

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 listopada 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Anna Kowacz-Braun
Sędziowie:	SSA Sławomir Jamróg (spr.) SSA Marek Boniecki
Protokolant:	sekr.sądowy Katarzyna Rogowska

po rozpoznaniu w dniu 3 listopada 2016 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa A. R.

przeciwko Gminie Ł.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt VII GC 271/14

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu treść:

„I. uchyla nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym przez Sąd Okręgowy w Kielcach z dnia 25 lipca 2014 r. sygn. akt VII GNC 169/14;

II. zasądza od Gminy Ł. na rzecz A. R. kwotę 175 680 zł (sto siedemdziesiąt pięć tysięcy sześćset osiemdziesiąt złotych) z ustawowymi odsetkami od dnia 31 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty;

III. zasądza od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 4 392 zł (cztery tysiące trzysta dziewięćdziesiąt dwa złote) tytułem kosztów procesu”;

2. oddala apelację w pozostałej części;

3. zasądza od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 9 574,76 zł (dziewięć tysięcy pięćset siedemdziesiąt cztery złote 76/100) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Marek Boniecki SSA Anna Kowacz-Braun SSA Sławomir Jamróg

UZASADNIENIE

W pozwie w postępowaniu nakazowym z dnia 1 lipca 2014r. powód A. R. żądał zasądzenia od pozwanej Gminy Ł. kwoty 351 360, 00 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia i 31 grudnia 2011r. do dnia zapłaty i zasądzenie od pozwanej na jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwu powód A. R. wskazał, że E. R., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo (...) zbył na jego rzecz wierzytelności przysługujące mu od pozwanej Gminy Ł. z tytułu umowy nr (...) „ (...) Szkoły Podstawowej w G. - roboty wykończeniowe”. Wskazał, że pozwana Gmina Ł. o została zawiadomiona o przelewie pismem z dnia 26 kwietnia 2013 roku i nie uregulowała należności.

W dniu 25 lipca 2014r. Sąd Okręgowy w Kielcach Wydział VII Gospodarczy wydał nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym w którym nakazuje pozwanej Gminie Ł. zapłacić powodowi A. R. kwotę 351 360,00zł z ustawowymi odsetkami w wysokości 13% w stosunku rocznym od dnia 31 grudnia 2011r. i z dalszymi każdorazowymi ustawowymi odsetkami do dnia zapłaty kwotę 11.609,00zł tytułem kosztów procesu, w tym kwotę 7.200,00zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego w terminie dwóch tygodni od doręczenia nakazu albo wniósł w tymże terminie zarzuty.

O powyższego nakazu zapłaty pozwana Gmina Ł. wniosła zarzuty, zaskarżając go w całości i wnosila o uchylenie przedmiotowego nakazu zapłaty w całości, oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu. Pozwana zakwestionowała skuteczność cesji i powołała się na potrącenie wierzytelności wykonawcy z wzajemną wierzytelnością wynikająca z kary umownej za opóźnienie. Wskazała, że w związku z opóźnieniem w realizacji umowy podstawowej Zamawiający notą obciążeniową z dnia 30.12.2011r. obciążyła Wykonawcę karą umowną w wysokości 351.360,00 zł z umowy zasadniczej nr (...). Należności z faktur strona pozwana wypłaciła Wykonawcy z potrąceniem kar wynikających z noty obciążeniowej.

Strona powodowa zakwestionowała zarówno skuteczność jak i podstawy potrącenia. Wskazała, że przyczyną opóźnienia była konieczność wykonania robót dodatkowych jak też zaprzeczyła by do potrącenia doszło.

Wyrokiem z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt VII GC 271/14 Sąd Okręgowy w Kielcach utrzymał nakaz zapłaty w mocy.

Podstawę tego rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia:

W dniu 26 października 2010 roku E. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo (...) zawarł z Zespołem (...) w G. prowadzonym przez Gminę Ł. umowę nr (...), na mocy której E. R., jako lider Konsorcjum (...) Przedsiębiorstwo (...) i (...) Sp. z o.o. ul. (...), (...)-(...) K., NIP: (...) przyjął do wykonania zadanie pn: „ (...) Szkoły Podstawowej w G. - roboty wykończeniowe”, a strona pozwana zobowiązała się za te prace zapłacić wynagrodzenie w wysokości 1952000zł. Strony ustaliły termin realizacji prac wskazanych w umowie na dzień 31 sierpnia 2011 roku. W związku z realizacją przedmiotu umowy E. R. wystawił na rzecz pozwanego faktury VAT: Nr (...)z dnia 9 stycznia 2011 r. na kwotę 590 400,00 zł, Nr (...)z dnia 10 maja 2011 r. na kwotę 518 857, 05 zł

Nr (...) z dnia 22 czerwca 2011 r. na kwotę 90 742, 95 zł i Nr (...)z dnia 28 listopada 2011 r. na kwot 752 000, 00 zł. Wystawione za wykonane przez wykonawcę roboty faktury zostały zaakceptowane, podpisane i odebrane przez osobę upoważnioną do odbioru faktury - dyrektora Szkoły M. T.. Faktury Nr (...) z dnia 9 stycznia 2011 r. na kwotę 590 400,00 zł, Nr(...)z dnia 10 maja 2011 r. na kwotę 518 857, 05 zł i Nr (...) z dnia 22 czerwca 2011 r. na kwotę 90 742, 95 zł zostały uregulowane przez pozwaną Gminę w całości. Natomiast należność wynikająca z faktury nr (...) z dnia 28 listopada 2011r. pozwana uregulowała jedynie w części - w wysokości 432 822, 95zł. W toku realizacji robót stwierdzona została konieczność wykonania robót dodatkowych. W związku z powyższym, w dniu 16 sierpnia 2011r. wykonawca i pozwana Gmina wzięli udział w spotkaniu negocjacyjnym, podczas którego ustalono, iż do prawidłowego wykonania prac określonych w umowie nr (...) konieczne jest przeprowadzenie robót dodatkowych, tj: - naprawienie izolacji pionowej ścian piwnic w zespole A i (...) – odgruzowanie kanałów wentylacyjnych w zespole A i (...). W dniu 16 września 2011r. pomiędzy Wykonawcą i stroną pozwaną została zawarta umowa, której przedmiotem było wykonanie

prac dodatkowych, za które to roboty wynagrodzenie ustalono odrębne wynagrodzenie dodatkowe na kwotę 27 500 zł. Protokołem z dnia 17 września 2011r. pozwana Gmina przekazała Wykonawcy teren budowy wskazując w nim, że termin zakończenia robót ustalony 26 października 2010 roku przesuwają się odpowiednio.

Pismem z dnia 31 października 2011 roku wykonawca zgłosił do odbioru roboty dodatkowe. Będące przedmiotem umowy z 16 września 2011r.. W dniu 14 listopada 2011r. pozwana Gmina dokonała odbioru robót dodatkowych bez zastrzeżeń, a jakość robót określono jako dobrą. W związku z odbiorem robót dodatkowych, wykonawca obciążył pozwaną Gminę fakturą nr (...) na kwotę 27 500 zł. Faktura ta została uregulowana w całości. Pozwana Gmina protokołem końcowym z dnia 29 grudnia 2011r. odebrała pozostałe roboty będące przedmiotem umowy nr (...) z dnia 26 października 2010r. W protokole odbioru końcowego robót stwierdzono, że przedmiot umowy został zrealizowany w całości, a jakość prac określono jako dobrą. Zakończenie robót i ich odbiór nastąpiło w dniu 29 grudnia 2011 roku.

Powołując się na opóźnienie w realizacji umowy nr (...) z dnia 26 października 2010r. pozwana wystawiła notę obciążeniową z dnia 30 grudnia 2011r na kwotę 351.360,00 zł za 36 dni opóźnienia . Kwotę obciążenia pozwana potrąciła z należności z wynikających z powołanych wyżej faktur .

W dniu 9 listopada 2012r. została zawarta umowa cesji wierzytelności pomiędzy (...) Sp. z o. o. w K. jako cedentem a E. R. jako Cesjonariuszem, (...) Cedent oświadczył, że przysługuje mu wierzytelność w stosunku do Gminy Ł. - Zespół Szkół w G. z tytułu umowy o wykonanie robót budowlanych Nr (...) z dn. 26.10.2010 r. w wysokości: 351 360 zł oraz z umowy z dnia 16.09.2011 r. na wykonanie robót dodatkowych w wysokości 27 500 zł. (...) Cedent przeniósł na C. wierzytelność określoną w § (...)a Cesjonariusz oświadczył, że niniejszą wierzytelność nieodpłatnie przejmuje. Na mocy umowy sprzedaży wierzytelności z 26 kwietnia 2013r. Wykonawca E. R. następnie zbył na rzecz powoda A. R. wierzytelności przysługujące mu od pozwanej Gminy Ł.. Pozwana Gmina została zawiadomiona o przelewie pismem z dnia 26 kwietnia 2013 roku. W dniu 6 maja 2013r. i 10 czerwca 2013r. powód wezwał pozwaną Gminę do zapłaty nieregulowanych należności. Ponadto, powód zwrócił się do Gminy Ł. z wnioskiem o zawezwanie do próby ugodowej w sprawie o zapłatę 351 360 zł.

Pozwana Gmina do dnia dzisiejszego nie uregulowała należności.

Przy tym stanie faktycznym Sąd pierwszej instancji uznał powództwo za zasadne. W ocenie Sądu Okręgowego roszczenie powoda zostało wykazane Powód nabył ją skutecznie od wykonawcy E. R..

Odwołując się do art. 483 § 1k.c. i art. 484 § 1 k.c. Sąd Okręgowy przyjął, że zastrzeżenie kary umownej ma jedynie takie znaczenie, że wierzyciel - dochodząc zapłaty tej kary - nie musi udowadniać faktu istnienia szkody, jak i jej wysokości, niemniej poddał istnienie tej szkody w wątpliwość, podkreślając, że szkoda jest przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej. Ponadto Sąd wskazał, że w razie braku rozszerzenia odpowiedzialności podstawową przesłanką roszczenia o zapłatę kary umownej jest wina w niewykonaniu zobowiązania. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Zdaniem Sądu Okręgowego pozwana Gmina Ł. nie udowodniła w sposób wystarczający istnienia swojej wierzytelności z tytułu naliczenia wobec wykonawcy kary umownej, która jest wymagalna i mogła być dochodzona przed sądem w niniejszym postępowaniu, dlatego też podniesiony przez pozwaną zarzut potrącenia nie można uznać za skuteczny w całości. Ponadto według Sądu brak jest jakiegokolwiek dokumentu w postaci pisemnego oświadczenia woli pozwanej Gminy o dokonaniu wobec Wykonawcy E. R. potrącenia wzajemnych wierzytelności. E. R. stanowczo oświadczył, że nie otrzymał takiego oświadczenia pozwanej Gminy o potrąceniu wierzytelności z tytułu naliczonej kary umownej. Karę umowną naliczyły natomiast służby finansowe - skarbnik. Oceniając zeznania osobowe Sąd pierwszej instancji uznał, że pozwana Gmina nie złożyła w stosunku do E. R. ani (...) sp. z o.o. oświadczenia o potrąceniu wierzytelności przed datą zbycia wierzytelności powodowi jak też przed wytoczeniem powództwa w stosunku do pozwanej. Sąd nadto wskazał, że strona pozwana reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika winna udowodnić zasadność potrącenia na podstawie wspomnianych w art. 485 k.p.c. dokumentach oraz wykazać jego skuteczność. Nie czyniąc tego i oferując w tym przedmiocie dowody inne niż wymienione w § 1 art. 485 k.p.c. doprowadziła do nieskutecznego zgłoszenia swej pretensji z zarzutu potrącenia. W

tych okoliczność Sąd Okręgowy postanowił oddalić wniosek pozwanej Gminy o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa jako bezprzedmiotowy w świetle przepisów art. 485 k.p.c. w zw. z art. 493§1 i§3 k.p.c. Zdaniem Sądu Okręgowego także zarzut procesowy potrącenia okazał się nieskuteczny, gdyż w tym konkretnym przypadku pełnomocnik powoda nie był uprawniony do przyjęcia oświadczenia o potrąceniu.

Z tych też względów, mając na uwadze powyższe rozważania, Sąd Okręgowy orzekł jak w wyroku na podstawie art. 496 k.p.c. Jako podstawę zasądzenia odsetek Sąd powołał art. 481 §1 i §2 k.c. a jako postawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu art. 98 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniosła strona pozwana zaskarżając orzeczenie w całości. Strona pozwana zarzuciła:

1. obrazę art. 485§1 pkt 2 k.p.c. poprzez rozpoznanie przez Sąd Okręgowy sprawy w postępowaniu nakazowym w sytuacji gdy żadna z przesłanek rozpoznania sprawy w postępowaniu odrębnym nie zachodziła, co skutkowało niemożliwością dowodzenia faktu dokonania potrącenia wierzytelności przed doręczeniem nakazu zapłaty, braku możliwości dokonania potrącenia w toku postępowania rozpoznawczego z uwagi na niedysponowanie dokumentami wymienionymi w art. 485 k.p.c. oraz braku możliwości przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa,

2. obrazę przepisu art. 233 §1 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych ze zgromadzonym materiałem dowodowym a ponadto w sposób sprzeczny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego a polegających na przyjęciu, że:

a) faktura o numerze (...) wystawiana przez E. R. została przez Pozwanego zaakceptowana i podpisana, gdy już tylko pobieżna analiza treści tych dokumentów wskazuje, iż podpis na przedmiotowym dokumencie złożyła osoba nieuprawniona do akceptacji i analizy dokumentów księgowych wystawianych jednostkom samorządu terytorialnego ,

2) dokument ten został zaakceptowany w całości, gdy z treści załączonego do pozwu potwierdzenia przelewu z dnia 29 grudnia 2011 r. jasno wynika, że przedmiotowa faktura uregulowana została częściowo z uwagi na to, iż pozostała część wierzytelności została zaliczona na poczet kary umownej i nie jest uznawana przez Pozwanego;

3) naruszenie przepisu art. 493 §1 i 485 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa w sytuacji, gdy brak było podstaw do zastosowania rzeczonych norm a przedmiotowy dowód dotyczył faktów istotnych dla przedmiotu sporu bowiem stanowił jedyny środek dowodowy umożliwiający pozwanemu wykazanie zwłoki Konsorcjum w realizacji inwestycji a w konsekwencji istnienia wierzytelności z tytułu kary umownej;

4) obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 483 §1 i 484 §1 Kodeksu cywilnego poprzez przyjęcie, że dla powstania wierzytelności z tytułu kary umownej konieczne jest zaistnienie szkody w majątku wierzyciela, gdy w literaturze przedmiotu oraz w utrwalonej linii orzecniczej sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego dominuje niekwestionowane zapatrywanie, że dla powstania wierzytelności z tytułu kary umownej nie jest konieczne istnienie szkody w majątku wierzyciela,

5) obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 60 i art. 65 §1 Kodeksu cywilnego polegające na przyjęciu, w kontekście treści zawartej przez Pozwaną umowy o numerze (...) (...)tej mowy) częściowa zapłata faktury VAT o numerze (...) przez gminę Ł. wraz z jednoczesnym wskazaniem w poleceniu przelewu bankowego z 29 grudnia 2011 r. , że ta częściowa płatność jest następstwem naliczenia kary umownej i nie jest wystarczającym wyrażeniem woli o dokonaniu potrącenia wzajemnych wierzytelności oraz nie stanowi oświadczenia woli o potrąceniu;

6) obrazę przepisu prawa materialnego a to art. 61 §1 Kodeksu cywilnego poprzez przyjęcie, że nieskuteczne było zgłoszenie przez pozwanego w zarzutach do nakazu zapłaty zarzutu potrącenia z uwagi, że to , że było on zgłoszony pełnomocnikowi strony powodowej a nie powodowi w sytuacji gdy powód mógł się dowiedzieć o treści oświadczenia woli za mocodawcę co przesądza o skuteczności zarzutu potrącenia. . Powód wniósł o uchylenie zaskarżonego

wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie zmianę wyroku, uchylenie nakazu i oddalenie powództwa.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Rozpoznając apelację Sąd drugiej instancji uznał za własne ustalenia Sądu Okręgowego co do umów i zasadniczo także w zakresie przebiegu procesu inwestycyjnego, odmiennie jednak z przyczyn niżej podanych ustalił że doszło do zawinonego opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy i do skutecznego potrącenia wzajemnej wierzytelności z tytułu kar umownych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Zasadny jest zarzut naruszenia art. 485§1 k.p.c. Sąd Okręgowy na etapie wniesienia pozwu winien dokonać oceny umocowania M. T. do akceptacji faktury. Dyrektor szkoły reprezentuje wprawdzie szkołę na zewnątrz, jednakże w tym przypadku pozwanym dłużnikiem nie był zespół szkół lecz Gmina, w imieniu której zaciągnięto zobowiązanie. Kierownicy jednostek organizacyjnych gminy nieposiadających osobowości prawnej działają jednoosobowo na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez wójta. Upoważnienie takie może być zawarte w statucie jednostki, które jednak nie zostało dołączone do pozwu. Niewątpliwie gminne jednostki budżetowe działają w ramach osobowości prawnej gminy i to przesądza o odpowiedzialności strony pozwanej za zobowiązania gminy, jednakże nie tworzy domniemania akceptacji rachunków tym bardziej, że świetle art. 15 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) jednostka budżetowa gminy nie jest podatnikiem podatku od towarów i usług, dłużnikiem nie był też zespół szkół wskazany w fakturze lecz Gmina. Okoliczność więc, że doszło do zaciągnięcia zobowiązania ze skutkami dla pozwanej nie była równoznaczna z domniemaniem akceptacji wszystkich czynności dyrektora a przynajmniej nie dawało podstaw do uznania, że dokumenty dołączone do pozwu są wystarczające do wydania nakazu zapłaty. Ponadto podstawa faktyczna powoływała się także na sprzedaż wierzytelności dokonaną umową z dnia 26 kwietnia 2013r. na kwotę objętą pozwem, a która dotyczyła także wierzytelności z umowy o roboty dodatkowe z dnia 16 września 2015r. k-44, ta zaś w(...) określała wymóg zgody zamawiającego na cesję na piśmie pod rygorem nieważności. Taka zgoda nie została jednak dołączona do pozwu. Także do pozwu nie została dołączona umowa cesji z dnia 9 stycznia 2012r. co również na etapie wniesienia pozwu nie mogło spowodować wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym. Strona pozwana zasadnie więc podniosła już w zarzutach od nakazu zapłaty zarzut naruszenia art. 485§1 pkt 2 k.p.c. co powinno wywołać rozpoznanie sprawy z pominięciem ograniczeń dowodowych wynikających z przepisów o postępowaniu odrębnym nakazowym.

Kwestia braku dołączenia do pozwu akceptacji rachunku przez organy Gminy ostatecznie nie ma znaczenia w zakresie w jakim pozwana podniosła zarzut umorzenia zobowiązania dochodzonego pozwem, który łączyła z oświadczeniem o potrąceniu sprzed wniesienia pozwu, skoro przewidziane w art. 493 § 3 k.p.c. wymagania udowodnienia wierzytelności do potrącenia dokumentami wskazanymi w art. 485 k.p.c. nie dotyczą sytuacji, w której do potrącenia doszło przed doręczeniem pozwanemu nakazu zapłaty i pozwu (por. uchwałę Sądu Najwyższego z 13 października 2005 r. (III CZP 56/05, OSNC z 2006 r., nr 7-8, poz. 119 LEX nr 1544809), co zresztą wskazano także w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Powyższy brak odpowiednich dokumentów wykazujących roszczenie kierowane przeciwko Gminie miał jednak znaczenie dla oceny braku podstaw zastosowania przepisów o postępowaniu nakazowym a w konsekwencji ograniczeń dowodowych powoływanych przez Sąd pierwszej instancji jak i dla oceny wadliwości pominięcia dowodu z opinii biegłego.

Stanowisko procesowe strony pozwanej ostatecznie wskazuje na akceptację samej faktury jako dokumentu potwierdzającego wykonanie zobowiązania przez stronę powodową z tytułu robót budowlanych i stwierdzającego wymagalność obowiązku, niemniej na etapie wydania nakazu Sąd taką akceptacją nie dysponował. Zdziwienie zaś budzi, że z jednej strony Sąd nie kwestionował kompetencji Dyrektora Szkoły do podejmowania czynności za stronę pozwaną w związku z zawarciem i wykonaniem umowy i składania oświadczeń, z drugiej uznawał oświadczenia tego Dyrektora dokonywane w związku z podjęciem decyzji o potrąceniu za pozbawione jakiegokolwiek znaczenia.

Niewątpliwie pozwana akceptowała działania Dyrektora Szkoły w procesie inwestycyjnym, w tym także w zakresie akceptacji faktur skoro właśnie z wiarytelnością wynikającą z tej faktury miało zostać dokonane potrącenie wzajemnej wymagalnej wiarytelności. Treść rozdziału (...) umowy z dnia 26.10.2010r. wskazuje, że przedstawione do potrącenia świadczenie było karą umowną a nie instrumentem przyjęcia na siebie przez wykonawcę ryzyka opóźnienia, stąd niewątpliwie kara ta należała się w przypadku zawinionego opóźnienia czyli zwłoki. Co do podnoszonej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku kwestii szkody to można powołać tu treść uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., (III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69), mającej moc zasady prawnej, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty nawet w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. Przełamanie tej zasady w niniejszej sprawie nie może mieć miejsca, skoro ciężar dowodu nieistnienia szkody obciążał powoda a ta okoliczność nie tylko nie została wykazana lecz nawet powód nie próbował tego wykazać. Ponadto opóźnienie w oddaniu obiektu budowlanego oznacza niemożliwość korzystania z przedmiotu umowy co tworzy także domniemanie faktyczne istnienia szkody. Powód kwestionował podnoszona przez Gminę okoliczność, że doszło do nienależytego wykonania zobowiązania. Wynikający zaś z ustaleń fakt opóźnienia w oddaniu przedmiotu umowy względem terminu wskazanego w umowie tworzył domniemanie nienależytego wykonania zobowiązania, przerzucało to ciężar dowodu wykazania okoliczności przeciwnej na stronę powodową. Sam więc fakt, że powód kwestionował istnienie zwłoki nie było wystarczające dla przyjęcia braku winy nawet przy uwzględnieniu oświadczenia w aspekcie pominięcia zgłoszonego wniosku dowodowego z opinii biegłego, tym bardziej, że z zeznań świadków wnioskowanych przez pozwaną wynikała opieszałość w wykonaniu przedmiotu umowy.

Kwestię możliwości podniesienia zarzutu potrącenia w przypadku cesji wyjaśniał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 stycznia 2015r. III CNP 7/14LEX nr 1640245, stwierdzając, że potrącenie jest czynnością materialnoprawną którą dokonuje się przez oświadczenie złożone drugiej stronie i wywołuje skutek w postaci wzajemnego umorzenia się wiarytelności do wysokości wiarytelności niższej (art. 498 § 2 k.c., art. 499 k.c.). Oświadczenie to dla swej ważności nie wymaga określonej formy,...., i musi pochodzić od uprawnionej strony i wyrażać wolę ukształtowania stosunków prawnych w sposób przewidziany w art. 498 § 2 k.c. Sąd Apelacyjny zauważa nadto, że dłużnikowi przysługują przeciwko nabywcy wiarytelności wszelkie zarzuty, które miał przeciwko zbywcy w chwili powzięcia wiadomości o przelewie. Mógł on więc podnieść zarzut wygaśnięcia wiarytelności poprzez wykazanie że zostało złożone przed cesją oświadczenie o potrąceniu co podlega ogólnym przepisom co do sposobu i chwili złożenia (art. 60 i 61 k.c.). Wolę potrącenia wierzyciel może wyrazić w każdy sposób a oświadczenie to wywołuje skutek w taki sposób, że odbiorca oświadczenia mogła się zapoznać z jego treścią.

Sąd Apelacyjny nie podziela stanowiska Sądu Okręgowego, że nie zostało wykazane by wola potrącenia doszła do lidera konsorcjum (...). Świadek Z. O. zeznał, że: „ poinformowaliśmy E. R., że musimy uznać, że opóźnił się z wykonaniem pracy i będzie miał potrącone wynagrodzenie. Jest to spójne z zeznaniami Dyrektora szkoły, która zeznała, że złożyła oświadczenie woli E. R. o potrąceniu w ramach kary umownej. Jako Dyrektor Zespołu Szkół podejmowała ona czynności ze skutkiem dla strony pozwanej te czynności niewątpliwie były akceptowane. E. R. przyjął to do wiadomości. Niezależnie od zakresu umocowania Dyrektora Zespołu Szkół oczywiste jest, że czynność ta była potwierdzona przez Gminę co zresztą potwierdzają zeznania samego R., który nie miał wątpliwości kiedy sprawdził swoje konto bankowe po dokonaniu przelewu, że brak przelania całej należności jest efektem potrącenia. Oczywiście więc jest, że miał świadomość, że potrącenie dotyczyło niewypłaconej kwoty, tym bardziej, że z samej umowy (...) wynikało, że możliwe było potrącenie bez osobnego oświadczenia o potrąceniu poprzez dokonanie operacji księgowej. Powyższe ustalenia dotyczące oświadczeń poprzedzających operację księgową mają znaczenie dla oceny wymagalności obowiązku z tytułu kary umownej. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko o dopuszczalności kształtowania przesłanek, sposobu i skutków potrącenia przez strony (por. także wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1998 r., II CKN 849/98 OSNC 1999, nr 7-8, poz. 128, z dnia 10 listopada 2000 r., IV CKN 163/00 nie publ., z dnia 12 marca 2003 r., III CKN 201/00 "Izba Cywilna" 2003, nr 12, s. 36), z dnia 12 października 2005 r., III CK 90/05, nie publ. i z dnia 25 lipca 2013 r. II CSK 191/13 OSNC 2014/4/45 oraz w uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2007 r., III CZP 58/07 OSNC 2008, nr 5, poz. 44). Potrącenie umowne, zwane czasem również potrąceniem kompensacyjnym, jest unormowaną poza kodeksem cywilnym umową zawieraną

na ustalonych przez strony warunkach, w granicach określonych w art. 353¹ k.c. Jego dopuszczalność wynika z ogólnej zasady swobody umów, a umowa w tym zakresie podlega ocenie z punktu widzenia właściwości stosunku prawnego i zasad współżycia społecznego. Dla prawnej skuteczności takiego oświadczenia wystarcza złożenie oświadczenia woli tylko przez jedną ze stron, której przysługuje wierzycielność przedstawiona do potrącenia. Wynikające z umowy uprawnienie do jednostronnej kompensaty z należnościami wskazanymi w fakturach powoduje umorzenie długu. W tym przypadku Sąd Apelacyjny ustalił, że strona pozwana skonkretyzowała wierzycielność z tytułu kar umownych na kwotę 351360zł i oświadczenie w tym przedmiocie doszło do R.. Świadczą o tym dokumenty przedłożone przez pozwaną oraz zeznania świadka M. T. (protokół z dnia 9 lutego 2015r.). Pozwana przedłożyła załącznik do faktury z którego wynika kwota naliczenia kary umownej (k-195) oraz notę obciążeniową z dnia 30 grudnia 2011r. (k-208). Sporządzenie tego dokumentu należy wiązać z naliczeniem kary umownej w dniu 29 grudnia 2011r. w obecności E. R. (zeznania k-287). R. przyjął to do wiadomości Z zeznań Z. O. wynika, że oświadczenie w tym przedmiocie ponowił on R. pełniąc obowiązki Wójta. W aspekcie mechanizmu potrąceń wskazanego w umowie należy przyjąć, że nie było potrzeby osobnego wezwania do zapłaty kary umownej. Z zeznań wójta wynika, że już na spotkaniu przesądzona była decyzja o niewypłaceniu R. kwoty odpowiadającej karze umownej co oznacza, że spotkanie musiało się odbyć przed sporządzeniem dokumentu z dnia 30 grudnia 2012r. Jego więc wątpliwości wyrażone w zeznaniach co do dat nie stanowią o niewiarygodności zeznań lecz są związane z brakiem wiedzy kiedy miały być wykonane przelewy z poszczególnych faktur, z których płatność miała być obniżona, bo faktyczna skuteczność potrącenia związana było z obniżeniem kwot przekazywanych wykonawcy. Z zeznań M. T. wynika zaś, że rozliczenie przekazano E. R. (liderowi konsorcjum w dniu 29 grudnia 2011r.) obok oświadczeń ustnych także pisemnie jak określiła: „na brudno”. Następnie sporządzenie dokumentów z dnia 30 grudnia 2011r. należy więc raczej wiązać z koniecznością odzwierciedlenia potrącenia w dokumentach księgowych, stąd też późniejsze zlecenia dla księgowości nie niweczą wcześniej wyrażonej na zewnątrz jednoznacznej woli realizacji mechanizmu potrącenia wskazanego w umowie. Wyliczenia były znane i przekazane R.. R. nie mógł mieć wątpliwości co do wyrażenia woli umorzenia długu przez potrącenie a już na pewno nie w odniesieniu do kwoty 214720zł skoro na przelewie dotyczącym faktury (...) (k-196) wskazywano karę umowną w kwocie 214720zł jako tytuł pomniejszenia należności. Kwotę tę następnie przekazano ze środków inwestycyjnych na rachunek dochodów Gminy (k-195). Rozbicie całej kwoty kary na kwotę 214720zł i 136640zł wynikało z tego, że środki na wypłatę dla powoda pozostawały na różnych rachunkach (k-195). Sam jednak R. nie miał wątpliwości właśnie po sprawdzeniu konta, że brak przekazu całej kwoty 351360zł jest wynikiem potrącenia. Nie miał on więc wątpliwości co do wyrażenia woli potrącenia przez zamawiającego i jej wysokości. Termin 30 grudnia 2011r. na oświadczeniu znajdującym się na (k- 208) był więc tylko skutkiem wcześniej anonsowanej R. woli dokonania potrącenia wobec terminu wymagalności jego wierzycielności. Data 30 grudnia 2011r. była bowiem wskazanym przez E. R. przedłużonym terminem zapłaty faktury nr (...)r. (k-26). Z tą też datą potrącenie było możliwe . Brak więc realizacji zapłaty stanowił więc dla R. potwierdzenie wcześniej wyrażonej woli pomniejszenia wynagrodzenia zgodnie z umową o karę której wyliczenie nastąpiło na wcześniejszym spotkaniu. Jest to spójne ze zwrotnym przekazaniem środków zgromadzonych przez Zespół Szkół zabezpieczonych na realizację umowy na rachunek Gminy w dniu 30 grudnia 2016 kwoty 214 720 zł i dalszym uzupełnieniem przekazania w kwocie 136640zł (k-201).

Jak wyżej wskazano brak jest podstaw do uznania, że wolą stron było przejście na siebie przez wykonawcę ryzyka nieterminowego oddania robót, co oznacza domniemanie zasadności naliczenia kary umownej , albowiem niewątpliwie doszło do opóźnienia w przekazaniu przedmiotu umowy doszło. Przerzucało to zgodnie z art. 471 k.c. na stronę powodową ciężar dowodu wykazania, że opóźnienie to nie obciąża wykonawcy. Nie miał racji Sąd Okręgowy przyjmując a limine nieistnienie wierzycielności z tytułu kary umownej. Wykonawcę jednak częściowo ekskułpowała okoliczność zlecenia prac dodatkowych.

Sąd Apelacyjny ustalił bowiem, że wykonanie robót dodatkowych było konieczne do zakończenia robót wykończeniowych z umowy podstawowej, szczególnie, że zawilgocenie ścian piwnic na etapie realizacji stanu surowego uniemożliwiło wykonanie robót w części piwnicznej. W pierwszej kolejności należało wykonać izolacje, osuszanie ścian i posadzek a następnie dopiero realizować roboty wykończeniowe i ukończyć roboty towarzyszące. Ponadto konieczność wykonania prac izolacyjnych opóźniała wykonanie prac brukarskich. Naprawienie izolacji pionowej ścian piwnic w zespole A i (...) oraz odgruzowanie kanałów wentylacyjnych w zespole A i (...) mogło

być jednak w przeważającej części prowadzone równolegle z robotami wynikającymi z umowy podstawowej, stąd wykonanie robót dodatkowych nie usprawiedliwia całego okresu opóźnienia.

/dowód opinia biegłego M. D. k-389-390, opinia uzupełniająca (k-417 – k-418)/.

Zarzuty do opinii wskazujące, że dopiero po odgruzowaniu kanałów wentylacyjnych można było przystąpić do niedokończonych prac głównych a niedrożność ujawniła się dopiero w toku prac nie mogą skutecznie obalić wniosków biegłego, że prace te mogły być wykonywane równolegle albowiem według strony powodowej konieczność odgruzowania miała się ujawnić w dniu 16 sierpnia 2011r. (k-437) ale żadne wpisy w dzienniku budowy nie potwierdzają przystąpienia do tych prac pomiędzy tą datą a datą odbioru prac dodatkowych. Nie ma też żadnej korelacji wpisów dotyczących prac głównych z pracami dotyczącymi odgruzowania. Nie zgłaszano też w dzienniku budowy konieczności zniszczenia wcześniej wykonanych prac. Nie są także zasadne zarzuty mające w przekonaniu powoda wskazywać na niemożliwość osuszenia w czasie określonym w opinii. Powód nie wykazał, że przystąpienie do prac następczych mogło nastąpić dopiero 11 listopada 2011r. Przede wszystkim zaś zwrócić należy uwagę, że wykonawca zgłaszał zakończenie robót dodatkowych już 3 listopada 2011r. (dziennik budowy str. 16), nie mógł więc uznawać, że przystąpienie do dalszych prac następczych z umowy podstawowej możliwe było dopiero 11 listopada 2011r. Z zeznań S. I. wynika, że obiekt nie był wówczas gotowy wówczas do odbioru. Fakt ten wskazuje jednoznacznie, że doszło do opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy. Natomiast okoliczność zgłoszenia gotowości odbioru wskazuje, że wykonawca nie uznawał wówczas, że istnieje jakakolwiek przeszkoda do oddania przedmiotu umowy. Nie są także zasadne pozostałe zarzuty powoda. Przekonujące jest bowiem wyjaśnienie biegłego, że gdyby uznać za prawdziwe, że osuszanie trwało przez dwa miesiące to w takim wypadku roboty wykończeniowe w piwnicach, wykonanie tynków i posadzek montaż dźwigów i poręczy musiałyby trwać jeszcze po wydaniu decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Biegły powołując się na lakoniczność wpisów w dzienniku budowy nie określił jednak w sposób jednoznaczny łącznego czasu przedłużenia wykonanie robót podstawowych. Skoro jednak z opinii wynika, że konieczność wykonania robót dodatkowych warunkowała zakończenie robót dodatkowych, to należy przyjąć, że roboty główne nie mogły zakończyć się przed faktycznym zakończeniem robót dodatkowych. Nawet jeżeli biegły uznawał, że prace mogły być wykonywane w dużej części równolegle to jednak ich część warunkowana była osuszeniem piwnic. Potwierdził to inspektor nadzoru, który zeznawał (k-288), że duży wpływ na opóźnienie miały roboty dodatkowe. Także z zeznań ówczesnego wójta wynika, że opóźnienie było częściowo usprawiedliwione. Opinia biegłego wskazuje, że prace dodatkowe przy prawidłowym ich przebiegu mogły trwać najwyżej kilkanaście dni. Z dziennika budowy wynika, że roboty wykończeniowe zakończyły się 3 listopada 2011r. Nawet więc zakładając konieczność wykonania robót dodatkowych oraz uwzględniając konieczny czas osuszenia, to prace dodatkowe wraz z osuszeniem mogły opóźnić roboty główne najwyżej o 1 miesiąc, skoro według dziennika budowy same prace dodatkowe trwały faktycznie łącznie 10 dni (opinia k-419). Strony umowy uznawały w umowie z dnia 16 września 2011r., że prace dodatkowe powinny trwać najwyżej 1,5 miesiąca (do 31 października 2011r.), faktycznie jednak trwały krócej, co wynika z wpisów w dzienniku budowy. Zgodnie z protokołem z dnia 17 września 2011r. strony procesu inwestycyjnego zgodnie uznawały, że termin wykonania robót z umowy z dnia 26 października 2011r. nr (...) przesuwa się jedynie odpowiednio w związku z robotami dodatkowymi. Jeżeli zaś umowa o roboty dodatkowe została zawarta w dniu 16 września 2011r. a wykonanie robót podstawowych przy prawidłowym działaniu obu stron umowy tj przy uwzględnieniu czasu potrzebnego do wykonania robót dodatkowych jak i konieczności osuszenia trwało ok. 30 dni, to prace główne przy prawidłowym sposobie wykonania zobowiązania powinny zostać zakończone najpóźniej w połowie listopada 2011r. Z zeznań świadków wynika, że roboty były wykonywane opieszale i były przestoje (zeznania Z. O. i zeznania L. S.). Z wpisów w dzienniku budowy wynika ponadto, że wykonawca zgłaszał gotowość odbioru w sytuacji, gdy obiekt nie nadawał się jeszcze do odbioru. Jeżeli zaś wykonawca w dniu 3 listopada 2011r. zgłaszał gotowość zakończenia robót dodatkowych (str. 16 tom (...) dziennika budowy a w dniu 14 listopada 2011r. zakończenie całości (tom (...)str. 18 dziennika budowy) i nie zgłaszał wówczas przeszkód do wykonania robót głównych, to powód nie może obecnie skutecznie kwestionować naliczenia kar umownych od dnia 26 listopada 2011r. Uwzględniając te daty i okres konieczny dla wykonania prac dodatkowych należy przyjąć, że nie ma decydującego znaczenia dla naliczenia kar umownych okoliczność, że do zawarcia umowy o wykonanie prac dodatkowych doszło dopiero we wrześniu 2011r. choć wcześniejsze zawarcie umowy mogło przyspieszyć realizację całej inwestycji. Ustalenia Sadu Apelacyjnego

wskazują, że wykonawcę obciąża opóźnienie w przekazaniu obiektu skoro jak wyżej wskazano możliwe było wykonanie prac z umowy głównej w połowie listopada 2011r. nawet jeżeli wykonywane były prace dodatkowe. Ciężar dowodu wykazania, że opóźnienie za które naliczono karę umowną (a więc za 26 dni) było skutkiem okoliczności za które on nie odpowiada, spoczywał na powodzie a ten nie sprostał temu obowiązkowi. W świetle ustalonych okoliczności umowa o roboty dodatkowe miała wpływ na termin zakończenia robót głównych lecz nie w takim zakresie jak podnosił to powód. Od połowy listopada 2011r. opóźnienie miało charakter kwalifikowany tj stanowiło zwłokę w wykonaniu zobowiązania. Naliczenie kary umownej za 26 dni miało z przyczyn wyżej wskazanych uzasadnienie.

Sąd Apelacyjny zwraca jednak uwagę, że roboty zostały ostatecznie odebrane bez zastrzeżeń a konieczność wykonania robót dodatkowych miała pewien wpływ na termin wykonania robót głównych co potwierdził także świadek Z. O. (choć nie miało to przełożenia na sposób naliczenia kary umownej, która nie była liczona za cały okres opóźnienia). Sama umowa o wykonanie robót mogła też być zawarta wcześniej skoro konieczność wykonania robót dodatkowych ujawniła się jeszcze na początkowym etapie wykonania umowy głównej. W tych okolicznościach oraz uwzględniając rozmiar kary w kwocie 3651360zł należy przyjąć , że jest ona rażąco wygórowana o czym świadczą nawet zeznania ówczesnego wójta Z. O. (protokół elektroniczny z dnia 22 kwietnia 2015r. 00:09:33). Powód nie podnosił wprost zarzutu miarkowania jednak było to zrozumiałe przy jego stanowisku procesowym kwestionującym w ogóle podstawy i skuteczność potrącenia. W takiej sytuacji dopuszczalne jest zmiarkowanie jej wysokości (por. LEX nr 1365759), szczególnie, że zgłoszone liderowi konsorcjum potrącenie w takim rozmiarze narusza zasady współzycia społecznego (art. 5 k.c.). Zdaniem Sądu Apelacyjnego odpowiednia kara to połowa kwoty naliczonej tytułem kary umownej. Tym samym należy uznać, że potrącenie było skuteczne jedynie do kwoty 175680zł. Powyższe czyni bezprzedmiotowym zarzut powoda, że na przelewie wskazano jako karę tylko kwotę 214720zł. W konsekwencji cedent nie może dochodzić całego wynagrodzenia , skoro zostało ono umorzone we wskazanej części.

Wobec powyższego w częściowym uwzględnieniu apelacji Sąd Apelacyjny zmienił na podstawie art. 386§1 k.p.c. zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchylił nakaz zapłaty z dnia 25 lipca 2014r. i zasądził od pozwanej Gminy Ł. na rzecz A. R. kwotę 175680zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 31 grudnia 2011r. do dnia zapłaty oddalając powództwo w zakresie różnicy pomiędzy kwotą żadaną a zasądzoną. Odsetki zasądzono od niekwestionowanej daty wymagalności wskazanej przez Sąd Okręgowy. Powyższe rozstrzygnięcie wywołało modyfikację orzeczenia o kosztach procesu. Koszty te stosunkowo rozliczono (po połowie)na podstawie art. 100 k.p.c. Skutkowało to zasądzeniem od powoda na rzecz strony pozwanej kwoty 4392zł tytułem kosztów procesu. Dalej idącą apelację oddalono na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach za drugą instancję orzeczono na podstawie art. 100k.p.c. w zw. z art. 391§1 k.p.c. przy przyjęciu, że koszty obciążają obie strony w równym stopniu. Zasądzono więc z tego tytułu od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 9574,6zł (8784zł tj połowę opłaty od apelacji+ 790,76zł tj 1/2 z poniesionych zaliczkowo wydatków na biegłego w kwocie 1581,53zł).

SSA Marek Boniecki SSA Anna Kowacz-Braun SSA Sławomir Jamróg