

Sygn. akt V ACa 435/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 października 2012r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Barbara Kurzeja
Sędziowie:	SA Lucjan Modrzyk SA Iwona Wilk (spr.)
Protokolant:	Anna Fic

po rozpoznaniu w dniu 26 października 2012r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Z.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 29 marca 2012 r., sygn. akt X GC 194/11

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 146.700 (sto czterdzieści sześć tysięcy siedemset) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 22 lutego 2011r. a w pozostałej części powództwo oddala,

- zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 9.737 (dziewięć tysięcy siedemset trzydzieści siedem) złotych tytułem kosztów procesu;

2. oddala apelację w pozostałej części;

3. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 8.415 (osiem tysięcy czterysta piętnaście) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 435/12

## UZASADNIENIE

Powódka (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

w K. wniosła o zasądzenie od pozwanej (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. kwoty 244.500 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 22 lutego 2011 r. do dnia zapłaty i kosztami procesu, tytułem reszty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane wobec tego, iż potrącenie dokonane przez pozwaną nie było skuteczne. Pozwana nie była bowiem wierzycielem w zakresie kar umownych za nieterminowe wykonanie umowy stron. Nadto istnieją przesłanki do miarkowania kary umownej.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów procesu. Podniosła pozwana, iż skutecznie potrąciła z wierzytelnością powódki własną wierzytelność z tytułu kary umownej skoro termin wykonania przedmiotu umowy upłynął z dniem 31 października 2010r. a powódka zgłosiła obiekt do odbioru 24 stycznia 2011r. Ponadto nie zachodzą przesłanki miarkowania naliczonej kary umownej.

Wyrokiem z 29 marca 2012r. Sąd Okręgowy w Gliwicach oddalił powództwo (pkt 1) oraz zasądził od powódki na rzecz pozwanej koszty procesu w kwocie 14417 zł (pkt 2) a także nakazał pobrać od powódki na rzecz Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Gliwicach) kwotę 98,32 zł tytułem niepokrytych przez strony kosztów opinii biegłego (pkt 3).

Sąd Okręgowy ustalił, że strony zawarły w dniu 26 marca 2010 r. umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wybudowanie przez powódkę na rzecz pozwanej pensjonatu oraz sali bankietowej wraz z zapleczem gastronomicznym w stanie surowym otwartym w Z. przy ul. (...). przy czym rozpoczęcie robót nastąpić miało w terminie 7 dni od dnia przekazania powódce placu budowy przez pozwaną, a ich zakończenie w dniu 30 września 2010r.

Dalej strony ustaliły, że jeżeli z przyczyn obiektywnie leżących poza powódką rozpoczęcie lub kontynuowanie robót będzie niemożliwe (co zostanie należycie udowodnione przez powódkę) termin zakończenia prac ulegnie przesunięciu o czas niezbędny do usunięcia tych przeszkód, a jedną z takich przeszkód może być temperatura powietrza poniżej -10°C, występująca przez okres kolejnych 3 dni. Wszelkiego rodzaju okoliczności utrudniające pracę miały zostać potwierdzone wpisem do dziennika budowy.

W przypadku zlecenia dodatkowych prac ustalono, że termin zakończenia ulegnie przesunięciu o czas potrzebny na wykonanie tych prac, co znajdzie odzwierciedlenie w odrębnym zleceniu i aneksie do umowy.

W § 10 ust. 4 umowy strony ustaliły, że w przypadku opóźnienia powódki w przekazaniu przedmiotu umowy powódka zapłaci pozwanej karę umowną w wysokości 0,5% wynagrodzenia netto (ustalonego w § 4 ust. 1 umowy na kwotę 1.630.000 zł netto) za każdy dzień opóźnienia. W ust. 9 § 10 pozwana zastrzegła sobie prawo do potrącenia kar umownych z wynagrodzeniem powódki, na co powódka wyraziła zgodę. Ustalono, że kary umowne płatne będą w terminie 30 dni od otrzymania należycie sporządzonej noty księgowej z wezwaniem do zapłaty, natomiast łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 15% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy.

Umowa została zawarta na podstawie oferty powódki. Projekt budowlany wykonał A. B.. W otrzymanej przez powódkę przy podpisywaniu umowy dokumentacji nie było projektu wykonawczego konstrukcji dachu. Był to osobny projekt zlecony (...) Sp. z o.o.

Przekazanie placu budowy nastąpiło dzień później niż określono w umowie, tj. w dniu 8 kwietnia 2010 r.

Na wniosek pozwanej pierwsze wpisy w dzienniku budowy były dokonywane dopiero po złożeniu przez pozwaną wniosku o dotację z Unii Europejskiej.

Wniosek o zezwolenie na wjazd na budowę pozwana złożyła w dniu 23 marca 2010r. Zezwolenie na dojazd do placu budowy od ul. (...) uzyskane zostało przez pozwaną w dniu 20 maja 2010r., zaś powódce zostało przekazane dnia 7 czerwca 2010r.

W czasie zagrożenia powodziowego w rejonie budowy w maju i czerwcu 2010 r. powódka prowadziła nieprzerwanie prace. Natomiast niskie temperatury oraz intensywne opady śniegu odnotowano w dzienniku budowy jedynie w dniu 13 grudnia 2010 r.

Dnia 20 lipca 2010 r. strony uzgodniły przeprojektowanie więźby dachowej z zachowaniem geometrii i nośności konstrukcji w miejsce zakupu w firmie (...) Sp. z o.o. gotowej konstrukcji dachu. Wniosek o zmianę technologii wykonania dachu złożył kierownik budowy. Strony nie sporządziły aneksu do umowy w powyżej wskazanym zakresie. Projekt wykonawczy więźby dachowej wykonał inspektor nadzoru. Projekt wykonawczy dachu był dostarczany powódce częściowo. Ostateczny projekt wykonawczy konstrukcji dachu został wykonany dla pozwanej i dostarczony powódce we wrześniu 2010 r. Powódka powierzyła wykonanie konstrukcji i pokrycia dachu firmie(...)w B..

Równocześnie z przystąpieniem do opracowania projektu wykonawczego dachu, dokonano przeprojektowania schodów wewnętrznych oraz powstała konieczność wykonania dociepleń ścian w części mansardowej. W dniu 3 września 2010 r. wstrzymano wykonanie części mansardowej dachu, co odnotowano w dzienniku budowy. Roboty dociepleniowe pozwana powierzyła firmie (...), która prowadziła je w okresie od dnia 4 października 2010 r. do dnia 28 października 2010 r., a ich odbiór nastąpił w dniu 17 listopada 2010 r.

Roboty dociepleniowe ścian w zakresie realizowanym przez firmę (...) w pasie zabudowanym przez drewnianą konstrukcję mansardów nie mogły być wykonane po zrealizowaniu robót przez powódkę ze względu na mocowanie tej konstrukcji do wieńcy w ścianach. W części mansardowej docieplenie winno być wykonane przed ułożeniem dachówek na łąkach poziomych przybijanych do konstrukcji mansardów. Powierzchnia zabudowana mansardami na ścianach pionowych po obwodzie budynku stanowiła 37% powierzchni z całości prac dociepleniowych ujętych w umowie do wykonywania dociepleń. Pokrycie dachówką mogło nastąpić dopiero po odebraniu robót dociepleniowych ścian pod mansardami.

Dnia 17 listopada 2010 r. pozwana obciążyła firmę (...) karą umową za 17 dni opóźnienia w przekazaniu przedmiotu umowy w kwocie netto 5.834,40 zł. Dnia 22 listopada 2010 r. zostało zawarte porozumienie pomiędzy pozwaną o firmą (...), zgodnie z którym pozwana zobowiązała się do anulowania powyższej noty obciążeniowej w zamian za wykonanie dociepleń kominów. Termin realizacji ustalono na 25 listopada 2010 r. Wykonanie dociepleń kominów ze względów praktycznych winno być wykonane przed położeniem dachówki z jednoczesnym wykonaniem obróbek blacharskich. Po odbiorze robót dociepleniowych powódka podjęła roboty budowlane. Termin wykonania przedmiotu umowy uległ przesunięciu w oparciu o aneks do umowy na dzień 31 października 2010 r. z uwagi na przeprojektowanie schodów w budynku z prostych na półokrągłe.

Całościowe wykonanie przedmiotu umowy nastąpiło w styczniu 2011 r. Powódka w dniu 24 stycznia 2011 r. zgłosiła obiekt do odbioru. Protokół odbioru końcowego robót sporządzono dnia 1 lutego 2011 r. Za wykonane roboty powódka wystawiała faktury przejściowe. Ostatnią fakturę na kwotę 351.165 zł powódka wystawiła w dniu 21 stycznia 2011 r. Faktura ta została zapłacona przez pozwaną jedynie częściowo do kwoty 102.143,13 zł w dniu 22 lutego 2011 r.

Pozwana w dniu 21 lutego 2011 r. obciążyła powódkę karą umowną przewidzianą w § 10 ust. 5 umowy na kwotę 244.500 zł za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy. Powyższa nota obciążeniowa została doręczona powódce w dniu 22 lutego 2011 r.

Powódka nie uznała zasadności naliczenia kar i wezwała pozwaną do zapłaty wynagrodzenia, jednak bezskutecznie.

W dniu 26 kwietnia 2011 r. pozwana dokonała potrącenia.

Zważył w tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy, że roszczenie powódki nie jest uzasadnione.

Powódka, dochodząc wynagrodzenia za wybudowanie na rzecz pozwanej budynku pensjonatu oraz sali bankietowej wraz z zapleczem gastronomicznym w stanie surowym otwartym, zgodnie z łączącą strony umową z dnia 26 marca 2010 r., podnosiła, iż opóźnienie w wykonaniu umowy nastąpiło z przyczyn od niej niezależnych.

Pozwana zaś kwestionując zasadność dochodzonego przez powódkę roszczenia podniosła, iż odpowiedzialność za niedotrzymanie ustalonego terminu umownego spoczywa na powódce. Wobec faktu, iż powódka nie wywiązała się z zobowiązania umownego poprzez niedotrzymanie terminu przekazania pozwanej przedmiotu umowy została ona w oparciu o § 10 ust. 5 umowy obciążona karami umownymi w kwocie 244.500 zł. Kary te zostały potrącone z należnego powódce wynagrodzenia.

Odnośnie do powyższego w pierwszej kolejności wskazać należy, że zastrzeżenie w umowie kar umownych sprawia, że w każdym wypadku nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania bez znaczenia dla powstania obowiązku ich zapłaty są przyczyny, które spowodowały naruszenie obowiązków ciążących na dłużniku stosownie do treści zobowiązania. Wierzyciel dla realizacji przysługującego mu roszczenia

o zapłatę kary umownej musi wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go

z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Nie budzącym wątpliwości przy tym jest, iż samo zastrzeżenie kary umownej na wypadek nieterminowego wykonania przedmiotu umowy jest skuteczne i ważne. Podkreślenia wymaga, że w rozpatrywanej sprawie strony zastrzegły prawo naliczenia kary umownej w przypadku opóźnienia, a nie zwłoki powódki w przekazaniu przedmiotu umowy, zaś pomiędzy stronami bezspornym było wykonanie przez powódkę przedmiotu łączącej strony umowy po upływie uzgodnionego przez strony terminu jej wykonania, który upłynął z dniem 31 października 2010 r.

Jednakże mimo automatyzmu w przedmiocie konieczności zapłacenia kary umownej w razie wystąpienia okoliczności uzasadniających jej naliczenie przyjąć trzeba, że w pewnych sytuacjach dłużnik będzie zwolniony od obowiązku jej zapłaty. Skoro przesłanką uzasadniającą zwolnienie dłużnika z odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wykazanie, że przyczyną takiego stanu rzeczy są okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, to przyjąć trzeba, że analogiczne zasady obowiązują w odniesieniu do omawianego dodatkowego zastrzeżenia umownego. Dłużnik zatem będzie zwolniony z obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaze, że przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania uzasadniającego naliczenie kary umownej są okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Zatem to powódka winna była wykazać, stosownie do spoczywającego na niej z mocy art. 6 k.c. ciężaru dowodowego, iż opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy nastąpiło z przyczyn od niej niezależnych, co czyniłoby zarzut potrącenia należności z tytułu kary umownej za pozbawiony podstaw.

Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w sposób nie budzący wątpliwości wynika, iż wbrew postanowieniom łączącej strony umowy przekazanie powódce terenu budowy nie nastąpiło w dniu 7 kwietnia 2010 r., lecz dnia następnego, tj. 8 kwietnia 2010 r.

Niezależnie od powyższego powódka twierdziła, że faktyczne przekazanie placu budowy i rozpoczęcie robót nastąpiło dopiero w dniu 22 kwietnia 2010 r., albowiem zdaniem powódki, dopiero wówczas pozwana miała dopełnione formalności związane

z dofinansowaniem inwestycji. Jednakże powyższe twierdzenia powódki pozostają

w sprzeczności nie tylko z zeznaniami prezesa zarządu pozwanej ale także z dokumentacją fotograficzną, sporządzoną dnia 20 kwietnia 2010 r., przedstawiającą prowadzone przez powódkę prace związane z wylewaniem fundamentów na placu budowy.

Dalej powódka wskazywała na trudności związane z dojazdem ciężkiego sprzętu na plac budowy, albowiem zezwolenie na dojazd do placu budowy od ul. (...) uzyskane zostało przez pozwaną dopiero w dniu 20 maja 2010 r., a powódce zostało przekazane

w dniu 7 czerwca 2010 r., a zatem w 2 miesiące od przekazania placu budowy. Jednakże do czasu otrzymania powyższego zezwolenia prace jakkolwiek były utrudnione, to były prowadzone.

W dalszej kolejności powódka wskazywała na konieczność przeprojektowania dachu, gdyż dostarczony przy umowie projekt dachu był wyłącznie projektem budowlanym. Powódka podnosiła, że ostateczny projekt wykonawczy konstrukcji dachu został wykonany dla pozwanej i dostarczony powódce dopiero we wrześniu 2010 r. Jednakże wniosek o zmianę technologii wykonania dachu złożył kierownik budowy R. B., wyznaczony na to stanowisko przez powódkę.

Skoro zatem to powódka z własnej inicjatywy zdecydowała się na odstępianie od projektu budowlanego i w miejsce zakupu w firmie (...) Sp. z o.o. gotowej konstrukcji dachu zdecydowała się na wykonanie nowego projektu dachu, zaś strony nie sporządziły aneksu do umowy w zakresie dotyczącym wyznaczenia nowego terminu wykonania prac, to fakt niedotrzymania terminu wykonania umowy w powyższym zakresie nie może obciążać strony pozwanej.

Równocześnie z przystąpieniem do opracowania projektu wykonawczego dachu dokonano przeprojektowania schodów wewnętrznych. Jednakże z uwagi na przeprojektowanie schodów w budynku z prostych na półokrągłe termin wykonania przedmiotu umowy uległ przesunięciu w oparciu o aneks do umowy na dzień 31 października 2010 r.

W tym samym czasie pojawiła się kwestia konieczności wykonania dociepleń ścian zewnętrznych I pietra przed ułożeniem dachówki, co wynika z wpisów w dzienniku budowy. W dniu 3 września 2010 r. wstrzymano wykonanie części mansardowej dachu, co odnotowano w dzienniku budowy. Roboty dociepleniowe dachu pozwana powierzyła firmie (...), która prowadziła je w okresie od dnia 4 października 2010 r. do dnia 28 października 2010 r., a ich odbiór nastąpił w dniu 17 listopada 2010 r. Roboty dociepleniowe ścian w zakresie realizowanym przez firmę (...) w pasie zabudowanym przez drewnianą konstrukcję mansardów nie mogły być wykonane po zrealizowaniu robót przez powódkę.

Skoro pokrycie dachówką mogło nastąpić dopiero po odebraniu robót dociepleniowych ścian pod mansardami, to należało zgodzić się z powódką, że za okres w którym były wykonywane przedmiotowe prace dociepleniowe, tj. od 4 października 2010 r. do 17 listopada 2010 r. (45 dni), a w którym to powódka nie mogła położyć dachówki, nie może ona ponosić odpowiedzialności za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy.

Do końca października 2010 r. powódka miała zrobione 90% dachu głównego, zaś do zrobienia pozostały mansardy i obróbki przy kominach. Prace te powódka zaczęła około 20 listopada 2010 r. i zakończyła około 20-21 stycznia 2011 r. Jednakże powódka wykazała jedynie w jakim okresie czasu faktycznie wykonała prace na dachu po zakończeniu dociepleń. Natomiast powódka winna była wykazać jaki okres czasu był rzeczywiście niezbędny na wykonanie powyższych prac, który to okres uzasadniałby przedłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy. Powyższemu obowiązkowi powódka nie sprostała.

Firma (...) wykonywała również docieplenia kominów. Zgodnie z porozumieniem z dnia 22 listopada 2010 r. termin realizacji dociepleń kominów ustalono na 25 listopada 2010 r. Jednak powyższe prace nie kolidowały z pracami powódki, albowiem jak wynika z wpisów w dzienniku budowy dnia 22 listopada 2010 r. nastąpiła kontynuacja robót dekarских i ciesielskich dachu głównego i mansard.

Powódka wskazała również na okoliczności faktyczne związane z wystąpieniem zagrożenia powodziowego w rejonie budowy w maju 2010 r. oraz warunki pogodowe (w tym opady śniegu) jakie panowały w grudniu 2010 r. Odnosnie do powyższego wskazać należy, że zgodnie z § 3 ust. 2 łączącej strony umowy jeżeli z przyczyn obiektywnie leżących poza wykonawcą rozpoczęcie lub kontynuowanie robót będzie niemożliwe termin zakończenia prac ulegnie przesunięciu o czas niezbędny do usunięcia tych przeszkód. Jedną z takich przeszkód może być temperatura powietrza poniżej -10°C, występująca przez okres kolejnych 3 dni. Co istotne, wszelkiego rodzaju okoliczności utrudniające prace miały zostać potwierdzone wpisem do dziennika budowy. W dzienniku budowy dokonano zaś jedynie w dniu 13 grudnia 2010 r. wpisu o niskiej temperaturze oraz intensywnych opadach śniegu. Z wpisów w dzienniku budowy nie wynika, aby powyższa sytuacja pogodowa utrzymywała się przez okres kolejnych 3 dni. Co więcej, dnia 15 grudnia 2010 r. dokonano wpisu do dziennika budowy, iż nad balkonami

wykonano dodatkową obróbkę blacharską mocowaną do deski skapowej. Z powyższego wynika, iż po dniu 13 grudnia 2010 r. powódka kontynuowała prace. Nadto w dzienniku budowy nie poczyniono żadnych wpisów w przedmiocie trudności dojazdu na plac budowy w okresie zagrożenia powodziowego w maju i czerwcu 2010 r. Powódka wskazywała również na konieczność wykonania różnorodnych prac dodatkowych, jak podniesienia fundamentów, wykonania dodatkowej obróbki blacharskiej czy też murków wokół drzwi. Jednakże w § 3 ust. 3 umowy ustalono, że w przypadku zlecenia dodatkowych prac, termin zakończenia ulegnie przesunięciu o czas potrzebny na wykonanie tych prac, co znajdzie odzwierciedlenie w odrębnym zleceniu i aneksie do łączącej strony umowy. Powódka, wbrew spoczywającemu na niej ciężarowi dowodowemu, nie wykazała, aby w kwestionowanym przez nią zakresie zostały złożone odrębne zlecenia oraz zawarto aneksy do umowy.

Pozwana naliczyła powódce karę umowną za okres od dnia 1 listopada 2010 r. do dnia 24 stycznia 2011 r., kiedy to powódka zgłosiła pozwanej roboty budowlane do odbioru (łącznie 85 dni) w wysokości 244.500 zł.

Opóźnienie powódki wynikające z przekazania terenu budowy o jeden dzień później niż ustalono w umowie (8 kwietnia 2010 r. zamiast 7 kwietnia 2010 r.) oraz konieczności docieplenia ścian pod mansardami, które to prace były prowadzone przez firmę (...) w okresie od 4 października 2010 r. do 17 listopada 2010 r. (45 dni) nastąpiło z przyczyn nie leżących po stronie powódki, co zwalnia ją w tym zakresie z obowiązku zapłaty kary umownej. Dlatego też uzasadnionym było nałożenie przez pozwaną na powódkę kary umownej jedynie za okres 40 dni.

W § 10 ust. 4 umowy strony ustaliły, że w przypadku opóźnienia powódki w przekazaniu przedmiotu umowy powódka zapłaci pozwanej karę umowną w wysokości 0,5% wynagrodzenia netto (ustalonego w § 4 ust. 1 umowy na kwotę 1.630.000 zł netto) za każdy dzień opóźnienia. Zatem wysokość kary umownej za jeden dzień wynosiła 8.150 zł, natomiast za okres 40 dni opóźnienia 326.000 zł. Jednakże strony w umowie ustaliły, że łączna wysokość kar umownych nie może przekraczać 15% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, tj. 244.500 zł.

Karą umowną w powyższej wysokości, z uwagi na górny limit 15% wynagrodzenia, pozwana obciążyła powódkę za okres 85 dni. Dlatego też mimo obniżenia okresu opóźnienia z 85 dni do 40 dni za zasadny uznać należało zarzut pozwanej w postaci potrącenia przez nią kary umownej w wysokości 244.500 zł z należnego powódce wynagrodzenia stanowiącego równowartość kary umownej. W ust. 9 § 10 pozwana zastrzegła sobie prawo do potrącenia kar umownych z wynagrodzeniem powódki, na co powódka wyraziła zgodę.

Niezależnie od zasadności obciążenia karą umowną powódka podniosła, że ewentualna kara winna być co najmniej zmiarkowana.

Artykuł 484 § 2 k.c., dopuszczając zmniejszenie kary umownej w razie, gdy jest ona rażąco wygórowana, nie wskazuje w stosunku do czego należy odnosić „rażąco wygórowanie” tej kary. Wykładnia gramatyczna tego przepisu wskazuje, że miarkowaniu powinny być poddawane jedynie te kary, których nadmierna wysokość, biorąc pod uwagę przyjęty przez sąd punkt odniesienia, jest jednoznaczna. Kara umowna może być „rażąco wygórowaną” już w momencie jej zastrzegania bądź też zostać taką

w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć fakt, iż szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary.

W rozpatrywanej sprawie kara umowna została zastrzeżona w wysokości 0,5% wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia, a przy tym ustalono, że nie może ona przekraczać 15% wynagrodzenia netto. Tak ustalona wysokość kary umownej nie budzi zastrzeżeń pod względem jej rozmiaru. Odnośnie zaś do okresu opóźnienia wskazać należy, że strony termin przekazania przedmiotu umowy określiły na dzień 31 października 2010 r., zaś powódka zgłosiła obiekt do odbioru dopiero w dniu 24 stycznia 2011 r. Prezes zarządu pozwanej B. S. zeznał zaś, iż przesunięcie oddania obiektu o 3-4 miesiące spowodowało, że w praktyce została skasowana cała karencja spłaty kredytu, tzn. pozwana zaczynając działalność od razu musiała spłacać kredyt. Nadto, pozwana posiadała w zimie oferty firm wykończeniowych z których nie mogła skorzystać, natomiast musiała zawierać umowy w marcu na wyższe ceny. Dodatkowo pozwana w wyniku

opóźnienia w przekazaniu przedmiotu umowy nie uruchomiła pensjonatu w przewidywanym terminie oraz utraciła spodziewany zysk.

Nadto, biorąc pod uwagę fakt, że strony są przedsiębiorcami, należy bardzo ostrożnie i wyjątkowo stosować instytucję miarkowania. Od podmiotu działającego profesjonalnie w obrocie gospodarczym można bowiem oczekiwać większej staranności i umiejętności oceny ryzyka związanego z zaakceptowaniem postanowień kontraktowych odnoszących się do kary umownej. Zbytняя ingerencja Sądu w wysokość kary umownej na podstawie instytucji miarkowania mogłaby doprowadzić do całkowitego wyłączenia jej celu jako środka służącego dyscyplinowaniu dłużnika i unicestwienia zabezpieczenia interesów wierzyciela w zakresie terminowego wykonania umowy.

W związku z powyższym powództwo o zapłatę wynagrodzenia stanowiącego równowartość nałożonych na powódkę kar umownych jako niezasadne należało oddalić z uwagi na nie wykazania przez powódkę okoliczności zwalniających ją z obowiązku zapłaty kary umownej, określonych w art. 483 k.c. i art. 484 k.c. Orzeczenie o kosztach postępowania oparto na przepisie art. 98 k.p.c.

Powyższy wyrok zaskarżyła w całości apelacją powódka, która zarzucając nierozpoznanie istoty sprawy poprzez nie rozpoznanie okoliczności spornych tj. nierozpoznanie wszystkich okoliczności i zarzutów podnoszonych przez powódkę wskazujących na brak jej odpowiedzialności za przesunięcie terminu umownego w oddaniu przedmioty umowy na podstawie §3 ust. 2 umowy, ze względu na okoliczność od niej niezależne tj. poprzez konieczność wstrzymania robót od 3.09.2010r. do 25.11.2010r. i brak frontu robót przez 71 dni na częściach dachu stanowiących ok. 40% całości, niekorzystnych warunków pogodowych w okresie zimowym wpływających na niemożność kontynuowania robót przez kolejnych 16 dni, nierozpoznanie zarzutów powódki, iż kara umowna przewidziana była za przekazanie przedmiotu umowy, a nie opóźnienie w wykonaniu, zgodnie z treścią §10 ust. 5 umowy, nierozpoznanie zarzutów odnośnie dokonanego potrącenia i zarzutu braku udowodnienia przez pozwanego przesłanek pozwalających na przyjęcie, iż wiarygodność z tytułu kar umownych powstała, nierozpoznanie zarzutu miarkowania kary umownej, błąd w ustaleniach faktycznych mających wpływ na wynik sprawy, sprzeczność w ustaleniach faktycznych mających wpływ na wynik sprawy; naruszenie przepisów prawa materialnego, a to: art. 65 k.c., art. 498 i 499 k.c., art. 455 k.c., art. 6 k.c., art. 484 k.c. w zw. z art. 362 k.c., art. 483 k.c. w zw. z art. 471 i 472 k.c. oraz istotne naruszenie przepisów postępowania, a to: art. 233 k.p.c., art. 232 k.p.c., art. 98 k.p.c. w zw. z §2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2000 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu i art. 328§2 k.p.c. wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kwoty 244 500 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 22.02.2011r. do dnia zapłaty i kosztami procesu, w tym zastępstwa procesowego w wysokości podwójnej stawki minimalnej ewentualnie o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania – przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego.

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

apelacja jest częściowo uzasadniona.

Sąd Apelacyjny w zasadzie podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji jako, że ustalenia te znajdują oparcie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym ocenionym przez ten Sąd w granicach zakreślonych przepisem art. 233§1 k.p.c.

W szczególności zaaprobować należy te wnioski Sądu I instancji gdy Sąd ten przyjmuje, iż podnoszone przez powódkę okoliczności związane z uzyskaniem przez pozwaną zezwolenia na dojazd do placu budowy od ul. (...), przeprojektowaniem konstrukcji dachu oraz schodów wewnętrznych a także warunkami pogodowymi wynikającymi z zagrożenia powodziowego oraz niskich temperatur w okresie zimowym nie mogły być ocenione jako zdarzenia powodujące przesunięcie ustalonego w umowie terminu przekazania przedmiotu umowy z przyczyn od powódki niezależnych. Podkreślenia tu wymaga, iż apelująca nie przytoczyła w istocie w odniesieniu do powyższych wniosków Sądu I instancji argumentów natury jurydycznej wykazujących, iż wnioski te naruszają kryteria oceny dowodów określone w art. 233§1 k.p.c. Jedynie w odniesieniu do warunków pogodowych panujących w okresie zimowym

powódka zakwestionowała wnioski Sądu I instancji podnosząc uchybienia w zakresie oceny dowodów, z których miałyby wynikać, iż czas potrzebny na wykonanie dachu w części mansaradowej wynosi ok. 2 miesiące (zeznania świadka R. B. i zeznania stron (k. 252-255, k. 364-369)). Zarzuty te nie mogą jednak odnieść zamierzonego skutku gdy przepis art. 233§1 k.p.c. nakazuje wszechstronną ocenę dowodów co oznacza, w przypadku oceny zeznań świadków, konieczność wzięcia pod rozwagę także tych dowodów, które okoliczności sprawy przedstawiają odmiennie. Umknęło zaś uwagi apelującej, iż z harmonogramu robót, stanowiącego integralną część umowy stron z 26 marca 2010 r. (k. 22-37) wynika, iż na wykonanie całego dachu potrzebny był czas ok. 2 miesiące. Nie sposób zatem przypisać moc wskazanym przez powódkę dowodom wedle których wykonanie dachu w części mansaradowej, stanowiącej ok. 37% całej powierzchni dachu (niesporne), miałyby trwać także ok. 2 miesiące. Jeśli bowiem strony przyjęły w umowie czas potrzebny na wykonanie całego dachu to sprzeczne z zasadą logicznego rozumowania byłoby ustalenie, iż ten sam czas był niezbędny do wykonania tylko części dachu.

Zaprobować zatem należy tę konkluzję Sądu I instancji, że strona powodowa nie sprostала obowiązkowi wykazania czasu koniecznego do wykonania dachu w części mansaradowej co z kolei skutkować musi tym wnioskiem, iż także twierdzenia powódki o wpływie złych warunków atmosferycznych w grudniu 2010r. i styczniu 2011r. na termin oddania inwestorowi przedmiotu umowy nie mogą odnieść skutku gdy w istocie nie można wykluczyć, iż niesprzyjające warunki atmosferyczne wystąpiły wtedy gdy powodowy wykonawca pozostawał już w opóźnieniu w przekazaniu inwestorowi przedmiotu umowy.

Z naprowadzonych wyżej przyczyn nie mogą odnieść skutku zarzuty apelacji kwestionujące wykładnię umowy stron w zakresie jej §3 pkt 2 wtedy gdy Sąd I instancji uzależnia możliwość powołania się przez wykonawcę na przeszkody w wykonywaniu robót od ujawnienia ich w dzienniku budowy bowiem okoliczności te nie mają wpływu na rozstrzygnięcie w sprawie.

Podzielić również należy ten pogląd Sądu I instancji, iż przeprojektowanie konstrukcji dachu nie było konieczne i czynności z tym związane a mające wpływ na termin wykonania robót nie mogą być ocenione jako tego rodzaju przeszkody, które uniemożliwiały kontynuowanie robót gdy projekt przekazany wykonawcy zawierał projekt konstrukcji dachu przygotowany przez Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (...), co jest okolicznością bezsporną, która to spółka nadto wykonywała, na stosowne zamówienie, konstrukcje dachu we własnym zakresie. To zaś wynika z pisma tej spółki z 10 października 2011r. (k. 248). W tej sytuacji inicjatywa powódki wykonania innego projektu konstrukcji dachu nie była wywołana potrzebami technicznymi co uprawnia do stwierdzenia, iż czynności związane z wykonaniem nowego projektu dachu do których doszło z inicjatywy powódki nie mogą być ocenione jako takie, które z przyczyn od niej niezależnych przyczyniły się do oddania obiektu po upływie umówionego terminu. Nie ma zaś racji apelująca upatrująca przyczyn przeprojektowania konstrukcji dachu w braku projektu wykonawczego gdy z treści powołanego wyżej pisma spółki (...) wynika wyraźnie, iż spółka dostarczając konstrukcję dachu zapewnia także jej montaż.

Natomiast apelacja musi odnieść skutek gdy zarzuca sprzeczność ustaleń Sądu I instancji z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego w zakresie czasu trwania przeszkody w wykonaniu dachu w części mansaradowej, który to czas Sąd ten określił na 45 dni obejmujący okres faktycznego wykonywania ocieplenia przez osobę trzecią. Ten wniosek Sądu I instancji poczyniony został, wbrew nakazowi z art. 233§1 k.p.c., z pominięciem dowodu z zapisów w dzienniku budowy gdzie w dniu 6 września 2010r. inspektor nadzoru poczynił wzmiankę o tym, że budynek wymaga docieplenia ścian zewnętrznych przed ułożeniem dochówki (k. 69). Tym samym przeszkoda w kontynuowaniu robót w części mansaradowej dachu, ujawniona zgodnie z §3 pkt 2 umowy stron, w dzienniku budowy trwała faktycznie od 6 września 2010 roku a nie jak to przyjął Sąd I instancji od 4 października 2010 roku bowiem także przed przystąpieniem do wykonania docieplenia ścian zewnętrznych kontynuowanie robót dachu w części mansaradowej nie było możliwe skoro dach w tej części mógł być wykonany po zakończeniu docieplania ścian, co Sąd I instancji niewadliwie ustalił opierając się na zebranych dowodach, w tym w szczególności dowodu z opinii biegłego sadowego (k. 300-311, 362-363). Tym samym wywołana tym przeszkoda w kontynuowaniu robót, należycie przez powodowego wykonawcę wykazana, trwała zatem 72 dni a nie 45 dni. W sumie, przy uwzględnieniu także przesunięcia przekazania wykonawcy placu budowy o 1 dzień w stosunku do umówionego terminu (bezsporne) należycie wykazana przez



powódkę przeszkoda w kontynuowaniu robót wynosiła 73 dni i o ten czas, zgodnie z §3 pkt 2 umowy stron, uległ przesunięciu termin wykonania umowy i oddania przedmiotu umowy pozwanemu inwestorowi.

W tym miejscu stwierdzić należy, że nie są trafne zarzuty apelacji naruszenia art. 65 k.c. w zakresie braku poczynienia wykładni umowy stron co do zapisów umowy dotyczących kar umownych, a w szczególności jej §10 ust. 5 umowy gdzie zostały zastrzeżone kary umowne za opóźnienie w przekazaniu przedmiotu umowy. Przede wszystkim zauważyć należy, iż niewątpliwie pozwana obciążyła powódkę karą umowną za opóźnienie w przekazaniu przedmiotu umowy co wynika z noty obciążeniowej z 21.02.2011r. (k.81).

Jest okolicznością bezsporną, że strony ustaliły w umowie termin zakończenia robót na 31 października 2010r. (bezsporne) przyjmując jednocześnie w §3 pkt 1 umowy, że za datę zakończenia robót uznaje się dzień postawienia obiektu do odbioru (k. 26). Nie może więc budzić wątpliwości, gdy nadto żadna za stron nie przedstawia odmiennego znaczenia tego postanowienia umowy, że powyższe zapisy umowy utożsamiały datę zakończenia robót z datą przekazania przedmiotu umowy. W konsekwencji przyjąć należy, iż powodowy wykonawca popada w opóźnienie w przekazaniu przedmiotu umowy wtedy gdy zgłasza obiekt do odbioru po upływie umówionego terminu tj. po dniu 31 października 2010r. Jest przy tym rzeczą obojętną jakie zdarzenia były przyczyną takiego stanu rzeczy, gdy to nadto sama powódka broniąc się przez zapłatą kary umownej powołała się na przeszkody w kontynuowaniu robót, które to przeszkody w konsekwencji doprowadziły, w jej ocenie, do przekazania przedmiotu umowy po upływie umówionego terminu.

Nie ma racji apelująca także wtedy gdy kwestionuje wymagalność roszczenia pozwanej z tytułu kary umownej odwołując się do postanowienia §10 pkt 11 umowy gdzie ustalono termin zapłaty kary umownej na 30 dni od doręczenia zobowiązanemu należycie sporządzonej noty księgowej z wezwaniem do zapłaty. Wbrew bowiem twierdzeniom powódki nota księgowa musi być oceniona jako należycie sporządzona gdy precyzuje podstawę naliczenia kary umownej i jej wysokość a także stanowi wezwanie do zapłaty wraz z pismem pozwanej z 21.02.2011r. gdy w sposób wyraźny ujawnia wolę wierzyciela otrzymania należności obejmującej naliczoną karę umowną choćby poprzez wskazanie sposobu zapłaty jako kompensata zaś strony dopuściły w umowie możliwość potrącenia wierzytelności z tytułu kar umownych (k. 32, 80 i 81).

Niezależnie od powyższego zwrócić należy uwagę, iż twierdzenia o braku wymagalności roszczenia z tytułu kary umownej powinna była powódka przytoczyć już w pozwie, a to wobec uregulowania art. 479<sup>12</sup>§1 k.p.c., które wymaga by już w pozwie powód podał wszystkie twierdzenia oraz dowody na ich poparcie i to pod rygorem utraty para powoływania ich w toku postępowania. Ten obowiązek dotyczy w szczególności tych twierdzeń i dowodów, które konstruują podstawę faktyczną powództwa zaś w tej sprawie podstawą taką było także kwestionowanie skuteczności dokonanego przez pozwaną potrącenia co obejmuje kwestionowanie przesłanek ustawowego potrącenia z art. 498§1 k.c. w tym także istnienia wzajemnych, wymagalnych wierzytelności. Twierdzenia o braku wymagalności wierzytelności pozwanej powinna zatem była powódka przytoczyć już w pozwie a jego przytoczenie później, w toku sporu, gdy powódka nie wskazała, że powołanie tego twierdzenia w pozwie nie było możliwe lub, iż potrzeba jako powołania powstała później, objęte zostało prekluzją procesową z art. 479<sup>12</sup>§1 k.p.c. (k. 375-378).

Wbrew dalszym zarzutom powódki nie ma podstaw do kwestionowania istnienia wierzytelności pozwanej z tytułu kary umownej. Zauważyć tu bowiem trzeba, iż zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej z art. 483 k.c. pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania na zasadzie art. 471 k.c. W związku z tym przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej odpowiadają ogólnym przesłankom kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej z tym jednak, iż zastrzeżenie kary umownej wprowadza modyfikację ogólnych reguł odpowiedzialności kontraktowej, w ten sposób, że dla zaistnienia obowiązku zapłaty kary umownej niezbędne jest wystąpienie tylko dwóch przesłanek, a to istnienie skutecznego zastrzeżenia umownego zapłaty kary umownej i niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania. W konsekwencji wierzyciel dla którego zastrzeżona została kara umowna musi wykazać tylko istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem oraz fakt niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania, nie ma on natomiast obowiązku wykazywać faktu

poniesienia szkody oraz tego, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

W rozpatrywanej sprawie te pozytywne przesłanki uprawniające pozwanego wierzyciela do realizacji roszczenia o zapłatę kary umownej niewątpliwie wystąpiły i w istocie rzeczy te okoliczności są między stronami bezsporne gdy strony zgodne są co do tego, iż w swej umowie zastrzegły obowiązek zapłaty przez powódkę kary umownej na wypadek opóźnienia w przekazaniu pozwanemu inwestorowi przedmiotu umowy a także nie ma między stronami sporu co do tego, iż w swej umowie zastrzegły obowiązek zapłaty przez powódkę kary umownej na wypadek opóźnienia w przekazaniu pozwanemu inwestorowi przedmiotu umowy a także nie ma między stronami sporu co do tego, iż powódka nienależycie wykonała swoje zobowiązanie w tym zakresie skoro zgłosiła obiekt do odbioru 24 stycznia 2011r. podczas gdy termin wykonania zobowiązania upłynął dla powódki 31 października 2010r. Nie może zatem obecnie powódka zasadnie zarzucać pozwanej tego, iż ta nie udowodniła istnienia wierzytelności z tytułu kary umownej przedstawionej do potrącenia z wierzytelnością pozwanej z tytułu reszty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane oświadczeniem o potrąceniu z 26 kwietnia 2011r. (k.83). W tym miejscu zauważyć trzeba, iż Sąd I instancji, wbrew zarzutom apelacji, prawidłowo ustalił, że potrącenia pozwana dokonała tym oświadczeniem jako spełniającym wymogi z art. 498§1 k.c.

W przypadku ziszczenia się obowiązku dłużnika zapłaty kary umownej dłużnik może zwolnić się od tego obowiązku, jak słusznie przyjął Sąd I instancji, wtedy gdy wykaże, iż nienależyte wykonanie zobowiązania (w tym przypadku opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy) nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych.

W okolicznościach tej sprawy, z przyczyn wyżej już naprowadzonych, obrona powódki przeciwko roszczeniu pozwanej o zapłatę kary umownej okazała się częściowo uzasadniona gdy termin wykonania umowy stron, w stosunku do umówionego, przesunął się na skutek wystąpienia przyczyn niezależnych od powódki, które uniemożliwiły wykonanie dachu w części mansardowej a także rozpoczęcie robót w umówionym terminie, o 73 dni.

W konsekwencji uprawnionym jest ten wniosek, iż pozwana mogła naliczyć karę umowną za opóźnienie w przekazaniu przedmiotu umowy wynoszące 12 dni co daje kwotę 97800 zł kary umownej należnej pozwanej (§10 pkt 5 umowy stron) i w tym zakresie jej oświadczenie o potrąceniu z wierzytelnością powódki objętej żądaniem pozwu uznać trzeba za skuteczne jako spełniające przesłanki ustawowego potrącenia z art. 498§1 k.c. Poza tym jednak jej oświadczenie o potrąceniu okazało się nieskuteczne gdy nie była pozwana wierzycielem powódki w zakresie roszczenia o zapłatę kary umownej ponad wyżej wymienioną kwotę.

W konsekwencji roszczenie powódki o zapłatę reszty wynagrodzenia w kwocie 146700 zł znajduje podstawę faktyczną i prawną w przepisie art. 647 k.c. wraz z ustawowymi odsetkami zgodnie z niekwestionowanym w tym zakresie żądaniem pozwu (art. 481§1 k.c.) a co do pozostałej kwoty wierzytelność powódki wygasła wobec umorzenia z wierzytelnością pozwanej z tytułu kary umownej (art. 498§2 k.c.).

Nie mogą bowiem odnieść skutku zarzuty apelacji dotyczące odmowy miarkowania przez Sąd I instancji kary umownej. Ponad prawidłowe wywody Sądu I instancji w tym zakresie można tylko dodać, że wierzyciel nie ma obowiązku wykazania wielkości poniesionej szkody i w zasadzie przysługuje mu kara umowna w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość szkody. Odstępstwo od tej zasady wprowadza art. 484§2 k.p.c. wprowadzający instytucję miarkowania czyli zmniejszenia wysokości kary umownej. Celem miarkowania kary umownej jest przeciwdziałanie dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochrony interesem wierzyciela. Nie należy przy tym zapominać, iż wysokość zastrzeżonej kary nie musi się pokrywać z wysokością szkody a podstawowymi funkcjami kary umownej jest funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody wierzyciela, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości. Z tego punktu widzenia nie ma podstaw do przyjęcia by należąca pozwanej kara umowna była rażąco wygórowana a jej wysokość należy uznać za adekwatną i realizującą obie funkcje kary umownej.

Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji na podstawie art. 386§1 k.p.c.

Oraz art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania za obie instancje orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. przy tym ustaleniu, że powód utrzymał się z żądaniem pozwu i apelacją w 60% zaś w postępowaniu przed Sądem I instancji powódka poniosła koszty obejmujące opłatę od pozwu w wysokości 12225 zł, koszty zastępstwa procesowego wraz z opłatą skarbową w wysokości 7217 zł oraz zaliczką na poczet wynagrodzenia biegłego w wysokości 1598,32 zł a pozwana koszty zastępstwa procesowego w wysokości 7217 zł. Natomiast w postępowaniu przed Sądem II instancji powódka poniosła koszty opłaty od apelacji w wysokości 12225 zł a obie strony poniosły koszty zastępstwa procesowego w wysokości po 5400 zł.

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do zasądzenia powódce kosztów zastępstwa procesowego w podwójnej wysokości stawki podstawowej bowiem niniejsza sprawa nie była skomplikowana pod względem faktycznym i prawnym. Stąd też o kosztach zastępstwa procesowego orzeczono na podstawie §6 pkt 7 oraz §13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1348 ze zm.).

(...)