutek dostarczenia mu przez pozwanego wadliwego urządzenia (...)700 , w szczególności weryfikacji wyliczenia odszkodowania jakiego żąda powód.

Wyrok zaskarżył **apelacją także pozwany** w części zasądzającej od pozwanego na rzecz powoda kwotę 13 864,34 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 7 maja 2013 r. do dnia zapłaty t.j. co do pkt I wyroku.

Pozwany zarzucił naruszenie przepisów postępowania, które miały istotny wpływ na wynik sprawy, t.j. :

1) art. 227 kpc, art. 217 § 1 i 2 kpc oraz art. 278 § 1 kpc przez oddalenie wniosku dowodowego pozwanego o dopuszczenie dowodu z dodatkowej opinii biegłego o specjalności księgowość i finanse (zgłoszonego w piśmie procesowym pozwanego z dnia 15 czerwca 2015 r. – k. 340- 340 v., ponowionego na rozprawie w dniu 25 września 2015 r. – k. 361) pomimo, że miała ona istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy , w tym ustalenia czy na podstawie złożonych przez powoda do akt dokumentów możliwe jest ustalenie wysokości korzyści utraconych przez niego na

skutek dostarczenia wadliwego urządzenia (...)700 czy też ustalenie szkody w tym zakresie w ogóle nie jest możliwe , jak również dla odpowiedzi na stawiane przez strony w pismach (zarzutach do opinii biegłego) pytania, na które biegły nie potrafił udzielić odpowiedzi (lub odpowiedzi te były zbyt ogólnikowe) w toku przesłuchania na rozprawie w dniu 25 września 2015 r. ,

2) art. 227 kpc, art. 217 § 1 i 2 kpc poprzez bezpodstawne oddalenie wniosku zgłoszonego w pkt 6 pisma procesowego pozwanego z dnia 3 grudnia 2013 r. (k. 124-148) o zobowiązanie powoda do złożenia dokumentacji potwierdzającej odbiór gabinetu dentystycznego przez właściwe organy sanitarne i przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów na okoliczność ustalenia zakresu szkody, której naprawienia mógł domagać się powód od pozwanego i ograniczenie się tym zakresie do złożonego przez powoda protokołu kontroli sanitarnej (k. 259-260) podczas gdy wnioski ten pozwany ponowił i doprecyzował na rozprawie w dniu 25 września 2015 r. (k. 361) a przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów było niezbędne bowiem zmierzało do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, w sytuacji gdy okoliczność sporna między stronami będąca przedmiotem dowodu - nie została dostatecznie wyjaśniona (nie ustalono jednej z kluczowych dla sprawy kwestii t.j. od kiedy realnie powód mógł wykorzystać kupione urządzenie do prowadzonej działalności i kiedy mógł z niego odnosić korzyści – zatem dla wykazania również okresu, w którym za powstałą szkodę mógł ewentualnie odpowiadać pozwany ),

3) art. 233 § 1 kpc na skutek wadliwej, sprzecznej z zasadami doświadczenia życiowego i regułami wnioskowania oceny materiału dowodowego, wyrażającej się w:

- uznaniu, że przeprowadzony w toku postępowania dowód z opinii biegłego z zakresu księgowości i finansów może posłużyć dla ustalenia wysokości szkody (lub utraconych korzyści) jaką powód poniósł bezpośrednio w wyniku wadliwości zakupionego u pozwanego towaru podczas gdy wyliczenie dokonane przez biegłego nie mogło posłużyć do dokonania ustaleń w sprawie wobec swej wadliwości, na którą to wadliwość zwracała uwagę strona pozwana w toku postępowania, co w konsekwencji poskutkowało błędnymi ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę rozstrzygnięcia sprawy,

- przyjęciu przez Sąd, że przy ustalaniu wysokości szkody , za którą odpowiadać miałby względem powoda pozwany nie jest możliwe uwzględnienie częściowej funkcjonalności urządzenia – aparatu (...) 700 2D i 3D , którą to urządzenie oznaczało się w poszczególnych okresach bowiem zdaniem Sądu I instancji aparat dotknięty był wadą fabryczną, a to znosiło całkowicie możliwość korzystania z niego zgodnie z przeznaczeniem podczas gdy z akt sprawy jasno wynika , że w poszczególnych okresach można było wykonywać określone czynności za pomocą urządzenia zaś samo powstrzymanie się od korzystania z niego i czerpania z tego korzyści było decyzją powoda, za co pozwany nie może ponosić odpowiedzialności

-dowolnym przyjęciu , że pozwany poczuwając się do odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną wadliwością sprzedanego urządzenia na etapie przedprocesowym oświadczył o gotowości do zapłaty na rzecz powoda kwoty 20 000 zł. podczas gdy ze strony pozwanego nigdy taka propozycja nie padła – w aktach sprawy niema dowodu wskazującego jakoby tak właśnie miało być, przy czym nie można wnioskować o wyrażeniu takiego stanowiska przez pozwanego ze złożonego do akt pisma pełnomocnika spółki (...) sp. o.o. z dnia 1.03.2013 r. w którym firma przedstawiła propozycję ugodową,

- błędnym przyjęciu , że waz z niekwestionowaniem przez pozwanego istnienia wady sprzedanego urządzenia w chwili wydania go powodowi pozwany nie kwestionował swej odpowiedzialności za szkodę spowodowaną wadą urządzenia, podczas gdy w toku postępowania pozwany wykazał, że nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności , za które nie ponosi odpowiedzialności.

Naruszenie prawa materialnego, t.j.:

4) art. 471 kc w zw. z art. 6 kc poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że powód udowodnił istnienie szkody z tytułu nienależytego wykonania umowy przez pozwanego jak również jej zakres, a tym samym wypełnił zobowiązanie wynikające z art. 6 kc – udowodnił fakty i okoliczności , które podnosił w ramach przedmiotowego



postępowania , pomimo kwestionowania tych faktów i okoliczności oraz twierdzeń przez pozwanego – podczas gdy powód w rzeczywistości nie udowodnił ani wysokości poniesionej szkody też związku przyczynowego warunkującego przypisanie pozwanemu odpowiedzialności za tę szkodę (przy jednoczesnym pominięciu faktu, iż pozwany udowodnił, że nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności w związku z czym powództwo powinno zostać oddalone w całości.

Na podstawie art. 368 § 1 pkt 5 kpc wniósł o :

- zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części przez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania w obu instancjach ewentualnie o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego,

Ponadto wniósł na podstawie art. 380 kpc o :

- rozpoznanie przez Sąd II instancji postanowienia Sądu Rejonowego w K.V Wydział Gospodarczy z dnia 25 września 2015 r. oddalający wniosek dowodowy pozwanego zgłoszony w pkt 6 pisma z dnia 3 grudnia 2013 r. (k. 124-148) ponowiony i doprecyzowany na rozprawie w dniu 25 września 2015 r. k. 361 , o zobowiązanie powodowa do złożenia decyzji – zezwolenia na uruchomienie pracowni RTG oraz urządzenia RTG w miejscowości C. wydanych przez Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego w R. i dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów na okoliczność daty dopuszczenia gabinetu powoda do użytku oraz najwcześniejszego momentu, od którego powód mógł zacząć praktykę w nowym gabinecie a tym samym chwili, z którą mógł rozpocząć korzystanie z zakupionego urządzenia, dla wykazania baku po stronie powoda szkody, za którą mógłby być odpowiedzialny pozwany,

- rozpoznanie przez Sąd II instancji postanowienia Sądu Rejonowego wK. V Wydział Gospodarczy z dnia 25 września 2015 r. oddalający wniosek dowodowy pozwanego zgłoszony w piśmie procesowym z dnia 15 czerwca 2015 r. – k. 340 – 340 v , ponowiony na rozprawie w dniu 25 września 2015 r. – k. 361 o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu księgowości i finansów, celem ustalenia czy na podstawie akt sprawy, a tym wszelkiej dokumentacji księgowej złożonej do akt możliwe jest ustalenie tego, jakie korzyści utracił powód w związku z dostarczeniem mu wadliwego urządzenia RTG – w razie odpowiedzi pozytywnej – ustalenie również wysokości korzyści utraconych przez powoda na skutek dostarczenia mu wadliwego urządzenia (...) 700 bez wyliczenia utraconych korzyści w związku z całym zakresem prowadzonej przez powoda działalności gospodarczej

Poprzez ich zmianę i dopuszczenie zawnioskowanych dowodów oraz przeprowadzenie zawnioskowanych dowodów przez Sąd II instancji.

**W odpowiedzi na apelację** powoda **pozwany** wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania, w uzasadnieniu polemizując z zarzutami apelacji powoda , przytaczając argumentację na poparcie swojego wniosku.

**W odpowiedzi na apelację** pozwanego **powód** wniósł o jej oddalenie w całości i o zasądzenie kosztów postępowania w uzasadnieniu polemizując z zarzutami apelacji pozwanego , przytaczając argumentację na poparcie swojego wniosku.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Sąd Okręgowy rozpoznając apelację pozwanego i powoda w niniejszej sprawie nie dopatrył się naruszenia przez Sąd Rejonowy wymienionych w obu apelacjach przepisów.

Sąd I instancji nadto prawidłowo ustalił stan faktyczny, uwzględnił materiał sprawy zgromadzony zgodnie z regułami postępowania dowodowego, dokonał prawidłowej jego oceny, następnie wyciągnął z niego wnioski logicznie uzasadnione. W uzasadnieniu przedstawił w przekonujący sposób motywy swego rozstrzygnięcia oraz

argumentację na poparcie swego stanowiska. Dlatego też ustalenia Sądu Rejonowego, jak również podstawy rozstrzygnięcia, Sąd Okręgowy przyjął za własne.

nie zasługiwała na uwzględnienie.

Za niezasadne należało uznać zarzuty dotyczące nieuwzględnionego roszczenia o zapłatę z tytułu kary umownej.

W przedmiotowej sprawie kara umowna /art. 483 kc / została zastrzeżona w § 6 ust. 2 w zw. z § 2 ust. 4 umowy t.j. na wypadek niewywiązania się przez sprzedawcę z terminu realizacji umowy w postaci dostarczenia, zainstalowania, uruchomienia i wydania urządzeń gotowych do eksploatacji w terminie uzgodnionym z powodem wg załączonego harmonogramu. Kara umowna jest zryczałtowanym odszkodowaniem ex contractu, co ma ten skutek, że przesłanki jej wymagalności określają ogólne przesłanki kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej w tym art. 471 kc. W przedmiotowej sprawie faktem jest, iż sporne urządzenie nie zostało zainstalowane, uruchomione i wydane w stanie gotowym do eksploatacji w dacie 6 czerwca 2012 r., a to z uwagi na niedokonanie w tym dniu jego kalibracji. Jednocześnie jednak pozwany zwolnił się z domniemania zawinienia /art. 471 kc w zw. z art. 472 kc/. Niezasadnym przy tym był zarzut apelacji powoda , a to co do błędnych ustaleń faktycznych w zakresie okoliczności i przyczyn dokonania przez pozwanego kalibracji dopiero w dniu 27 czerwca 2012 r. Nie został tym samym naruszony art. 233 kpc. W sprawie nie zachodzi dysharmonia pomiędzy materiałem dowodowym a konkluzją, do której doszedł Sąd na skutek przeanalizowania dowodów. Ocena materiału dowodowego dokonana przez Sąd Rejonowy nie koliduje z zasadami doświadczenia życiowego lub regułami logicznego wnioskowania, a takie tylko argumenty mogą jedynie być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu. Sąd I instancji wskazał w przekonywujący sposób przyczyny, dla jakich nie dał wiary zeznaniom świadka H. P. i powoda na okoliczność brak zgody powoda na przesunięcie ostatecznej instalacji urządzenia w czasie w sposób zapewniający jej pełną funkcjonalność. Powyższe nie wynika także wbrew zarzutom apelacji z zeznań świadka M. K., który co prawda przyznaje, że przy montażu był problem z kalibracją maszyny, do zakończenia montażu potrzebnym mu było więcej czasu. Jednocześnie jednak świadek ten wprost wskazuje, że przesunięcie terminu nastąpiło po uzgodnieniu tego z powodem. Termin ten nie został uzgodniony w dniu 6 czerwca 2012 r. konkretnie , ale miało to być właśnie około trzech tygodni. Dodatkowo wskazać należy na dowód z bilingów, z których wynika, iż powód nie kontaktował się z pozwanym od daty 6 czerwca 2012 r. do czasu kalibracji. Skoro powód nie wzywał do zakończenia instalacji, oznaczało to, iż musiał się godzić na przesunięcie terminu. Powyższe było wiarygodnym w świetle okoliczności, iż gabinet powoda nie był jeszcze w czerwcu 2012 r. gotowy. Z zeznań świadka wynikało, iż w dacie ostatecznej instalacji , tj. w dniu 27 czerwca 2012 r. przewoził powodowi fotel z dotychczasowego gabinetu do nowego.

Zachowanie dłużnika polegające na naruszeniu treści zobowiązania, niezależnie od rodzaju i rozmiaru tego naruszenia lub sposobu, w jaki do niego doszło, rodzi w świetle art. 471 kc odpowiedzialność kontraktową dłużnika, jeżeli objęte jest okolicznościami, za które ponosi on odpowiedzialność. Jeżeli zakres odpowiedzialności dłużnika nie jest zmodyfikowany przez ustawę, czynność prawną lub umowę to okolicznością, za którą dłużnik jest odpowiedzialny, jest niezachowanie przez niego należytej staranności /art. 472 kc/. Stąd można twierdzić, że odpowiedzialność kontraktowa jest odpowiedzialnością opartą na zasadzie domniemania winy. Jednym z elementów inny jest wadliwość postępowania w znaczeniu podmiotowym, subiektywnym. Przejawia się ona w podjęciu i przeprowadzeniu przez dłużnika decyzji, którą oceniamy jako niewłaściwą w danych okolicznościach. W przedmiotowej sprawie nie można zaś postawić pozwanemu zarzutu zawinienia w niedokonaniu kalibracji już w dniu 6 czerwca 2012 r., skoro to sam powód zezwolił na odroczenie terminu ostatecznej kalibracji urządzenia.

Kolejną kwestią jest, iż w sprawie spornym było pojęcie urządzenia „gotowego do eksploatacji”. Niezasadnym był zarzut apelacji powoda wskazujący na wadliwość fabryczną urządzenia, która to okoliczność wykluczała uznanie urządzenia za gotowe do eksploatacji. Oceniając materiał dowodowy, zwłaszcza zeznania świadków Sąd Okręgowy podzielił w całości interpretację dokonaną przez Sąd Rejonowy. Nie ulega wątpliwości, że urządzenie zostało zainstalowane. Nawet opierając się na twierdzeniach strony powodowej, że pierwsze zgłoszenie usterki nastąpiło 4 lipca 2012 r. , to jest po uruchomieniu z początkiem tego miesiąca gabinetu, zatem nastąpił jego montaż i kalibracja,

co skutkowało uznaniem, iż doszło do wydania świadczenie niepieniężnego. Nie można zatem twierdzić, że nie zostało ono oddane. Należy odróżnić sytuację wydania urządzenia gotowego do eksploatacji od jego wadliwości, która ujawniła się dopiero podczas jego eksploatacji. Pozwany kończąc montaż wraz kalibracją urządzenia, ostatecznie wydał je powodowi, tym samym realizując swój podstawowy obowiązek wynikający z umowy sprzedaży /art. 535 kc/. Powód, co nie było w sprawie sporne, przystąpił następnie do jego eksploatacji, która ujawniła wady urządzenia, co skutkowało uruchomieniem roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi. Odmiennej kategorią od wydania rzeczy jest zaś jej wadliwość. W razie ujawnienia się wady, sprzedawca jest odpowiedzialny wobec powoda z tytułu nienależytego wykonania umowy, ale nie w postaci niewydania rzeczy, ale wydania rzeczy wadliwej, a więc również w ramach odpowiedzialności odszkodowawczej za nienależyte wykonanie umowy sprzedaży. W sprawie natomiast istotnym jest, jak na to wskazał słusznie Sąd Rejonowy, że kara umowna, której zapłaty domaga się powód, nie została zastrzeżona na wypadek wadliwości wydanej rzeczy /§ 6 ust. 2 w zw. z § 2 ust. 4 umowy/. Podsumowując, niezasadne były zarzuty apelacji powoda dotyczące nieuwzględnienia przez Sąd I instancji roszczenia o zapłatę kary umownej.

Powód dochodził zapłaty także z kolejnej podstawy, a to odszkodowania obejmującego utracone korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono /art. 361 § 2 kc w zw. z art. 471 kc/. Niezasadnym był zarzut apelacji powoda naruszenia art. 217 kpc w zw. z art. 227 kpc poprzez oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie kolejnej opinii biegłego sądowego, który oszacowałby wysokość szkody w oparciu o wskazaną przez powoda metodę „but-for”. Biegła ustosunkowując się w opinii uzupełniająco i ustnej do metody zaproponowanej przez powoda wyjaśniła, iż metoda „but - for” jest zbyt hipotetyczna. Nadto prawidłowo wskazała, iż w sprawie brak jest konkretnych danych i materiału dowodowego, który w ogóle pozwoliłby zastosować tę metodę. Sąd Okręgowy miał na uwadze, iż należy wyraźnie ograniczyć szkodę w postaci *lucrum cessans* i odróżnić ją od sytuacji, w której dochodzi jedynie do utraty samej szansy uzyskania określonej korzyści majątkowej. O wystąpieniu szkody w postaci *lucrum cessans* decyduje wysoki graniczący z pewnością stopień prawdopodobieństwa uzyskania określonych korzyści, gdyby nie wystąpiło zdarzenie uznane za przyczynę szkody /wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie - I Wydział Cywilny z 2015-02-18 I ACa 1017/14/. Tym samym pomimo, że przy *lucrum cessans* z założenia przebieg zdarzeń jest tylko hipotezą, to należy mieć na uwadze, iż znaczącym jest jedynie wysokie prawdopodobieństwo utraty tych korzyści t.j. ustalenie, że utrata ta faktycznie by nastąpiła, a nie jedynie mogła nastąpić. Wymogu wysokiego prawdopodobieństwa utraty korzyści nie spełniłaby metoda będąca tylko prognozą działalności firmy, jak tego chciał powód przy uwzględnieniu uwarunkowań rynku, pozycji lidera na rynku lokalnym oraz leżących już u podłoża proponowanej prognozy tylko szacunkowych wartości dotyczących przykładowo zakładanej ilości nowych klientów. Innymi słowy nie stanowiłaby dowodu na okoliczność graniczącego z pewnością utraty korzyści metoda, która już założenia opierała się nie na konkretnych danych i faktach, ale szacunkach i hipotetycznych założeniach. Wskazać przy tym należy, że jednocześnie dla ustalenia wysokości szkody nie było miarodajnym przedłożone przez powoda samo wyliczenie zalegające w aktach sprawy /k. 14 /, jako nieoparte żadnym materiałem dowodowym. Niezasadnie powód, uzasadniając niezgłoszenie dowodu z zeznań świadków – czy to utraconych czy potencjalnych pacjentów, powoływał się na tajemnicę lekarską. W świetle przepisów kodeksu postępowania cywilnego nie było przeszkód uniemożliwiających przesłuchanie tego rodzaju świadków, a dopiero przy ich przesłuchaniu mogliby oni odmówić odpowiedzi na zadawane pytania wedle treści art. 261 § 2 kpc. Dodać należy, iż powód ani w pozwie, ani w odpowiedzi na pozew nie budował swego roszczenia odszkodowawczego na w/w zakwestionowanej przez biegłą metodzie; nie wykazał, iż miał pozycję lidera i stracił w określonym czasie, nie wykazał utraty klientów; przeciwnie; w toku postępowania przedłożył środek dowodowy w postaci zestawienia z książki przychodów i rozchodów oraz raporty fiskalne dobowe za okres niesprawnego urządzenia oraz okres po wymianie na sprawne celem wykazania wzrostu swych przychodów od momentu pracy sprawnego urządzenia. To właśnie ten materiał dowodowy ukierunkował biegłą na taką, a nie inną metodę szacowania utraconych korzyści, pozwalając w istocie na oszacowanie na jego podstawie utraconych korzyści w wysokości najbardziej prawdopodobnej.

Niezasadnym był kolejny zarzut apelacji powoda, a to błędnych ustaleń faktycznych w zakresie co do złożenia powodowi propozycji wymiany sprzętu. Sąd podzielił stanowisko Sądu Rejonowego odnośnie przedziału czasu w jakim nastąpiła utrata korzyści, za jaki pozwany ponosi odpowiedzialność i ustaleń faktycznych w tym zakresie. Wbrew stanowisku powoda w aktach sprawy zalegają liczne pisma, w tym korespondencja pomiędzy powodem

a producentem, która wskazuje jednoznacznie na konsekwentnie składane powodowi propozycje producenta, poczynszy już od spotkania w dniu 30 listopada 2012 r., następnie sprecyzowane w grudniu 2012 r., a dotyczące wymiany sprzętu na wolny od wad. Zaznaczyć należy, że odmowy przyjęcia tej propozycji nie usprawiedliwia formułowanie przez powoda roszczeń odszkodowawczych, skoro ostatecznie powód propozycję przyjął, a odrębną drogą prawną dochodził odszkodowania. Warunkiem odpowiedzialności z art. 471 kc jest adekwatny związek przyczynowy pomiędzy szkodą, a działaniem dłużnika, który został w tym przypadku zerwany wraz z propozycją wymiany sprzętu na wolny od wad. Niewątpliwie od tej daty utarta korzyści po stronie powoda nie była następstwem działań pozwanego, ale konsekwencją jego własnej decyzji. Wskazać też należy na prezentowane w doktrynie stanowisko, iż uszczerbek winien nastąpić wbrew woli poszkodowanego /Z. Radwański (Zobowiązania, s. 83; podobnie T. Wiśniewski, [w:] Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia, t. 1, s. 73/. Uznanie uszczerbku za szkodę w znaczeniu prawnym, koniecznym jest aby poszkodowany został nim dotknięty wbrew swojej woli.

Niezasadnym była apelacja w zakresie naruszenia art. 100 kpc, w jakim dotyczyła kosztów postępowania przed Sądem I instancji, który to Sąd prawidłowo dokonał stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania. Po stronie powoda, który wygrał proces w 22% na koszty złożyły się: opłata od pozwu 3140 zł, wynagrodzenie adwokackie 3600 zł, opłat skarbową od pełnomocnictwa 17 zł oraz wydatki na biegłego 1819 zł, co dało sumę 8576 zł x 22% wygranej dało kwotę 1886, 72 zł; po stronie pozwanej na koszty złożyły się: opłata skarbową 17 zł oraz wynagrodzenie adwokackie 3600 zł x 78 % wygranej dało kwotę 2821,26 zł. Kompensata w/w kwot dała kwotę kosztów procesu, jak w pkt III wyroku.

Przechodząc do **apelacji pozwanego**, ta także nie zasługiwała na uwzględnienie.

Niezasadnym był zarzut apelacji pozwanego naruszenia prawa materialnego art. 471 kc w zw. z art. 6 kc, kwestionujący wykazanie przez powoda wysokości szkody i związku przyczynowego. Niezasadnym był także zarzut naruszenia art. 233 § 1 kpc podniesiony w zakresie ustaleń faktycznych dotyczących wysokości szkody, dokonanych w oparciu o kwestionowaną opinię biegłego oraz bez uwzględnienia okresów sprawności aparatu.

Rzeczywiście to na powodzie jako poszkodowanym spoczywał ciężar dowodzenia w zakresie przesłanek odpowiedzialności pozwanego, a to nienależyte wykonanie umowy, związek przyczynowy i wysokość szkody. W niniejszej sprawie szkoda przyjęła formę utraconych korzyści, pod którym to pojęciem rozumie się różnicę w majątku poszkodowanego, który rzeczywiście istnieje po powstaniu zdarzenia powodującego szkodę, a stanem majątku hipotetycznego, pomyślanego jako stan, który by się urzeczywistnił, gdyby zdarzenie to nie nastąpiło /W. Czachórski, Zobowiązania, Zarys Wykładu Lexis Nexis 2003/.

Należy tu uwzględniać tylko takie następstwa w majątku poszkodowanego, które oceniając rzecz rozsądnie, według doświadczenia życiowego, w okolicznościach danej sprawy dałoby się przewidzieć, iż wzbogaciłyby majątek poszkodowanego /SN wyr. z 21.6.2002 r. (IV CKN 382/00, Legalis).

W przedmiotowej sprawie w świetle zasad doświadczenia życiowego, mając na uwadze, że powód miał już na rynku ugruntowaną pozycję, uzasadnionym jest założenie, iż po przeniesieniu gabinetu, jego dotychczasowa klientela nadal korzystała z jego usług. Tym samym nie rozpoczynał działalności od zera, brak zaś sprawnego urządzenia, które miało podnieść atrakcyjność świadczonych usług negatywnie wpływał na osiągnięty zysk, a który to zysk faktycznie osiągał już po wymianie sprzętu na wolny od wad.

Jednocześnie nie znajdują podstaw do uwzględnienia argumenty pozwanego, iż powód nie wykazał szkody, jako że nie jest możliwym dokładne ustalenie wartości utraconych korzyści. W sprawie winien w ocenie Sądu Okręgowego znaleźć zastosowanie art. 322 kpc, który to przepis umożliwia sądowi (tzw. ius moderandi) uwzględnienie żądania pozwu, chociaż żądana przez powoda kwota nie jest możliwa do ścisłego udowodnienia, co w przypadku braku przepisu prowadziłoby do oddalenia powództwa w tej części. Oczywiście powód musi udowodnić wszystkie pozostałe przesłanki zasadności roszczenia (np. fakt powstania szkody oraz zasadę odpowiedzialności pozwanego). Z uprawnienia zawartego w art. 322 kpc sąd może skorzystać dopiero wówczas, gdy po wyczerpaniu wszystkich dostępnych dowodów okaże się, że ścisłe udowodnienie żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione, co w sprawie miało miejsce, zważywszy na metodę prowadzenia przez powoda księgowości oraz rodzaj dochodzonego odszkodowania w postaci

utraconych korzyści (wyrok SN z dnia 26 stycznia 1976 r., I CR 954/75, LEX nr 7795). /Przemysław Telenga Komentarz do art.322 Kodeksu postępowania cywilnego/.

W efekcie Sąd powinien, kiedy fakt poniesienia szkody jest już ustalony, podjąć próbę ustalenia jej wysokości na podstawie oceny opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy. W przedmiotowej sprawie Sąd Rejonowy oparł się na opinii biegłego sądowego. Biegła opiniując wskazała, że pomimo wezwania powoda o dodatkowe dane nie jest możliwym oszacowanie kosztu jednostkowego wykonania zdjęcia. Dokonała zatem porównania okresu gdy urządzenie było sprawne i okresu jego niesprawności, opierając się na konkretnych danych, która to metoda pozwalała w najbardziej wymierny sposób ustalić hipotetyczną utratę korzyści przez powoda na skutek wadliwości urządzenia. Biegła przyjęła taką metodę, jako możliwą do przeprowadzenia w oparciu o zaofiarowany jej materiał dowodowy, a to dowód z książki przychodów i rozchodów. Dowód z opinii biegłego podlega ocenie sądu z zastosowaniem art. 233 § 1 kpc według właściwych dla przedmiotu opinii kryteriów zgodności z zasadami logiki i wiedzy powszechnej, poziomu wiedzy biegłego, podstaw teoretycznych opinii, a także sposobu motywowania oraz stopnia stanowczości wyrażonych w niej wniosków. W ocenie Sądu Okręgowego w świetle treści opinii tak pisemnej jak i uzupełniających oraz ustnej, brak było podstaw do uznania jej za niewiarygodną. W świetle powyższego w ocenie Sądu zbędnym była opinia innego biegłego sądowego na okoliczność możliwości ustalenia w oparciu o akta sprawy wysokości utraconych korzyści oraz samej wysokości tych korzyści. Potrzeba powołania kolejnego biegłego nie może być jedynie wynikiem niezadowolenia strony z niekorzystnego dla niej wydzwisku konkluzji opinii, lecz może być wyłącznie następstwem w przekonywujący sposób umotywowanej krytyki dotychczasowej opinii. Tym samym też nie doszło do naruszenia art. 227 kpc w zw z art. 217 § 1 i 2 kpc oraz art. 278 § 1 kpc.

Niezasadnym był także zarzut pozwanego w zakresie konieczności uwzględnienia przedziałów czasu, w których urządzenie rzekomo było sprawne i powód mógł z niego korzystać, w związku z czym w tym przedziale nie dochodziło do utraty korzyści. W ocenie Sądu Okręgowego należało mieć na uwadze specyfikę działalności powoda, przy uwzględnieniu której, jak też częstotliwości zgłoszeń reklamacyjnych, nie było koniecznym z jego strony wykazywanie dokładnie od dnia do dnia, kiedy urządzenie nie mogło być używane. Niespornym jest, że aparat miał wadę. Na powyższe wskazywały nie tylko ostateczna wymiana, ale też reklamacje powoda znajdujące odzwierciedlenie, co należy podkreślić, nie tylko w protokołach, ale także te zgłaszane telefonicznie. To, że takie były zgłaszane, potwierdzają tak zeznania świadków obu stron jak i bilingi telefoniczne. Należy zwrócić przy tym uwagę, na to, że pozwany podejmował się usuwania usterek zdalnie, co nie wymagało przyjazdu i nie znajdowało odzwierciedlenia w protokole. Jednocześnie z bilingów wynikało, że w lipcu 2012 r. powód kontaktował się telefonicznie z pozwanym w kolejnych dniach 7 razy , w sierpniu 5 razy, we wrześniu 3 razy, w październiku 6 razy. W świetle faktu, iż urządzenie ostatecznie okazało się wadliwe i wymagało wymiany, to zasadnym jest przy uwzględnieniu zasad doświadczenia życiowego i domniemania faktycznego wniosek, że tak częste kontakty kontrahentów nie miałyby miejsca w razie bezusterkowości urządzenia, które nie utrudniałoby w sposób znaczący korzystania z niego. Tym samym w ocenie Sądu Okręgowego zasadnym było przyjęcie utraty korzyści w całym okresie od montażu do dnia złożenia propozycji wymiany, co słusznie przyjął sąd I instancji przy szacowaniu wysokości szkody.

Jednocześnie niezasadnym był zarzut dotyczący wniosku dowodowego z decyzji Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego w R. – zezwolenia na uruchomienie pracowni RTG , jako że po pierwsze wniosek dowodowy był spóźniony, (jego przeprowadzenie spowodowałoby przedłużenie postępowania ), nadto był zbędny dla rozstrzygnięcia, skoro powód prowadził swą działalność zawodową w nowym gabinecie, nie czekając na w/w decyzję.

Niezasadnym był argument dotyczący ustaleń faktycznych w zakresie propozycji zapłaty 20 000 zł., jak też niekwestionowanie przez pozwanego swojej odpowiedzialności, jako że to ustalenie nie miało praktycznego znaczenia dla rozstrzygnięcia. W tej ostatniej kwestii wskazać przy tym należy, że ten ostatni zarzut jest o tyle niezrozumiały, że pozwany niejednokrotnie podejmował się naprawy , stąd już z tego względu należało przyjąć, że poczuwał się do odpowiedzialności z tytułu wady.

Niezasadnymi były zarzuty naruszenia art. 471 kc w zw. z art. 6 kc w kontekście nienależytego wykonania umowy i ekskulpacji pozwanego. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy stanowi uchybienie podstawowemu

obowiązkowi wynikającemu z treści zobowiązania, a takim jest w ramach umowy sprzedaży wydanie rzeczy wolnej od wad. Bezspornym było w sprawie, iż aparat był wadliwy. Nienależyte wykonanie tej umowy uzasadniające odpowiedzialność z art. 471 kc może przyjąć formę wydania rzeczy wadliwej. Pozwany nie tylko, że wydał rzecz wadliwą, to następnie nie wywiązywał się z obowiązków gwarancyjnych, nie radząc sobie z naprawą rzeczy. Ponadto strona, która kupiła rzecz obciążoną wadami, może dochodzić roszczeń opartych na reżimie odpowiedzialności z tytułu rękojmi, gwarancji lub odszkodowawczym: kontraktowym lub deliktowym. /I ACa 176/13 wyrok s.apel. 2013-04-25 w Szczecinie LEX nr 1378847/. Wskazać przy tym należy, że umowny charakter instytucji gwarancji także decyduje o tym, że udzielającego jej gwaranta obciąża kontraktowa odpowiedzialność odszkodowawcza za uszkodzenia, których beneficjent uprawnień gwarancyjnych doznaje na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez drugą stronę tego stosunku, a podstawą tej odpowiedzialności jest norma art. 471 kc /I ACa 325/15 wyrok s.apel. 2015-05-22 w Krakowie LEX nr 1749588/.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy oddalił obie apelacje jako niezasadne na podstawie art. 385 kpc orzekając jak w pkt I wyroku.

W przedmiocie kosztów postępowania apelacyjnego Sąd Okręgowy, mając na uwadze wynik postępowania oraz w.p.z w obu apelacjach rzutuująca na tę samą stawkę wynagrodzenia adwokackiego zniósł je wzajemnie na podstawie art. 108 § 1 kpc w zw. z art. 100 kpc.
