

Sygn. akt V ACa 544/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 listopada 2012r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

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

po rozpoznaniu w dniu 23 listopada 2012r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa M. G.

przeciwko Przedsiębiorstwu Budowlanemu (...) Spółce Akcyjnej w K.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 4 maja 2012r., sygn. akt XIII GC 217/11

oddala apelację i zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 544/12

## UZASADNIENIE

Powód M. G. domagał się orzeczenia nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym, aby pozwana Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka Akcyjna w K. zapłaciła mu kwotę 192.160 zł tytułem reszty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane.

Nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym Sąd Okręgowy w Katowicach uwzględnił powództwo w całości.

W zarzutach od nakazu pozwana wniosła o jego uchylenie i oddalenie powództwa.

Podniosła pozwana zarzuty:

- spełnienia świadczenia co do kwoty 65386 zł, do rąk Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Dąbrowie Górniczej w wyniku zajęcia wierzytelnościami powoda w postępowaniu egzekucyjnym prowadzonym przeciwko powodowi,

- nieistnienia roszczenia powoda w pozostałej części na skutek przedprocesowego potrącenia roszczenia powoda dochodzonego pozwem z wierzytelności pozwanej w kwotach: 23.413,23 zł z tytułu zadłużenia powoda wynikającego z porozumienia z 25 sierpnia 2009 r. oraz w kwotach 5.670 zł, 4.800 zł i 402.500 zł tytułu kary umownej oraz kwoty 15.250 zł z tytułu kosztów pracy igłofiltrów.

W piśmie z 19 lipca 2011 r. powód przyznał fakt spełnienia świadczenia co do kwoty 65386,36 zł i wygaśnięcie należności z tych roszczeń i wniósł o utrzymanie w mocy nakazu zapłaty co do kwoty 126.779,40 zł z odsetkami

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Katowicach uchylił nakaz zapłaty, oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 3617 zł tytułem kosztów procesu.

Rozstrzygnięcie to zapadło przy następujących ustaleniach faktycznych:

W dniu 28 czerwca 2010 r. strony zawarły umowę nr (...) na kompleksowe wykonanie zewnętrznych sieci sanitarnych na budowie siedziby Straży Miejskiej w K. przy ul. (...). Szczegółowy zakres robót obejmował m.in. przebudowę kanalizacji sanitarnej, kanalizację deszczową, sieć wodociągową, kompleksowe roboty ziemne (wykopy wraz z zabezpieczeniem i odwodnieniem), próby, uruchomienia, odbiór robót zanikowych.

Strony ustaliły, że przekładka kanalizacji sanitarnej od S1 do S6 nastąpi od 19 lipca 2010 r. do 31 sierpnia 2010 r., a pozostała kanalizacja nie później niż do 31 grudnia 2010 r., zaś kanalizacja deszczowa i sieć wodociągowa do ustalenia z Kierownikiem Budowy, jednak nie później niż do 31 grudnia 2010 r.

Zgodnie z §10 pkt 1 umowy strony ustaliły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne w wysokości 0,5% wartości przedmiotu umowy za każdy dzień opóźnienia w przypadku przekroczenia terminu zakończenia robót.

W dniu 30 listopada 2010 r. strony dokonały protokolarnego odbioru wykonanych robót za okres od 5 listopada 2010 r. do 22 listopada 2010 r., określając ich wartość kosztorysową na kwotę 50.086,53 zł, a jakość robót jako dobrą. W protokole w rubryce „uwagi i zastrzeżenia” wpisano: „minus kwota zgodnie z pismem (...) z dnia 30 XI 2010 r.”

W piśmie z dnia 30 listopada 2010 r. nr (...) pozwana oświadczyła, że obciąża powoda za nieuzasadnioną pracę igłofiltrów. Podając, że kwota wynikająca z nieuzasadnionej pracy igłofiltrów w okresie 20 dni wynosi 12.500 zł netto i zostanie potrącona z najbliższego wynagrodzenia.

W dniu 30 listopada 2010 r. powód wystawił pozwanej fakturę VAT nr (...) na kwotę 61.105,57 zł.

W dniu 16 grudnia 2010 strony dokonały kolejnego odbioru zewnętrznej sieci sanitarnej – przebudowy kanalizacji sanitarnej, w okresie od 23 listopada 2010 r. do 16 grudnia 2010 r. wartość robót określono na kwotę 106.089,34 zł, a jakość określona jako dobrą.

W dniu 30 grudnia 2010 r. powód wystawił dla pozwanej fakturę VAT nr (...) opiewającą na kwotę 129.428,99 zł.

W dniu 11 stycznia 2011 r. strony dokonały odbioru wykonanego przepływu wody na cele budowy budynku wielorodzinnego w C. przy ul. (...), roboty obejmowały okres od 9 grudnia 2010 r. do 20 grudnia 2010 r. Wartość kosztorysową robót określono na 8.000 zł, a ich jakość jako dobrą.

W dniu 11 stycznia 2011 r. powód wystawił fakturę VAT nr (...) z tytułu przyłącza wodociągowego na czas budowy C. ul. (...), faktura opiewała na kwotę 9.840 zł brutto.

W piśmie z dnia 1 marca 2011 r. powód wezwał pozwaną do zapłaty dochodzonej sporem należności wynikającej z treści wyżej opisanych faktur VAT.

W dniu 24 listopada 2009 r. pozwana zawarła z powodem umowę nr (...) na wykonanie przyłącza wodociągowego dla celów budowy osiedla mieszkaniowego w R. przy ul. (...) i ul. (...). C.. W umowie strony ustaliły, że roboty należy wykonać do dnia 4 grudnia 2009 r. Nadto w przypadku przekroczenia terminu zakończenia robót strony przewidziały, że wykonawca zapłaci kary umowne w wysokości 0,5% za każdy dzień opóźnienia.

Powód wykonał przyłącze wody na cele budowy w R. w okresie od 10 do 18 grudnia 2009 r. Roboty te odebrano protokołem odbioru z dnia 21 grudnia 2009 r., wartość kosztorysowa określona została na kwotę 10.316,40 zł, a ich jakość jako dobra. W dniu 5 stycznia 2010 r. powód wystawił fakturę (...) nr (...) na kwotę 12.586,01 zł.

W okresie od 1 do 26 lutego 2010 r. powód wykonał przyłącze wody na cele budowy w R., roboty te odebrano protokołem z dnia 17 marca 2010 r., wartość kosztorysowa określona została na kwotę 3.183,60 zł, a ich jakość jako dobra. W dniu 22 marca 2010 r. powód wystawił fakturę VAT nr (...) z tytułu wykonanego przyłącza wody na cele budowy w R., opiewającą na kwotę 3.883,99 zł brutto.

W dniach 26 marca 2007 r. i 25 sierpnia 2009 r. pozwana zawarła z powodem porozumienia, w których strony ustaliły m. in. wysokość zadłużenia powoda wobec pozwanej.

W dniu 21 września 2010 r. strony zawarły umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie przez powoda na zlecenie pozwanej przyłącza wody do celów budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego w C. przy ul. (...). Strony ustaliły, że rozpoczęcie robót nastąpi 19 listopada 2010 r., w § 10 ust. 1 strony ustaliły kary umowne w wysokości 200 zł za każdy dzień opóźnienia (wykonawcy) w przypadku przekroczenia terminu zakończenia robót.

Powód wykonał przyłącze wodociągowe w okresie od 19 listopada do 20 grudnia 2010 r., które zostało odebrane protokołem odbioru z dnia 11 stycznia 2011 r.

Następnie, o czym była już mowa powyżej, powód wystawił fakturę VAT nr (...) z 11 stycznia 2011 r. opiewającą na kwotę 9.840 zł brutto.

Pozwana w korespondencji kierowanej do powoda z dnia 12 października 2010 r. i 15 listopada 2010 r., 22 listopada 2010 r., 23 oraz 25 listopada 2010 r., wzywała go do zwiększenia zaangażowania i zakończenia prac przekładki kanalizacji fi 1000 mm oraz sygnalizowała, iż obciąży powoda kosztami dzierżawy igłofiltrów i ścianek szczelnych. Powód w sposób obszerny ustosunkowywał się do pisma pozwanej z 22 listopada 2010 r. w swoim piśmie z dnia 2 grudnia 2011 r.

W piśmie z dnia 3 grudnia 2010 r. pozwana zwracała powodowi uwagę na to, że zgodnie z przedstawionym harmonogramem roboty montażowe na wodociągu, jak i na kanalizacji sanitarnej i deszczowej, powinny być wykonane w 90%, jednak w rzeczywistości wykonano 25%. Pozwana ponownie wezwała powoda do pełnej mobilizacji.

W piśmie z 13 grudnia 2010 r. pozwana oświadczyła, iż stwierdziła na budowie obecność zaledwie dwóch pracowników, podczas gdy termin zakończenia przyłącza wodno – kanalizacyjnego mijał 31 grudnia 2010 r.

Pismem z dnia 18 stycznia 2011 r. pozwana oświadczyła, że dokonała kompensaty swojej należności z tytułu faktury nr (...) w wysokości 15.250 zł z fakturą powoda nr (...). Następnie pismem z dnia 1 lutego 2011 r. pozwana oświadczyła, że w związku z brakiem pracowników na budowie informuje, że na podstawie § 2 ust. 3 umowy nr (...) z 28 czerwca 2010 r., w okresie trzech dni wprowadzi wykonawstwo zastępcze. Pismo to podpisali dwaj prokurenci pozwanej spółki. Z kolei w piśmie z dnia 4 lutego 2011 r. oświadczyła, że z dniem 8 lutego 2011 r. wprowadza wykonawstwo zastępcze. W dniu 8 lutego 2011 r. Kierownik Budowy dokonał inwentaryzacji robót przy ul. (...) w K..

Pismem z 25 lutego 2011 r. pozwana wezwała powoda do zapłaty kar umownych.

Pismem z dnia 15 marca 2011 r. pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu swoich wierzytelności na łączną kwotę 436.383,32 zł z wymagalnymi wierzytelnościami powoda (pomniejszonymi o 5% wartości netto) wynikającymi z faktury VAT nr (...). Pismo to podpisał pełnomocnik procesowy pozwanej.

Komornik Sądowy przy Sądzie Rejonowym w Dąbrowie Górniczej zawiadomił pozwaną o zajęciu wierzytelności, które powód posiadał u pozwanej. Zajęcie dokonano na podstawie tytułów wykonawczych Sądu rejonowego w Dąbrowie Górniczej.

W dniu 15 marca 2011 pozwana zapłaciła na rachunek Komornika kwotę 65.386,36 zł.

Wobec zapłaty w/w/ kwoty Komornik postanowieniami z dnia 17 marca 2011 r. uchylił zajęcia wobec pozwanej oraz umorzył postępowania egzekucyjne.

Zeznający w sprawie świadkowie wnioskowani przez pozwaną, a to B. S., Ł. K., G. C. wskazali na opóźnienia powoda w wykonaniu robót i ponaglenia za strony pozwanej. Świadcowie wskazywali, że do opóźnień doszło z winy leżącej po stronie powoda.

Z kolei świadkowie wnioskowani przez powoda P. G., Z. Ś., a także J. G. zeznali, iż opóźnienia w wykonaniu prac wynikało z winy powoda.

Zeznania świadków złożone w niniejszym procesie Sądu uznał za wiarygodne, ale okazały się one nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sporu - o czym poniżej. Także zeznania stron, a w szczególności powoda dotyczące przyczyn opóźnienia powoda w wykonaniu prac, nie mogły mieć wpływu na rozstrzygnięcie sprawy.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny uznał Sąd pierwszej instancji, iż powództwo nie zasługuje na uwzględnienie w tej części w jakiej ostatecznie strona powodowa w odpowiedzi na zarzuty wniosła o utrzymanie nakazu zapłaty w mocy, a to co do kwoty 126.779,40 zł jak i w pozostałej części, tj. co do kwoty 65.386,36 zł. Strona pozwana nie kwestionowała faktu, iż powód wykonał roboty wskazane w fakturach VAT nr (...), (...) i (...). Roboty te zostały odebrane jako dobre. Istota sporu sprowadzała się do ustalenia, czy dochodzona wierzytelność uległa umorzeniu, a to na skutek złożenia przez pozwaną oświadczenia o potrąceniu tej wierzytelności z wierzytelnościami pozwanej wynikającymi z kar umownych i innych zobowiązań.

W sprawie było bezspornym to, iż w umowie nr (...) strony zastrzegły kary umowne na wypadek opóźnienia wykonawcy i przekroczeniu terminu zakończenia robót. W sprawie bezspornym było również i to, że powód nie dochował terminów określonych w tej umowie, co sam przyznał wskazując jednak, że nie nastąpiło to z jego winy, lecz w następstwie okoliczności od niego niezależnych.

Stwierdzić należy, że zapis § 10 ust. 1 umowy mówi o opóźnieniu w zakończeniu robót, skoro to powód w obronie przed żądaniem z tytułu kar umownych nie może podnosić zarzutu, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy powstało na skutek okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, gdyż roszczenie o zapłatę kary umownej powstaje w tym przypadku za sam fakt opóźnienia.

Podobnie rzecz się ma, gdy idzie o roszczenia powoda o zapłatę należności z faktury nr (...), w umowie nr (...) strony również zastrzegły kary umowne za każdy dzień opóźnienia w przekroczeniu terminu zakończenia robót.

Przepis § 10 ust. 1 tej umowy mówi o opóźnieniu, zatem powodowy wykonawca nie może powoływać się na okoliczności, za które nie odpowiada, a które doprowadziły do opóźnienia, gdyż i tu roszczenie o zapłatę kary umownej postawało w przypadku samego opóźnienia, bez względu na jego przyczynę.

Zatem w przypadku roszczeń z obu umów, wobec tego, że opóźnienie terminu zakończenia robót miało miejsce – fakt bezsporny – pozwana była uprawniona do naliczenia kar umownych (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28 września 2010 r., sygn. V ACa 267/10, LEX nr 785490).

W konsekwencji, zgodnie z art. 498 § 1 k.c., pozwana mogła potrącić swoją wierzytelność z tego tytułu z wierzytelnością dochodzoną pozwem, co w myśl art. 498 § 2 k.c. doprowadziło do wzajemnego umorzenia wierzytelności, do wysokości wierzytelności niższej.

W niniejszej sprawie pozwana podniosła, że jeszcze przed wytoczeniem powództwa, dokonała potrącenia dochodzonej sporem wierzytelności ze swoją wierzytelnością, powołując się na oświadczenie w tym przedmiocie z dnia 15 marca 2011 r. Oświadczenie to podpisał pełnomocnik procesowy pozwanej (k. 60).

Oświadczenie to Sąd uznał za skutecznie złożone, albowiem w toku sporu na rozprawie w dniach 15 marca 2012 r. i 20 kwietnia 2012 r. obok pełnomocnika procesowego był obecny wiceprezes zarządu pozwanej, który przesłuchany w charakterze strony zeznał, że podtrzymuje wszystkie oświadczenia w tym i oświadczenie o potrąceniu (k. 330).

W konsekwencji Sąd uznał, że wierzytelność dochodzona pozwem została skutecznie potrącona, co doprowadziło do jej umorzenia przed sporem (art. 498 § 2 k.c.)

Wobec tego, że powód w odpowiedzi na zarzuty od nakazu zapłaty wniósł o utrzymanie w mocy nakazu w części, tj. co do kwoty 126.779,40 zł, to właśnie odnośnie tej kwoty stwierdzić należało umorzenie wierzytelności objętej żądaniem pozwu, zaś w pozostałej części sam powód w rzeczonym piśmie (k. 132) przyznał, że zobowiązanie pozwanej objęte roszczeniem w kwocie 65.386,36 zł wygasło wskutek zapłaty tej kwoty Komornikowi.

Biorąc pod uwagę powyższe, Sąd po przeprowadzeniu rozprawy, działając na mocy art. 496 k.p.c. uchylił w całości nakaz zapłaty wydany przez tut. Sąd Okręgowy w dniu 27 maja 2011 r. w sprawie o sygn. akt XIII GNc 277/11/IW i oddalił powództwo,

Jednocześnie stosownie do wyniku sporu, który powód przegrał w całości, na mocy art. 98 § 1 k.p.c. w związku z art. 99 k.p.c. Sąd zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 7.207 zł tytułem opłaty od zarzutów oraz kwotę 3.617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Na marginesie należy zauważyć, że podnoszone w toku sporu przez powoda okoliczności dotyczące opóźnień powstałych bez jego winy mogłyby być brane pod uwagę jedynie przy ocenie, czy istnieją podstawy do miarkowania kar umownych.

Jednak, aby Sąd mógł zbadać te podstawy, strona musi wyartykułować samo żądanie miarkowania kar umownych.

Miarkowanie kar umownych nie następuje z urzędu, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2010 r. (sygn. akt IV CSK 494/09, ONNC-ZD 2010/4/115, LEX nr 653773), aby do tego doszło musi istnieć żądanie miarkowania tych kar.

Tymczasem w niniejszej sprawie powód, ani w pozwie, ani też w toku sporu, aż do zamknięcia rozprawy, takiego żądania nie zgłosił.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód zaskarżając wyrok w całości podnosząc zarzuty:

1. naruszenie przepisu art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez przyjęcie przez Sąd pierwszej instancji istnienia podstawy naliczenia kar umownych niezwiązanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania, wobec akceptacji pozwanej co do przesunięcia terminów zobowiązania przez powoda;
2. naruszenie przepisu art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego oraz 484 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego wobec przyjęcia przez Sąd I instancji, iż możliwość naliczenia przez pozwaną kar umownych we wskazanej wysokości za okoliczności leżące po stronie pozwanej, odpowiada zasadom współżycia społecznego i społeczno – gospodarczemu przeznaczeniu prawa, a nadto brak jest podstaw do miarkowania wysokości tych kar.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie przepisów postępowania poprzez:

1. naruszenie przepisu art. 233§1 k.p.c. wobec dokonania przez Sąd pierwszej instancji ustaleń sprzecznych z zebranych w sprawie materiałem dowodowym i przyjęcia, iż powód pozostawał w opóźnieniu w wykonaniu robót, wynikających z umów nr (...), (...) oraz (...), a wskutek tego nierozpoznanie istoty sprawy, wobec pominięcia przez Sąd pierwszej instancji kwestii zgodnego dokonania przez strony zmiany umownych terminów wykonania robót, stanowiących zobowiązanie powoda;

2. naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. wobec przekroczenia przez Sąd pierwszej instancji zasad swobodnej oceny dowodów i przyjęcie, iż pozwana była uprawniona i skutecznie dokonała potrącenia kwoty 15250 zł za pracę igłofiltrów.

Wskazując na powyższe zarzuty domagał się powód zmiany zaskarżonego wyroku i utrzymania w mocy nakazu zapłaty z 27 maja 2011r. ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Pozwana w odpowiedzi na apelację wniosła o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego

### **Sąd Apelacyjny zważył:**

apelacja powoda nie może zostać uwzględniona, gdyż zaskarżony wyrok jest trafny i odpowiada ostatecznie prawu pomimo częściowo błędnego uzasadnienia.

W pierwszej kolejności rozważyć należało zarzuty naruszenia art. 484 § 2 k.c. i art. 5 k.c.

Zarzut naruszenia art. 5 k.c. jest bezzasadny i nie poddaje się kontroli instancyjnej. Aby skutecznie podnieść taki zarzut konieczne jest wskazanie jaka zasada współzycia społecznego została przez pozwaną naruszona na skutek domagania się przez pozwaną kar umownych za opóźnienie w wykonaniu robót.

Powód naruszenia art. 5 k.c. nie podniósł w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji, a w zarzutach i uzasadnieniu apelacji nie wskazał jaką zasadę współzycia społecznego naruszyła pozwana.

Z całą pewnością nie stanowi naruszenia zasady pewności obrotu i uczciwości kupieckiej domaganie się kary umownej od wykonawcy robót budowlanych, który z naruszeniem postanowień umownych dopuszcza się opóźnienia w wykonaniu robót. Natomiast obciążenie wykonawcy karami umownymi za opóźnienie w wykonaniu robót mogłoby być sprzeczne z zasadą uczciwości kupieckiej w sytuacji gdy opóźnienie jest wynikiem działania lub zaniechania inwestora lub wykonawcy, a podwykonawca lub wykonawca przyjął na siebie w umowie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy także na skutek okoliczności, które go nie obciążają. Jak to zostanie wskazane poniżej ocena Sądu pierwszej, iż powód przyjął na siebie taką odpowiedzialność jest błędna.

Nie może zostać także uwzględniony zarzut apelacji naruszenia art. 484 § 2 k.c. poprzez niezmiarkowanie kar umownych.

Jest bezsporne, iż powód przed Sądem pierwszej instancji wniosku o miarkowanie kar umownych nie złożył.

Oceny zatem wymagało, czy sam wniosek o nieuwzględnienie zarzutu potrącenia z tytułu kar umownych zawiera w sobie także wniosek o miarkowanie kar umownych. Problematyka ta budzi w orzecznictwie wątpliwości.

W części orzecznictwa prezentowany jest pogląd, iż żądanie oddalenia powództwa o zapłatę kary umownej zawiera w sobie wniosek o ich miarkowanie (por. wyroki Sądu Najwyższego z 14.07.1976r., I CR 221/76, OSNC 1977/4/76, z 16.07.1996r., I CKN 801/97, OSNC 1999/2/32 i 27.02.2009r., II CSK 511/08).

Jednocześnie formułowane jest stanowisko przeciwne, zakładające, że żądanie oddalenia roszczenia o karę umowną i żądanie jej miarkowania są odmienne i nie mogą być utożsamiane (por m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 18.06.2003r., II CKN 240/01, z 23.03.2006r., IV CSK 89/05, OSNC 2007/1/15, z 6.07.2008r., II CSK 421/07, z 26.11.2008r., II CSK 168/08).

Za tym drugim poglądem opowiada się także większość przedstawicieli doktryny. Podkreśla się przede wszystkim to, że miarkowanie kary umownej wymaga stosownego wniosku, bez którego Sąd nie może działać z urzędu a nade wszystko, że dłużnik powinien wykazać przesłanki miarkowania kary umownej, w tym niewspółmierność kary do powstałej szkody.

Także w najnowszym orzecznictwie (por. wyroki Sądu Najwyższego z 16.04.2010 r., IV CSK 494/09, OSNC – 2D 2010/4/115, czy z 22.01.2010 r., V CSK 217/09) kategorycznie stwierdzono, że miarkowanie kary umownej musi być konkretnie sprecyzowane, gdyż przemawia za tym możliwość oparcia owego żądania na dwóch różnych przesłankach określonych w art. 484§2 k.p.c., a także to, że żądanie oddalenia roszczenia o karę umowną może w ogóle nie odnosić się do jej wysokości, tak jak to ma miejsce w niniejszej sprawie gdzie powód zarzucił, że nie doszło do opóźnienia w wykonaniu robót na skutek okoliczności, za które on odpowiada.

Sąd Apelacyjny w tym składzie podziela powyższy pogląd. Zwrócić należy dodatkowo uwagę, że podstawowym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie jest kryterium stosunku wysokości kary umownej do wysokości odszkodowania należnego wierzycielowi. Tym samym brak szkody stanowi przesłankę do miarkowania kary umownej opartego na zarzucie jej rażącego zawyżenia.

Tymczasem do skutecznego domagania się kary umownej nie jest konieczne wykazywanie istnienia szkody. Innymi słowy strona domagająca się kary umownej nie jest obowiązana do wykazywania, iż poniosła jakąkolwiek szkodę.

Tę okoliczność powinna wykazać dopiero w sytuacji, gdy dłużnik złoży wniosek o miarkowanie kary umownej z uwagi na rażące jej wygórowanie.

W sytuacji zatem, gdy dłużnik w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji wnosi jedynie o oddalenie powództwa o zapłatę kary umownej lub nieuwzględnienie zarzutu potrącenia z tego tytułu, uznanie w orzeczeniu kończącym, iż stanowisko dłużnika obejmuje także miarkowanie kar umownych pozbawiłoby wierzyciela możliwości wykazania, iż poniósł szkodę z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy a tym samym, że niewyartykułowany wniosek o markowanie jest bezzasadny.

Tym samym, skoro powód przed Sądem pierwszej instancji nie złożył wniosku o markowanie kary umownej z uwagi za jej rażące wygórowanie, to tym samym zgodnie z art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c. utracił prawo powoływania się na ten zarzut w dalszym postępowaniu i nie może go także skutecznie podnieść jako zarzutu apelacji.

Nie może także zostać uwzględniony zarzut naruszenia art. 484 § 1 k.c. i związany z nim zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w znaczeniu jakie nadaje mu skarżący tj. pominięcia kwestii zgodnego dokonania przez strony zmiany umownych terminów wykonania robót

W istocie bowiem skarżący wiąże ten zarzut z twierdzeniem, że nie pozostawał on w opóźnieniu w wykonaniu robót.

Jednakże zmiana terminu umownego wykonania robót jest okolicznością zupełnie inną niż brak opóźnienia w ich wykonaniu lub opóźnienia w skutek okoliczności, za które powód nie ponosi odpowiedzialności.

Strony w łączących je umowach nr(...),(...) i (...)w §11 zastrzegły, iż zmiana umowy wymaga zgody obu stron wyrażonej pisemnie w formie aneksu pod rygorem nieważności.

Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, iż zmiana terminów wykonania umów mogła nastąpić skutecznie przez czynności faktyczne w trybie art. 60 k.c.

Zresztą materiał dowodowy sprawy nie daje jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż zachowanie pozwanej w dostateczny sposób ujawniło jej wolę zmiany terminów umownych. Przeciwnie, pozwana wielokrotnie ponaglała powoda o przyspieszenie zakończenia robót, wskazując na opieszałość w ich wykonywaniu i ustalenia Sądu pierwszej instancji są w tym zakresie prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je jako własne.

Sąd pierwszej instancji dopuścił się natomiast naruszenia art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 65 k.c., które to naruszenie prawa materialnego Sąd Apelacyjny bierze pod uwagę z urzędu.

Błędna jest bowiem ocena, iż w łączących strony umowach powód przyjął na siebie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej zgodnie z art. 471 k.c. Dłużnik może się zatem bronić, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Zgodnie jednak z art. 473 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Jednakże jak podkreśla się wyraźnie w utrwalonym orzecznictwie, roszczenie odpowiedzialności dłużnika, także za okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności, a szczególnie za okoliczności, za które odpowiada druga strona musi być wyraźnie przewidziane w umowie.

Zapisy umów, iż powód obowiązany jest do zapłaty kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót w żadnym razie nie pozwalają na ich wykładnię w taki sposób, że powód jako wykonawca robót ponosi odpowiedzialność za przekroczenie terminu ich wykończenia jeśli przekroczenie terminu nastąpiło z przyczyn obciążających drugą stronę i taka rozszerzona odpowiedzialność powoda nie została w umowach przez strony przyjęta.

Sąd Apelacyjny przyjmuje jako własne dokonane prawidłowo ustalenia Sądu pierwszej instancji co do zawarcia łączących strony umów o wykonanie robót budowlanych i ich treści (poza oceną, iż podstawą naliczania kar umownych jest niezawinione opóźnienie), umownych terminów ich wykonania, dat rozpoczęcia i zakończenia robót lub ich etapów, złożenia przez pozwaną oświadczeń o dokonaniu potrącenia.

Wymaga natomiast dokonania ustaleń i oceny, czy opóźnienia w wykonaniu robót na podstawie poszczególnych umów obciążają tylko powoda, czy też w całości lub części pozwaną, czego nie uczynił Sąd pierwszej instancji.

I. Umowa nr (...) z 24 listopada 2009 r. – termin wykonania robót – 4 grudnia 2009 r., zakończono roboty 26 lutego 2010 r. Pozwana naliczała karę umowną za okres 84 dni.

Powód zarzucał, że nie mógł przystąpić do wykonania robót, gdyż w miejscu ich wykonywania stał kontener pozwanej. Jak wynika z zeznań powoda oraz świadków K. S. roboty nie mogły się rozpocząć z powyższego powodu.

Jednakże powód nie wykazał, aby zwracał się do pozwanej o udostępnienie terenu budowy, a nadto z protokołu odbioru robót (k. 94 i 97) wynika, że roboty zostały rozpoczęte 10 grudnia 2009 r. i kontynuowane do 18 grudnia 2009 r., a następnie od 1 do 26 lutego 2010 r. Nawet jeśli powód mógł przystąpić do robót 10 grudnia 2009 r., to powinien je wykonać w terminie do 19 grudnia 2009 r. (10-dniowy termin określony w umowie).

Pozostawał zatem w opóźnieniu za okres co najmniej od 21 grudnia 2009 r. do 26 lutego 2010 r., tj. za 68 dni, a zatem kara umowna jest uzasadniona co najmniej do kwoty 4.590 zł (13.500 zł x 0,5% x 68).

II. Umowa nr (...) z 21 września 2010 r. – termin wykonania robót – 26 listopada 2010 r. Roboty były wykonywane w okresie od 9 grudnia 2010 r. do 20 grudnia 2010 r. Pozwana naliczyła karę umowną za okres 24 dni.

Powód podniósł zarzut, iż nie mógł przystąpić do robót z uwagi, iż konieczne było uzyskanie zgody na zajęcie pasa drogowego. Zeznania powoda w tym zakresie nie znajdują potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Jak wynika z zeznań pracownika powoda Z. Ś. i K.S. roboty wynikające z tej umowy przebiegały bez problemów, a powód występował o zgodę na zajęcie pasa drogowego.



W żadnym razie powód nie udowodnił, że w okresie od daty zawarcia umowy – 21 września 2010 r. do chwili umownego terminu przystąpienia do wykonywania robót – 19 listopada 2010 r. nie było możliwe uzyskanie powyższej zgody, ani nawet tego w jakiej dacie zgoda została udzielona.

Z tych przyczyn pozwana zasadnie domaga się kary umownej za 24 dni opóźnienia.

III. Umowa nr (...) – termin wykonania:

- przekładki kanalizacji sanitarnej do 31 sierpnia 2010 r.;
- pozostałej kanalizacji sanitarnej do 31 grudnia 2010 r.;
- kanalizacji deszczowej i sieci wodociągowej do 31 grudnia 2010 r.

Pozwana domaga się kary umownej za okres 122 dni co do przekroczenia terminu 31 sierpnia 2010 r. (do 31 grudnia 2010 r.) i za okres 39 dni za przekroczenie terminu 31 grudnia 2010 r. (do daty zlecenia zastępczego wykonania robót).

Jest bezsporne, iż roboty dotyczące kanalizacji sanitarnej w dniu 31 grudnia 2010 r. były wykonane częściowo, a pozostałe roboty nie zostały w ogóle rozpoczęte.

Częściowo uzasadniony jest zarzut dotyczący braku odpowiedzialności powoda za opóźnienie w wykonaniu kanalizacji sanitarnej. Roboty te miały zostać rozpoczęte w dniu 19 lipca 2010 r. Tymczasem jak wynika z zapisów w dzienniku budowy 6 lipca 2010 r. przekazano inwestorowi zamiennie rozwiązanie technologii przekładki kanalizacji i oczekuje się na decyzję. Roboty rozpoczęto 27 lipca 2010 r., a zatem opóźnienie w ich rozpoczęciu o 8 dni nie obciążają powoda.

W dniu 24 sierpnia 2010 r. stwierdzono niezgodność dokumentacji projektowej i podjęto decyzję o korekcie tej dokumentacji. Roboty zostały podjęte 14 września 2010 r., a zatem brak możliwości kontynuowania robót w tym czasie (22 dni) nie obciąża powoda.

W pozostałej części zarzuty powoda o braku możliwości kontynuowania robót w tym z uwagi na brak frontu robót z uwagi prowadzenie robót przez innych wykonawców nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Zeznania świadków P. G., Z. Ś., K. S. – pracowników powoda, a także zeznania powoda nie zasługują na wiarę, gdyż nie znajdują potwierdzenia w pozostałym materiale dowodowym.

Nawet z zeznań świadka P. G. pracownika powoda wynika, że na skutek blokowania frontu robót opóźnienie w wykonaniu robót wyniosło ok. 1 miesiąca.

Na podstawie zeznań pozostałych świadków nie sposób ustalić w jakim zakresie ewentualny brak frontu robót miał wpływ na opóźnienie w ich wykonywaniu.

Zwrócić należy uwagę, że powód w toku wykonywania robót nigdy nie zwrócił uwagi pozwanej na brak możliwości kontynuowania robót na skutek braku frontu robót związanego z pracami innych wykonawców.

To pozwana w szeregu pism (12.10.2010 r., 15.11.2010 r., 22.11.2010 r., 25.11.2010 r., 3.12.2010 r., 13.12.2010 r.) zwracała uwagę na rażące opóźnienie w wykonywaniu robót i na brak zaangażowania pracowników. Powód nigdy tych zarzutów pozwanej w toku wykonywania robót nie kwestionował.

Uwzględniając zatem, iż powód nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie w wykonywaniu robót za okres 30 dni, naliczenie kary umownej za okres 131 dni było uzasadnione, a zatem uzasadniony jest zarzut potrącenia z tytułu kary umownej w kwocie 327.500 zł (500.000 zł x 0,5% x 131 dni). Nawet gdyby przyjąć, że brak frontu robót przez 30 dni stanowi niezawinione przez powoda opóźnienie, to kara umowna wyniosłaby 252.500 zł (500.000 x 0,5% x 101 dni).

#### IV. Odszkodowanie za pracę igłofiltrów.

Roszczenie odszkodowawcze z tego tytułu jest nieuzasadnione.

W żadnym razie poczynienie adnotacji o potrąceniu kosztów pracy igłofiltrów w protokole odbioru robót nie oznacza, iż powód uznał roszczenie pozwanej z tego tytułu.

W zarzutach od nakazu zapłaty pozwana nawet nie wskazała okresu, w jakim praca igłofiltrów obciąża powoda poza wskazaniem, że pracowały one 20 dni dłużej, niż przewidziano.

Z raportów pracy igłofiltrów wynika, że pracowały one w okresie od 1 września 2010 r. do 26 listopada 2010 r., natomiast brak jest jakiegokolwiek dowodu, iż igłofiltry były wykorzystywane wyłącznie do prac prowadzonych przez powoda. Zeznania świadka B. S., iż igłofiltry pracowały wyłącznie na odcinku, który nie był przeprojektowany nie znajdują potwierdzenia w dzienniku budowy.

Opóźnienia zatem obciążające pozwaną a związane z opóźnieniem w rozpoznaniu robót, jak i przeprojektowaniem (łącznie 30 dni) są dłuższe niż praca igłofiltrów, która według pozwanej (20 dni) obciąża powoda.

Z tych przyczyn zarzut potrącenia kwoty 15.250 zł jest niezasadny.

V. Zarzut potrącenia kwoty 23.413,32 zł z tytułu długu powoda wynikającego z porozumień z 26 marca 2007 r. i 25 sierpnia 2009 r.

W odpowiedzi na zarzuty pozwanej od nakazu zapłaty powód nie podniósł żadnych zarzutów co do istnienia i wysokości zadłużenia wynikającego z tych porozumień, a przesłuchany informacyjnie (k. 172), zeznał jedynie, że porozumienie zostałyby zrealizowane, gdyby pozwana nie wycofała się z realizacji inwestycji w R..

Nie oznacza to jednak, że roszczenie pozwanej z tego tytułu nie istnieje, nie jest wymagalne i nie nadaje się do potrącenia.

Zarzut potrącenia w kwocie 23.413,32 zł jest zatem uzasadniony.

VI. zarzut spełnienia świadczenia w zakresie kwoty 65.386,36 zł, którą pozwana zapłaciła do rąk Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Dąbrowie Górniczej nie został przez powoda zakwestionowany. Przeciwnie, w odpowiedzi na zarzuty pozwanej od nakazu zapłaty powód przyznał, że świadczenie w tej części zostało spełnione i wniósł o utrzymanie w mocy nakazu zapłaty co do kwoty 126.779,40 zł.

Brak zatem jakichkolwiek podstaw do uwzględnienia wniosku apelacji o uchylenie nakazu zapłaty i oddalenie powództwa co do kwoty 65.386,36 zł.

Reasumując wskazać należy, iż powód domagał się zapłaty kwoty 192.166 zł jednak na skutek zarzutów pozwanej wniósł o utrzymanie nakazu zapłaty co do kwoty 126.779,40 zł uznając za zasadny zarzut pozwanej spełnienia świadczenia przez pozwaną co do kwoty 65.386,36 zł w wyniku zapłaty tej kwoty do rąk Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Dąbrowie Górniczej; oraz, że należność powoda w tym zakresie wygasła.

Pozwana jak wskazano powyżej wykazała skuteczność potrącenia wierzytelności z tytułu:

1. długu wynikającego z porozumień z 26.03.2007 r. i 25.08.2009 r. w kwocie 23.413,32 zł;
2. kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót:
  - a) z umowy nr (...) w kwocie 4.590 zł,
  - b) z umowy nr (...) w kwocie 4.800 zł,

c) z umowy nr (...) w kwocie 327.500 zł,

tj. łącznie co do kwoty 360.303,32 zł.

Z tych przyczyn zgodnie z art. 498 § 2 k.p.c. na skutek potrącenia wierzytelności pozwanej z wierzytelnością powoda w kwocie 126.779,40 zł doszło do ich umorzenia do wysokości wierzytelności niższej.

Z tych przyczyn zatem oddalenie powództwa było zgodnie z art. 498 § 2 k.c. uzasadnione, a zatem apelacja powoda nie mogła zostać uwzględniona i jako bezpodstawna zgodnie z art. 385 k.p.c. podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono zgodnie z art. 98 k.p.c.

(...)