

Sygn. akt I ACa 1098/15

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 maja 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Elżbieta Karpeta
Sędziowie :	SA Lucyna Świdorska-Pilis (spr.) SO del. Aneta Pieczyrak-Pisulińska
Protokolant :	Anna Wieczorek

po rozpoznaniu w dniu 21 kwietnia 2016 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa Syndyka Masy Upadłości (...) Spółki Akcyjnej w upadłości likwidacyjnej w Z.

przeciwko Powiatowi (...)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej

z dnia 24 czerwca 2015 r., sygn. akt I C 108/14

1) zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a) zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 286 298,85 (dwieście osiemdziesiąt sześć tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt osiem i 85/100) złotych z ustawowymi odsetkami w przypadku opóźnienia od dnia 11 października 2013 roku,

b) w pozostałym zakresie powództwo oddala,

c) zasądza od powoda na rzecz pozwanego 3 464 (trzy tysiące czterysta sześćdziesiąt cztery) złote z tytułu kosztów sądowych,

d) nakazuje pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowo w Bielsku-Białej 14 315 (czternaście tysięcy trzysta piętnaście) złotych tytułem części nieuiszczonych kosztów sądowych, od ponoszenia których powód był zwolniony,

- e) odstępuje od obciążania powoda pozostałą częścią nieuiszczonej opłaty od apelacji z zasądzonych roszczenia;
- 2) oddała apelację w pozostałej części;
- 3) zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 15 912 (piętnaście tysięcy dziewięćset dwanaście) złotych z tytułu kosztów postępowania odwoławczego;
- 4) odstępuje od obciążania powoda częścią nieuiszczonej opłaty od apelacji z zasądzonych roszczenia.

SSO del. Aneta Pieczyrak-Pisulińska	SSA Elżbieta Karpeta	SSA Lucyna Świdorska-Pilis
-------------------------------------	----------------------	----------------------------

I ACa 1098)15

## UZASADNIENIE

**Powód** Syndyk Masy Upadłości (...) Spółki Akcyjnej w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Z. wnosił o zasądzenie od Powiatu (...) kwoty 1 084 310,88zł z ustawowymi odsetkami od dn. 11 października 2013 r. oraz kosztów procesu.

W uzasadnieniu powód wskazywał, że w dniu 21 maja 2012 r. strony zawarły umowę, której przedmiotem było rozbiórka uszkodzonego mostu i budowa nowego. Spółka przystąpiła do prac, jednakże pozwany w dn. 9 października 2012 r. odstąpił od umowy ze skutkiem *ex nunc* i obciążył upadłego karami umownymi. Postanowieniem z dnia 19 października 2012 r. została ogłoszona upadłość Spółki (...). Następnie powołana komisja przeprowadziła inwentaryzację prac wykonanych przez Spółkę, sporządzono protokół końcowy, na podstawie którego Syndyk sporządził kosztorysy powykonawcze i wystawił fakturę nr (...) na dochodzoną pozewem kwotę, zaakceptowaną przez pozwanego. Pismem dat. 25.10.2013r. strona pozwana dokonała potrącenia należności z faktury z należnościami wynikającymi z naliczonych przezeń kar umownych – zdaniem powoda niesłusznie, albowiem wg art. 93 prawa upadłościowego i naprawczego potrącenie wierzytelności upadłego z wierzytelnością wierzyciela jest dopuszczalne, jeżeli obie wierzytelności istniały w dniu ogłoszenia upadłości, chociażby termin wymagalności jednej z nich jeszcze nie nastąpił. Wierzytelność upadłego nie istniała przed ogłoszenie upadłości, ponieważ jak wynika z § (...) umowy roszczenie o zapłatę wynagrodzenia powstaje dopiero w momencie rozliczenia wartości wykonanych robót na podstawie kosztorysu powykonawczego, a przy tym wynagrodzenie będzie wypłacone na konto wykonawcy na podstawie faktur wystawionych na zasadach określonych w (...) umowy. Zgodnie z art. 95 prawa upadłościowego i naprawczego potrącenie nie jest dopuszczalne, jeżeli wierzyciel stał się dłużnikiem upadłego po dniu ogłoszenia upadłości. Powód podniósł również, że nie istnieje wierzytelność ze strony pozwanego o zapłatę kary umownej objętej notą księgową nr (...) z dnia 9 października 2012 r., albowiem odstąpienie od umowy spowodowało jej wygaśnięcie i nie można dochodzić kar umownych w niej przewidzianych; kara umowna jako świadczenie uboczne dzieli los zobowiązania głównego. Wskazano też, że roszczenie o zapłaty kary umownej nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nawet w sytuacji, gdy karę taką zastrzeżono w związku z odstąpieniem od umowy.

W odpowiedzi na pozew pozwany Powiat (...) wnosił o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu. W uzasadnieniu wskazano, że wierzytelność powoda została umorzona na skutek potrącenia wzajemnych wierzytelności oświadczeniem złożonym przez pozwanego pismem z dnia 25 października 2013 r. Pozwany podnosił, że dokonane przez niego wzajemne potrącenie wierzytelności jest skuteczne, albowiem wierzytelność pozwanego z tytułu kar umownych powstała w dniu 9 października 2012 r. tj. w dniu obciążenia powoda tymi karami, zaś wierzytelność powoda powstała najpóźniej w dniu 11 września 2012 r. tj. zgodnie z ostatnim wpisem w dzienniku budowy wykonanych robót – obie zatem wierzytelności istniały w dacie ogłoszenia upadłości, a zatem potrącenie było dopuszczalne i skuteczne. Wierzytelność z tytułu wynagrodzenia wykonane roboty powstaje z momentem ich faktycznego wykonania, a nie wystawienia faktury VAT.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1 084 310,88 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 11 października 2013 r. oraz kwotę 7 247 tytułem zwrotu kosztów procesu. Nadto Sąd ów nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej kwotę 54 185 zł tytułem kosztów sądowych, od uiszczenia których powód był zwolniony.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 21 maja 2012r. podpisana została umowa nr (...) po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy prawo o zamówieniach publicznych, na mocy której (...) Spółka Akcyjna w Z. jako wykonawca zobowiązał się wobec pozwanego Powiatu jako zamawiającego do rozbiórki istniejącego obiektu mostowego (...) uszkodzonego w wyniku powodzi z maja i czerwca 2010 r. i budowy nowego mostu na rzece K. w ciągu drogi powiatowej nr (...) w Ż. w km 0+131,50. W (...) umowy uzgodniono, że wartość robót będzie rozliczona kosztorysem powykonawczym wg cen oferty przetargowej i wynagrodzenie nie przekroczy kwoty 7 980 121,50zł brutto. Wynagrodzenie będzie wypłacone na konto wykonawcy na podstawie faktur określonych w (...) umowy, zgodnie z którymi protokół odbioru będzie stanowił podstawę do zapłaty faktury – w 2012 r. miała nastąpić zapłata na podstawie faktury częściowej po wykonaniu rozbiórki istniejącego mostu oraz wykonaniu przyczółków nowego mostu oraz zakupie materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy w 2013 r., zaś w 2013 r. miała nastąpić zapłata faktury końcowej, wystawionej po wykonaniu pozostałego zakresu robót. Termin płatności wynosił 30 dni po dostarczeniu przez wykonawcę faktury i po dokonaniu przez zamawiającego odbioru przedmiotu umowy lub jego części. Wykonawca zobowiązał się w § (...) umowy do rozbiórki istniejącego mostu i wykonania przyczółków nowego mostu w terminie do 30 listopada 2012 r. oraz do wykonania pozostałych prac w terminie do 31 sierpnia 2013 r. W (...) umowy uzgodniono, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za każdy dzień zwłoki w wykonaniu poszczególnych asortymentów robót, o których mowa w (...) w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto za wykonanie całości robót, karę umowną za każdy dzień zwłoki w wypadku niedotrzymania końcowego terminu realizacji robót w wysokości 1% w/w wynagrodzenia oraz karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto za wykonanie całości robót, karę umowną za każdy dzień nieobecności na placu budowy w wypadku opuszczenia przez wykonawcę placu budowy bez uzgodnienia z zamawiającym na okres powyżej pięciu dni, a także karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca w wysokości 10% w/w wynagrodzenia.

Wykonawca przystąpił do realizacji zadania. Wykonano między innymi palowanie podpory B, zaś przy wykonywaniu palowania podpory A pojawiła się przeszkoda w postaci nierozzebranego fundamentu starego mostu i cztery z dwudziestu jeden pali wchodziły na fundament, a trzy kolejne zaprojektowane były tuż przy fundamencie i ich wykonanie wiązało się ryzykiem; wykonanie pozostałych pali odbywało się bezkolizyjnie. Ostatecznie po zmianie projektu, trzy pale w najbliższym sąsiedztwie fundamentu wykonano, zaś pozostałym czterem zmieniono lokalizację, co spowodowało pewne opóźnienia w pracach. Ostatecznie ostatni pal w podporze A został wykonany w dniu 11 września 2012 r. i od tego dnia wykonawca zaprzestał faktycznie prac na placu budowy. Wcześniej, pismem z dnia 16 lipca 2012 r. wykonawca przesłał Powiatowi (...) do zatwierdzenia harmonogram rzeczowo-finansowy, który nie został zaakceptowany i który zwrócono do korekty, po czym – jeszcze w lipcu - wykonawca po korekcie złożył ponownie harmonogram już zaakceptowany przez powoda. Do końca września 2012 r. wykonawca – zgodnie z harmonogramem miał wykonać roboty fundamentowe, palowanie, przyczółki i łożyska. Tych robót do 11 września 2012 r., kiedy wykonawca zszedł z placu budowy, nie wykonano. W harmonogramie zakres robót, jakie miał wykonawca wykonać do 30 listopada 2012 r. został rozszerzony o wykonanie całości prac fundamentowych. Stan robót na dzień 12 września 2012 r. pozwalał na dotrzymanie terminu 30 listopada 2012 r. tak w zakresie robót wymienionych w umowie, jak i w harmonogramie. Brak dalszych robót spowodował, że na dzień 9 października 2012 r. nie było gwarancji wykonania terminowego robót w zakresie określonym w umowie. Pismem z 10 września 2012 r. wykonawca zwrócił się do Powiatu (...) o wyrażenie zgody na częstsze fakturowanie robót, proponując siedem etapów rozliczeń. Powiat nie wyraził na to zgody. Pismem z 14 września 2012 r., skierowanym do wykonawcy, powód wyraził zaniepokojenie opóźnieniem prac w stosunku do harmonogramu, które ocenił na poziomie 10-14 dni. Kolejnym pismem z 1 października 2012 r. pozwany zawiadomił wykonawcę o stwierdzonym całkowitym zaprzestaniu prac, blisko miesięcznym opóźnieniu, wzywając do podjęcia prac w terminie 7 dni, grożąc naliczeniem kar umownych. Prawomocnym postanowieniem z dn. 19 października 2012r. (sygn. akt VI GU 49/12) Sąd Rejonowy w B. ogłosił upadłość likwidacyjną Spółki Akcyjnej(...) w

sprawie z wniosku wierzycieli z dnia 19 września 2012 r. Pismem z 9 października 2012 r. pozwany odstąpił od umowy na podstawie art. 635 kc w zw. z art. 656 kc ze skutkiem en nunc i naliczył wykonawcy kary umowne w następującej wysokości:

- z tytułu zwłoki w wykonaniu poszczególnych asortymentów robót w wysokości 766 091,52 zł;

- z tytułu opuszczenia placu budowy w wysokości 167 582 zł;

- z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca w wysokości 798 012,15 zł.

Łączna wysokość kar umownych wyniosła 1 731 685,67 zł i na tę kwotę pozwany wystawił w dniu 9 października 2012 r. notę księgową nr (...).

Pismem z 25 października 2012 r. pozwany zawiadomił powoda, że w dniu 30 października 2012r. rozpocznie pracę komisja inwentaryzacyjna, mająca na celu określenie szczegółowego zakresu prac wykonanych przez wykonawcę. W dniu 1 grudnia 2012 r. komisja inwentaryzacyjna sporządziła protokół końcowy z wykonanych robót. 10 września 2013 r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...), opiewającą na kwotę 1 084 310,88zł z datą płatności na 10 października 2013 r. tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, dołączając pięć kosztorysów branżowych, na podstawie których wyliczono należne wynagrodzenie. W odpowiedzi pozwany pismem z 25 października 2013 r. poinformował, że należność z tej faktury skompensował z przysługującą jemu należnością, wnikającą z noty księgowej nr (...), a wynoszącą 1 731 685,67zł. Pismem z 28 listopada 2013 r. powód podniósł, że potrącenie wzajemnych wierzytelności jest nieuzasadnione w świetle art. 93 ust.1 prawa upadłościowego i naprawczego, zgodnie z którym potrącenie wierzytelności upadłego z wierzytelnością wierzyciela jest dopuszczalne, jeżeli obie wierzytelności istniały w dniu ogłoszenia upadłości, chociażby termin wymagalności jednej z nich jeszcze nie nastąpił, a to dlatego że wierzytelność upadłego względem Powiatu powstała już po ogłoszeniu upadłości, bo zgodnie z §(...) umowy roszczenie o zapłatę wynagrodzenia powstaje dopiero w momencie rozliczenia wartości wykonanych robót na podstawie kosztorysu powykonawczego, a przy tym wynagrodzenie będzie wypłacone na konto wykonawcy na podstawie faktur wystawionych na zasadach określonych w (...) umowy. Pismem z 2 stycznia 2014 r. Powiat (...) podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, co do skuteczności dokonanego potrącenia, podnosząc że wierzytelność upadłego powstała z chwilą wykonania prac budowlanych, co nastąpiło przed ogłoszeniem upadłości wykonawcy, a co wynika z zapisów w dzienniku budowy; przed ogłoszeniem upadłości wykonawca zszedł z placu budowy. Na dokończenie zadania Powiat (...) rozpiął nowy przetarg i kolejny wykonawca dokończył prace w rok po pierwotnym terminie. Wykonawca nie otrzymał od powoda żadnego wynagrodzenia za wykonane prace.

W ocenie Sądu pierwszej instancji obrona pozwanego polegała jedynie na podniesieniu zarzutu potrącenia wierzytelności, wnikającej z faktury wystawionej przez powoda, z wierzytelnością pozwanego, wynikającą z noty księgowej nr (...), opiewającej na wyższą kwotę, bo na 1 731 685,67zł. Przepisy dotyczące potrącenia wierzytelności zawarte są w ustawie z dnia 28 lutego 2003 r. prawo upadłościowe i naprawcze ( t.j. Dz. U. z 2009r.nr 175, poz. 1361 ze zm. ). Zgodnie z art. 93 ust.1 ustawy potrącenie wierzytelności upadłego z wierzytelnością wierzyciela jest dopuszczalne, jeżeli obie wierzytelności istniały w dniu ogłoszenia upadłości, chociażby termin wymagalności jednej z nich jeszcze nie nastąpił. Stosownie zaś do art. 95 potrącenie nie jest dopuszczalne, jeżeli wierzyciel stał się dłużnikiem upadłego po dniu ogłoszenia upadłości. Sąd przyznał rację powodowi, że w dniu 19 października 2012 r. - kiedy ogłoszono upadłość Spółki (...) - wierzytelność dochodzona pozwem jeszcze nie istniała. Istotnie wykonawca zakończył faktycznie roboty w dniu 11 września 2012 r., ale nie można łączyć tego z powstaniem z tą chwilą po jego stronie wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia za wykonane prace, skoro niewiadomy był zakres wykonanych robót i ich wartość. Określeniu tegoż służyło sporządzenie protokołu końcowego przez komisję inwentaryzacyjną w dniu 12 grudnia 2012 r., na podstawie którego następnie powód opracował kosztorysy powykonawcze i w oparciu o nie wystawił fakturę VAT nr (...) z datą płatności na dzień 10 października 2013 r.

Od powyższego rozstrzygnięcia apelację złożył pozwany, wnosząc o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji. Jako żądanie ewentualne zgłoszony został wniosek o zmianę zaskarżonego

wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości. Nadto pozwany wnosił o zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania za obie instancje.

Skarżący zarzucał:

**1. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:**

- przepisu art. 93 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego poprzez błędne przyjęcie, iż wierzytelność (...) SA z tytułu robót wykonanych na podstawie umowy z dnia 21 maja 2012 r. powstała po dacie ogłoszenia upadłości spółki (...) SA w upadłości likwidacyjnej, a w konsekwencji przyjęcie, że wierzytelności będące przedmiotem rozpoznania Sądu nie mogły zostać potrącone;

- przepisu art. 65 § 1 kc poprzez jego niezastosowanie i dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli stron wyrażonych w umowie z dnia 21 maja 2012 r., polegającej na przyjęciu, iż strony uznały wystawienie faktury za warunek powstania wierzytelności z tytułu umowy o roboty budowlane;

**2) naruszenie przepisów postępowania mogących mieć istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, a to:**

- przepisu art. 233 § 1 kpc poprzez dowolną a nie swobodną ocenę dowodów, dokonaną wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego, jak również brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, co doprowadziło do przyjęcia, iż wierzytelność (...) S.A. z tytułu robót wykonanych na podstawie umowy z dnia 21 maja 2012r. (...) powstała po dacie ogłoszenia upadłości spółki (...) SA w upadłości likwidacyjnej

- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż strony w dniu 12 grudnia 2012 r. dokonały odbioru końcowego, zakończonego sporządzeniem protokołu końcowego, podczas gdy w związku z odstępniem od umowy odbiór, jak i protokół końcowy nie mógł zostać sporządzony;

**3. nierozpoznanie istoty sprawy polegające na zaniechaniu ustaleń dowodowych w przedmiocie prawidłowości obciążenia (...) SA karami umownymi.**

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja w dużej mierze zasługuje na uwzględnienie, bowiem za zasadne uznać należy zarzuty apelacji odnoszące się do błędnego ustalenia przez Sąd pierwszej instancji, że roszczenie powoda powstało po ogłoszeniu upadłości (...) SA.

Istota niniejszego sporu sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii, kiedy powstała wierzytelność powoda. Stosownie bowiem do powoływanego art. art. 93 ust.1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. prawo upadłościowe i naprawcze ( tekst jednolity: Dz. U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361 ze zm. dalej: p.u.n. ) potrącenie wierzytelności upadłego z wierzytelnością wierzyciela jest dopuszczalne, jeżeli obie wierzytelności istniały w dniu ogłoszenia upadłości, chociażby termin wymagalności jednej z nich jeszcze nie nastąpił. Zgodnie zaś z art. 95 tejże ustawy potrącenie nie jest dopuszczalne, jeżeli wierzyciel stał się dłużnikiem upadłego po dniu ogłoszenia upadłości.

Dla rozstrzygnięcia tej kwestii w pierwszej kolejności podnieść należy, że czym innym jest zaistnienie wierzytelności, a czym innym jej wymagalność. Miał to na uwadze i ustawodawca, stanowiąc w powołanej normie, że potrącenie jest dopuszczalne, chociażby termin wymagalności którejkolwiek z wierzytelności jeszcze nie nastąpił.

Poza sporem jest, że Powiat (...) zgłosił swoje roszczenie z tytułu kar umownych w piśmie z dnia 9 października 2012 r., teoretycznie zatem ta wierzytelność istniała przed ogłoszeniem upadłości.

Problem natomiast tkwi w tym, kiedy powstała wierzytelność powoda. Niespornym w sprawie jest, że umowa została rozwiązana przez pozwanego pismem z dnia 9 października 2012 r., w którym Powiat (...) podał, że odstępuje od umowy na podstawie art. 635 kc w zw. z art. 656 kc ze skutkiem en nunc. Oświadczenie to zostało przyjęte i nie było kwestionowane przez spółkę (...).

W kwestii dopuszczalności odstąpienia od umowy o roboty budowlane ze skutkiem ex nunc wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 19 marca 2004 r. (sygn. akt IV CK 172/03) i w wyroku z dnia 13 marca 2013 r. (sygn. akt IV CSK 508/12), dopuszczając taką możliwość. Odstąpienie ze skutkiem ex nunc różni się od odstąpienia ze skutkiem ex tunc tym, że z w tym drugim wypadku odstąpienie ma moc wsteczną, powodując nie tylko wygaśnięcie umowy, ale i powrót do stanu, jaki istniał przed jej zawarciem. Rodzi to obowiązek zwrotu wzajemnych świadczeń, jeśli zostały uprzednio wykonane. Zwrot powinien nastąpić według reguł z art. 494 kc, mających zastosowanie przez analogię, czyli rozliczenia na podstawie art. 405 i nast. kc.

Marginalnie już tylko Sąd Apelacyjny podnosi, iż nawet w sytuacji uznania, że umowa nie mogła być rozwiązana ze skutkiem ex nunc (czego Sąd Apelacyjny nie przyjmuje), to kwestia wysokości należności powoda za wykonane do dnia 11 września 2012 r. roboty nie była przez stronę pozwaną kwestionowana, co więcej, była wręcz uznana jako przedstawiona do potrącenia.

W sytuacji odstąpienia ex nunc umowa obowiązuje do daty odstąpienia od niej i za ten okres wiąże strony postanowienia umowne, natomiast w części, w której umowa nie została wykonana, nie obowiązuje już. Oznacza to, że na zasadach określonych w umowie należne jest wykonawcy wynagrodzenie. Wynagrodzenie to należne jest za wykonane prace, niezależnie od sposobu określenia w umowie sposobu zapłaty. Innymi słowy w dacie odstąpienia od umowy, istniejąca wówczas spółka (...) posiadała roszczenie o zapłatę za wykonane prace i to na zasadach określonych w umowie. To, że zgodnie z umową wartość robót miała być rozliczona kosztorysem powykonawczym, a wynagrodzenie miało być wypłacone na podstawie faktur wystawianych na podstawie protokołu odbioru, nie zmienia oceny, że roszczenie istniało w dacie odstąpienia. Podobnie w sytuacji, gdyby umowa została w całości wykonana, roszczenie powoda o zapłatę za całość robót powstałoby w dacie ich zakończenia. Sporządzenie kosztorysu powykonawczego, a następnie faktur na podstawie protokołu odbioru stanowiło tylko o wymagalności roszczenia, co (jak zostało podane wyżej) jest rzeczą odmienną od powstania samego roszczenia. Powstanie roszczenia ma swoje źródło w zdarzeniach prawnych z punktu widzenia przepisów prawa cywilnego. Tutaj źródłem powstania roszczenia spółki (...) było zawarcie umowy o roboty i wykonanie na jej podstawie części umowy.

Powyższe rozważania prowadzą do odmiennej aniżeli to przyjął Sąd pierwszej instancji konkluzji, a mianowicie do przyjęcia, że roszczenie spółki (...) istniało w dacie odstąpienia od umowy, co powoduje możliwość jego potrącenia na podstawie przywołanych norm z art. 93 i 95 p.u.n.

\*\*\*

Kolejną kwestią jest możliwość potrącenia kar umownych. Jak już bowiem wyżej podniesiono naliczone zostały one przed ogłoszeniem upadłości, co do samej zasady, na podstawie powołanych przepisów mogły zostać przedstawione do potrącenia.

Wbrew zarzutom apelacji, brak rozstrzygnięcia tej kwestii nie stanowi o braku rozpoznania istoty sprawy, co dawałoby asumpt dla uchylecia wyroku. Wszelkie dowody dotyczące naliczenia kar umownych i ich potrącenia znajdują się w aktach sprawy i rzeczą sądu odwoławczego, jako sądu meriti, jest dokonanie ich oceny prawnej.

Powód w toku procesu prezentował głównie stanowisko, że zgodnie z art. 95 prawa upadłościowego i naprawczego potrącenie nie jest dopuszczalne, jeżeli wierzyciel stał się dłużnikiem upadłego po dniu ogłoszenia upadłości. Kwestia ta rozstrzygnięta została powyżej.

Jedynie z ostrożności powód podniósł również, że nie istnieje wierzycielność ze strony pozwanego o zapłatę kary umownej objętej notą księgową nr (...) z dnia 9 października 2012 r., albowiem odstąpienie od umowy spowodowało jej wygaśnięcie i nie można dochodzić kar umownych w niej przewidzianych, wskazał też, że roszczenie o zapłatę kary umownej nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nawet w sytuacji, gdy karę taką zastrzeżono w związku z odstąpieniem od umowy, bez bliższego umotywowania tegoż stanowiska.

Przystępując do rozważań w tejże materii Sąd Apelacyjny wstępnie podnosi, że podziela pogląd zawarty w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2011 r. (sygn. akt V CSK 311/10), że art. 93 – 95 p.u.n. nie naruszają zasady, że potrącenie jest wykonywane przez oświadczenie woli złożone drugiej stronie. W motywach tegoż wyroku Sąd Najwyższy podał, że przychyła się do poglądu wyrażonego w wyrokach z dnia 17 stycznia 2007 (II CSK 315/06) oraz z dnia 13 stycznia 2006 (III CSK 360/05), wydanych wprawdzie w realiach prawa upadłościowego z 1934 r., jednak nadal aktualnych z uwagi na zachowanie w nowej regulacji tożsamyh zasad rządzących dopuszczalnością potrącenia; zgodnie z którym skutek potrącenia następuje z chwilą złożenia drugiej stronie oświadczenia o skorzystaniu z tego prawa, bez względu na to czy wierzytelność przedstawiona do potrącenia wpisana została na prawomocnej liście wierzytelności przez sędziego komisarza. Podobnie też wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Lublinie (sygn. akt I ACa 260/13) stanowiąc, że wierzyciel będący jednocześnie dłużnikiem upadłego może w procesie z powództwa syndyka o zapłatę bronić się zarzutem potrącenia, nawet jeżeli sędzia-komisarz nie uznał potrącenia z wierzytelnością dochodzoną aktualnie przez syndyka.

Pozwany Powiat (...) pismem z dnia 9 października 2012 r. naliczył wykonawcy kary umowne z następujących tytułów:

- z tytułu zwłoki w wykonaniu poszczególnych asortymentów robót w wysokości 766 091,52 zł;
- z tytułu opuszczenia placu budowy w wysokości 167 582 zł;
- z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca w wysokości 798 012,15 zł.

Sąd Apelacyjny orzekający w niniejszym składzie przychyła się do stanowiska zawartego w cytowanej przez Sąd pierwszej instancji uchwale Sądu Najwyższego z 18 lipca 2012 r. (III CZP 39/12) że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy. Jak wskazano w uzasadnieniu - zakresy pojęć "niewykonanie zobowiązania" oraz "nienależyte wykonanie zobowiązania" nie są tożsame. Stan opóźnienia lub zwłoki w wykonaniu zobowiązania, który już ustał, stanowi jedną z postaci nienależytego wykonania zobowiązania; gdy dłużnik spóźnia się z wykonaniem zobowiązania i z tej przyczyny wierzyciel odstępuje od umowy, dochodzi do niewykonania zobowiązania. Konstrukcja kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, a ściślej, za szkodę powstałą w następstwie nienależytego wykonania zobowiązania, w tym obejmującą opóźnienie lub zwłokę w wykonaniu zobowiązania, zakłada, że dojdzie do wykonania zobowiązania, ale w sposób nienależyty (np. co do terminu), natomiast u podstaw konstrukcji kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania leży założenie, że zobowiązanie nie zostanie wykonane. Jeżeli więc umowa przewiduje karę umowną za zwłokę lub opóźnienie w wykonaniu zobowiązania oraz karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy, oznacza to, że pierwsza z tych kar jest zastrzegana jedynie za szkodę spowodowaną opóźnieniem lub zwłoką - jako jednych z postaci nienależytego wykonania zobowiązania, które jednak zostanie wykonane - natomiast drugi rodzaj kary umownej dotyczy rekompensaty za szkodę doznaną przez wierzyciela wskutek niewykonania zobowiązania, w następstwie odstąpienia od umowy, chociażby przyczyną wykonania tego uprawnienia była wcześniejsza zwłoka dłużnika lub inne okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi dłużnik.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę sprawy przyjąć należy, że jedyną karą umowną, która należna jest pozwanemu jest to kara z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca - w wysokości 798 012,15zł. Stanowiska tego nie zmienia fakt, że odstąpienie od umowy nastąpiło ze skutkiem ex nunc. W powołanej uchwale Sąd Najwyższy prezentował swe stanowisko w oparciu o umowne odstąpienie od umowy, które w świetle art. 395 kc odnosi skutek ex tunc. Dopuszczalność odstąpienia od niniejszej umowy ze skutkiem ex nunc omówiona została powyżej. Przedstawione natomiast rozważania Sądu Najwyższego, zawarte w powołanej uchwale, w żadnym razie nie mogą skutkować przyjęciem, że w sytuacji rozwiązania umowy ze skutkiem ex nunc należne są zarówno kary umowne za odstąpienie od umowy jak i za nienależyte wykonanie umowy w części sprzed rozwiązania umowy. Całokształt wywodów oraz duch wypowiedzi Sądu Najwyższego sprowadza się do tego, że dopuszczalność dochodzenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek zwłoki lub opóźnienia musi zakładać, że wolą

stron było, aby te kary utrzymały się także po odstąpieniu od umowy. W takim przypadku przekształcają się one z chwilą odstąpienia od umowy w karę umowną za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, ale tylko wtedy jeżeli jednocześnie w umowie nie przewidziano odrębnej kary umownej z tego tytułu.

Tymczasem w umowie łączącej strony przewidziane zostały kary umowne za zwłokę w wykonaniu poszczególnych asortymentów robót, za każdy dzień zwłoki w wypadku niedotrzymania końcowego terminu realizacji robót, za każdy dzień nieobecności na placu budowy – a także kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Łączenie tych kar – w świetle powołanej uchwały – pozostawałoby w sprzeczności z istotą kary umownej, stanowiącej swego rodzaju surogat odszkodowania i powodowałoby de facto dublowanie go.

Tylko marginalnie Sąd Apelacyjny podnosi, iż o ile przedmiotowe odstąpienie od umowy mogło mieć jedynie skutek ex tunc (czego Sąd Apelacyjny orzekający w tym składzie nie przyjmuje), to tym bardziej zastosowanie winna mieć powołana uchwała z 18 lipca 2012 r.

Ostatnią kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest zasadność potrącenia kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy. Pozwany Powiat (...) w piśmie z dnia 9 października 2012 r., odstępując od umowy, powołał się na treść art. 635 kc w zw. z art. 656 kc. Zgodnie z powołanymi normami jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z wykonaniem robót tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić.

Z umowy wynika, że wykonawca zobowiązał się w § (...) umowy do rozbiórki istniejącego mostu i wykonania przyczółków nowego mostu w terminie do 30 listopada 2012 r. oraz do wykonania pozostałych prac w terminie do 31 sierpnia 2013 r. W harmonogramie zakres robót, jakie miał wykonawca wykonać do 30 listopada 2012 r. został rozszerzony o wykonanie całości prac fundamentowych. Do końca września 2012 r. wykonawca – zgodnie z harmonogramem miał wykonać roboty fundamentowe, palowanie, przyczółki i łożyska. Tymczasem zgodnie z ustalonym stanem faktycznym (który Sąd Apelacyjny podziela) tych robót do 11 września 2012 r., kiedy to wykonawca zszedł z placu budowy, nie wykonano. Jak wyjaśnił biegły sądowy, słuchany uzupełniająco w trakcie rozprawy z dnia 12 czerwca 2015 r. stan robót na dzień 12 września 2012 r. (kiedy to wykonawca zszedł z placu budowy) pozwalała na ukończenie pierwszego etapu robót do końca listopada 2012 r. Jednakże - jak podał biegły (K- 249v) -stan robót na dzień 9 października 2012 r. (data odstąpienia od umowy) już takich gwarancji nie dawał.

Ze swej strony Sąd Apelacyjny zauważa, że prawie miesięczny przestój przy tak ważnej inwestycji jak rozbiórka istniejącego obiektu mostowego (...), uszkodzonego w wyniku powodzi z maja i czerwca 2010 r. i budowa nowego mostu na drodze powiatowej stanowi rzecz niedopuszczalną w dzisiejszych realiach. Pozwany Powiat (...) pismem z dnia 14 września 2012 r. wyraził zaniepokojenie opóźnieniem prac w stosunku do harmonogramu, które ocenił na poziomie 10-14 dni. Kolejnym pismem z 1 października 2012 r. Powiat (...) zawiadomił wykonawcę o stwierdzonym całkowitym zaprzestaniu prac, blisko miesięcznym opóźnieniu, wzywając do podjęcia prac w terminie 7 dni. Na pisma te powód nie zareagował. W ocenie Sądu Apelacyjnego w takiej sytuacji inwestor miał pełne podstawy dla odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 kc w zw. z art. 656 kc. Już tylko marginalnie podnieść należy, że spółka (...) nie zakwestionowała pisma o odstąpieniu od umowy, a zatem w sposób dorozumiany przystała na rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po jej stronie.

Powyższe wywody prowadzą do przyjęcia, że zasadnym było naliczenie jedynie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca w wysokości 798 012,15 zł.

Przy niekwestionowanej należności na rzecz powoda (1 084 311 zł) i odjęciu od tej kwoty skutecznie potrąconej kary umownej w wysokości 798 012,15 zł należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda kwotę 286 298,85 zł, w pozostałej części powództwo oddalając, o czym orzekł Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386§1 kpc jak w pkt. 1 a) i b) wyroku.



Zmiana rozstrzygnięcia pociągnęła za sobą konieczność korekty rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu. Powód utrzymał się ze swoim żądaniem w 26%.

1 084 311 zł – 100%

798 012,15 zł – x

x = 26

I powód, i pozwany ponieśli koszty procesu za pierwszą instancję, ograniczające się do honorarium pełnomocnika procesowego w wysokości 7 217 zł. Stosunkowe rozdzielenie tych kosztów prowadzi do zasądzenia na rzecz pozwanego kwoty 3 464 zł, a to na podstawie art. 100 kpc i § 6 pkt. 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 490).

Na podstawie art. 113 ust 1 i 4 ustawy z dnia z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jednolity: Dz. U. z 2014, poz. 1025; dalej: uks) nakazano pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 14 315 zł (stanowiącą 5% zasądzonych kwoty) tytułem części nieuiszczonej opłaty od pozwu, od ponoszenia której powód był zwolniony i odstąpiono od obciążania powoda pozostałą częścią - z zasądzonych roszczenia, z przyczyn, które zostaną przedstawione niżej, przy uzasadnieniu rozstrzygnięcia o kosztach sądowych w postępowaniu apelacyjnym.

W pozostałym zakresie apelacja winna ulec oddaleniu na podstawie art. 385 kpc.

Rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego w przedmiocie kosztów procesu za instancję odwoławczą uzasadniają normy z art. 108§1 kpc i art. 100 kpc (przy zastosowaniu zasady stosunkowego rozdzielania kosztów) oraz § 6 pkt 7 w związku z § 12 ust 1 pkt. 2 cyt. rozporządzenia w przedmiocie opłat za czynności radców prawnych. Rozporządzenie to zostało uchylone przez obowiązujące od dnia 1 stycznia 2016 roku rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. z 2015, poz. 1800). Jednakże w § 21 tego rozporządzenia wskazano, że do spraw wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe do czasu zakończenia postępowania w danej instancji. Apelacja została wniesiona w dniu 11 sierpnia 2015 roku, wobec czego należało zastosować przepisy obowiązujące w tej dacie.

Koszty powoda w postępowaniu apelacyjnym ograniczyły się do honorarium pełnomocnika procesowego w wysokości 5 400 zł (§ 6 pkt 7 w związku z § 12 ust 1 pkt. 2 cyt. rozporządzenia). Koszty pozwanego to również honorarium pełnomocnika (5 400 zł) oraz część opłaty od apelacji (18 000 zł). Łączne koszty pozwanego wynoszą 23 400 zł. Przy przyjęciu, że powód utrzymał się ze swoim żądaniem w 26 %, powodowi należne jest 26% z 5 400 zł, czyli 1 404 zł, a pozwanemu 74% z 23 400 zł, czyli 17 316 zł. Potrącenie tych kwot daje różnicę 15 912 zł (17 316 – 1 404 = 15 912).

Na podstawie art. 113 ust 4 uks odstąpiono od obciążenia powoda stosowną częścią nieuiszczonej opłaty od apelacji, od ponoszenia której strona pozwana została zwolniona. W ocenie Sądu Apelacyjnego sytuacja materialna powoda pozwala na zastosowanie wobec niego dobrodziejstwa wynikającego z powołanej normy. Powodem jest Syndyk Masy Upadłości spółki (...), oczywistą rzeczą zatem jest, że jego kondycja materialna nie jest korzystna, co miał już na uwadze Sąd pierwszej instancji, zwalniając powoda od kosztów sądowych. W sytuacji, gdy niepewne są możliwości zaspokojenia wierzycieli spółki (...), zachodzą szczególne okoliczności, pozwalające na odstąpienie od obciążania kosztami sądowymi w procesie mającym na celu właśnie zwiększenie aktywów upadłego, celem wypełnienia ciężących na nim zobowiązań.

SSO Aneta Pieczyrak-Pisulińska SSA Elżbieta Karpeta SSA Lucyna Świdorska-Pilis