

Sygn. akt I ACa 319/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 listopada 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Janusz Leszek Dubij
Sędziowie	:	SA Małgorzata Dołęgowska SA Elżbieta Kuczyńska (spr.)
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 20 listopada 2012 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) *spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w D.*

### ***o zapłatę***

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 23 lutego 2012 r. sygn. akt V GC 115/10

**I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:**

**- w punkcie I zasądza od pozwanego (...)**

**a) 9.900,82 zł od dnia 4 stycznia 2009 r. do dnia zapłaty;**

**b) 103.086 zł od dnia 25 stycznia 2009 r. do dnia zapłaty;**

**- w punkcie II zasądza od pozwanego (...)**

**II. zasądza od pozwanego (...)**

## UZASADNIENIE

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa podnosząc, że dostarczony lakier okazał się wadliwy. Wskazał, że kierował do strony powodowej monity w sprawie odbioru produktu i zwrotu poniesionych kosztów, które pozostały jednak bez odpowiedzi. Wobec tego wybrakowany produkt został zutylizowany.

Wyrokiem z dnia 23 lutego 2012 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie oddalił powództwo (pkt I), zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 4 950, 94 zł tytułem kosztów postępowania (pkt II).

Z ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika, że strona powodowa sprzedała pozwanej firmie kanadyjskiej ok. 500 pięciolitrowych opakowań lakieru z utwardzaczem. P. 90 sztuk dostarczono drogą lotniczą w listopadzie 2008 r., zaś pozostały lakier dostarczono w styczniu 2009 r. Opakowania na dostawę pochodziły od producenta firmy (...). Z opakowań tych spółka korzystała po raz pierwszy. W połowie stycznia lub na początku lutego 2009 r. strona pozwana telefonicznie zawiadomiła prezesa spółki powodowej R. J. (1), że lakier jest wadliwy. Na powierzchni lakieru powstawały tzw. rybie oczka. Sąd ustalił, że wadliwa była cała dostawa lakieru, a także, że powód na żądanie pozwanego lakieru nie wymienił, a pozwany we wrześniu 2009 r. wadliwy lakier zutylizował.

Ustalając stan faktyczny Sąd dał wiarę zeznaniom świadka R. J. (1) podkreślając przy tym, że nie tylko ten świadek wiedział o reklamacji wadliwego produktu, ale również wiedzę w tym zakresie mieli inni pracownicy firmy – świadek A. S. (1), A. C. (1) i W. S. (1).

Oceniając okoliczność, że tylko podczas jednej z przeprowadzonych w powodowej spółce prób lakieru wystąpiło małe wgłębienie, Sąd wskazał, że próbę przeprowadzono na stosunkowo małej powierzchni, podczas gdy lakier był przeznaczony do dużych powierzchni. W jego ocenie, było to wystarczające do uznania wady za istotną, gdyż lakier samochodowy nie może mieć żadnych wad co do gładkości powierzchni.

Sąd nie uwzględnił zarzutów strony powodowej, iż niekorzystne dla niej zeznania świadka R. J. (1) były podyktowane skonfliktowaniem go z aktualnym właścicielem firmy. Sąd podkreślił, że fakt reklamacji towaru był znany całej firmie oraz, że fakty ustalone w oparciu o osobowe źródła dowodowe znajdują potwierdzenie także w dokumentach przedłożonych przez pozwanego. Za istotne w tym zakresie Sąd uznał zgłoszenie wad lakieru pozwanemu przez jego kanadyjskich partnerów handlowych w styczniu 2009 r.

Przystępując do rozważań prawnych Sąd Okręgowy wskazał, że w zakresie prawa materialnego strony są związane Konwencją Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towaru, zwaną Konwencją Wiedeńską z 1980 r., której stronami jest zarówno Polska, jak i Kanada.

W ocenie Sądu pierwszej instancji telefoniczne powiadomienie o wadzie produktu było wystarczające dla zachowania wymogów art. 39 Konwencji, gdyż zasadą Konwencji jest swoboda wyrazu formy czynności prawnych, a Polska i Kanada Konwencję przyjęły bez zastrzeżeń co do formy. Sąd podkreślił, że sprzedaż towaru niezgodnego z umową upoważnia kupującego do żądania od sprzedającego określonych zachowań, a nawet odstąpienia od umowy, jak też obniżenia ceny (art.46 i następne Konwencji). Podstawowym uprawnieniem kupującego w wypadku naruszenia zobowiązania przez sprzedawcę jest roszczenie o spełnienie świadczenia bez tego naruszenia, co sprowadza się do usunięcia niezgodności (naprawy) bądź dostarczenia zastępczego towaru. Można żądać dostarczenia towaru zastępczego, gdy wada towaru ma charakter istotny.

Zdaniem Sądu Okręgowego, wada lakieru, jaką jest powstawanie „rybich oczek” na skutek zanieczyszczeń, w istocie dyskwalifikuje towar do użytku. W tych okolicznościach rozsądnym działaniem pozwanego było żądanie wymiany towaru. Powodowa spółka lakieru nie wymieniła.

Sąd Okręgowy powołując się na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2007 r. w sprawie V CSK 456/06 wskazał, że dostarczenie towarów niezgodnych z umową stanowi naruszenie kontraktu sprzedaży międzynarodowej, co wynika jednoznacznie z art. 35 Konwencji. Jednocześnie dostrzegł, że jeżeli kupujący jako wierzyciel sprzedającego z tytułu dostawy towarów, zostanie pozbawiony tego, czego zgodnie z umową mógł oczekiwać (istotne naruszenie umowy), to sprzedający jako jego dłużnik powinien na żądanie kupującego dostarczyć mu towary zastępcze i obojętne jest czy to wykona na żądanie czy z własnej inicjatywy. Tak długo jak to nie nastąpi, kupujący nie ma obowiązku zapłaty ceny, ponieważ sprzedający otrzymałby wówczas świadczenie wzajemne, mimo że nie spełnił swojego świadczenia. Wskazując, że w przepisach Konwencji brak jest podstawy do możliwości powstrzymania

się ze spełnieniem świadczenia polegającego na zapłacie ceny w sytuacji niedostarczenia towaru zastępczego, Sąd stwierdził, że konstruowanie takiej zasady jest nie tylko możliwe, ale i uzasadnione, chociażby względami dobrej wiary i słuszności. Powołał się na opinię nr (...) Komitetu Doradczego ds. Konwencji wiedeńskiej, w której taka zasada została wywiedziona z wielu przepisów, w tym art. 71, 81 ust. 2, art. 85 i 86 ust. 2 Konwencji. Art. 80 Konwencji nakłada na strony umowy obowiązek lojalności i nieczynienia niczego, co stałoby na przeszkodzie wykonaniu umowy. Jedną z niezbędnych przesłanek zastosowania tego przepisu jest związek przyczynowy pomiędzy zachowaniem się wierzyciela a postępowaniem dłużnika. Jest to przesłanka obiektywna, niezależna od woli spełniającego świadczenie. Ze względu na tę przesłankę Sąd uznał, że niezapłacenie ceny przez stronę pozwaną jest wynikiem niezaoferowania przez powoda świadczenia zgodnego z umową, a w konsekwencji roszczenie o zapłatę uznał za nieuzasadnione.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na mocy art. 98 kpc obciążając nimi stronę przegrywającą spór.

Apelację od powyższego wyroku wniosła strona powodowa zaskarżając go w całości (k. 531 – 544). Apelacja zawiera zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego tj. art. 6 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie międzynarodowej sprzedaży towarów sporządzonej w W. w dniu 11 kwietnia 1980 r. w zw. z art. 27 § 1 pkt 1 i § 3 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, art. 38 ust. 1 i ust. 2, art. 39 ust. 1, art. 49, art. 50, art. 71, art. 81 ust. 2, art. 85, art. 86 ust. 2 w/w Konwencji, zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego tj.: art. 278 § 1 kpc, art. 232 kpc, art. 233 § 1 kpc art. 212 kpc, art. 253 kpc. Zarzuca także błąd w ustaleniach faktycznych.

Wskazując na powyższe strona powodowa wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i zasądzenie od pozwanej (...)

W odpowiedzi na apelację strona pozwana wniosła o jej oddalenie oraz o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Pismem procesowym z 9.10.2012 r. (k. 610 – 611) zgłosiła wniosek dowodowy o przesłuchanie świadków P. P. i W. G. oraz prezesa Zarządu pozwanej Spółki (...).

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

#### ***Apelacja jest zasadna.***

Powód w apelacji (k. 533), a strona pozwana w piśmie procesowym z dnia 09.10.2012 r. (k. 610) złożonym w postępowaniu przed sądem apelacyjnym wnieśli o dopuszczenie nowych dowodów. Wnioski te jednak nie mogły zostać uwzględnione. Wprawdzie z przepisu art. 382 kpc wynika, że sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym, nie oznacza to jednak powinności uwzględnienia złożonych w postępowaniu apelacyjnym wniosków dowodowych. W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego w przyjętym systemie apelacji celem postępowania apelacyjnego jest ponowne i wszechstronne zbadanie sprawy pod względem faktycznym i prawnym przy zachowaniu zasady koncentracji materiału faktycznego i dowodowego przed sądem pierwszej instancji. Dopuszczalność nowego materiału procesowego przed sądem apelacyjnym jest zatem regułą doznającą ograniczenia poprzez unormowanie art. 381 k.p.c. Sąd drugiej instancji jest zobowiązany na wniosek strony materiał ten uzupełnić, jeżeli jest to konieczne do rozstrzygnięcia sprawy, lecz równocześnie jest uprawniony do pominięcia nowych faktów i dowodów zgłoszonych w postępowaniu apelacyjnym, gdy zachodzą przesłanki określone wymienionym przepisem. Wskazać też trzeba, że zgodnie z art. 227 kpc przedmiotem dowodu – także w postępowaniu odwoławczym – mogą być wyłącznie fakty mające istotne znaczenie w świetle podstawy faktycznej i prawnej sprawy. Sąd może pominąć środki dowodowe, jeżeli okoliczności sporne zostały już dostatecznie wyjaśnione lub jeżeli strona powołuje dowody jedynie dla zwłoki (art. 217 § 2 kpc w brzmieniu obowiązującym przed 03.05.2012 r). Możliwość oceny pod tym kątem wniosków dowodowych jest istotnym elementem materialnego kierowania przez sąd procesem.

Odnosząc się do wniosków dowodowych strony skarżącej, należy wskazać, że ich oceny Sąd Apelacyjny dokonał przez pryzmat sformułowanych w apelacji zarzutów o charakterze procesowym, odnoszących się do przeprowadzonego przed sądem pierwszej instancji postępowania dowodowego i oceny materiału procesowego oraz zarzutu błędnych

ustaleń faktycznych i przy uwzględnieniu wynikającego z przepisu art. 382 in principio w zw. z art. 391 i 233 § 1 kpc własnego obowiązku oceny przeprowadzonych w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji dowodów. Wynik tej oceny, o czym będzie mowa niżej, uzasadniał przyjęcie, że uzupełnienie postępowania dowodowego na wniosek powoda we wskazanym przez niego kierunku jest zbędne dla rozpoznania sprawy w granicach jego apelacji, w konsekwencji czego wnioski te należało oddalić.

Z kolei, gdy chodzi o wnioski pozwanego, Sąd Apelacyjny miał na względzie, że zgłoszone one były w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji w odpowiedzi na pozew, a na rozprawie w dniu 09.02.2012 r. zostały przez pełnomocnika pozwanego cofnięte (k. 416). Przyczyny uzasadniające ponowne powołanie tych dowodów na tym etapie postępowania nie zostały należycie usprawiedliwione, w szczególności brak jest podstaw do przyjęcia, że w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji powód nie kwestionował wartości dowodowej dokumentów prywatnych z k. 202 – 206. Stanowisko powoda w kwestii wykazania spornych okoliczności zostało wyrażone już w piśmie procesowym, które wpłynęło do sprawy w dniu 09.09.2011 r. (k. 243 i nast.) i było konsekwentnie podtrzymywane w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji. Złożenie przez pozwanego tłumaczenia tych dokumentów na język polski dopiero w postępowaniu apelacyjnym i następnie, złożenie przez powoda pisma procesowego zawierającego ocenę mocy dowodowej dokumentów po ich przetłumaczeniu (k. 604 i nast.) nie zmienia faktu, że od początku dokumenty te miały określoną treść, znaną stronie pozwanej, i charakter dokumentów prywatnych, do których zastosowanie znajdował przepis art. 245 i nast. kpc. Wobec konsekwentnego stanowiska powoda pozwany miał możliwość przewidywania już w postępowaniu przed Sądem Okręgowym, że mogą one okazać się niewystarczającymi dowodami do wykazania twierdzonych okoliczności. Na istnienie takiej świadomości u pozwanego wskazuje fakt złożenia, jednocześnie z przedłożeniem przedmiotowych dokumentów, także wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków i strony pozwanej. Wniosek ten – na własne ryzyko – strona pozwana ostatecznie cofnęła. Mając na uwadze, że z mocy art. 381 kpc Sąd drugiej instancji uprawniony jest do pominięcia nowych dowodów, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji pełnomocnik pozwanego powinien był – cofając wniosek dowodowy przed Sądem pierwszej instancji - liczyć się z tym, że sąd drugiej instancji nie uwzględni jego wniosku zgłoszonego ponownie w postępowaniu apelacyjnym. Obiektywnie nie było żadnych przeszkód, żeby wniosek dowodowy konsekwentnie popierać i dowody przeprowadzić przed Sądem pierwszej instancji. Prawo do nowości, o którym traktuje wyżej powołany art. 381 kpc, rozumieć należy jako otwarcie się możliwości dowodzenia okoliczności faktycznych wcześniej niemożliwych do wykazania z przyczyn obiektywnych. Takiemu rozumieniu powoływanego przepisu prezentowane przez pozwanego stanowisko nie odpowiada.

W takim stanie rzeczy Sąd Apelacyjny orzekał na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego przed Sądem pierwszej instancji. Oceniając ten materiał przy uwzględnieniu twierdzeń stron odnoszących się do okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy uznał, że sformułowane w apelacji zarzuty dotyczące przeprowadzonego przed sądem pierwszej instancji postępowania dowodowego i oceny materiału procesowego oraz zarzut błędnych ustaleń faktycznych nie są pozbawione racji. Istotnie bowiem ustalenia i wnioski Sądu pierwszej instancji nie są powiązane z wszechstronnym rozważeniem materiału procesowego przez co nie znajdują w dużej części dostatecznego oparcia w tym materiale, a nawet pozostają z nim w sprzeczności, co czyni zasadnym zarzut poczynienia ich z naruszeniem przepisu art. 233 § 1 kpc.

Jedynie podstawowe okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy takie, jak zawarcie przez strony umowy sprzedaży, fakt dostarczenia przez powoda pozwanemu towaru w zamówionej ilości i asortymencie, i odebrania go przez pozwanego oraz braku zapłaty ceny były bezsporne. Spór dotyczył jakości dostarczonych towarów, a zatem wypełnienia przez sprzedającego obowiązku określonego w art. 35 ust. 1 i 2 Konwencji wiedeńskiej i tego, czy strona pozwana nabyła prawo powołania się na brak zgodności towarów.

Za prawidłowe można uznać ustalenie przez Sąd Okręgowy, że w połowie stycznia lub na początku lutego 2003 r. strona pozwana zawiadomiła telefonicznie powoda, w szczególności R. J. (1) pełniącego wówczas funkcję prezesa Zarządu, o wadach dostarczonego lakieru. Znajduje ono potwierdzenie nie tylko w zeznaniach R. J. (1), ale także w zeznaniach W. S. (1), A. S. (1), A. C. (2) i M. G., przy czym zauważyć należy, że z zeznań świadków W. S. (1) i A. S. (1),

wynikało, że zawiadomienie strony pozwanej dotyczyło najpierw mętnienia lakieru, a po jakimś czasie występowania tzw. rybich oczek.

Należy jednak uznać za dowolne, nie znajdujące dostatecznego oparcia w materiale sprawy i wywiedzione głównie w oparciu o powierzchowną ocenę zeznań świadka R. J. ustalenie, że „lakier istotnie jest wadliwy” oraz, że wadliwa była „cała dostawa lakieru”.

Z przesłuchanych świadków, w istocie jedynie R. J. zeznał, że w jednej z wykonanych u powoda prób „w jednym miejscu w rogu na małej powierzchni – wielkości formatu połowy A4 - pojawiło się wgłębienie”. Natomiast A. S. (1) zeznając na temat przeprowadzonych prób zeznała „nic się z lakierem nie działo”, „próby wyszły dobrze”, a W. S. (1) m.in.: „nasza próba laboratoryjna na tej pozostawionej próbce wykazała, że ten lakier nie mętnieje”, „po pierwszym telefonie dot. mętnienia wykonaliśmy badanie a gdy był drugi telefon o oczkach olejowych też wykonaliśmy drugą próbę i wykonał to pan J.”. W zeznaniach tego świadka zanotowanych na k. 347 Sąd Apelacyjny nie doszukał się fragmentu świadczącego o tym, że zeznał on, że „próba negatywna wyszła, gdy przeprowadzał ją J.”, jak to wskazał Sąd Okręgowy. Bezpodstawnie zatem Sąd ten powołał się na zeznania W. S. jako wzmacniające wiarygodność zeznań R. J..

Należy przyznać rację skarżącemu, że zeznania świadka R. J. zostały ocenione bez uwzględnienia całokształtu okoliczności i materiału procesowego. Znamienne jest, że wyżej wymienieni świadkowie wskazywali zgodnie, że strona powodowa zwróciła się do pozwanej o nadesłanie próbek lakieru. Z zeznań pracowników powoda generalnie wynikało, że żądanie nadesłania próbek było powiązane z brakiem potwierdzenia występowania zgłoszonych wad lakieru podczas prób wykonanych u powoda. Z zeznań R. J. wynikało, że o nadesłanie próbek strona powodowa wystąpiła, by „definitywnie stwierdzić czy lakier jest wadliwy, lub nie, lub czy można go skorektować”. Jedynie on stwierdził, że miało to związek z tym, że powzięto informację, że „próba kanadyjska z każdej szarży jest negatywna”. Nie było kwestionowane przez pozwanego, że próbki takie nie zostały przesłane powodowi, pozwany nie odniósł się do monitów powoda wysyłanych drogą e-mailową (k. 280 – 283). Należy zwrócić też uwagę, że A. S. i W. S. nie potwierdzili, by byli rzeczywiście – tak jak twierdził świadek R. J. – świadkami jego rozmów telefonicznych, w tym w sprawie wyników prób przeprowadzonych przez pozwanego.

Przy ocenie mocy dowodowej zeznań R. J. nie można było zatem pominąć, że zawierały one twierdzenia, które nie znajdowały dostatecznego oparcia w pozostałym materiale dowodowym. Co więcej, niekiedy pozostawały w sprzeczności nawet z twierdzeniami pozwanego. Świadek utrzymywał bowiem m.in. że „po otrzymaniu sygnału z rynku firma kanadyjska wysłała nam fax”, „w faxie zasygnalizowali nam wady lakieru”. Okoliczności tej nie tylko nie potwierdzili pozostali świadkowie - pracownicy powoda, ale nie powoływała się na nią nawet strona pozwana, która zgłosiła dowód z zeznań tego świadka wyłącznie na okoliczność telefonicznego zgłoszenia wad lakieru i utwardzacza. Także dowód z zeznań A. C. (3) i Z. G., do którego przeprowadzenia ostatecznie nie doszło wskutek cofnięcia wniosku dowodowego, zgłaszała na okoliczność telefonicznego zgłoszenia wad, a w toku procesu twierdziła, że wystąpiła „o szczegółowe bilingi celem udokumentowania rozmów w styczniu i lutym 2009 r. dotyczących wadliwości towaru” (k. 297). W żadnym momencie procesu, nie wspominała nic o wysłaniu do powoda faxu z reklamacją, podczas gdy, w ocenie Sądu Apelacyjnego, gdyby rzeczywiście taki fakt miał miejsce, jako niewątpliwie istotny dla rozstrzygnięcia sporu, nie zostałby pominięty przez pozwanego w jego twierdzeniach i wnioskowanych dowodach. Złożenie przez świadka R. J. tego rodzaju odosobnionych zeznań może zatem sygnalizować skłonność świadka do konfabulacji, wskazywać na jego dążenie do złożenia zeznań nie znajdujących oparcia w faktach, ale korzystnych dla strony pozwanej i mogło być spowodowane uwikłaniem świadka we własne spory z powodową spółką.

W tych okolicznościach, wbrew ocenie Sądu Okręgowego, zeznania R. J. nie były wystarczające do przyjęcia, że została wykazana przez pozwanego niezgodność towarów w zakresie ich jakości. W rzeczywistości ich moc dowodowa w tym zakresie jest niewielka jeśli się zważy, że w części dotyczącej rzekomego wystąpienie tzw. rybich oczek, czy też kraterów podczas jednej próby przeprowadzonej u powoda nie znalazły potwierdzenia w zeznaniach pozostałych świadków, a w części dotyczącej informacji uzyskanych od pozwanego o rzekomym ich stwierdzeniu w próbach dotyczących „każdej szarży” nie znalazły dostatecznego potwierdzenia w pozostałym materiale dowodowym. Wprawdzie bowiem pozwany przedłożył prywatne dokumenty (dołączone od odpowiedzi na pozew – k. 202 – 206, tłumaczeniem na jęz. polski – k.

587 i nast.) jednakże zgodnie z art. 245 kpc stanowią one dowód tego, że osoby, które je podpisały, złożyły oświadczenie zawarte w dokumencie. Nie odpadała potrzeba ich weryfikacji, co do prawdziwości wskazanych w nich faktów i oceny według zasad wynikających z przepisu art. 233 § 1 kpc. Przy tej ocenie należy zwrócić uwagę na fakt, że tylko jeden z nich został opatrzony datą ze stycznia 2009 r. i odnosi się do lakieru C. P., podczas, gdy przedmiotem sprzedaży były też inne produkty .. (...) materiały sprawy brak jest natomiast jakiegokolwiek potwierdzenia, że strona pozwana uwzględniła reklamację (...) LTD. i faktycznie odebrała od tego kontrahenta wadliwy lakier ewentualnie poniosła jakiegokolwiek koszty. Pozostałe oświadczenia zostały sporządzone po wytoczeniu powództwa i na użytek procesu, nie zostały również poparte jakąkolwiek dokumentacją potwierdzającą wycofanie przez pozwanego rzekomo wadliwych produktów z rynku i poniesienie związanych z tym kosztów.

Bezpodstawne było też uznanie przez Sąd Okręgowy za okoliczność bezsporną, że pozwany we wrześniu 2009 r. wadliwy lakier zutylizował. Dołączone do oświadczenia S. B. faktury wystawione we wrześniu i październiku 2009 r. nie potwierdzają dostatecznie utylizacji towarów dostarczonych pozwanemu przez powoda, tak z uwagi na widniejące na nich określenie nazwy produktu oddanego do utylizacji, jak i z uwagi na wykazaną w nich ilość utylizowanego produktu, na co powód słusznie zwrócił uwagę, znacznie odbiegając od ilości towaru dostarczonego przez powodową spółkę. Słusznie zwraca uwagę skarżący, że twierdzenia pozwanego o rzekomej utylizacji dostarczonego mu towaru, jako niezgodnego z umową pozostają mało wiarygodne również w świetle powoływanych w uzasadnieniu odpowiedzi na pozew twierdzeń o rzekomej wadliwości innych produktów dostarczanych przez powoda pozwanemu w okresie znacznie wcześniejszym i zaleganiu ich dotychczas w magazynach pozwanego. Mało prawdopodobne jest, aby pozwany który składa inny, znacznie starszy, jak twierdził, wadliwy towar, poddał utylizacji towar, co do którego złożył reklamację, przed upływem obowiązującej na ten towar gwarancji, bez wystosowania do powoda sformalizowanego wezwania do odbioru tego towaru, a nawet poinformowania powoda o swoim zamierzeniu. Należy pamiętać, że w tym czasie do pozwanego kierowane były kolejne pisemne wezwania do zapłaty (k. 33 i nast.), także e-maile zawierające żądanie zapłaty i dotyczące nadesłania próbek lakieru. Pozwany nie mógł zatem przyjmować, że powód uznał wadliwość towaru, ani liczyć na to nie będzie żądał zapłaty za dostarczony towar.

Ani dołączone do odpowiedzi na pozew dokumenty, ani zeznania przesłuchanych świadków, zarówno wyżej powołanych, jak i świadka Z. B. (1) (k. 414 v.) nie dawały więc dostatecznej podstawy do ustalenia, że rzeczywiście wystąpiła niezgodność towaru, a tym bardziej do ustalenia, że wadliwa była cała partia towaru dostarczonego pozwanemu. Bez znaczenia są wskazania świadka R. J. na możliwe przyczyny wystąpienia wad, skoro nie mają one charakteru wskazania określonego stwierdzonego przez świadka faktu, ale stanowią czysto hipotetyczne spekulacje.

Wreszcie, dowolne było przyjęcie i uznanie za okoliczność bezsporną, że pozwany żądał od powoda dostarczenia towaru zamiennego w miejsce wadliwego. Analizując stanowisko pozwanego w procesie, w tym wyrażone w odpowiedzi na pozew, należy stwierdzić, że powołując się na niezgodność towarów pozwany powoływał się na skorzystanie z prawa do odstąpienia od umowy, o czym trzeba wnioskować w oparciu o stwierdzenie: „pomimo wielokrotnie kierowanych do powoda monitów w sprawie odbioru wadliwego produktu i zwrotu poniesionych kosztów transportu, cła itp. pozwany nie otrzymał żadnej odpowiedzi od powoda w tej sprawie” (k. 190). Nigdzie Sąd Apelacyjny nie dopatrył się natomiast twierdzeń pozwanego, że skorzystał on z prawa do żądania dostarczenia zastępczych towarów. Nie wynikało to także z zeznań któregośkolwiek z przesłuchanych świadków, w tym zawnioskowanych przez pozwanego R. J., czy Z. B., ani z jakiegokolwiek dokumentu. Zeznania świadków mogły dać jedynie podstawę do przyjęcia, że pozwany powiadomił powoda o wystąpieniu niezgodności towarów, inaczej mówiąc dopełnił aktów staranności przewidzianych w art. 39 ust. 1 Konwencji warunkujących zachowanie prawa do powoływania się na brak zgodności towarów. Nie wskazywały natomiast na okoliczności potwierdzające skorzystanie z któregośkolwiek z konkurujących środków ochrony prawnej, w tym określonego w art. 46 ust.2 Konwencji. Z tego względu, niezrozumiałe jest uznanie tej okoliczności za bezsporną przez Sąd Okręgowy, a powielenie argumentacji użytej w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego wydanego w sprawie V CSK 456/06, odnoszącej się do innego stanu faktycznego, jako argumentacji właściwej dla rozstrzygnięcia tej sprawy i uzasadniającej oddalenie powództwa było chybione.

Należy wskazać, że analiza postanowień Konwencji daje podstawy do przyjęcia, że kupujący, aby nabyć skuteczne prawo powołania się na brak zgodności towarów powinien nie tylko zawiadomić sprzedającego o charakterze występujących niezgodności w rozsądnym terminie (art. 39 ust. 1), ale również dokonać wyboru i skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej uregulowanych w Oddziale III Konwencji, bliżej określonych w przepisach art. 46 – 52 Konwencji. Pozwanego, skoro powołał się na prawo odstąpienia od umowy, obciążał zatem nie tylko obowiązek wykazania, że w rozsądnym terminie zawiadomił powoda o charakterze występujących niezgodności i okoliczności świadczących o niezgodności towarów, ale także, że dokonał wyboru określonego przez siebie środka ochrony prawnej przewidzianego w Konwencji i złożył, zgodnie z przepisami art. 26 i 49 Konwencji, oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

Tymczasem, w ocenie Sądu Apelacyjnego, można było przyjąć za udowodniony jedynie fakt poinformowania telefonicznie powoda o niezgodności towaru. Pozwany nie wykazał jednak dostatecznie ani niezgodności towarów z umową, ani złożenia skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Jego twierdzenia, że wielokrotnie kierował do powoda bezskuteczne monity o odbiór wadliwego towaru nie znajdują potwierdzenia w żadnych dowodach. Nie potwierdzają tej okoliczności zeznania świadków przesłuchanych w sprawie, w tym R. J.. Wystarczającymi do udowodnienia tej okoliczności dowodami z pewnością nie są dowody z dokumentów prywatnych dołączone do odpowiedzi na pozew.

W tych okolicznościach, brak było wystarczającej podstawy do oddalenia powództwa o zapłatę ceny za dostarczony przez powoda towar. Powód, jako sprzedający wykazał, że spełnił swoje obowiązki określone w art. 30 Konwencji. Na pozwanym, jako kupującym, na podstawie art. 53 Konwencji spoczywa natomiast obowiązek zapłaty ceny za przyjęty towar. Na podstawie art. 386 § 1 kpc zaskarżony wyrok należało zatem zmienić i zasądzić na rzecz powoda dochodzoną kwotę wraz z odsetkami za opóźnienie oraz zwrot kosztów procesu za pierwszą instancję.

O kosztach procesu instancji odwoławczej orzeczono na podstawie art. 98 § 1 kpc, przyjmując, że powodowi, jako wygrywającemu spór należy się zwrot kosztów opłaty od apelacji (5650 zł – k. 530 i 547) i wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 2700 zł, ustalonego na podstawie § 6 pkt 6 w zw. z § 12 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. 2002, nr 163, poz. 1349 z późn. zm.).