

Sygn. akt VI A Ca 354/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 października 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Agata Zając

Sędzia SA – Regina Owczarek-Jędrasik

Sędzia SA – Ewa Zalewska (spr.)

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska

po rozpoznaniu w dniu 4 października 2013r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa K. S.

przeciwko (...) Sp. z o.o. w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 20 listopada 2012 r., sygn. akt III C 1436/09

I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo w ten sposób, że:

1) w punkcie pierwszym zasądzoną w nim kwotę 117.480 (sto siedemnaście tysięcy czterysta osiemdziesiąt) złotych obniża do kwoty 89.000 (osiemdziesiąt dziewięć tysięcy) złotych i oddala powództwo co do kwoty 28.480 (dwadzieścia osiem tysięcy czterysta osiemdziesiąt) złotych wraz z ustawowymi odsetkami od tej kwoty za okres od dnia 12 stycznia 2010r. do dnia zapłaty;

2) w punkcie czwartym zasądzoną w nim kwotę 5.268 (pięć tysięcy dwieście sześćdziesiąt osiem) złotych obniża do kwoty 3.991 (trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt jeden) złotych;

II. oddala apelację w pozostałym zakresie;

III. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 354/13

UZASADNIENIE

Powódka K. S. wniosła o zasądzenie od pozwanej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. kwoty 224.480 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 września 2008 r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości sześciokrotności stawki minimalnej od określonej wartości przedmiotu sporu. W uzasadnieniu pozwu

powódka podniosła, że domaga się powyższej kwoty tytułem kary umownej oraz zaliczki, którą uiściła na rzecz pozwanej w ramach wykonywania umowy o roboty budowlane.

W odpowiedzi na pozew (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej zwrotu kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. W toku postępowania pozwana podniosła początkowo zarzut potrącenia, a następnie wniosła o obniżenie kary umownej.

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 16 listopada 2010 r. powódka ostatecznie sprecyzowanym powództwem wniosła o zasądzenie od pozwanej kwoty 117.480 zł tytułem kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu prac budowlanych w nieruchomości położonej przy ul. (...) w W.. W pozostałym zaś zakresie powódka cofnęła powództwo, na co pozwana wyraziła zgodę.

Wyrokiem z dnia 20 listopada 2012 r. Sąd Okręgowy zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 117.480 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 12 stycznia 2010 r. do dnia zapłaty (punkt 1.), oddalił powództwo w pozostałym zakresie żądania odsetek ustawowych (punkt 2.), w pozostałej części postępowanie umorzył (punkt 3.) oraz rozstrzygnął o kosztach procesu (punkty 4. i 5.).

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o stan faktyczny, ustalony przez Sąd Okręgowy w sposób następujący.

Powódka K. S. zawarła z (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w dniu 31 lipca 2007r. umowę o nr (...), w ramach której pozwana zobowiązała się do wykonania robót budowlanych związanych z remontem budynku przy ul. (...) w W. szczegółowo opisanych w harmonogramie i specyfikacji prac stanowiących załącznik do umowy. Za wykonanie prac będących przedmiotem umowy wykonawcy miało przysługiwać wynagrodzenie w wysokości 890.000 zł powiększone o podatek VAT. Zgodnie z § 2 umowy strony ustaliły, że termin realizacji przedmiotu umowy wynikać będzie z przyjętego harmonogramu. W umowie zagwarantowano każdej ze stron prawo do odstąpienia od umowy i do kar umownych. Zamawiający miał prawo do odstąpienia od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego w przypadku, gdy wykonawca opóźniał się z wykonaniem uzgodnionych robót tak dalece, że nie było prawdopodobne dotrzymanie uzgodnionego terminu zakończenia prac. Ponadto w przypadku gdy wykonawca wykonywałby prace w sposób wadliwy lub sprzecznie z umową tj. przyjętym harmonogramem i kosztorysem zamawiający miał prawo pisemnie wezwać wykonawcę do zmiany sposobu wykonywania prac w określonym przez siebie terminie i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu przez zamawiającego mógł on od umowy odstąpić bądź zlecić poprawienie lub dalsze wykonanie prac innej wybranej przez siebie firmie na koszt wykonawcy. Paragrafem 9 umowy strony ustaliły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną z tytułu nieterminowej realizacji przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia (tj. od kwoty 890.000 zł) za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu zakończenia robót. Ponadto zgodnie z § 9 ust 1 lit. c wykonawca zobowiązał się zapłacić zamawiającemu karę umowną w wysokości 10 % wynagrodzenia ustalonego w § 5 pkt. 2 umowy (tj. od kwoty 890.000 zł) z tytułu odstąpienia od realizacji umowy z przyczyn zawinionych przez wykonawcę umowy. Harmonogramem rzeczowo- finansowym strony ustaliły, że wszelkie prace w ramach łączącej strony umowy zostaną zakończone do dnia 31 lipca 2008r.

W ramach przedmiotowej umowy pozwana zobowiązała się do wykonania różnych robót rozbiórkowych, żelbetowych, murarskich, dachowych, posadzkarskich, tynkarskich, malarskich, izolacyjnych, wykonania elewacji, stolarki okiennej, drzwiowej, ułożenia terakoty, kamienia, paneli, podbicia fundamentów, zagospodarowania terenu, ogrodzenia, obniżenia fundamentów, nowego dachu. Pozwana wykonała część prac budowlanych, jednakże niezgodnie ze sztuką budowlaną. To była przebudowa istniejącego budynku. Wbrew Polskim Normom pozwana wykonała na nieruchomości powódki roboty murarskie nieprawidłowo, co skutkowało wybrzuszeniami ścian i koniecznością usuwania nierówności, a także doprowadziła do braku w niektórych miejscach łączenia poszczególnych cegieł. Przy wylewaniu ścian żelbetonowych przez pozwaną wystąpiło rozpychanie szalunków przez beton, co powodowało, iż w późniejszym czasie trzeba było wyrównywać ściany. Zaprawy murarskie pomiędzy warstwami cegieł były kładzione w nadmiernej ilości. Ponadto każdy stopień schodów był innych wymiarów, co powodowało konieczność przeprowadzenia dodatkowych prac w postaci frezowania albo wybruszania i zrobienia ich od nowa.

W piwnicy jeden ze schodów był za długi i wchodził w drzwi. Stropy były wykonane nieprawidłowo, co powodowało, iż wymagały one późniejszych wylewów. Ściany żelbetowe były nierówne, wybrzuszone i nie w pionie. Na stropie zastosowano za krótkie belki. Okna były osadzone nie w jednym poziomie.

Wbrew woli powódki okno na klatce schodowej było zamontowane jako okno nieotwierane. Uszczelnienia w ościeżnicach nie były wykonane w sposób dokładny. Poszczególne więźby dachowe nie były wykonane w sposób prawidłowy. W ramach prac pozwana w niewłaściwym miejscu umieściła właz na dach. Pozwana w sposób niewłaściwy wykonała również izolację poziomą bądź w niektórych miejscach nie wykonała jej wcale, co powodowało zalewanie ścian i w konsekwencji w początkowym okresie część podpiwniczona była zalewana. W trakcie usuwania usterek wykrywano kolejne wady ukryte prac. W ramach prac remontowych ustalono, iż wystąpiły odchyłki w pionowości do 5 cm, a także, że wystąpiły niedokładności posadowienia góry i dołu stropu na poszczególnych kondygnacjach. Ponadto w trakcie prac nie wykonano zaprojektowanych gzymsów. Klatkę schodową wykonano krzywo i nierówno, co skutkowało tym, iż balustrada została zmniejszona. Dodatkowo słup konstrukcyjny nie miał podparcia. Dachówki na dachu były źle przycięte przy koszach i były obsunięte przy kalenicy, w ten sposób, iż gąsiorzy były za krótkie i nie przykrywały dachówek. Gzymsy nie posiadały spadku na zewnątrz, a arkusze były łączone ze sobą na styk. Rynny były wyprofilowane w sposób nieodpowiedni, występowały w nich lokalne zagłębienia, w których pozostawała woda. Połączenie rynien z rurą spustową było bez elementów systemowych. Rynny były bez odpowiednich spadków i nie miały połączenia z rurami spustowymi, co powodowało zacieki na elewacji i w pomieszczeniach na poddaszu w łazience i na klatce schodowej. Ponadto na odcinku od strony od ulicy (...) brakowało na kilku metrach podbicia fundamentów, zalewało piwnicę, co skutkowało powstawaniem zawilgoceń i zagrzybień. Niektóre wady prac zostały ukryte tj. zakryte lub zasypane i uwidaczniają się w obecnym czasie.

Powódka nie ustanowiła zgodnie z umową inspektora nadzoru. W dniu 18 września 2006r. powódka upoważniła mgr inż. R. Ż. do prowadzenia wszelkich spraw związanych z rozbudową i przebudową opisanego w umowie budynku. O powyższym fakcie powódka poinformowała pozwaną wskazując, iż jest to osoba, z którą pozwana i jej pracownicy winni się kontaktować w sprawach związanych z wykonywanymi pracami. W ramach swoich obowiązków mgr inż. R. Ż. dokonywał kontroli na placu budowy i przekazywał powódce swoje spostrzeżenia na temat zakresu, prawidłowości i tematu wykonywanych prac budowlanych. Jednocześnie przekazywał on uwagi odnośnie stwierdzonych wad w trakcie wykonywania robót i po ich zakończeniu, ale jego spostrzeżenia były lekceważone i pozwana wykonywała prace dalej niezgodnie ze sztuką budowlaną. W ramach przeprowadzonych kontroli R. Ż. przekazywał powódce informacje, iż prace wykonywane są zbyt wolno, co powoduje, iż zakres wykonanych prac jest mały. Prace budowlane przez pozwaną na tej nieruchomości były wykonywane przez podwykonawców pozwanej, pracownicy często się zmieniali, były to osoby „przypadkowe”. Składanymi raportami z dnia 13 czerwca 2008 r. i 18 lipca 2008 r. R. Ż. poinformował powódkę o występujących usterekach i wadach. Powódka będąc na terenie budowy co miesiąc, stwierdziła nierzetelne wykonanie prac przez pozwaną firmę oraz liczne błędy i ustereki, zmiany materiałów bez wcześniejszej akceptacji inwestora, złą jakość prac. Jednocześnie pozwana w toku prac nie zwracała się do powódki o jakąkolwiek dokumentację, która jej zdaniem była konieczna do wykonania prac.

W toku prac remontowych pozwana nie kontaktowała się z upoważnioną przez powódkę osobą, z konstruktorem, architektem a także z nią samą. Decyzje odnośnie realizacji prac, zmiany materiałów, naprawy wad były podejmowane przez wykonawcę samodzielnie, bez zgody inwestora. Powyższe spostrzeżenia powódka zgłaszała pozwanej pisemnie na przestrzeni 2008 r. żądając podjęcia odpowiednich działań, jednakże przedmiotowe pisma pozostawały bez odpowiedzi. Jednocześnie pozwana nie przyspieszyła zleconych prac, a także nie dokonała naprawy wad i usterek. Na zlecenie powódki został sporządzony raport opisujący stan budowy na dzień 31 lipca 2008 r. Stwierdzono, że roboty wykonywane przez pozwaną są realizowane w sposób niezgodny z Normami Polskimi i sztuką budowlaną, a ponadto potwierdził on istnienie szeregu wad, usterek i błędów w pracach wykonywanych przez pozwaną. Te ustalenia odnośnie odchylenia ścian zewnętrznych budynku zostały potwierdzone w opinii geodety dokonującego pomiarów, a wady w remoncie fundamentów oraz wadliwe wykonanie izolacji w adnotacjach projektanta, które zostały wpisane do dziennika budowy. Pismami z dnia 24 i 27 sierpnia 2008 r. powódka wzywała pozwaną do ostatecznego wykonania prac i usunięcia zgłoszonych poprawek, natychmiastowej reperacji dachu i usunięcia szkód w sąsiednim

budynku. Ostateczny termin powódka wskazywała na 1 września 2008 r. Pomimo wezwań pozwana nie wywiązała się z terminowego zakończenia prac i usunięcia wad. Opóźnienia w pracach były tak duże, że niemożliwym było ich zakończenie w wyznaczonym terminie.

Pismem z dnia 1 września 2008 r. powódka, powołując się na zapisy umowy, a także na fakt, iż w związku z niedotrzymaniem przez wykonawcę terminu zakończenia prac remontowych, wykonanie robót niezgodnie z Normami Polskimi i sztuką budowlaną, wykonaniem prac niezgodnie z projektem architektonicznym, obniżeniem wartości budynku poprzez popełnione błędy wykonawcze, niefachowym i nieumiejętnym podejściem do techniki budowlanej, braku wykwalifikowanych pracowników, samowolnym i błędnym podejmowaniem decyzji bez uprzedniej konsultacji, nieudolnym prowadzeniem budowy, lekceważeniem wymagań i wskazówek inwestora, nie dotrzymaniem § 4 umowy, wielokrotnym poprawianiem błędów, niechlujnym prowadzeniem budowy, wypowiedziała zawartą z pozwaną umowę, które to pismo pozwana otrzymała.

U przyczyn odstąpienia od umowy powódka wskazała również to, iż jedynie roboty rozbiórkowe i podbicie fundamentów były wykonane w całości (choć jak się później okazało nie do końca). Natomiast prace żelbetowe były wykonane z błędami, a ich naprawa trwała do sierpnia 2008 r. W związku z powyższym powódka wezwała pozwaną do przekazania zabezpieczonego i ogrodzonego placu budowy, dziennika budowy, kluczy do furtki ogrodzeniowej, atestów na wszystkie materiały przekazane panu Ż.. Pozwana spółka uczyniła zadość żądaniu w dniu 4 września 2008 r. Strony sporządziły wadliwie w dniu 4 września 2008 r. protokół inwentaryzacji robót budowlanych, gdzie określiły zakres niewykonanych prac. Wysokość żądanej kwoty z tytułu kary umownej nie była kwestionowana przez pozwaną i składała się z dwóch kwot: 89.000 zł jako 10 % wynagrodzenia ustalonego wykonawcy (890.000 zł) i kwoty 24.480 zł jako kara w wysokości 0.1% wynagrodzenia (890.000 zł) za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu zakończenia prac liczonych od 31 lipca 2008 r. do dnia 1 września 2008 r. Pozwana nie kwestionowała roszczenia powódki, co do kary umownej za odstąpienie od umowy.

W oparciu o powyższe ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy uznał żądanie pozwu w przeważającym zakresie za zasadne.

Sąd ten Stwierdził, iż bezspornym w niniejszej sprawie było, iż strony zawarły umowę, w oparciu o którą pozwana zobowiązała się do wykonania prac remontowych i budowlanych na nieruchomości należącej do powódki. Sąd I instancji uznał, iż była to umowa o roboty budowlane, do której miały zastosowanie przepisy art. 647 i nast. k.c., a jej przedmiotem była przebudowa istniejącego budynku. Jako fakt bezsporny Sąd I instancji uznał także to, iż harmonogramem stanowiącym załącznik do umowy strony uzgodniły, iż wszelkie prace zostaną wykonane przez pozwaną najpóźniej do dnia 31 lipca 2008r., a także, że w razie odstąpienia od realizacji umowy z przyczyn zawinionych przez wykonawcę pozwana zobowiązana będzie do zapłacenia na rzecz powódki jako inwestora kary umownej.

W ocenie Sądu I instancji nie ulegało wątpliwości, że powódka zgodnie z zapisami umowy miała prawo odstąpić od umowy i z prawa tego zasadnie skorzystała przesyłając pozwanej stosowne pismo, a pozwana nie kwestionowała obowiązku zapłaty na rzecz powódki kary umownej za odstąpienie od umowy.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie ulegało także wątpliwości to, że pozwana nie dotrzymała warunków zawartej umowy i nie kwestionowała tego również po przesłuchaniu świadków i biegłego. Sąd wskazał, iż co prawda powódka nie ustanowiła wbrew zapisom umowy inspektora nadzoru, co wpłynęło negatywnie na kontrolę i nadzór nad pracami, stwierdził jednak, iż nie można zapominać, że to pozwana wykonywała pracę i gdyby były one wykonywane prawidłowo, w ogóle taki nadzór nie byłby konieczny. Sam brak ustanowionego inspektora nadzoru budowlanego w ocenie Sądu i instancji nie mógł uwalniać od odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania czy też skutkować uznaniem powódki za współwinną niewykonania czy nienależytego wykonania prac. Sąd Okręgowy uznał, iż prowadzone przez pracowników pozwanej prace remontowe i budowlane były wykonywane niezgodnie ze sztuką budowlaną, wbrew zaleceniom Polskiej Normy i niezgodnie z projektem architektonicznym, a także wolą inwestora. Zdaniem Sądu I instancji pozwana już od samego początku nie wywiązywała się z harmonogramu prac remontowych, a także nie uwzględniała wytycznych przedstawiciela inwestora. Pozwana nie tylko opóźniała się z wykonaniem prac, ale również wykonywała je w taki sposób, który wymagał następnie dokonania poprawek. Sąd Okręgowy wywiódł, iż taka

sytuacja skutkowała tym, iż w trakcie robot naprawczych ujawniały się kolejne nieprawidłowości w wykonaniu prac. Nadto, co wynika z twierdzeń geodety, autora projektu budowlanego oraz inżyniera budownictwa prace wykonane przez pozwaną nie spełniały właściwych norm. Kolejne usuwanie usterek przyczyniało się natomiast do opóźnienia zakończenia prac na całej inwestycji. Nieprawidłowe wykonanie prac doprowadziło również do tego, iż wykonawca – pozwana dokonywała zmian w projekcie budowlanym bez konsultacji z powódką czy jej przedstawicielem. Pomimo licznej korespondencji ze strony powódki adresowanej do pozwanej ze wskazaniem na konieczność dokonania kolejnych napraw, przedstawienia stosownych dokumentów i wyliczeń, a także wykonania prac zgodnie z projektem, nie odniosły one pożądanego rezultatu.

Sąd I instancji wskazał następnie, iż w toku postępowania pozwana podnosiła, że nie ponosi winy za nieterminowe wywiązanie się z umowy z uwagi na fakt, iż brakowało części koniecznej dokumentacji budowlanej, a także pozwoleń na wycinkę drzew. Powyższe, w ocenie Sądu Okręgowego, nie mogło zasługiwać na uwzględnienie, gdyż pozwana nie wykazała zgodnie z art. 6 k.c., aby zwracała się do powódki lub do jej przedstawiciela z prośbą o dostarczenie koniecznej dokumentacji, mimo iż jak ustalono w toku sprawy, że reprezentant pozwanej miał sposobność stałego i bezpośredniego kontaktu z nimi. Nadto Sąd podkreślił, iż mimo, że strony prowadziły ze sobą obszerną korespondencję związaną z pracami budowlanymi i błędów jakich dopuściła się pozwana i mimo to pozwana nie podniosła wtedy powyższej kwestii.

Sąd Okręgowy stwierdził, iż podpisując umowę jako wykonawca, pozwana przyjęła na siebie określone w umowie obowiązki co do sposobu i terminu realizacji umowy i skoro z powyższego się nie wywiązała, to powódka miała prawo do odstąpienia od umowy i żądania od pozwanej zapłaty kary umownej, która wynikała z zapisów § 9 ust. 1 umowy i której wysokości pozwana nie kwestionowała.

Odnośnie wniosku pozwanej o miarkowanie kary umownej, który pozwana argumentowała faktem wykonania dużej części prac, Sąd Okręgowy uznał, że brak było podstaw do uwzględniania tego wniosku pozwanej. Sąd wskazał, iż co prawda powódka nie kwestionowała tego, iż część prac została wykonana, jednakże jak w toku sprawy ustalono i przyznawała to również pozwana, że większość ze zleconych prac została wykonana nieprawidłowo i po przewidzianym w harmonogramie terminie. Nadto Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na fakt, iż u podstaw takiej sytuacji leżał brak profesjonalizmu po stronie pozwanej, która swoimi działaniami doprowadziła do konieczności odstąpienia przez powódkę od umowy i ponownego poszukiwania wykonawcy, co naraziło powódkę na dodatkowe koszty. Również nie bez znaczenia dla oceny zasadności takiego wniosku był zdaniem Sądu I instancji fakt, iż prace nie zostały ukończone, a wszelkie ustalone przez strony terminy były przekroczone z winy pozwanej. Sąd wywiódł, iż o stopniu zawinienia pozwanej i wadach robót świadczy wysokość kwoty, jaką powódka musiała ponownie ponieść w związku z wadliwym wykonaniem prac przez pozwaną, a które oszacowała na kwotę 100.000 zł.

W ocenie Sądu Okręgowego nie było podstaw do przyjęcia, iż ustalona przez strony w umowie wysokość kary umownej w wysokości 10 % ustalonego wynagrodzenia oraz w wysokości 0,1 % wynagrodzenia w kwocie 890.000 zł za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu zakończenia prac była znacznie wygórowana. Zwrócił przy tym uwagę, że strony zawarły w umowie analogiczne wzajemnie zapisy o karach umownych.

Biorąc zatem pod uwagę wysokość ustalonego przez strony wynagrodzenia, w ocenie Sądu Okręgowego nie było podstaw do przyjęcia, że kara umowna była wygórowana, skoro jej wysokość była jedynie minimalnie większa od kosztów, które na chwilę obecną powódka już musiała ponieść w związku z naprawianiem prac wykonanych przez pozwaną. Sąd Okręgowy wskazał, że stopień zaawansowania prac, jak ustalił biegły wynosił około 39% na dzień zakończenia prac przez pozwaną. Roboty te były jednak obciążone wadami, których rodzaj i ilość nie zostały przez strony podane precyzyjnie w protokole inwentaryzacji. W ocenie Sądu I instancji trudno w takim stanie przyjąć, aby zakres wykonanych robót można było uznać za znaczny, zwłaszcza, że były one obciążone licznymi wadami i usterekami, co potwierdzili świadkowie, strony i biegły. Zdaniem Sądu Okręgowego nie sposób zatem było przyjąć, iż kwota uzyskana od pozwanej z tytułu kary umownej doprowadzi do wzbogacenia po stronie powodowej. Ponadto zaznaczył, iż miarkowanie kary umownej, nie może przekreślać jej istoty i funkcji tj. zwiększenia realności wykonania zobowiązania i ułatwienia naprawienia szkody powstałej w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania. Sąd

Okręgowy stwierdził, iż gdyby pozbawić umowę tej kary umownej powódka, z uwagi na specyfikę wykonywanych prac, nieprawidłowy protokół inwentaryzacji, stwierdzone wady i usterki, miałyby poważny problem z udowodnieniem podstaw odpowiedzialności pozwanej i wysokości wyrządzonej szkody. W podsumowaniu Sądu I instancji wywiódł, iż w świetle powyższego wysokość kary umownej określona w umowie nie była wygórowana, a po rozwiązaniu umowy spełniła swą funkcję surogatu odszkodowania.

Sąd Okręgowy nie znalazł również podstaw do oddalenia powództwa z uwagi na podniesiony przez pozwaną zarzut potrącenia z dochodzoną pozwem wierzytelnością kwoty 159.236,64 zł z uwagi na nie udowodnienie istnienia tej wierzytelności po stronie pozwanej (brak wykazania poniesienia kosztów w tej wysokości). Sąd Okręgowy jako dodatkowy argument wskazał także, iż pozwana nie wykazała, aby wezwała powódkę do uiszczenia kwoty 159.236,64 zł.

Sąd Okręgowy podniósł, iż wyliczenie należności pozwanej opierało się niepodpisany piśmie (k.345). Powódka nie zaakceptowała powyższego zestawienia, gdyż nie przedstawiono jej żadnych rachunków, faktur z których wynikałyby wysokość wierzytelności przedstawionej do potrącenia i data jej wymagalności. Tych dość dowolnie wyliczonych należności pozwanej nie potwierdziła opinia biegłego, który uznał, że strony sporządziły wadliwie protokół inwentaryzacji, który uniemożliwiał szczegółowe wyliczenie wykonanych prac, z uwzględnieniem rodzaju wad i ich ilości, a co za tym idzie ich wartości. Sąd Okręgowy dodał także to, że powódka zapłaciła pozwanej z tytułu robót budowlanych wynikających z umowy kwotę 349.334,58 zł, jednakże zapłata ta dotyczyła także wielu prac, które nie były faktycznie wykonane.

Sąd Okręgowy podkreślił, iż zgodnie z postanowieniami umowy powódka zobowiązała się do dokonywania płatności na rzecz pozwanej określonego wynagrodzenia za ukończenie każdorazowego zakończenia danego etapu prac w terminie 14 dni od otrzymania stosownej faktury, jaką pozwana miała obowiązek wystawić powódce. Pozwana nie wskazuje natomiast, iż takie wystawienie faktur nastąpiło i tym samym, iż powstał po stronie powodowej obowiązek zapłaty na jej rzecz. Zdaniem Sądu Okręgowego, z uwagi na treść art. 455 k.c., pozwana winna była takiej sytuacji wezwać powódkę do zapłaty powyższej kwoty i wyznaczyć stosowny termin na jej dokonanie, a brak wezwania, a tym samym brak określenia dłużnikowi terminu na spłatę zobowiązania powoduje, iż nie ma podstaw do przyjęcia, aby dane roszczenie było wymagalne.

Z tych względów Sąd I instancji, mimo iż nie podzielił stanowiska powódki odnośnie przedawnienia wierzytelności zgłoszonej przez pozwaną do potrącenia, uznał iż zarzut potrącenia jako nieskuteczny nie miał wpływu na wynik rozstrzygnięcia w sprawie.

Z powyższych względów na podstawie zapisów umowy łączącej strony, treści art. 483 i 484 k.c. w zw. z art.481 k.c. Sąd Okręgowy orzekł jak w punkcie 1. wyroku.

W ocenie Sądu I instancji brak było natomiast podstaw do żądania przez powódkę zasądzenia odsetek poczynszy od dnia 1 września 2008r. do dnia zapłaty. Wskazał w tym zakresie, iż przed wytoczeniem powództwa powódka nie wzywała pozwanej do zapłaty, a zatem Sąd Okręgowy przyjął, że o obowiązku uiszczenia na rzecz powódki dochodzonej pozwem kwoty pozwana powzięła wiadomość w dniu 11 stycznia 2010 r. tj. w dniu w którym otrzymała odpis pozwu. Od dnia następnego pozwana pozostaje w opóźnieniu ze spełnieniem tego świadczenia, tak więc powódce należą się odsetki ustawowe od tej daty (art.455 w zw. z art.481§ 1i§ 2 k.c.). Powyższe skutkowało orzeczeniem jak w punkcie 2. wyroku.

Wobec skutecznego cofnięcia przez powódkę powództwa odnośnie żądanej zaliczki na podstawie art. 355 § 1 k.p.c. orzeczono jak w punkcie 3. wyroku. Przy czym Sąd Okręgowy wskazał, iż w tym zakresie powódkę obciąża obowiązek zwrotu kosztów procesu pozwanej.

O kosztach procesu między stronami Sąd orzekł wskazując jako podstawę prawną art.100 k.p.c.

Apelację od wyroku złożyła pozwana, zaskarżając orzeczenie w zakresie punktów 1. 3. i 5. sentencji, wnosząc o zmianę rozstrzygnięcia w tym zakresie poprzez oddalenie powództwa w całości i rozstrzygnięcie o kosztach postępowania za obie instancje, ewentualnie uchylenie wyroku w zaskarżonym zakresie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Skarżąca zarzuciła rozstrzygnięciu:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.

a) naruszenie przepisu art. 484 § 2 k.c. poprzez nieprawidłową wykładnię i zastosowanie poprzez uznanie, iż w niniejszej sprawie miarkowanie kary nie może być zastosowane, mimo wykonania części zobowiązania przez pozwanego;

b) naruszenie przepisu art. 494 k.c. poprzez błędną wykładnię i zastosowanie i w konsekwencji przyjęcie, iż powód jest uprawniony do żądania łącznej kary umownej za odstąpienie od umowy oraz za zwłokę w jej wykonaniu umowy;

c) naruszenie przepisu art. 395 k.c. poprzez przyjęcie, iż powódce przysługiwało umowne prawo do odstąpienia od umowy, mimo braku zastrzeżenia w jej treści terminu końcowego, do którego powódce przysługuje ustawowe prawo do odstąpienia od umowy;

d) naruszenie przepisu art. 498 § 1 k.c. w zw. z art. 494 k.c. poprzez błędną wykładnię i zastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, iż pozwany nie był uprawniony do podniesienia zarzutu potrącenia;

2. naruszenie przepisów postępowania, które to naruszenia miały wpływ na treść wydanego wyroku, tj.

a) art. 233 k.p.c. przez pominięcie okoliczności istotnych dla wyjaśnienia sprawy, które to uchybienie miało wpływ na treść zaskarżonego postanowienia odnośnie miarkowania kary umownej, a mianowicie:

- ustaleń z opinii biegłego mgr. inż. W. K. z dnia 11 czerwca 2012 r. (k. 479-484,525-528);

- treści korespondencji pomiędzy (...) Sp. z o.o., a pozwaną na okoliczność: błędów w dokumentacji projektowej przekazanej pozwanej przez powódkę oraz konieczności przeprojektowywania i uzupełniania dokumentacji projektowej;

- treści pisma powódki z dnia 30 października 2007 r., które potwierdzało brak projektów: instalacji elektrycznej, ogrzewania i wodno-kanalizacyjnej powodując w konsekwencji opóźnienie w robotach prowadzonych przez pozwanego;

- treści pisma z dnia z dnia 12 lutego 2008 r., w którym powódka poinformowała pozwaną o zakazie wykonywania ścian działowych - do odwołania oraz treści pisma powódki z dnia 14 lipca 2008 r., potwierdzającego dokonane przez powódkę zmiany w projekcie ścianek działowych i zezwalającego na dalszą realizację robót przez pozwaną;

- treści projektu wykonawczego robót budowlanych objętych umową stron przekazanego pozwanej przez powódkę, który nie obejmował wykonania izolacji poziomej - w konsekwencji wbrew twierdzeniu Sądu I instancji pozwana nie może ponosić odpowiedzialności za nie wykonane roboty izolacyjnych;

- treści pisma pozwanej z dnia 28 listopada 2007 r. potwierdzającego brak zgody na wycinkę drzew i brak zgody właścicielki działki sąsiedniej umożliwiający wykonanie ściany w „ostrej granicy” co skutkowało opóźnieniami w realizacji robót przez pozwaną;

b) obrazę przepisu art. 231 k.p.c. przez błędne uznanie za ustalony fakt, że pozwana nie wykazała istnienia wierzytelności przedstawionej do potrącenia w kwocie: 159.236,64 zł;

c) obrazę przepisu art. 224 k.p.c. poprzez zamknięcie rozprawy, mimo niedostatecznego wyjaśnienia sprawy i wydanie orzeczenie na podstawie niedostatecznie wyjaśnionych okoliczności faktycznych, opartych o sprzeczne ustalenia

poprzez przyjęcie, że pozwana nie udowodniła istnienia wierzytelności w kwocie: 159.236,64 zł w zgłoszonym zarzucie potrącenia z uwagi na brak wykazania przez pozwaną szczegółowych podstaw do wyliczenia ww. kwoty oraz brak wezwania do zapłaty ww. kwoty.

Powódka wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Na rozprawie apelacyjnej pełnomocnik pozwanej ograniczył zakres zaskarżenia wskazując, iż zaskarżenie obejmuje punkt pierwszy wyroku wraz z orzeczeniem o kosztach procesu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja była jedynie częściowo zasadna.

Trafny okazał się zarzut naruszenia przepisu art. 494 k.c. poprzez błędną wykładnię i zastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, iż powód jest uprawniony do żądania łącznej kary umownej za odstąpienie od umowy oraz za zwłokę w jej wykonaniu umowy.

Utrwalony jest już bowiem w orzecznictwie pogląd, który Sąd Apelacyjny w całości podziela, iż dopuszczalne jest zastrzeżenie w jednej umowie kilku kar umownych tj. że mogą one być kumulowane, ale tylko jeśli chodzi o kary zastrzeżone za różne postacie nienależytego wykonania zobowiązania. Nie może natomiast być kumulowana kara umowna przewidziana za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. kara umowna za zwłokę w wykonaniu zobowiązania i kara umowna za niewykonanie zobowiązania. Z tego względu w przedmiotowej sprawie trafnie skarżąca podnosiła, iż roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki nie przysługiwało powódce jako stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (por. uchwała SN z 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12, OSNC 2013/2/17, wyrok SN z 25 marca 2011 r., IV CSK 401/10, LEX nr 1108517, wyrok Sądu Apel. w Warszawie z 8 grudnia 2009 r., I ACa 829/09, uchwała SN z 16 stycznia 1984 r., III CZP 70/83, OSNC 1984/8/131, wyrok SN z 18 stycznia 1984, I CR 417/83, LEX nr 8586).

W uzasadnieniu powyższego poglądu należy wskazać, iż zakresy pojęć „niewykonanie zobowiązania” oraz „nienależyte wykonanie zobowiązania” nie są tożsame. Stan opóźnienia lub zwłoki w wykonaniu zobowiązania, który już ustał, stanowi jedną z postaci nienależytego wykonania zobowiązania, gdy zaś dłużnik spóźnia się z wykonaniem zobowiązania i z tej przyczyny wierzyciel odstępuje od umowy, dochodzi do niewykonania zobowiązania. Konstrukcja kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, a ściślej, za szkodę powstałą w następstwie nienależytego wykonania zobowiązania, w tym obejmującą opóźnienie lub zwłokę w wykonaniu zobowiązania, zakłada, że dojdzie do wykonania zobowiązania, ale w sposób nienależyty (np. co do terminu), natomiast u podstaw konstrukcji kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania leży założenie, że zobowiązanie nie zostanie wykonane. Jeżeli więc umowa przewiduje karę umowną za zwłokę lub opóźnienie w wykonaniu zobowiązania oraz karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy, oznacza to, że pierwsza z tych kar jest zastrzegana jedynie za szkodę spowodowaną opóźnieniem lub zwłoką - jako jednych z postaci nienależytego wykonania zobowiązania, które jednak zostanie wykonane - natomiast drugi rodzaj kary umownej dotyczy rekompensaty za szkodę doznaną przez wierzyciela wskutek niewykonania zobowiązania, w następstwie odstąpienia od umowy, chociażby przyczyną wykonania tego uprawnienia była wcześniejsza zwłoka dłużnika lub inne okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi dłużnik. Należy przy tym podkreślić, iż spełnienie jedynie części świadczenia - jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie - jest równoznaczne z niespełnieniem świadczenia, a tym samym z niewykonaniem zobowiązania. Z tego względu nie jest możliwe kumulowanie kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. wykonanie ze zwłoką, z karą umowną za niewykonanie tego samego zobowiązania. Ustawodawca w sposób jednoznaczny bowiem w art. 494 k.c. przesądził, że wskutek odstąpienia od umowy - na podstawie upoważnienia ustawowego, jak również umownego (art. 492 k.c.) - powstaje stan, który należy zakwalifikować jako niewykonanie zobowiązania, skoro strona odstępująca 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.

Konsekwencją przyjęcia stanowiska, że zakresy pojęć nienależytego wykonania zobowiązania oraz niewykonania zobowiązania nie są tożsame jest również konieczność rozróżnienia odpowiedzialności za szkodę spowodowaną nienależytym wykonaniem zobowiązania oraz za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania. W razie odstąpienia od umowy wchodzi w rachubę odpowiedzialność za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, która pochłania odpowiedzialność za szkodę, wcześniej doznaną, z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, które miało miejsce przed odstąpieniem od umowy.

Trzeba też zaznaczyć, iż powyższemu 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 bowiem 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, powinno upaść również akcesoryjne względem zobowiązania główne postanowienie umowne dotyczące kary umownej.

Pozostałe zarzuty apelacji nie mogły natomiast odnieść oczekiwanego przez skarżącą skutku z następujących powodów, przy czym Sąd Apelacyjny wskazuje, iż ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego są prawidłowe i w związku z tym Sąd Apelacyjny uznaje je za własne.

Powódka dochodziła kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zawnionych przez wykonawcę (§ 9 pkt 1 lit c umowy). Ta zawniona przyczyną było według twierdzeń powódki nie wykonanie robót w terminie tj. do dnia 31 lipca 2008 r.

Konstrukcja art. 476 k.c. zawierającego definicję zwłoki dłużnika opiera się na domniemaniu jego winy, a zatem dla przypisania dłużnikowi odpowiedzialności z tytułu kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy, wystarczające jest wykazanie, że prace nie zostały zakończone w terminie. Na dłużniku spoczywa zatem obowiązek ewentualnego obalenia tego domniemania poprzez wykazanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi.

W przedmiotowej sprawie bezspornym było, iż prace wynikające z umowy łączącej strony nie zostały wykonane w umówionym terminie. Z tego względu pozwana, wnosząc o oddalenie powództwa o zapłatę kary umownej w całości w pierwszej kolejności powinna wywodzić i jednocześnie dowodzić, iż nie było w ogóle podstaw do naliczenia kary umownej, z uwagi na to, iż opóźnienie było następstwem okoliczności, za które nie ponosi w całości lub choćby w części odpowiedzialności. Tymczasem pozwana, o ile w odpowiedzi na pozew podnosiła tego rodzaju okoliczności, to w dalszym toku procesu, po przeprowadzeniu znacznej części postępowania dowodowego, na rozprawie w dniu 3 marca 2011 r. (k.391) jej pełnomocnik oświadczył do protokołu, iż „nie kwestionuję roszczenia powódki co do kar umownych” i wnosił o oddalenie powództwa jedynie z z uwagi na zgłoszony zarzut potrącenia kwoty 159.236. Stąd czynnie w apelacji Sądowi Okręgowemu zarzutu, co do bezpodstawnego uznania, iż roszczenie z tytułu kary umownej Sąd ten uznał za udowodnione jest niezrozumiałe. Należy też podkreślić, iż w związku z powyższym pozwana wnioskuje o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, ale jedynie na okoliczność wyceny robot zgodnie z protokołem z 4.09.2008 r. (k. 53-56), natomiast nie wnioskuje o dopuszczenie tego rodzaju dowodu na okoliczność wykazania, że nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie w wykonaniu robót. W szczególności nie wnioskuje o to, aby biegły potwierdził jej

twierdzenia, że na opóźnienie miały wpływ działania bądź zaniechania powódki lub osób, za które ona odpowiadała, a o których mowa m. in. w powołanych w zarzutach apelacji pismach t.j. w korespondencji pomiędzy (...) Sp. z o.o., a pozwaną, piśmie powódki z 30 października 2007 r., z 12 lutego 2008 r., z 14 lipca 2008 r., w piśmie pozwanej z dnia 28 listopada 2007 r., co skutkowało opóźnieniami w realizacji robót przez pozwaną. Powyższe dokumenty nie mają nawet waloru dowodu z dokumentu w rozumieniu prawa procesowego, gdyż są to kopie nie potwierdzone za zgodność z oryginałem. Ponadto jako dokumenty prywatne zgodnie z art. 245 k.p.c. dowodziłyby jedynie tego, że osoby które je podpisały złożyły oświadczenia o treści w nich zawartej. Nie został powołany także dowód z opinii biegłego na okoliczność wykazania, iż treść projektu wykonawczego robót budowlanych objętych umową stron przekazanego pozwanej przez powódkę, nie obejmował wykonania izolacji poziomej, a zatem pozwana nie może z tego powodu ponosić odpowiedzialności za jej niewykonanie w świetle treści umowy łączącej strony. Z tych też względów niezasadny był zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. w zakresie oceny ww. dowodów.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż Sąd nie ma wiedzy specjalistycznej, aby na podstawie tylko samej treści ww. pism i projektu ocenić, czy faktycznie kwestie w nich poruszane zaistniały, a po drugie, że wpłynęły na terminowość robót i to w taki sposób, że niemożliwym było ich zakończenie w umownym terminie. Nie można bowiem wykluczyć, iż po stronie powódki miały miejsce jakieś nieprawidłowości, jednakże nie musiały one przekładać się na ostateczne opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy, a jeśli nawet tak, to nie wiadomo jaki okres opóźnienia był z tym związany.

Z tego względu prawidłowo Sąd Okręgowy uznał, iż co do zasady powstała po stronie powódki wymagalna wierzytelność o zapłatę kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyny zawinionej przez pozwaną tj. z powodu opóźnienia w wykonaniu umowy, przy czym pozwana nie wykazała, że było to spowodowane okolicznościami, za które nie ponosiła odpowiedzialności. Roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje bowiem wtedy, gdy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (por. wyrok SN z 2008-01-18, V CSK 385/07, LEX nr 627267).

Nietrafny był zarzut naruszenia przepisu prawa materialnego tj. art. 484 § 2 k.c. poprzez nieprawidłową wykładnię i zastosowanie poprzez uznanie, iż w niniejszej sprawie miarkowanie kary nie może być zastosowane, mimo wykonania części zobowiązania przez pozwanego.

Przepis ten stanowi, iż jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Artykuł 484 § 2 k.c. statuuje wyjątek od zasady pacta sunt servanda i od art. 353¹ k.c., art. 354 § 1 k.c. oraz od sformułowanej w art. 484 § 1 k.c. zasady, że w razie wyrządzenia wierzycielowi szkody przysługuje mu kara umowna w zastrzeżonej wysokości, bez względu na wysokość tej szkody. Nie może być więc interpretowany rozszerzająco. Stąd wysokość zastrzeżonej kary umownej w zasadzie wiąże strony i w tej wysokości wierzyciel może domagać się jej zapłaty.

W przedmiotowej sprawie zdaniem Sadu Apelacyjnego pozwana nie wykazała w toku procesu, iż faktycznie swoje zobowiązanie wynikające z umowy zawartej z powódką wykonała w znacznej części. Wykonanie zobowiązania w znacznej części, w przypadku jak niniejszy, jako podstawa do miarkowania kary umownej występuje w szczególności wtedy, gdy tylko w niewielkim zakresie przedmiot umowy nie jest wykonany lub gdy jest wykonany w całości, ale wadliwie, jednakże stwierdzone usterki dotyczą tylko niektórych elementów przedmiotu umowy i mogą być uznane za drobne w stosunku do całości przedmiotu umowy. Stąd gdyby nawet przyjąć, jak chce pozwany, choć nie jest to udowodnione, że wykonał 53,4% robót, to i tak wykonania umowy w takim procencie tj. w około połowie, nie można by uznać, za wykonanie umowy w znacznej części.

W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z wykonaniem umowy w znacznej części. Bezsporne jest bowiem, iż prace objęte umową nie zostały w całości wykonane, a ponadto te które zostały wykonane obarczone były licznymi, poważnymi wadami, co wynika z opinii biegłego. Należy podkreślić, iż pozwana nie zdołała wykazać w procesie, jaki był faktycznie zakres niewadliwie wykonanych prac, czy był on na tyle duży, by można mówić, iż w sprawie wystąpiła przesłanka do miarkowania kary umownej, o której stanowi art. 484 § 2 k.c. tj. wykonanie zobowiązania w znacznej części. Opinia biegłego nie była w tym względzie wiarygodnym dowodem, o czym będzie mowa poniżej.

Z opinii biegłego wynika także, iż na skutek zaniedbań pozwanej w zakresie sporządzenia profesjonalnego protokołu inwentaryzacji wykonanych robót nie sposób było aktualnie ustalić, jaki był dokładnie zakres wad i zakres wykonanych prac przez pozwaną na dzień sporządzenia tego dokumentu. Z tego względu słusznie Sąd Okręgowy nie dopatrywał się możliwości miarkowania kary umownej z pozwu wykonania znacznej części zobowiązania, gdyż pozwana nie udowodniła, że faktycznie wykonała bez istotnych wad znaczną część zobowiązania.

Kodeks cywilny nie zawiera wskazówek co do stanów faktycznych podlegających pod hipotezę regulacji art. 484 § 2 k.c. w zakresie przesłanki „rażąco wygórowanej kary”, nie wskazuje okoliczności mogących mieć wpływ na ocenę jej zaistnienia, pozostawiając ich ustalenie uznaniu sędziowskiemu uwzględniającemu okoliczności konkretnej sprawy. Miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 § 2 k.c. na żądanie dłużnika należy do tzw. prawa sędziowskiego, zaś regulacja tego przepisu nie zawiera jakichkolwiek wyłączeń. Przepis ten mający charakter normy ogólnej i może oczywiście wchodzić w grę w każdym przypadku, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego, można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna. Miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać także dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochrony interesem wierzyciela. Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może przede wszystkim prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego. W przedmiotowej sprawie trafnie Sąd Okręgowy uznał, iż dochodzona kara umowna, w sytuacji gdy powódka poniosła, zgodnie z niekwestionowanymi w apelacji ustaleniami Sądu Okręgowego koszty robót poprawkowych w wysokości ok. 100.000 zł nie mogła być, choćby już tylko z tego względu, uznana za karę prowadzącą do nieuzasadnionego wzbogacenia powódki. Tym bardziej zatem ostatecznie ustalona wysokość kary wyrokiem Sądu Apelacyjnego nie mogła być uznana za rażąco wygórowaną.

Charakteryzując istotę prawną kary umownej podnosi się niekiedy, że stanowi ona swego rodzaju surogat odszkodowania. W uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 (OSNC 2004, nr 5, poz. 69), mającej moc zasady prawnej, wyjaśniono, że pogląd, iż kara umowna jest tzw. surogatem odszkodowania, nie oznacza bynajmniej tego, że kara umowna ma „zastąpić” jedynie odszkodowanie w związku z powstającą po stronie wierzyciela szkodą majątkową. Sformułowanie „surogat odszkodowania” należy rozumieć w tym sensie, że strony przy zawarciu umowy określają z góry wysokość należnego wierzycielowi odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika i odszkodowanie (kara umowna) kompensuje wszystkie negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania. Niekiedy operuje się w tej sytuacji pojęciem tzw. szkody ogólnej, innej niż zindywidualizowana szkoda majątkowa wierzyciela. Uwzględniając to oraz treść art. 494 k.c., można wyprowadzić wniosek, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy ma rekompensować szkodę wierzyciela - w szerszym ujęciu, niż szkodę majątkową wynikającą z art. 361 § 2 k.c. - spowodowaną niewykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono.

Podstawą przyjęcia w umowie określonych co do wysokości kar umownych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Zakres szkody spowodowanej niewykonaniem zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy jest specyficzny. Na jej rozmiar wpływa szkoda doznana na skutek określonego przejawu nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika w okresie poprzedzającym odstąpienie od umowy, jak również wszelkie koszty, jakie poniosła strona w związku z koniecznością odstąpienia od niej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2002 r., I CKN 486/00, OSP 2003, nr 3, poz. 36). Z drugiej strony, w razie odstąpienia od umowy, strona wykonująca to uprawnienie będzie zwolniona z obowiązku świadczenia wzajemnego, co powinno być uwzględnione przy określaniu wysokości doznanej przez nią szkody, zgodnie z zasadą *compensatio lucri cum damno* (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 1956 r., I CR 1505/54, OSN 1958, nr 1, poz. 11).

Jeżeli więc w umowie przewidziano odrębną karę umowną w związku z odstąpieniem od umowy, to należy przyjąć, że tak określona kara miała rekompensować szkodę - w przewidywanym przez strony rozmiarze - jakiej dozna strona na skutek niewykonania zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy. Podstawą zastrzeżenia tej kary, co do wysokości, była określona kalkulacja hipotetycznej i specyficznej szkody, jaką poniesienie strona w związku z

niewykonaniem zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy. Wniosek ten jest tym bardziej uzasadniony, że strony, zastrzegając karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy, mogą zróżnicować jej wysokość w zależności od przyczyn, które były przyczyną złożenia przez jedną z nich oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Jeżeli więc strony umowy wzajemnej przewidziały karę umowną w związku z odstąpieniem od umowy, nie różnicując jej wysokości w zależności od przyczyn, które spowodowały skorzystanie z tego uprawnienia prawokształtującego, należy przyjąć, że kara ta miała rekompensować całą szkodę, jakiej dozna strona na skutek niewykonania zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2012 r., V CSK 260/11, nie publ.).

Trzeba też podkreślić, iż w wyroku SN z 25 marca 2011 r., IV CSK 401/10, LEX nr 1108517) Sąd ten wywiódł, iż art. 484 § 2 k.c. wyczerpująco określa przesłanki, które mogą stanowić podstawę miarkowania kary umownej. Nie uzależnia on w żaden sposób możliwości obniżenia kary umownej od przyjętego przez strony sposobu określenia jej wysokości. Pogląd, wedle którego miarkowaniu kary sprzeciwia się powiązanie jej wysokości z wartością nie wykonanej tylko części zobowiązania nie znajduje żadnego uzasadnienia. Stosując instytucję miarkowania, sąd powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości, co znakomicie ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia (wyrok SN z dnia 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06, LEX nr 398369). Dlatego postuluje się ostrożne i powściągliwe stosowanie prawa redukcji, pamiętając, że miarkowanie osłabia skutek stymulacyjno-represyjny oraz kompensacyjny kary umownej (zob. P. Drapała (w:) System..., s. 974), a nadto redukcja stanowi modyfikację treści zobowiązania określonego w umowie (wyrok SN z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06, LEX nr 200875). Przy miarkowaniu nie powinna być uwzględniana majątkowa sytuacja dłużnika czy nieznaczny stopień jego winy, choć w wyjątkowych wypadkach okoliczności te mogą uzasadniać zastosowanie konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego (J. Jastrzębski, Głosa do uchwały SN z dnia 6 listopada 2003 r..., poz. 115). Wysokość zastrzeżonej kary umownej nie musi pokrywać się z wysokością szkody. Nie można więc w ramach tzw. miarkowania żądać takiej redukcji kary, by pokrywała ona jedynie wysokość szkody poniesionej przez kontrahenta. Takie pojmowanie kary umownej i instytucji miarkowania doprowadziłoby bowiem do zaprzeczenia roli kary umownej jako sankcji cywilnoprawnej wobec nierzetelnego kontrahenta (por. wyrok SA w Katowicach z dnia 28 czerwca 2001 r., I ACa 295/01, Pr. Gosp. 2002, nr 10, s. 57). Dlatego przyjmuje się, że wprawdzie wysokość szkody stanowi istotne kryterium redukcji kary umownej, to nieuzasadnionym jest stwierdzenie, iż miarkowanie kary umownej powinno doprowadzić ją do wysokości odpowiadającej wysokości szkody (wyrok SN z dnia 14 kwietnia 2005 r., II CK 626/04, LEX nr 189075).

Należy podkreślić, iż przyczynienie się wierzyciela do powstania okoliczności uzasadniających obciążenie dłużnika karą umowną powinno być, na zarzut dłużnika, uwzględnione przez Sąd i prowadzić do zmniejszenia kary umownej. Nie mniej dłużnik musi wykazać istnienie takiego przyczynienia. Nie jest przy tym wystarczające wskazanie niewykonania przez wierzyciela jakiegoś obowiązku umownego, ale także konieczne jest wykazanie, iż to niewykonanie tego obowiązku pozostawało w ścisłym związku przyczynowym z faktem nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika. W przedmiotowej sprawie bezspornym jest, iż powódka wbrew postanowieniom umowy nie ustanowiła profesjonalnego inspektora nadzoru, jednakże do pełnienia tej funkcji wyznaczyła wybraną przez siebie osobę, która podejmowała działania w tym charakterze. Pozwana jako profesjonalista nie oponowała co do udziału tej osoby w takim charakterze, nie zagroziła przerwaniem robót do czasu ustanowienia profesjonalnego inspektora nadzoru, stąd podnoszenie tego rodzaju argumentu nie znajduje uzasadnienia. Poza tym pozwana nie udowodniła, iż ta sytuacja miała negatywny wpływ na termin wykonania robót. Należy podkreślić, iż pozwana nie wносиła o dopuszczenie dowodu z opinii uzupełniającej, a ponadto w ogóle nie wносиła o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność tego, co było przyczyną opóźnienia tylko wniosowała o opinię na okoliczność wartości wykonanych przez nią robót, które zostały wykonane.

Z tych wszystkich względów zarzut naruszenia art. 484 § 2 k.c. także został uznany za bezzasadny.

Oczywiście nietrafny był zarzut naruszenia przepisu art. 395 k.c. poprzez przyjęcie, iż powódce przysługiwało umowne prawo do odstąpienia od umowy, mimo braku zastrzeżenia w jej treści terminu końcowego, do którego powódce przysługuje ustawowe prawo do odstąpienia od umowy.

Istotą umownego prawa odstąpienia przewidzianego w art. 395 k.c. jest pełna swoboda w możliwości odstąpienia od umowy – dla strony lub stron, stosownie do treści zastrzeżenia – bez konieczności wystąpienia i w konsekwencji wskazania jakiegokolwiek przyczyny oraz bez konieczności uzasadniania decyzji w tym przedmiocie. Zastrzeżenie takiego odstąpienia od umowy stwarza więc stan niepewności co do tego, czy umowa utrzyma się, a uprawniony nie wykorzysta przysługującego mu prawa bez konieczności wskazywania jakiegokolwiek powodu takiej decyzji. Wskazana powyżej funkcja umownego zastrzeżenia prawa odstąpienia od umowy powoduje osłabienie mocy wiążącej zawartej umowy, jednak skutek taki, jako wynikający z woli stron, mieści się w zasadzie wolności umów. Polega ona na przyznaniu stronom umowy możliwości łatwego, jednostronnego i wcześniejszego zakończenia powstałego stosunku zobowiązaniowego, bez szczególnej przyczyny i ponoszenia w związku ze skorzystaniem z tego uprawnienia negatywnych konsekwencji. Potrzeba taka wynikać może ze szczególnych okoliczności towarzyszących zawarciu umowy lub jej wykonywaniu, trudności związanych z wywiązywaniem się z powstałego zobowiązania, czy też z konieczności ochrony interesów strony uprawnionej, gdy np. prowadzi ona nadal negocjacje z innymi partnerami w sprawie zawarcia umowy o podobnej treści, jak również gdy dalsze trwanie umowy i jej realizacja przestanie odpowiadać interesom strony. Stąd przy tego rodzaju umowie, zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny i orzecznictwa, faktycznie niezbędne jest dla jej ważności zastrzeżenie w jej treści terminu końcowego, do którego przysługuje ustawowe prawo do odstąpienia od umowy.

W przedmiotowej sprawie umowa stron nie zawiera jednak umownego prawa odstąpienia w rozumieniu art. 395 k.c. Umowne prawo odstąpienia może bowiem przybrać także postać uwarunkowaną z woli stron, a mianowicie, że jedna ze stron będzie mogła je wykonać, gdy druga strona spełni swe świadczenie nienależycie albo w ogóle nie wykona - *lex commissoria* (por. wyrok z 5 czerwca 2002 r., sygn. akt II CKN 701/00, OSP 2003, nr 10, poz. 124, wyrok SN z 6 maja 2004 r., sygn. akt II CK 261/03, LEX 174165, uzasadnienie wyroku SN z 5 października 2006 r., sygn. akt IV CSK 157/06, OSNC 2007, nr 7-8, poz. 114). Z taką postacią umownego zastrzeżenia koresponduje treść art. 492 k.c., który otwiera wierzycielowi możliwość odstąpienia od umowy a quo w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania. W relacjach zobowiązaniowych stron niniejszego postępowania prawo do odstąpienia od umowy zastrzeżone m. in. w § 6 pkt 10 połączone zostało z samym tylko opóźnieniem, co wskazuje, że bliższe pozostawało ono regulacji art. 635 k.c., odrywającej prawo odstąpienia od umowy od zwłoki jako kwalifikowanego zawinionego opóźnienia. Jednocześnie wskazać należy, że strony przedmiotowej umowy regulując kwestie odstąpienia nie wyłączyły stosowania w łączącym je stosunku obligacyjnym ustawowych postaci prawa odstąpienia od umowy, lecz tylko poszerzyły katalog ustawowy. Z tego względu zarzut naruszenia art. 395 k.c. był nietrafny.

Odstąpienie od umowy (zarówno oparte na umowie, jak i ustawie) jest jednostronnym oświadczeniem woli o charakterze prawo kształtującym, a jego skutkiem jest z reguły wygaśnięcie stosunku prawnego *ex tunc*. Pogląd ten znajduje potwierdzenie w treści art. 395 k.c., który w zdaniu drugim § 1 wyraźnie stanowi, że prawo odstąpienia od umowy wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie, zaś w § 2, że w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą. Również w odniesieniu do odstąpienia na podstawie ustawy, gdy ta reguluje wprost tylko przesłanki prawa odstąpienia, nie budzi wątpliwości, że skorzystanie z tego prawa wymaga oświadczenia woli podlegającego ogólnym zasadom dotyczącym oświadczeń woli (art. 60 i nast.) oraz że oświadczenie to ma charakter kształtujący prawo, gdyż skutkuje wygaśnięciem stosunku zobowiązaniowego, tworzy nowy stan prawny w relacjach stron. Instytucja odstąpienia od umowy stanowi wyjątek od zasady, iż strony są umową związane i żadna z nich nie może jej jednostronnie zniweczyć. Trzeba też wskazać, że przy umowach wzajemnych, w których świadczenia stron mają charakter ciągły (trwały), przyjmuje się odmienny skutek ustawowego odstąpienia od umowy, a mianowicie, że stosunek prawny przestaje wiązać *ex nunc* na przyszłość. Podobnie jest w przypadku tzw. świadczeń podzielnych (art. 491 § 2 k.c.). Skutek *ex tunc* odstąpienia od umowy w postaci zniesienia stosunku obligacyjnego powoduje, że nie tylko wygasają wynikające z niego prawa i obowiązki, ale prawnie przyjmuje się taki stan, "jakby umowa nie była zawarta". Oznacza to, że w razie odstąpienia od umowy żadna ze stron nie może dochodzić

wynikających zeń roszczeń, podstawy ich kreowania nie mogą stanowić postanowienia umowy, która w sensie prawnym nie istnieje, wszelkie rozliczenia mogą się odbywać na zasadach regulacji art. 395 § 2 k.c. w przypadku odstąpienia umownego, bądź art. 494 k.c., odnoszącego się do odstąpienia ustawowego. Jak podkreśla się, tak w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie, ten skutek odstąpienia od umowy powoduje, że wygasają nie tylko zobowiązania podstawowe, ale i dodatkowe akcesoryjne (por. przywołane wyżej wyroki SN: z 26 listopada 1997 r., sygn. akt II CKN 458/97; z 5 lipca 2007 r., sygn. akt II CSK 140/07). W związku z tym w przedmiotowej sprawie w sytuacji, gdy powódka skutecznie odstąpiła od umowy, pozwanej spółce nie służyło do potrącenia roszczenie z tytułu wynagrodzenia za roboty wykonane, a nie opłacone do dnia odstąpienia od umowy, tylko roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 k.c.), a nie w oparciu o umowę, co wymagałoby opinii biegłego na okoliczność wartości wzbogacenia się powódki, a więc z uwzględnieniem wadliwości wykonanych prac, kosztów jakie powódka poniosła na ich poprawianie. Natomiast, gdyby uznać, iż świadczenie pozwanej miało charakter podzielny, co przy umowie o remont budynku nie powinno mieć zastosowania, mogłaby ona zgłaszać w stosunku do powódki roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za roboty (art. 647 k.c.) wykonane do dnia odstąpienia od umowy, za które nie otrzymała umownego wynagrodzenia, ale także z uwzględnieniem możliwości żądania obniżenia ceny z powodu wad. W jednym i drugim przypadku ciężar wykazania, jakie roboty o jakiej wartości zostały wykonane, a nie zostały opłacone przez powódkę spoczywał na pozwanej. Dowód z opinii biegłego nie wskazuje w sposób nie budzący wątpliwości tych okoliczności faktycznych, w szczególności, iż biegły wskazał, iż strony sporządziły wadliwie protokół inwentaryzacji, który uniemożliwiał szczegółowe wycieszenie wykonanych prac, z uwzględnieniem rodzaju wad i ich ilości, a co za tym idzie ich wartości. W opinii biegły wyraźnie wskazał, iż w protokole opisano usterki, wady i zastrzeżenia do wykonanych robót, ale w formie opisowej bez ścisłego określenia ilości robót. Ponadto wprawdzie biegły wstecznie wycieszył, iż pozwany ma prawo żądać od powódki zapłaty za wykonane roboty 78.246 zł, jednakże opinia biegłego w tym zakresie słusznie nie została uznana przez Sąd Okręgowy za wiarygodny dowód. Powódka tę opinię trafnie zakwestionowała, wskazała w piśmie z dnia 10 lipca 2012 r. jej mankamenty metodologiczne oraz to, że biegły wdał się w dywagacje natury prawnej dotyczące zasadności roszczenia, ciężaru dowodu oraz rozważania nie objęte tezą dowodową np. dotyczące odpowiedzialności stron za realizację umowy. W opinii brak natomiast analizy, z której wynikałaby wartość prac wykonanych przez pozwaną, czy i jakie wady miały te prace oraz o ile istniejące wady obniżały wartość wykonanych prac. Z treści opinii wynika, że biegły nie był na terenie budowy, a oceniając wartość prac oparł się jedynie na sporządzonym przez pozwanego zestawieniu robot (k. 345) oraz protokole inwentaryzacji z dnia 4 września 2008 r. (k. 53). Pisma te zaś odnoszą się do zakresu wykonanych prac, ale nie do ich jakości. Ponadto biegły nie wskazał też, czy wykonane roboty były zgodne z projektem. Biegły nie ustalił wartości wadliwie wykonanych robót. Uznał bowiem za wadliwe tylko te, których poprawienie zleciła powódka, natomiast powódka twierdziła i dowodziła, że były także prace wadliwe, które nie były jeszcze poprawione przez innego wykonawcę. Słusznie powódka podnosiła, iż idąc tokiem rozumowania biegłego można by stwierdzić, iż gdyby powódka nie zleciła prac poprawkowych innemu wykonawcy i nie poniosła z tego tytułu udokumentowanych wydatków, to wartość robót wykonanych przez pozwaną w ogóle nie uległaby zmniejszeniu, co jest w oczywiste błędnym rozumowaniem. Pozwana nie sporządziła także stosownie do § 1 ust. 4 umowy harmonogramu zawierającego cenę jednostkową, ilości wykonanych prac, wskazania materiałów wykorzystanych do wykonania prac i ich wartości, co także miało wpływ na możliwość wyceny prac pozwanej. Biegły w ustnej opinii potwierdził, iż wadliwie został sporządzony protokół inwentaryzacji robót, że to kierownik budowy powinien spisać protokół usterkowy. Pozwana nie wniosła o wykonanie pisemnej opinii uzupełniającej, nie wносиła o dopuszczenie dowodu z innego biegłego. Z tych wszystkich względów Sąd Okręgowy nie przekroczył swobodnej oceny dowodów wynikającej z art. 233 k.p.c., uznając opinię biegłego za niewiarygodny dowód na okoliczność tego, że po stronie pozwanej istniała jakakolwiek wierzytelność do potrącenia. Trzeba w tym miejscu wskazać, iż prowadzenie dokumentacji budowy jak również przygotowanie dokumentacji powykonawczej obiektu zgodnie z art. 22 ustawy prawo budowlane (t.j. Dz. U. 03.207.2016 z późn. zm.) spoczywał na kierowniku budowy z ramienia pozwanej jako wykonawcy. Stąd wszelkie zaniedbania w tym zakresie obciążają pozwaną.

Z powyższych względów, mimo iż nie miał racji Sąd Okręgowy, że sam brak wystawienia faktury powodował brak wymagalności roszczenia zgłoszonego do potrącenia, należało uznać za bezzasadny także zarzut naruszenia przepisu art. 498 § 1 k.c. w zw. z art. 494 k.c. Trafnie bowiem Sąd Okręgowy uznał, iż pozwana nie udowodniła w toku procesu

by istniała wymagalna wierzytelność pozwanej w stosunku do powódki w kwocie 159.236,64 zł, którą ta mogła zgłosić do potrącenia z wierzytelnością przysługującą powódce z tytułu dochodzonej pozewem kary umownej.

Nietrafny był zarzut obrazy przepisu art. 231 k.p.c. przez błędne uznanie za ustalony fakt, że pozwana nie wykazała istnienia wierzytelności przedstawionej do potrącenia w kwocie 159.236,64 zł. Zarzut ten zatem należy rozumieć w związku z treścią jego uzasadnienia jako naruszenie art. 231 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie.

Art. 231 k.p.c. stanowi, iż sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (domniemanie faktyczne). Domniemania faktyczne podlegają kontroli instancyjnej w dwóch aspektach. Po pierwsze, przyjęte przez sąd pierwszej instancji domniemanie faktyczne może być nieumotywowane, po drugie sąd odwoławczy może wytknąć sądowi pierwszej instancji nierozważenie czy nie zachodzą podstawy do sformułowania domniemania faktycznego. W przedmiotowej sprawie Sąd Okręgowy w ogóle nie posłużył się formułą domniemania faktycznego, w szczególności w zakresie oceny istnienia po stronie pozwanej wierzytelności zgłaszanej do potrącenia. Stąd zarzut ten można rozważać jedynie jako zarzut naruszenia art. 231 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie i bezpodstawne odrzucenie możliwość dokonania ustaleń faktycznych w inny sposób niż tylko poprzez przeprowadzenie dowodów bezpośrednich na zaistnienie okoliczności podlegających ustaleniu (por. wyrok SN z 2010-02-25, V CSK 295/09, LEX nr 786562).

Należy w tym miejscu zgodzić się ze skarżącym, iż istnienie konkretnego zobowiązania może być wykazywane przez każdy środek dowodowy przewidziany kodeksem postępowania cywilnego, a jego przyjęcie zgodnie z ogólnymi regułami procesowymi, może opierać się również na konstrukcji domniemań faktycznych (art. 231 k.p.c.) czy też na tzw. faktach niespornych (art. 229 k.p.c.) czy niezaprzeczonych (art. 230 k.p.c.) które nie wymagają dowodu. Zajście określonych okoliczności faktycznych nie musi być wykazywane dowodami wskazującymi na nie bezpośrednio. Może to wynikać także z innych ustalonych faktów, co podkreśla art. 231 k.p.c. stanowiąc o domniemaniach faktycznych. Aby skutecznie postawić zarzut naruszenia art. 231 k.p.c., zgodnie z którym sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (domniemanie faktyczne), skarżący musiałby wykazać, że sąd I instancji za podstawę ustalenia jakiegoś faktu błędnie, z naruszeniem art. 231 k.p.c. uznał za ustalony inny fakt lub przez niezastosowanie powyższego domniemania błędnie uznał, iż dany fakt nie został udowodniony. Z uzasadnienia apelacji w tym zakresie nie wynika w żaden sposób, aby można było zarzucić Sądowi I instancji tego rodzaju uchybienie. Należy po pierwsze podnieść, iż stwierdzenie Sądu Okręgowego, iż pozwana nie wykazała wierzytelności przedstawionej do potrącenia nie jest ustaleniem faktu, który należało wskazać w uzasadnieniu wyroku i następnie oprzeć na nim rozstrzygnięcie, tylko jest wnioskiem Sądu I instancji wyciągniętym w oparciu zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i ustalone na jego podstawie okoliczności faktyczne.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie było podstaw do uznania, by powoływane w apelacji pismo pozwanej (k. 345), zawierające zestawienie wykonanych przez pozwaną robót mogło stanowić miarodajną podstawę do przyjęcia przy pomocy konstrukcji domniemania faktycznego z art. 231 k.p.c. (z udowodnionego faktu – wniosek o innym fakcie), że udowodniona została w ten sposób wartość robót zgłoszona do potrącenia, bowiem dokument ten nie mógł stanowić wspomianej podstawy domniemania faktycznego, gdyż faktem jego jednostronnego sporządzenia nie można dowodzić istnienia wierzytelności zgłoszonej do potrącenia. Dokument ten nie stanowi w ogóle dowodu z dokumentu prywatnego z uwagi na to, iż nie jest podpisany przez osobę, która go sporządziła. Poza tym nawet gdyby był to dowód z dokumentu prywatnego to dowodziłby on zgodnie z art. 245 k.p.c. jedynie tego, że osoba, która go podpisała złożyła oświadczenie w nim zawarte. Nie dowodziłby on natomiast zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy zawartych w nim treści. Podobnie nie mógł być podstawą domniemania faktycznego w powyższym zakresie protokół inwentaryzacji z 4 września 2008 r., w szczególności, iż nie wynika z jego treści, jaka była ogólna wartość robót, których wykonanie zostało w nim potwierdzone. Na tę okoliczność na wniosek strony pozwanej Sąd I instancji dopuścił dowód z opinii biegłego. W rezultacie zarzut naruszenia art. 231 k.p.c. należało uznać za nieuzasadniony.

Oczywiście niezasadny był zarzut obrazy art. 224 k.p.c. poprzez zamknięcie rozprawy, mimo niedostatecznego wyjaśnienia sprawy i wydanie orzeczenie na podstawie niedostatecznie wyjaśnionych okoliczności faktycznych. Po

pierwsze należy stwierdzić, iż ww. przepis składa się z dwóch paragrafów, a skarżący nie wskazał, czy zarzuca naruszenie całego przepisu czy też jednego z jego paragrafów. Sądząc zatem jedynie po uzasadnieniu zarzutu należy wywnioskować, iż zarzut dotyczy paragrafu pierwszego. Po drugie zwrócić uwagę trzeba na to, iż przedmiotowa sprawa została wniesiona do Sądu w dniu 16 grudnia 2009 r. tj. w dacie obowiązywania przepisu art. 224 § 1 k.p.c. stanowiącego, iż przewodniczący zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom. Ta norma prawna została zmieniona ustawą z 2 lipca 2004 r. (Dz. U. Nr 172, poz. 804) z dniem 5 lutego 2005 r. w ten sposób, że wykreślono z niej sformułowanie, iż przewodniczący zamyka rozprawę, gdy sąd uzna sprawę za dostatecznie wyjaśnioną. Obecnie nie ma wymogu dostatecznego wyjaśnienia sprawy przez sąd bez inicjatywy dowodowej stron, zaś zamknięcie rozprawy przez przewodniczącego następuje po zakończeniu postępowania dowodowego i udzieleniu głosu stronom. Tak też stało się w przedmiotowej sprawie, co wynika z treści protokołu rozprawy z dnia 6 listopada 2012 r. (k. 544). Zmiana ta, podobnie jak nowelizacja art. 184 k.p.c., art. 229 k.p.c., art. 317 § 1 k.p.c., art. 339 § 2 k.p.c. i art. 499 pkt 2 k.p.c., jak wskazano w uzasadnieniu projektu nowelizacji z dnia 2 lipca 2004 r., oznacza definitywne usunięcie z kodeksu tzw. zasady prawdy obiektywnej. Wykrycie prawdy przez sąd ogranicza się w zasadzie do: przeprowadzenia dowodów zgłoszonych przez strony, bowiem na nich spoczywa ciężar dowodu (art. 6 k.c.), zasada prawdy materialnej nie może bowiem przekreślać kontradiktoryjności procesu, gdyż - ciężar wskazania niezbędnych dowodów spoczywa przede wszystkim na stronach procesowych.

W rezultacie sądowi nie można, wnosząc apelację, postawić zarzutu niedostatecznego wyjaśnienia sprawy, a więc ryzyko braku wniosków dowodowych spoczywa wyłącznie na tej stronie, na której spoczywa ciężar dowodu. Należy dodatkowo podnieść, iż dostrzeżenie przez sąd konieczności zgłoszenia wniosków dowodowych sprowadza się aktualnie do pouczenia w trybie art. 212 k.p.c., o treści art. 232 k.p.c. i to jedynie strony działającej bez profesjonalnego pełnomocnika. W praktyce udzielenie głosu stronom przed zamknięciem rozprawy polega na zapytaniu ich przez przewodniczącego posiedzenia, czy zgłaszają nowe oświadczenia lub wnioski (np. dowodowe). Oczywiście przewodniczący (art. 208 § 1 pkt 5 oraz § 2) oraz sąd (art. 232) nadal, w wyjątkowych wypadkach, mogą dopuścić z urzędu środek dowodowy niezawnioskowany przez strony, jednakże w przedmiotowej sprawie z taką okolicznością nie mamy do czynienia. Poza tym skarżący nie postawił Sądowi I instancji zarzutu naruszenia art. 232 zd. drugie k.p.c., a zarzuty naruszenia prawa procesowego Sąd II instancji może brać pod uwagę jedynie na zarzut strony skarżącej.

Należy też wskazać, iż wyrok Sądu Okręgowego został zaskarżony także w jego punktach 4 i 5, rozstrzygających o kosztach procesu, jednakże apelacja nie zawiera jakichkolwiek zarzutów dotyczących rozliczenia kosztów procesu.

W tym stanie rzeczy zaskarżony wyrok został częściowo zmieniony na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zakresie należności głównej wraz z odsetkami i w zakresie kosztów procesu, jako ściśle powiązanych z zakresem ostatecznie uwzględnionego powództwa, o których to kosztach orzeczono stosunkowo je rozdzielając na podstawie art. 100 k.p.c.

W pozostałej części apelacja została oddana na podstawie art. 385 k.p.c.

Koszty postępowania za drugą instancję zostały wzajemnie zniesione pomiędzy stronami na podstawie art. 100 k.p.c. w zw. z art. 108 § 2 k.p.c., z uwagi na to, iż każda ze stron częściowo ulegała przeciwnikowi w postępowaniu apelacyjnym, oraz biorąc pod uwagę to, iż o wyborze przez sąd zasady wzajemnego zniesienia kosztów lub ich stosunkowego rozliczenia decydują względy słuszności i nie jest konieczne w każdym przypadku arytmetyczne ściśle ich rozliczenie według stosunku części uwzględnionej do oddalanej, w szczególności za takim podejściem przemawia charakter dochodzonego roszczenia tj. kara umowna. Ponadto według obliczeń Sądu II instancji, w sytuacji, gdy pozwana wygrała sprawę w II instancji w 24%, a suma kosztów obu stron wynosiła 11.274 zł (koszty powódki to koszty zastępstwa procesowego 2.700 zł, koszty pozwanej to koszty zastępstwa procesowego 2.700 zł oraz opłata od apelacji 5.874 zł, co daje łącznie sumę kosztów pozwanej w postępowaniu apelacyjnym w wysokości 8.574 zł), to pozwaną obciążało 76% sumy kosztów apelacyjnych obu stron, czyli kwota 8.568 zł. Skoro pozwana poniosła koszty w wysokości 8.574 zł, to powódka przy dokładnym arytmetycznym stosunkowym rozdzieleniu ww.

kosztów winna zwrócić pozwanej różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi przez nią, a kosztami ją obciążającymi, czyli jedynie kwotę 6 zł. Zatem tak z tych względów zasadne było wzajemne zniesienie pomiędzy stronami kosztów postępowania apelacyjnego.