

Sygn. akt I ACa 920/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Magdalena Pankowiec
Sędziowie	:	SSA Beata Wojtasiak SSO del. Dariusz Małkiński (spr.)
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 19 marca 2015 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **A. G.**

przeciwko **(...) Spółce z o.o. w S.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 8 września 2014 r. sygn. akt VII GC 70/14

I. **oddala apelację;**

II. **zasądza od powódki A. G. na rzecz pozwanego (...) Spółki z o.o. w S. kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej;**

III. **przyznaje radcy prawnemu K. K. od Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych wraz z należnym podatkiem od towarów i usług tytułem wynagrodzenia za pomoc prawną udzieloną powódce z urzędu w instancji odwoławczej.**

## UZASADNIENIE

Powódka A. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą GAL-M. w Ł. złożyła pozew o zapłatę kwoty 80.467,33 zł z ustawowymi odsetkami przez pozwanego : (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S. (przed zmianą - (...) sp. z o. o. S.K.A. w S.), z tytułu odszkodowania dochodzonego na podstawie art. 471 k.c. w związku z niewywiązaniem się przez pozwanego z zawartej umowy dostawy okien, której termin realizacji strony ustaliły na dzień 18 lipca 2012 r.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu na swoją rzecz i wskazał w uzasadnieniu, iż wykonał w całości zamówienia złożone przez stronę powodową, dostarczając towar w dniu 2 sierpnia 2012 r. Zaprzeczył jakoby zobowiązał się do wykonania zleceń do dnia 18 lipca 2012 r. Powódka odebrała towar, złożyła reklamację, która została niezwłocznie uwzględniona, nigdy nie odstąpiła od umowy i nie zwróciła towaru, a ponadto nie wykazała aby poniosła jakąkolwiek szkodę.

W piśmie z dnia 2 lipca 2014 r. powódka zmodyfikowała żądanie pozwu, domagając się zasądzenia kwoty 80.447,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia powództwa do dnia zapłaty.

Sąd Okręgowy w Białymstoku VII Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 8 września 2014 roku: oddalił powództwo w pkt 1, zasądził od powódki na rzecz pozwanego kwotę 3.617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w pkt 2 i przyznał działającemu z urzędu pełnomocnikowi powódki od Skarbu Państwa wynagrodzenie radcowskie wraz z podatkiem VAT w pkt 3.

Orzeczenie powyższe zapadło na gruncie następujących ustaleń faktycznych i prawnych.

Strony pozostawały ze sobą w stałych stosunkach gospodarczych od 2006 r. Pozwany realizował poszczególne zlecenia powoda na produkowane przez siebie wyroby w ramach odrębnych umów dostawy. Każdorazowo zamówienia realizowane były po otrzymaniu zleceń drogą telefoniczną lub e-mailową. Nigdy nie doszło do zawarcia pisemnej umowy współpracy. W dacie 17 października 2011 r. pozwany otrzymał od powódki pismo pt. "Kupieckie pismo potwierdzające", na które nie odpowiedział.

Przedmiotowe zamówienia powódka złożyła u pozwanego drogą e-mailową odpowiednio w dniach: 5 lipca 2012 r. - zamówienie nr (...), oraz 7 lipca 2012 r., zamówienie nr (...). Następnie w dniach 9-10 lipca 2012r pozwany przesłał ofertę cenową, zaś w dniu 13 lipca 2012 r. faktury pro forma do zamówień. Powódka opłaciła faktury pro forma w dniu 17 lipca 2012 r. do łącznej kwoty 6368,50 zł, a więc niepełnej (brak 200,00 zł) oraz nie opłaciła w ogóle faktury pro forma nr (...). Dopiero w dniu 30 lipca dopłaciła należność z faktury nr (...) w kwocie 891,14 zł, zaś w dniu 2 sierpnia 2012 r. do kasy pozwanego wpłynęła od niej kwota 100,00 zł gotówką. Warunkiem rozpoczęcia produkcji było uiszczenie zaliczek. Po ich opłaceniu zamówienie zostało skierowane do realizacji, zgodnie z kolejnością zamówień.

W piśmie z dnia 24 lipca 2014 r. pozwany poinformował powódkę o wypowiedzeniu umowy współpracy i odmowie realizacji wszelkich jej zamówień. W odpowiedzi na to, powódka wezwała pozwanego do natychmiastowej realizacji umów: nr (...) w terminie do dnia 27 lipca 2012 r. Pozwany w tej samej dacie odpowiedział, iż zamówienia te zostaną zrealizowane zgodnie z kolejnością realizacji do produkcji. Powódka nie nakazała wstrzymania wykonania zleceń, lecz wezwała kontrahenta do zapłaty odszkodowania z tytułu przekroczenia terminu. Nie odstąpiła przy tym od umowy, w konsekwencji doszło do jej realizacji. W dniu 2 sierpnia 2012 r. pozwany własnym transportem dostarcza zamówiony towar do siedziby powódki, która złożyła reklamację, uwzględnioną następnie przez dostawcę.

W dniu 8 lipca 2012 r. powódka zawarła umowę handlową ze S. G., której przedmiotem był zakup i montaż stolarki okiennej drewnianej i PCV o łącznej wartości 413.921,00 zł. W umowie tej strony ustaliły, że okna zamawiane będą etapami w okresie od podpisania umowy do dnia 31 listopada 2012 r., przy czym pierwsza partia zamówienia zostanie wykonana do dnia 26 lipca 2012 r. Zastrzeżono też kary umowne na wypadek niewłaściwego wykonania przedmiotu umowy.

W dniu 31 grudnia 2012 r. doszło do sprzedaży przedsiębiorstwa (...) sp. z o. o. S.K.A. w S. na rzecz (...) sp. z o. o. w S.. Nabywca wstąpił w ogół praw i obowiązków zbywcy. Powódka poparła powództwo przeciwko (...) sp. z o. o. w S., wyrażając jednocześnie z ostrożności procesowej zgodę na przejście długu w trybie art. 519 § 2 pkt 2 k.c.

Powódka nie przedstawiła dowodów potwierdzających jej stanowisko. Stosownie do treści art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Powódka wywodzi skutki prawne z faktu nieterminowego wykonania zobowiązania przez pozwanego, tym samym na niej spoczywał ciężar dowodu w powyższym zakresie. Ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem

przekonania Sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, z konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu .

Powódka stoi na stanowisku, że strony ustaliły termin wykonania zobowiązania na dzień 18 lipca 2012 r. Tymczasem data ta wskazana została jedynie w e-mailu z dnia 7 lipca 2012r wysłanym przez G. G. - męża powódki do pracownika pozwanego - E. G., w którym informuje on, że taki termin uzgodnił z M. G.. Z kolei korespondencja e-mailowa dołączona do pozwu, prowadzona pomiędzy G. G. a M. G., nie wskazuje, aby taki termin realizacji został uzgodniony. Wręcz przeciwnie, w e-mailu z dnia 19 lipca 2012 r., a więc dzień po wskazywanym przez stronę powodową terminie wykonania umowy, świadek G. G. prosi, aby przedmiotowe zlecenia wykonane zostały w tym tygodniu. Następnie w dniu 23 lipca 2012 r. świadek ten prosi o informację, czy na następny dzień okna będą gotowe. Zatem jedynie zeznania męża powódki wskazują na rzeczony termin. Należy przy tym pamiętać, że świadek to mąż powódki i jej pełnomocnik a więc jest bezpośrednio zainteresowany wynikiem sporu.

Świadek M. G. nie potwierdził w swoich zeznaniach, że uzgodnił termin realizacji na dzień 18 lipca 2012 r. Nie pamiętał, czy padły takie stwierdzenia, nie przypominał też sobie, aby ten termin w jakikolwiek sposób potwierdził, dodając jednocześnie, że zlecenia realizowane były normalnym tokiem, a w sezonie od maja do października terminy są wręcz nieco dłuższe . Wskazał też, że sam nie mógł podjąć decyzji o wcześniejszej realizacji, ponieważ aby przekazać zlecenie do realizacji muszą być wpłacone zaliczki . Zeznania M. G. znajdują potwierdzenie w zeznaniach świadka U. S., która podała, iż nie wyobraża sobie, aby ktokolwiek w firmie takie warunki zapewnił, ponieważ nie było takiej praktyki uzgadniania umów. Świadek przybliżyła sposób realizowania zamówień w firmie, wskazując, iż od daty wpłynięcia zaliczki liczone są terminy realizacji, a zaliczka jest warunkiem rozpoczęcia produkcji. Nigdy też nie jest tak, że termin jest ściśle określany, gdyż w miesiącach sezonowych trudno to określić, terminy zimowe wynoszą około 2 tygodni, zaś w sezonie nawet 3-4 tygodnie. Nic nie zmieniają w tym względzie zeznania K. F., który sam przyznał, że to G. G. negocjował warunki zamówienia, on zaś jedynie przysłuchiwał się, odbierał e-maile i nie był osobą bezpośrednio uczestniczącą w negocjacjach. Potwierdził jednocześnie, że towar został przyjęty, pomimo stwierdzenia, że zamówienie jest niepotrzebne, bo kontrahent się wycofał .

Poza sporem pozostawało, że zamówienia zostały przesłane drogą e-mailową odpowiednio w dniach: 5 lipca 2012 r. - zamówienie nr (...), oraz 7 lipca 2012 r. - zamówienie nr (...). Następnie w dniach 9-10 lipca 2012 r. pozwany przesłał ofertę cenową, zaś w dniu 13 lipca 2012 r. faktury pro forma do zamówień. Powódka opłaciła faktury pro forma w dniu 17 lipca 2012 r. do łącznej kwoty 6368,50 zł, a więc niepełnej sumy wynikającej z faktury pro forma nr (...) ( brak 200,00 zł) oraz nie opłaciła w ogóle faktury pro forma nr (...). Dopiero w dniu 30 lipca dopłaciła należność z faktury nr (...) w kwocie 891,14 zł, zaś w dniu 2 sierpnia 2012 r. do kasy pozwanego uiszczyła kwotę 100,00 zł gotówką (niezakwestionowane twierdzenie pozwanego).

Warunkiem rozpoczęcia produkcji było uiszczenie zaliczek, skoro zatem powódka opłaciła należność częściowo dnia 17 lipca 2012 r. , nie może oczekiwać, że towar zostanie jej dostarczony dnia 18 lipca 2012 r. Świadców U. S. i M. G. wskazali na rozpoczęcie realizacji zamówienia w momencie wpłacenia zaliczki i realizowanie zleceń bez zaliczek, tylko gdy wpłacona jest kaucja zgodnie z umową. Sam G. G. wskazywał na powszechną praktykę w tym zakresie, podając , że w innej firmie , do której się zwrócił, nie podjęto produkcji bez jego zaliczki.

Powódka miała zatem świadomość już w dniu 17 lipca 2012 r. , dokonując opłacenia części faktur pro forma, że termin realizacji wskazywany przez nią na dzień 18 lipca 2012 r. jest nierealny. Nie podjęła też żadnych czynności przymuszających pozwanego do jego zachowania, nie wzywała do wykonania umowy, nie zakreślała dodatkowego terminu na realizację, w końcu nie odstąpiła też od umowy, co więcej towar odebrała, złożyła reklamację, która została niezwłocznie rozpatrzona, i go nie zwróciła. Wszystkie te okoliczności czynią stanowisko powódki nieprzekonującym w kwestii ustalonego terminu realizacji dostawy, jak i nieprzydatności odebranych okien. Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, że nawet po otrzymaniu pisma od pozwanego z dnia 24 lipca 2014 r. o wypowiedzeniu umowy współpracy i oświadczeniu o braku realizacji wszelkich zamówień powoda, powódka wzywała go do natychmiastowej realizacji umowy nr (...) w terminie do dnia 27 lipca 2012 r.

Dostawa, co pozostaje bezsporne, miała miejsce 2 sierpnia 2012 r. i wykonano ją transportem własnym pozwanego do siedziby powódki, która odebrała zamówiony towar, zgłaszając reklamacje.

Zaskakujące są terminy, w których doszło do złożenia zamówienia i zawarcia umowy z kontrahentem belgijskim. Powódka najpierw zamawia towar u pozwanego (5,7 lipca 2012 r.), a potem zawiera umowę z odbiorcą (8 lipca 2012 r.), w której określony zostaje termin realizacji poszczególnych etapów do dnia 31 listopada 2012 r., zaś pierwszej partii do dnia 26 lipca 2012 r. Powódka zawarła zatem umowę ze S. G., po złożeniu zamówienia u pozwanego, w dacie, w której nie miała wpłaconej zaliczki warunkującej realizację zleceń. W ustalonej w umowie dacie dostawy pierwszej partii (26 lipca 2012 r.) wiedziała już o początkowym wstrzymaniu przez pozwanego realizacji wszystkich zamówień (pismo z 24 lipca 2012 r.), a dnia 27 lipca 2012 r., a więc dzień po przewidzianym terminie, o tym, że pozwany przystępuje do wykonania okien. Dziwi bezczynność powódki, który posiadając wiedzę o wysokich karach umownych, sam się na nie naraża, nie czyniąc nic zarówno w stosunku do kontrahenta belgijskiego, jak też pozwanego, poza wezwaniem tego ostatniego do zapłaty odszkodowania.

Powódka mogła zapobiec ewentualnemu obciążeniu karami umownymi, starając się o dostawę z innego źródła (firma (...)). Odnośnie zamówienia zastępczego w/w także nie wykazuje konsekwencji, w pozwie podaje bowiem, że w dniach 26, 27 lipca 2012 r. wysłała zamówienia do firmy (...) drogą e-mailową, ale nie załącza wspomnianych e-maili do pozwu, a gdy otrzymuje wiadomość z dnia 27 lipca 2012 r. od pozwanego, że ten przystępuje do produkcji, odwołuje zamówienie w D. Nie dość, że powódka nie przedstawia e-maili, na które się powołuje, to zeznając jako świadek G. G. podaje początkowo, że wysłał zamówienie do D., ale nie wpłacił zaliczki, w związku z czym nie podjęto tam produkcji, później zaś mówi, że w ogóle nie złożył zamówienia w D., a jedynie zapytanie.

Powódka twierdzi, że okna są nadal u niej, klient belgijski odstąpił od umowy, a ona obciążona została karą umowną, którą uiszcza, przy czym brak jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie wspomnianych okoliczności. Nie przedstawiono też odstąpieniu od umowy przez S. G., a skoro umowa zawarta została na piśmie, zgodnie z § 7 tej mowy, wszelkie zmiany wymagały zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. Złożone zostało na te okoliczności tylko wezwanie do zapłaty, które nie stanowi dowodu obciążenia karą umowną i potwierdzenia jej zapłaty.

W rozliczeniach między przedsiębiorcami wymagane jest wystawienie noty obciążeniowej do celów podatkowych, aby wykazać źródło i tytuł płatności. Powódka nie złożyła ani noty obciążeniowej wystawionej przez S. G., ani też wyciągu z rachunku bankowego, a w wezwaniu do zapłaty wskazano właśnie taką formę płatności, przy czym nie podano nr konta i nazwy banku. Dodatkowo S. G. zdaje się być osobą dobrze znaną stronie powodowej, do której zwraca się po imieniu, co pozwala przyjąć istnienie koleżeńskich relacji i nierygorystycznego nastawienia do kontrahenta. Być może strony tego kontraktu doszły do jakiegoś porozumienia i dlatego powódka nie załączyła do pozwu stosownych dokumentów, co czyni jednak jej powództwo bezzasadnym.

W opisanym stanie rzeczy brak podstaw do przyjęcia odpowiedzialności pozwanego. Powódka nie wykazała, aby termin realizacji umowy był ustalony sztywno przez strony na dzień 18 lipca 2012 r., zaś jej działania wskazują na brak dbałości o własne interesy i niezachowanie należytej staranności przy realizacji umowy z pozwanym i z kontrahentem belgijskim.

Uruchomienie przez powódkę trybu przymusowego realizacji zobowiązań w stosunku do tego samego kontrahenta musiało powodować zaburzenie poprawnych stosunków gospodarczych między stronami. Jest to okoliczność, którą powódka winna była przewidzieć.

"Kupieckie pismo potwierdzające" nie jest pismem, o którym mowa w art. 77<sup>1</sup>k.c. Zgodzić się w tej mierze wypada z Sądem Apelacyjnym w Łodzi, który wydawał orzeczenie w niniejszej sprawie w zakresie rozpoznania zażalenia powoda na postanowienie Sądu Okręgowego w Łodzi, a który oceniając właściwość sądu odniósł się do rzeczoności dokumentu. Art. 77<sup>1</sup> k.c. zakłada niezwłoczność pisemnego potwierdzenia umowy zawartej pomiędzy stronami bez zachowania formy pisemnej, a to kryterium nie zostało w niniejszej sprawie spełnione, skoro strony rozpoczęły współpracę handlową w 2006 r. Ponadto na skutek potwierdzenia kupieckiego może dojść do związania stron umową

o treści określonej w piśmie, ale warunkiem tego jest brak istotnych zmian w treści dotychczasowego porozumienia. Tymczasem strony pozostawały w sporze co do terminu i sposobu zapłaty za dostarczone towary. Nie można więc uznać tego pisma jako precyzującego ustalenia i niezawierającego istotnych zmian.

Umowę, która łączyła strony należy zakwalifikować jako umowę dostawy, przez którą dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczenia, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i zapłacenia ceny (art. 605 k.c.). Pozwany jest wytwórcą przedmiotowych okien, które dostarczył powodowi, a ten z kolei je odebrał i zapłacił cenę. Strony zrealizowały zatem obowiązki umowne.

Zgodnie z treścią art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W niniejszej sprawie, postępowanie dowodowe doprowadziło do uznania, iż pozwany nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej, nie można bowiem mu przypisać nienależytego wykonania zobowiązania i postawić zarzutu uchybienia terminowi realizacji umowy. Zachowanie powódki raczej potwierdza akceptowanie późniejszego terminu, a dodatkowo jej działania (np. późne wpłacenie zaliczki i inne okoliczności opisane powyżej) wpłynęły także na wydłużenie terminu realizacji.

Przesłankami odpowiedzialności opartej na dyspozycji art. 471 k.c. jest zdarzenie, które wywołało szkodę - w tym wypadku nieterminowa produkcja okien, szkoda w majątku powoda, a ponadto związek przyczynowy zachodzący pomiędzy samym zdarzeniem a szkodą. Zaistnienia żadnej z powołanych przesłanek powódka nie wykazała.

Art. 361 § 1 k.c. ujmuje związek przyczynowy pomiędzy działaniem lub zaniechaniem zobowiązanego a powstałym skutkiem w postaci szkody jako konieczną przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej. Zgodnie z teorią przyczynowości adekwatnej, związek ów zachodzi tylko wtedy, gdy w zestawie wszystkich przyczyn i skutków mamy do czynienia jedynie z takimi przyczynami, które normalnie powodują określone skutki. Udowodnienie związku przyczynowego należy do poszkodowanego, a ten w niniejszym postępowaniu obowiązkowi temu nie sprostał.

Wniosek dowodowy powódki o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego, jako zbędny został oddalony, był on także spóźniony, gdyż powódka mogła go zawnieść już w pozwie, a nie wystąpiły żadne okoliczności, które uzasadniałyby późniejsze jego zgłoszenie, o których mowa w art. 207 § 6 k.p.c. czy art. 217 § 2 k.p.c.

O kosztach procesu orzeczono zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. i 99 k.p.c., obciążając powódkę obowiązkiem zwrotu pozwanemu poniesionych przez niego niezbędnych kosztów procesu, przy ustaleniu wysokości kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 złotych, zgodnie z § 6 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. 2013.461 t.j.).

O nieuiszczonych kosztach pomocy prawnej udzielonej z urzędu Sąd orzekł na podstawie § 15 pkt. 1) w związku z § 2 ust. 1-3 oraz § 6 pkt. 6 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.2013. 490).

Apelację od powyższego wyroku wniosła powódka, która zarzuciła skarżonemu orzeczeniu:

1) naruszenie prawa materialnego w postaci:

a) art. 6 k.c. poprzez niezasadne przyjęcie, że powód nie przedstawił dowodów na poparcie swojego stanowiska w kwestii poczynienia przez strony ustaleń, co do terminu wykonania złożonego zamówienia; art. 471 k.c. poprzez błędne przyjęcie, że w analizowanej sprawie nie zostały wykazane przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej.

2) naruszenie przepisów prawa procesowego mające istotny wpływ na wynik postępowania, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. i zasady swobodnej oceny dowodów poprzez:

- a) brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego;
- b) błędne przyjęcie, że powódka nie przedstawiła dowodów na okoliczność ustalenia przez strony terminu realizacji zamówienia;
- c) uznanie, że połączenie przez świadka G. G. roli pełnomocnika strony powodowej czyni zeznania świadka mało wiarygodnymi.

Mając powyższe na uwadze wniosła o: zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki kosztów procesu; ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji przy uwzględnieniu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

Pozwany w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz od powódki kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

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

Apelacja powódki nie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadność roszczenia strony powodowej pozostaje w związku z treścią i zakresem zgłoszonych przez nią dowodów. Ciężar udowodnienia przesłanek odszkodowawczych, a więc : wysokości szkody, niezgodnego z umową działania lub zaniechania strony pozwanej (art. 471 k.c.) oraz adekwatnego związku przyczynowego istniejącego między dwoma wyżej wymienionymi elementami , spoczywa na osobie dochodzącej odszkodowania. Zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. obciążające powódkę w tej materii obowiązki wyprzedzają podobne powinności pozwanego (por. SN w wyroku z dnia 3.10.1971 r., II PR 313/69, OSN 1970, nr 9, poz. 147, a ponadto SN w tezie 4 wyroku z dnia 27.03.2013 r., I CSK 407/12, OSP 2013/11/108).

Bezspornie strony nie zawarły na piśmie jednolitej umowy w przedmiocie wykonania zamówień złożonych przez powódkę i oznaczonych przez pozwanego numerami zlecenia : (...) (k. 17v, 21). Zastosowany przez nie tryb dochodzenia do uzgodnień skutkujących zawarciem umowy wiązał się z przedstawianiem przez pozwanego , w odpowiedzi na zamówienia , ofert wykonania określonych produktów, które podlegały analizie i akceptacji powódki, co końcowo prowadziło do wystawienia przez pozwanego faktur pro forma określających cenę oferowanych wyrobów. Akceptacja cennika zawartego w tych fakturach następowała poprzez zaliczkowe opłacenie ujętych w nich kwot.

Niewątpliwie dla ważnego zawarcia umowy koniecznym jest określenie przez kontrahentów wszystkich jej esencjalnych składników. Zgodnie z art. 605 k.c. przez umowę dostawy 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 zapłacenia ceny. Analiza dyspozycji tego artykułu pozwala na wyodrębnienie trzech podstawowych i koniecznych ustaleń umownych, a mianowicie: sprecyzowania zamówionej i przewidzianej do wytworzenia rzeczy (produktu), określenia nakazu dostarczenia przedmiotu zamówienia częściami albo okresowo oraz wskazania wartości zamówienia (wysokości ceny). Dopóki negocjacje nie doprowadzą do konsensusu w kwestiach dotyczących powyższych elementów, nie sposób mówić o zawarciu ważnej umowy dostawy.

Z dokumentacji procesowej zgromadzonej w aktach sprawy wynika, że powódka złożyła swoje zamówienia w dniach : 5 i 7 lipca 2012 r. Uzgodnienia dotyczące asortymentu dostawy trwały do dnia 10 lipca 2012 r. (k. 29), dnia 13 lipca 2012 r. pozwany przesłał powódce faktury pro forma zawierające cenniki ustalonego przedmiotu dostawy, zaś zaliczkowanie kwot określonych w tych fakturach trwało w dniach: 17.07.2012 r. i 30.07.2012 r. (por. korespondencja e-mailowa oraz faktury - k. 17-32).

Należy zgodzić się z poglądem, że faktura pro forma w swojej istocie winna być traktowana jako oferta zawarcia umowy za podaną w niej cenę. Zaakceptowanie warunków w niej wskazanych oznacza w takiej sytuacji przyjęcie oferty

i w konsekwencji zawarcie umowy. Oświadczenie woli akceptujące treść oferty może być złożone przez czynności konkludentne (art. 60 k.c.). W realiach niniejszej sprawy taką czynnością powódki było uiszczenie żądanych przez pozwanego zaliczek stanowiących kwotę wynegocjowanej ceny (por. SA w W. w wyroku z dnia 07.10.2013 r., VI. A Ca. 238/13, LEX nr 1409406).

Korespondencja e-mailowa wytworzona w związku z negocjacjami przez pełnomocnika powódki i pracowników pozwanego nie potwierdza poglądu strony powodowej o ustaleniu terminu wykonania obu zamówień do dnia 18.07.2012 r. Wzmianka o takim terminie pojawia się jedynie w korespondencji pełnomocnika powódki z dnia 07.07.2012 r. (k. 22), w nawiązaniu do uzgodnień poczynionych przez niego z pracownikiem pozwanego M. G., który zeznając jako świadek na rozprawie dnia 22.08.2014 r. nie potwierdził ustaleń tej treści (protokół skrócony – k. 368, sygn. czasowa: 01:08:15). Bilateralny charakter umowy dostawy wyklucza możliwość uznania za miarodajne w analizowanym stanie faktycznym jedynie stanowiska i oczekiwań jednego kontrahenta. Stronę powodową obciążał obowiązek zaoferowania dowodów potwierdzających złożenie przez organy pozwanego oświadczenia woli tożsamego z twierdzeniami powódki. Dowody takie nie zostały Sądowi zaoferowane.

Analiza zebranych dowodów przeprowadzona przez Sąd I instancji w kontekście umowy zawartej i wykonanej przez strony jest prawidłowa i nie wykracza poza granice swobodnej oceny dowodów zakreślone w art. 233 § 1 k.p.c. Zgodzić się należy w szczególności z oceną zaprezentowaną w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, która akcentuje niespójność czasową twierdzeń powódki (dokonanie pierwszej wpłaty zaliczki na poczet faktur pro forma dnia 17.07.2012 r. i oczekiwanie, że umowa zostanie wykonana już dnia następnego) oraz sprzeczność jej oczekiwań z treścią korespondencji e-mailowej jej pełnomocnika z dnia 19.07.2012 r. i 23.07.2012 r., w której nadawca uzgadnia terminy dostawy powiązane z przyjazdem odbiorcy belgijskiego (k. 32 i 33).

Mając na uwadze powyższe uznać należy, że umowa dostawy została zawarta przez strony najwcześniej dnia 17.07.2012 r., zaś termin jej wykonania był zbliżony do terminów wypracowanych w trakcie wcześniejszej, kilkuletniej współpracy stron i wynosił od 2 do 3 tygodni. Konstatacja tej treści znajduje potwierdzenie nie tylko w zeznaniach pracowników pozwanego, ale również świadka K. F. i pełnomocnika powódki G. G. (zeznania świadków na rozprawie dnia 22.08.2014 r.: G. G., k. 366v, sygn. czasowa 00:31:58, 00:33:33 – 00:34:16, K. F. k. 367, sygn. czasowa 00:43:12, U. S. – k. 367v, sygn. czasowa 00:57:15).

Treść umowy zawartej przez strony w związku z wykonaniem obu zleceń pozostaje bez związku z pismem powódki z dnia 10.11.2011 r. pod tyt. „Kupieckie pismo potwierdzające”, ponieważ dokument ów nie może być uznany za odpowiadający wymaganiom art. 77<sup>1</sup> k.c. Zgodzić się należy z poglądami Sądu Okręgowego w Łodzi i Sądu Apelacyjnego w Łodzi zaprezentowanymi w niniejszej sprawie, że warunkiem skuteczności potwierdzenia kupieckiego jest jego niezwłoczność po zawarciu umowy ustnej. W niniejszej sprawie strony współpracowały od 2006 r. i przesłanka niezwłoczności potwierdzenia nie została spełniona (postanowienie wraz z uzasadnieniem k. 184-185).

Powódka nie udowodniła więc niewykonania lub niewłaściwego wykonania przez pozwanego łączącej strony umowy jako przesłanki roszczenia odszkodowawczego ex contractu. Fakt przyjęcia przez nią przedmiotu obu zamówień dnia 2.08.2012 r. i zatrzymania go, potwierdza, że umowa została wykonana prawidłowo i w terminie.

Wątpliwości budzi również wysokość domniemanej szkody poniesionej przez powódkę, której jedynym potwierdzeniem ma być ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty sporządzone przez belgijskiego kontrahenta powódki dnia 26.07.2012 r. (k. 45). Wystawienie tego dokumentu nie przesądza jeszcze o zasadności wezwania do zapłaty, również w związku z możliwością podniesienia wobec wierzyciela zarzutów powiązanych z żądaniem miarkowania naliczonej kary umownej (art. 484 § 2 k.c.). Strona powodowa nie przedstawiła dowodów poświadczających uiszczenie na rzecz wyżej wymienionego kwoty 52.312,00 zł, co dodatkowo osłabia wymowę powyższego dokumentu jako środka dowodowego zaoferowanego na okoliczność potwierdzenia faktu poniesienia szkody przez apelującą. Drugi ze składników dochodzonego odszkodowania nie znalazł jakiegokolwiek odzwierciedlenia w zebranych w sprawie dowodach.

Mając na uwadze powyższe , uznać należy zarzuty apelacji wskazujące na obrazę przepisów prawa materialnego, jak i procesowego za niezasadne. W tych warunkach Sąd Apelacyjny orzekł jak w pkt I wyroku , na zasadzie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania odwoławczego postanowiono w pkt II wyroku na mocy art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 6 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. z 2013 r., poz. 461).

Orzeczenie o kosztach pomocy prawnej udzielonej powódce w postępowaniu odwoławczym z urzędu zapadło na zasadzie § 15 pkt 1 w zw. z § 6 pkt 6 i § 12 ust. 1 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. z 2013 r. , poz. 461 ).