

Sygn. akt I ACa 1465/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 kwietnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Marzena Konsek-Bitkowska (spr.)

**Sędzia SA Marzanna Góral**

Sędzia SO (del.) Katarzyna Jakubowska-Pogorzelska

Protokolant: protokolant sądowy Joanna Mikulska

po rozpoznaniu w dniu 21 marca 2017 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa E. (...)

przeciwko T. P. i M. P.

o nakazanie i zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie

z dnia 27 lutego 2015 r., sygn. akt II C 999/11

**1. zmienia zaskarżony wyrok częściowo w punkcie pierwszym w ten sposób, że wyznacza pozwanym termin do dnia 30 czerwca 2017 r. na wykonanie robót oraz określa następująco zakres robót, które zobowiązani są wykonać pozwani:**

- a) **rozebranie wszystkich istniejących warstw na tarasie wraz z cokołami z blachy miedzianej, aż do żelbetowej płyty stropowej nad lokalem nr (...),**
- b) **rozebranie obudowy kominów z bloczków (...) oraz pozostałych obmurowanych cegłą z warstwą izolacji termicznej i zaprawą klejową,**
- c) **oczyszczenie, odkurzenie i zagruntowanie powierzchni płyty stropowej,**
- d) **wykonanie warstwy paroizolacji na tarasie, z papy lub folii, wywiniętych na ściany attykowe i kominowe na wysokość minimum 30 cm ponad poziom docelowej posadzki na tarasie, wyoblenie styku ścian attykowych i kominowych w styku z płytą stropową lub zamontowanie w tym styku klina ze styropianu oraz szczelne połączenie poszczególnych brytów użytego do naprawy materiału,**
- e) **ulożenie warstwy izolacji termicznej o grubości minimum 12 cm,**
- f) **ulożenie folii PE o grubości 0,2 mm,**

g) **wylanie warstwy zbrojonej (siatką lub zbrojeniem rozproszonym z polipropylenu) wylewki betonowej, o grubości minimum 5 cm i wytrzymałości na ściskanie minimum 25 N/mm<sup>2</sup> oraz wytrzymałości na odrywanie „pull off” o wartości minimum 1,5 N/mm<sup>2</sup>,**

h) **zagruntowanie podłoża po zbadaniu wilgotności wylewki betonowej, a następnie wykonanie dwóch warstw papy termozgrzewalnej z odpowiednim wywinięciem na ściany attykowe i kominowe na wysokość minimum 30 cm nad poziom docelowej wykończonej posadzki tarasu, przy czym w styku wylewki i ścian attykowych oraz kominowych powinny być wykonane wyoblenia lub wklejony klin ze styropianu,**

i) **ułożenie warstwy folii budowlanej PE,**

j) **wykonanie zbrojonej szlichty o grubości minimum 4,5 cm,**

k) **zainstalowanie kratak w bocznych ścianach kominów na tarasie;**

2. **zmienia zaskarżony wyrok w punkcie trzecim częściowo, w ten sposób, że zasądza od T. P. i M. P. solidarnie na rzecz E. (...) kwotę 14.674,33 zł (czternaście tysięcy sześćset siedemdziesiąt cztery złote trzydzieści trzy grosze) z odsetkami ustawowymi od 19 października 2011 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;**

3. **oddala apelacje obu stron w pozostałej części ;**

4. **nakazuje pobrać od T. P. i M. P. solidarnie na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w Warszawie kwotę 21.784,33 zł (dwadzieścia jeden tysięcy siedemset osiemdziesiąt cztery złote trzydzieści trzy grosze) tytułem kosztów opinii sądowych poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa w postępowaniu apelacyjnym;**

5. **znosi wzajemnie pomiędzy stronami pozostałe koszty postępowania apelacyjnego.**

Marzanna Góral Marzena Konsek-Bitkowska Katarzyna Jakubowska-Pogorzelska

Sygn. akt I ACa 1465/15

## UZASADNIENIE

Powodowie żądali nakazania pozwanym usunięcia wad fizycznych lokalu mieszkalnego nr (...) w W. przy ul. (...) oraz tarasu znajdującego się nad lokalem powodów, poprzez naprawę tarasu i usunięcie źródła przecieków pojawiających się w lokalu, dokończenia prac związanych z wykończeniem zewnętrznych okien, jak również zobowiązania pozwanym do wyposażenia kominów w czapki kominowe oraz wyposażenia wszystkich bocznych otworów w kratki w terminie 1 miesiąca od dnia wyroku, a nadto zasądzenia kwoty 62.063,57zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy deweloperskiej (rezerwacyjnej i zobowiązująco-rozporządzającej). Natomiast na rozprawie 13 lutego 2015 roku wskazali, że wnoszą o nakazanie pozwanym usunięcia wad fizycznych lokalu powodów i tarasu znajdującego się nad lokalem poprzez wykonanie prac wymienionych w punkcie 4a i b opinii biegłego oraz wyposażenie otworów bocznych kominów w kratki, w terminie 2 miesięcy od wydania wyroku.

Prawomocnym wyrokiem częściowym z 8 listopada 2012 roku Sąd oddalił powództwo o zapłatę kwoty 6.155,25zł, żądanej tytułem zwrotu czynszu za lokal wynajmowany przez powodów w okresie od września 2010 roku do stycznia 2011 roku i odsetek od tej kwoty.

Wyrokiem z dnia 27 lutego 2015 r. Sąd Okręgowy Warszawa – Praga w Warszawie uwzględnił częściowo powództwo w ten sposób, że nakazał pozwanym usunięcie w terminie jednego miesiąca od uprawomocnienia się wyroku wad tarasu znajdującego się nad lokalem mieszkalnym nr (...) w budynku przy ul. (...) w W. poprzez:

- dokonanie demontażu warstw tarasu i odsłonięcie oraz osuszenie żelbetowej płyty stropowej,
- wykonanie płyty krzyżowej zbrojonej 20cm z betonu B37,
- położenie folii paroizolacyjnej polietylenowej 0,2mm,
- wykonanie warstwy spadkowej ze styropianu klinowego,
- wykonanie termoizolacji ze styropianu o grubości 12cm,
- położenie folii polietylenowej 0,2mm,
- wykonanie warstwy dociążeniowej betonowej z przerwą na odwodnienie liniowe o grubości zgodnej z wysokością korytka odwodnienia liniowego,
- wykonanie hydroizolacji z dwóch warstw papy izolacyjnej asfaltowej zgrzewalnej wypełniającej zagłębienie w warstwie betonowej pod odwodnienie liniowe z wywinięciem na ściany attyk i kominów do wysokości 10cm,
- montaż elementów prefabrykowanego korytka odwodnienia liniowego, posiadający wewnętrzny spadek dna,
- wykonanie warstwy wyrównawczej cementowo – epoksydowej mrozoodpornej o grubości 3-4cm z wypełnieniem pachwin przy korytku odwodnienia liniowego,
- wykonanie obróbki blacharskiej przy ścianach attyk i kominów z uszczelnieniem krawędzi masą elastyczną mrozoodporną;
- zainstalowanie kratki w bocznych ścianach kominów na tarasie.

Sąd zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powodów solidarnie kwotę 13 196,35zł z ustawowymi odsetkami od 19 października 2011 roku do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałym zakresie i zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powodów solidarnie kwotę 9890zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 6 listopada 2007 r. pomiędzy T. P. i M. P. – współnikami spółki cywilnej (...) a powodami zawarta została umowa rezerwacji lokalu mieszkalnego, na podstawie której pozwani zobowiązali się do wybudowania na nieruchomości położonej w W. przy ul. (...) budynku mieszkalnego wielorodzinnego z parkingiem podziemnym, a powodowie zobowiązali się zakupić od pozwanych lokal mieszkalny oznaczony nr (...) o powierzchni użytkowej 129,69 m<sup>2</sup> z udziałem we własności gruntu i częściach wspólnych budynku oraz udziałem w lokalu użytkowym – parkingu podziemnym. Ostateczna powierzchnia użytkowa lokalu mieszkalnego miała zostać określona przy podpisaniu przez strony protokołu zdawczo-odbiorczego, sporządzonego po postawieniu lokalu do dyspozycji powodów, a obmiar dokonany miał być zgodnie z Polską Normą PN-70. W umowie przewidziano, że ustalona w powyższy sposób powierzchnia może różnić się od odpowiedniej powierzchni określonej w umowie rezerwacji lokalu w każdym przypadku o wartość nieprzekraczającą 3% i każda ze stron będzie miała prawo domagania się od drugiej strony dokonania dopłaty bądź zwrotu nadpłaty wyłącznie w przypadku stwierdzenia, że różnica przekracza wskazaną wartość dopuszczalną (§ 1 i 3 umowy). Strony postanowiły również, że powodowie mogą zlecić pozwanym dodatkowo, pod warunkiem zaistnienia możliwości technicznych, wykonanie tarasu na stropie nad lokalem za dodatkową opłatą, najpóźniej w terminie do dnia 28 lutego 2008 roku.

Strony uzgodniły, że pozwani wykonają taras na stropie nad lokalem przeznaczonym dla powodów. W styczniu 2008 roku pozwani przesłali powodom kilka propozycji aranżacji, dotyczących m.in. usytuowania schodów prowadzących

z lokalu na taras, po wyborze których możliwe było zlecenie przez pozwanych projektu konstrukcyjnego zmian na stropie. Jednocześnie pozwani przystąpili do wykonania podkładu betonowego pod nawierzchnię tarasu, który następnie na zlecenie pozwanych został zaizolowany. Po wykonaniu tych prac w lokalu oznaczonym nr (...) zaczęły się pojawiać wysięki wody, w związku z czym pozwani usunęli posadzkę betonową i ponownie wykonali podkład betonowy - na stropie żelbetowym o grubości około 30 cm została położona folia budowlana, styropian, dwie warstwy papy i na tym została wylana warstwa betonowa. Po wykonaniu tych prac strony prowadziły rozmowy dotyczące ewentualnego pokrycia tarasu masą izolacyjną i pozwani przedstawili powodom wycenę prac w tej mierze. Powodowie podjęli decyzję, aby warstwa izolacyjna została wykonana w technologii firmy (...). Po oględzinach tarasu z udziałem pozwanego i przedstawiciela firmy (...), powodowie wskazali pozwanym, poleconego przez przedstawiciela firmy (...), A. S. jako wykonawcę prac. Strony uzgodniły, że za wykończenie tarasu powodowie zapłacą pozwanym dodatkowe wynagrodzenie, co zostanie ujęte w późniejszej umowie sprzedaży lokalu.

W dniu 20 lutego 2009 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego udzielił pozwolenia na użytkowanie budynku przy ul. (...), a 6 kwietnia 2009 r. powodowie dokonali odbioru lokalu z uwagami dotyczącymi okien, parapetów i grzejników, które ujęto w wykazie usterek.

W dniu 1 lipca 2009 roku strony zawarły umowę ustanowienia odrębnej własności i sprzedaży na rzecz powodów lokalu mieszkalnego nr (...) położonego w W. przy ul. (...), o powierzchni 128,16 m<sup>( 2)</sup>, wraz z udziałem we własności części wspólnych budynku i urządzeń, które nie służą wyłącznie od użytku właścicieli poszczególnych lokali oraz w prawie własności działki gruntu, na której znajduje się budynek. Jednocześnie strony zawarły umowę o częściowy podział nieruchomości wspólnej do korzystania w ten sposób, że każdorazowy właściciel stanowiącego odrębną nieruchomość lokalu mieszkalnego nr (...) korzystać będzie z wyłączeniem pozostałych współwłaścicieli z tarasu o powierzchni 124,12 m<sup>2</sup> usytuowanego na dachu budynku, a powodowie wyrazili zgodę, aby dotychczasowy właściciel nieruchomości zawierał z nabywcami kolejnych lokali mieszkalnych oraz udziałów w lokalu użytkowym (garażu podziemnym) umowy o podział do korzystania z nieruchomości wspólnej, we wskazany sposób (§ 7 ust. 1 i 2). Ponadto pozwani oświadczyli, że na podstawie zlecenia otrzymanego od powodów zobowiązują się wykonać prace wykończeniowe tarasu na dachu budynku, z którego z wyłączeniem innych współwłaścicieli korzystać będą powodowie, w zakresie i na warunkach określonych w kosztorysie stanowiącym załącznik nr 4 do aktu notarialnego, udzielając na wykonane prace rękojmi i gwarancji. Powodowie oświadczyli z kolei, że z tytułu wykonania przedmiotowych prac zobowiązują się zapłacić pozwanym 22.798,73zł netto po zakończeniu prac wykończeniowych, najpóźniej w dniu protokolarnego odbioru. Zakres prac określony w załączniku nr 4 obejmował: uzupełnienie zbrojonych płyt stropowych z betonu monolitycznego (analogia reprofilacji koryta odpływowego), ścieki z prefabrykatów betonowych wklejane w strop produktami epoksydowymi, cięcie nawierzchni z betonu na głębokość 5 cm, izolacje szczelin dylatacyjnych konstrukcyjnych poziomych kitem, gruntowanie (...), izolacje przeciwwilgociowe powłokowe S. (...) poziome (wykonane na zimno – pierwsza warstwa), izolacje przeciwwilgociowe powłokowe S. (...) (wykonane na zimno – druga i następna warstwa), izolacje przeciwwilgociowe powłokowe S. (...) poziome (wykonane na zimno – ostateczna warstwa), obróbki przy szer. w rozwinięciu do 25 cm (z blachy miedzianej) oraz izolacje szczelin dylatacyjnych konstrukcyjnych poziomych kitem (powierzchnie pionowe).

W akcie notarialnym Strony oświadczyły również, że zawarcie powyższej umowy wyczerpuje wszelkie ich wzajemne roszczenia wynikające z umowy „rezerwacyjnej” z dnia 6 listopada 2007 roku oraz że nie zachowują względem siebie żadnych roszczeń z tego tytułu.

Zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami prace wykończeniowe tarasu pozwani zlecili A. S., który wykonał w szczególności powłokę izolacyjną - pokrył powierzchnię tarasu powłoką S. (...). Na tarasie wykonał także odpływy i obróbki blacharskie oraz dylatację. Ponadto, w celu zapewnienia odpływu wody miejscowo wykonano szlifowanie podłoża.

W dniu 26 sierpnia 2009 roku sporządzony został protokół odbioru robót na tarasie, podpisany przez A. S. jako wykonawcę i pokwitowany przez powoda z uwagą, że poza zakresem wykonanych prac niezbędne są jeszcze uszczelnienie murków i czapek kominowych, gdyż w innym przypadku będzie występowało zagrożenie przecieku. Z

tytułu wykonania prac wykończeniowych tarasu pozwani wystawili powodom w dniu 26 sierpnia 2009 roku fakturę VAT na 24.394,64zł, ze wskazaniem aby kwotę tę wpłacić na rachunek A. S., który wcześniej, w dniu 19 sierpnia 2009 roku, wystawił pozwanym za swoje prace fakturę VAT na 35.310zł.

Zimą 2009 r. powodowie wprowadzili się do lokalu. Wiosną 2010 r. w lokalu pojawiły się zacieki, o czym powodowie poinformowali pozwanych, którzy z kolei poinformowali A. S. o nieszczelności tarasu nad lokalem powodów, pęknięciach w izolacji i podłożu. Po oględzinach tarasu A. S. umówił się z pozwanym T. P., aby ustalić sposób naprawy tarasu, twierdził, że nie odpowiada za pęknięcia wierzchniej warstwy i uzgodnił z pozwanym, że sam poniesie koszty robocizny a pozwani koszty materiału. W marcu 2010 roku pozwani zadeklarowali wobec powodów, że naprawę wszystkich uszkodzeń tarasu rozpoczną, gdy poprawią się warunki pogodowe. Z kolei A. S. poinformował powoda, że wszystkie pęknięcia zostaną usunięte na koszt pozwanego oraz że pozwany nie widzi potrzeby rozbierania tarasu i ponownego wykonania prac od początku. Następnie A. S. przystąpił do usunięcia pęknięć w izolacji przeciwwilgociowej. Pęknięcia powstawały jednak ponownie i w czerwcu 2010 roku A. S. poinformował powoda, że podłoże na tarasie jest wadliwe i wskazał, że jedynym rozwiązaniem, aby zapobiec wnikanii wody i nie zrywać całego tarasu, jest zastosowanie membrany dachowej. Ostatecznie jednak do naprawy tarasu w ten sposób nie doszło.

W związku z pojawieniem się zacieków w lokalu nr (...) architekt A. W. na zlecenie powodów sporządził opinię techniczną z 16 czerwca 2010 r., w której podał, że występujące w lokalu zacieki wskazują na nieszczelności w warstwach tarasu, które mogą być związane z nieprawidłowym wykonawstwem lub nieodpowiednią technologią przyjętą przy projektowaniu tarasu.

W piśmie z dnia 8 lipca 2010 roku pełnomocnik powodów wezwał pozwanych do niezwłocznego usunięcia wad fizycznych lokalu i oraz wad tarasu usytuowanego na dachu budynku, wskazując w szczególności na przeciekanie wody do lokalu, pojawienie się grzyba na ścianach, pęknięcia wylewki, osiadanie płyty tarasowej, brak zbrojenia oraz zewnętrznego wykończenia kominów. Jednocześnie wezwał pozwanych do zwrotu nadpłaty z tytułu różnicy w powierzchni ostatecznej w stosunku do powierzchni projektowanej lokalu nr (...), wskazując, że w umowie rezerwacji pozwani zobowiązali się do wybudowania lokalu mieszkalnego o powierzchni użytkowej 129,69 m<sup>2</sup>, z kolei z treści aktu notarialnego obejmującego umowę sprzedaży lokalu wynika, że posiada on powierzchnię 128,16 m<sup>2</sup>.

W odpowiedzi pełnomocnik pozwanych zwrócił się do pełnomocnika powodów o sprecyzowanie zarzutu dotyczącego braku czapek kominowych oraz wskazał, że pomiędzy zawarciem umowy rezerwacyjnej i umowy sprzedaży nie doszło do żadnej zmiany powierzchni lokalu. Metraż wskazany w umowie rezerwacyjnej nadal istnieje, z tym, że realna powierzchnia użytkowa określona w umowie sprzedaży uwzględnia grubość nałożonych na ściany tynków wewnętrznych, zgodnie z § 8 ust. 1 umowy rezerwacyjnej. Pełnomocnik powodów w piśmie z 14 września 2010 roku ponownie wezwał pozwanych do usunięcia wad występujących w lokalu i zapłaty różnicy w cenie lokalu, wskazując przy tym m.in. na brak zabezpieczenia dachu położonego nad lokalem, odmowę naprawy dachu oraz brak wyposażenia kominów na dachu w czapki kominowe i brak kratki w bocznych otworach.

We wrześniu 2010 roku na zlecenie powodów Instytut (...) w W. sporządził opinię mykologiczną, w której wskazano na obecność w lokalu powodów grzybów pleśniowych i podwyższoną ilość zarodników tych grzybów w powietrzu w stosunku do powietrza zewnętrznego. W związku z tym zalecono usunięcie przyczyny zalewania przegród w mieszkaniu, demontaż obudowy ściany kominowej i porażonych grzybami elementów szafek, dezynfekcję środkiem grzybobójczym oraz wysuszenie przegród w mieszkaniu po usunięciu przyczyn zalewania. W piśmie z 6 października 2010 r. pełnomocnik powodów, przedstawiając w/w opinię mykologiczną wezwał pozwanych do zajęcia ostatecznego stanowiska odnośnie do zgłoszonych usterek wraz z podaniem terminów ich usunięcia. Pozwani nie przystąpili do prac naprawczych, wykonując jedynie zadanie czasowe nad tarasem.

W związku z powstaniem zacieków i nalotów grzybów w lokalu powodowie zlecieli M. D. wykonanie prac remontowych. Dokonał on demontażu szafy, płyt kartonowo – gipsowych, usunął odpady tynku i zastosował środek grzybobójczy, a następnie wykonał prace odtworzeniowe, pozaklejał nieszczelności i wykończył tynkiem oraz farbą. Z tego tytułu oraz

z tytułu zakupu materiałów niezbędnych do przeprowadzenia prac powodowie ponieśli koszty w łącznej wysokości 13.196,35 zł.

Po przeprowadzeniu prac odgrzybieniowych w lokalu, w styczniu 2011 roku na zlecenie powódki wykonano pomiar stężenia zarodników grzybów pleśniowych w powietrzu w lokalu. Za sporządzenie opinii mykologicznej oraz wykonanie pomiarów stężenia zarodników grzybów pleśniowych w lokalu powodowie zapłacili odpowiednio 2.440zł oraz 1.230zł.

W związku z wystąpieniem zacieków w innych lokalach znajdujących się na 3 piętrze budynku oraz na klatkach schodowych, również wspólnota mieszkaniowa zgłaszała pozwanym usterki dachu budynku. Zarząd wspólnoty zlecił R. W. sporządzenie opinii technicznej. W opinii tej w odniesieniu do lokalu nr (...) wskazano na ślady licznych zacieków na suficie i ścianach z nieszczelnego tarasu nad lokalem oraz na naloty grzybów na ścianie kominowej, zły stan posadzki epoksydowej na tarasie z licznymi śladami po naprawach pęknięć, brak właściwego podziału dylatacjami, wadliwie wykonane obróbki ścian kominowych i murków attykowych oraz sposób odwodnienia, co składa się na powstałe przecieki dachu tarasowego w tej części budynku. W opinii wskazano, że taras w tym stanie nie nadaje się do odbioru technicznego i do bezpiecznego użytkowania, konieczne jest opracowanie projektu wykonawczego tarasu z uwzględnieniem sprawdzenia płyty stropowej na dodatkowe obciążenia. Zalecono także wykonanie tarasu w technologii dachu odwróconego i do tego czasu wykonanie tymczasowego zadaszenia nad tarasem. Prowadzona pomiędzy wspólnotą mieszkaniową a pozwanymi korespondencja dotycząca naprawy dachu w części pokrytej papą doprowadziła ostatecznie do wykonania przez pozwanych prac naprawczych w tej części dachu. Ponadto pozwani przystąpili do prac remontowych na tarasie znajdującym się nad lokalem nr (...), gdzie również pojawiły się pęknięcia i przecieki oraz wykonali nad tym tarasem tymczasowe zadaszenie.

Przyczynami przecieków z tarasu, występujących w lokalu mieszkalnym powodów były wady wykonawcze i konstrukcyjne. Doszło mianowicie do zbyt niskiego wywiniecia warstw papy izolacyjnej na ścianach kominów i murkach attyk, co w połączeniu ze źle wykonanym uszczelnieniem dolnej krawędzi obróbek blacharskich powodowało bezpośredni przepływ wody opadowej z powierzchni tarasu ponad krawędzią papy pod warstwę izolacji i dalej już swobodnie przez konstrukcję stropu. Źle wykonano szlichty cementowe na ścianach kominów i murkach attyk, porowatych powierzchniach i ostrych krawędziach (uniemożliwiające precyzyjne i szczelne przyleganie papy), niestarannie wykonano wklejanie zarówno spodniej jak i wierzchniej warstwy papy, powodując ich rozwarstwienia. Nie zastosowano zagruntowania odpowiednim preparatem bitumicznym, który zwiększa przyczepność przyklejanej na gorąco do powierzchni ścian kominów i murków attyk papy. Skutkowało to tym, że odcinki papy w ogóle nie były przyklejone do tej powierzchni i wytworzyły się szczeliny na całym obwodzie komina w środkowej części tarasu oraz komina w narożnej części, gdzie wystąpiły największe przecieki. Jednocześnie cokoły z blachy miedzianej uszczelnione na krawędzi i styku z betonową powierzchnią silikonem, nie zapewniały właściwego uszczelnienia, gdyż silikon naturalnie się odkleił. Wystąpiły przecięcia warstw papy i oderwanie wierzchniej warstwy izolacji styropianu oraz jego pocienienie pod posadowienie prefabrykowanego korytka odwodnienia liniowego. Zewnętrzna wysokość korytka była większa niż grubość betonowej wierzchniej warstwy wykańczającej, więc warstwa papy została przecięta i usunięta spod tego korytka w celu jego wmontowania i zlicowania góry korytka z powierzchnią betonu, po czym nie uzupełniono tej warstwy, a powstałe szczeliny pomiędzy ścianą korytka a krawędzią obciętej warstwy betonu uzupełniono masą zaprawową, a nie betonową, co zaowocowało wzdłużnymi pęknięciami u styku tych dwóch mas. Pocienienie warstwy izolacyjnej oraz zamiana dodatkowych warstw zabezpieczających (betonowa warstwa spadkowa) na otwartą konstrukcję korytka mogło skutkować miejscowym przemarzaniem konstrukcji stropu żelbetowego i jego zagrzybieniem. Doszło także do licznych uszkodzeń warstwy izolacji z papy w postaci przebić i pęknięć na powierzchni i załomach oraz niesolidnego klejenia krawędzi poszczególnych pasów papy. Zamieniono kolejność warstwy izolacyjnej z warstwą spadkową - jako pierwsza, bezpośrednio na warstwie styropianu została wykonana warstwa izolacyjna z dwóch warstw papy, a na niej dopiero później ułożona została warstwa spadkowa betonowa. Zamiana ta wpłynęła niekorzystnie pod względem technicznym na trwałość warstwy izolacyjnej, która wymaga podłoża stabilnego i twardego, a nie miękkiego, ulegającego odkształceniom w trakcie chodzenia i wykonywania następnych ciężkich warstw betonowych. Pęknięcia występujące na powierzchni papy przy załomach powierzchni poziomej i wywinieciu

jej na powierzchnię pionową przy ścianach i kominach powstały z tej przyczyny. Brak jakiegokolwiek wypełnienia, podparcia w miejscu załomu-wyokrąglenia papy spowodował jej pęknięcie i rozerwanie jak i fakt miękkiego podłoża (styropian) był przyczyną łatwego niezauważalnego jej uszkodzenia na powierzchniach poziomych.

Brakowało w projekcie zamiennym profilowania warstwy spadkowej ze styropianu, co uniemożliwiło zapewnienie wymaganego spadku podłużnego dla prefabrykowanego korytka odwodnienia liniowego posadowionego bezpośrednio na warstwie poziomej styropianowej. Płytką głębokość wewnętrzną korytka wynosząca 5-6cm i jego długość 12,8 m zbierająca wodę z powierzchni rzędu 96m<sup>2</sup> nie jest w stanie prawidłowo i szybko odprowadzić jej do rury spustowej, co powoduje przepelnienie korytka i rozlewanie się wody na powierzchni przyległej i jej przeciekanie do warstw spodnich.

Natomiast przyczynami pęknięć powierzchni tarasu były:

a) sposób montażu korytka ściekowego przez wycięcie warstwy betonowej spadkowej i obustronne zalanie powstałych pachwin pomiędzy ścianą wmontowanego już korytka, a powierzchnią odciętego betonu przy użyciu zupełnie innej masy o konsystencji i uziarnieniu odmiennym od masy betonowej - dwie odmienne masy betonowe posiadały odmienne współczynniki nasiąkliwości i skurczliwości;

b) pozostawione w warstwie betonowej liczne elementy drewniane, klocki, kliny czy belki lub betonowe kostki brukowe;

c) wykonanie pryzm z mieszanki betonowej o odmiennym uziarnieniu i konsystencji w stosunku do właściwej mieszanki betonowej;

d) niezgodne ze sztuką budowlaną przerwy technologiczne przy układaniu właściwej mieszanki betonowej.

Nałożenie wierzchniej warstwy tzw. sikaflooru nie mogło zapewnić uszczelnienia całej powierzchni tarasu. Ponadto nie zainstalowano żaluzji (kratek) na bocznych otworach kominów, zapobiegających zalewaniu wodą opadową z zacinającego deszczu, co przy intensywnych opadach może powodować przedostawanie się wody do przewodów kominowych i zalewanie lokali.

Na podstawie opinii biegłego sądowego M. K. (1) Sąd ustalił, że w celu usunięcia przyczyn przecieków ze stropodachu lokalu nr (...) należy:

a) dokonać demontażu wszystkich obecnych warstw w celu doprowadzenia do osuszenia elementu podstawowego jakim jest żelbetowa płyta stropowa,

b) wykonać na nowo warstwy stropodachu według poniższego schematu:

- obróbka blacharska przy ścianach attyk i kominów z uszczelnieniem krawędzi masą elastyczną mrozoodporną,

- warstwa wyrównawcza wykończeniowa cementowo-epoksydowa mrozoodporna 3-4 cm z wypełnieniem pachwin przy korytku odwodnienia liniowego,

- montaż elementów prefabrykowanego korytka odwodnienia liniowego posiadających wewnętrzną spadek dna,
- hydroizolacja z 2 warstw papy izolacyjnej asfaltowa zgrzewalna wypełniająca zagłębienie w warstwie betonowej pod odwodnienie liniowe z wywinieciem na ściany attyk i kominów do 10 cm,
- warstwa dociążeniowa betonowa z przerwą na odwodnienie liniowe o gr. zgodnej z wysokością korytka odwodnienia liniowego,
- folia polietylenowa 0,2mm,

- termoizolacja zasadnicza - styropian 12 cm,
- warstwa spadkowa ze styropianu klinowego,
- folia paroizolacyjna polietylenowa 0,2mm,
- płyta krzyżowo zbrojona 20cm beton B37

Sąd uznał, że powództwo zasługuje w części na uwzględnienie. Przeprowadzone dowody prowadzą do wniosku, iż mamy do czynienia z wadami fizycznymi tarasu znajdującego się na dachu budynku nad lokalem powodów. Z treści § 7 umowy ustanowienia odrębnej własności lokalu i sprzedaży z 1 lipca 2009 r. wynika, że powodowie otrzymali do wyłącznego korzystania przedmiotowy taras, a więc nie stanowił on części składowej lokalu powodów, a część nieruchomości wspólnej. Wykonanie i wykończenie tarasu zostało zlecone pozwanym przez powodów po zawarciu umowy rezerwacyjnej oraz w umowie z 1 lipca 2009 r. i uznać należy, że wykonanie przedmiotowych prac podlega przepisom kodeksu cywilnego regulującym umowę o dzieło.

W przypadku współwłasności przymusowej, jaką jest współwłasność nieruchomości wspólnej, w odniesieniu do roszczeń zmierzających do usunięcia wady rzeczy może mieć zastosowanie art. 209 k.c., na podstawie którego każdy współwłaściciel nieruchomości wspólnej może samodzielnie dochodzić roszczeń zmierzających do usunięcia wady rzeczy wspólnej. Natomiast sprzeciw innych współwłaścicieli pozbawia wykazującego inicjatywę procesową współwłaściciela legitymacji procesowej do występowania w procesie w zastępstwie pozostałych, sprzeciwiających się współwłaścicieli. W związku z tym, powodowie jako nabywcy odrębnej własności lokalu wraz z udziałem we własności części wspólnych budynku, wobec braku sprzeciwu pozostałych współwłaścicieli są legitymowani do wystąpienia z żądaniem usunięcia wad fizycznych tarasu. Jako uprawnieni do wyłącznego korzystania z tarasu oraz właściciele lokalu, który znajduje się bezpośrednio pod wadliwym tarasem, są niewątpliwie najbardziej zainteresowani usunięciem wad fizycznych tarasu. Dodatkowo roszczeń tych mogą dochodzić jako strony umowy o dzieło, przedmiotem której było wykonanie tarasu i prac wykończeniowych na tarasie.

Zdaniem Sądu, na gruncie przepisów regulujących rękojmię, tj. art. 561 § 2 k.c. i art. 637 § 1 k.c. w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. 2014 r., poz. 827), powodowie nie mogą dochodzić przed sądem nakazania usunięcia wad. Z treści art. 561§2 kc i art. 637§1 i 2 kc wynika, że w razie odmowy usunięcia wad lub nieusunięcia wad w terminie wyznaczonym przez kupującego czy zamawiającego, powstaje po jego stronie uprawnienie do odstąpienia od umowy lub do żądania obniżenia wynagrodzenia w zależności od rodzaju wad. W związku z tym, kupujący lub zamawiający może dochodzić przed sądem roszczeń związanych z konsekwencjami odstąpienia od umowy (rozliczenia wzajemnych świadczeń) lub – na gruncie umowy o dzieło – tylko obniżenia ceny.

Zauważyć jednak należy, że w podstawie faktycznej dochodzonego roszczenia powodowie powoływali okoliczności uzasadniające ich żądanie zarówno na podstawie przepisów o rękojmi, jak i regulujących odpowiedzialność kontraktową pozwanym. Wobec tego dochodzone pozwem roszczenie należało ocenić w świetle przepisów regulujących obydwie reżimy odpowiedzialności. Sąd przypomniał, że w zgodzie z zasadną da mihi factum dabo tibi ius wskazana przez stronę podstawa prawna dochodzonego roszczenia nie jest dla Sądu wiążąca.

Rozważając odpowiedzialność pozwanym na podstawie art. 471 k.c., wskazać należy, że w ustalonych okolicznościach sprawy nie może budzić wątpliwości, że pozwani wadliwie wykonali taras nad lokalem powodów. Jak wynika bowiem z opinii biegłego sądowego, jakość wykonania konstrukcji stropodachu powierzchni tarasu była niewłaściwa. W trakcie prowadzenia robót dopuszczono się licznych błędów wykonawczych i konstrukcyjnych, w sposób niedbały wykonano roboty izolacyjne, dekarские i betonowe objawiające się w licznych spękaniach powierzchni betonowej. Brak elementów wykończeniowych w postaci żaluzji na bocznych otworach kominów, zapobiegających zalewaniu wodą opadową z zacinającego deszczu stawia te elementy robót jako również nie wykonane prawidłowo. Wadliwość tych prac przesądza o nienależyтым wykonaniu zobowiązania przez pozwanym. Oceny tej nie zmienia fakt, że prace



wykończeniowe tarasu wykonywał A. S.. Jak wynika bowiem ze zgromadzanego materiału dowodowego, w tym zwłaszcza umowy stron (przyjęcie przez pozwanych odpłatnego zlecenia na prace wykończeniowe tarasu), faktur VAT oraz zgodnych zeznań A. S. i powoda, A. S. był jedynie podwykonawcą pozwanych. Zgodnie zaś z art. 474 k.c., dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Podkreślenia także wymaga, że pozwani jako profesjonaliści prowadzący działalność gospodarczą w budownictwie powinni dysponować wiedzą co do technicznych możliwości wykonania tarasu i w razie wystąpienia okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu tarasu, zobowiązani byli niezwłocznie zawiadomić o tym powodów (art. 634 k.c.).

W zaistniałej sytuacji powodowie mogą żądać naprawienia szkody przez nakazanie usunięcia poszczególnych wad fizycznych tarasu, co potwierdza orzecznictwo. W szczególności w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2014 r., II CSK 795/13 (LEX nr 1506570) wskazano, że można żądać od dewelopera naprawienia wadliwych elementów budynku na podstawie przepisów kodeksu cywilnego o obowiązku przywrócenia do stanu poprzedniego. Przepis art. 363§1 k.c. nie wyłącza bowiem możliwości żądania restytucji naturalnej i uzupełniającego żądania odszkodowania w pieniądzu. Usytuowanie art. 363§1 k.c. w części ogólnej zobowiązań wskazuje zaś, że przepis ten dotyczy również kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Dopuszcza on zatem generalnie naprawienie w drodze restytucji naturalnej szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Sąd Okręgowy zobowiązał zatem pozwanych do naprawienia stwierdzonych wad w sposób określony w opinii biegłego M. K. (1).

Oceniając zasadność żądania zapłaty 55.908,24zł odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy deweloperskiej (rezerwacyjnej i zobowiązująco-rozporządzającej), Sąd uznał je za zasługujące na uwzględnienie w części. Pozwani wadliwie wykonali taras nad lokalem powodów. Powstałe w lokalu powodów zacieki i wykwyty grzybów stanowiły następstwo wad konstrukcji stropodachu powierzchni tarasu, która wykonana została przez pozwanych po zawarciu umowy rezerwacyjnej. Jednocześnie brak jest podstaw do stwierdzenia, by nienależyte wykonanie tych prac było następstwem okoliczności, za które pozwani nie ponoszą odpowiedzialności.

Na podstawie art. 471 k.c. powodowie mogą domagać się naprawienia szkody pozostającej w związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem zobowiązania. Nie budzi wątpliwości, że następstwem wad konstrukcji stropodachu powierzchni tarasu były zacieki i wykwyty grzybów w lokalu powodów. Zeznania świadka M. D. potwierdzają jednocześnie, że na zlecenie powodów wykonał on w lokalu powodów prace remontowe i z tego tytułu wystawił rachunki na łączną kwotę 11.550zł. Z kolei treść przedstawionych przez powodów faktur VAT dotyczących zakupu materiałów na łączną kwotę 1.646,35zł koreluje z zakresem prac wykonanych przez M. D.. Brak jest więc podstaw, by kwestionować związek przedmiotowych kosztów z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez pozwanych. Oceny tej nie zmienia fakt, że w/w rachunki i faktury zostały wystawione na powódkę jako osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą. Nadal bowiem dotyczą kosztów związanych z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez pozwanych i nadal podmiotem obciążonym zapłatą należności jest powódka. W konsekwencji Sąd uznał, że roszczenie o zapłatę kwoty 13.196,35 zł zasługuje na uwzględnienie.

Natomiast Sąd odmiennie ocenił pozostałe roszczenia odszkodowawcze.

Obie opinie mikologiczne to ekspertyzy prywatne sporządzone na etapie przedprocesowym. To konkretne okoliczności sprawy winny decydować w każdym przypadku, czy poniesienie kosztów ekspertyzy prywatnej na etapie przedprocesowym było obiektywnie uzasadnione i konieczne, stanowiąc element dochodzonej sądownie szkody. Sąd zważył, że pozwani nie kwestionowali faktu powstania wykwitów grzybów w lokalu powodów i ich związku z wystąpieniem zacieków. Brak jest jednocześnie podstaw do uznania, by sporządzenie ekspertyz było konieczne w celu rozeznania się powodów co do przyczyn przecieków bądź kosztów jego naprawy. Powodowie nie wykazali również, by zlecenie przedmiotowych ekspertyz było z innych przyczyn obiektywnie uzasadnione i konieczne.

Sąd oddalił także powództwo o zapłatę kwoty 24.394,64zł, stanowiącej koszty wykonania dodatkowych prac wykończeniowych tarasu, podkreślając, że przy ocenie tego roszczenia istotne jest, że powodowie wystąpili także

z roszczeniem restytucyjnym domagając się nakazania pozwanym usunięcia wad tarasu. Tymczasem naprawienie szkody ma wyrównać ubytek majątkowy poszkodowanego, ale nie może prowadzić do wzbogacenia go. W tym kontekście stwierdzić należy, że usunięcie wad tarasu nad lokalem nr (...) przez wykonanie prac określonych w opinii biegłego, nakazane pozwanym w punkcie I wyroku, przywraca ekwiwalentność świadczeń. W konsekwencji, brak jest podstaw do uwzględnienia żądania zapłaty kwoty 24.394,64zł, stanowiącej koszty wykonania dodatkowych prac wykończeniowych tarasu.

Za niezasadne Sąd uznał także żądanie zapłaty kwoty 14.647,33 zł odpowiadającej różnicy w powierzchni ostatecznej w stosunku do powierzchni projektowanej zakupionego lokalu. W umowie rezerwacyjnej przewidziano, że ostateczna powierzchnia użytkowa lokalu mieszkalnego miała zostać określona przy podpisaniu przez strony protokołu zdawczo-odbiorczego, a obmiar dokonany miał być zgodnie z Polską Normą PN-70. Wynika stąd, że powodowie zawierając umowę i znając jej treść, mieli świadomość, że ostateczna powierzchnia lokalu miała zostać określona dopiero w późniejszym czasie i może się różnić od powierzchni przewidzianej w umowie rezerwacyjnej. Zawierając zaś umowę ustanowienia odrębnej własności i sprzedaży lokalu mieszkalnego nr (...), mieli wiedzę na temat rzeczywistego metrażu mieszkania. Jednocześnie, skoro treść umowy była uzgadniana w negocjacjach z powodami (co jest niewątpliwe, skoro zamieszczono w niej np. dodatkowe zlecenie prac wykończeniowych na tarasie), to - jak wynika z treści art. 385<sup>1</sup>§1 k.c. - jej postanowienia nie mogą być uznane za niewiążące powodów. W umowie przewidziano, że ustalona powierzchnia może różnić się od odpowiedniej powierzchni określonej w umowie rezerwacji lokalu w każdym przypadku o wartość nie przekraczającą 3% i każda ze stron będzie miała prawo domagania się od drugiej strony dokonania dopłaty bądź zwrotu nadpłaty wyłącznie w przypadku stwierdzenia, że różnica przekracza wskazaną wartość dopuszczalną (§ 1 i 3 umowy).

W konsekwencji Sąd na podstawie art. 471 k.c., art. 864 k.c. oraz art. 370 k.c. zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powodów jako wierzycieli solidarnych kwotę 13.196,35 zł.

Należność wynikająca z art. 471 k.c. jest świadczeniem bezterminowym, zatem wymagalność tego świadczenia oceniana być powinna stosownie do art. 455 k.c. Zdaniem Sądu żądanie powodów zasądzenia odsetek ustawowych od dnia wniesienia pozwu jest nieuzasadnione. Pozwani winni bowiem mieć odpowiedni czas na ustosunkowanie się do przedstawionych w pozwie roszczeń. Mając na uwadze, że odpis pozwu doręczono pozwanym 12 października 2011 r., Sąd zasądził odsetki od 19 października 2011 r. do dnia zapłaty, uznając taki termin za dostateczny na spełnienie świadczenia.

O kosztach procesu Sąd orzekł na mocy art. 100 k.p.c. i art. 105 § 2 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. Porównując wartość żądań zgłoszonych (162.063,57zł) z wartością żądań uwzględnionych w wyroku (113.196,35zł), uznał, że powodowie wygrali sprawę w 70%, pozwani w 30%.

Od powyższego wyroku obie strony złożyły apelacje. Powodowie zaskarżyli wyrok w części oddalającej powództwo co do kwoty 42.711,97 zł wraz z ustawowymi odsetkami należnymi od tej kwoty oraz w części rozstrzygającej o kosztach procesu. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucili:

1. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 471 k.c. poprzez wyprowadzenie ze zgromadzonego materiału dowodowego wniosków sprzecznych z tym materiałem w zakresie uznania, że poniesienie kosztów sporządzenia opinii mykologicznej i kosztów badania stężenia zarodników grzybów pleśniowych w lokalu powodów nie pozostawało w związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez pozwanych i nie stanowiło elementu szkody,
2. naruszenie art. 6 k.c. w związku z art. 471 k.c. poprzez błędne określenie rozkładu ciężaru dowodu i pominięcie zawartego w art. 471 k.c. domniemania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność,
3. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zakresie uznania, że nakazane w pkt I sentencji wyroku prace przywracają ekwiwalentność świadczeń pomimo, że prace te nie dotyczą wykonania prac dodatkowych, nieprzewidzianych standardem lokalu, jakim było położenie gumy na tarasie, co doprowadziło do oddalenia roszczenia o zasądzenie

kwoty 24.394,64 zł z tytułu szkody spowodowanej bezpodstawnym wydatkowaniem tychże środków oraz do stanu, że powodowie nie uzyskali i nie uzyskają z tego tytułu żadnej korzyści,

4. naruszenie art. 471 k.c. w związku z art. 361 § 1 i 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji przyjęcie, że koszty wykonania dodatkowych prac wykończeniowych tarasu polegających na pokryciu tarasu warstwą gumy S. nie stanowiły elementu szkody powodów,

5. naruszenie art. 6 k.c. w związku z art. 385<sup>1</sup> § 4 k.c. poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji pominięcie przez Sąd, że ciężar dowodu, że postanowienia umowy ustanowienia odrębnej własności lokalu mieszkalnego i jego sprzedaży były negocjowane z powodami spoczywał na pozwanych,

6. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez uznanie, że treść całej umowy ustanowienia odrębnej własności lokalu i jego sprzedaży była negocjowana z powodami, podczas gdy negocjacje dotyczyły wyłącznie zlecenia wykonania dodatkowych prac wykończeniowych na tarasie i nie obejmowały rezygnacji przez powodów z roszczenia o zwrot nadpłaty za metraż,

7. naruszenie art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. w związku z art. 385<sup>3</sup> pkt 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie, co skutkowało nieuwzględnieniem przy ocenie § 3 ust. 5 umowy rezerwacji ograniczeń wynikających z opublikowanych i ujawnionych w rejestrze niedozwolonych postanowień umownych rozstrzygnięć Sadu Okręgowego w Warszawie Sadu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i w konsekwencji przyjęcie, że zmiana powierzchni lokalu w granicach 3 % nie pociągała za sobą zmiany ceny lokalu,

8. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 471 i art. 556 § 1 k.c. poprzez wyprowadzenie ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wniosków końcowych sprzecznych z tym materiałem w zakresie uznania, że sprzedaż lokalu mieszkalnego o powierzchni mniejszej niż wynikało to z zawartej między stronami umowy nie stanowi nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 k.c.) i nie stanowi wady fizycznej rzeczy (art. 556 § 1 k.c.), co skutkowało uznaniem, że powodowie nabywając lokal o mniejszym o 1,53 m<sup>2</sup> metrażu nie ponieśli szkody.

Powodowie wniesli o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt III przez zasądzenie od pozwanych solidarnie na rzecz powodów kwoty 42.711,97 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz w pkt IV przez zasądzenie solidarnie od pozwanych na rzecz powodów zwrotu kosztów procesu, a ponadto o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Pozwani zaskarżyli wyrok w pkt I i II. Wyrokowi zarzucili naruszenie:

- art. 316 k.p.c. w zw. z art. 209 k.c. i art. 637 k.c. - nierozpoznanie istoty sprawy przez wadliwe przyjęcie i określenie ram sporu, i przyjęcie, że powodom przysługuje legitymacja czynna do wytoczenia i popierania powództwa w zakresie roszczenia o usunięcie wad rzeczy wspólnej, to jest dachu nad lokalem powodów,

- art. 429 k.c. w zw. z art. 233 par. 1 k.p.c. przez niezastosowanie normy art. 429 k.c. w świetle dostępnego materiału dowodowego,

- art. 278 par. 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. przez odmowę dopuszczenia dowodu z opinii instytutu lub innego biegłego i oparcie wyrokowania o jedyną opinię biegłego M. K., mimo stanowiska strony pozwanej, wskazującego na wady merytoryczne i niekompletność opinii tego biegłego,

- art. 471 k.c. przez przyjęcie, że pozwani ponoszą odpowiedzialność za wadliwe wykonanie tarasu i obciążenie pozwanych odpowiedzialnością nieadekwatną do przyjętego zobowiązania, które to naruszenia w efekcie doprowadziły do wydania wyroku, którego wykonanie grozi stronie pozwanej popełnieniem czynu zabronionego poprzez doprowadzenie do katastrofy budowlanej, a nadto zasądzenie roszczenia odszkodowawczego z naruszeniem art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c.

Pozwani wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powodów solidarnie na rzecz pozwanych solidarnie kosztów postępowania za obie instancje.

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

**Apelacja strony pozwanej** zasługiwała na uwzględnienie jedynie w części, tj. przez nieco odmienne określenie zakresu robót obciążających pozwanych oraz przez wydłużenie terminu na realizację tych robót.

Pozwani błędnie zarzucają Sądowi Okręgowemu nierozpoznanie istoty sprawy. Sąd Okręgowy rozstrzygnął bowiem merytorycznie o wszystkich roszczeniach zgłoszonych przez powodów, odnosząc się przy tym do zarzutów zgłoszonych przez obie strony. Samo uzasadnienie zarzutu przez pozwanych wskazuje zaś, że podnoszą oni nie tyle zarzut nierozpoznania istoty sprawy, co naruszenia przepisów prawa materialnego przez zastosowanie niewłaściwej – ich zdaniem – podstawy prawnej.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 429 k.c., który pozwani powiązali z zarzutem naruszenia art. 233 k.p.c. Powodowie nie dochodzili swoich roszczeń na podstawie przepisów o odpowiedzialności za czyny niedozwolone, lecz odwoływali się do łączącej strony umowy. Tak też, w ramach odpowiedzialności kontraktowej, rozpoznał sprawę Sąd I instancji. W takim zaś przypadku art. 429 k.c. nie mógł mieć w sprawie zastosowania, jest to bowiem przepis dotyczący wyłącznie odpowiedzialności deliktowej, co nie powinno budzić żadnych wątpliwości zarówno z uwagi na jego treść, jak i umiejscowienie w tytule VI („Czyny niedozwolone”) księgi trzeciej Kodeksu cywilnego.

Chybiony jest zarzut braku legitymacji czynnej powodów. Przypomnieć trzeba, że dochodzenie roszczeń związanych z niewłaściwym wykonaniem umowy służy stronom umowy. Nie powinno budzić wątpliwości, że zgłoszone w tej sprawie roszczenia wynikają z niewłaściwego wykonaniem umowy zawartej pomiędzy stronami tego procesu, wskutek czego lokal nr (...) oraz nieruchomości wspólne (której budowa także była objęta umową rezerwacji, a następnie jej współwłasność w stosownym udziale była objęta umową ustanowienia odrębnej własności lokalu i sprzedaży) mają wady. Roszczenia powodów wynikają zatem wprost z indywidualnych umów zawartych przez nich - nie zaś przez wspólnotę mieszkaniową - z deweloperem, który zobowiązał się do wybudowania budynku zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, a następnie ustanowienia i przeniesienia na rzecz nabywców odrębnej własności lokalu położonego w tym budynku. To właśnie właścicielom lokali, którzy nabyli je od dewelopera, służą wobec dewelopera roszczenia kontraktowe związane z wadami lokali oraz z wadami nieruchomości wspólnej, przy czym roszczenia te nie podlegają jakimkolwiek prawnym ograniczeniom z tej przyczyny, iż budynek (nieruchomość) jest przedmiotem współwłasności. Jest to stanowisko niekwestionowane w orzecznictwie i doktrynie, traktowane wręcz w kategoriach oczywistości. Pozwani nie przedstawili w apelacji ani wcześniej przed Sądem I instancji żadnej własnej analizy prawnej, która uzasadniałaby ich pogląd, że strona umowy deweloperskiej, nabywca lokalu w budynku wielomieszkaniowym, doznaje prawnych ograniczeń w realizacji swoich uprawnień kontraktowych co do części wspólnych nieruchomości, w których udział nabyła od dewelopera wraz z nabyciem odrębnej własności lokalu.

W orzecznictwie rozważany był natomiast problem, czy roszczenia przysługujące właścicielom poszczególnych lokali – członkom wspólnoty mieszkaniowej, z tytułu zawartych umów nabycia lokali, mogą być przez nich scedowane na wspólnotę i został on – w zakresie uprawnień z tytułu rękojmi sprzedaży - rozstrzygnięty pozytywnie przez Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 stycznia 2014 r. III CZP 84/13 (OSNC z 2014 r. Nr 9, poz. 84), w której Sąd Najwyższy stwierdził, że właściciel lokalu może na podstawie umowy przelewu przenieść na wspólnotę mieszkaniową uprawnienia przysługujące mu wobec sprzedawcy lokalu w związku z wadami fizycznymi nieruchomości wspólnej. W niniejszej sprawie powodowie nigdy jednak nie dokonali cesji roszczeń z umowy (czy to z tytułu rękojmi za wady, czy też niewłaściwego wykonania umowy), a w szczególności nie przenieśli ich na wspólnotę. Legitymacja czynna powodów nie może zatem budzić żadnych wątpliwości.

Dla rozstrzygnięcia sprawy nie ma znaczenia to, że elementem wykonanym wadliwie są warstwy izolacji na dachu przystosowanym do pełnienia funkcji tarasu.

Po pierwsze trzeba bowiem wskazać, że treścią przedmiotowej umowy była budowa i sprzedaż lokalu mieszkalnego, a więc pomieszczenia z założenia nadającego się do stałego przebywania. Z umowy stron nie wynikało, by możliwości normalnego korzystania z mieszkania zgodnego z jego przeznaczeniem mogły ulegać jakimkolwiek szczególnym ograniczeniom, w tym wynikającym z zalewania lokalu. Niedostateczna izolacja dachu - tarasu znajdującego się nad nabytym od pozwanych lokalem mieszkalnym stanowi zatem nie tylko wadliwe wykonanie umowy co do części wspólnych nieruchomości, ale również co do budowy i sprzedaży odrębnego lokalu nr (...), gdyż bezpośrednio wpływa na jego cechy fizyczne i użytkowe. Przedmiotem umowy w tym zakresie było przecież wybudowanie i przeniesienie własności lokalu z zachowaniem zasad sztuki budowlanej, co w przypadku lokali na ostatniej kondygnacji zawiera w sobie również obowiązek zabezpieczenia lokalu przed przeciekaniem wody opadowej ze stropodachu budynku, przez wykonanie stropodachu zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Po drugie zaś, jak już wyżej wyjaśniono, powodowie nabyli także udział w częściach wspólnych nieruchomości, a zatem tym bardziej nie może być kwestionowane ich uprawnienie do dochodzenia właściwego wykonania izolacji dachu, a także zamieszczenia brakujących krętek na kominach, na podstawie przepisów regulujących odpowiedzialność cywilną z tytułu wadliwego wykonania umowy.

Uprawnienia powodów z tytułu umowy, a więc oparte na przepisach prawa zobowiązań, mogłyby teoretycznie kolidować z uprawnieniami właścicielskimi pozostałych członków wspólnoty, gdyby ci zajmowali odmienne stanowisko w kwestii zobowiązania pozwanych do należytego wykonania dachu budynku, stanowiącego część wspólną nieruchomości. Niewątpliwie bowiem naprawa dachu w okolicznościach tej sprawy stanowi ingerencję w rzecz będącą we współwłasności. W tym aspekcie zasadne było odwołanie się przez Sąd Okręgowy do przepisu art. 209 k.c. Sąd Okręgowy słusznie uznał, że na płaszczyźnie relacji pomiędzy współwłaścicielami żądanie niewadliwego wykonania izolacji dachu jest czynnością zachowawczą, która może być dochodzona przez każdego ze współwłaścicieli samodzielnie, w każdym razie tak długo, jak długo inny współwłaściciel się temu nie sprzeciwi. W niniejszej sprawie żaden z członków wspólnoty w toku wieloletniego procesu nie zgłosił takiego sprzeciwu, zaś złożona do akt korespondencja dowodzi, że pozostali członkowie wspólnoty podzielają stanowisko powodów w sprawie przeciekającego dachu. Nie zachodzi zatem potrzeba szerszej analizy relacji pomiędzy uprawnieniami powodów wobec pozwanych z tytułu zawartej umowy a uprawnieniami innych współwłaścicieli względem powodów i osób trzecich z tytułu współwłasności. Podnoszone przez pozwanych w tym zakresie twierdzenia są jedynie mnożeniem czysto teoretycznych obaw, w celu uniknięcia przez pozwanych cięższej na nich odpowiedzialności kontraktowej.

Podniesiony przez pozwanych zarzut, że realizacja punktu pierwszego wyroku może grozić zawaleniem budynku, poparty wycenieniami inżyniera konstruktora załączonymi do apelacji, skutkowało zasięgnięciem w toku postępowania apelacyjnego opinii uzupełniającej biegłego M. K. (1). Biegły wyjaśnił w szczególności, że doszło do nieporozumienia co do pierwszej warstwy – płyty zbrojonej, której wykonanie na istniejącej już płycie nakazano zaskarżonym wyrokiem. Zamiarem biegłego było bowiem wskazanie istniejącej płyty stropowej jako tej, od której należy rozpocząć układanie warstw po wcześniejszej rozbiórce warstw wykonanych wadliwie. Wnioski opinii zostały jednak sformułowane w ten sposób, że Sąd Okręgowy odczytał je jako konieczność wykonania także drugiej płyty zbrojonej na płycie już istniejącej. Zatem w tej części wyrok Sądu Okręgowego był wadliwy.

Ponieważ przesłuchanie biegłego K. na rozprawie apelacyjnej nie rozwiązało wszystkich wątpliwości zgłaszanych przez pozwanych dotyczących właściwego sposobu naprawienia źle wykonanych warstw stropodachu, Sąd Apelacyjny zasięgnął ostatecznie opinii Instytutu (...) (opinia k. 728 i n.). Biegli Instytutu w swojej opinii potwierdzili wnioski opinii biegłego M. K. (1), a tym samym także stanowisko powodów co do przyczyn zalewania lokalu powodów przez wody opadowe, tj. wadliwego wykonania przez pozwanych warstw izolacji wodochronnej. Instytut podkreślił, że jakość prac wykonanych na tarasie była bardzo zła i trudno wręcz znaleźć czynność czy element wykonany prawidłowo, zgodnie z warunkami technicznymi, polskimi normami i wiedzą budowlaną. Instytut potwierdził także brak żaluzji lub siatek na wylotach kominów.

Zasadniczo Instytut potwierdził także wskazany przez biegłego M. K. (1) zakres prac niezbędnych do tego, aby warstwy tarasu ułożone zostały w sposób zgodny ze sztuką budowlaną, gwarantujący właściwą izolację. Współautor opinii

Instytutu – inżynier J. K. na rozprawie apelacyjnej w dniu 21 marca 2017 r. stanowczo oświadczył, że prawidłowe wykonanie robót wskazanych w opinii Instytutu gwarantuje, że dach nie będzie przeciekał. Zważywszy, że opinia ta opisuje niezbędny zakres prac w sposób bardziej szczegółowy niż opinia biegłego K., Sąd Apelacyjny uznał za zasadne nie tylko wykreślenie z punktu I zaskarżonego wyroku obowiązku wykonania płyty krzyżowe zbrojonej, ale dokonał zmiany polegającej na zastąpieniu wykazu robót według opinii biegłego K. wykazem robót zgodnym z opinią Instytutu. Podkreślić należy, że taka zamiana była możliwa w ramach rozpoznawania apelacji pozwanych i nie wykraczała poza granice zaskarżenia, nie doszło bowiem do nałożenia na pozwanych nowych, dodatkowych obowiązków, nie doszło do rozszerzenia zakresu robót, a jedynie do doprecyzowania sposobu wykonania robót przez wpisanie wprost do wyroku pewnych zasad wynikających z reguł sztuki budowlanej. Jednocześnie doszło do wykreślenia obowiązku wykonania nowej płyty zbrojonej, co stanowi uwzględnienie częściowe apelacji pozwanych, negujących potrzebę wykonania tej płyty od nowa.

W świetle obu opinii sądowych nie budzi żadnych wątpliwości wadliwe wykonawstwo stropodachu z funkcją tarasu. Materiał dowodowy wskazuje zaś niezbicie, że odpowiedzialność kontraktową wobec powodów ponoszą pozwani, którzy byli inwestorami budynku i sprzedawcami lokalu nr (...) na rzecz powodów a także wykonawcami prac na dachu, których celem było przygotowanie tej powierzchni do pełnienia funkcji tarasu – na podstawie odrębnej umowy o dzieło zawartej w akcie notarialnym sprzedaży lokalu.

Sąd Okręgowy słusznie wskazał, że powodowie mogą żądać restytucji naturalnej. Jego stanowisko, poparte stosownym orzecznictwem Sądu Najwyższego, zasługuje na pełną aprobatę. Pozwani mają obowiązek wykonać swoje świadczenie w sposób niewadliwy. Nie mogą się przy tym uwolnić od tego obowiązku mnożąc wątpliwości takie, jak wskazane w punkcie I. uzasadnienia ich apelacji. Odnosząc się po krótko do tych zarzutów, Sąd Apelacyjny pragnie podkreślić, że wykluczono ostatecznie ryzyko zawalenia się budynku. Jest oczywiste, że koszt naprawy dachu obciążać będą pozwanych, jako podmiot odpowiedzialny za nienależyte wykonanie umowy. Pozwani mają przy tym obowiązek wykonując wyrok stosować się do zasad sztuki budowlanej – w takim zaś przypadku nieuzasadnione są obawy, że po wykonaniu wyroku dach może dalej przeciekać. Ich obowiązkiem jest przy tym tak prowadzić roboty, aby nie doprowadzić do sugerowanej w apelacji dewastacji budynku, w przeciwnym bowiem razie może oczywiście w przyszłości powstać ich odpowiedzialność za dewastację, w tym odpowiedzialność deliktowa wobec pozostałych członków wspólnoty.

Zważywszy na treść zeznań biegłego z (...) inż. K. Sąd Apelacyjny uznał za zasadne ustalenie dłuższego terminu na wykonanie robót. W ocenie Sądu termin do końca czerwca 2017 r. jest terminem wystarczającym, skoro biegły wskazywał, że roboty mogą zająć do dwóch miesięcy, uwzględniając nie tylko przerwy technologiczne, ale także niesprzyjające warunki pogodowe. Sąd nie dostrzega konieczności dalszego wydłużania terminu, tym bardziej że pozwani nie przedstawili jakichkolwiek dowodów, które pozwalałyby uznać za realne ich obawy dotyczące braku współpracy ze strony wspólnoty mieszkaniowej lub samych powodów w kwestii zgłoszenia robót i udostępnienia budynku na czas prac. Ustalony termin wyważa należyte interesy obu stron. Pozwanym umożliwia terminowe wykonanie obowiązku, a powodom przeprowadzenie egzekucji przed sezonem zimowym w przypadku, gdyby jednak nie doszło do dobrowolnego wykonania zasądzanego świadczenia.

Uwzględniając ostateczne stanowisko Instytutu, którego przedstawiciel na rozprawie apelacyjnej wyjaśnił możliwość zastosowania jednego z dwóch wariantów warstw bezpośrednio poprzedzających warstwę wykończeniową, w zależności od doboru przez powodów materiałów na warstwę wykończeniową, Sąd określił zakres robót zgodnie z żądaniem powodów, tj. kończąc na wykonaniu szlichty zbrojonej. Prawidłowość takiego rozwiązania została potwierdzona przez inżyniera K., składającego utną opinię uzupełniającą za instytut, a ponadto odpowiada zakresowi robót, który wynikał z umowy łączącej strony.

W świetle obu opinii sądowych odpowiedzialność pozwanych za niewłaściwe wykonanie świadczenia umownego nie budzi żadnych wątpliwości. Pozwani ponoszą odpowiedzialność w granicach normalnego związku przyczynowego. Zalania w lokalu powodów pozostają zaś w normalnym związku przyczynowym z faktem wadliwego wykonawstwa robót. Powodowie ponieśli określone koszty w związku z usunięciem skutków zalań i są uprawnieni do dochodzenia

zwrotu tych kosztów od pozwanych. Sąd Okręgowy trafnie ocenił także materiał dowodowy zgromadzony na okoliczność wysokości szkody. Apelacja pozwanych odnosząca się do kwestii wydatków na usunięcie skutków zalania w lokalu sprowadza się do prostej polemiki z ustaleniami Sądu. Podkreślić trzeba, że Sąd Okręgowy szczegółowo omówił dowody przedstawione w tym zakresie. Pozwani nie zdołali przy tym wykazać, że oceniając materiał dowodowy przedstawiony przez powodów na okoliczność zakresu przeprowadzonego w lokalu remontu i jego kosztów, Sąd dopuścił się naruszenia określonych w art. 233 k.p.c. zasad oceny dowodów. Jest bezsporne, że powodowie są małżeństwem i w okresie istotnym dla rozpoznania sprawy pozostawali w ustroju wspólności majątkowej małżeńskiej. Lokal nabyli do majątku wspólnego. Oboje są stroną umów z pozwanymi. Nie ma wobec tego znaczenia, na kogo wystawione zostały faktury – na oboje, czy tylko na męża albo żonę, skoro wydatek na remont doprowadził do uszczuplenia ich wspólnych środków finansowych. Jednocześnie wystawienie faktur na powódkę nie dowodzi tego, że była ona uprawniona rozliczyć wydatki na remont lokalu (rozliczyć VAT) w ramach własnej działalności gospodarczej i że do takiego rozliczenia VAT-u rzeczywiście doszło. Nie ma zatem podstaw, aby zasądzone od pozwanych koszty remontu pomniejszać o stawkę podatku VAT, skoro z majątku powodów wyszły kwoty brutto a nie netto. Nie zostało też wykazane, że powódka była uprawniona rozliczyć wydatki na swój lokal w ramach działalności gospodarczej, zatem gdyby nawet rozliczenia takiego dokonała – z naruszeniem stosownych przepisów podatkowych, to być może aktualizowałyby się określone sankcje skarbowe, nadal jednak okoliczność taka pozostawałaby bez wpływu na stan zobowiązań pozwanych względem powodów.

Z tego względu w pozostałej części apelacja pozwanych nie zasługiwała na uwzględnienie.

Także **apelacja powodów** jedynie w części podlegała uwzględnieniu.

Sąd Okręgowy trafnie oddalił roszczenie o zasądzenie kwot wydatkowanych na dwie prywatne ekspertyzy. Ocena, czy prywatne przedśadowe opinie mogą być uznane za element szkody, zależy od okoliczności danej sprawy. Obowiązek wykazania potrzeby zasięgnięcia takiej opinii obciąża stronę powodową. Zgodzić się trzeba z Sądem I instancji, że powodowie w rozpatrywanej sprawie nie udowodnili tej okoliczności. Na rynku funkcjonuje wiele firm zawodowo trudniących się odgrzybianiem budynków. Samo zagrzybienie nie jest zdarzeniem wyjątkowo rzadkim, a w sprzedaży dostępne są środki zwalczające grzyby, takie też środki wymienione zostały w prywatnej ekspertyzie. Samo zagrzybienie uwidacznia się w postaci charakterystycznych nalotów, tak też było w przypadku lokalu powodów, co potwierdziły złożone do akt zdjęcia. Nic nie stało więc na przeszkodzie, aby powodowie zwrócili się o wykonanie odgrzybienia do firmy zajmującej się tym zawodowo, która byłaby w stanie wykonać niezbędne prace bez uprzedniego wykonywania badań mykologicznych. Istota nie sprowadzała się przecież w tym przypadku do ustalenia, ile razy stężenie grzybów przekroczyło normy, lecz do wzrokowej lokalizacji powierzchni zagrzybionych i przeprowadzenia niezbędnych zabiegów. Powodowie zaś nie wykazali, aby zwracali się do firm działających w tym zakresie o wykonanie odgrzybienia, a te wskazywałyby na potrzebę uprzedniego wykonania badań. Nie wynika też z materiału dowodowego, aby w opinii polecono jakieś szczególne preparaty, inne od zazwyczaj stosowanych lub metody inne od ogólnie przyjętych. Wskazywanie niezbędnych środków bezpieczeństwa w trakcie prac odgrzybiających też było bezcelowe, trudno bowiem zakładać, że podmioty trudniące się zawodowo tego rodzaju działalnością nie mają wiedzy o zasadach bhp, które powinny stosować. Wydatek na badanie poprzedzające wykonanie odgrzybienia nie był wobec tego wydatkiem celowym, niezbędnym dla zagwarantowania właściwego usunięcia szkody i z tych przyczyn powodom nie służy w tym zakresie roszczenie odszkodowawcze.

Podobnie ocenić trzeba wydatek na drugą opinię, wydaną po zakończeniu robót związanych z zalaniem lokalu. Sąd Okręgowy słusznie ocenił, że nie ma podstaw do tego, aby obciążać pozwanych badaniem stężenia zarodników grzybów w lokalu po wykonanym remoncie. Badanie takie co najwyżej mogło mieć na celu ustalenie, czy firma odgrzybiająca i remontująca zalany lokal należycie wykonała zleczone jej prace. Ta kwestia wykracza jednak poza zakres odpowiedzialności pozwanych.

Nietrafne jest także stanowisko powodów w zakresie żądania zwrotu kosztów za położenie warstwy S.. Powodowie nabyli umową sprzedaży lokal i zagwarantowali sobie jednocześnie prawa od wyłącznego korzystania z tarasu, który miał powstać na dachu nad ich lokalem. Tą samą umową zlecieli wykonanie dzieła w postaci prac przystosowujących

powierzchnię dachową do pełnienia funkcji tarasu. Obrana technologia niewątpliwie okazała się wadliwa, co wykazały opinie sądowe. W opiniach tych biegli rzeczywiście wskazali na nieprzydatność warstwy S., jednocześnie zaś wskazali właściwą technologię wykonania kolejnych warstw stropodachu z funkcją tarasu, tak aby nie dochodziło do zalewania lokalu powodów. Powodowie domagali się zobowiązania pozwanych do naprawy dachu w sposób wskazany w opinii sądowej i uzyskali w tym zakresie korzystny wyrok. Powodowie nie mogą natomiast jednocześnie żądać naprawy dachu/tarasu oraz dodatkowo zwrotu ceny, jaką zapłacili pozwany na podstawie umowy o dzieło. W sytuacji, gdy wybrana technologia okazała się nieprawidłowa, powodowie mogli albo żądać właściwego świadczenia, czyli niewadliwego wykonania dzieła w postaci dostosowania konstrukcji dachu do pełnienia funkcji tarasu albo też, przy spełnieniu warunków z art. 637§ 2 k.c. (uprawnienia z rękojmi) odstąpić od umowy o dzieło i żądać zwrotu ceny. Mogliby także na zasadach ogólnej odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c.) żądać odszkodowania odpowiadającego kosztom prac, które muszą być wykonane, aby usunąć wady. Nie jest natomiast możliwe kumulowanie tych żądań, prowadziłoby ono bowiem do podwójnego zaspokojenia tego samego interesu majątkowego, na co słusznie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy.

Błędne było natomiast stanowisko Sądu Okręgowego w zakresie roszczenia o zwrot ceny brakującego metrażu lokalu. Niewątpliwie powodowie w ramach badanej umowy pozostają konsumentami a pozwani przedsiębiorcą zajmującym się działalnością deweloperską. Fakt, że strony umówiły się dodatkowo na wykonanie tarasu na dachu budynku, nie jest wystarczający do przyjęcia, że indywidualnie negocjowane były wszystkie postanowienia umowy realizacyjnej. W § 3 ust. 5 umowy rezerwacji lokalu mieszkalnego zapisano, że ostateczny obmiar lokalu zostanie dokonany zgodnie z Polską Normą PN-70. Ustalona w ten sposób powierzchnia może różnić się od wskazanej w umowie (129,69 m<sup>2</sup>) o wartość nieprzekraczającą 3%. Każda ze stron będzie miała prawo domagania się od drugiej strony dokonania dopłaty bądź zwrotu nadpłat wyłącznie w przypadku stwierdzenia, że różnica przekracza 3%. Przy czym nabywca nie jest uprawniony do odmowy podpisania z tej przyczyny umowy sprzedaży lokalu, a w razie takiej odmowy umowa o rezerwację ulega rozwiązaniu ze skutkiem natychmiastowym z winy nabywcy (k. 34).

Nie ma racji strona powodowa, kiedy podnosi w apelacji, że ujawnienie w rejestrze niedozwolonych postanowień rozstrzygnięć (...)w sprawach dotyczących analogicznych postanowień stosowanych przez innych przedsiębiorców, powinno wprost wpływać na wynik niniejszej sprawy. Rozszerzona prawomocność materialna przewidziana w art. 479<sup>(43)</sup> k.p.c. działa tylko w przypadku innych konsumentów w relacji z przedsiębiorcą przeciwko któremu zapadł już wyrok uwzględniający powództwo o uznanie postanowienie wzorca umowy za niedozwolone, nie rozciąga się natomiast na innych przedsiębiorców stosujących analogiczne postanowienia, przeciwko którym jednakże stosowne orzeczenie (...) nie zapadło (por. uchwała SN w składzie 7 sędziów z dnia 20 listopada 2015 r., III CZP 17/15).

Sąd Okręgowy był zatem zobowiązany i uprawniony dokonać w niniejszej sprawie samodzielnie – w ramach indywidualnej kontroli – oceny, czy kwestionowane przez powodów postanowienie stanowi tzw. klauzulę abuzywną. W przekonaniu Sądu Apelacyjnego, Sąd I instancji doszedł jednak w tym zakresie do błędnych konkluzji.

Po pierwsze, zgodnie z art. 385<sup>1</sup> § 3 k.c. niezgodnione indywidualnie są te postanowienia umowy, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu. W szczególności odnosi się to do postanowień umowy przejętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta. Stosownie zaś do § 4 tego artykułu, ciężar dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje. Zatem to nie powodowie, lecz strona pozwana, powinna wykazać, że powyższe postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie z powodami, skoro to ona może powołać wskazane twierdzenie, jako okoliczność zaprzeczającą abuzywności wspomnianej klauzuli. Pozwani takiego dowodu nie przeprowadzili, a samo brzmienie klauzuli wspiera twierdzenia strony powodowej. Trudno bowiem znaleźć racjonalne względy, dla których powodowie mieliby zrezygnować z ustalenia ceny według rzeczywistej (a nie planowanej) powierzchni lokalu, w konsekwencji zgodziliby się spełnić zawyżone w tej części świadczenie pieniężne. Trzeba też zważyć na dalszy zapis klauzuli, a więc zagrożenie rozwiązaniem umowy i to z ustaleniem, że rozwiązanie umowy następuje wówczas z winy nabywcy. Wskazać też trzeba, że inne zasady pomiaru powierzchni na etapie projektowania od zasad wyrażonych w powołanej Polskiej Normie (kwestia uwzględnienia tynków), skutkują tym, że pomiar ostateczny daje zwykle wynik niższy od pomiaru wg projektu.



Wrażenie symetrycznego ukształtowania uprawnień obu stron we wskazanej klauzuli (powodowie nie mogą żądać zwrotu, ale także pozwani nie mogliby żądać dopłaty w razie zwiększenia się powierzchni) jest zatem iluzoryczne. W praktyce bowiem, wyjąwszy sytuacje ewentualnych błędów obliczeń projektowych, powierzchnia otynkowanego lokalu, a więc powierzchnia wykazywana w akcie notarialnym sprzedaży, zawsze okazuje się mniejsza od powierzchni wyliczonej w projekcie.

Uznając, że wskazane postanowienie umowne zostało narzucone powodom, niewątpliwie konsumentom w ramach umów wskazanych w podstawie faktycznej tej sprawy, należało zatem przejść do oceny, czy kształtuje ono prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, a przy tym rażąco naruszający interesy konsumenta, a zatem czy nierównowaga praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta jest znacząca. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 stycznia 2016 r., I CSK 125/15, znacząca nierównowaga kontraktowa na niekorzyść konsumenta pozostaje sprzeczna z dobrymi obyczajami, gdy można rozsądnie założyć, że kontrahent konsumenta, traktujący go w sposób sprawiedliwy i słuszny, i uwzględniający jego prawie uzasadnione roszczenia, nie mógłby racjonalnie się spodziewać, że konsument zaakceptowałaby w ramach negocjacji klauzulę będącą źródłem nierównowagi.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, dozwolone jest niewątpliwie zapisanie w umowie deweloperskiej, że ostateczna powierzchnia lokalu może nieznacznie różnić się do powierzchni projektowej. Uwzględnić bowiem trzeba w tym zakresie specyfikę działalności budowlanej, gdzie trudno oczekiwać precyzji do  $\text{cm}^2$ . Ustalenie, że ostateczna powierzchnia może różnić się nieznacznie, w tym konkretnym przypadku - do 3% - od powierzchni projektowanej nie jest jeszcze samo w sobie postanowieniem z założenia rażąco naruszającym interesy klienta (por. wyrok SN z 12 września 2014 r., I CSK 624/13).

O niedopuszczalności omawianej klauzuli świadczy natomiast to, że pozbawiała ona konsumenta prawa do ustalenia ostatecznej ceny za lokal na zasadzie pełnej ekwiwalentności świadczeń. Jak już wyżej powiedziano, inne zasady pomiaru powierzchni na etapie projektowania (odległości między ścianami nieotynkowanymi) od zasad wyrażonych w powołanej Polskiej Normie (odległości między ścianami otynkowanymi, a w konsekwencji – mniejsze o grubość nałożonego tynku), skutkują tym, że pomiar ostateczny daje zwykle wynik niższy od pomiaru wg projektu. Wrażenie symetrycznego ukształtowania uprawnień obu stron we wskazanej klauzuli (powodowie nie mogą żądać zwrotu, ale także pozwani nie mogliby żądać dopłaty w razie zwiększenia się powierzchni) jest zatem iluzoryczne. W praktyce bowiem, powierzchnia lokalu wykazywana w akcie notarialnym sprzedaży, zawsze okazuje się mniejsza od powierzchni wyliczonej w projekcie. W konsekwencji konsument otrzymuje lokal o mniejszej powierzchni niż powierzchnia umówiona. W takim przypadku powinien zachować prawo do ustalenia ceny lokalu według jego rzeczywistej powierzchni. Rozsądny zachowujący się konsument, który zachowuje pełną swobodę negocjacyjną, nie zgodzi się bowiem na zapłatę pełnej ceny za świadczenie, które faktycznie zostało na jego rzecz spełnione jedynie w części. Taki sposób kształtowania wzajemnych relacji kontraktowych, który pozwala deweloperowi dostarczyć lokal o mniejszej powierzchni, jednocześnie pozbawia konsumenta prawa do ustalenia ceny za lokal według jego rzeczywistej powierzchni, a zatem na zasadzie pełnej ekwiwalentności świadczeń wzajemnych, musi być uznany za rażąco naruszający interesy konsumenta. Nakłada bowiem na niego nieuzasadnione obciążenia finansowe, tym samym prowadząc do bezpodstawnego wzbogacenia się przedsiębiorcy kosztem konsumenta, czego nie sposób pogodzić z dobrymi obyczajami. Zważywszy na rodzaj, charakter działalności budowlanej i ceny lokali mieszkalnych, jest to nierównowaga istotna, nawet w przypadku przyjęcia w kwestionowanych postanowieniach umownych 2-3% dopuszczalnej różnicy między powierzchnią projektowaną a powierzchnią faktycznie przekazaną konsumentowi. Wskazane postanowienie w istotny sposób zwiększa rentowność działalności dewelopera kosztem słabszej strony stosunku zobowiązaniowego, której narzuca się nieekwiwalentną metodę naliczenia ceny sprzedaży, nakazując zapłatę także za powierzchnię, której ostatecznie nie otrzymała. Sąd Apelacyjny uznał zatem, że wskazane postanowienie zwalniające pozwanych z obowiązku ustalenia ceny lokalu według jego rzeczywistej powierzchni, nie wiąże powodów.

W niniejszej sprawie cena za lokal o powierzchni  $129,69 \text{ m}^2$ , ustalona w umowie rezerwacji wynosiła 1.241.576,64 zł. Z działania dzielenia wynika zatem, że cena  $1 \text{ m}^2$  to 9.573,418. Zatem cena za brakujące  $1,53 \text{ m}^2$  daje dochodzoną przez powodów kwotę 14.647,33 zł. W tej części apelacja powodów zasługiwała zatem na uwzględnienie.

Nie było jednakże podstaw do zasądzenia odsetek od tej kwoty już od dnia wniesienia pozwu, czego domagali się powodowie. Nie zostało bowiem udowodnione, że zgłosili wcześniej pozwany żądanie zwrotu tej kwoty. Powołane przez powodów pismo z 8 lipca 2007 r. traktuje wprawdzie o obowiązku rozliczenia się z ceny za brakującą powierzchnię, ale nie zawiera żądania zapłaty konkretnej sumy pieniężnej. Nie można zatem uznać, że w tym zakresie pozwani popadli w zwłokę po doręczeniu im tego pisma. Także kolejne pisma, m.in. z dnia 14 września i 6 października 2010 r. (k. 112 i 116) nie wskazywały kwoty, jakiej z tego tytułu domagali się powodowie. Pierwsze żądanie precyzujące wysokość roszczenia pieniężnego stanowi zatem pozew. Jego odpis doręczono obojgu pozwany 12 października 2011 r. Jak już wskazał Sąd Okręgowy niezwłoczne spełnienie świadczenia nie oznacza w każdym wypadku obowiązku spełnienia świadczenia jeszcze w dniu wezwania. Podobnie zatem, jak uczynił Sąd Okręgowy co do odsetek za opóźnienie w zwrocie kosztów remontu, także w przypadku obowiązku zwrotu nienależnego świadczenia w postaci nadpłaconej ceny uznać należało za zasadne przyjęcie kilkudniowego terminu na spełnienie tego świadczenia. W konsekwencji odsetki od kwoty 14.647,33 zł zostały zasądzone przez Sąd Apelacyjny również od dnia 19 października 2011 r.

Ponieważ zasadnicze roszczenie dochodzone w tej sprawie było roszczeniem majątkowym, niepieniężnym a uwzględnione zostało w części, zachodzi nie tylko trudność, ale wręcz brak możliwości precyzyjnego ustalenia, w jakiej części pozwani wygrali postępowanie wywołane ich apelacją, choć bowiem znana jest wartość przedmiotu zaskarżenia (100.000 zł – w tym zakresie), to nie dostarczono materiału dowodowego, który pozwalałby ustalić procentowy udział płyty nośnej w tej wartości. Sąd Apelacyjny musiał zatem dokonać oceny w tym względzie według uznania opartego na dostępnym mu materiale. Uznać trzeba, że pozwani wygrali w zakresie roszczenia niepieniężnego postępowanie w mniejszej części, ostała się bowiem większość prac orzeczonych przez Sąd Okręgowy – wszystkie prace rozbiórkowe a także konieczność ponownego wykonania warstw stropodachu, z wyjątkiem płyty nośnej. Pozwani uzyskali także wydłużenie terminu na realizację robót. Przegrali natomiast swoją apelację w części odnoszącej się do zasądzonego przez Sąd I instancji roszczenia pieniężnego.

Powodowie wygrali natomiast w większości postępowanie z apelacji pozwanych, natomiast ich własna apelacja podlegała w przeważającej części oddaleniu. Wartość przedmiotu zaskarżenia z apelacji powodów wynosiła 42.712 zł, z tego wygrali 14.674,33 zł, czyli około 1/3.

Sąd wziął także pod uwagę fakt, że konieczność zasięgnięcia dodatkowych opinii w postępowaniu apelacyjnym wiązała się wyłącznie z roszczeniem niepieniężnym, bowiem to zarzut zagrożenia katastrofą budowlaną skłonił Sąd Apelacyjny do zasięgnięcia tych opinii. Przy czym już opinia uzupełniająca biegłego K. wyjaśniała tę kwestię. W istocie wszystkie konkluzje tej opinii zostały następnie podzielone przez Instytut, który jedynie bardziej precyzyjnie opisał zasady wykonania poszczególnych robót, a także wskazał dwa sposoby położenia warstwy bezpośrednio poprzedzającej warstwę wierzchnią, wykończeniową (wskazując, że wybór między nimi jest uzależniony od tego, jaki materiał wykończeniowy będzie ostatecznie stanowił podłogę tarasu).

W świetle powyższych rozważań Sąd nie znalazł podstaw, aby modyfikować rozstrzygnięcie o kosztach procesu za I instancję. Jednocześnie Sąd uznał, że wobec przedstawionego wyżej wyniku postępowania apelacyjnego koszty opinii sądowych przeprowadzonych w postępowaniu apelacyjnym powinny w całości obciążać pozwanych, zaś pozostałe koszty apelacyjne (tj. z tytułu opłat od obu apelacji oraz kosztów zastępstwa prawnego) należy wzajemnie znieść.

Z tych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji na podstawie art. 386 § 1 k.p.c., art. 385 k.p.c. oraz art. 100 k.p.c.

Marzanna Góral Marzena Konsek-Bitkowska Katarzyna Jakubowska-Pogorzelska