

Sygn. akt I ACa 938/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 października 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Hanna Nowicka de Poraj
Sędziowie:	<u>SSA Barbara Górczanowska</u> SSA Zbigniew Ducki
Protokolant:	st.sekr.sądowy Barbara Piaszczyk

po rozpoznaniu w dniu 18 października 2012 r. w Krakowie na rozprawie

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

przeciwko (...) Spółce z o.o. w S.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 21 marca 2012 r. sygn. akt VII GC 51/11

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu treść:

I. zasądza od strony pozwanej (...) Spółki z o.o.

w S. na rzecz strony powodowej (...) Spółki Akcyjnej w W. kwotę 126.334,17zł (sto dwadzieścia sześć tysięcy trzysta trzydzieści cztery złote i siedemnaście groszy) z ustawowymi odsetkami od kwot:

- 20.197,61zł od dnia 1 maja 2009r.;

-16.767,55zł od dnia 3 maja 2009r.;

-28.460,16zł od dnia 7 maja 2009r.;

-27.406,08zł od dnia 16 maja 2009r.;

-7.677,81zł od dnia 18 maja 2009r.;

-25.824,96zł od dnia 30 maja 2009r. do dnia zapłaty;

II. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 7.276,00zł (siedem tysięcy dwieście siedemdziesiąt sześć złotych) tytułem kosztów procesu;

III. oddala powództwo w pozostałej części;

IV. nakazuje pobrać od strony pozwanej (...) Spółki z o.o. w S. na rzecz Skarbu Państwa-Sądu Okręgowego w Kielcach kwotę 546,55zł (pięćset czterdzieści sześć złotych i pięćdziesiąt pięć groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;

V. nakazuje pobrać z zasądzonego na rzecz strony powodowej w punkcie I wyroku roszczenia na rzecz Skarbu Państwa-Sądu Okręgowego w Kielcach kwotę 202,15zł (dwieście dwa złote i pięćnaście groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;

2. oddala apelację strony powodowej w pozostałej części i apelację strony pozwanej w całości;

3. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 6.424,06zł (sześć tysięcy czterysta dwadzieścia cztery złote i sześć groszy) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 października 2012 r.

Strona powodowa - (...) S.A. w W. domagała się zasądzenia od strony pozwanej (...) Spółki z o.o. w S. kwoty 172.238,86 zł tytułem należności za wyprodukowane na zamówienie pozwanego i wydane mu napoje, w ramach umowy z dnia 26 lutego 2009 r.

W sprzeciwie do wydanego w sprawie nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa zarzucając, że przedmiotowa wierzytelność strony powodowej została umorzona wskutek złożonego oświadczenia o potrąceniu wzajemnej wierzytelności strony pozwanej, przysługującej jej z tytułu nienależytego wykonania umowy z dnia 26 lutego 2009 r., obejmującej: kary umowne za opóźnienie w dostarczeniu towaru w kwocie 1.894,98 zł, równowartość przekazanych powodowi surowców niezwróconych po zaprzestaniu wykonania umowy w kwocie 23.769,56 zł, odszkodowanie za szkodę powstałą w związku z zaprzestaniem wykonania umowy w kwocie 373.934,13 zł, na którą składała się kwota 306.182,95 zł stanowiąca utracony zysk, kwota 65.885,66 zł, o którą nastąpiło zwiększenie kosztów produkcji w związku z koniecznością zwrócenia się do innych producentów oraz kwota 1.865,51 zł poniesiona na nawiązanie współpracy z innymi producentami.

Wyrokiem z dnia 21 marca 2012 r. Sąd Okręgowy w Kielcach Wydział VII Gospodarczy zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 43.972,11 zł z odsetkami ustawowymi z tym, że od kwoty 10.469,34 zł od dnia 16 maja 2009 r., od kwoty 7.677,81 zł od dnia 18 maja 2009 r. i od kwoty 25.824,96 zł od dnia 30 maja 2009 r. a w pozostałej części powództwo oddalił. Ponadto Sąd zasądził od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 1.470 zł tytułem kosztów procesu; nakazał pobrać od strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Kielcach kwoty 195 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych; nakazał pobrać na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Kielcach z należności zasądzonej na rzecz powoda w pkt I wyroku kwoty 554 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia i motywy wskazane w uzasadnieniu:

Strony wiązała umowa z 26 lutego 2009 r., na mocy której powód określany jako zleceniobiorca, zobowiązał się do wykonania usług w zakresie: organizacji produkcji napoju i wykonania opakowań jednostkowych do napoju, rozlewu napoju do opakowań jednostkowych, pakowania napoju, wydania napoju. Następnie miał sprzedać te napoje pozwanemu określanemu jako zleceniodawca, za uzgodnioną cenę. Ten ostatni miał obowiązek składać pisemne zamówienia drogą mailową lub faxową na ilość nie mniejszą niż określona w załączniku „wyrób” (§ 4.1 umowy). Termin

realizacji tak złożonego zamówienia wynosił 7 dni roboczych na produkcję, natomiast dostawa miała być wykonana w czasie 48 godzin od złożenia przez pozwanego zamówienia dostawy (§ 4.4.5). Zleceniodawca był zobowiązany do zapłaty za dostarczone wyroby w terminie 30 dni od daty realizacji zamówienia dostawy (§ 6.6.3). Warunkiem realizacji zaleceń produkcji i dostawy przez powoda było dokonywanie przez pozwanego terminowych płatności, z tym, że w przypadku nieterminowych płatności powód był zobowiązany do pisemnego powiadomienia pozwanego o ich wystąpieniu i konieczności uregulowania zapłaty w terminie 5 dni od tego wezwania, a następnie w przypadku dalszej zwłoki w zapłacie zleceniobiorca miał prawo wstrzymać dostawy lub produkcję bez ponoszenia skutków niewywiązania się z umowy (§ 6 - 6.4). W §10 pkt. 10.1 umowy strony ustaliły, że za każdy dzień opóźnienia dostawy zleceniodawcy będzie przysługiwało prawo do naliczenia kary umownej w wysokości 0,04% wartości netto zamówienia dostawy za każdy dzień opóźnienia, a nadto obie strony zastrzegły na swoją rzecz prawo dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych jeżeli kary umowne nie wyczerpują roszczeń (§ 11 pkt 11.1).

Sąd Okręgowy ustalił ponadto, że powód wystawił m. in. faktury VAT: nr (S)FS- (...) z 30.03.2009r. na kwotę 11.837,90 zł płatną do 29.04.2009r. za realizację zamówienia (...) z 26.03.2009 r.; nr (S)FS- (...) z 30.03.2009r. na kwotę 25.824,96 zł – jako ciąg dalszy w/w zamówienia; nr (S)FS- (...) z 31.03.2009r. na kwotę 28.417,70 zł płatną 30.04.2009r. za realizację zamówienia ZZ- (...) z 13.03.2009r.; nr (S)FS- (...) z 2.04.2009 r. na kwotę 16.775,24 zł płatną 2.05.2009 r. za realizację zamówienia ZZ- (...) z 2.04.2009 r.; nr (S)FS- (...) z 6.04.2009 r. na kwotę 28.460,16 zł płatną 6.05.2009 r. za realizację zamówienia ZZ- (...) z 24.03.2009 r.; nr (S)FS- (...) z 15.04.2009 r. na kwotę 27.406,08 zł płatną 15.05.2009 r. za realizację zamówienia ZZ- (...) z 2.04.2009 r.; nr S(FS)- (...) z 17.04.2009 r. na kwotę 7.691,86 zł płatną 17.05.2009 r. za realizację zamówienia ZS- (...) – e-mail z 15.04.2009 r.; nr S(FS)- (...) z 29.04.2009 r. na kwotę 25.824,96 zł płatną 29.05.2009 r. za realizację zamówienia ZZ- (...) z 2.04.2009 r. Łącznie pozwany nie zapłacił powodowi kwoty 172.217,12 zł. po korekcie na kwotę 7,69 zł i 14,05 zł do faktur kolejno nr (S)FS- (...) i nr S(FS)- (...).

Sąd pierwszej instancji ustalił wreszcie, że po dniu 29 kwietnia 2009 r. powód zaprzestał wykonywania umowy. Pozwany po uprzedniej korespondencji z powodem pismem z dnia 29 maja 2009 r. złożył oświadczenie o potrąceniu z należności powoda za wykonane dostawy, której to należności nie kwestionował, kwoty 375.829,11 zł. Żądaniem swym objął odszkodowanie w kwocie 373.934,13 zł i karę umowną w kwocie 1.894,98 zł. Pozwany bowiem zlecił innym firmom – producentom alternatywnym wyprodukowanie napojów, przez co poniósł, jak twierdził, koszty z tym związane.

Powyższe ustalenia doprowadziły Sąd pierwszej instancji do stwierdzenia, że za dostarczone wyroby należy się powodowi kwota 172.217,12 zł gdyż umowa sprzedaży została w tym zakresie zrealizowana (art. 535 k.c.). Dalszym rozważaniom Sąd poddał to, czy i w jakiej wysokości zasadny jest zarzut potrącenia zgłoszony przed sporem i w jego trakcie co do kwoty 23.769,56 zł tytułem niezwróconych surowców uprzednio dostarczonych powodowi wg umowy. Nie ulegało wątpliwości Sądu, że powód wstrzymał dostawy bez uprzedniego zastosowania się do wymogów przepisu § 6 pkt 6.4 umowy a mianowicie nie zawiadomił pisemnie pozwanego o obowiązku zapłaty w terminie 5 dni od tego zawiadomienia i po dniu 29 kwietnia 2009 r. tych dostaw nie realizował. Nadto na 15-cie zamówień tylko jedno z nich nr (...) zrealizował w umówionym terminie. Zatem pozwanemu należą się kary umowne za opóźnienie w realizacji dostaw na podstawie §10 pkt 10.1 umowy w zw. z art. 484 i 483 k.c. Opóźnienie to należy liczyć za okres od dnia kiedy dostawa miała być zrealizowana jednakże nie dłużej niż do 30 kwietnia 2009 r. bowiem w tej dacie było wiadomo, że powód nie będzie realizował umowy wobec braku płatności faktur zaś pozwany już otrzymał pierwsze partie towaru zamówionego u innego producenta, np. zamówienie (...), które miało być zrealizowane 20 kwietnia 2009 r. przez powoda, „zastępczy” wytwórca zrealizował 30 kwietnia 2009 r., co wynika z opinii biegłego. Pozwany przystąpił także do organizowania produkcji u alternatywnych producentów, za co dochodzi odszkodowania na zasadach ogólnych, w tym utraconych korzyści. Według Sądu Okręgowego z tytułu kar umownych pozwanemu należy się kwota 1.524,93 zł, a to: zamówienie ZZ- (...) opóźnienie 1 dzień 86.400 szt. x 0,26 zł. = 22.464 zł x 0,04 zł. = 8,99 zł; zamówienie (...) – opóźnienie 4 dni – 23.328 zł x 4 dni x 0,04% = 37,32 zł; zamówienie (...) – opóźnienie 11 dni 23.328 zł x 11 dni x 0,04% = 102,64 zł; zamówienie (...) – opóźnienie 11 dni 23.328 zł x 11 dni x 0,04% = 102,64 zł; zamówienie (...) niezrealizowane (powinno być wykonane 24.03.09r.) 23.328 zł x 37 dni x 0,04% = 345,25 zł; zamówienie (...)

niezrealizowane (powinno być wykonane 8.04.2009r.) $23.328 \text{ zł} \times 22 \text{ dni} \times 0,04\% = 205,28 \text{ zł}$; zamówienie (...) niezrealizowane (powinno być wykonane 8.04.2009r.) $23.328 \text{ zł} \times 22 \text{ dni} \times 0,04\% = 205,28 \text{ zł}$; zamówienie (...) niezrealizowane (powinno być wykonane 9.04.2009r.) $23.328 \text{ zł} \times 21 \text{ dni} \times 0,04\% = 195,95 \text{ zł}$; zamówienie (...) – opóźnienie 21 dni $21.168 \text{ zł} \times 21 \text{ dni} \times 0,04\% = 177,81 \text{ zł}$; zamówienie (...) – opóźnienie 6 dni $22.464 \text{ zł} \times 6 \text{ dni} \times 0,04\% = 53,91 \text{ zł}$; zamówienie (...) niezrealizowane (powinno być wykonane 20.04.2009r.) $22.464 \text{ zł} \times 10 \text{ dni} \times 0,04\% = 89,86 \text{ zł}$. Sąd wskazał, że powód nie kwestionował matematycznych wyliczeń biegłego, twierdził jedynie, że po dniu 29.04.2009r. kary nie powinny być naliczane, co Sąd uwzględnił.

Za zasadny Sąd Okręgowy uznał także zarzut potrącenia z tytułu odszkodowania z tym, że w mniejszym rozmiarze niż to zgłosił pozwany. Jako podstawę uwzględnienia tego zarzuty Sąd wskazał art. 471 k.c., zgodnie z którym dłużnik jest obowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że wykáže, że są one następstwem okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności. Dochodząc odszkodowania wierzyciel udowodnić musi, że dłużnik nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie, szkodę oraz związek przyczynowy między szkodą a działaniem lub zaniechaniem dłużnika. Zakres obowiązku odszkodowawczego wyznacza art. 361 § 2 k.c., według którego w granicach określonych adekwatnym związkiem przyczynowym, naprawienie szkody obejmuje straty jakie poszkodowany poniósł oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Ustalenie szkody pod postacią utraconych korzyści ma wprawdzie zawsze charakter hipotetyczny lecz musi być wykazane przez poszkodowanego z takim prawdopodobieństwem, że praktycznie można w świetle doświadczenia życiowego przyjąć, że utrata korzyści (zysku) rzeczywiście miała miejsce. Ciężar dowodu istnienia szkody i jej rozmiaru spoczywa na poszkodowanym stosownie do treści art. 6 k.c.

W ocenie Sądu Okręgowego pozwany udowodnił, że powód nie wykonał zobowiązania wynikającego z umowy stron, z przyczyn od siebie zależnych, przez co spowodował szkodę w majątku pozwanego w wysokości 102.801,90 zł na którą to kwotę składają się: wyższe koszty produkcji z powodu zmiany producentów i dostawców napojów (21.299,56 zł); koszty kompletacji napojów, w tym koszty opakowań – folii i energii (26.943,32 zł), utracona marża z powodu niezrealizowanych dostaw przez powoda (54.559,02zł). Nadto powód, wobec niezrealizowania kontraktu zobowiązany jest do zwrotu wartości dostarczonych mu puszek do napojów i zapraw w kwocie 23.918,18 zł. Zdaniem Sądu pozwany chcąc wywiązać się z łączących go kontraktów z odbiorcami napojów, wobec zaprzestania ich dostaw przez powoda, był zobligowany do zlecenia ich produkcji alternatywnym producentom tj. firmom (...), B. i K., którzy podjęli się produkcji i dostaw. Jak wynika z dokumentów weryfikowanych przez biegłego, koszty z tym związane były wyższe od uzgodnionych z powodem i między innymi spółka (...), która przejęła produkcję i dostawę napojów D. 0,25 l nie miała możliwości pakowania go w zgrzewki zawierające 8 szt., co spowodowało konieczność zlecenia tego przepakowywania i poniesienia z tego tytułu dodatkowych kosztów. Sąd wskazał, że wyższe koszty produkcji zastępczej zostały ustalone na podstawie faktur, którymi producenci alternatywni obciążyli pozwanego, natomiast utracone korzyści obejmują jedynie te, które wynikły wyłącznie z niezrealizowanych zamówień i odnoszone są do faktycznie poniesionych kosztów. Nie był podstawą wyliczeń popyt na napoje u odbiorców lecz faktycznie zrealizowane zamówienia i sprzedaż, uzyskiwana marża z tego tytułu, wyższe koszty produkcji i faktyczne koszty bezpośrednio i pośrednio wynikające z zapisów księgowych u pozwanego.

Sąd Okręgowy oparł się na opinii biegłego sądowego W. W. uznając ją za rzetelną, co uzasadniał oparciem jej jedynie na weryfikowanych dokumentach księgowych, uwzględniając dane wynikające z rzeczywistego zapotrzebowania odbiorców napojów, jak i koszty promocji rozliczone proporcjonalnie do zrealizowanej sprzedaży wynikającej z zamówień odbiorców a nie z deklaracji tychże co do ewentualnych zakupów. Sąd wskazał, że zeznania świadków B. D., B. B., M. P. - kierowników regionalnych u powoda a także prokurenta pozwanego M. G., nie miały pokrycia w rzeczywistości tj. w dokumentach odzwierciedlających transakcje z alternatywnymi producentami. Koszty produkcji „zastępczej” przez innych producentów oraz koszty przepakowywania napojów zostały ustalone przez biegłego w oparciu o źródłowy materiał dowodowy, tj. faktury tych dostawców. Tym samym za nieuzasadniony Sąd Okręgowy uznał zarzut powoda, że biegły oparł się na sprekludowanych dowodach złożonych przez pozwanego, skoro były to wyłącznie dokumenty źródłowe, które stanowiły podstawę do weryfikacji podniesionych w sprzeczności od nakazu zapłaty twierdzeń pozwanego. Dokumenty księgowe wprawdzie nie były dołączone do sprzeciwu, ale nie można uznać,

że wykorzystanie ich przez biegłego było nieuprawnione gdyż dotknięte były prekluzją w rozumieniu art. 503 §1 k.p.c. w zw. z art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. Zdaniem Sądu nie potwierdził się także zarzut powoda, że pozwany nie dostarczył mu puszek i komponentów do produkcji napojów, co miało mu uniemożliwić wykonanie kontraktu. Po pierwsze do czasu zaprzestania realizacji umowy powód takiego zarzutu nie podnosił, że jest to przeszkoda w terminowym wykonaniu zamówień. Nadto jak wynika z opinii biegłego, w dyspozycji powoda na chwilę zaprzestania dostaw pozostawały zarówno puszki, wieczka i zaprawy oraz słodziki na ogólną kwotę 23.918,18 zł. Powód, np. dysponował ilością 245.850 puszek a wyprodukował jedynie 181.320 szt. napojów.

Sąd Okręgowy podał, że pozwany był zmuszony na skutek nieuprawnionego zaprzestania dostaw przez powoda do zmiany producenta napojów i tak w przypadku napoju D. 0,25 l, 1 l oraz(...) O. 0,5 l koszty jednostkowe produkcji były wyższe niż uzgodnione z powodem, natomiast w przypadku napoju (...)lemon 0,5 l i D.S. (...)5 l – były niższe. Pozwany poniósł wyższe koszty produkcji o kwotę 21.299,56 zł. Nadto zobowiązany był do poniesienia kwoty 26.943,32 zł z tytułu dodatkowych kosztów pakowania napojów w związku ze zmianą producenta i dostawcy D. 0,25 l. Z tytułu utraconych korzyści (marży ze sprzedaży) z powodu nie zrealizowania zamówień przez powoda uzasadnione jest żądanie kwoty 54.559,02 zł. Nadto powód jest zobowiązany do uiszczenia należności za niezwrócone puszki, kluczyki do nich, wieczka i zaprawy oraz słodziki w łącznej wysokości 23.918,18 zł albowiem powód był zobowiązany do ich zwrotu. Łącznie zatem pozwanemu należy się kwota 128.245,01 zł i w tej wysokości zarzut potrącenia Sąd pierwszej instancji uznał za uzasadniony wobec zaistnienia przesłanek z art. 489 i 499 k.c. Zatem potrącenie wyczerpało żądanie powoda i uczyniło go nieuzasadnionym co do należności kolejno według pozwu: 11.837,90 zł, 25.824,96 zł, 28.417,70 zł, 16.767,55 zł (po korekcie kwoty 16.775,24 zł), 28.460,16 zł i 16.936,74 zł (z kwoty 27.406,08 zł odjęto 16.936,74 zł pozostało 10.469,34 zł). W konsekwencji od pozwanego zasądzono kwotę 43.972,11 zł obejmującą: 10.469,34 zł, 7.677,81 zł (po korekcie o 14,05 zł) i 25.824,96 zł. W pozostałej części powództwo oddalono.

Odsetki zasądzono na podstawie art. 481 §1 k.c. O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 §1 i §3 w zw. z art. 99 k.p.c.

Apelacje od wyroku Sądu Okręgowego wniosły obie strony.

Strona powodowa (...) Spółka Akcyjna zaskarżyła wyrok Sądu Okręgowego w części oddalającej powództwo (pkt III sentencji) oraz w części orzekającej o kosztach postępowania (pkt II i V sentencji). Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny dowodów w sposób sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego oraz w sposób nasuwający zastrzeżenia z punktu widzenia logicznego rozumowania w odniesieniu do dowodu z opinii biegłego, albowiem jest niewątpliwie, że wnioskom wynikającym z tej opinii przeczą zasady doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania, w szczególności wnioski biegłego o poważnych zakłóceniach dostawy towarów do odbiorców pozwanej oraz o braku towarów co do ilości, a także wyliczenie biegłego w przedmiocie utraconych korzyści po stronie pozwanej,

b) art. 503¹ k.p.c. w zw. z art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. przez błędną wykładnię i brak zastosowania polegającą na uznaniu, że:

- powołanie przez pozwaną do załącznika do protokołu z rozprawy z dnia 17 sierpnia 2011r. dokumentów nie było możliwe w sprzeciwie od nakazu zapłaty i w konsekwencji dokumenty te nie były objęte prekluzją dowodową, w sytuacji gdy pozwana nie wykazała w żaden sposób, że powołanie ww. dokumentów w sprzeciwie od nakazu zapłaty nie było możliwe lub potrzeba ich powołania wynikła później, co powódka podnosiła w toku postępowania w formie zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c.

- opinia biegłego w zakresie sporządzonym w oparciu o dokumenty księgowe pozwanej niezawnioskowane i niezłączone do sprzeciwu od nakazu zapłaty posiadała moc dowodową, w sytuacji gdy opinia biegłego w tym zakresie została sporządzona na podstawie dowodów podlegających pominięciu, jako że pozwana nie wносиła w sprzeciwie od

nakazu zapłaty o przeprowadzenie dowodu z dokumentów księgowych innych niż te załączone do sprzeciwu od nakazu zapłaty, co powódka podnosiła w toku postępowania w formie zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c.

Ponadto strona powodowa zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła naruszenie prawa materialnego, tj.:

a) art. 361 § 2 k.c. przez błędną jego wykładnię polegającą na uznaniu, że za utracone korzyści po stronie pozwanej można uznać także szkodę ewentualną, tj. utratę pewnej szansy uzyskania określonej korzyści majątkowej, która nie graniczy z pewnością,

b) art. 65 k.c. przez błędną jego wykładnię polegającą na uznaniu, że brak pisemnego zawiadomienia pozwanej o obowiązku zapłaty na podstawie postanowienia 6 pkt 6.4 umowy zlecenia produkcji i sprzedaży skutkowało tym, że pozwana była uprawniona do żądania od powódki dalszej realizacji zleceń i była uprawniona do obciążenia strony powodowej odpowiedzialnością za brak realizacji zleceń, w sytuacji gdy prawidłowa wykładnia tego postanowienia umowy powinna prowadzić do konkluzji, że w przypadku braku terminowych płatności przez pozwaną strona powodowa była wolna od obowiązku realizacji dalszych zleceń i nie ponosiła żadnej odpowiedzialności za szkody powstałe u pozwanej z tego tytułu.

Wskazując na powyższe zarzuty strona powodowa wносиła o zmianę wyroku w zaskarżonej części i uwzględnienie w tym zakresie powództwa oraz zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kosztów postępowania za pierwszą instancję według norm przepisanych, a także kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Strona pozwana (...) Spółka z o.o. w S. zaskarżyła powyższy wyrok w części, co do pkt I zasądzającego od pozwanej na rzecz powódki kwotę 43.972,11 zł wraz z odsetkami oraz pkt IV, zarzucając mu:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w szczególności:

- art. 361 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 363 § 1 i 2 k.c. poprzez wadliwe i błędne uznane, że naprawienie szkody, którą pozwany potrąca nie obejmuje utraconych korzyści ponad kwotę określoną przez biegłego, podczas gdy prawidłowa ocena zgromadzonego materiału dowodowego wskazuje bezspornie, że korzyści, które pozwany osiągnąłby gdyby powód należycie wykonywał zobowiązanie wyczerpują się także kwotą nie mniejszą niż 144.449,16 zł;

- art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. i 10 pkt 10.1 umowy z dnia 26.02.2009 r. poprzez błędne uznanie, iż kara umowna należy się pozwanemu za okres od dnia kiedy dostawa miała być zrealizowana, jednak nie dłużej niż do dnia 30.04.2009 r. podczas gdy prawidłowo obliczona kara umowna za opóźnienie – w przypadku braku realizacji zamówienia przez powódkę - winna obejmować okres do dnia 30.09.2009 r., a zatem wysokość kar umownych faktycznie wynosi 10.532,04 zł;

- art. 498 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 499 k.c. poprzez błędne uznanie, że na skutek potrącenia wierzytelność powoda i wierzytelność pozwanej umorzyły się wzajemnie jedynie co do kwoty stanowiącej różnicę między żądaniem pozwu a kwotą zasądzoną w pkt I wyroku, podczas gdy wierzytelność pozwanej z pewnością jest nie mniejsza niż żądanie pozwu, co winno skutkować oddaleniem powództwa w całości.

2. obrazę przepisów prawa procesowego w postaci:

- art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, a w szczególności wadliwe uznanie, że dokumenty złożone przez pozwaną obrazujące utraconą sprzedaż produktów oraz zeznania świadków strony pozwanej nie udowadniają utraconych przez pozwaną korzyści, podczas gdy prawidłowa ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego winna skutkować wnioskiem, że pozwana udowodniła i wykazała, że na skutek nienależytego wykonania przez powódkę zobowiązania poniosła szkodę w postaci utraconych korzyści także w kwocie nie mniejszej niż 144.449,16 zł;

- art. 217 § 2 k.p.c. i art. 286 k.p.c. poprzez bezzasadne oddalenie wniosku pozwanej o uzupełnienie opinii biegłego, która w świetle wniosku dowodowego i tezy dowodowej była niepełna i winna zostać uzupełniona zgodnie z zakreśloną

też dowodową w szczególności obliczenie wartości utraconych korzyści w oparciu o zarówno dokumentację księgową jak i materiał dowodowy zgromadzony w sprawie – w tym dokumenty potwierdzające wysokości nie zrealizowanej sprzedaży;

- art. 113 pkt.1 Ustawy z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych poprzez bezzasadne nakazanie pobrania od pozwanego należności określonych w pkt IV wyroku na rzecz Skarbu Państwa tytułem nie uiszczonych kosztów sądowych

Wskazując na powyższe zarzuty strona pozwana wносиła o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt I i oddalenie powództwa także w tym zakresie oraz zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Rozpoznając obie apelacje Sąd Apelacyjny oparł się częściowo na ustaleniach Sądu Okręgowego jak również, na podstawie materiału zgromadzonego w aktach sprawy – niekwestionowanych przez strony dokumentach - poczynił uzupełniające a także częściowo odmienne, własne ustalenia faktyczne w poniższym zakresie:

W § 4.4 umowy z dnia 26 lutego 2009 r. strony ustaliły, że zamówienia będą wiążące pod względem ilościowym oraz co do terminu ich realizacji, jeżeli spełniają warunki umowy. W § 4.5 umowy ustalono terminy realizacji zamówienia (7 dni od daty zamówienia produkcyjnego, 48 godzin od daty zamówienia dostawy), z tym, że terminy te miały być wiążące pod warunkiem dostarczenia przez stronę pozwaną opakowań lub surowców do produkcji (§ 4.6) (umowa – karta 18-22). W załączniku (...) do umowy (karta 23) ustalono ceny wyrobów, oraz podano, że w przypadku napoju energetyzującego A – D. 0,25 l - w opakowaniu zbiorczym mieści się 24 szt. a na palecie 2880 szt.; w przypadku napoju B - D. 1 l - w opakowaniu zbiorczym mieści się 6 szt. a na palecie 630 szt.; w przypadku napoju (...) 0,5 l - w opakowaniu zbiorczym mieści się 6 szt., a na palecie 1296 szt.; w przypadku napoju (...) O. 0,5 l - w opakowaniu zbiorczym mieści się 6 szt. a na palecie 1296 szt.; w przypadku napoju C3 - C.S. (...), 5 l - w opakowaniu zbiorczym mieści się 6 szt. a na palecie 1296 szt.

W ramach realizacji umowy z dnia 26 lutego 2009 r. pozwany kierował do powoda następujące zamówienia: zamówienie (...) z dnia 13.03.2009 r. – zrealizowane 20.03.2009 r. (za wyjątkiem 28.800 szt.); zamówienie (...) z dnia 13.03.2009 r. – zrealizowane 23.03.2009 r.; zamówienie (...) z dnia 13.03.2009 r. - zrealizowane 31.03.2009 r.; zamówienie (...) z dnia 24.03.2009 r. - zrealizowane 06.04.2009 r.; zamówienie (...) z dnia 24.03.2009 r. – nie zostało zrealizowane; zamówienie (...) z dnia 25.03.2009 r. – zrealizowane 30.03.2009 r.; zamówienie (...) z dnia 26.03.2009 r. – zrealizowane 30.03.2009 r. (za wyjątkiem 3.000 szt.); zamówienie (...) z dnia 02.04.2009 r. – nie zostało zrealizowane; zamówienie (...) z dnia 02.04.2009 r. – nie zostało zrealizowane; zamówienie (...) z dnia 02.04.2009 r. – nie zostało zrealizowane; zamówienie (...) z dnia 02.04.2009 r. – zrealizowane; zamówienie (...) z dnia 02.04.2009 r. – zrealizowane; zamówienie (...) z dnia 02.04.2009 r. – zrealizowane w terminie; zamówienie (...) z dnia 16.04.2009 r. – nie zostało zrealizowane; zamówienie (...) z dnia 20.04.2009 r. – zrealizowane (za wyjątkiem 18 sztuk). (zamówienia – karta 106-119).

W przypadku zamówienia nr (...) z dnia 13.03.2009 r. dostawa opakowań (puszek) i surowca do produkcji napojów nastąpiła dopiero w dniu 16 marca 2009 r. W przypadku zamówienia (...) z dnia 02.04.2009 r. dostawa surowca nastąpiła w dniu 6 kwietnia 2009 r. (karta 200-206).

Powód wystawił w tym czasie następujące faktury: F-ra VAT nr(S) ES- (...) z dnia 20.03.2009 r. na kwotę 25.824,96 zł, która została przez pozwanego zapłacona; F-ra VAT nr(S) FS- (...) z dnia 20.03.2009 r. na kwotę 18.270,72 zł, zapłaconą przez pozwanego; F-ra VAT nr(S) FS- (...) z dnia 30.03.2009 r. na kwotę 25.824,96 zł z terminem płatności 29.04.2009 r.; F-ra VAT nr(S) FS- (...) z dnia 2009.03.30 na kwotę 11.837,90 zł, z terminem płatności 29.04.2009 r.; F-ra VAT nr(S) FS- (...) z dnia 31.03.2009 r. na kwotę 28.417,70 zł z terminem płatności 30.04.2009 r.; F-ra VAT

nr(S)FS- (...) z dnia 02.04.2009 r. na kwotę 16.775,24 zł, skorygowana nr (5) (...) o kwotę 7,69 zł, z terminem płatności 2.05.2009 r.; F-ra VAT nr(S)FS- (...) z dnia 06.04.2009 r. na kwotę 28.460,16 zł, z terminem płatności 6.05.2009 r.; F-ra VAT nr(S)FS- (...) z dnia 15.04.2009 r. na kwotę 27.406,08 zł, z terminem płatności 15.05.2009 r.; F-ra VAT nr (S)FS- (...) z dnia 17.04.2009 r. na kwotę 7.691,86 zł, skorygowana nr (S) (...) o kwotę 14,05 zł, z terminem płatności 17.05.2009 r.; F-ra VAT nr(S) FS- (...) z dnia 29.04.2009 r. na kwotę 25.824,94 zł, z terminem płatności 29.05.2009 r. - łącznie na kwotę 216.312,78 zł. Pozwany nie zapłacił powodowi z ośmiu ostatnich faktur kwoty 172.217,12 zł. (faktury i dowody WZ – karta 39-55)

Z zamówionej ilości napojów powód nie wyprodukował i nie dostarczył pozwanemu 118.200 szt. D. E. (...), 25 l, 6 szt., D. E. (...), (...) 0,5 l – 51.906 szt., (...) O. 0,5 l – 51.978 szt., Cola dr S. (...), 5 l – 55.152 szt. jednostkowych.

W miesiącu kwietniu 2009 r. Spółka z o.o. (...) z K. nie zrealizowała zapotrzebowania na napoje: D. 0,25 l -15 szt. palet, D. 1 l – 14 szt. palet, (...) 0,5 l - 8 szt. palet, (...) O. 0,5 l – 8 szt. palet, Cola dr S. (...), 5 l – 8 szt. palet; Hurtownia (...). (...) Sp. Jawna w T. nie zrealizowała zapotrzebowania na napoje: (...) 0,5 l – 7 szt. palet, (...) O. 0,5 l – 7 szt. palet, Cola dr S. (...), 5 l – 6 szt. palet; (...) S.A. w K. nie zrealizowała zapotrzebowania na napoje: D. 0,25 l -2 szt. palet, D. 1 l - 4 szt. palet, (...) 0,5 l – 4 szt. palet, (...) O. 0,5 l - 4 szt. palet, Cola dr S. (...), 5 l – 4 szt. palet; W. Firma Handlowa nie zrealizował zapotrzebowania na napoje: (...) 0,5 l -2 szt. palet, (...) O. 0,5 l – 2 szt. palet, Cola dr S. (...), 5 l – 2 szt. palet. (oświadczenia odbiorców – karta 122-125). Niezrealizowane łączne zapotrzebowanie wynosiło dla napojów D. 0,25 l – 48.960 sztuk jednostkowych (17x2880), D. 1 l – 11.340 sztuk (18x630), (...) 0,5 l – 27.216 sztuk (21x1296), (...) O. 0,5 l – 27.216 sztuk (21x1296), C.dr S. (...), 5 l -25.920 sztuk (20x1296). Na podstawie opinii biegłego W. W. (1) ustalono, że zysk pozwanego ze sprzedaży napoju D. 0,25 l wynosił 0,38 zł, D. 1 l – 0,70 zł, (...) 0,5 l – 0,04 zł, (...) O. 0,5 l – 0,04 zł, C. dr S. (...), 5 l – 0,09 zł. (opinia biegłego – karta 477). Gdyby pozwany sprzedał w miesiącu kwietniu zamówione przez swoich kontrahentów a nie dostarczone mu przez powoda napoje, uzyskałby zysk: co do napoju: D. 0,25 l – 18.607 zł (0,38x48.966 szt.), D. 1 l – 4,20 zł (0,70x6 szt.), (...) 0,5 l – 1.088,64 zł (0,04x27.216 szt.), (...) O. 0,5 l – 1.088,64 zł (0,04x27.216 szt.), Cola dr S. (...), 5 l – 2.332,80 zł (0,09x25.920 szt.), łącznie 23.121,36 zł.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny uznał, że apelacja strony powodowej jest uzasadniona częściowo, zaś apelacja strony pozwanej jest nieuzasadniona w całości.

Spośród wszystkich zarzutów podniesionych przez powoda w apelacji, przede wszystkim nie jest uzasadniony zarzut naruszenia art. 65 k.c. poprzez błędną jego wykładnię polegającą na uznaniu, że brak pisemnego zawiadomienia pozwanej o obowiązku zapłaty na podstawie postanowienia 6 pkt 6.4 umowy zlecenia produkcji i sprzedaży skutkowało tym, że pozwana była uprawniona do żądania od powódki dalszej realizacji zleceń i była uprawniona do obciążenia strony powodowej odpowiedzialnością za brak realizacji zleceń. Zdaniem strony powodowej przedmiotowe postanowienie umowy oznacza, że w przypadku braku terminowych płatności przez pozwaną strona powodowa była wolna od obowiązku realizacji dalszych zleceń i nie ponosiła żadnej odpowiedzialności za szkody powstałe u pozwanej z tego tytułu. Ma rację strona powodowa, że stosownie do art. 65 § 2 k.c., zamiar i cel umowy znajdują się na pierwszym miejscu, a dopiero w dalszej kolejności należy uwzględnić dosłowne brzmienie tej umowy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 1999 r., II CKN 379/98, OSN 2000, nr 1, poz. 10) jednakże musi to być zamiar obu stron a nie tylko jednej strony i musi on istnieć w chwili składania oświadczeń woli. Jeżeli okaże się, że strony różnie rozumiały treść złożonego oświadczenia woli, to za prawnie wiążące - zgodnie z kombinowaną metodą wykładni oświadczeń woli - należy uznać znaczenie oświadczenia woli ustalone według wzorca obiektywnego (por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 7 marca 2007 r., II CSK 489/06 - LEX nr 274245). W orzecznictwie przyjmuje się jednak, że w obrocie gospodarczym powinno się zastosować bardziej rygorystyczne wymagania odnośnie sporządzania umów. Dopuszczenie badania zgodnego zamiaru stron, będących profesjonalistami, odmiennego co do istotnych postanowień umowy od tekstu pisemnego godziłoby w bezpieczeństwo obrotu. Z tych względów zasadne jest przyjęcie, że w razie zawarcia przez przedsiębiorców umowy w formie pisemnej nie można się powoływać na to, iż zgodnym zamiarem stron było zawarcie odmiennych istotnych postanowień umowy niż te, które zostały pisemnie wyrażone. W treści umowy (§ 6.4) strony ustaliły wprawdzie, że warunkiem realizacji produkcji i dostawy jest dokonywanie terminowych płatności, jednakże w zdaniu drugim niewątpliwie dokonano doprecyzowania tego postanowienia wskazując, że wstrzymanie dostaw winno być poprzedzone pisemnym powiadomieniem strony pozwanej przez powoda o konieczności uregulowania

płatności w terminie 5 dni od daty wezwania. Nie ma podstaw do przyjęcia aby strona powodowa była zwolniona z tego obowiązku, lub by wstrzymanie dostaw mogło nastąpić przed upływem ustalonego terminu do zapłaty. Jeśli strona powodowa twierdzi, że było inaczej powinna była wskazać stosowne środki dowodowe na okoliczność ustalenia treści umowy i intencji stron przy zawarciu umowy, czego jednak, oprócz powołania się na tekst umowy, nie uczyniła. Zarzucanie zatem, że Sąd pierwszej instancji naruszył regułę interpretacyjną z art. 65 k.c. jest nieuprawnione.

Umowa stron, wbrew stosowanemu w niej nazewnictwu, miała charakter umowy dostawy, której definicję zawiera przepis art. 605 k.c. W świetle tego przepisu dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczenia częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny. Treścią umowy jest więc z jednej strony obowiązek dostawcy wytworzenia rzeczy i dostarczenia jej odbiorcy, z drugiej zaś strony obowiązek odbiorcy odebrania rzeczy i zapłacenia ceny. Przedmiotem umowy są zatem rzeczy przyszłe, które zostaną dopiero wytworzone przez dostawcę w procesie produkcji, co umożliwia odbiorcy bliższe określenie cech rzeczy, mniej lub bardziej indywidualnych, dostosowanych do jego wymagań lub potrzeb, ustalenie surowców, z których rzecz ma być wytworzona (art. 608 § 1 k.c.), czy zagwarantowanie sobie wpływu na proces produkcji (art. 608 § 2 k.c.). Istotą umowy dostawy jest także to, że nie wywiązywanie się przez odbiorcę z obowiązku zapłaty ceny w terminie oraz zaległości z tego tytułu uzasadniają wstrzymanie dostaw bez wypowiedzenia umowy. Jednakże w przedmiotowej umowie z dnia 26 lutego 2009 r. strony nałożyły na dostawcę dodatkowe wymaganie, aby przed wstrzymaniem realizacji dostaw, skierował do odbiorcy wezwanie skutkujące dodatkowym terminem 5 dni na zapłatę. Należy zwrócić uwagę, że stan opóźnienia po stronie pozwanego powstał dopiero po dniu 29 kwietnia 2009 r., bo dopiero w tym dniu upływał termin płatności pierwszej z niezapłaconych faktur. Tymczasem powód nie zrealizował zamówień pozwanego: zamówienia (...) z dnia 24.03.2009 r.; zamówienia nr ZZ- (...) z dnia 02.04.2009 r., zamówienia (...) z dnia 02.04.2009 r.; zamówienia (...) z dnia 02.04.2009 r.; zamówienia (...) z dnia 16.04.2009 r. Ich niezrealizowanie nie mogło być uzasadnione niezapłaceniem należności w terminie, skoro powód zgodził się na 30-dniowy termin zapłaty oraz dodatkowo wyznaczony termin 5 dni.

W tej sytuacji, w przypadku zaniechania przez dostawcę przyjętego na siebie obowiązku, dochodzi do nienależytego wykonania umowy. Jeśli wskutek tego odbiorca poniósł szkodę, przysługują mu stosowne roszczenia odszkodowawcze na zasadach ogólnych z art. 471 k.c. W myśl tego przepisu wierzyciela obciąża obowiązek udowodnienia istnienia ważnego zobowiązania, szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz związku przyczynowego między szkodą a niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Przepis art. 361 § 1 k.c. ujmując związek przyczynowy jako normalne następstwo działania lub zaniechania, które zachodzi tylko wtedy, gdy wobec wszystkich przyczyn i skutków mamy do czynienia jedynie z takimi przyczynami, które normalnie powodują określone skutki. Nie wystarczy więc stwierdzić istnienie związku jako takiego, ma to być bowiem następstwo normalne to znaczy typowe. Należy zatem badać, czy w ogóle pomiędzy kolejnymi faktami istnieją obiektywne powiązania, w szczególności czy dany fakt (przyczyna) był koniecznym warunkiem wystąpienia drugiego z nich (skutku), czyli, czy bez niego skutek wystąpiłby. Potem dopiero wchodzi w grę ustalenie czy powiązanie to należy traktować jako normalne a więc typowe lub oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy. Ocena czy skutek jest normalny powinna być oparta na całokształcie okoliczności sprawy oraz wynikać z zasad doświadczenia życiowego i zasad wiedzy specjalnej.

Rozpoznając roszczenie odszkodowawcze pozwanego objęte oświadczeniem o potrąceniu, Sąd pierwszej instancji, pomijając brak jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie, związku przyczynowego pomiędzy nienależytym wykonaniem zobowiązania przez powoda a żadaną szkodą, w ogóle nie rozważał.

W tym miejscu należy odnieść się do podniesionego w apelacji przez powoda zarzutu naruszenie art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., który Sąd Apelacyjny uznaje za uzasadniony. Zgodnie z cyt. przepisem (uchylonym przez art. 1 pkt 46 ustawy z dnia 16.09.2011 r. /Dz.U. nr 233 z 2011 r. poz. 1381/ zmieniającej kodeks postępowania cywilnego z dniem 3 maja 2012 r.), w stanie prawnym obowiązującym w dacie wyrokowania, obowiązywał tzw. system prekluzji procesowej, który polegał na nałożeniu na strony ciężaru przedstawienia sądowi wszystkich znanych im faktów, dowodów i zarzutów w określonym ustawowo terminie, pod rygorem utraty możliwości późniejszego ich przytaczania lub

powoływania. Do rygorów systemu prekluzyjnego należy również wymaganie, ażeby strony dokonały tych przytoczeń, chociażby nawet w formie ewentualnej, tylko na wypadek, gdyby twierdzenia zaprezentowane w pierwszej kolejności okazały się nieskuteczne lub nie zostały uwzględnione przez sąd. Zaniechanie wymaganych czynności, a więc zgłoszenia okoliczności faktycznych, zarzutów i wniosków dowodowych powoduje dla danej strony definitywną utratę możliwości ich podjęcia w dalszym toku postępowania. Dotyczy to wszystkich spóźnionych czynności, bez względu na znaczenie spóźnionych twierdzeń, zarzutów i dowodów dla rozstrzygnięcia sprawy. Wyjątek stanowi sytuacja, w której możliwość albo potrzeba przedstawienia okoliczności faktycznych, zarzutów i wniosków dowodowych wynika później. Ocena w tym zakresie należy do Sądu, nie powinna ona być jednak dowolna i powinna każdorazowo poddawać się kontroli instancyjnej, dlatego też musi być oparta na wymiernych kryteriach.

Sąd Okręgowy rozpoznający niniejszą sprawę, na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2011 r. dopuścił dowody z dokumentów, załączone do załącznika do protokołu rozprawy z tej samej daty uznając, że brak jest przesłanek do przyjęcia, iż dotknięte są one prekluzją dowodową (karta 402v). W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy wyjaśnił, że dokumenty te miały charakter źródłowy służący do weryfikacji twierdzeń pozwanego podniesionych w sprzeciwie od nakazu zapłaty, w którym pozwany przedstawił swoje wyliczenia odszkodowania i wnioskował o opinię biegłego na okoliczność wysokości szkody. Podstawą tej opinii, według stanowiska Sądu, są dokumenty księgowe, które „wprawdzie nie były dołączone do sprzeciwu, ale nie można uznać, wobec twierdzeń w nim zawartych, że wykorzystanie ich przez biegłego było nieuprawnione”.

Należy jednak zwrócić uwagę, że wśród dokumentów załączonych do przedmiotowego załącznika nie było dokumentów „źródłowych” (księgowych) pozwanego, służących weryfikacji jego twierdzeń w zakresie wysokości szkody, ale dokumenty pochodzące od kontrahentów pozwanego, którzy w odpowiedzi na kierowane do nich zapytania przez pozwanego, składali oświadczenia o „utrąconej sprzedaży” napojów (karta 393, 395, 397, 399, 401). Zważywszy, że podobne oświadczenia od innych kontrahentów pozwany załączył już do sprzeciwu z dnia 29 kwietnia 2011 r. (karta 122, 123, 124, 125), nie można przyjąć, by wcześniejsze powołanie dalszych dowodów dotyczących przecież tej samej okoliczności, nie było już wówczas możliwe. Nie usprawiedliwia tego opóźnienia fakt, że pozwany otrzymał te oświadczenia dopiero w lipcu 2011 r. skoro o ich uzyskanie pozwany zwrócił się do kontrahentów dopiero 29 lipca 2011 r. mimo, że możliwe to było już wcześniej. Na marginesie tylko należy zwrócić uwagę, że pozwany nawet nie wykazał dokładnej daty otrzymania omawianych oświadczeń, co ma o tyle znaczenie, że obowiązywało go zachowanie dwutygodniowego terminu z § 2 art. 479¹⁴ k.p.c. Ponadto powód stosownymi dowodami na okoliczność szkody w postaci utraconych dochodów powinien dysponować już w chwili złożenia oświadczenia o potrąceniu, to jest w czerwcu 2009 roku, bowiem to wtedy nie tylko sformułował swoje roszczenie ale i wskazał dokładną kwotę odszkodowania, którą następnie podtrzymywał w niniejszym procesie. Skoro nie dysponował wówczas stosownym materiałem dowodowym, to jego wyliczenia w tym zakresie, które dołączył do sprzeciwu do nakazu zapłaty, są niewiarygodne jako nazbyt dowolne. Nie sposób także nie zauważyć, że żadnych zamówień od swoich kontrahentów ani też umów z nimi, pozwany nie tylko nie dołączył do sprzeciwu ale nawet nie powołał.

Gdyby nawet przyjąć, że powyższe dokumenty, o których mowa w załączniku z dnia 17 sierpnia 2011 r. nie były spóźnione, dla wykazania przedmiotowej szkody nie miałyby znaczenia, skoro dotyczą niezrealizowanej sprzedaży w okresie „od lutego do kwietnia 2009 roku włącznie” (pisma pozwanego – karta 392, 394, 396, 398, 400). Tymczasem umowa stron została zawarta dopiero 26 lutego 2009 r., zaś produkcja i dostawa rozpoczęły się w połowie marca (pierwsze zamówienia z dnia 13 marca 2009 r.). Wszelkie podane w przedmiotowych oświadczeniach dane nie są zatem przydatne dla poczynienia ustaleń w niniejszej sprawie.

Nie można też podzielić zapatrywania pozwanego, że przytoczenie dalszych dowodów na okoliczność poniesionej szkody dopiero przy piśmie z dnia 20 czerwca 2011 r. stało się potrzebne dopiero wobec zakwestionowania podstaw do wyliczenia szkody przez powoda. Chodzi tu o dowody z dokumentów w postaci umów łączących pozwanego z jego kontrahentami w okresie od stycznia do lipca 2009 r., jak wspomniano wyżej – nie powołanych w sprzeciwie (karta 240). Zastosowanie przepisu art. 479¹⁴ k.p.c. wymaga uwzględnienia, jakie znane powodowi okoliczności faktyczne mogą zostać uznane za sporne w chwili wnoszenia pozwu, a przy tym istotne dla rozstrzygnięcia. Przepis ten nie

może być bowiem uważany za podstawę obowiązku przedstawienia przez powoda wszelkich możliwych twierdzeń i dowodów na wszystkie okoliczności, jakie istnieją lub mogą, choćby tylko hipotetycznie i ewentualnie, pojawić się w konkretnej sprawie. Jednakże z przedprocesowej korespondencji między stronami przed wytoczeniem powództwa w rozstrzyganej sprawie wynikało, że powód kwestionował poniesienie szkody przez pozwanego, w tym wszystkich przesłanek z art. 471 k.c. Pozwany miał więc pełne podstawy do przewidywania, że powód może w toku wytoczonego procesu o zapłatę ceny zakwestionować istnienie wszelkich przesłanek szkody, a zwłaszcza w postaci utraconych korzyści. Powinien zatem wskazać wszystkie twierdzenia i dowody dotyczące tych przesłanek już w pierwszym piśmie procesowym.

Za nieuzasadniony natomiast należy uznać zarzut oparcia opinii biegłego na dokumentach księgowych znajdujących się u pozwanego. W przypadku, gdy strona powołuje się na dowody w postaci dokumentów handlowych przedsiębiorstwa, prowadzonych zgodnie z zasadami prawidłowej księgowości, może przedstawić wyciąg z takich ksiąg lub dokumentów, jeśli zaś zostanie on uznany przez sąd za niewystarczający, sąd może zażądać przedstawienia tychże dokumentów w siedzibie przedsiębiorstwa (art. 249 k.p.c.) Jeżeli przeprowadzenie dowodu z ksiąg (dokumentów handlowych, podatkowych i in.) będzie wymagało wiadomości specjalnych, sąd powinien zbadać ich treść poprzez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu księgowości, rachunkowości, ekonomii bądź towaroznawstwa (art. 278 § 1). Skoro pozwany w sprzeciwie do nakazu zapłaty wnosił o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia szkody w postaci rzeczywistych strat i utraconych korzyści, powołując się na własne wyliczenia wynikające z jego dokumentów finansowych, opracowanie opinii na podstawie tych dokumentów nie można uznać za wadliwe.

Reasumując, zarzut powoda o bezzasadnym dopuszczeniu dowodów sprekludowanych i oparciu na nich ustaleń, w sytuacji sprzeciwu zgłoszonego w trakcie postępowania, należało uznać w znacznej części za uzasadniony. W tych okolicznościach weryfikacji muszą podlegać ustalenia Sądu pierwszej instancji, które i tak są niepełne i ograniczają się jedynie do tej części, która dotyczy roszczenia powoda o zapłatę ceny. W zakresie objętej potrąceniem wierzytelności pozwanego Sąd żadnych ustaleń nie poczynił, ograniczając się jedynie do przyjęcia opinii biegłego, który podawał także fakty, na podstawie materiału dowodowego nie zweryfikowanego uprzednio przez Sąd.

Tymczasem w świetle orzecznictwa zadaniem biegłego nie jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, lecz naświetlenie i umożliwienie wyjaśnienia przez sąd okoliczności z punktu widzenia posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego mu materiału sprawy (por. wyrok SN z dnia 19 grudnia 2006 r., V CSK 360/06, LEX nr 238973). Jeżeli biegły, z przekroczeniem granic swoich kompetencji - obok wypowiedzi w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych - zamieści w opinii także sugestie co do sposobu rozstrzygnięcia kwestii prawnych, sąd powinien je pominąć. Nie dyskwalifikuje to jednak całości opinii biegłego. Opinia biegłego podlega, jak inne dowody, ocenie według art. 233 § 1 k.p.c.

W opinii biegłego W. W. takie niedopuszczalne elementy występują, jakkolwiek należy stwierdzić, że spowodowane to zostało brakiem zakresienia granic opinii przez Sąd pierwszej instancji, który w zleceniu nałożył na biegłego obowiązek sporządzenia opinii „na okoliczność strat oraz utraconych korzyści powstałych u pozwanego w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania” bez wskazania choćby o jakie straty bądź korzyści chodzi, w jakim okresie poniesione, na czym one mają polegać. W dodatku Sąd objął tym dowodem także wyliczenie kar umownych, które ze swej istoty nie wymagają wiadomości specjalnych i są możliwe do wyliczenia w oparciu o ustalone fakty, których przytoczenie i wykazanie należy do strony. Nieustalenie tych faktów i ich nieprzekazanie biegłemu było, między innymi, przyczyną tego, że biegły sam, według swego uznania ustalił okres, za jaki kary według niego winny być wyliczone, co jest niewątpliwie zagadnieniem prawnym, nie pozostającym w ramach wiadomości specjalnych z dziedziny księgowości. Potwierdza to późniejsza weryfikacja stanowiska biegłego przez Sąd pierwszej instancji, który przyjął datę końcową naliczania kar według własnego uznania, odmiennie niż to wskazał biegły. Jest to jednak jedyna ingerencja Sądu w stanowisko biegłego pomimo, że i w innych przypadkach biegły wkroczył w kompetencje Sądu.

W szczególności odnosi się to do ustalenia przez biegłego, że szkodą pozwanego w związku z nienależytym wykonaniem umowy przez powoda były koszty poniesione na kompletację (przepakowywanie) napojów. Związek tych kosztów z

niewykonaniem umowy przez powoda biegły uzasadnił tym, że „pозwana nie dokonywałaby bez istotnych przyczyn przepakowywania” (karta 533) i że „logicznym jest, że przepakowywanie produktów gdyby nie było konieczne to nie byłoby realizowane” (karta 578v). Nie podano jednak żadnych dowodów, z jakich taka konieczność wynikała i jaki jest jej związek z nienależytym wykonaniem umowy. Ustaleń w tym zakresie nie dokonał także Sąd Okręgowy, a strona pozwana nawet nie wskazała żadnego dowodu na tę okoliczność. Sam wniosek biegłego (jako dowód w sprawie) jest niewystarczający, skoro nie wynika z innych dowodów, bowiem jak już wyżej podkreślono, zadaniem biegłego nie jest ustalanie faktów według własnego uznania. Nie ulega wątpliwości, że pozwany takie koszty poniósł, bowiem wskazują na to dokumenty, jednakże jak wyżej zaznaczono, brak jest dowodów, by pomiędzy poniesieniem tych kosztów a nienależytym wykonywaniem umowy przez powoda występował bezpośredni związek przyczynowy. Twierdzenie pozwanego, że nowi kontrahenci nie mieli możliwości grupowego pakowania napojów w takiej ilości, jak to czynił powód na podstawie umowy z dnia 26 lutego 2009 r., nie zostało poparte żadnym dowodem, a nawet jeśli tak było, to pozwany nie wykazał, że pomimo starań nie mógł pozyskać takiego kontrahenta, któryby wymaganymi możliwościami dysponował albo że wprowadzanie do obrotu napojów w takiej właśnie konfiguracji ilościowej było konieczne. Jeśli nawet pomiędzy poniesieniem przez pozwanego kosztów kompletacji napojów a niezrealizowaniem zamówień przez powoda występuje związek, to nie spełnia on warunków uznania go za adekwatny czyli typowy, jaki w tych okolicznościach z reguły występuje.

Nie można także podzielić przyjętych przez biegłego do wyliczenia utraconych korzyści wielkości wynikających z niezrealizowanych zamówień. Zważyć bowiem należy, że biegły dla swoich wyliczeń wziął wielkości wynikające z zamówień pozwanego, niezrealizowanych przez powoda. Pozwany jednak nie wykazał, że ilości te realnie mogłyby sprzedać, skoro powołując się na utracone korzyści nie przedstawił żadnych zamówień od kontrahentów, czy też umów z nimi, a jego wyliczenia nie były poparte żadnymi dowodami. Wnioski biegłego nie są dowodem miarodajnym w tym zakresie, skoro biegły na rozprawie w dniu 7 marca 2012 r. (karta 576-579) w ustnym uzupełnieniu opinii przyznał, że danych dotyczących zapotrzebowania na napoje nie mógł sprawdzić co do ich rzetelności, albowiem różniły się one znacznie od ilości zamówionych produktów a pozwany nie przedstawił żadnego biznesplanu bądź innych założeń techniczno-ekonomicznych dotyczących wprowadzenia nowego produktu na rynek. W tym miejscu należy też ponownie zwrócić uwagę, na brak stosownych dowodów na okoliczność możliwej sprzedaży napojów przez powoda i całkowitą nieweryfikowalność twierdzeń zawartych w załączonym do sprzeciwu Dokumentacie nr 1 (karta 120). Przykładowo, w przypadku kontrahenta pn. – S., pozwany podał: „chcieli zamówić a teraz już nie chcą”, czego nie sposób wywieść z materiału dowodowego.

Biegły jednak zdyskredytował powołane także przez pozwanego oświadczenia odbiorców na tej podstawie, że odbiegały one od zamówień składanych przez pozwanego u powoda. Z przyczyn wyżej wskazanych Sąd Apelacyjny uznał jednak, że właśnie te oświadczenia (w braku jakichkolwiek umów czy zamówień nabywców napojów) mogą stanowić podstawę do ustalenia w jakim rozmiarze pozwany mogłyby zrealizować sprzedaż, gdyby powód należycie wykonał umowę - ale do granic wynikających z zamówień pozwanego w ramach przedmiotowej umowy. Przykładowo, według oświadczeń kontrahentów (tylko tych załączonych do sprzeciwu), niezrealizowane zapotrzebowanie na napój D. E. (...) wynosiło aż 11.340 sztuk jednostkowych, podczas gdy z ilości zamówionej przez pozwanego powód nie dostarczył 6 sztuk (opinia biegłego – karta 489). Oznacza to, że pomiędzy niezrealizowaną sprzedażą powyżej tych 6 sztuk a niewykonaniem umowy przez powoda brak jest jakiegokolwiek związku przyczynowego. Pozwany w tym wypadku zamówił zbyt małą ilość tego napoju, co obciąża jego samego a nie powoda. Znajduje to potwierdzenie w opinii biegłego, który na wspomnianej wyżej rozprawie ocenił przedsięwzięcie pozwanego jako nieprzemysłane, „bowiem pozwany nie miał zbytu na te napoje i zaniechał produkcji w 2010 r.”

Należy podkreślić, że ustalenie szkody w postaci utraconych korzyści ma wprawdzie charakter hipotetyczny, ale szkoda taka musi być przez osobę poszkodowaną wykazana z tak dużym prawdopodobieństwem, że uzasadnia ono w świetle doświadczenia życiowego przyjęcie, że utrata korzyści rzeczywiście nastąpiła. (wyrok SN z dn. 3.10.1979r., II CR 304/79 – OSCP 1980/9/164). Wymagane jest zatem wykazanie realnej możliwości wystąpienia określonych konsekwencji w danej, konkretnej (a nie typowej) sytuacji, biorąc pod uwagę najbardziej prawdopodobny przebieg zdarzeń. Ustalenia *lucrum cessans* dokonuje się z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po zdarzeniu, które

wywołało szkodę. Pozwala to na pominięcie dochodów, wydawałoby się bardzo prawdopodobnych, których osiągnięcie okazało się jednak niemożliwe w następstwie zmienionych warunków (np. na określonym rynku). Jeżeli natomiast prawdopodobieństwo uzyskania dochodu nie było bardzo wysokie, w judykaturze i piśmiennictwie określa się ten stan mianem szkody ewentualnej. Nie jest ona objęta obowiązkiem odszkodowawczym na podstawie art. 361 § 2 k.c., gdyż ten przepis pozwala rekompensować niezyskany dochód, a nie utratę szansy, jak słusznie podnosił powód.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny stanął na stanowisku, że pozwanemu przysługuje odszkodowanie obejmujące utracone korzyści w postaci utraconego zysku w wysokości 23.121, 36 zł, oraz szkodę rzeczywistą, jaką stanowi różnica pomiędzy kosztami produkcji napojów wynikającymi z umowy stron a kosztami poniesionymi przez pozwanego na wyprodukowanie zamówionych u powoda napojów, których produkcje musiał zlecić innym producentom (21.299,56 zł).

Zarzuty powoda odnośnie kar umownych za opóźnienie w wykonaniu zamówienia są tylko w nieznacznej części uzasadnione. Powód w zasadzie nie kwestionował ustalenia, że zamówienia pozwanego wykonał z opóźnieniem w stosunku do umówionego terminu, jedynie powoływał się na brak zawinienia wobec niedostarczenia przez pozwanego w odpowiednim czasie puszek i komponentów. Ustalono, że dotyczy to zamówienia nr (...) z dnia 13.03.2009 r., przy którym dostawa opakowań (puszek) i surowca do produkcji napojów nastąpiła dopiero w dniu 16 marca 2009 r. oraz zamówienia (...) z dnia 02.04.2009r., dla którego dostawa surowca nastąpiła w dniu 6 kwietnia 2009 r. W przypadku tych zamówień kary umowne uwzględnione przez Sąd pierwszej instancji wynoszą odpowiednio: 8,99 zł oraz 53,91 zł. O takie więc kwoty należało pomniejszyć kary umowne, które ostatecznie winny być uwzględnione w kwocie 1.462,03 zł. Zarzut, że powód dysponował komponentami w chwili zaprzestania wykonywania zamówień nie ma żadnego znaczenia albowiem w umowie (§ 4.6) wyraźnie zastrzeżono, że terminy (7 dni i 48 godzin) są wiążące pod warunkiem dostarczenia przez stronę pozwaną opakowań i surowców. Nie chodzi więc o to, czy powód miał z czego produkować napoje, czy też nie, ale o to, że niedotrzymanie terminów przez jedną ze stron (zamawiającego) niwelowało terminy zastrzeżone dla drugiej strony (producenta). W takim wypadku nie można mówić o opóźnieniu, a zatem brak jest przesłanek do naliczania kar umownych.

W tym miejscu należy odnieść się do zarzutów pozwanego poniesionych w apelacji, a dotyczących okresu, za jaki kary umowne winny być wyliczone, a tym samym do ich wysokości. Nie jest trafne stanowisko apelującego, że prawidłowo obliczona kara umowna za opóźnienie winna obejmować okres do dnia 30 września 2009 r., a zatem wysokość kar umownych faktycznie wynosi 10.532,04 zł. Sąd Apelacyjny akceptuje stanowisko Sądu Okręgowego, iż opóźnienie powoda należy liczyć nie dłużej niż do 30 kwietnia 2009 r. Sąd Okręgowy argumentował, iż w tej dacie było wiadomo, że powód nie będzie realizował umowy wobec braku płatności faktur zaś pozwany już otrzymał pierwsze partie towaru zamówionego u innego producenta, np. zamówienie (...), które miało być zrealizowane 20 kwietnia 2009 r. przez powoda, „zastępczy” wytwórca zrealizował 30 kwietnia 2009 r. W tym czasie pozwany przystąpił także do organizowania produkcji u alternatywnych producentów, za co dochodzi odszkodowania na zasadach ogólnych, w tym utraconych korzyści. Zarzucając, że powód był w zwłoce w spełnieniu swojego świadczenia aż do września 2009 r. pozwany zapomina, że po 30 kwietnia 2009 r. zaktualizowały się przesłanki do wstrzymania produkcji i dostaw przez powoda wobec nieregulowania zapłaty. Także po tym terminie pozwany swojego świadczenia nie spełnił, nawiązał natomiast współpracę z innymi producentami, uzyskując od nich potrzebne świadczenie (produkcję i dostawę napojów). Nie oczekiwał już zatem od powoda dostaw, zaprzestał też składania dalszych zamówień. Nie dążył wreszcie do wznowienia produkcji i dostaw przez powoda albowiem ceny już otrzymanego towaru w dalszym ciągu nie zapłacił. Należy też przypomnieć pozwanemu, który domaga się w apelacji uwzględnienia kar umownych w kwocie 10.532,04 zł, że oświadczeniem o potrąceniu objęte zostały kary umowne w kwocie 1.894,98 zł. Tylko zatem do takiej kwoty można rozważać wysokość kar umownych. Z przyczyn wyżej wskazanych Sąd Apelacyjny akceptuje jednak zasadę naliczenia kar umownych przyjętą przez Sąd pierwszej instancji.

Nie jest uzasadniony także zarzut pozwanego dotyczący naruszenia art. 217 § 2 k.p.c. i art. 286 k.p.c. poprzez bezzasadne oddalenie jego wniosku o uzupełnienie opinii biegłego dla obliczenia wartości utraconych korzyści w oparciu zarówno o dokumentację księgową jak i materiał dowodowy zgromadzony w sprawie — w tym dokumenty potwierdzające wysokość nie zrealizowanej sprzedaży. Jak wyżej wskazano, prawidłowo dokonana ocena materiału

dowodowego sprawy z zachowaniem wszelkich reguł z art. 233 k.p.c. prowadzi do wniosku, że pozwany nie udowodnił, że wysokość niezrealizowanej przez pozwanego sprzedaży napojów kształtowała się na wyższym poziomie, niż to wynika z dowodów zaakceptowanych i omówionych przez Sąd Apelacyjny. Uzupełnianie opinii biegłego w postulowanym kierunku nie było zatem potrzebne.

Nie zasługują na uwzględnienie także pozostałe zarzuty pozwanego, a to z przyczyn, które były już przedmiotem powyżej przedstawionych rozważań.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny uznał oświadczenie o potrąceniu za skuteczne w zakresie kwoty 45.882,95 zł, co do której wzajemne wierzycelności stron się umorzyły, stosownie do art. 498 k.c. Powodowi przysługuje zatem roszczenie o zapłatę kwoty 126.334,17 zł z odpowiednimi odsetkami za opóźnienie liczonymi od kwoty 20.197,61 zł od dnia 1 maja 2009 r., 16.767,55 zł od dnia 3 maja 2009 r., 28.460,16 zł od 7 maja 2009 r. 27.406,08 zł od dnia 16 maja 2009 r., 7.677,81 zł od dnia 18 maja 2009 r. i 25.824,96 zł od dnia 30 maja 2009 r. do dnia zapłaty.

Konsekwencją zmiany wyroku w powyższym zakresie była zmiana rozstrzygnięcia co do kosztów procesu za pierwszą instancję. Ostatecznie powód wygrał sprawę w 73%-ach ponosząc koszty w kwocie 12.229 zł (8.612 zł opłata od pozwu, 3.600 zł wynagrodzenie pełnomocnika i 17 zł opłata skarbową od pełnomocnictwa), z której przysługuje mu zwrot 8.927,17 zł, natomiast pozwany poniósł koszty w kwocie 6.117 zł (2.500 zł zaliczka na biegłego, 3.600 zł wynagrodzenie pełnomocnika i 17 zł opłata skarbową od pełnomocnictwa), z której może domagać się zwrotu 1.651,59 zł (23%). Różnica na korzyść powoda wynosi około 7.276 zł i także kwotę zasądzono od pozwanego na jego rzecz, na podstawie art. 100 k.p.c. W takim samym stosunku rozliczono nieuiszczone koszty opinii biegłego (748,70 zł), w związku z czym od pozwanego pobrano kwotę 546,55 zł zaś z zasądzono na rzecz powoda świadczenia kwotę 202,15 zł, na podstawie art. 113 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

W pozostałej części apelację powoda oddalono zaś apelację pozwanego oddalono w całości, jako niezasadne (art. 385, art. 386 § 1 k.p.c.)

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do wyniku rozstrzygnięcia rozdzielając je stosunkowo w oparciu o art. 100 k.p.c. Powód skarżąc oddalenie powództwa o kwotę 128.246 zł wygrał sprawę w postępowaniu apelacyjnym w 62%-ach, w związku z czym przysługuje mu zwrot kosztów w wysokości 5.650,06 zł (6.413+2.700=9113 zł), natomiast pozwanemu przysługuje jedynie 38% z kwoty 2.700 zł stanowiącej wynagrodzenie pełnomocnika, a zatem różnica na korzyść powoda wynosi 4.624,06 zł. Należało też uwzględnić fakt, iż powodowi przysługuje zwrot wynagrodzenia pełnomocnika w zakresie wygrania przez niego sprawy w wyniku wniesienia apelacji przez pozwanego, tj. kwota 1.800 zł. Zatem na rzecz powoda z tytułu kosztów postępowania apelacyjnego zasądzono kwotę 6.424,06 zł, na podstawie art. 100 k.p.c. i zgodnie z § 6 pkt 6, w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. nr 163 poz. 1348 z późn.zm.)