

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 12 lutego 2013r., skierowanym przeciwko pozwanej A. W. (1) prowadzącej ewidencjonowaną działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano – (...) z siedzibą w P., powód B. K. (1), wniósł o wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym zobowiązującego pozwaną do zapłaty na rzecz powoda łącznej kwoty 338.400 zł., tytułem:

- a) zwrotu zaliczki wpłaconej zgodnie z § 4 umowy o roboty budowlane z dnia 27 maja 2009 r. o nr (...)w wysokości 180.000 zł. wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 10 stycznia 2013r. do dnia zapłaty;
- b) kary umownej wynikającej z § 7 ust. 1 pkt b) ww. umowy w wysokości 128.400 zł. wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 9 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty;
- c) kary umownej wynikającej z § 7 ust. 1 pkt a) ww. umowy w wysokości 30.000 zł. wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 10 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty.

Nadto powód wniósł o zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu podniósł, że na mocy umowy o roboty budowlane z dnia 27 maja 2009r. o nr (...), pozwana zobowiązała się do wykonania projektu i konstrukcji budynku mieszkalno-garażowego przy ul. (...) w P. na rzecz B. K. (1), w terminie do października 2011r., za zapłatą wynagrodzenia w kwocie 300.000 zł., na poczet którego zleceniodawca zapłacił A. W. (1) kwotę 180.000 zł. tytułem zaliczki. Do chwili obecnej pozwana nie przystąpiła do jakichkolwiek prac budowlanych na przedmiotowej posesji, wobec czego powód odstąpił od umowy z winy wykonawcy i wezwał do zapłaty umówionych kar umownych : w kwocie 30.000 zł. za odstąpienie od umowy z przyczyn ze które odpowiedzialność ponosi zleceniobiorca (10 % wynagrodzenia umownego) oraz w kwocie 128.400 zł. za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy (0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki), a także do zwrotu uiszczonej zaliczki /pозew – k. 2 – 4/.

Z uwagi na brak podstaw do wydania nakazu zapłaty, zarządzeniem z dnia 2 kwietnia 2013r. Przewodniczący skierował sprawę do rozpoznania w postępowaniu zwykłym, ustalając opłatę od pozwu w wysokości 16.920 zł. /zarządzenie – k. 53/.

Pozwana, w odpowiedzi na pozew z dnia 6 maja 2013r., wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda kosztów postępowania według norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwana zaprzeczyła, iżby powód zapłacił jej kiedykolwiek, tytułem zaliczki wynikającej ze spornej umowy, kwotę 180.000 zł., podniosła ponadto, iż niedotrzymanie terminu określonego w łączącej strony umowie o roboty budowlane wynikało nie tylko z przyczyn leżących po jej stronie, albowiem do wydłużenia terminu realizacji przedmiotowej inwestycji doszło na skutek zmian koncepcji i kolejnych uzgodnień między stronami, zaakceptowanych przez obie strony, a także na skutek okoliczności niezależnych od pozwanej /odpowieź na pozew – k. 100 – 103/.

Postanowieniem z dnia 27 czerwca 2013r. Sąd Okręgowy w Łodzi cofnął powodowi B. K. (1) zwolnienie od kosztów sądowych, udzielone postanowieniem z dnia 26 marca 2013r. /postanowienie k.118/

W piśmie procesowym z dnia 27 września 2013r. pozwana podniosła zarzut potrącenia kwoty 75.000 zł., którą poniosła za opracowanie projektów budowlanych w ramach realizacji przedmiotowej umowy.

Strona powodowa wniosła o nie uwzględnienie zarzutu potrącenia /pismo procesowe pełnomocnika pozwanej z dnia 26.09.2013r. – k. 164 – 165 odw., protokół – k. 184 /.

Na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2014r. powód oświadczył, że cofa powództwo w zakresie żądania kwoty 180.000 zł. wraz z odsetkami liczonymi od tej kwoty żądanymi od dat wskazanych w pozwie, bez zrzeczenia się roszczenia, jednakże strona pozwana nie wyraziła na powyższe zgody /protokół – k. 227 odw., nagranie rozprawy – 00:00:17/.

### **Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny sprawy:**

W dniu 23 października 2009r. powód i A. W. (2) (mąż pozwanej) zwarli przed notariuszem A. K., umowę przedwstępną (Rep. A Nr (...)), sprzedaży na rzecz A. W. (2) nieruchomości położonej w P. przy ul. (...), oznaczonej jako działki nr (...), o łącznej powierzchni 13 arów 26 metrów kwadratowych, dla której prowadzona jest przez Sąd Rejonowy w Pabianicach V Wydział Ksiąg Wieczystych księga wieczysta (...). /niesporne/

W tym samym dniu, 23 października 2009r. strony zawarły, przed notariuszem A. K., umowę (Rep. A Nr (...)), mocą której pozwana A. W. (1) zobowiązała się do wybudowania, zgodnie z pozwoleniem budowlanym, budynku mieszkalnego wielorodzinnego w P. przy ul. (...) na działce nr (...) oraz do bezobciążeniowego ustanowienia na rzecz powoda, po zakończeniu budowy, odrębnej własności samodzielnego lokalu mieszkalnego nr (...) i bezobciążeniowej sprzedaży powodowi tego lokalu wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej oraz prawem do wyłącznego korzystania z miejsca postojowego nr 28, najpóźniej do dnia 31 lipca 2010r. za ogólną cenę brutto w kwocie 145.200 zł., na co B. K. (1) wyraził zgodę, zobowiązując się do nabycia tak określonego przedmiotu umowy za podaną cenę. /akt notarialny z dnia 23.10.2009r. Rep. A nr(...)- k. 62 – 67/.

Analogiczną umowę zawarły strony w dniu 18 listopada 2009r. (Rep A Nr (...)), przy czym dotyczyła ona zobowiązania pozwanej do ustanowienia odrębnej własności i sprzedaży na rzecz powoda lokalu nr (...) w nieruchomości przy ul. (...) w P., wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej oraz prawem do wyłącznego korzystania z miejsca postojowego nr 27, w terminie do dnia 31 lipca 2010r., za cenę ogólną w wysokości 145.600 zł. brutto /akt notarialny z dnia 18.11.2009r. Rep. A nr (...)- k. 68 – 73/.

Aktem notarialnym z dnia 19 kwietnia 2010r., w wykonaniu umowy przedwstępnej zawartej w dniu 23 października 2009r., w formie aktu notarialnego, rep A Nr (...) B. K. (1) dokonał sprzedaży na rzecz męża pozwanej A. W. (2) nieruchomości położonej w P. przy ul. (...), oznaczonej jako działki nr (...), o łącznej powierzchni 13 arów 26 metrów kwadratowych, dla której prowadzona jest przez Sąd Rejonowy w Pabianicach V Wydział Ksiąg Wieczystych księga wieczysta (...). Nieruchomość została zbyta za cenę 597.000 zł. przy czym część ceny sprzedaży w kwocie 317.000 zł. miała zostać zapłacona w dniu sprzedaży, zaś pozostała kwota 280.000 zł. w terminie do dnia 12 maja 2010r. /akt notarialny z dnia 19.04.2010r. Rep. A nr (...)- k. 75 – 80/.

Kwota 317.000 zł., należna powodowi tytułem części ceny sprzedaży działki przy ul. (...) w P., w wykonaniu umowy z dnia 19 kwietnia 2010r., nie została fizycznie zapłacona przez A. W. (2) na rzecz B. K. (1), gdyż została zaliczona na poczet ceny za lokale nr (...). Oświadczeniem złożonym przed notariuszem w tej samej dacie A. W. (1) pokwitowała odbiór od powoda kwoty 317.000 zł. tytułem zapłaty ceny wynikającej z przedwstępnych umów sprzedaży zawartych w dniach 23 października i 18 listopada 2009r. oraz tytułem zaliczki na poczet zakupu lokalu mieszkalnego nr (...) o łącznej powierzchni użytkowej 42,50 m<sup>2</sup>, który także miał znajdować się w budowanym budynku przy ul. (...) w P. / oświadczenie – k. 74, informacyjne wyjaśnienia powoda poparte jego zeznaniami – k. 121, k. 227, nagranie rozprawy – 00:06:01/.

Pozostała kwota, należna powodowi od męża pozwanej A. W. (2) tytułem reszty ceny sprzedaży działki przy ul. (...), w wysokości 280.000 zł. także nie została w terminie zapłacona. /niesporne/

W dniu 3 listopada 2010r., za zgodą powoda, została zawarta umowa przejęcia przez pozwaną A. W. (1) długu jej męża A. W. (2) w kwocie 280.000 zł., wynikającego z umowy sprzedaży, objętej aktem notarialnym z dnia 19 kwietnia 2010r., za Rep. A Nr(...). /umowa przejęcia długu – k. 136, informacyjne wyjaśnienia powoda poparte jego zeznaniami – k. 121, k. 227, nagranie rozprawy – 00:06:01/.

W ramach zabezpieczenia zapłaty przez pozwaną na rzecz powoda powyższej kwoty, umową z dnia 3 listopada 2010r., sporządzoną w formie aktu notarialnego przed notariuszem A. K., Rep. A nr (...), pozwana zobowiązała się, po zakończeniu budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. (...) w P., do bezobciążeniowego ustanowienia odrębnej własności lokali mieszkalnych o nr (...) i bezobciążeniowego przeniesienia własności tych lokali wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej oraz prawem do wyłącznego korzystania z miejsca postojowego oznaczonego nr 3 na rzecz powoda w zamian za zwolnienie z długu w wysokości 280.000 zł. Wartość każdego z lokali wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej oraz miejscem postojowym nr 3 (przypisanym do lokalu nr (...)) strony określiły na kwotę po 157.800 zł. brutto.

Strony umowy oświadczyły nadto, że różnica między łączną wartością obu przedmiotowych lokali wraz z miejscem postojowym wynoszącą 315.600 zł. a wartością długu wynoszącą 280.000 zł., w kwocie 35.600 zł., zostanie zapłacona przez powoda na rzecz A. W. (1) w dniu zawarcia umowy przyrzeczonej przeniesienia własności /akt notarialny z dnia 03.11.2010r. Rep. A nr (...)- k. 137 odw. – 140/.

Aktem notarialnym z dnia 23 lutego 2011r. A. W. (2), działający w imieniu i na rzecz A. W. (1), zawarł z powodem umowę, mocą której strony zmieniły umowę przedwstępną ustanowienia odrębnej własności lokali i przeniesienia ich własności w zamian za zwolnienie z długu objętej aktem notarialnym z dnia 3 listopada 2010r. (rep. A. Nr(...)) rozwiązując ww. umowę w przedmiocie dotyczącym lokalu mieszkalnego nr (...), pozostawiając jej treść w odniesieniu do lokalu mieszkalnego nr (...) wraz prawem do wyłącznego korzystania z miejsca postojowego nr 3. Strony oświadczyły, że kwota długu nie uległa zmianie i wynosi nadal 280.000 zł. Ponadto strony zmieniły umowę sprzedaży, objętą aktem notarialnym z dnia 23 października 2009r. (rep. A. Nr (...)), w zakresie numeracji lokalu, wskazując, że jej przedmiotem jest lokal który będzie oznaczony numerem „6”, zamiast „5”. /akt notarialny z dnia 23.02.2011r. Rep. A nr (...)- k. 141 – 142/.

W tej samej dacie, tj. 23 lutego 2011r., strony zawarły umowę o roboty budowlane nr (...), mocą której pozwana A. W. (1) działająca pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano (...), reprezentowana przez A. W. (2), zobowiązała się do wykonania na rzecz powoda B. K. (1) projektu i konstrukcji budynku mieszkalno - garażowego przy ul. (...) w P., z użyciem materiałów zleceniobiorcy, zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją projektową. Wynagrodzenie zleceniobiorcy za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły na kwotę 300.000 zł. netto plus podatek VAT 8 %. Rozpoczęcie prac objętych umową miało nastąpić w marcu 2011r., a zakończenie robót – w październiku 2011r. W § 4 umowy zleceniobiorca oświadczył, że w dniu podpisania niniejszej umowy otrzymał zaliczkę w wysokości 180.000 zł. W § 7 umowy strony przewidziały, iż zleceniobiorca zapłaci zleceniodawcy kary umowne: w przypadku odstąpienia od umowy przez zleceniodawcę z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi zleceniobiorca, w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego za przedmiot umowy [par.7 pkt 1. ppkt a) umowy], ponadto, za zwłokę w oddaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego za przedmiot odbioru, za każdy dzień zwłoki [par.7 pkt 1. ppkt b) umowy]. Stosownie do § 9 umowy wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy wymagały formy aneksu, podpisanego przez obie strony, pod rygorem nieważności /umowa o roboty budowlane z dnia 27 maja 2011 o nr 1/02/2011 – k. 8 – 11 /.

Wprawdzie na dokumencie umowy widniała, jako data jej zawarcia, „27 maja 2009r.”, ale faktycznie, została ona zawarta w 2011r. Ponadto, mimo zapisu w umowie, powód nigdy nie uiścił na rzecz pozwanej kwoty 180.000 zł., tytułem zaliczki na poczet wynagrodzenia zleceniobiorcy. Intencją stron było zabezpieczenie interesów powoda wynikających z umowy sprzedaży działki przy ul. (...) w P.. Przewidywano, że w przypadku realizacji umowy o roboty budowlane, zobowiązania pozwanej względem powoda z tytułu umowy sprzedaży działki, zostałyby odpowiednio pomniejszone o wartość wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu umowy o roboty budowlane. /informacyjne wyjaśnienia powoda poparte jego zeznaniami – k. 120, k. 227, nagranie rozprawy – 00:06:01. 00:11:17, zeznania świadka A. W. – k. 221, nagranie rozprawy – 00:15:55/.

Powód chciał wybudować na swojej działce dom jednorodzinny z garażami, a A. W. (2), będąc pełnomocnikiem żony, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.B.T. (...) zaproponował, że wybuduje powodowi taki dom w ramach istniejących między nimi rozliczeń, gdyż małżonkowie W. nie dysponowali gotówką na zaspokojenie

zobowiązań względem powoda. Od samego początku, między powodem a małżonkami W. były wyłącznie rozliczenia bezgotówkowe.

Firma pozwanej miała zająć się wszelkimi formalnościami, tj. przygotowaniem projektu inwestycji i uzyskaniem stosownych pozwoleń. W momencie podpisywania umowy między stronami były jedynie ustne uzgodnienia dotyczące posadowienia budynku na działce. /informacyjne wyjaśnienia powoda poparte jego zeznaniami – k. 120, k. 227, nagranie rozprawy – 00:06:01, 00:11:17, zeznania świadka E. S. – k. 184 odw. - 185/.

Na prośbę powoda dokonywane były zmiany w projekcie, jednak wyłącznie na etapie jego tworzenia. Zmiany te dotyczyły zaprojektowania tarasu nad garażami w miejsce pierwotnie zaplanowanego pokrycia dachu nad garażami papą. W końcowym projekcie zmiana ta została uwzględniona; na projekt ten zostało udzielone pozwolenie na budowę; B. K. (1) nie uiszczył z tego tytułu żadnych opłat. Po jego uzyskaniu nie były już wprowadzane żadne zmiany do projektu. Projekt został oddany w maju 2011r. Powód nie poniósł żadnych z tego tytułu kosztów. Na przełomie czerwca i lipca 2011r. pozwana uzyskała dla powoda pozwolenie na budowę, jednakże do realizacji inwestycji nie przystąpiła. Mocą ustnych uzgodnień strony przedłużyły termin realizacji umowy na grudzień 2011r. /informacyjne wyjaśnienia powoda poparte jego zeznaniami – k. 120, 122, k. 227 - 228, nagranie rozprawy – 00:06:01, zeznania świadka E. S. – k. 184 odw. – 185, zeznania świadka A. W. – k. 222, nagranie rozprawy – 00:25:44, 00:31:32, 00:38:11 /.

Po upływie terminu realizacji umowy, na przełomie 2011 i 2012 roku, A. W. (2) zaproponował powodowi wybudowanie na spornej działce, w miejsce domu jednorodzinnego - domu wielorodzinnego. Powód początkowo zainteresował się tą propozycją, a A. W. przekonywał go, że będzie miał odpowiednie środki by wspólnie z powodem zrealizować tę inwestycję. Powód udał się z A. W. do architekta M. O. (1) w sprawie oszacowania powierzchni użytkowo - mieszkalnej domu wielorodzinnego, możliwego do posadowienia na działce przy (...). Architekt, po dokonaniu stosownych wyliczeń, po kilku dniach poinformowała telefonicznie A. W. (2) o możliwej do wybudowania powierzchni domu wielorodzinnego. Wyliczenia tego M. O. dokonała nieodpłatnie. Była to jedyna czynność, jaką podjęto w związku z pomysłem realizacji budowy domu wielorodzinnego na nieruchomości powoda; ani B. K. ani A. W. nie zlecieli M. O. (1) dalszej pracy nad projektem domu wielorodzinnego. Po upływie ok. pół roku powód odebrał od M. O. pozostawiony u niej projekt domu jednorodzinnego. Powód i A. W. nie podjęli żadnych kroków w celu zawiązania spółki, mającej za przedmiot działalności, realizację przedsięwzięcia obejmującego budowę domu wielorodzinnego na działce przy ul. (...) w P.. Strony nie kontynuowały rozmów na ten temat. Obecnie na działce przy ul. (...) w P. powód, we własnym zakresie, zamierza rozpocząć inwestycję budowy domu wielorodzinnego /zeznania powoda – k. 228, nagranie rozprawy – 00:11:17, 00:15:23, zeznania świadka M. O. – k. 210, nagranie rozprawy – 00:10:47, 00:20:17, 00:28:56, 00:32:38, zeznania świadka A. W. – k. 221, k. 222, nagranie rozprawy – 00:25:44, 00:31:32/.

Powód był zainteresowany wybudowaniem przez pozwaną domu jednorodzinnego na nieruchomości przy ul. (...) w P., jak długo aktualne było pozwolenie na budowę, które wygasło w lipcu 2013r. Wtedy B. K. (1) zrezygnował z zamiaru budowy w wykonaniu umowy o roboty budowlane i zażądał od pozwanej zwrotu reszty ceny z tytułu umowy sprzedaży działki nr (...), przy ul. (...) w P.. Do tego momentu, powód, w rozmowach z A. W. (2), żądał rozliczenia się dłużników z tytułu reszty ceny sprzedaży działki przy ul. (...) w jakikolwiek sposób, tj. przez zapłatę należności w gotówce, albo w drodze przeniesienia własności lokali mieszkalnych lub zrealizowania inwestycji z umowy o roboty budowlane. Po wygaśnięciu ważności pozwolenia na budowę B. K. (1) zażądał zwrotu pieniędzy z umowy sprzedaży. Małżonkowie W. zobowiązali się do zapłaty na rzecz powoda, z tytułu brakującej ceny sprzedaży działki przy ul. (...), jak będą mieli środki finansowe, jednak do chwili obecnej tego nie uczynili. /zeznania powoda – k. 228 -229, nagranie rozprawy – 00:15:23/.

Pismem z dnia 3 października 2012r. powód, wyznaczył pozwanej, ostateczny termin przekazania przedmiotu umowy, do dnia 19 października 2012 r. oraz wezwał do zapłaty, w terminie 7 dni, kary umownej za zwłokę w oddaniu przedmiotu odbioru, naliczonej za okres od 1 listopada 2011r. do 8 października 2012r., w łącznej wysokości 102.600 zł. Wezwanie to zostało wysłane do pozwanej w dniu 9 października 2012r.

W dniu 2 stycznia 2013r. zostało skierowane do A. W., ponowne wezwanie do natychmiastowej zapłaty kary umownej za zwłokę w oddaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego za przedmiot odbioru za każdy dzień zwłoki, naliczonej za okres od 1 listopada 2011r. do 2 stycznia 2013r., tj., w kwocie 128.400 zł., w terminie 5 dni od daty doręczenia wezwania. /przesądowe wezwanie do zapłaty kar umownych wraz z wezwaniem do spełnienia świadczenia z dnia 03.10.2012r. – k. 17 – 18, wezwanie do natychmiastowej zapłaty kary umownej z dnia 02.01.2013r. – k. 15 – 16/.

Wobec faktu, iż pozwana nie odpowiedziała na powyżej przytoczone wezwania, ani nie dokonała zapłaty, pismem z dnia 7 stycznia 2013r., nadanym w urzędzie pocztowym w dniu 9 stycznia 2013r., powód wystosował pod adresem pozwanej oświadczenie o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane z winy Wykonawcy i wezwał do zapłaty, w terminie 7 dni od otrzymania pisma, następujących kwot: 30.000 zł., tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy przez Zleceniodawcę z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zleceniobiorca, naliczonej w wysokości 10% wynagrodzenia umownego za przedmiot umowy, na podstawie przedmiotowej umowy o roboty budowlane § 7 ust. 1 pkt a), oraz kwoty 128.400 zł., tytułem kary umownej za opóźnienie w oddaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego za przedmiot odbioru za każdy dzień zwłoki, na podstawie § 7 ust. 1 pkt b) przedmiotowej umowy na roboty budowlane oraz do zwrotu zaliczki w wysokości 180.000 zł. /pismo pełnomocnika powoda datowane 07.01.2013r. – k. 12 - 13/.

Umową sporządzoną w formie aktu notarialnego z dnia 8 stycznia 2013r., rep A Nr(...), przed notariuszem A. K., strony ustanowiły odrębną własność samodzielnego lokalu mieszkalnego nr (...) znajdującego się na pierwszym piętrze – drugiej kondygnacji budynku położonego w P. przy ul. (...), samodzielnego lokalu mieszkalnego nr (...) znajdującego się na drugim piętrze – trzeciej kondygnacji oraz samodzielnego lokalu niemieszkalnego – garażu dwustanowiskowego (nr 1 i 2) znajdującego się na parterze – pierwszej kondygnacji ww. budynku. Mocą tej umowy A. W. (1) sprzedała B. K. (1) prawo własności opisanych wyżej lokali mieszkalnych nr (...) oraz lokalu niemieszkalnego wraz ze związanymi z tymi lokalami udziałami w nieruchomości wspólnej oraz prawo współwłasności działki gruntu nr (...) objętej księgą wieczystą (...). B. K. (1) oświadczył, że prawo własności wyżej opisanych lokali mieszkalnych oraz lokalu niemieszkalnego wraz ze związanymi z nimi udziałami w nieruchomości kupuje będąc stanu cywilnego wolnego. Cena brutto wyniosła łącznie kwotę 284.364 zł. i złożyły się na nią:

- 1/ cena za lokal mieszkalny nr (...), w kwocie brutto 128.520 zł.,
- 2/ cena za lokal mieszkalny nr (...), w kwocie brutto 128.628 zł.
- 3/ oraz cena za garaż dwustanowiskowy w kwocie brutto 27.216 zł.

W § 3 umowy strony oświadczyły, że wyżej opisana cena została zapłacona w całości gotówką przed podpisaniem niniejszego aktu, pozwana potwierdziła i pokwitowała odbiór całej ceny. Nadto strony oświadczyły, że w dniu 1 grudnia 2012r. została wystawiona faktura VAT nr (...). Wydanie i odbiór przedmiotowych lokali mieszkalnych oraz garażu, według oświadczenia stron, nastąpił w dniu podpisania aktu notarialnego i w tym też dniu przeszły na kupującego wszelkie uprawnienia i ciężary związane z własnością tych lokali. /akt notarialny z dnia 08.01.2013r. Rep. A nr 122/2013 – k. 24 – 41, informacyjne wyjaśnienia powoda poparte jego zeznaniami – k. 121, k. 227, nagranie rozprawy – 00:06:01/.

Przed tutejszym Sądem toczy się sprawa z powództwa B. K. (1) przeciwko A. W. (1) o kwotę 280.000 zł., tytułem zapłaty reszty ceny wynikającej z umowy sprzedaży nieruchomości przy ul. (...) w P. z dnia 19 kwietnia 2010r. W dniu 3 kwietnia 2013r. Sąd wydał nakaz zapłaty uwzględniając żądanie powoda, jednak pozwana wniosła zarzuty od ww. orzeczenia. Sprawa pozostaje w toku, zarejestrowana za numerem II C 934/13. /załączone akta II C 934/13, nakaz zapłaty z dnia 03.04.2013r. – k. 150/.

Do chwili obecnej powód nie otrzymał od pozwanej brakującej ceny z tytułu sprzedaży działki przy ul. (...) w P., w ramach rozliczeń uzyskał jedynie dwa ww. lokale mieszkalne o nr (...) przy ul. (...), przy czym są one obciążone hipoteką

na rzecz banku, który udzielił kredytu na sfinansowanie inwestycji. Obecnie zobowiązania finansowe pozwanej, wobec powoda, z tytułu wzajemnych rozliczeń w związku z zakupem przez A. W. działki przy ul. (...) w P. i przejęciem tego długu przez pozwaną wynoszą 420.000 zł. Nadto pozwana zobowiązana jest zwolnić z zajęcia hipotecznego lokale mieszkalne nr (...) przy ul. (...) w P.. Pozwana zgodziła się zapłacić powodowi dodatkową kwotę w związku z długim czasem oczekiwania na rozliczenie /informacyjne wyjaśnienia powoda poparte jego zeznaniami – k. 120, k. 227, nagranie rozprawy – 00:06:01, 00:11:17, zeznania świadka A. W. – k. 221, nagranie rozprawy – 00:15:55, 00:06:12, 00:42:40, 00:56:19/.

Problemy finansowe pozwanej zaczęły się w styczniu 2012r., kiedy to jej firma utraciła płynność finansową. Na skutek nie ukończenia inwestycji przy ul. (...) pozwana nie mogła otrzymać zapłaty za lokale. Obecnie inwestycja została ukończona, sprzedano 3 lokale, pozostały do sprzedania 24, przy czym 18 z nich ma już przyszłych nabywców. Zostały pobrane zaliczki w kwotach 10.000 zł. – 15.000 zł. Przeszkodą do zawierania przez pozwaną umów przyrzeczonych jest obecnie zajęcie hipoteczne lokali przez bank kredytujący inwestycję. /zeznania świadka A. W. – k. 224, nagranie rozprawy – 00:56:19/.

Powód jest właścicielem dwóch lokali mieszkalnych o numerach (...) w budynku przy ul. (...) w P. oraz garażu dwustanowiskowego, działki letniskowej o powierzchni 0,5 ha o wartości ok. 140.000 zł, posiada też samochód marki A. (...), rocznik 2004, /informacyjne wyjaśnienia powoda poparte jego zeznaniami – k. 121, k. 230, nagranie rozprawy – 00:06:01, 00:30:07/.

Powyższy stan faktyczny został ustalony na podstawie powołanych dowodów, tj. z dokumentów, których autentyczność nie budzi wątpliwości Sądu i nie została zakwestionowana przez żadną ze stron, zeznań zgłoszonych świadków oraz przesłuchania powoda. Ustalony stan faktyczny był w zasadzie niesporny między stronami.

Sąd nie dał wiary zeznaniom powoda, w których utrzymywał, że mąż pozwanej A. W., jako pełnomocnik A. W. (1), zgodził się na wybudowanie dla B. K. (1) domu jednorodzinnego, w wykonaniu spornej umowy o roboty budowlane, bez obowiązku wpłaty zaliczki na poczet umówionego wynagrodzenia w kwocie 180.000 zł., w ramach rekompensaty za lata oczekiwania na pieniądze ze sprzedaż nieruchomości przy ul. (...) w P.. Świadek A. W. zaprzeczył bowiem, aby między stronami istniały takie uzgodnienia, zeznając, że wprawdzie, wbrew zapisom widniejącym na umowie o roboty budowlane, żadna zaliczka nie została przez B. K. uiszczona, natomiast, gdyby rzeczona inwestycja została przez pozwaną zrealizowana, to o kwotę 180.000 zł. zostałyby pomniejszone zobowiązania pozwanej wynikające z umowy sprzedaży działki przy ul. (...) w P.. Okoliczność ta znajduje z kolei potwierdzenie w zeznaniach powoda (które w tym zakresie należy uznać za wewnętrznie sprzeczne i z tych przyczyn również niewiarygodne), który przyznał, że przy zrealizowaniu inwestycji objętej umową o roboty budowlane, miało ulec zmniejszeniu zobowiązanie pozwanej względem powoda, z tytułu zapłaty reszty ceny sprzedaży działki przy ul. (...) w P., na kwotę równą umówionemu wynagrodzeniu ( k. 224). Natomiast, jak wynika z zeznań świadka A. W., zgoda dłużników na zapłatę powodowi dodatkowych 100.000 zł., pozostawała w związku z długim czasem oczekiwania na rozliczenie z umowy sprzedaży zawartej w dniu 19 kwietnia 2010r., a więc pozostawała poza podstawą faktyczną objętą żądaniem pozwu, którą stanowią wyłącznie roszczenia z umowy o roboty budowlane zawartej w maju 2011r.

Z uwagi na nieusprawiedliwioną nieobecność pozwanej, zobowiązanej do osobistego stawiennictwa, celem przesłuchania, pod rygorem pominięcia dowodu z jej zeznań (pkt 2. postanowienia z dnia 1 kwietnia 2013r. - k.225), Sąd na podstawie art. 302 par.1 k.p.c., pominął dowód z jej przesłuchania w charakterze strony.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Powództwo okazało się zasadne jedynie w części.

Powód domagał się zasądzenia od pozwanej kwoty 338.400 zł., tytułem zwrotu zaliczki oraz kar umownych należnych w oparciu o łączącą strony umowę o roboty budowlane z dnia 23 lutego 2011r.

Dla oceny zasadności zgłoszonych w pozwie żądań, wynikających z powołanej umowy, koniecznym jest, w pierwszej kolejności, przesądzenie charakteru prawnego tej czynności.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy bezspornym było, że przedmiotowa umowa o roboty budowlane pozostawała w związku z wzajemnymi rozliczeniami między stronami wynikającymi z umowy sprzedaży przez powoda działki przy ul. (...) w P. i nie uregulowanych przez pozwaną, która to - za zgodą powoda - przejęła dług nabywcy działki A. W. (2). Bezspornym jest także, iż pomiędzy stronami nie było nigdy rozliczeń gotówkowych. Przewidywano, że w przypadku realizacji umowy o roboty budowlane, zobowiązania pozwanej, względem powoda z tytułu umowy sprzedaży działki, zostaną pomniejszone o kwotę równą wynagrodzeniu wynikającemu z umowy o roboty budowlane.

W tej sytuacji można pokusić się o zakwalifikowanie spornej czynności prawnej, jako świadczenia w miejsce wykonania – *datio in solutum*, przewidzianego w art. 453 k.c. Stosownie do treści w/w przepisu, jeżeli dłużnik w celu zwolnienia się z zobowiązania spełnia za zgodą wierzyciela inne świadczenie, zobowiązanie wygasa. Świadczenie w miejsce wypełnienia (*datio in solutum*) zachodzi więc wówczas, gdy dłużnik zamiast świadczenia, które powinien spełnić zgodnie z treścią zobowiązania, ofiarowuje wierzycielowi inne świadczenie, a wierzyciel je przyjmuje. Instytucja określona w art. 453 k.c. prowadzi do zaspokojenia interesu wierzyciela, bez spełnienia umówionego świadczenia. Należy więc do grupy tzw. surogatów wykonania zobowiązania. Pierwszym warunkiem *datio in solutum* jest zawarcie umowy. W piśmiennictwie wskazuje się, że skoro zgodnie z treścią art. 453 k.c., dłużnik spełnia za zgodą wierzyciela inne świadczenie, przyjąć trzeba, że wcześniej doszło do uzgodnienia pomiędzy stronami zmiany treści zobowiązania. Z kolei tak zawarte porozumienie intelektualne musi wyprzedzać wykonanie lub być równoczesne z nim. Świadczenie w miejsce wypełnienia (*datio in solutum*) oparte jest więc na umowie. Wskazuje się, że sensem tej umowy jest zgoda wierzyciela na proponowane mu przez dłużnika umorzenie istniejącego zobowiązania przez spełnienie innego świadczenia niż pierwotne (zob. M. Pyziak-Szafnicka (w:) System..., s. 1076). Jednakże dla skuteczności świadczenia w miejsce wypełnienia sama umowa nie jest wystarczająca, bowiem wówczas doszłoby do odnowienia (art. 506 k.c). Przy świadczeniu w miejsce wypełnienia niezbędne jest także realne spełnienie przez dłużnika wtórnego świadczenia. Jak się podkreśla, *datio in solutum* obejmuje więc dwa elementy: umowę pomiędzy dłużnikiem a wierzycielem co do zmiany przedmiotu świadczenia oraz faktyczne spełnienie świadczenia. Poza tym, że elementy te winny wystąpić łącznie, to dodatkowo co do zasady także równocześnie – co wynika z natury świadczenia w miejsce wypełnienia i jednocześnie pozwala odróżnić *datio in solutum* od odnowienia. Umowa wprowadzająca nowe świadczenie stanowi warunek swoistej legalizacji wtórnego świadczenia, natomiast o wygaśnięciu zobowiązania decyduje dopiero realne spełnienie świadczenia. Umowa o świadczenie w miejsce wypełnienia wymaga zachowania formy szczególnej tylko wówczas, gdy wymóg taki wynika z uwagi na przedmiot świadczenia (np. jeżeli przedmiotem świadczenia nowego będzie własność nieruchomości, umowę należy zawrzeć w formie aktu notarialnego). Natomiast w praktyce umowa ta najczęściej zawierana jest w sposób konkludentny, w wyniku przyjęcia świadczenia przez wierzyciela. W piśmiennictwie zaprezentowano pogląd, że przy *datio in solutum* ustawodawca podkreśla wolę stron nakierowaną na umorzenie zobowiązania. Przyjmuje się, iż umowa o świadczenie w miejsce wypełnienia może być zawarta również w ten sposób, że z inicjatywą wystąpi wierzyciel, wskazując świadczenie zastępcze. Propozycja wierzyciela będzie miała charakter prawny oferty. Jeżeli dłużnik ją przyjmie i spełni świadczenie zaproponowane przez wierzyciela, dojdzie do *datio in solutum*. Dłużnik może jednak spełnić świadczenie z pierwotnego zobowiązania, nie przyjmując oferty wierzyciela.

Konsekwencją spełnienia wtórnego świadczenia jest wygaśnięcie dotychczasowego zobowiązania, z którego wynikał obowiązek świadczenia, zastąpiony przez dłużnika zgodnie z art. 453 k.c. na świadczenie subsydiarne. Skutek ten nastąpi w momencie rzeczywistego spełnienia nowego świadczenia. Jeśli natomiast świadczenie to spełniane jest przez dłuższy okres (usługi, korzystanie z rzeczy), to roszczenie wygasa dopiero z upływem tego okresu. Samo przystąpienie do wykonania świadczenia zastępczego nie wywołuje skutku w postaci wygaśnięcia zobowiązania, bowiem skutek taki powstaje dopiero w chwili spełnienia świadczenia zastępczego. Judykatura przyjmuje, że nie ma przeszkód, aby spełnienie świadczenia zastępczego prowadziło do częściowego wykonania zobowiązania, o ile strony w umowie o świadczenie w miejsce wykonania tak postanowiły. Takiego ułożenia wzajemnych stosunków przepis art. 453 k.c. nie wyklucza, a umowa w tym przedmiocie mieści się w ramach swobody, o jakiej mowa w art. 353<sup>1</sup> k.c. (wyrok SN z dnia

15 września 2005 r., II CK 68/05, LEX nr 479353; tak również K. Zagrobelny (w:) Kodeks..., s. 824, wskazując, że w takiej sytuacji dotychczasowy stosunek zobowiązaniowy nie wygaśnie, jedynie zmniejszeniu ulegnie dług ciężący na dłużniku). W przypadku, w którym wartość świadczenia wtórnego (substytucyjnego) przewyższa wartość świadczenia pierwotnego, nadwyżka podlega zwrotowi na rzecz dłużnika tylko wówczas, gdy strony wyraźnie tak postanowiły.

Niedojście do skutku *datio in solutum* wystąpić może w trzech sytuacjach, wadliwych z różnych przyczyn. Po pierwsze: może nie dojść do spełnienia świadczenia mimo zawarcia umowy. Po drugie: zawarta umowa może być nieważna. Po trzecie: przy ważności umowy może dojść do spełnienia świadczenia, lecz przedmiot tego świadczenia będzie miał wady. W sytuacji gdy pomimo zawarcia umowy nie doszło do spełnienia świadczenia, dotychczasowe zobowiązanie nie wygaśnie, lecz zmieni się jego treść w ten sposób, że wierzyciel uzyska upoważnienie przemienne wobec dłużnika.

Co do rodzaju i charakteru nowego świadczenia omawiany przepis nie przewiduje żadnych ograniczeń. Najczęściej dłużnik ofiaruje zamiast świadczenia pieniężnego świadczenie w naturze i odwrotnie. Nowe świadczenie może być jednorazowe, okresowe lub ciągłe, podzielne lub niepodzielne, może to być świadczenie pieniędzy, rzeczy oznaczonych co do tożsamości lub co do gatunku. Natomiast w ramach *datio in solutum* dłużnik może np. w miejsce świadczenia niepieniężnego spełnić świadczenie pieniężne lub odwrotnie.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż zawartej między stronami w dniu 23 lutego 2011r. umowy o roboty budowlane nie można uznać za świadczenie w miejsce wykonania wobec braku realnego spełnienia przez pozwaną wtórnego świadczenia mającego polegać w tym przypadku na wykonaniu na rzecz powoda konstrukcji budynku mieszkalno – garażowego przy ul. (...) w P.. Nawet jeśli przyjąć, że mocą spornej umowy strony porozumiały się co do zmiany pierwotnego przedmiotu świadczenia /wybudowanie domu jednorodzinnego w miejsce zapłaty reszty ceny należnej powodowi z tytułu sprzedaży działki/, to nie zaistniał drugi element niezbędny do przyjęcia konstrukcji *datio in solutum*. Równocześnie z zawarciem umowy, ani nigdy potem, nie doszło bowiem do spełnienia przez pozwaną /dłużnika/ świadczenia polegającego na wybudowaniu domu jednorodzinnego. Jak bowiem wynika z poczynionych w sprawie ustaleń, pozwana z uwagi na utratę płynności finansowej, nawet nie przystąpiła do realizacji inwestycji, do której zobowiązała się mocą przedmiotowej umowy. W ramach swojego zobowiązania w zasadzie uzyskała jedynie projekt budowlany oraz pozwolenie na budowę, do faktycznej realizacji inwestycji nigdy jednak nie doszło. Nawet jeżeli w przypadku świadczeń takich jak usługi /jak ma to miejsce w przypadku przedmiotowej umowy o roboty budowlane/, czy korzystanie z rzeczy, dopuszczalne jest w ramach *datio in solutum* spełnianie świadczenia przez jakiś czas, to i tak w stanie faktycznym niniejszej sprawy element ten nie został spełniony. W konsekwencji braku rzeczywistego spełnienia przez dłużnika nowego świadczenia przedmiotowa umowa /nawet jeśli potraktować ją jako *datio in solutum*/ nie może wywołać zamierzonego skutku w postaci wygaśnięcia pierwotnego zobowiązania do zapłaty ceny albowiem dla wygaśnięcia pierwotnego zobowiązania koniecznym jest faktyczne spełnienie nowego świadczenia.

Na marginesie już tylko podnieść należy, iż o wygaśnięciu pierwotnego zobowiązania w chwili obecnej mowy być nie może dodatkowo z uwagi na fakt wypowiedzenia tej umowy przez powoda mocą oświadczenia z dnia 9 stycznia 2013r. Z tych względów uznać należy, iż w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy, nie nastąpił, omawiany w toku przytoczonych rozważań, skutek niedojścia do spełnienia świadczenia mimo zawarcia umowy *datio in solutum*, w postaci uzyskania przez wierzyciela, upoważnienia przemiennego wobec dłużnika.

Przedmiotową umowę o roboty budowlane można by ewentualnie potraktować jako swoiste odnowienie uregulowane w art. 506 k.c. Odnowienie (*novatio*) polega na umorzeniu dotychczasowego zobowiązania poprzez zobowiązanie się dłużnika, za zgodą wierzyciela, do spełnienia innego świadczenia lub tego samego świadczenia, lecz z innej podstawy prawnej. Wskutek umowy odnowienia dotychczasowy dług wygasa, a nowy dług powstaje. Nowacja jest jednym z surogatów spełnienia świadczenia, prowadzących do wygaśnięcia zobowiązania, mimo braku powinnego zachowania dłużnika. Jak podkreśla się w piśmiennictwie – w przypadku nowacji interes prawny wierzyciela zostaje zaspokojony nie przez wykonanie pierwotnego świadczenia, lecz poprzez zaciągnięcie przez dłużnika nowego zobowiązania. Nowacja jest umową, na podstawie której strony na nowo układają istniejący między sobą stosunek zobowiązaniowy. By można było dokonać odnowienia, spełnione muszą być trzy przesłanki: a) istnienie ważnego zobowiązania, b) ważne zaciągnięcie nowego zobowiązania, c) zamiar stron umorzenia dawnego zobowiązania przez zawarcie nowego

( animus novandi -zamiar odnowienia) – por. np. wyrok SN z dnia 9 listopada 2006 r., IV CSK 191/2006, niepubl. Przyjmuje się, że konstytutywną cechą odnowienia jest związek pomiędzy starym i nowym zobowiązaniem. Natomiast umorzenie starego i powstanie nowego zobowiązania jest nierozdzielne i stanowi akt jednolity. Wskazuje się również, że gdyby nowe zobowiązanie z jakichkolwiek przyczyn nie było ważne, to dotychczasowe nie zostanie umorzone, jako że jego wygaśnięcie jest uzależnione od powstania nowego. Pomiędzy umorzeniem zobowiązania dawnego a powstaniem nowego zachodzi bowiem nierozzerwalny związek. Zaciągnięcie nowego zobowiązania przez dłużnika musi nastąpić za zgodą wierzyciela, co wynika *expressis verbis* z art. 506 § 1 k.c. Przedmiotem tej umowy będzie treść nowego zobowiązania oraz cel zaciągnięcia tego zobowiązania. Swoista zmiana zobowiązania na skutek odnowienia przybierać może dwie postaci. Zmiana polegać może bądź na zmianie przedmiotu świadczenia, bądź na zmianie tytułu (źródła, podstawy prawnej) zobowiązania. W pierwszym przypadku będziemy mieli do czynienia z odnowieniem ze zmianą świadczenia, a w drugim z odnowieniem ze zmianą podstawy prawnej świadczenia. W pierwszej ze wskazanych wyżej postaci nowacji (a niekiedy również w drugiej) nowe zobowiązanie musi mieć odmienną treść od starego. W piśmiennictwie generalnie panuje zapatrywanie, że zmiana treści świadczenia powinna być istotna, gdyż wierzyciel ma otrzymać „inne świadczenie”. Natomiast nie jest istotna sama tylko zmiana czasu, miejsca lub sposobu świadczenia, zwiększenie lub zmniejszenie rozmiarów świadczenia, zmiana zabezpieczenia, stopy procentowej lub innych ubocznych obowiązków, jak np. zapłata odstepnego (art. 396 k.c.), kary umownej (art. 484 k.c.), udzielenie zadatku (art. 394 k.c.), świadczenie w miejsce wypełnienia – *datio in solutum*. W piśmiennictwie wskazuje się, że najbardziej charakterystyczną przesłanką, jednocześnie stanowiącą istotę nowacji, jest zamiar odnowienia. Celem tej czynności prawnej musi być zamiar wygaszenia (umorzenia) zobowiązania poprzez zaciągnięcie nowego ( *animus novandi*). Wola stron dokonania odnowienia nie musi być w żaden sposób sformalizowana, choć powinna być na tyle uzewnętrzniona, by można było jej dowieść (por. M. Pyziak-Szafnicka (w:) *System...*, s. 1187). Zamiar stron zawarcia umowy o odnowienie nie musi być także wyraźny, może być dorozumiany i wynikać z okoliczności, musi być jednak dostatecznie uzewnętrzniony (art. 60 k.c.). Zamiaru tego nie można jednak domniemywać. W piśmiennictwie wskazuje się, że zakaz domniemania zamiaru pośrednio wynika ze sformułowania art. 506 § 2 zdanie pierwsze k.c. Natomiast w razie wątpliwości co do istnienia zamiaru przyjąć należy, że do odnowienia nie doszło, lecz zaistniała zmiana zobowiązania przy zachowaniu jego identyczności albo powstało nowe zobowiązanie, ale bez umorzenia dotychczasowego.

Skutkiem odnowienia jest umorzenie dawnego zobowiązania pomiędzy stronami oraz powstanie nowego. Umorzenie dawnego i powstanie nowego zobowiązania następuje z chwilą zawarcia umowy o odnowienie. Odnowienie nie ma mocy wstecznej, lecz działa od chwili zobowiązania się dłużnika na przyszłość, tj. *ex nunc*. Gdy odnowienie nastąpiło z zastrzeżeniem terminu lub pod warunkiem – umorzenie następuje z chwilą ziszczenia się warunku lub nadejścia terminu. Konsekwencją umorzenia dotychczasowego zobowiązania jest ustanie odpowiedzialności dłużnika za nieterminowe jego wykonanie, np. ustaje obowiązek zapłaty odsetek, kar umownych. Dotyczy to jednak okresu od chwili nowacji. Odnowienie wykazuje podobieństwo do *datio in solutum* ponieważ obie umowy prowadzą do podobnego skutku prawnego w postaci wygaśnięcia dotychczasowego zobowiązania. Jednakże w wyniku nowacji powstaje zarazem nowe zobowiązanie do spełnienia świadczenia w przyszłości, natomiast w przypadku *datio in solutum* dłużnik za zgodą wierzyciela spełnia inne świadczenia niż to, do którego był obowiązany, i dług w ogóle wygasa. Różne są także chwile wystąpienia skutku owych umów. Przy odnowieniu skutek następuje już z chwilą zawarcia umowy zobowiązującej dłużnika do spełnienia świadczenia. Natomiast przy świadczeniu w miejsce wypełnienia zobowiązanie wygasa wskutek spełnienia nowego świadczenia. Umowa o odnowienie może być zawarta pod warunkiem (por. wyrok SN z dnia 27 lutego 2004 r., V CK 293/2003, Biul. SN 2004, nr 10, OSNC 2005, nr 3, poz. 51, *Radca Prawny* 2005, nr 2, s. 112) lub z zastrzeżeniem terminu.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy przedmiotowa umowa o roboty budowlane nie stanowiła odnowienia zobowiązania pozwanej z uwagi na brak zamiaru stron umorzenia dawnego zobowiązania spoczywającego na pozwanej z tytułu zapłaty reszty ceny ze sprzedaży nieruchomości na rzecz męża pozwanej. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, zgodnie z którym zamiar umorzenia istniejącego zobowiązania niekoniecznie musi być wyraźny, może być dorozumiany, jednak na tyle dostatecznie uzewnętrzniony, by nie powstała wątpliwość, czy w ogóle zaistniał. Zamiaru stron nie można bowiem domniemywać (art. 506 § 2 k.c.), a w razie wątpliwości nie można uznać, że doszło

do zawarcia nowej umowy, co najwyżej może powstać, przy zachowaniu identyczności zobowiązania, albo zmiana zobowiązania, albo nowe, ale obok istniejącego i bez umarzania go. (zob. wyrok SN z dnia 09.01.2008r. II CSK 407/07, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 30.01.2013r., I ACa 1005/12). Podobnie Sąd Najwyższy wypowiedział się w wyroku z dnia 18 czerwca 2009r. II CSK 37/09 stwierdzając, iż zamiar nowacji może być również dorozumiany byleby był wyraźny, wskazując na wolę nowego i zupełnie odmiennego sposobu spełnienia świadczenia, dogodnego dla obu kontrahentów.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy zamiar taki w szczególności nie wynika z treści zawartej przez strony umowy o roboty budowlane, która to umowa w żadnym miejscu nie nawiązuje do wcześniejszych rozliczeń między stronami wynikających z transakcji kupna – sprzedaży działki przy ul. (...). Na gruncie poczynionych ustaleń faktycznych brak jest podstaw do wnioskowania, że wolą stron przy zawieraniu spornej umowy było zwolnienie pozwanej z obowiązku zapłaty reszty ceny z tytułu nabycia od powoda działki przez umorzenie zobowiązania z tego tytułu. Natomiast tak z zeznań samego powoda jak i z zeznań świadka A. W. (2) wynika, że w sytuacji gdyby doszło do wykonania przez pozwaną zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane, tj. gdyby sporna inwestycja została zrealizowana, doszłoby do pomniejszenia zobowiązań pozwanej, wynikających z umowy sprzedaży działki przy ul. (...) w P., do kwoty równej wynagrodzeniu wynikającemu z umowy o roboty budowlane.

Co więcej, powód zadeklarował, iż był zainteresowany wybudowaniem przez pozwaną domu jednorodzinnego na nieruchomości przy ul. (...) w P., jak długo aktualne pozostawało pozwolenie na budowę, które wygasło w lipcu 2013r. i przez cały ten czas, w rozmowach z A. W. (2), żądał rozliczenia się dłużników z tytułu reszty ceny sprzedaży działki przy ul. (...) w jakikolwiek sposób, tj. przez zapłatę należności w gotówce, albo w drodze przeniesienia własności lokali mieszkalnych lub zrealizowania inwestycji z umowy o roboty budowlane. Z kolei, po wygaśnięciu ważności pozwolenia na budowę B. K. (1) zażądał zwrotu pieniędzy z umowy sprzedaży, zaś małżonkowie W. zobowiązali się do zapłaty na rzecz powoda, z tytułu brakującej ceny sprzedaży działki przy ul. (...), jak tylko będą dysponowali środkami finansowymi. Powyższe okoliczności faktyczne, niesporne między stronami, wskazują, w sposób nie budzący wątpliwości, że zawarciu umowy o roboty budowlane nie towarzyszyła wola stron umorzenia zobowiązania z tytułu zapłaty brakującej ceny sprzedaży, co sprawia, że brak jest podstaw do uznania, że sporna umowa stanowiła odnowienie.

W takiej sytuacji możnaby rozważać konstrukcję odnowienia warunkowego, co teoretycznie jest dopuszczalne, jednakże zauważyć należy, że w niniejszej sprawie ziszczenie się warunku tj. wybudowanie dla powoda domu jednorodzinnego zależałoby od woli strony. Tymczasem nie może być warunkiem w rozumieniu art. 89 k.c., zdarzenie objęte treścią zobowiązania dłużnika, którego spełnienie jest całkowicie uzależnione od jego woli. Zgodnie z tym przepisem warunkiem jest zdarzenie przyszłe i niepewne, od którego uzależniony jest skutek w postaci powstania lub ustania stosunku prawnego. Chodzi zatem o takie zdarzenie, które może, ale nie musi nastąpić. Niepewność przyszłego zdarzenia nie wystarcza jeszcze do uznania go za warunek, zdarzenie to musi być nadto zewnętrzne w stosunku do czynności prawnej i nie może być całkowicie uzależnione od woli jednej ze stron. W orzecznictwie Sądu Najwyższego zwracano już uwagę na konieczność odróżnienia warunku uzależniającego skutek prawny od decyzji jednej lub obu stron umowy (tzw. warunek potestatywny, jakim jest np. zawarcie związku małżeńskiego), od zastrzeżenia, które uzależnia skutek czynności prawnej od tego, czy strona swe zobowiązanie wykona (por. postanowienie z 5.III.1999 r. I CKN 1069/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 160; wyrok z 29.V.2000 r. III CKN 246/00, OSNC 2000, nr 11, poz. 213). Takie zastrzeżenie, jako całkowicie zależne od woli strony i dotyczące samego wykonania umowy, nie może być kwalifikowane jako warunek. Nie może być zatem warunkiem w rozumieniu art. 89 k.c. zdarzenie objęte treścią zobowiązania dłużnika, którego spełnienie jest całkowicie uzależnione od jego woli. (zob. też wyrok SN z dnia 05.06.2002r. II CKN 701/00). Z tego powodu także i konstrukcja odnowienia warunkowego w realiach niniejszej sprawy nie wchodzi w rachubę. Dodatkowo, podnieść należy, iż jeśliby przyjąć, że strony działały w zamiarze umorzenia dotychczasowego zobowiązania pozwanej to i tak wobec odstąpienia powoda od tej umowy, odnowienie odpadło.

W świetle powyższych rozważań, w ocenie Sądu, sporną umowę o roboty budowlane potraktować należy jako odrębną czynność prawną, nie będącą ani świadczeniem w miejsce wykonania ani nowacją. Jest to odrębna umowa, zawierająca

w swej treści modyfikację zobowiązania dłużnika /pозwanej/ wynikającego z umowy sprzedaży działki poprzez wprowadzenie tzw. zobowiązania przemiennego uregulowanego w art. 365 k.c. Zobowiązaniem przemiennym jest takie zobowiązanie, którego wykonanie następuje przez spełnienie jednego z dwóch lub więcej przewidzianych w nim świadczeń. Do konkretyzacji zobowiązania przemiennego, a więc przeistoczenia się w zobowiązanie ze ściśle oznaczonym świadczeniem, dochodzi przez wybór dokonywany przez osobę uprawnioną. W przypadku zobowiązania przemiennego istnieje kilka świadczeń, jednak tylko jedna wierzytelność. Zobowiązanie to z chwilą dokonania wyboru świadczenia przekształca się z przemiennego w zobowiązanie o jednym świadczeniu. Konieczną przesłankę powstania zobowiązania przemiennego stanowi wyznaczenie w nim kilku świadczeń. Zobowiązanie przemiennie opiewa wprawdzie na kilka różnych świadczeń, ale tylko jedno z nich ma być wykonane. Źródłem zobowiązań przemiennych może być ustawa (np. art. 363 § 1, art. 577 § 1, art. 676 k.c.) lub czynność prawna, najczęściej umowa. Celem tych zobowiązań jest ułatwienie osobie uprawnionej do wyboru dostosowania świadczenia do sytuacji istniejącej w chwili jego wykonania. Konkretyzacja zobowiązania przemiennego następuje w drodze wyboru świadczenia dokonywanego przez uprawniony podmiot. Do dokonania wyboru świadczenia uprawniony jest z zasady dłużnik. Może nim jednak być także wierzyciel, a nawet osoba trzecia (niebędąca stroną zobowiązania), jeżeli wynika to z ustawy, treści czynności prawnej lub z okoliczności. W razie wątpliwości co do osoby uprawnionego – uprawnionym jest dłużnik. Oświadczenie o wyborze może być złożone także w sposób dorozumiany. Jeśli uprawnionym do wyboru jest dłużnik, to dorozumianym oświadczeniem jest spełnienie przezeń świadczenia. Od zobowiązania przemiennego należy odróżnić upoważnienie przemiennie (zobowiązanie z upoważnieniem przemiennym, *facultas alternativa*), które polega na tym, że dłużnik może zwolnić się od obowiązku spełnienia przewidzianego w zobowiązaniu świadczenia przez spełnienie innego określonego świadczenia. Upoważnienie przemiennie tym różni się więc od zobowiązania przemiennego, że świadczenie jest jedno, z góry określone i wyłącznie jego spełnienia może domagać się wierzyciel. Dłużnik natomiast może spełnić inne świadczenie, co doprowadzi do wygaśnięcia jego długu, a wierzyciel nie może się temu sprzeciwić (zob. T. Dybowski, A. Pyrżyńska (w:) *System...*, s. 275). Zobowiązanie to opiewa więc od początku na jedno świadczenie, z tym zastrzeżeniem, że dłużnik może spełnić inne świadczenie, co spowoduje wygaśnięcie zobowiązania.

W niniejszej sprawie mamy do czynienia ze zobowiązaniem przemiennym opiewającym na dwa świadczenia tj. zapłata przez pozwaną reszty ceny z tytułu umowy sprzedaży, ewentualnie wybudowanie dla powoda domu jednorodzinne, przy czym tylko jedno z nich miałyby być wykonane. Przy przyjęciu tej konstrukcji wybór sposobu wykonania zobowiązania - zapłata reszty ceny działki albo realizacja inwestycji określonej w umowie o roboty budowlane - należał więc do pozwanej, jako dłużnika. Należy też przyjąć, że w przypadku gdyby doszło do zrealizowania zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane, mimo zapłaty brakującej ceny sprzedaży za nieruchomości przy ul. (...), powód zobowiązany byłby do zapłaty na rzecz pozwanej stosownego wynagrodzenia w wysokości wynikającej z zawartej umowy, stanowiącej nowe, obok istniejącego i bez umarzania go, zobowiązanie.

Przechodząc do analizy poszczególnych roszczeń zgłoszonych w pozwie, tj. żądania zwrotu zaliczki oraz kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy o roboty budowlane z przyczyn leżących po stronie pozwanej oraz z tytułu zwłoki w oddaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru, należy mieć na uwadze okoliczność, iż powód mocą oświadczenia z dnia 9 stycznia 2013r. odstąpił od przedmiotowej umowy o roboty budowlane. Stosownie do treści art. 395 § 2 k.c., w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą. To, co strony już świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie. Jeśli umowa w chwili odstąpienia była już wykonana w całości lub choćby częściowo, zachodzi konieczność rozliczenia się stron. Jeśli możliwy jest zwrot przedmiotu świadczenia, winno ono być zwrócone w stanie niezmienionym, z wyjątkiem zmian wynikających ze zwykłego zarządu (czyli zmierzających do zachowania przedmiotu świadczenia). Natomiast w przypadku gdy zwrot przedmiotu świadczenia nie jest możliwy bądź przedmiot znajduje się w stanie zmienionym – obowiązki osoby zobowiązanej do zwrotu oceniane będą według reguł odpowiedzialności kontraktowej i zależą od tego, czy zobowiązany ponosił będzie odpowiedzialność za taki stan rzeczy (Z. Woźniak, *Wpływ...*, s. 393). Możliwe jest odmienne ustalenie przez strony skutków odstąpienia, a także odmienne ustalenie obowiązków stron w razie wykonania tego prawa niż przewiduje to art. 395 § 2 k.c.; w szczególności strony mogą ustalić, że odstąpienie od

umowy ma skutek ex nunc (tak wyrok SN z dnia 29 kwietnia 2003 r., V CKN 310/2001, Biul. SN 2004, nr 3, s. 38; wyrok SN z dnia 23 stycznia 2008 r., V CSK 379/07, OSNC-ZD 2008, nr 4, poz. 108; wyrok SN z dnia 27 marca 2008 r. II CSK 477/07, LEX nr 385595).

Mając zatem na uwadze, że w ramach wzajemnych rozliczeń strony mogą żądać zwrotu jedynie tego, co świadczyły na rzecz drugiej strony, żądanie przez powoda zwrotu od pozwanej zaliczki w kwocie 180.000 zł. jest całkowicie bezzasadne. W sprawie bezspornym jest bowiem, że mimo zapisu w umowie, zgodnie z którym pozwana oświadczyła, że w dniu podpisania umowy otrzymała zaliczkę w ww. kwocie, faktycznie powód nigdy nie uiścił na rzecz pozwanej takiej zaliczki. Ponadto, kwestia zaliczki pozostawała w związku z rozliczeniami stron z tytułu wykonania umowy sprzedaży działki przy ul. (...) w P., zaś z powództwem opartym na roszczeniach wynikających z tej umowy, B. K. (1) wystąpił w innej sprawie zawisłej przed tutejszym Sądem. Ostatecznie zresztą oświadczył, że cofa powództwo w zakresie żądania zaliczki, bez zrzeczenia się roszczenia, jednakże pozwana nie wyraziła na powyższe zgody.

Co się zaś tyczy pozostałych żądań pozwu tj. zapłaty kar umownych w związku z odstąpieniem od umowy oraz z tytułu zwłoki wskazać należy, iż Sąd w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę podziela pogląd wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012r., III CZP 39/12, w myśl którego, stronie odstępującej od umowy wzajemnej nie przysługuje roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy. W klauzulach umownych przewidujących karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy nie chodzi o swego rodzaju sankcję finansową wobec dłużnika z umowy wzajemnej za samo skorzystanie przez stronę przeciwną z uprawnienia do odstąpienia od umowy, lecz o karę w znaczeniu art. 483 § 1 k.c., której celem jest naprawienie szkody spowodowanej przez dłużnika niewykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono. Nie może być kumulowana kara umowna przewidziana za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. kara umowna za zwłokę w wykonaniu zobowiązania i kara umowna za niewykonanie zobowiązania. Nie sposób bowiem jednocześnie spełnić wymagań, od których naliczenie tych kar jest uzależnione, tj. wykonać, choćby w sposób nienależyty, i nie wykonać tego samego zobowiązania. Wierzyciel nie może zażądać zapłaty obu wymienionych kar umownych, gdyż wzajemnie się one wykluczają. Wskutek odstąpienia od umowy powstaje stan, który należy zakwalifikować jako niewykonanie zobowiązania, skoro strona, która odstąpiła od umowy, może dochodzić naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Z tego względu, że odstąpienie od umowy powoduje przekształcenie się stanu zwłoki lub opóźnienia w stan niewykonania zobowiązania strona może dochodzić kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy, tj. kary przewidzianej na wypadek niewykonania zobowiązania z wyłączeniem możliwości równoczesnego dochodzenia kary umownej zastrzeżonej z tytułu zwłoki lub opóźnienia jako jednej z postaci nienależytego wykonania zobowiązania. Przyjętemu stanowisku o niedopuszczalności łącznego dochodzenia kary umownej zastrzeżonej na wypadek opóźnienia lub zwłoki w wykonaniu zobowiązania oraz kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy nie przeczą orzeczenia Sądu Najwyższego, w których przyjęto możliwość dochodzenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek zwłoki lub opóźnienia w wykonaniu zobowiązania także po odstąpieniu od umowy (por. wyroki z dnia 29 czerwca 2005 r., V CSK 105/05, nie publ., z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 157/06, OSNC 2007, nr 7-8, poz. 114, z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 154/06, OSNC 2007, nr 7-8, poz. 117, z dnia 2 października 2007 r., II CNP 101/07, nie publ. oraz z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 401/10, nie publ.). W sprawach tych nie wystąpiło zagadnienie równoczesnego dochodzenia takich kar oraz kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy, a problem sprowadzał się do rozstrzygnięcia możliwości dochodzenia kar umownych zastrzeżonych za nieterminowe wykonanie zobowiązania także po odstąpieniu od umowy, przy założeniu, że na skutek odstąpienia od umowy następują skutki ex tunc polegające na zniesieniu stosunku obligacyjnego, a w konsekwencji, zgodnie z przyjmowaną w nauce prawa zasadą *accessorium sequitur principale*, powinno upaść również, akcesoryjne względem zobowiązania głównego, postanowienie umowne dotyczące kary umownej. Skutki wykonania umownego prawa odstąpienia od umowy reguluje art. 395 § 2 k.c. - który przewiduje m.in., że w takim przypadku umowę uważa się za niezawartą - nie reguluje tego natomiast art. 494 k.c. Zagadnienia, czy w sytuacjach podlegających regulacji art. 494 k.c. ma odpowiednie zastosowanie art. 395 § 2 zd. 1 k.c. przewidujący, że umowę uważa się za niezawartą oraz czy odstąpienie od umowy wywołuje skutki ex tunc, czy ex nunc, są przedmiotem sporów w nauce prawa. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przeważa stanowisko, że wykonanie prawa odstąpienia od umowy w sytuacjach objętych hipotezą art. 494 k.c. uzasadnia analogiczne stosowanie art. 395 § 2 zd. 1 k.c.

oraz że skutki wynikające z tego przepisu następując ex tunc, powodują zniesienie stosunku prawnego wynikającego z umowy (por. wyroki z dnia 13 października 1992 r., II CRN 104/92, nie publ., z dnia 6 maja 2004 r., II CK 261/03, nie publ., z dnia 23 stycznia 2008 r., V CSK 379/07, OSNC-ZD 2008, nr D, poz. 108, z dnia 27 marca 2008 r., II CSK 477/07, nie publ., uzasadnienie wyroku z dnia 21 października 2010 r., IV CSK 112/10, OSNC-ZD, 2011, nr B, poz. 40, uzasadnienie postanowień z dnia 20 października 2011 r., IV CSK 47/11, "Palestra" 2012, nr 9-10, s. 125 oraz z dnia 13 stycznia 2012 r., I CSK 296/11, OSNC 2012, nr 7-8, poz. 91). Jednakże w orzeczeniach Sądu Najwyższego opartych na założeniu, że odstąpienie od umowy powoduje ex tunc zniesienie stosunku prawnego wynikającego z umowy, przyjęto utrzymanie się postanowień dotyczących kar umownych zastrzeżonych na wypadek opóźnienia lub zwłoki w wykonaniu zobowiązania. W szczególności w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 157/06, stwierdzono, że wykonanie prawa odstąpienia od umowy wzajemnej znosi prawa i obowiązki stron należące do jej istoty, natomiast wywołuje nowe roszczenia określone w ustawie oraz nie znosi odpowiedzialności z tytułu zastrzeżenia kary umownej. W orzeczeniu tym zwrócono uwagę, że utrzymywanie w mocy postanowień umownych zabezpieczających lub upraszczających wyrównanie szkody w znaczeniu bardziej potocznym niż w art. 361 § 2 k.c. lub skłaniających dłużnika do wypełnienia zobowiązania jest zgodne z zasadami współczesnych regulacji prawa kontraktowego lub traktatowego. Podobnie w wyroku z dnia 2 października 2007 r., II CNP 101/07, przyjęto, że poglądy o zniweczeniu umowy na skutek odstąpienia, oparte na sformułowaniu art. 395 § 2 k.c., są trafne w odniesieniu do skutków obligacyjnych jej istotnych postanowień. Zwrot ustawowy "umowa uważana jest za niezawartą" wskazuje na element fikcji, konieczny wtedy, gdy umowa była zawarta oraz w znacznej części już wykonana. Ustawa określa przywracanie stanu sprzed jej wykonania, a ponadto uprawnia odstępującego do odszkodowania od drugiej strony odpowiedzialnej za niewykonanie zobowiązania (art. 494 k.c.). Również w wyroku z dnia 29 czerwca 2005 r., V CK 105/05, przyjęto, że w świetle art. 494 k.c. nie można podzielić stanowiska, że w związku z wystąpieniem prawnych skutków odstąpienia od umowy ex tunc, po wygaśnięciu umowy strona wykonująca uprawnienie odstąpienia od umowy nie mogłaby w ogóle dochodzić kar umownych przewidzianych w tej umowie na wypadek opóźnienia wykonania umowy lub w razie jej niewykonania. Podkreślono, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy powstaje dopiero w wyniku wykonania tego uprawnienia kształtującego.

Należy podzielić wyrażone w powołanych orzeczeniach stanowisko, że nawet przy założeniu, iż skutek odstąpienia od umowy w sytuacjach objętych hipotezą art. 494 k.c. następuje - na podstawie analogicznie stosowanego art. 395 § 2 zdanie pierwsze k.c. - zniweczenie ex tunc wężła obligacyjnego wynikającego z umowy, utrzymują się, przełamując zasadę akcesoryjności, postanowienia umowne dotyczące kar umownych, przewidziane przez strony właśnie na wypadek odstąpienia od umowy, gdy zgodnie z art. 494 k.c. aktualizuje się odpowiedzialność jednej ze stron umowy za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania. Dopuszczalność dochodzenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek zwłoki lub opóźnienia w razie odstąpienia od umowy musi jednak zakładać, że wolą stron było, aby kary te utrzymały się także po odstąpieniu od umowy. W takim przypadku należałoby przyjąć, że przekształcają się one, z chwilą odstąpienia od umowy, w karę umowną za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, jeżeli jednocześnie w umowie nie przewidziano odrębnej kary umownej z tego tytułu.

W niniejszej sprawie zaistniała sytuacja, w której, obok kary za opóźnienie, strony przewidziały karę umowną w związku z odstąpieniem od umowy. W tym miejscu należy wyraźnie zaakcentować różnicę pomiędzy stanem niewykonania zobowiązania a jego nienależytego wykonania. Zakresy tych pojęć nie są tożsame. "Stan opóźnienia lub zwłoki w wykonaniu zobowiązania, który już ustał, stanowi jedną z postaci nienależytego wykonania zobowiązania; gdy dłużnik spóźnia się z wykonaniem zobowiązania i z tej przyczyny wierzyciel odstępuje od umowy, dochodzi do niewykonania zobowiązania. Konstrukcja kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, a ściślej, za szkodę powstałą w następstwie nienależytego wykonania zobowiązania, w tym obejmującą opóźnienie lub zwłokę w wykonaniu zobowiązania, zakłada, że dojdzie do wykonania zobowiązania, ale w sposób nienależyty (np. co do terminu), natomiast u podstaw konstrukcji kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania leży założenie, że zobowiązanie nie zostanie wykonane." Odpowiedzialność za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania pochłania odpowiedzialność za szkodę wcześniej doznaną, z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, które miało miejsce przed odstąpieniem od umowy. Reasumując, strony mogą się umówić, przełamując zasadę akcesoryjności, że kary zastrzeżone na wypadek opóźnienia, w razie odstąpienia od umowy zostaną utrzymane i

zmienia swój charakter, stając się karami za niewykonanie umowy, ale tylko w sytuacji, gdy jednocześnie w umowie nie przewidziano odrębnej kary z tego tytułu. (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 07.11.2013r. I ACa 752/13)

Mając na uwadze powyższe rozważania, zasadnym jest jedynie roszczenie powoda o zapłatę kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia zleceniodawcy od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego za wykonanie przedmiotu umowy, tj. w kwocie 30.000 zł., zgodnie z żądaniem pozwu.

W tym miejscu należy też odnieść się do zgłoszonych przez pozwaną zarzutów, iż do realizacji przedmiotu umowy nie doszło wyłącznie z winy powoda z uwagi na dokonaną przez niego zmianę koncepcji architektonicznej budynku mającego powstać na nieruchomości w P. przy ul. (...) oraz zarzutu potrącenia kwoty 75.000 zł. poniesionej przez pozwaną za opracowanie projektów budowlanych wraz ze wszystkimi uzgodnieniami, na zlecenie powoda, w wykonaniu spornej umowy o roboty budowlane. Oba zarzuty są bezzasadne. Z ustaleń poczynionych w sprawie wynika, iż istotnie, na prośbę powoda, dokonywane były zmiany w projekcie, dotyczące zaprojektowania tarasu nad garażami w miejsce pierwotnie zaplanowanego pokrycia dachu nad garażami, jednakże zmiany te wprowadzane były do projektu na etapie jego tworzenia. Po jego opracowaniu nie były już wprowadzane jakiegokolwiek zmiany do projektu. W tej sytuacji zarzut spowodowania przez powoda opóźnienia w realizacji umowy należy uznać za nieudowodniony. Podobnie rzecz ma się ze, zgłoszonym przez pozwaną, zarzutem potrącenia wydatków poniesionych na uzyskanie projektu budowlanego i pozwolenia na budowę. Pozwana nie udowodniła ani faktu poniesienia powyższych wydatków, ani ich wysokości, do czego zobowiązana była z mocy art. 6 k.c.

O odsetkach od zasądzonej na rzecz powoda kwoty Sąd orzekł na podstawie art. 481 k.c. Mając na uwadze, iż powód wysłał do pozwanej, pismem z dnia 7 stycznia 2013r., nadanym w urzędzie pocztowym w dniu 9 stycznia 2013r., oświadczenie o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane z winy Wykonawcy i wezwał do zapłaty, w terminie 7 dni, kary umownej w wysokości 30.000 zł., odsetki od zasądzonej kwoty należało zasądzić od dnia 16 stycznia 2013r.

Powództwo w pozostałej części podlega oddaleniu, jako bezzasadne, w świetle przytoczonych ustaleń faktycznych i poczynionych, na ich podstawie, rozważań prawnych.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów zapadło na zasadzie art. 100 zd. 1 k.p.c. Powód wygrał proces w nieznacznej części /8,9%/ Koszty procesu wyniosły, po stronie powoda, 7.234 zł. i objęły koszty zastępstwa procesowego 7.200 zł. wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa oraz opłatą od substytucji, zaś po stronie pozwanej koszty procesu wyniosły 7.217 zł., tytułem kosztów zastępstwa procesowego wraz z opłatą od pełnomocnictwa. A zatem powodowi należy się od pozwanej zwrot kosztów w wysokości 643,83 zł. /7.234 zł. x 8,9%/, zaś pozwanej od powoda, kwota 6.574,69 zł. /7.217 zł. x 91,1%/. W tej sytuacji zasądzeniu na rzecz pozwanej od powoda, tytułem zwrotu kosztów procesu, podlegała kwota 5.930,86 zł. stanowiąca różnicę kwot 6.574,69 zł. i 643,83 zł. Wysokość kosztów zastępstwa procesowego wynika z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t. jedn. Dz. U. z 2013r., poz. 461).

Na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t. jedn. Dz. U. z 2010r. Nr 90, poz. 594 ze zm.) nakazano ściąganie od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Łodzi kwoty 1.505,88 zł., tytułem zwrotu nieuiszczonych kosztów sądowych w zakresie uwzględnionej części powództwa, zaś od powoda kwoty 15.414,12 zł. tytułem zwrotu nieuiszczonych kosztów sądowych w zakresie oddalonej części powództwa, wobec cofnięcia powodowi zwolnienia od kosztów sądowych na mocy postanowienia Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 27 czerwca 2013r. (k.118). Łącznie nieuiszczone koszty sądowe wyniosły 16.920 zł. i stanowiły opłatę od pozwu w postępowaniu zwykłym, zgodnie z zarządzeniem z dnia 2 kwietnia 2013r. (k.53), poniesioną tymczasowo z funduszy Skarbu Państwa.

Mając to wszystko na uwadze, należało orzec jak w sentencji.

*Z/*

(...)

(...)