

Sygn. akt I C 559/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 października 2018 r.

Sąd Rejonowy w Nowym Targu I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSR Przemysław Mościcki
Protokolant:	st. prot. sąd. Helena Chmiel

po rozpoznaniu w dniu 3 października 2018 r. w Nowym Targu

na rozprawie

sprawy z powództwa K. S.

przeciwko D. M.

o zapłatę

oraz z powództwa wzajemnego D. M.

przeciwko K. S.

o zapłatę

I. oddała powództwo;

II. oddała powództwo wzajemne;

III. koszty postępowania wzajemnie znosi.

SSR Przemysław Mościcki

Sygn. akt I C 559/17

## UZASADNIENIE

***wyroku z dnia 16 października 2018 r.***

Powód K. S. domagał się od pozwanego D. M. zapłaty (...) zł z odsetkami ustawowymi od 16 grudnia 2016 r. do dnia zapłaty.

Istotne jest uzasadnienie faktycznie i prawne pozwu, gdyż w toku sprawy powód reprezentowany przez pełnomocnika będącego adwokatem modyfikował podstawę prawną roszczenia, jak też powoływał się na nowe okoliczności faktyczne. Sąd zezwolił na modyfikacje stanowiska w toku postępowania, gdyż także pozwany reprezentowany przez adwokata pominął w sprzeczności od nakazu zapłaty (pozwie wzajemnym) istotne elementy związane z wykonywaniem zawartej umowy, wpływające na ocenę prawną sprawy. Jedyne ostatnie pismo, które wpłynęło dwa dni przed rozprawą, zostało zwrócone na podstawie art. 207 § 7 k.p.c., gdyż zostało złożone z rażącym przekroczeniem

wyznaczonego w dniu 25 maja 2018 r. czternastodniowego terminu do złożenia pisma przygotowawczego, a uwzględnienie tego pisma musiałoby skutkować odroczeniem rozprawy (celem umożliwienia ustosunkowania się do niego przez pozwanego), a tym samym wpływałoby na przewłokę postępowania.

W samym pozwie wskazano, że w dniu 22 kwietnia 2016 r. pomiędzy stronami została zawarta umowa, na mocy której pozwany D. M. zobowiązał się do wykonania rozgraniczenia z geodetą uprawnionym inż. J. H. (1). Na mocy umowy miało zostać dokonane sprostowanie wpisu w księdze wieczystej oraz map katastralnych działek o pierwotnych numerach(...) i (...) o łącznej pow.(...) ha, które to działki obecnie mają numery (...) i (...) a powierzchnię (...) ha. Powód wpłacił pozwanemu zaliczkę w kwocie (...) zł. W umowie zawarto klauzulę o zwrocie zaliczki w przypadku niewykonania usługi. Do dnia złożenia pozwu, zobowiązanie wynikające z umowy nie zostało zrealizowane. Zdaniem pełnomocnika powoda pozwany zobowiązany jest do zwrotu zaliczki na podstawie art. 494 k.c.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany wniósł o oddalenie powództwa. Jednocześnie pozwany wystąpił z pozwem wzajemnym o zapłatę kwoty 1 000 zł jako reszty wynagrodzenia z tytułu zawartej umowy. Uzasadnieniem wniosku o oddalenie powództwa był fakt wykonania umowy w przeważającej części a niemożność jej wykonania w pełni wynikała z zachowania pozwanego, który zniszczył sporządzony przez pozwanego protokół rozgraniczenia. Bez tego dokumentu niemożliwe było kontynuowanie postępowania rozgraniczeniowego, a tym samym pełna realizacja umowy. Uzasadnieniem pozwu wzajemnego była okoliczność, że pozwany był gotowy do dokończenia umowy, jednak doznał przeszkód wynikających z zawinionego działania powoda.

W odpowiedzi (pismo z 12.02.2018 – k. 52 i nast.) pełnomocnik powoda podniosła, że pozwany nie wykonał zobowiązania, gdyż nie przygotował operatu geodezyjnego do rozgraniczenia. Zarzuciła, iż po tym, gdy pozwany utracił protokół dokumentujący rozgraniczenie, wystąpił o umorzenie postępowania rozgraniczeniowego, zamiast wnieść o jego zawieszenie czy podjąć próbę odtworzenia utraconego protokołu, w tym ponowienia czynności na gruncie.

Ostatecznie swoje stanowisko pełnomocnik powoda zaprezentowała na rozprawie w dniu 3 października 2018 r., w którym przedstawiła argumentację zawartą w piśmie z 1 października 2018 r., zwróconego na podstawie art. 207 § 7 k.p.c. Pełnomocnik powoda podniosła, że nie mogło dojść do zmiany umowy między stronami (ograniczenia zakresu rozgraniczenia), gdyż zmiana umowy nie miała formy pisemnej a zgodnie z art. 77 § 1 k.c. zmiana umowy zawartej w formie pisemnej wymaga zachowania tej formy. Ponadto zdaniem pełnomocnika powoda zaliczka powinna podlegać zwrotowi, gdyż świadczenie pozwanego było niemożliwe do wykonania: celem umowy, którą zawarł powód było przy tym osiągnięcie konkretnego rezultatu w postaci doprowadzenia do ustalenia powierzchni jego nieruchomości na (...) ha.

#### Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Powód jest właścicielem działek ewid.(...) i (...) położonych w S.. Działki te nabył aktem własności ziemi z 12 listopada 1974 r., jednak były one oznaczone wówczas numerami (...) i (...) a łączną ich powierzchnię w akcie własności ziemi określono na (...) ha.

dowód: odpis (...) k. 88

W 2000 roku w związku z budową autostrady (...) powód otrzymał dokumentację, z której wynikało, że jego nieruchomość zamiast powierzchni (...) ha miała powierzchnię (...) ha. W związku z tym powód chcąc doprowadzić do zgodności powierzchni jego działek z tą, która wynikała z aktu własności ziemi, zdecydował się zawrzeć z pozwanym umowę, na podstawie której dojdzie do dokonania ustalenia granic nieruchomości powoda oraz sprostowania wpisów w księdze wieczystej.

dowód: zezn. powoda – k 60/2 i 230/2; dokumentacja – k. 177-197.

Powierzchnia 0,1936 ha wynika z projektu podziału działki (...) na działki (...). Powierzchnia taka ujawniona była w księdze wieczystej prowadzonej dla działki (...), gdzie wskazano jako podstawę wpisu oprócz aktu własności ziemi z 12.11.1974 r. również porównawczy wykaz zmian z 25.08.1978 r.

dowód: projekt podziału działki (...) – k. 76, odpis KW – k. 87, pismo Urzędu Miasta K. z 12.12.2000 – k. 179.

W dniu 22 kwietnia 2016 r. została sporządzona pisemna umowa. Dokument umowy został sporządzony przez powoda (jego córkę). Zgodnie z tym dokumentem umowa została zawarta pomiędzy powodem a D. M., który miał dokonać rozgraniczenia z geodetą uprawnionym inż. J. H. (1) a przedmiotem umowy było „przeprowadzenie i sprostowanie wpisu w księdze wieczystej oraz map katastralnych działek, które pierwotnie miały nr (...) i (...) o łącznej powierzchni (...) metrów kwadratowych”, które „obecnie mają zmienioną numerację na (...) i (...) o łącznej powierzchni (...) metrów kwadratowych”. Wpisano w dokumencie umowy, że rozgraniczenie ma być przeprowadzone pomiędzy działkami nr (...) należąca do A. Ź. (1) oraz (...) należąca do G. W. (1), jednak strony były zgodne co do tego, że przedmiotem zleconych pozwanemu prac jest dokonanie rozgraniczenia obu działek powoda, tj. działki (...) oraz doprowadzenie do sprostowania wpisów w księdze wieczystej. Za całość tych prac pozwany miał otrzymać wynagrodzenie w kwocie 4 000 zł. Pozwany otrzymał od powoda zaliczkę w kwocie (...) zł. Zaliczka miała być zwrócona w przypadku niewykonania usługi przez pozwanego.

dowód: umowa – k. 7; zezn. powoda – k. 60/2 i 230/2, zezn. pozwanego – k. 231.

Umowa została zawarta z pozwanym przy kooperacji z J. H. (1), gdyż strony wiedziały na etapie jej zawierania, że D. M. nie miał wówczas uprawnień do dokonania rozgraniczenia, natomiast J. H. (1) nie prowadził własnej działalności, był natomiast geodetą uprawnionym i biegłym sądowym, posiadającym doświadczenie w przeprowadzaniu spraw o rozgraniczenie. Pozwany uzyskał status geodety uprawnionego w toku wykonywania umowy – w październiku 2016 r.

dowód: wypis z (...) k. 18, zezn. powoda – k. 60/2, zezn. pozwanego – k. 61 i 231, wzmianka o zaświadczeniu Głównego Geodety Kraju z 13.10.2016 w protokole rozprawy z 7.03.2018 – k. 61.

W tym samym dniu (22.04.2016) powód złożył w Urzędzie Miasta K. wniosek o rozgraniczenie nieruchomości składającej się z działki (...) (oznaczonej w ewidencji gruntów jako działki ewid. (...) i (...)) od działek: (...), (...), (...), (...), (...), (...).

dowód: odpis wniosku – k. 124.

Pozwany D. M. współdziałając z J. H. (1) przystąpił do wykonania prac mających na celu przeprowadzenie rozgraniczenia działek (...) od działek sąsiednich. W tym celu dokonał stosownego zgłoszenia prac geodezyjnych.

dowód: dokumenty – k. 38-40; zezn. pozwanego k. 61/2 i 231.

W sierpniu 2016 r. powód otrzymał z Urzędu Miasta K. pismo, z którego wynikało, że w postępowaniu rozgraniczeniowym (GD-4-1.68.3.2.2016) konieczne będzie ustalenie stron pochodzenia żydowskiego, co mogło prowadzić do wydłużenia postępowania rozgraniczeniowego. W związku z tym powód i pozwany uzgodnili, aby ograniczyć rozgraniczenie tylko do działki (...). Na skutek tego powód w dniu 13 września 2016 r. złożył do Urzędu Miasta K. oświadczenie o cofnięciu wniosku co do działki (...) a podtrzymał wniosek o rozgraniczenie tylko działki (...) od działek: (...) (jeden punkt), (...), (...), (...), (...) (jeden punkt).

dowód: pismo z 31.08.2016 – k. 229, pismo z 13.09.2016 – k. 125; zezn. świadka J. H. – k. 209; zezn. pozwanego – k. 231.

Postanowieniem z 26 września 2016 r., GD-04-01.6830.3.2.2016 Prezydent Miasta K. postanowił wszcząć postępowanie rozgraniczeniowe wyłącznie w odniesieniu do działki powoda nr (...) z działkami: (...) – jeden punkt i (...) (A. Ź. (1)), (...) (Skarbu Państwa), (...) (G. W. (1)), (...) (Skarbu Państwa – (...)) – jeden punkt. Geodetą do przeprowadzenia czynności technicznych ustalenia granic wyznaczono J. H. (1), zakreślając mu termin 31 marca

2017 r. do wykonania tych czynności. Jak wynika z mapki obejmującej zakres rozgraniczenia, miało ono obejmować wyłącznie działkę (...).

dowód: postanowienie z 26.09.2016 – k. 71, mapka – k. 39 (i 74)

W dniu 28 października 2016 r. doszło do czynności geodezyjnych na gruncie przeprowadzonych przez pozwanego i J. H. (1) w obecności powoda i zainteresowanych uczestników rozgraniczenia. W wyniku tych czynności został sporządzony protokół rozgraniczenia, który następnie miał być złożony do organu administracyjnego prowadzącego rozgraniczenie, co byłoby podstawą do wydania decyzji w przedmiocie rozgraniczenia. Protokół zabrał ze sobą J. H. (1), aby następnie dołączyć go do akt postępowania rozgraniczeniowego po wykonaniu operatu przez D. M.. Na tym etapie pozwany wykonał całość prac objętych umową, pozostało jedynie złożenie dokumentacji w urzędzie prowadzącym rozgraniczenie, a po zakończeniu postępowania rozgraniczeniowego, pozwany miał zamiar podjąć działania zmierzające do ujawnienia wpisów w księdze wieczystej.

dowód: zezn. świadka J. H. – k. 208/2; zezn. pozwanego – k. 61, operat techniczny i pozostałe dokumenty sporządzone na celem postępowania rozgraniczeniowego – k. 69-114, protokół graniczny – k. 121-123

Powód następnie uzyskał od osoby trzeciej informację, na podstawie której wyrobił w sobie przekonanie, że przeprowadzenie rozgraniczenia tylko jednej działki nie jest dla niego korzystne i nie doprowadzi do oczekiwanego przez niego rezultatu. W dniu 2 listopada 2016 r. powód udał się do K. do J. H. (1) i poprosił go o okazanie sporządzonego protokołu. Gdy otrzymał ten protokół, schował go do teczki i odmówił oddania go J. H. (1). W dniu 3 listopada 2016 r. powód złożył w Urzędzie Miasta K. pismo, w którym wniósł o anulowanie jego oświadczenia o cofnięciu wniosku w zakresie rozgraniczenia także działki (...) zawartego w piśmie z 13 września 2016 r. Wskazał, że pismo to nie jest zgodne z umową zawartą przez niego z J. H. (1). Wniósł o przeprowadzenie rozgraniczenia obu działek (...) i (...) zgodnie z wnioskiem z 22 kwietnia 2016 r.

dowód: pismo z 3.11.2016 – k. 128; uzasadnienie wniosku o warunkowe umorzenie postępowania karnego wobec powoda – k. 159; zezn. świadka J. H. – k. 208/2; zezn. powoda – k.; zezn. pozwanego – k.

W dniu 28 listopada 2016 r. K. S. sporządził pismo adresowane do geodety J. H. (1), w który wezwał go do zwrotu zaliczki w kwocie (...)zł, co motywował niewykonaniem rozgraniczenia działek (...). W piśmie tym powód uzasadnił, że „umowa podlega zerwaniu, ponieważ mimo wskazania na gruncie, grze przebiega granica między sąsiednimi działkami, powód został wprowadzony w błąd, iż nie ma możliwości kontaktu z Żydami, będącymi właścicielami gruntów graniczących z działką (...), co jest nieprawdą”.

dowód: pismo z 28.11.2016 – k. 8

Na skutek zabrania przez powoda protokołu granicznego oraz pisma powoda z 28 listopada 2016 r. pozwany nie kontynuował prac przy wykonaniu umowy, gdyż uważał, że została ona przez powoda zerwana. J. H. (1) zwracał się do powoda o zwrot protokołu granicznego, co umożliwiłoby kontynuowanie prac, ale powód odmówił a następnie poinformował go, że protokół zniszczył. Pozwany nie mógł kontynuować umowy, gdyż powód zabrał protokół rozgraniczenia, który był dokumentem niezbędnym do zakończenia postępowania rozgraniczeniowego prowadzonego przed Urzędem Miasta w K.. Brak tego protokołu uniemożliwił wykonanie umowy przez pozwanego.

dowód: zezn. świadka J. H. – k. 208/2; zezn. pozwanego – k. 61.

O zerwaniu umowy powód powiadomił Urząd Miasta K. pismem z 15 maja 2017 r. Wniósł o wykluczenie z czynności inż. J. H. (1). Następnie pismem z 28 czerwca 2017 r. powód cofnął wniosek o przeprowadzenie postępowania rozgraniczeniowego. W związku z tym postanowieniem z 5 lipca 2017 r. Prezydent Miasta K. cofnął J. H. (1) upoważnienie do przeprowadzenia rozgraniczenia, a postanowieniem z 24 sierpnia 2017 r. postępowanie rozgraniczeniowe umorzył.

dowód: pismo 15.05.2017 – k. 132, postanowienia z 5.07.2017 i 24.08.2017 – k. 133-135.

Stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych dowodów.

Dowody z powołanych dokumentów nie były kwestionowane co do autentyczności i Sąd uznał je za miarodajne.

Za wiarygodne w całości Sąd uznał zeznania świadka J. H. (1), gdyż brak było podstaw do ich kwestionowania, a korelowały z treścią zgromadzonej w sprawie dokumentacji.

Co do zeznań powoda: w zasadzie były one wiarygodne z wyjątkiem tej jej części, w której powód twierdził, że został wprowadzony w błąd przez pozwanego i geodetę J. H. (1) co do zakresu rozgraniczenia oraz co do niemożliwości ustalenia stron postępowania pochodzenia żydowskiego. W ocenie Sądu powód działał w uzgodnieniu z pozwanym i geodetą J. H. (1) i akceptował ich czynności a zmiana jego nastawienia wynikała dopiero z tego, że pomiędzy 28 października a 2 listopada 2016 r. osoba trzecia poinformowała go o okolicznościach, na podstawie których powód wyrobił sobie pogląd, że może być pokrzywdzony na skutek przeprowadzenia rozgraniczenia. O tym, że powód akceptował wcześniej ograniczenie wniosku świadczy nie tylko fakt, że podpisał pismo z 13 września 2016 r. w zakresie cofnięcia wniosku co do działki (...), ale także treść uzasadnienia wniosku o warunkowe umorzenie postępowania karnego, w którym prokurator zauważył, że powód modyfikował wniosek o rozgraniczenie „z uwagi na trudności organu w ustaleniu kręgu stron postępowania” (k. 159). Dodatkowo podnieść należy, że to przecież powód otrzymał informację z Urzędu Miasta K. (pismo z 31.08.2016), z którego wynikać mogły potencjalne problemy z ustaleniem stron postępowania. Musiała być to zatem inicjatywa powoda, iż po otrzymaniu tej informacji, zwrócił się do pozwanego i J. H. (1) celem uzgodnienia jakie przedsięwziąć kroki w związku z tym. Trudno w tych okolicznościach uznać, że pozwany miałby wprowadzać w błąd powoda, należy uznać, że pozwany i J. H. (1) przedstawili powodowi możliwe rozwiązania, z których powód zaakceptował propozycję ograniczenia postępowania rozgraniczeniowego.

Wiarygodne były zeznania pozwanego co do faktu wykonywania umowy w zakresie uzgodnionym, w tym także wykonania całości prac możliwych do wykonania na etapie do sporządzenia protokołu rozgraniczeniowego w dniu 28 października 2016 r. Zeznania pozwanego zostały potwierdzone przedłożoną do akt dokumentacją geodezyjną a także niebudzącymi wątpliwości zeznaniami J. H. (1). Sąd nie uznał za wiarygodne zeznań pozwanego w tej części, w której pozwany twierdził, że początkowa umowa nie obejmowała rozgraniczenia w całości obu działek powoda, lecz chodziło tylko o rozgraniczenie działki (...) natomiast w zakresie działki (...) miał tylko ujawnić tę działkę w księdze wieczystej, a następnie, że szerszy zakres rozgraniczenia pozwany podjął się wykonać jedynie z własnej woli, gdyż „chciał dla powoda zrobić więcej” i nie chciał za to dodatkowych pieniędzy. Ta część zeznań pozwanego nie zasługuje na wiarę. Faktem jest, że w umowie pisemnej wskazano, że rozgraniczenie ma dotyczyć tylko granicy nieruchomości powoda z działkami (...) a brak jest wzmianki o pozostałych działkach. Niemniej jednak całość ujawnionych w toku sprawy okoliczności wskazuje jednoznacznie, że intencją powoda było kompleksowe ustalenie granic całej jego nieruchomości. Najdobitniej świadczy o tym treść wniosku złożonego przez powoda w dniu 22 kwietnia 2016 r. o rozgraniczenie, w którym wskazał on jako obszar rozgraniczenia wszystkie sąsiednie nieruchomości. Dopiero we wrześniu 2016 r. strony uzgodniły ograniczenie zakresu rozgraniczenia z uwagi na informacje, które uzyskał powód z urzędu miasta o możliwych problemach z ustaleniem stron postępowania. W konsekwencji uznać należy, że pierwotne porozumienie dotyczyło kompleksowego rozgraniczenia nieruchomości powoda, a nie tylko działki (...) sąsiadującej z działkami (...)Ż. i G. W..

Sąd zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności podnieść należy, że umowa, którą strony zawarły nie powinna być klasyfikowana jako umowa o świadczenie usług (art. 750 k.c.), lecz jako umowa o dzieło. Umowa, którą strony zawarły nie była umową starannego działania, lecz umową rezultatu: pozwany miał wykonać określone prace geodezyjne polegające na sporządzeniu dokumentacji celem rozgraniczenia nieruchomości powoda a następnie dokonać ujawnienia wpisów w księdze wieczystej.

Fakt, że strony inaczej rozumiały rezultat, który ma zostać osiągnięty w wyniku realizacji umowy, nie oznacza, że umowa nie stanowi umowy rezultatu, a zatem umowy o dzieło.

W ocenie Sądu strony inaczej rozumiały rezultat, który miał być wynikiem umowy. Powód oczekiwał, że w wyniku prac geodezyjnych pozwanego dojdzie do przywrócenia powierzchni jego nieruchomości na 0,2666 ha; pozwany z kolei rozumiał, że przedmiotem jego świadczenia jest wykonanie usługi sporządzenia dokumentacji geodezyjnej na potrzeby postępowania rozgraniczeniowego a następnie złożenie dokumentacji umożliwiającej ujawnienie ustaleń postępowania rozgraniczeniowego w księdze wieczystej. Odmienne intencje stron oraz oczekiwania co do efektów umowy nie wpływają ani na ważności, ani na skuteczność umowy. Nie są również podstawą do formułowania wniosku, iż świadczenie objęte umową było niemożliwe.

Niemożliwość świadczenia jest kategorią obiektywną, która oznacza, że świadczenie nie może być wykonane w ogóle. Należy odróżnić niemożliwość świadczenia od niemożliwości spełnienia oczekiwań strony umowy, z czym mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Niemożliwość spełnienia oczekiwań powoda, które miał on w związku z zawartą umową, nie wpływa na obiektywną niemożliwość świadczenia ze strony pozwanego, ale na ustalenie, że wykonanie umowy przez pozwanego nie mogłoby przynieść rezultatu, którego spodziewał się powód. Obiektywnie pozwany miał możliwość wykonania zleconych mu czynności geodezyjnych w postaci dokonania rozgraniczenia nieruchomości powoda oraz ujawnienia wyników postępowania rozgraniczeniowego w księgach wieczystych. Sprawą odrębną jest fakt, że przeprowadzenie czynności geodezyjnych przez pozwanego zgodnie ze sztuką geodezyjną nie mogło doprowadzić do skutków oczekiwanych i założonych przez powoda. Jednakże wyobrażenia strony umowy o jej rezultacie nie mogą wpływać na ocenę tego czy umówione świadczenie jest czy nie jest możliwe do wykonania. W sytuacji gdy wykonanie umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami nie może doprowadzić do rezultatu oczekiwanego przez zamawiającego, nie można mówić o obiektywnej niemożliwości świadczenia, ale o niemożliwości subiektywnej. Niemożliwość subiektywna świadczenia nie skutkuje nieważnością, lecz uzasadnia odpowiedzialność kontraktową na podstawie art. 471 k.c. (G.Bieniek – red., Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. tom 1, wyd. LexisNexis, Warszawa 2003, s. 150).

W realiach niniejszej sprawy oczekiwania powoda „rozminęły się” z tym, co było możliwe w świetle ustaleń pozwanego wykonującego na zlecenie powoda profesjonalne usługi geodezyjne. Brak jest podstaw do uznania, aby pozwany wykonywał swoją pracę niezgodnie ze sztuką geodezyjną. Pozwany udowodnił zeznaniami świadka J. H. (1), iż wykonywane przez niego czynności były ze sztuką geodezyjną zgodne. Niewykonanie zobowiązania w całości wynikało nie z faktu niemożliwości obiektywnej świadczenia, ale z tego, że powód zorientowawszy się, że w wyniku zawartej umowy nie uzyska spodziewanego efektu (rezultatu, na który liczył), uniemożliwił swoim działaniem dokończenie umowy przez pozwanego a następnie bezzasadnie od umowy odstąpił (jednostronnie ją rozwiązał). Działanie powoda polegało na tym, że bezprawnie zatrzymał on dokument w postaci protokołu granicznego, na podstawie którego pozwany mógł sporządzić operat, który byłby podstawą do kontynuowania postępowania rozgraniczeniowego. Bezzasadne są dywagacje, że pozwany mógł sporządzić nowy protokół. Sąd podziela ocenę wyrażoną przez świadka J. H. (1), iż sporządzenie nowego protokołu pozbawione byłoby sensu. Skoro powód nie chciał oddać sporządzonego już protokołu, pozwany nie miał obowiązku powtarzania tych samych czynności, tym bardziej, że musiałyby o nich ponownie zawiadomiać osoby trzecie a nie mogłby liczyć na to, że powód nie kwestionowałby wykonywanych na nowo czynności.

Ustalony stan faktyczny prowadzi zatem do wniosku, że brak podstaw do ustalenia, że spełnienie świadczenia było niemożliwe czy to w sposób pierwotny czy następczy. Niewykonanie umowy wynikało z okoliczności leżących w całości po stronie powoda – to powód swoim zawinionym zachowaniem doprowadził do braku realizacji umowy i wykonania świadczenia w postaci sporządzenia dokumentacji geodezyjnej przez pozwanego. Zgodnie z art. 639 k.c. zamawiający nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania dzieła, jeżeli przyjmujący zamówienie był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących zamawiającego. Przepis ten stanowi podstawę do zachowania zaliczki otrzymanej przez pozwanego. Niezależnie od tego podnieść należy, że do niewykonania umowy doszło z winy

powoda i to powód w sposób nieuzasadniony rozwiązał umowę. Nie można w tym przypadku mówić o uzasadnionym odstąpieniu od umowy, a tym samym brak podstaw do stosowania przepisów art. 492-494 k.c.

Należy zwrócić uwagę, że gdyby kwalifikować zawartą przez strony umowę jako umowę o świadczenie usług (umowę starannego działania), to wówczas z mocy art. 746 § 1 w zw. z art. 750 k.c. powód jako dający zlecenie, rozwiązując umowę (wypowiadając ją) powinien zwrócić przyjmującemu zlecenie wydatki, które ten poczynił w celu należytego wykonania zlecenia a w razie odpłatnego zlecenia obowiązany jest uiścić przyjmującemu zlecenie część wynagrodzenia odpowiadającą jego dotychczasowym czynnościom. Warto podkreślić, że kwalifikacja umowy zawartej przez strony jako umowy o świadczenie usług (umowy starannego działania) byłaby niekorzystna dla powoda. W takiej bowiem sytuacji powód musiałby wykazać, że pozwany nie realizował umowy zgodnie ze sztuką geodezyjną. Dowodów przemawiających za tego rodzaju ustaleniem brak, z kolei pozwany wykazał dowodami (przedkładając stosowną niezakwestionowaną dokumentację geodezyjną oraz zeznaniami świadka J. H. (1)), iż prace swoje wykonywał z zachowaniem należytej, wymaganej profesjonalnej staranności. Z tego tytułu na podstawie art. 746 § 1 k.c. ma pozwany prawo do zatrzymania zaliczki jako kwoty odpowiadającej części wykonanego przez niego świadczenia.

Pozwany ma prawo zachować otrzymaną zaliczkę zarówno na podstawie powołanego wyżej art. 639 k.c., jak też – w przypadku uznania, że zawarta umowa była umową starannego działania – na podstawie art. 746 § 1 k.c. Zapis w umowie zobowiązujący do zwrotu zaliczki nie może zmieniać skutków powołanych przepisów ustawowych, tym bardziej że powinien być on rozumiany jako zastrzeżenie, które ma na celu podkreślić funkcję dokonanej wpłaty jako zaliczki a nie zadatku. Należy przy tym podkreślić, że pozwany wykonał część umowy a niewykonanie jej do końca wynikało z zawinionego zachowania powoda.

W ocenie Sądu kwota zaliczki, którą pozwany otrzymał, odpowiada zakresowi wykonanych przez niego czynności. Jednocześnie stosując zdanie drugie art. 639 k.c. brak podstaw do żądania przez pozwanego (powoda wzajemnego) wynagrodzenia za tę część umowy, której pozwany faktycznie nie wykonał. Zgodnie z art. 639 zd. 2 k.c. „zamawiający może odliczyć to, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła” (analogicznie w przypadku umowy o świadczenie usług art. 746 § 1 k.c. przewiduje, że wynagrodzenie należy się tylko za wykonaną część usług). Bez wniosków dowodowych stron trudno ustalić jaką część świadczenia pozwany zaoszczędził, niemniej jednak z okoliczności sprawy należy wysnuć wniosek, że zapłata 75% umówionego świadczenia jest adekwatna do stopnia realizacji umowy, a zatem brak jest podstaw do żądania dalszej części wynagrodzenia (tj. brak podstaw do uwzględnienia powództwa wzajemnego). Jest tak tym bardziej, że jak ustalono, w trakcie wykonywania umowy doszło do ograniczenia jej zakresu. Według pierwotnie zawartej umowy rozgraniczenie miało dotyczyć całości nieruchomości powoda stanowiącej działkę (...), podzieloną na działki (...). Następnie strony doszły do porozumienia, iż rozgraniczenie obejmie tylko działkę (...). Powody tego ograniczenia oraz to czy były one uzasadnione są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Strony miały bowiem prawo ograniczyć zakres prac objętych pierwotną umową i w tym zakresie umowę zmienić. Na marginesie jedynie należy wskazać, że ustalenie stron postępowania należy do organu prowadzącego rozgraniczenie, decyzja zatem co do ograniczenia zakresu tego postępowania należała w całości do powoda i pozwanego. Zdecydowali oni, aby postępowanie rozgraniczeniowe zawęzić tylko do działki (...), co skutkuje uznaniem, że doszło do zmiany umowy.

W ocenie dowodów Sąd wskazał dlaczego uważa, że doszło do ograniczenia umowy. Pierwotna pisemna umowa stanowiła o dokonaniu rozgraniczenia działek powoda od działek A. Ż. i G. W., niemniej jednak nie budzi wątpliwości w świetle treści wniosku o rozgraniczenie złożonego przez powoda w dniu zawarcia umowy, że jego intencją było przeprowadzenie kompleksowego rozgraniczenia jego nieruchomości. Przyznał to także pozwany, który jednak – w niewiarygodny sposób – twierdził, że dokonanie rozgraniczenia w zakresie przekraczającym treść pisemnej umowy, wynikać miało jedynie z jego dobrej woli. Ujawnione w sprawie okoliczności pozwalają zatem uznać, że przedmiotem pierwotnej umowy było to, aby dokonać rozgraniczenia zarówno działki (...), jak i działki (...) od wszystkich sąsiadujących nieruchomości, po to, aby następnie w księdze wieczystej ujawnić wyniki rozgraniczenia, a w szczególności oczekiwane przez powoda informacje o powierzchni jego nieruchomości na poziomie 0,2666 ha.

Skoro taka była umowa pierwotna, to następnie wykonywanie za porozumieniem stron tylko czynności rozgraniczenia działki (...), musi być uznane za zmianę umowy.

Wbrew twierdzeniom powoda zmiana taka była dopuszczalna a brak pisemnego potwierdzenia zmiany umowy nie wpływa ani na ważność, ani na skuteczność dokonanej zmiany. Zgodzić się należy, że art. 77 § 1 k.c. stanowi, iż „uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia”, niemniej jednak treść tego przepisu powinna być oceniana w kontekście art. 73 i 74 k.c. Niewątpliwie ponieważ strony zawarły umowę pierwotną w formie pisemnej, to zgodnie z art. 77 § 1 k.c. jej zmiana także powinna nastąpić w takiej formie. Jednakże niezachowanie tej formy nie powoduje skutku nieważności, lecz skutek wynikający z art. 74 § 1 k.c. tzn. niedopuszczalność dowodu z zeznań świadków lub z przesłuchania stron na fakt dokonania czynności. Jednak w niniejszej sprawie przeprowadzenie takiego dowodu było dopuszczalne z uwagi na treść art. 74 § 2 k.c., gdyż po pierwsze powód wyraził zgodę na składanie zeznań na tę okoliczność, a po drugie przedstawił dokumenty uprawdopodobniające dokonaną przez strony zmianę umowy: pismo z 31.08.2016 oraz swój własny wniosek do urzędu miasta z 13.09.2016.

Skoro doszło do zmiany umowy, która ograniczała zakres prac pozwanego, to brak podstaw do domagania się przez niego zapłaty dalszej kwoty 1 000 zł. Kwota zaliczki, którą otrzymał w ocenie Sądu jest adekwatna do zakresu wykonanego przez niego świadczenia. Powód w każdym razie nie wykazał, aby zaliczka ta przekraczała wartość świadczenia zrealizowanego przez pozwanego na skutek wykonania umowy.

Z tych względów zarówno powództwo główne, jak i wzajemne podlegały oddaleniu, co jednocześnie uzasadniało orzeczenie o kosztach na podstawie art. 100 k.p.c.