

Sygn. akt V ACa 290/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 lipca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący – Sędzia Roman Kowalkowski (spr.)

Sędzia Maria Sokołowska

Sędzia Katarzyna Przybylska

Protokolant sekr. sąd. M.Tobiasz – I.

po rozpoznaniu w dniu 25 czerwca 2013 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w B.

przeciwko Skarbowi Państwa - (...) B.

o zapłatę i zmniejszenie kary umownej

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w (...)

z dnia 21 grudnia 2012 r. sygn. akt I C 368/10

1. Oddala apelację

2. Zasądza od powoda na rzecz Skarbu Państwa (...) kwotę 5400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy.

V ACa 290/13

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 21 grudnia 2012r. Sąd Okręgowy w (...) w sprawie IC 368/10 oddalił powództwo (...) Spółki Akcyjnej w B. przeciwko Skarbowi Państwa - (...) B. o zapłatę i zmniejszenie kary umownej oraz orzekł o kosztach postępowania.

Uzasadniając swoje stanowisko ustalił, że w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 17.09.2008r. strony zawarły umowę, której przedmiotem była dostawa 401 sztuk pojazdów marki F. (...). Termin realizacji umowy strony ustaliły na 100 sztuk do 15.12.2008 r. (I etap umowy) oraz pozostałe pojazdy do 30.06.2009 r. (II etap umowy). Łączna wartość umowy wynosiła 33 249 453 zł.

W § 8 umowy strony określiły zasady naliczania kar umownych w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

W dniu 25.05.2009r. strony podpisały aneks nr (...) do umowy, w którym zmieniły terminy realizacji umowy ustalając termin realizacji II etapu umowy do 18.12.2009 r. z tym zastrzeżeniem, że do 30.06.2009 r. nastąpi dostawa 58 pojazdów natomiast od dnia 30.06.2009 r. do 18.12.2009r. sukcesywnie pozostała ilość, jednak nie więcej niż 30 pojazdów w każdym miesiącu kalendarzowym.

W dniu 23.10.2008r. w trybie zamówienia z wolnej ręki, strony zawarły umowę, której przedmiotem była dostawa 62 sztuk pojazdów marki F. (...). Termin dostawy strony ustaliły od dnia 1.01.2009r. do dnia 30.05.2009r. Łączna wartość umowy wynosiła 6 592 026 zł.

W § 8 umowy strony określiły zasady naliczania kar umownych w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Po dostarczeniu pojazdów do K. w B. pracownicy pozwanego dokonywali wstępnych oględzin samochodów. O dostrzeżonych brakach i usterkach powiadamiali przedstawiciela powoda (...) spółkę z o.o..

Przedstawiciele powoda dokonywali usunięcia usterek i braków i informowali pozwanego o sprawności i kompletności pojazdów. Za pomocą poczty elektronicznej powiadamiali pozwanego o terminie odbioru. Po odbiorze pozwany przesyłał powodowi protokół odbioru.

100 samochodów powód dostarczył ze zwłoką do końca lutego 2009r., ponadto w tym terminie dostarczył 2 pojazdy. Pozostałe 209 pojazdów zostało dostarczone przez powoda w następujących terminach. 62 pojazdy zostały dostarczone w dniach od 17 marca 2009r. do 20 kwietnia 2009r. Wszystkie te samochody zostały odebrane w dniu 29 maja 2009r.

58 pojazdów zostało dostarczonych w dniach od 20 kwietnia 2009r. do 29 maja 2009r. Wszystkie te samochody zostały odebrane w dniu 29 czerwca 2009r.

24 pojazdy zostały dostarczone w dniach od 29 maja 2009r. do 13 lipca 2009 r. Samochody zostały odebrane w dniu 31 lipca 2009 r.

20 pojazdów zostało dostarczonych w dniach od 13 sierpnia 2009r. do 30 września 2009r. Samochody zostały odebrane w dniu 30 września 2009r.

30 pojazdów został dostarczonych w dniach od 10 sierpnia 2009r. do 28 sierpnia 2009r. Samochody zostały odebrane w dniu 31 sierpnia 2009r.

30 pojazdów zostało dostarczonych w dniach od 22 września 2009r. do 29 października 2009r. Samochody zostały odebrane w dniu 30 października 2009 r.

10 pojazdów zostało dostarczonych w dniach od 1 października 2009 r. do 30 października 2009 r. Samochody zostały odebrane w dniu 13 listopada 2009r.

20 pojazdów zostało dostarczonych w dniach od 30 października 2009r. do 20 listopada 2009r. Odebrano je w dniu 27 listopada 2009r.

27 pojazdów zostało dostarczonych w dniach od 6 listopada 2009r. do 30 listopada 2009r. Odebrano je w dniu 4 grudnia 2009r.

Pozwany naliczył powodowi karę umowną w kwocie 4 143 407,31 zł z tytułu opóźnienia w dostawie 100 sztuk samochodów, o jakich mowa w § 1 pkt 2 umowy z dnia 17.09.2008 r. (I etap umowy) na podstawie § 8 ust.3 umowy.

Sąd uznał za wiarygodne zeznania świadków dotyczące przyjętej przez strony praktyki przy odbiorze pojazdów. W tym zakresie zeznania świadków są logiczne i zbieżne.

Sąd nie uznał za wiarygodne zeznań świadków L. B., M. H., J. B., w zakresie w którym zeznawali, że przyczyną opóźnienia w odbiorze pojazdów był brak środków finansowych ze strony (...) Świadkowie, którzy nie byli pracownikami (...) nie mogli mieć wiedzy i nie mieli wiedzy na temat stanu budżetu (...) Ich wiedza w tym zakresie opiera się jedynie na zasłyszanych wiadomościach, nie znajduje poparcia w dokumentach. Oraz w zeznaniach W. R. i T. K. (1), które Sąd uznał za wiarygodne. Osoby te dysponujące wiedzą, co do stanu finansowego (...) zeznały, że środki finansowe na zakupu pojazdów były zagwarantowane w budżecie. Ich zeznania znajdują potwierdzenie w piśmie z dnia 21 maja 2009 r. a także w zeznaniach M. W. i S. W., które Sąd uznał za wiarygodne. Ponadto T. K. (1) w sposób logiczny i zgodny z zasadami doświadczenia życiowego wyjaśnił, że strony współpracując przy wykonywaniu umowy prowadziły negocjacje w kwestii odroczenia płatności za część faktur a zarazem odroczenia dostaw. Jego zeznania były bardzo szczegółowe, świadek doskonale pamiętał daty. P. M. wyjaśnił także przystępnie i w wiarygodny sposób kwestie dotyczące problemu akcyzy.

Sąd uznał za wiarygodne zeznania świadków J. P., K. B., W. R.. Ich zeznania są drobiazgowo, jasne i pokrywają się wzajemnie. Szczegółowo opisują procedury odbioru pojazdów oraz kwestie związane z wadliwością samochodów. Znajdują potwierdzenie w dowodach z dokumentów a także w zeznaniach P. K., K. S., G. L., R. G., T. K. (2), których zeznania były dokładne, obszerne i szczegółowe.

Sąd uznał za wiarygodne dowody z dokumentów. Zostały złożone we właściwej formie, strony nie kwestionowały ich prawdziwości.

Rozważając zasadność powództwa argumentował, że bezspornym było, iż strony zawarły umowę w dniu 17.09.2008r., której przedmiotem była dostawa 401 sztuk pojazdów marki F. (...). W dniu 25.05.2009r. podpisały aneks nr (...) do umowy.

W dniu 23.10.2008r. strony zawarły umowę, której przedmiotem była dostawa 62 sztuk pojazdów marki F. (...).

Powód domagał się zasądzenia kwoty 6 729 182,67 zł z tytułu kary umownej na podstawie § 8 ust. 7 zawartej pomiędzy stronami umowy z uwagi na to, iż pozwany nie odebrał pojazdów w terminach określonych w § 2 pkt 1 umowy ze swojej winy.

W ocenie Sądu Okręgowego § 2 pkt 1 umowy z dnia 17.09.2008r. określał terminy realizacji umowy, które zgodnie z aneksem nr (...) z dnia 25.05.2009r. zostały ustalone w następujący sposób: I etap obejmujący dostawę 100 sztuk pojazdów do 15.12.2008r., natomiast II etap obejmujący dostawę pozostałych pojazdów do 18.12.2009r. z tym zastrzeżeniem, że do 30.06.2009r. dostarczonych miało być 58 pojazdów, natomiast od dnia 30.06.2009r. do 18.12.2009r. sukcesywnie pozostała ilość, jednak nie więcej niż 30 pojazdów w każdym miesiącu kalendarzowym.

W myśl art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Art. 484 § 1 k.c. stanowi, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody.

Zgodnie z art. 6 k.c. na powodzie spoczywał ciężar udowodnienia tego, że spełnione zostały przesłanki uzasadniające nałożenie na pozwaną kary umownej, a mianowicie, że pozwana z własnej winy nie odebrała pojazdów w terminie.

Powód tego w toku procesu nie uczynił.

Tryb dokonywania odbioru określił § 4 umowy. Zgodnie z § 4 ust. 2 o terminie odbioru pojazdów wykonawca miał powiadomić zamawiającego pisemnie najpóźniej 3 dni robocze przed terminem odbioru. § 5 ust. 2 precyzował, że odbiór uważany będzie za dokonany po stwierdzeniu przez zamawiającego zgodności pojazdu z warunkami określonymi w umowie.

Strony nie stosowały wymogu powiadamiania na piśmie o terminie odbioru. Wypracowały inną procedurę odbioru. Po fizycznym dostarczeniu pojazdów do K. w B. pracownicy pozwanego dokonywali wstępnych oględzin samochodów. O dostrzeżonych brakach i usterkach powiadamiali przedstawiciela powoda (...) spółkę z o.o.. Przedstawiciele powoda dokonywali usunięcia usterek i braków i informowali pozwanego o sprawności i kompletności pojazdów.

Za pomocą poczty elektronicznej powiadamiali pozwanego o terminie odbioru. Po odbiorze pozwany przesyłał powodowi protokół odbioru. Pozwany nie popadł w zwłokę, ponieważ zawsze dokonywał odbioru w terminie 3 dni od dnia powiadomienia o terminie odbioru.

Chociaż strony przyjęły inną praktykę niż przewidziały w umowie to o zwłokę w odbiorze można by mówić dopiero gdyby po pisemnym wezwaniu do odbioru pozwany nie dokonał odbioru. Pisemnego wezwania nie było, toteż należało stwierdzić, że pozwany nie popadł w opóźnienie.

Powód nie wykazał, aby przyczyna opóźnienia w odbiorze były problemy finansowe policji. Świadczenie powoda zeznali, że tą wiedzę mieli jedynie ze słyszenia, nie mogli mieć dokładnych informacji co do stanu budżetu policji. Przeciwnie z zeznań świadków, którzy dysponowali odpowiednią wiedzą i którym Sąd dał wiarę wynika, że zagwarantowane były odpowiednie środki w planie finansowym (...) ewentualnie istniała możliwość przesunięć finansowych.

Faktem jest, że duża ilość samochodów miała usterki i braki. Gdyby powód dochował wymogu wynikającego z umowy pisemnego zawiadomienia o terminie odbioru wymusiłoby to sporządzanie dokładniejszej dokumentacji dotyczącej usuwania usterek i pozwoliłoby na ewentualne wykazanie, z jakiej przyczyny nie doszło do odbioru pojazdu w terminie.

Dodać należy, że strony powinny współpracować przy wykonywaniu umowy. Powód w toku współpracy związanej z wykonaniem zobowiązania nie zgłaszał uwag co do opóźnienia w odbiorze samochodów po stronie (...)

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Sąd uznał, że powód nie wykazał, aby pozwany ze swojej winy nie odebrał pojazdów w terminie ustalonym w umowie toteż na podstawie § 8 ust. 7 umowy z dnia 17 września 2008 r. oraz art. 483 § 1 kc a contrario oddalił powództwo w części żądania kwoty 6 729 182,67 zł wraz z ustawowymi odsetkami tytułem kary umownej

Rozpoznając żądanie powoda o miarkowanie naliczonej powodowi kary umownej w kwocie 4 143 407,31 zł rozważał, czy dopuszczalne jest powództwo o miarkowanie kary umownej naliczonej powodowi przez pozwanego na podstawie art. 484 § 2 kc, czy też art. 484 § 2 kc, który wiąże możliwość miarkowania jedynie z dochodzeniem roszczenia z art. 484 § 1 kc.

Sąd Okręgowy argumentował, że art. 484 § 2 k.c. statuuje wyjątek od zasady pacta sunt servanda i od art. 353¹ k.c., art. 354 § 1 k.c. oraz od sformułowanej w art. 484 § 1 k.c. zasady, że w razie wyrządzenia wierzycielowi szkody przysługuje mu kara umowna w zastrzeżonej wysokości, bez względu na wysokość tej szkody wobec czego nie może być więc interpretowany rozszerzająco.

Zdaniem Sądu przewidziane w art. 484 § 2 k.c. uprawnienie do żądania zmniejszenia kary umownej jest środkiem obrony pozwanego prowadzącym do częściowego oddalenia powództwa, a zatem może być realizowane jedynie w formie zarzutu zgłoszonego przez pozwanego w sprawie o zapłatę. Takie stanowisko zaprezentował również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 listopada 2008r., sygn. akt III CSK 168/08, w którym stwierdził, że przewidziane w art. 484 § 2 k.c. uprawnienie do żądania zmniejszenia kary umownej jest środkiem obrony pozwanego prowadzącym do częściowego oddalenia powództwa, a zatem może być realizowane jedynie w formie zarzutu merytorycznego. Gramatyczna wykładnia art. 484 § 2 k.c, a także okoliczność, że zarzut taki może być oparty na dwóch różnych przesłankach, prowadzi do wniosku, iż powinien zostać konkretnie sprecyzowany przez zgłaszającego,

Wobec powyższego Sąd uznał, że żądanie powoda zmniejszenia kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. jest niedopuszczalne.

Niezależnie od tego stwierdził, że powód nie wykazał przesłanek miarkowania kary umownej. Co do zasady powód nie kwestionował naliczonej mu kary umownej. W rozpoznawanej sprawie nie można uznać, że wysokości kary była rażąco wygórowana.

Prowadzący działalność gospodarczą ponosi bowiem ryzyko związane między innymi z wahaniami kursów walut. Niepewność rynkowa, ryzyko gospodarcze stanowi element działalności gospodarczej, a powód nie może obciążać kontrahenta skutkiem nie wykonania umowy w terminie przez podwykonawców. Takie okoliczności obciążają jedynie powoda. Także biorąc pod uwagę wysokość całego zobowiązania nie można uznać, że kara umowna jest wygórowana.

Powód w rozpoznawanej sprawie nie wykazał również zaistnienia przesłanek bezpodstawnego wzbogacenia z art. 405 kc a mianowicie nie wykazał, aby nastąpiło wzbogacenie pozwanego kosztem pozwanego bez podstawy prawnej. W szczególności powód nie wskazał, że doszło do przesunięcia korzyści z majątku powoda do majątku pozwanego, natomiast podstawę prawną stanowiła wiążąca strony umowa przewidująca możliwość zastosowania kar umownych.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Sąd oddalił powództwo również w części, w której powód domagał się zmniejszenia kary umownej na podstawie art. 484 § 2 kc a contrario jak również na podstawie 405 kc a contrario.

O kosztach orzekł zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu i na podstawie art. 98 § 1 i § 2 kpc zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7 872 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

W apelacji powód domagał się zmiany wyroku i uwzględnienia powództwa w całości zarzucając:

- naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy czyli: art. 483 §1 k.c. oraz 484 §1 k.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez przyjęcie, że nie

zachodzą przesłanki do obciążenia pozwanego karami umownymi z tytułu zwłoki w odbiorze pojazdów,

- naruszenie art. 484 §2 k.c. przez jego nie zastosowanie i de facto oparcie na tej zasadzie konstrukcji oddalenia powództwa o miarkowanie kary umownej.
- nie wyjaśnienie wszystkich istotnych dla sprawy okoliczności sprawy poprzez pominięcie wcześniej dopuszczonego dowodu z konfrontacji świadków L. B. i W. D. na okoliczność przyczyn nieodbierania przez Policję pojazdów dostarczanych zgodnie z zawartymi umowami.
- sprzeczność istotnych ustaleń sądu z zebrany materiał dowodowy poprzez przyjęcie za wiarygodne zeznań świadków J. P., K. B. i W. D. na okoliczność przyczyn nieodbierania pojazdów w sytuacji kiedy te zeznania stały w sprzeczności z dowodami w postaci dokumentów oraz poprzez uznanie za wiarygodne zeznań świadka T. K. (1) co do stanu finansowego (...) i posiadanych środków finansowych na realizację podpisanych umów na dostawy pojazdów do 5 (...) (...)

Rozwijając zarzuty apelacyjne argumentował, że sąd wbrew zebranym dowodom błędnie przyjął, wadliwie te dowody oceniając, że pozwany miał środki finansowe na nabycie samochodów i nie zwlekał z ich odbiorem.

Twierdził, że obowiązek pisemnego powiadomienia o odbiorze samochodów został zastąpiony przez faktyczne ich dostarczenie - co powodowało, że z tą chwilą był pozwany faktycznie powiadomiony o terminie ich odbioru.

Na uzasadnienie słuszności żądania miarkowania kary umownej twierdził, że skoro pozwany potrafił z należącego powódce wynagrodzenia naliczone kary umowne nie miał innego wyjścia jak tylko wnieść powództwo o ich miarkowanie.

W odpowiedzi na apelację pozwany domagał się jej oddalenia i orzeczenia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja podlegała oddaleniu, gdyż podniesione w niej zarzuty okazały się nieskuteczne.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia Sądu Okręgowego przyjęte na uzasadnienie oddalenia powództwa i przyjmuje je za swoje, jako że wyprowadzono je z nienaruszającej zasad określonych w art. 233 § 1 kpc oceny zebranych dowodów.

Sąd Apelacyjny podziela również argumentację prawną Sądu Okręgowego przyjętą w procesie wykładni przepisów prawa, która zdecydowała o kwalifikacji prawnej roszczeń powódki i oddaleniu powództwa.

Przechodząc zaś do poszczególnych zarzutów apelacji wypada przypomnieć, że postępowanie dowodowe sąd prowadzi w zakresie koniecznym dla wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia (art. 227 kpc). Zatem nie wszystkie, tylko te z dowodów, które zmierzają do osiągnięcia tego celu, sąd musi przeprowadzić, jeżeli zachodzą oczywiście procesowe warunki, przez co należy rozumieć przede wszystkim wynikającą z zasady kontrydiktoryjności procesu cywilnego zasadę gromadzenia materiału dowodowego z inicjatywy stron procesu, a tylko wyjątkowo z urzędu (art. 232 kpc).

Zatem konieczna ocena sposobu dowodzenia i gromadzenia dowodów, wynikająca z postawionych w apelacji zarzutów, musi uwzględniać wspomnianą zasadę. Zawsze więc pytanie o to, czy postępowanie dowodowe było wystarczające odnosić należy do potrzeby wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia i zdadności określonego dowodu dla realizacji tego celu.

Z kolei to, w którym kierunku mają zmierzać ustalenia sądu jest uwarunkowane żądaniem pozwu i okolicznościami przytaczanymi na jego uzasadnienie. W tym postępowaniu jest także konsekwencją obowiązków umownych, które strony przyjęły na siebie w ramach umowy o dostawę samochodów zawartej w trybie ustawy o zamówieniach publicznych.

Powódka twierdziła, że pozwany Skarb Państwa opóźnił się z odbiorem dostarczanych mu samochodów i dlatego jest usprawiedliwione obciążenie go karami

Powódka twierdziła, że pozwany Skarb Państwa opóźnił się z odbiorem dostarczanych mu samochodów i dlatego jest usprawiedliwione obciążenie go karami umownymi. Dlatego dla rozstrzygnięcia o żądaniu powódki istotne jest ustalenie, czy są prawdziwe jej twierdzenia o zarzucanej postawie pozwanego Skarbu Państwa.

W pierwszej jednak kolejności trzeba się odnieść do postanowień umowy, którą strony zawarły, jeżeli ustaliły w niej zasady postępowania mogące mieć znaczenie dla tych ustaleń.

Otóż z wiążącej strony umowy wynika, że możliwość naliczenia kary umownej przez powódkę była związana z zawinionym przez pozwanego nieodebraniem dostarczonych mu pojazdów w terminach w niej określonych (§ 8 pkt 7).

Skoro strony wiązały tę odpowiedzialność z czynnością odbioru samochodów to warunkiem jej powstania było zachowanie procedury określonej w § 4 pkt 2, a więc powiadomienie zamawiającego, tj. Skarb Państwa, na piśmie o terminie odbioru najpóźniej na 3 dni przed terminem odbioru na adres wskazany w umowie. Dlatego tylko zawinione niedokonanie odbioru w terminie wskazanym w zawiadomieniu usprawiedliwiałoby naliczenie kary umownej za opóźnienie w dokonaniu tej czynności.

W tej sytuacji istotną dla rozstrzygnięcia i wymagającą dlatego ustalenia była okoliczność zachowania procedury zawiadamiania o odbiorze samochodów, bo prawidłowe jej przeprowadzenie (zawiadomienie na piśmie o terminie odbioru) i zawinione przez pozwanego zaniechanie dokonania odbioru samochodów rodziły obowiązek pozwanego zapłaty kary umownej. Brak powiadomienia wykluczał możliwość naliczenia kary umownej, albowiem pozwany w takiej sytuacji nie był związany terminem odbioru (gdyż go powódka nie wyznaczyła) i mógł odbioru dokonać w

terminie według własnego uznania, nawet gdy upłynęły terminy do których się strony odwoływały w § 8 pkt 7 umowy (chodzi o terminy z § 2). Choć terminy określone w § 2 umowy były terminami końcowymi na dokonanie odbioru to jednak postanowienia § 8 pkt 7, § 2 i § 4 pkt 2 trzeba odczytywać łącznie co sprawia, że dopiero przeprowadzenie procedury powiadamiania o odbiorze uruchamiało obowiązek jego dokonania.

W tej sytuacji zarzucane przez apelującą - skądinąd niezasadnie - sprzeczności w ustaleniach sądu co do przyczyn opóźnienia się z odbiorem miałyby znaczenie, gdyby powódka udowodniła, że dokonywała zawiadomienia o terminie odbioru samochodów w sposób przewidziany w umowie, a wspomniane ustalenia dotyczące przyczyn opóźnienia mają znaczenie dla ustalenia winy pozwanego w dokonaniu odbioru samochodów.

Należy przypomnieć, że powódka nie zaprzeczała, iż nie zawiadamiała pozwanego na piśmie o terminie odbioru. Podnosiła, że strony „wypracowały” inny sposób zawiadomiania, a w apelacji sugerowała również, że samo faktyczne dostarczenie samochodów było de facto wezwaniem do dokonania odbioru.

Z taką argumentacją nie można się zgodzić. Strony były przecież związane między innymi postanowieniami § 11 pkt 1 umowy, w którym zastrzegły możliwość zmiany umowy pod warunkiem jej dokonania na piśmie z zastrzeżeniem rygору nieważności zmiany dokonanej bez zachowania formy pisemnej.

Niewątpliwie sposób zawiadomiania o odbiorze samochodów - uregulowany w umowie - był jednym z jej istotnych postanowień, a zatem zmiana zasad powiadamiania była w istocie swą zmianą umowy w części dotyczącej sposobu powiadamiania o terminie odbioru dostarczanych samochodów. Dlatego jej ważność i będąca jej konsekwencją wiążąca dla stron skuteczność zmiany, w tym również w kwestii możliwości naliczania kar umownych związanych z opóźnieniem dokonania odbioru, była uzależniona od zachowania pisemnej formy zmiany.

Niesporne było, że tego wymogu strony nie dochowały, wobec czego przyjęcie innej praktyki - jak twierdzi powódka - nie było wiążące i nie skutkowało dla powstania odpowiedzialności za wspomniane wcześniej opóźnienie.

Konsekwentnie więc ustalenia odnoszące się do faktu opóźnienia w odbiorze wiążanego ze zmienioną praktyką zawiadomień o jego terminie i przyczyn takiego stanu rzeczy nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia (art. 227 kpc).

Zarzuty apelacji dotyczące tej problematyki są więc pozbawione znaczenia i pomijając ich zasadność, nie mogą odnieść żadnego skutku.

Co więcej, zarzucane w apelacji pominięcie dowodu z konfrontacji świadków L. B. i W. D. nie może być skutecznie podnoszone przez skarżącą albowiem nie dochowała wymogu z art. 162 kpc zwrócenia sądowi uwagi na niezasadność oddalenia wniosku o przeprowadzenie konfrontacji tych świadków (patrz protokół rozprawy z 1 października 2012r. karta 1182).

Na marginesie tych rozważań trzeba wyjaśnić, że nie ma również uzasadnienia próba utożsamiania przez powódkę faktu dostarczenia pojazdów z terminem odbioru. Strony bowiem w umowie nie tylko przewidziały szczególną procedurę dla powiadamiania o terminie odbioru, ale wyraźnie rozróżniały problematykę dostawy i odbioru dostarczonych samochodów regulując te kwestie w dwóch odrębnych punktach § 4 umowy (patrz punkt 1 i 2). Poza tym odbiór samochodów, co wynika z dalszych postanowień umowy, nie wiązał się z faktycznym przyjęciem samochodów na plac składowy pozwanego, inaczej niż w przypadku ich dostarczenia (§ 4 pkt 1 umowy) tylko z koniecznością dokonania szeregu czynności sprawdzających, między innymi zgodność dostawy ze specyfikacją zamówienia i stan techniczny pojazdów (§ 5). Stąd uzasadnione i zrozumiałe było postanowienie umowy o konieczności powiadomienia o terminie odbioru, gdyż niekoniecznie dostarczone na plac pozwanego samochody nadawały się do odbioru, który miał przecież potwierdzić zgodność dostarczonego towaru z zamówieniem.

Nie ma również racji apelacja kwestionując oddalenie jej żądania zmniejszenia kary umownej, którą naliczył jej powód, z przyczyn podanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, które Sąd Apelacyjny w całości podziela tym bardziej, że

znajdują one potwierdzenie w cytowanym przez Sąd Okręgowy wyroku Sądu Najwyższego z 26 listopada 2008r. w sprawie IIICSK 168/08.

Nie zmienia tego twierdzenie apelacji, że droga procesu z żądaniem obniżenia kary umownej została wymuszona zachowaniem pozwanego, który obniżył należne powódce wynagrodzenie za dostarczone samochody o naliczoną karę umowną z tytułu opóźnienia w dostawie. Nie ma bowiem formalnych przeszkód, o ile powódka kwestionuje naliczenie kary umownej i obniżenie jej wynagrodzenia, aby wystąpiła na drogę procesu cywilnego z żądaniem zapłaty kwoty jej zdaniem niezasadnie potrąconej przez pozwaną z należnego wynagrodzenia.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 kpc apelację oddalił i na podstawie art. 98 kpc obciążył powódkę kosztami postępowania apelacyjnego należnymi pozwanemu Skarbowi Państwa.