



Sygn. akt II CSK 77/07

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 maja 2007 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Marek Sychowicz (przewodniczący)

SSN Jan Górowski (sprawozdawca)

SSN Maria Grzelka

Protokolant Anna Banasiuk

w sprawie z powództwa Syndyka Masy Upadłości Zakładów

Przemysłu Bawełnianego "P." Spółki Akcyjnej w P.

przeciwko "C. P." Spółce z ograniczoną

odpowiedzialnością w W.

o zapłatę 28.499.542,99 zł ,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 9 maja 2007 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 31 października 2006 r.,

**oddala skargę kasacyjną i zasądza od powoda na rzecz pozwanej
kwotę 5400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu
kosztów postępowania kasacyjnego.**

Uzasadnienie

Syndyk Masy Upadłości Zakładów Przemysłu Bawełnianego „P.” S.A. w upadłości, po rozszerzeniu powództwa, domagał się od pozwanej „C. P.” sp. z o.o. zapłaty 28 499 542,99 zł tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy z dnia 12 maja 1998 r.

Pozwana spółka wniosła o oddalenie powództwa i między innymi podniosła zarzut przedawnienia.

Wyrokiem z dnia 24 listopada 2005 r. Sąd Okręgowy powództwo oddalił. Ustalił, że w dniu 12 maja 1998 r. zawarta została umowa pomiędzy Zakładami Przemysłu Bawełnianego „P.” S.A. w P jako zamawiającym i E . sp. z o.o. jako wykonawcą, która zobowiązała się do wykonania analizy i prognozy kształtowania się polskiego i wybranych zagranicznych rynków tkanin bawełnianych oraz bawełnopodobnych. Strony określiły, że wykonanie dzieła nastąpi poprzez realizację kolejnych etapów prac ujętych w załączniku do umowy. Pierwszy etap obejmował badanie rynku międzynarodowego, drugi polskiego a trzeci opracowanie strategicznych wniosków dla zamawiającego.

Jednocześnie uzgodniono badania pierwotne (wywiady z głównymi producentami, użytkownikami, przedstawicielami stowarzyszeń i organizacji przemysłowych, handlowych i ekspertami branżowymi itp.) jako podstawę analizy rynków zagranicznych. Wykonawca w tym zakresie zobowiązał się także tam gdzie będzie to możliwe dokonać krytycznej analizy rynków wtórnych, a w wypadku niedostępności precyzyjnych danych szacunku tych wielkości, na podstawie wywiadów bezpośrednich. Z kolei podstawą analizy i prognozy rozwoju rynku polskiego miały być badania pierwotne (wywiady z głównymi producentami, dystrybutorami, odbiorcami instytucjonalnymi – producentami mebli tapicerowanych, konfekcji i wyrobów gotowych z tkanin oraz nabywcami indywidualnymi) a także analiza istniejących źródeł wtórnych.

W paragrafie 2 umowy strony ustaliły termin jej wykonania w ten sposób, że wykonawca zobowiązał się do przedstawienia wstępnych wersji raportów z prac dotyczących pierwszego etapu w ciągu 10 tygodni, obejmujących drugi etap

w czasie 12 tygodni, a z trzeciego etapu w terminie 14 tygodni. Następnie w ciągu 5 dni roboczych od otrzymania tych materiałów zamawiający mógł przedstawić stanowisko na piśmie, czy dzieło przyjmuje bez zastrzeżeń, czy też uzależnia przyjęcie od wprowadzenia zmian i uzupełnień albo, że nie przyjmuje dzieła z powodu niezgodności jego wykonania z umową. Jednocześnie uzgodniono, że w wypadku niezgłoszenia uwag w tym terminie raporty wstępne będą uznane jako końcowe. Wykonawca zobowiązał się też wydać zamawiającemu kopie danych źródłowych zebranych podczas badań.

W paragrafie 3 umowy postanowiono, że wynagrodzenie za wykonanie umowy będzie stanowić równowartość kwoty 70 000 USD, powiększonej o podatek VAT. Wykonawca przyjął na siebie odpowiedzialność za szkody jakie poniesie zamawiający prowadząc działalność gospodarczą w oparciu o raporty przedstawione przez wykonawcę (§ 5 ust 5 umowy).

Pozwany wykonał przedmiot umowy i przekazał powodowi zarówno przewidziane umową raporty jak i materiały źródłowe. Ostatni z raportów został oddany nie później niż 15 listopada 1998 r. Zamawiający przyjął dzieło bez zastrzeżeń i zapłacił umówione wynagrodzenie. „C. P.” sp. z o.o. jest następcą prawnym E.

Oceniając powództwo jako nieuzasadnione Sąd pierwszej instancji uznał, że strony zawarły typową umowę o dzieło, gdyż zawierała ona wszystkie elementy przedmiotowo istotne dla tego typu umowy. Przedmiotem tej umowy było dzieło o charakterze niematerialnym mające postać analizy i prognozy. Był to efekt pracy intelektualnej, utrwalonej na piśmie (w tzw. raportach). Zauważył, że same strony w umowie nazwały jej przedmiot dziełem i określiły, iż w kwestiach nieuregulowanych umową mają zastosowanie przepisy art. 627- 646 k.c. Jego zdaniem oceny tej nie mogła zmienić okoliczność, że końcowym etapem prac pozwanej było opracowanie wniosków strategicznych dla zamawiającego. Skoro bowiem w krajach o gospodarce rynkowej żaden producent nie może mieć pewności co do osiągnięcia sukcesu gospodarczego, to wykonane raporty nie stanowiły bezbłędnej recepty na uzyskanie takiego rezultatu. Wskazanie w nich możliwych kierunków rozwoju nie przesądzało konkretnych decyzji gospodarczych

i nie zwalniało zarządu zamawiającej spółki z obowiązku podejmowania decyzji zgodnie ze sztuką zarządzania oraz nie mogło stanowić uzasadnionej podstawy do oparcia się przy podejmowaniu decyzji inwestycyjnych tylko na tym opracowaniu.

Podkreślił, że przedmiotem umowy z dnia 12 maja 1998 r. było tylko i wyłącznie wykonanie przez pozwanego analizy i prognozy dotyczącej kształtowania się rynku tkanin bawełnianych i bawełnopodobnych gdy tymczasem u podstaw wniesionego powództwa leżało założenie, że przedmiotem umowy było sporządzenie szczegółowego biznes planu na kilka lat dla zarządu „P.” S.A. dodatkowo z gwarancją powodzenia i przyjęciem odpowiedzialności za ewentualne niepowodzenie przedsięwzięcia gospodarczego.

Skoro więc ostatni z raportów został odebrany najpóźniej w dniu 15 listopada 1998 r., to dwuletni termin przedawnienia (art. 646 k.c.) upłynął przed wniesieniem powództwa, które zostało wytoczone dopiero w dniu 24 grudnia 2003 r. Odnosząc się do zarzutu, że początku biegu przedawnienia nie można liczyć od dnia wydania raportów, ponieważ prognoza miała dotyczyć perspektywy lat 1998 – 2002 r. Sąd pierwszej instancji wskazał, iż jest on chybiony, gdyż przedmiotem umowy nie było sporządzenie szczegółowego planu działania dla zarządu spółki z gwarancją sukcesu gospodarczego, ale wyłącznie sporządzenie analizy i prognozy rozwoju rynku. Prognoza zaś ze swej istoty zawiera element niepewności i jest obarczona ryzykiem niespełnienia się, gdyż pomimo sukcesywnego postępu nauki w dalszym ciągu nie jest możliwe niezawodne przewidywanie przyszłości. W rezultacie, skoro strony zawarły umowę o sporządzenie analizy i prognozy to weryfikowalność tej ostatniej przez rzeczywistość nie mogła mieć żadnego wpływu dla początku biegu terminu przedawnienia roszczeń z niej wynikających. Zweryfikowanie przez przyszłość wykonanej prognozy nie ma znaczenia dla oceny poprawności jej skonstruowania, gdyż może być tak, że pomimo sprawdzenia się jej wyników, była wykonana niefachowo i odwrotnie, tj. pomimo niesprawdzenia się prognozy została wykonana zgodnie ze sztuką, rzetelnie i w pełni profesjonalnie. Zamawiający, więc powinien ewentualne zastrzeżenia zgłosić pozwanej w ramach uprawnień z tytułu rękojmi za wady dzieła w przewidzianych przepisami terminach dla aktów staranności, a z ewentualnymi roszczeniami odszkodowawczymi wystąpić - jeżeli nie

chciał narazić się na uwzględnienie zarzutu przedawnienia - w terminie 2 lat od oddania dzieła.

Odnosząc się do zarzutu powoda, że intencją stron było zawarcie *de facto* umowy consultingowej wskazał, że tego zamiaru nie potwierdziła pozwana, a przesłuchani w sprawie świadkowie, ówcześni członkowie zarządu zamawiającego w swoich zeznaniach wprost stwierdzili, że raporty traktowali wyłącznie jako prognozę. W tej kwestii wyraził pogląd, że niedopuszczalne jest dowodzenie, iż strony miały zamiar zawrzeć inną umowę niż to wynika z jej jednoznacznej treści gdyż dyrektywy oświadczeń woli (art. 65 k.c.) mają zastosowanie gdy treść oświadczeń woli stron jest niejasna lub wieloznaczna. Zauważył, że w obrocie gospodarczym powinno się stosować w stosunku do stron bardziej rygorystyczne wymagania i w związku z tym przyjęcie odmiennego zamiaru stron będących profesjonalistami od istotnych postanowień tekstu pisemnego umowy godziłoby w bezpieczeństwo obrotu (orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2000 r., I PKN 474/99, OSNP 2001, nr 13, poz. 429 i z dnia 9 maja 2001, II CKN 440/OO, OSNC 2001, nr 12, poz. 185).

Niezależnie od uwzględnienia zarzutu przedawnienia Sąd Okręgowy uznał powództwo jako nieuzasadnione z tego względu, że powód nie wykazał, iż pozwana spółka nienależycie wykonała swoje zobowiązanie. Dokonanie oceny prawidłowości i rzetelności przedmiotowych analiz i prognozy mogłoby zostać dokonane przy pomocy dowodu z opinii biegłego a powód takiego wniosku nie złożył nie tylko w pozwie ale także we właściwym terminie po przedstawieniu przez pozwaną swego stanowiska procesowego i z tego względu taki wniosek zgłoszony dopiero w piśmie z dnia 30 czerwca 2005 r. uznał za spóźniony (art. 412¹² k.p.c.).

Ocenił, że nie mógł stanowić podstawy odpowiedzialności paragraf 5 ust. 5 umowy stanowiący, że wykonawca odpowiada za szkody jakie poniesie zamawiający prowadząc działalność gospodarczą w oparciu o raporty przedstawione przez wykonawcę. Treść tego zapisu umowy – jego zdaniem - nie mogła oznaczać, że pozwana spółka przyjęła na siebie odpowiedzialność, niezależnie od tego czy same raporty byłyby sporządzone nieprawidłowo i niezależnie od tego co byłoby przyczyną tych szkód (np. siła wyższa nieudolne

zarządzanie spółką itp.). Uznał taką interpretację prowadzącą do nieograniczonej odpowiedzialności jednej strony umowy jako niedopuszczalną, tj. sprzeczną z art. 353¹ k.c. (z kryterium natury stosunku prawnego). Z odwołaniem się do paragrafu 5 ust. 4 umowy stwierdzającego, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za straty i szkody, które wynikają z działalności zamawiającego wskazał, iż w umowie wykonawca przyjął na siebie odpowiedzialność za szkody poniesione przez zamawiającego, których przyczyną była treść raportów i to pod warunkiem, że zostały one wykonane nienależycie.

Wskazując, że we wnioskach strategicznych pozwana spółka zaleciła zamawiającemu przedsięwzięcie szeregu działań przed podjęciem ostatecznych decyzji inwestycyjnych, między innymi sporządzenie dodatkowej analizy funkcjonowania przedsiębiorstwa i to we współpracy z zewnętrzną firmą doradczą, sporządzenie szczegółowej oceny zasobów i słabości spółki, jej kluczowych kompetencji i możliwości oraz zagrożeń stojących przed przedsiębiorstwem, sporządzenie biznes planu i wykonanie prognozy weryfikującej oraz, że spółka „P.” nie zastosowała się do wszystkich tych wskazówek zawartych w raporcie uznał, że nie można było skutecznie powołać się na to, że działanie w oparciu o raporty stanowiło przyczynę powstania szkód. W końcu zauważył, że poważne wątpliwości budzi także wysokość szkody, a zwłaszcza istnienie związku przyczynowego pomiędzy przedmiotowymi prognozami i wnioskami strategicznymi a wskazanymi przez powoda poniesionymi szkodami (np. związanymi z procesem inwestycyjnym karami umownymi, odsetkami od kredytów i z tytułu nieterminowego płacenia zobowiązań publicznoprawnych)

Apelację powoda zaskarżającą wyrok sądu pierwszej instancji w całości Sąd Apelacyjny oddalił wyrokiem z dnia 31 października 2006 r. dzieląc w istocie ustalenia faktyczne i argumentację prawną Sądu pierwszej instancji. Podkreślił, że w przypadkach wątpliwych świadomie wyrażona wola stron zazwyczaj przesądza o tym, że umowa podlega rygorom art. 627 i następnych k.c.

Wskazując, że przedmiotem konsultingu jest udzielanie pomocy w zakresie identyfikowania występujących problemów oraz formułowanie sugestii co do ich rozwiązania stwierdził, że umowa ta wykazuje podobieństwo i bywa porównywana

między innymi do umowy o dzieło, zlecenia, maklerskiej i innych. Jeżeli umowa konsultingu jest ukształtowana jako umowa rezultatu można sięgać do przepisów prawa cywilnego dotyczących umowy o dzieło, gdyż obie umowy mają wiele cech wspólnych, a mianowicie odpłatność, odpowiedzialność za wady, czy obowiązek współdziałania stron w ich wykonywaniu. Gdy natomiast umowa ta nie jest zorientowana na osiągnięcie określonego rezultatu to jest umową o świadczenie usług, dwustronnie zobowiązującą, konsensualną i odpłatną. Rodzi wtedy zobowiązanie starannego działania i zleceniobiorca nie odpowiada za brak rezultatu. Odwołując się do tych samych argumentów co Sąd pierwszej instancji, w tym do zeznań świadka M. W. podkreślił, że zamiarem stron nie było zawarcie umowy konsultingu jako nienazwanej umowy, do której stosuje się art. 750 k.c.

Wskazał, że chybione jest stanowisko powoda, że ułożony przez strony stosunek prawny narusza zasadę swobody umów (art. 353¹ k.c.), gdyż poddanie go przepisom dotyczącym umowy o dzieło nie pozbawiło powoda możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania. Umowa dotyczyła bowiem wykonania przez pozwanego analizy ekonomicznej i prognozy rynkowej na lata 1998 – 2002 r. Do obowiązków pozwanego nie należało natomiast doradzanie zamawiającemu przez okres czterech lat w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Ocena opracowanych przez pozwanego raportów, mając na uwadze przedmiot umowy, była możliwa w niedługim czasie po odebraniu dzieła. Sprawdzalność prognozy nie stanowi bowiem kryterium oceny należytego wykonania zobowiązania, a więc okres czteroletni, którego dotyczyła prognoza nie miał znaczenia dla rozpoczęcia biegu terminu przedawnienia dochodzonego roszczenia. Stwierdził na podstawie zeznań świadka E. F., że zarząd spółki „P.” już w 1999 r. dostrzegł problemy związane z realizacją zamierzeń gospodarczych, a w 2000 r. zdawał sobie sprawę, iż wynikająca z raportów prognoza nie sprawdza się. Wtedy to należało podjąć działania zmierzające do minimalizacji strat, w tym rozważyć kwestię odpowiedzialności pozwanego za ten stan rzeczy. Nie było więc przeszkód aby spółka P. wystąpiła z roszczeniami odszkodowawczymi przed upływem dwuletniego terminu przedawnienia roszczenia.

Jego zdaniem przyjęcie, że pozwana w ramach honorarium uzyskanego za sporządzenie raportów bez możliwości oddziaływania na proces decyzyjny zamawiającej spółki oraz sposób realizacji opracowanej analizy i prognozy na lata 1998 – 2002 miałyby odpowiadać w przyszłości za powodzenie wszelkich jej przedsięwzięć gospodarczych w tym okresie naruszałoby art. 353¹ k.p.c. Wskazał, że materiał dowodowy nie daje podstaw do formułowania tezy, że zamiarem stron było obciążenie strony pozwanej ryzykiem prowadzenia przez zamawiającą spółkę działalności gospodarczej.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że przedłożona prywatna ekspertyza profesora C. D. nie mogła być uznana za dowód wykazujący wadliwość wykonanych przez pozwaną raportów. Poza tym uznał wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego za spóźniony (art. 479¹² k.p.c.), zwłaszcza, że już przed wszczęciem procesu istniał pomiędzy stronami spór co do należytego wykonania umowy z dnia 12 maja 1998 r.

Pełnomocnik powoda w skardze kasacyjnej opartej na podstawie naruszenia prawa materialnego tj. art. 120 k.c., art. 118 k.c., 627 k.c., art. 750 k.c., art. 120 § 1 k.c. w zw. z art. 120 k.c., art. 471 k.c. w zw. z art. 5 ust 5 umowy oraz art. 353¹ k.c., a także na naruszeniu przepisów postępowania w stopniu mającym wpływ na wynik sprawy, a to art. 382 k.p.c. i art. 479¹² w zw. z art. 391 k.p.c., art. 385 k.p.c. i art. 386 § 1 k.p.c. wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Artykuł 382 k.p.c. ma charakter ogólnej dyrektywy, określającej kontynuację merytorycznego rozpoznania sprawy. Powołanie się na ten przepis może stanowić podstawę kasacyjną jedynie wtedy gdy sąd drugiej instancji pominie część zebranego w sprawie materiału dowodowego i wyda orzeczenie wyłącznie na podstawie materiału zebranego przed sądem pierwszej instancji, lub na podstawie własnego materiału z pominięciem wyników postępowania dowodowego przeprowadzonego przez sąd pierwszej instancji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2005 r., III CKN 674/04 niepublikowany). Może jednak oprzeć swe orzeczenie na dowodach prawidłowo przeprowadzonych. Wbrew stanowisku

skarżącego Sąd Apelacyjny odniósł się, a więc nie pominął, prywatnej ekspertyzy profesora C. D. jako części materiału procesowego i w rezultacie nie uchybił wskazanemu unormowaniu.

Całkowicie natomiast innym zagadnieniem była odpowiedź na pytanie, czy zaoferowany ten środek był dowodem nadającym się do wykazania spornej okoliczności, tj. czy strona pozwana wykonała przedmiotową analizę i prognozę kształtowania się polskiego oraz wybranych zagranicznych rynków tkanin bawełnianych i bawełnopodobnych na lata 1998 – 2002 profesjonalnie. W judykaturze wyjaśniono, że nie może być traktowana jako dowód w procesie opinia biegłego choćby był nim biegły sądowy, sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych. Prywatne opinie opracowane na zlecenie stron i przedłożone sądowi stanowią jedynie umotywowane stanowisko strony (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 29 września 1956 r., 3 Cr 121/56, OSN 1958, nr 1, poz. 16 i z dnia 8 czerwca 2001 r. I PKN 468/00, OSNP 2003, nr 8, poz. 197). Z tego względu gdyby taką ekspertyzę przyjęto za podstawę orzeczenia stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skargi kasacyjnej.

Sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę i orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji, oraz w postępowaniu apelacyjnym z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z jego prekluzji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2006 r., III CSK 128/05, OSNC 2006, nr 11, poz. 191).

W postępowaniu w sprawach gospodarczych unormowania zawarte w art. 479¹² § 1 k.p.c. i art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. nakładają na strony procesu - zgodnie z zasadą równości - ten sam obowiązek przedstawienia okoliczności faktycznych, zarzutów i wniosków dowodowych w określonych terminach; dla powoda już w pozwie, a dla pozwanego w odpowiedzi na pozew. Wynika też z ich treści, kiedy inne okoliczności, zarzuty i wnioski dowodowe niezgłoszone w tych pismach są rozpoznawane przez sąd. Mają przy tym kategorię brzmienia wynikające z wyrażenia „pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania”. Adresatem tych norm są nie tylko strony lecz także sąd *meriti*, którym jest

w polskim systemie apelacji pełnej (*cum beneficio novorum*) także sąd drugiej instancji. Istotą bowiem postępowania drugoinstancyjnego jest kontynuacja merytorycznego rozpoznania sprawy (por. uchwałę siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 1999 r., III CZP 59/98, OSNC 1999, nr 7-8, poz. 124). Skoro prekluzja materiału procesowego ma miejsce już na dalszym etapie postępowania przed sądem pierwszej instancji to także występuje w postępowaniu apelacyjnym (*argumentum ed minori ad maius*).

Do tego samego wniosku prowadzą dodatkowe argumenty wynikające z pozajęzykowych metod wykładni. Artykuły 493 § 3 k.p.c., 207 § 3 k.p.c., 479¹² § 2 k.p.c., 479¹⁴ § 2 k.p.c. i 505⁵ § 1 k.p.c. stanowią unormowania, których celem jest koncentracja materiału procesowego, czyli skupienie czynności procesowych i w rezultacie przyspieszenie postępowania. Pewien element dyskrejonalnej władzy sędziowskiej występuje w tych regulacjach tylko w zakresie oceny, czy mają miejsce wyjątki od omawianej prekluzji. Niemożność skorzystania przez strony z okoliczności, zarzutów i dowodów w terminach określonych w tych przepisach, bądź wynika później potrzeba ich powołania to bowiem przesłanki do końca niedookreślone.

Zaprezentowana wykładnia nie narusza zasady prawdy materialnej, która wprawdzie funkcjonuje w procesie ale w ramach obowiązującego stanu prawnego, tj. nie wyklucza unormowań pozostających do niej w opozycji a będących wyrazem innych naczelných wartości realizowanych w postępowaniu cywilnym. Odmienne interpretacja naruszałaby zasadę równości stron. Skoro bowiem powód czy pozwany po terminie zgłasza okoliczności faktyczne, zarzuty, czy wnioski dowodowe to druga strona właśnie ze względu na prekluzję materiału procesowego nie ma obowiązku podjęcia w tym zakresie obrony np. powołania stosownej argumentacji prawnej ich dotyczącej. Uwzględnienie sprekludowanych faktów przez sąd jest uchybieniem procesowym zakłócającym więc w istotny sposób pozycję procesową stron.

Stosowanie w jednych sprawach, a w innych łamanie zasad prekluzji materiału procesowego, w tym, w szczególności, dowodowego prowadziłoby też do naruszenia zasady pewności prawa, tj. równego traktowania stron w analogicznej

sytuacji faktycznej i prawnej a w konsekwencji prowadziłoby do podważenia zaufania do organów wymiaru sprawiedliwości.

Zauważyć trzeba, że powód nie tylko nie zgłosił wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w pozwie, ale także w piśmie z dnia 23 kwietnia 2004 r. stanowiącym replikę na stanowisko pozwanej spółki wyrażone w odpowiedzi na pozew ani też w obszernych pismach procesowych z dnia 7 czerwca 2004 r. i z dnia 4 listopada 2004. Uczynił to dopiero w końcowej fazie postępowania przed Sądem pierwszej instancji w piśmie z dnia 29 czerwca 2005 r., przy czym nawet nie usiłował wykazywać, że powołanie tego wniosku nie było możliwe w pozwie, bądź, że potrzeba jego zgłoszenia wynikła później. Nie podejmował zresztą takiej próby aż do oddalenia tego wniosku dowodowego na ostatniej rozprawie w dniu 10 listopada 2005 r. Dodać się godzi, że Sąd Apelacyjny trafnie podkreślił, że skoro spór pomiędzy stronami w zakresie należytego wykonania przez pozwaną spółkę przedmiotowej umowy istniał już przed wytoczeniem powództwa w niniejszej sprawie to powód powinien był złożyć ten wniosek w pozwie, gdyż nie tylko wtedy było to możliwe, ale już wówczas zaistniała potrzeba jego zgłoszenia. Zarzut, więc obraży art. 479¹² k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. był chybiony, co w konsekwencji miało ten skutek, że uzasadnione było stanowisko Sądów obu instancji, iż powód nie wykazał (art. 6 k.c.) aby strona pozwana nienależycie wykonała zawartą przez strony umowę. Skoro, więc przesłanką odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c.) jest niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania to już z tego względu, niezależnie od skuteczności dalszych zarzutów, skarga kasacyjna nie mogła zostać uwzględniona. Nie mogły więc też być trafne zarzuty naruszenia art. 385 k.p.c., jak art. 386 § 1 k.p.c.

Wprawdzie skarżący powołał także jako naruszony art. 232 k.p.c., ale uczynił to bez bliższego uzasadnienia. Z faktu, że ewentualne dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego przez sąd z urzędu nie stanowiłoby w omawianym wypadku uchybienia procesowego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2006 r., III CSK 341/05, OSNC 2006, nr 10, poz.614). nie wynika, iż nieskorzystanie z tego wyjątkowego uprawnienia przez organ orzekający w rozpoznawanej sprawie stanowiło istotne uchybienie procesowe stanowiące

podstawę skargi kasacyjnej. Taki zarzut byłby trafny, jak wyjaśniono w judykaturze, tylko w wyjątkowych wypadkach, takich jak podejrzenie prowadzenia procesu fikcyjnego, zamiar stron obejścia prawa albo w sytuacji rażącej nieporadności strony. Ten ostatni wypadek nie zachodzi gdy w sprawie gospodarczej strona przed sądami niższych instancji była reprezentowana przez adwokata (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2003 r., II CKN 1267/00, I C 2003, nr 12 s. 44 i z dnia 20 grudnia 2005 r., III CK 121/05 niepublikowane)

Skoro podstawą oddalenia powództwa – jak wynika już z powyższych uwag – było niewykazanie przez powoda przesłanki odpowiedzialności kontraktowej tj. nienależytego wykonania umowy z dnia 12 maja 1998 r. (co automatycznie przesądzało także nietrafność zarzutu obrazy art. 471 k.c.) to szczegółowe odniesienie się do dalszych zarzutów materialnych nie było konieczne. Naruszenie bowiem prawa materialnego może stanowić usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej tylko wtedy gdy pozostaje w bezpośrednim związku przyczynowym z wynikiem sprawy.

Dla porządku można jednak zasygnalizować, że umowa konsultingu jako umowa nienazwana ma rzeczywiście za przedmiot uzyskanie specjalistycznych informacji gospodarczych, analizę i diagnozę przedstawionego zagadnienia, prognozę co do planowanych przedsięwzięć oraz ewentualne zalecenia ale mające charakter opiniodawczy. Jest jedną z umów o świadczenie usług objętych hipotezą art. 750 k.c.

Gdyby w sprawie powód wykazał fakt nienależytego wykonania umowy, rzeczywiście podstawowym zagadnieniem dla rozstrzygnięcia sprawy byłaby jej kwalifikacja prawna. Termin „rezultat” jest bliskoznaczny do wyrażenia „efekt”. Dla rozróżnienia wykonania „dzieła” od czynności „starannego działania” ważne jest kryterium pewnej pewności rezultatu, która stanowi filar umowy określonej w art. 627 k.c., natomiast brak tej cechy świadczenia to charakterystyczny element umowy starannego działania (art. 750 k.c.). Dlatego też w modelowym ujęciu przy usługach występuje w zasadzie świadczenie *facere*. Strony jednak przy zawieraniu umowy mają uprawnienie i obowiązek określenia świadczenia co ma zasadnicze znaczenie dla treści konkretnego stosunku prawnego. To strona decyduje bowiem

o tym czy i z kim zawrze umowę oraz o jakiej treści. Z tego względu w praktyce w zasadzie nie spotyka się czystej umowy nazwanej lub nienazwanej, lecz tylko umowy będące nazwanymi lub nienazwanymi w większym lub mniejszym stopniu. O zaliczeniu więc badanej umowy do danego typu decyduje stopień natężenia cech przysługujących umowie, który uzasadnia jej podobieństwo do wyróżnionego wzorca.

Analizując z tego punktu widzenia zawartą przez strony umowę bliższej uwagi wymagała odpowiedź na pytanie, czy określone świadczenie pozwanej polegało na „facere”, czy też stanowiło „dare” i odpowiadało pojęciu dzieła. Jeśli zauważyć, że w umowie pozwana zobowiązała się do wykonania nie tylko badania ale i prognozy kształtowania się rynków określonego rodzaju tkanin, jak również opracowania strategicznych wniosków dla zamawiającego i do poniesienia odpowiedzialności za szkody wynikłe dla zamawiającej spółki z tytułu niefachowości tej ekspertyzy to uzasadniony był wniosek, że przedmiotem tej umowy był rezultat czyli dzieło. Fakt bowiem wykonania czynności obciążających pozwaną został uzależniony od osiągnięcia ich wyniku. Trzeba też zgodzić się z Sądem Apelacyjnym, że w sytuacjach wątpliwych wyrażonej w umowie woli stron, co do kwalifikacji zawartej umowy, nie można pozbawić jurydycznego znaczenia. Z tych względów nietrafne były zarzuty naruszenia art. 627 § 1 k.c., 750. k.c. i 353¹ k.c.

Oddanie dzieła w rozumieniu art. 646 k.c. to faktyczne jego wydanie przez przyjmującego zamówienie (por wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 1981 r., II CR 136/81, OSNCP 1982, nr 1, poz. 10). Początek biegu terminów przedawnienia roszczeń z umowy o dzieło jest w ustawie oznaczony w sposób precyzyjny i nie podlegający adjustacji w zależności od okoliczności faktycznych konkretnej sprawy, w tym od okoliczności, że efekty niewłaściwego wykonania dzieła ujawniły się już po upływie terminu przedawnienia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2003 r., IV CKN 1768/00 niepublikowany). Skoro więc dzieło zostało wydane do dnia 15 listopada 1998 r. to roszczenie dochodzone przez powoda uległo przedawnieniu już z dniem 15 listopada 2000 r., czyli przeszło 3 lata przed datą wniesienia pozwu. Chybione były więc także zarzut obrazy art. 120 § 1 k.c. i art. 118 k.c.)

Z tych względów skarga kasacyjna uległa oddaleniu (art. 393¹⁴ k.p.c.).

.