



Sygn. akt I CSK 592/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 września 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Władysław Pawlak (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Anna Kozłowska

SSN Marta Romańska

w sprawie z powództwa A. W.
przeciwko I. spółce z o.o. w W.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym
w Izbie Cywilnej w dniu 28 września 2018 r.,
skargi kasacyjnej powoda od wyroku Sądu Okręgowego w W.
z dnia 6 kwietnia 2017 r., sygn. akt V Ca (...),

- 1. oddala skargę kasacyjną;**
- 2. zasądza od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 2700 (dwa tysiące siedemset) zł tytułem kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 13 kwietnia 2016 r., Sąd Okręgowy w W. oddalił powództwo A. W. skierowane przeciwko I. sp. z o.o. w W. o zapłatę kwoty 71 200 zł, którą

powód dochodził jako świadczenia nienależnego, gdyż postanowienie zawarte w § 4 ust. 3 przedwstępnej umowy sprzedaży, zobowiązujące go jako konsumenta do zapłaty kwoty wynikającej z różnicy pomiędzy powierzchnią lokalu umówioną a rzeczywistą było - w jego ocenie - niedozwolonym postanowieniem umownym w rozumieniu art. 385¹ i n. k.c. Jako alternatywną podstawę zasądzenia tej kwoty, powód wskazał art. 415 k.c.

W uzasadnieniu, Sąd pierwszej instancji ustalił m.in.: W dniu 19 marca 2010 r. pomiędzy stronami została zawarta w formie aktu notarialnego przedwstępna umowa sprzedaży lokalu, na podstawie której pozwana spółka zobowiązała się w ramach prowadzonej działalności gospodarczej do nadbudowy kondygnacji mieszkalnej w budynku wielorodzinnym przy ul. S. w W. i wyodrębnienia samodzielnego lokalu mieszkalnego nr (...) o powierzchni użytkowej około 69,58 m², za kwotę 695 800 zł brutto, stanowiącej iloczyn powierzchni użytkowej lokalu oraz kwoty 10 000 zł, przy czym ustalenie rzeczywistej powierzchni lokalu miało nastąpić po jego wybudowaniu, na podstawie komisyjnego pomiaru z zastosowaniem normy PN 70B-02365. W § 4 ust. 3 strony postanowiły, że w przypadku, gdy określona w powyższy sposób powierzchnia lokalu będzie odbiegała od powierzchni lokalu, o której mowa w § 3 umowy, czyli 69,58 m², określona w umowie cena 695 800 zł zostanie zmieniona w oparciu o cenę 1 m² (10 000 zł brutto).

Przed zawarciem przedwstępnej umowy sprzedaży przedmiotowego lokalu, strony indywidualnie negocjowały i uzgadniały jej treść. Powód zgłaszał uwagi do projektu umowy przesłanego mu za pośrednictwem poczty elektronicznej.

W dniu 14 grudnia 2011 r. strony zawarły notarialną umowę sprzedaży lokalu mieszkalnego o powierzchni 76,70 m², a zatem jego powierzchnia była większa od 7,12 m², w stosunku do szacunkowej powierzchni wskazanej w umowie przedwstępnej, za kwotę 750 800 zł.

W ocenie Sądu pierwszej instancji kwestionowane przez powoda postanowienie umowne nie określało głównego świadczenia stron w rozumieniu art. 385¹ k.c., lecz było elementem fakultatywnym, naddatkiem w stosunku do postanowień konstytuujących stosunek prawny łączący kontrahentów.

W tym wypadku, głównym świadczeniem po stronie powoda jako konsumenta był obowiązek zapłaty, a po stronie pozwanej obowiązek wybudowania, w ramach nadbudowy budynku, lokalu mieszkalnego o określonej powierzchni i standardzie, a następnie ustanowienia odrębnej własności i przeniesienia własności na powoda wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej. Powód mógł negocjować sporne postanowienie umowne i pomimo przejęcia go z wzorca przedstawionego przez pozwanego, miał realny wpływ na jego brzmienie, a nieskorzystanie z możliwości jego zmiany nie może przesądzać o zaistnieniu przesłanki abuzywności spornego zapisu umownego. Dlatego w ocenie Sądu pierwszej instancji brak jest podstaw do przyjęcia, iż postanowienie to nie zostało z powodem indywidualnie uzgodnione, za czym przemawia treść korespondencji mailowej, w kontekście czynionych przez niego adnotacji na przesłanym mu przed podpisaniem umowy projekcie.

Analizując sporny zapis umowy, Sąd Rejonowy uznał, że nie kształtował praw i obowiązków powoda w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Zachowanie całkowitej zgodności powierzchni powykonawczej z powierzchnią projektowaną często nie jest możliwe ze względu na charakter procesu budowlanego. Zapis ten przewidywał obliczenie ostatecznej ceny w zależności od faktycznej powierzchni lokalu i odnosił się do sytuacji, gdy zarówno powierzchnia lokalu po wykonaniu będzie większa, jak i mniejsza od tej, którą określono orientacyjnie w przedwstępnej umowie sprzedaży.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji powództwo nie mogło zostać uwzględnione także na podstawie art. 415 k.c., gdyż powód nie udowodnił zaistnienia przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej deliktowej.

Zaskarżonym wyrokiem, Sąd Okręgowy w W. oddalił apelację powoda, w pełni dzieląc ustalenia faktyczne i wywody prawne Sądu pierwszej instancji, a w szczególności, iż kwestionowany przez powoda zapis nie mógł być uznany za kształtujący jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. W związku z tym, według Sądu Okręgowego drugorzędne znaczenia miało to, czy omawiane postanowienie umowne zostało indywidualnie uzgodnione z powodem. Zwraca uwagę Sąd drugiej instancji, że przy takim ukształtowaniu stosunku prawnego zachowana została zasada

ekwiwalentności świadczeń. Powód otrzymał lokal o większej powierzchni niż przewidywana w umowie przedwstępnej i za lokal o takiej faktycznej powierzchni zapłacił. Zatem, zwrot kwoty dochodzonej przez powoda spowodowałby po jego stronie bezpodstawne wzbogacenie, z tytułu nabycia na własność lokalu o większej niż zakładana pierwotnie powierzchni użytkowej. Wprawdzie w przedwstępnej umowie sprzedaży nie została określona górna granica metrażu, przekroczenie której wykluczałoby zastosowanie wskazanego w tej umowie mechanizmu ustalania końcowej ceny, ale przekroczenie tego metrażu, jak w tej sprawie, o 10,23% mieściło się w dopuszczalnych granicach. Nie podzielił Sąd drugiej instancji zarzutu apelacyjnego, iż sporny zapis umowy przedwstępnej naruszał art. 398³ pkt 20 k.p.c. przez to, że przewidywał uprawnienie kontrahenta konsumenta do określenia lub podwyższenia ceny wynagrodzenia po zawarciu umowy, bez przyznania konsumentowi prawa od odstąpienia od umowy. Przede wszystkim bowiem, zapis ten nie dawał stronie pozwanej uprawnienia do podwyższenia ceny, która przecież była od początku określona. Powód wiedział, że za jeden metr kwadratowy będzie musiał zapłacić 10 000 zł, a ostateczna cena zależeć będzie od faktycznej powierzchni lokalu, która zostanie określona po jego wybudowaniu. Strona pozwana nie dokonała podwyższenia ceny, zaś jej ostateczne ustalenie wynikało z opisanego w umowie mechanizmu jej określenia.

W skardze kasacyjnej, powód zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w całości, domagając się jego uchylenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

W ramach drugiej podstawy kasacyjnej zarzucił naruszenie: art. 368 § 1 pkt 3 k.p.c. i art. 378 § 1 k.p.c., przez nieuzasadnione nierozpoznanie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.; art. 382 k.p.c., przez pominięcie: tej części materiału dowodowego, która dotyczyła okoliczności negocjowania przez powoda i stronę pozwaną niektórych postanowień umowy przedwstępnej; dowodów wskazujących na liczne sprzeczności pomiędzy wyjaśnieniami pozwanego z rzeczywistym stanem, które to sprzeczności nakazywały Sądowi pierwszej instancji krytycznie ocenić wyjaśnienia w przedmiocie jego gotowości do negocjowania postanowienia § 4 ust. 3 umowy przedwstępnej; art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., przez pominięcie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku pełnej podstawy faktycznej i prawnej wyroku, tj. niewyjaśnienie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., a także

brak odniesienia się do kwestii odpowiedzialności odszkodowawczej deliktowej strony pozwanej oraz niewyjaśnienie, dlaczego art. 385¹ § 3 zd. 1 i 2 k.c. należy rozumieć w taki sposób, że postanowienie przejęte z wzorca zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta nie musi być postanowieniem nieuzgodnionym indywidualnie.

W ramach drugiej podstawy kasacyjnej zarzucił naruszenie: art. 385¹ § 3 k.c., przez przyjęcie, że: zastosowane w nim pojęcie rzeczywistego wpływu konsumenta na treść postanowienia umowy należy rozumieć w taki sposób, że może on zachodzić także wtedy, gdy postanowienie to jest elementem wzorca lub zostało przyjęte z wzorca zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta: nie istnieje związek pomiędzy tym przepisem, a zachodzącym w sprawie stanem faktycznym, w którym pozwany w umowie przedwstępnej zawartej z powodem zastosował postanowienie zaczerpnięte z opracowanego przez siebie wzorca, a co najmniej przejęte z zaproponowanego powodowi przez siebie wzorca; przepis ten egemplifikuje postanowienia potencjalnie nie uzgodnione indywidualnie, podczas gdy prawidłowo rozumiany przepis podaje przykład postanowienia, na którego treść konsument bezwzględnie nie miał rzeczywistego wpływu; art. 385¹ § 1 k.c. przez przyjęcie, iż: użyte w nim pojęcie ukształtowania praw i obowiązków konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszającego jego interesy, nie obejmuje stanu faktycznego, w którym ostateczna cena nabywanego przez konsumenta mieszkania, nieistniejącego w dacie zawarcia umowy przedwstępnej, ustalana jest przez kontrahenta w tej umowie jako iloczyn rzeczywistej powierzchni i ceny jednego metra kwadratowego, mimo że żadne postanowienie umowy nie ogranicza maksymalnego dopuszczalnego odstępstwa pomiędzy powierzchnią i ceną umówioną a powierzchnią i ceną rzeczywistą oraz nie zezwala konsumentowi na odstąpienie od umowy w razie wystąpienia różnicy pomiędzy powierzchnią i ceną umówioną, a rzeczywistą, w szczególności wystąpienia różnicy przekraczającej maksymalną dopuszczalną wartość; nie istnieje związek pomiędzy tym przepisem, a zachodzącym w sprawie stanem faktycznym, w którym pozwany na podstawie opracowanego przez siebie wzorca zawarł z konsumentem umowę przedwstępną zezwalającą na ustalenie ostatecznej ceny nieistniejącego w dacie zawarcia tej umowy mieszkania, jako iloczynu rzeczywistej powierzchni i ceny

metra kwadratowego, mimo że nie ograniczono maksymalnie dopuszczalnego odstępstwa pomiędzy powierzchnią umówioną a rzeczywistą i nie zezwalało konsumentowi na odstąpienie od umowy w razie wystąpienia takiej różnicy.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. Artykuł 378 § 1 k.p.c. nakłada na sąd drugiej instancji obowiązek ponownego rozpoznania sprawy w granicach apelacji, co oznacza nakaz wzięcia pod uwagę wszystkich podniesionych w apelacji zarzutów i wniosków. Granice apelacji wyznaczają ramy, w których sąd drugiej instancji powinien rozpoznać sprawę na skutek jej wniesienia. Określają je sformułowane w apelacji zarzuty i wnioski, które implikują zakres zaskarżenia, a w konsekwencji kognicję sądu apelacyjnego. Ponadto sąd drugiej instancji w ramach ustalonego stanu faktycznego stosuje z urzędu prawo materialne (por. uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008, nr 6, poz. 55). Dlatego sąd rozpoznający apelację powinien odnieść się do wszystkich tych zdarzeń i zarzutów zgłoszonych w postępowaniu apelacyjnym, które mogły spowodować skutki materialno-prawne.

Z kolei art. 382 k.p.c. określa podstawę merytorycznego orzekania przez Sąd drugiej instancji, która obejmuje materiał dowodowy zebrany przez sąd pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Zebrany materiał w rozumieniu tego przepisu, to dowody przeprowadzone w sprawie oraz fakty powszechnie znane, znane sądowi urzędowo, fakty przyznane, a także objęte twierdzeniami jednej strony, co do których druga strona nie wypowiedziała się. Uregulowanie to nakłada na sąd drugiej instancji obowiązek dokonania ponownie własnych ustaleń, które mogą obejmować ustalenia sądu pierwszej instancji przyjęte za własne albo różnić się od tych już poczynionych, a następnie poddania ich ocenie pod kątem prawa materialnego (zob. uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 1999 r., III CZP 59/98, OSNC 1999, nr 7-8, poz. 124).

Naruszenie przez sąd drugiej instancji art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. może wyjątkowo stanowić usprawiedliwioną podstawę kasacyjną wtedy, gdy wskutek uchybienia wymaganiom stawianym uzasadnieniu, zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli kasacyjnej. Zatem nie każde uchybienie

w zakresie konstrukcji uzasadnienia sądu drugiej instancji może stanowić podstawę dla skutecznego podniesienia zarzutu kasacyjnego, lecz tylko takie, które uniemożliwia Sądowi Najwyższemu przeprowadzenie kontroli prawidłowości orzeczenia (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2005 r., IV CK 122/05 nie publ., z dnia 28 listopada 2007 r., V CSK 288/07, nie publ., z dnia 21 lutego 2008 r., III CSK 264/07, OSNC - ZD 2008 Nr D, poz. 118, postanowienie z dnia 23 lipca 2015 r., I CSK 654/14, nie publ.). Zgodnie bowiem z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. skarżący zarzucając naruszenie przepisów prawa procesowego, powinien wykazać, że uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, czemu w tej sprawie nie sprostał skarżący.

W sytuacji, gdy Sąd drugiej instancji nie uzupełnia postępowania dowodowego ani, po rozważeniu zarzutów apelacyjnych, nie znajduje podstaw do zakwestionowania oceny dowodów i ustaleń faktycznych orzeczenia Sądu pierwszej instancji, może te ustalenia przyjąć za podstawę faktyczną swojego rozstrzygnięcia. Wystarczające jest wówczas, by stanowisko to znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu orzeczenia drugoinstancyjnego (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2000 r., I CKN 356/98, nie publ. i z dnia 17 lipca 2009 r., IV CSK 110/09, nie publ.).

Sąd drugiej instancji podzielił w całości ustalenia faktyczne i ocenę prawną przedstawioną przez Sąd pierwszej instancji, wskazując, że kwestia indywidualnego uzgodnienia przez pozwaną Spółkę z powodem spornego postanowienia przedwstępnej umowy sprzedaży nie miała zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż w ocenie Sądu Okręgowego nie budziło wątpliwości, że z uwagi na widoczny jego zdaniem brak ukształtowania spornym zapisem praw i obowiązków powoda w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, które w dodatku rażąco naruszałoby jego interesy, powództwo podlegało oddaleniu. Do uznania określonego postanowienia umownego za niedozwolone w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c. muszą być spełnione kumulatywnie także i inne przesłanki, aniżeli tylko brak indywidualnego uzgodnienia z konsumentem.

Sporządzone przez Sąd drugiej instancji uzasadnienie zaskarżonego wyroku - wbrew stanowisku skarżącego - zawiera elementy wymagane przez art. 328 § 2

k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. i poddaje się kontroli kasacyjnej. Sąd Okręgowy przytoczył ustalenia faktyczne Sądu Rejonowego wraz z oceną zgromadzonego materiału dowodowego, wyraźnie wskazując, że przyjmuje je za własne i wyjaśnił przyczyny, z powodu których uznał zarzuty apelacyjne, skierowane przeciwko podstawie faktycznej wyroku, w tym naruszenia art. 233 § 1 k.c., za bezzasadne. Dotyczy to również motywów rozstrzygnięcia w części, w jakiej Sąd pierwszej instancji analizował żądanie pozwu oparte na podstawie art. 415 k.c. Odnosił się także do podniesionego w apelacji zarzutu naruszenia art. 385³ pkt 20 k.c.

2. Przystępując do oceny zarzutów naruszenia prawa materialnego należy zauważyć, że ze względu na datę zawarcia przedwstępnej umowy sprzedaży lokalu mieszkalnego (19 marca 2009 r.), w sprawie nie mogła być stosowana ustawa z dnia 16 września 2011 r. o ochronie nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (j. t. Dz. U. z 2016 r., poz. 555, ze zm.), która w art. 22 określa obligatoryjne elementy umowy deweloperskiej, w tym m.in. określenie usytuowania lokalu w budynku, jego powierzchni i układu pomieszczeń, a także wskazanie sposobu pomiaru tej powierzchni.

Przedwstępną umową sprzedaży lokalu mieszkalnego strony zawarły w formie aktu notarialnego, a zatem została ona sporządzona i zweryfikowana przez notariusza, jako osobę zaufania publicznego, któremu w zakresie powierzonych normatywnie uprawnień przysługuje status funkcjonariusza publicznego (por. art. 2 § 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie, jedn. tekst: Dz. U. z 2017 r., poz. 2291, ze zm.; dalej: „pr. not.”). Jak stanowi art. 80 ust. 2 pr. not, notariusz jest obowiązany przy dokonywaniu czynności notarialnych czuwać nad należytym zabezpieczeniem praw i słusznym interesom stron.

Powód zarzucał, iż strona pozwana posługiwała się wzorcem umownym, z którego został przejęty sporny zapis zaproponowany mu jako konsumentowi. Tymczasem akt notarialny, obejmujący czynność prawną, nie może być traktowany jako wzorzec umowy zaproponowany przez kontrahenta. Stosownie do art. 2 § 2 pr. not., akt notarialny sporządzony zgodnie z prawem jest dokumentem urzędowym. W takiej sytuacji, co do zasady, to na stronie, która zaprzecza prawdziwości dokumentu urzędowego spoczywa ciężar dowodu (art. 252 k.p.c.).

Jednak określone przez ustawę prawo o notariacie wymogi aktu notarialnego, obowiązki notariusza przy jego sporządzaniu, a także wymóg odczytania, przyjęcia i podpisania tego dokumentu przez strony, stwarzają jedynie wzruszalne domniemanie prawne zgodności z prawem. Może się więc zdarzyć, iż w umowie zawartej w formie aktu notarialnego przez przedsiębiorcę z konsumentem, nie wszystkie jej postanowienia zostały z nim indywidualnie uzgodnione, zwłaszcza, gdy projekt umowy został zredagowany przez notariusza, przy udziale tylko jednego z przyszłych kontrahentów -przedsiębiorcy, w formie stosowanego przez notariusza dla tego typu umów szablonu i następnie przesłany konsumentowi do zapoznania się przed zawarciem umowy. W konsekwencji, brak indywidualnego uzgodnienia niektórych postanowień umowy zawieranej z konsumentem w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c. może więc zachodzić nie tylko w przypadku posługiwania się przez przedsiębiorcę wzorcem umowy, ale w konkretnym stanie faktycznym może to dotyczyć również umowy sporządzonej w formie aktu notarialnego. W takim przypadku art. 385¹ § 4 k.c., regulujący rozkład ciężaru dowodu, jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 252 k.p.c.

Zgodnie z art. 385¹ § 1 k.c. pojęcie niedozwolonego postanowienia umownego nie obejmuje postanowień określających główne świadczenie stron, w tym cenę, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny.

Przy kwalifikacji spornego postanowienia umownego w kontekście charakteru świadczenia, którego dotyczy kwestionowany zapis umowy zawieranej z konsumentem, co ma znaczenie również dla oceny wpływu konsumenta na treść uzgodnień w tym przedmiocie, istotnego znaczenia nabierają pozostałe postanowienia umowy, a także zachowanie stron na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, a przede wszystkim zachowanie konsumenta, oraz okoliczności zawarcia umowy przyrzeczonej i jej treść. Sądy obu instancji zakwalifikowały kwestionowany przez powoda zapis jako nie dotyczący świadczeń głównych, jednak prawna analiza stanu faktycznego tej sprawy nie potwierdza prawidłowości tego wniosku. Wolą stron było określenie ostatecznej powierzchni przedmiotowego lokalu, po jego wybudowaniu, w umowie przyrzeczonej. Według § 3 ust. 3 przedwstępnej umowy sprzedaży, na potrzeby umowy przyrzeczonej, w szczególności ustalenie uzgodnionej ceny, ustalenie rzeczywistej powierzchni

wybudowanego lokalu nastąpi na podstawie komisyjnego pomiaru z zastosowaniem normy PN70B-02365. Powierzchnię użytkową lokalu określono wstępnie, za czym przemawia użycie słowa „około”, a jego cenę ustalono jako iloczyn tej powierzchni i kwoty 10 000 zł brutto. Ostateczna cena została uzależniona od faktycznej powierzchni lokalu, po jego wybudowaniu, z tym że powyższa cena obejmowała także udział w nieruchomości wspólnej, tj. we współużytkowaniu wieczystym gruntu i we współwłasności wspólnych części budynku. Mechanizm ustalenia ceny został tak skonstruowany, że nie ulegała zmianie cena 1 m² powierzchni użytkowej lokalu, natomiast mogła ulec zmianie zakładana wstępnie powierzchnia, a zatem mogła być większa lub mniejsza niż 69,58 m². Faktyczna powierzchnia użytkowa lokalu determinowała wielkość udziału w nieruchomości wspólnej (por. art. 3 ust. 3 zd. 1 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali; tekst jedn.: Dz. U. z 2017, poz. 716, ze zm.).

Stosownie do art. 536 § 1 k.c. cenę w umowie sprzedaży można określić przez wskazanie podstaw do jej ustalenia. Określony w przedwstępnej umowie sprzedaży mechanizm ustalenia ceny jest więc sformułowany jednoznacznie. Zgodnie z celem tej umowy, powód miał zapłacić, zaś pozwany otrzymać cenę, za faktyczną powierzchnię użytkową lokalu, przy sztywnej cenie za 1 m² powierzchni użytkowej lokalu. Eliminacja spornego postanowienia (§ 4 ust. 3), dyskwalifikowałaby umowę przedwstępną, gdyż nie określałaby istotnych postanowień umowy przyrzeczonej, jak tego wymaga art. 389 § 1 k.c., skoro zarówno powierzchnia lokalu, jak i powiązana z nim cena nie zostałyby wówczas jednoznacznie określone („około”) i nie istniałby mechanizm ostatecznego określenia ceny. Powyższe pokazuje, iż § 4 ust. 3 w powiązaniu z § 3 ust. 3 umowy należało kwalifikować jako postanowienie umowne regulujące świadczenie główne. Już z tej przyczyny, powód nie mógłby wywodzić roszczenia z przedwstępnej umowy sprzedaży, a w szczególności uprawnienia do nabycia lokalu mieszkalnego o powierzchni 76,70 m², za cenę jak za lokal o powierzchni 69,58 m². Powoływanie się na status konsumenta nie może prowadzić do uzyskania przez niego korzyści kosztem przedsiębiorcy, w sytuacji, gdy konkretne prawa i obowiązki konsumenta nie zostały ukształtowane w sposób rażąco naruszający jego interesy.

Zapytania powoda odnośnie do przedstawionego mu przez kancelarię notarialną, przed zawarciem przedwstępnej umowy sprzedaży projektu (k. 59-61, 77) dotyczyły, m.in. normy technicznej w oparciu, o którą miała zostać obliczona ostateczna powierzchnia, a także rozumienia pojęcia zdarzenia, od którego zaczynał się bieg terminu do dopłaty, w przypadku, gdy powierzchnia użytkowa lokalu będzie większa od ustalonej wstępnie w umowie przedwstępnej (k. 59-61, 77). Powód przed zawarciem umowy przyrzeczonej nie kontestował powierzchni wybudowanego lokalu, bowiem w piśmie z dnia 13 grudnia 2011 r. (umowa przyrzeczona została zawarta 14 grudnia 2011 r.) zgłosił stronie powodowej roszczenia odszkodowawcze na kwotę 47 950 zł, które jednak nie były związane z ostateczną powierzchnią i ceną lokalu (k. 21-22). Powyższe wskazuje, że powód był zainteresowany nabyciem lokalu i nie traktował spornego obecnie zapisu umowy, jako kształtujący jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco w ten sposób naruszając jego interesy. Na abuzywność postanowienia umownego, z którego wywodzi roszczenie, zaczął się powoływać dopiero po upływie prawie dwóch lat od zawarcia umowy przyrzeczonej.

Okoliczność, że w przedwstępnej umowie sprzedaży nie określono poziomu maksymalnego odstępstwa od podanej orientacyjnie powierzchni użytkowej lokalu, zaś jak się potem okazało powierzchnia wybudowanego lokalu mieszkalnego była większa aż o ponad 10%, w stosunku do powierzchni wstępnie określonej, mogła być oceniana w kategorii nienależytego wykonania umowy przez stronę pozwaną i jej odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c.). Nie można się natomiast zgodzić z powodem, że zachowanie pozwanej polegające na wybudowaniu lokalu o powierzchni przekraczającej o 10% powierzchnię wstępnie określoną, było wynikiem deliktu (art. 415 k.c.).

Sądy obu instancji trafnie oddaliły powództwo odszkodowawcze, przede wszystkim z tej przyczyny, iż powód nie wykazał szkody i jej wysokości. Szkada nie mogła być identyfikowana z kwotą 71 200 zł odpowiadającą zapłaconej przez powoda cenie za sporną różnicę 7,12 m², gdyż lokal mieszkalny w zakresie tej powierzchni i wartości jest w majątku powoda, a zatem nie można mówić o stracie w rozumieniu art. 361 § 2 k.c.

Z tych względów Sąd Najwyższy orzekł na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c., a o kosztach postępowania kasacyjnego na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c., art. 391 § 1 k.p.c. i art. 398²¹ k.p.c. Na zasądzone koszty składa się wynagrodzenie za zastępstwo procesowe ustalone według minimalnej stawki taryfowej (§ 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 2 pkt 2 i § 20 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, Dz. U. 2015, poz. 1804, ze zm. w zw. z § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za czynności radców prawnych, Dz. U. 2016, poz. 1667).

jw