

Sygn. akt VI ACa 1936/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 lutego 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Marcin Łochowski (spr.)

Sędziowie: SA Małgorzata Kuracka

SO (del.) Tomasz Pałdyna

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Magdalena Męczkowska

po rozpoznaniu w dniu 23 lutego 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Gminy T.

przeciwko S. K.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie

z dnia 27 września 2013 r.

sygn. akt III C 1470/12

1. oddala apelację;

2. zasądza od Gminy T. na rzecz S. K. kwotę 22.882 zł (dwadzieścia dwa tysiące osiemset osiemdziesiąt dwa złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1936/16

UZASADNIENIE

Gmina T. wniosła o zasądzenie od S. K. kwoty 317.360,30 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 16 kwietnia 2011 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanego kosztów procesu.

S. K. wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia 27 września 2013 r. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie oddalił powództwo i obciążył powoda kosztami procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że strony w dniu 16 września 2010 r. zawarły umowę o roboty budowlane nr (...), której przedmiotem była budowa sieci kanalizacyjnej w T.. Strony ustaliły rozpoczęcie robót na dzień 16 września 2010 r., a

zakończenie na dzień 30 listopada 2010 r. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ustalono na kwotę brutto 439.974,30 zł (kwota netto 360.634,67 zł).

W § 11 ust. 1 lit a) umowy strony ustaliły, że pozwany zapłaci powodowi karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia netto za każdy dzień zwłoki. Nadto, z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn niezależnych od powoda strony ustaliły karę umowną obciążającą pozwanego w wysokości 20% wynagrodzenia netto (§ 11 ust. 1 lit. d umowy). Zgodnie z § 15 umowy, oprócz wypadków wymienionych w k.c., powodowi przysługiwało prawo do odstąpienia umowy, jeżeli pozwany przerwał z przyczyn nieleżących po stronie powoda realizację robót i przerwa ta trwa dłużej niż 30 dni (§ 15 ust. 1 lit. b) umowy) lub pozwany realizuje roboty przewidziane umową w sposób niezgodny ze wskazaniami powoda lub umową (§ 15 ust. 1 lit. d) umowy). W § 15 ust. 3 umowy uzgodniono, że odstąpienie od umowy powinno nastąpić w formie pisemnej w terminie miesiąca od daty powzięcia wiadomości o zaistnieniu okoliczności uzasadniających odstąpienie i musi zawierać uzasadnienie.

Pozwany został wprowadzony na teren budowy w dniu 16 września 2010 r. W dniu 4 października 2010 r. przystąpił do wykonania przecisku pod wjazdem do istniejącej studni kanalizacyjnej, którego nie wykonał wobec stwierdzenia niezgodności dokumentacji z rzeczywistością, tj. położenia słupa średniego napięcia bliżej wykonywanego przecisku niż przewidywała to dokumentacja – odległość słupa od środka kanału wynosiła 40 cm. Pozwany niezwłocznie zgłosił inspektorowi nadzoru, że wykonanie przecisku spowoduje zagrożenie życia mieszkańców. Powód po konsultacjach z projektantami odmówił zgody na zmianę projektu. Po uzgodnieniu z inspektorem nadzoru pozwany próbował wykonać sieć sanitarną metodą przewiertu, a nie metodą przecisku. Pozwany w dniu 29 listopada 2010 r., powołując się na stanowisko właściciela linii przesyłowej wniósł o przedłużenie terminu realizacji umowy o czas potrzebny do usunięcia kolizji oraz wykonania robót. Powód nie wyraził zgody na przedłużenie terminu wykonania umowy, uprzedził o możliwości naliczania kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy oraz z tytułu odstąpienia od umowy. Pozwany ponownie poinformował, iż opóźnienie w wykonaniu umowy wynika z okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności i zwrócił się o przedłużenie terminu wykonania umowy.

W piśmie z dnia 2 grudnia 2010 r. powód wezwał pozwanego do usunięcia poza teren budowy wszelkich urządzeń tymczasowego zaplecza oraz przywrócenia terenu budowy do poprzedniego stanu oraz poinformował pozwanego o naliczeniu kar umownych za zwłokę w wykonaniu umowy i za odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od powoda. W styczniu i lutym 2011 r. odbywały się rozmowy stron dotyczące możliwości wykonania przez pozwanego przedmiotu umowy.

W dniu 11 kwietnia 2011 r. powód na podstawie § 15 ust. 1 lit. b) i d) umowy odstąpił od umowy, obciążając pozwanego karą umowną w kwocie 241.624,78 zł, tj. w wysokości 0,5% kwoty wynagrodzenia za każdy ze 134 dni pozostawania w zwłoce (za okres od 1 grudnia 2010 r. do 13 kwietnia 2011 r.) oraz karą umowną w kwocie 72.128,73 zł, tj. w wysokości 20% kwoty wynagrodzenia z tytułu odstąpienia od umowy. Oświadczenie to pozwany otrzymał w dniu 15 kwietnia 2011 r.

Sąd Okręgowy wskazał, że istotą sporu jest: 1) możliwość odstąpienia przez powoda od umowy, 2) zasadność naliczenia kar umownych.

Powód odstępując od umowy w dniu 11 kwietnia 2011 r. wyraźnie, powołał się na postanowienia umowy stron, tj. § 15 ust. 1 pkt b) i pkt d) umowy. Na podstawie art. 395 § 1 k.c. można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Dla stwierdzenia, czy strony skutecznie prawo to zastrzegły w łączącej je umowie, koniecznym jest ustalenie, że przyznane umową prawo odstąpienia ograniczone zostało przez nie terminem końcowym, gdyż zastrzeżenie prawa odstąpienia nieograniczone terminem jest nieważne (art. 58 k.c.) i nie wywołuje żadnego skutku prawnego. Strony nie ograniczyły przewidzianego w niej prawa odstąpienia żadnym terminem końcowym. Oznacza to, że w istocie strony nie uregulowały skutecznie umownego prawa odstąpienia, o którym mowa w art. 395 k.c. Brak terminu końcowego do odstąpienia zaś skutkuje tym, że dokonane przez strony zastrzeżenie prawa odstąpienia jest nieważne (art. 58 k.c.), a co za tym idzie powód nie mógł

zrealizować umownego prawa odstąpienia. Oświadczenie powoda o odstąpieniu od umowy z powołaniem się na postanowienia umowy nie zawierające ograniczenia terminem końcowym jest nieważne (art. 58 k.c.).

Zastrzeżone w § 15 ust. 1 umowy prawo odstąpienia powoda od umowy może być rozpatrywane tylko w kategoriach tzw. *lex commissoria* – jako wskazanie jednej z przesłanek wykonania prawa odstąpienia od umowy, mającego w istocie źródło w ustawie, a nie w umowie. Zgodnie z art. 491 § 1 k.c., jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Powód nie wykazał, aby wyznaczał pozwanemu odpowiedni dodatkowy termin do wykonania umowy z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Wszelkie wezwania do zrealizowania umowy były kierowane do pozwanego pod rygorem naliczenia kar umownych. Zatem nie zostały spełnione przesłanki z art. 491 k.c.

W ocenie Sądu I instancji, dokonane przez powoda odstąpienie od umowy można natomiast ocenić na gruncie art. 492 k.c. oraz art. 635 k.c., mającego zastosowanie do umowy o roboty budowlane z mocy art. 656 k.c. Zgodnie z art. 492 k.c., jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego. To samo dotyczy wypadku, gdy wykonanie zobowiązania przez jedną ze stron po terminie nie miałyby dla drugiej strony znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce. Natomiast zgodnie z art. 635 k.c., jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Na podstawie art. 635 k.c. dopuszczalne jest odstąpienie przez zamawiającego od umowy o dzieło także po upływie terminu do wykonania dzieła. W przypadku umowy o roboty budowlane samo opóźnienie w realizacji robót, a więc niedotrzymanie terminu realizacji robót nawet z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych, upoważnia do odstąpienia od umowy, bez konieczności wyznaczenia terminu dodatkowego. Skuteczność odstąpienia od umowy uwarunkowana jest nieistnieniem prawa wstrzymania się ze świadczeniem po stronie wykonawcy. Pozwany wskazywał przyczyny, dla których wstrzymywał się z wykonaniem umowy, a powód nie udowodnił, że przyczyny te w rzeczywistości nie istniały i że nie było podstaw do zatrzymania robót. Pozwany od 4 października 2010 r. do chwili złożenia przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy podejmował działania mające na celu usunięcie występujących przeszkód i przystąpienie do kontynuacji robót. Nie było więc podstaw do odstąpienia od umowy z winy pozwanego.

Jeżeli zamawiający odstępuje od umowy w sytuacji, gdy opóźnienie jest wynikiem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność, to odstąpienie na podstawie art. 635 k.c. jest bezskuteczne i w tej sytuacji należy je traktować, jako odstąpienie na podstawie art. 644 k.c. Konsekwencją takiego odstąpienia jest zachowanie przez wykonawcę prawa do wynagrodzenia (stosownie pomniejszonego).

Według Sądu Okręgowego, nie było podstaw do naliczania przez powoda kar umownych z tytułu zwłoki pozwanego w wykonaniu umowy. Powód dochodzi kary umownej do dnia zawiadomienia pozwanego o odstąpieniu od umowy. W orzecznictwie przyjęto, że wykonanie prawa odstąpienia inwestora od umowy o roboty budowlane nie pozbawia go roszczenia o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek przekroczenia terminu oddania obiektu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 157/06). Powód nie odstąpił skutecznie od umowy i to stanowi o niemożliwości żądania kary umownej. Pozwany wykazał, że nie ponosi odpowiedzialności za wstrzymanie robót; udowodnił, że dokumentacja projektowa była niezgodna z rzeczywistością. Dowód ten wynika wprost z zapisu w dzienniku budowy, a ten jest dokumentem urzędowym. Powód nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego poprzestając na niezłożonej do sprawy opinii projektantów, że projekt jest prawidłowy i nie może być zmieniony.

Akcesoryjny charakter kary umownej przejawia się w tym, że roszczenie o zapłatę kary umownej istnieje tylko wtedy, gdy dłużnik ponosi odpowiedzialność za naruszenie zobowiązania głównego. Powód dochodził kar umownych z tytułu zwłoki w wykonaniu zobowiązania oraz z tytułu odstąpienia od umowy. Roszczenie o zapłatę kary umownej

na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 1984 roku, III CZP 70/83, uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 roku, III CZP 39/12).

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 § 1 k.p.c., art. 99 k.p.c.

W apelacji powód zaskarżył wyrok Sądu I instancji w części dotyczącej oddalenia powództwa o zasądzenie kwoty 241.624,78 zł tytułem kary umownej za zwłokę.

Wyrokiem z dnia 29 grudnia 2014 r. Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w części i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 241.624,78 zł z odsetkami oraz rozstrzygnął o kosztach.

Na skutek skargi kasacyjnej pozwanego Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 16 listopada 2016 r. uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania.

W ocenie Sądu Najwyższego, dziennik budowy nie jest dokumentem urzędowym w rozumieniu art. 244 k.p.c., a dokonywane w nim wpisy nie korzystają z domniemania przewidzianego w art. 252 k.p.c. Sąd Najwyższy wskazał nadto, że niepodobna było, jak to uczynił Sąd Apelacyjny, w istocie zignorować, odwołując się jedynie do stanowiska projektanta, wpisów kierownika budowy poczynionych w dzienniku budowy w dniu 4 października 2010 r. i 15 listopada 2010 r., podług których ze względu na zagrożenie życia osób trzecich jakie może wynikać z dalszego prowadzenia robót zgodnie z projektem oraz z braku jakiegokolwiek reakcji zamawiającego, wstrzymał on ich wykonywanie. Sąd Apelacyjny zaniechał odniesienia się do wynikających z nich okoliczności, mianowicie, zgodności dokumentacji z rzeczywistością, w tym, usytuowania słupa średniego napięcia bliżej wykonywanego przecisku niż przewiduje dokumentacja i związanego z tym bezpieczeństwa kontynuowania robót, to jest okoliczności mogących mieć kluczowe znaczenie dla oceny, czy były podstawy do wstrzymania robót, a tym samym, czy skarżący popadł w opóźnienie.

Sąd Apelacyjny po ponownym rozpoznaniu sprawy ustalił i zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest bezzasadna.

Sąd Apelacyjny podziela co do zasady ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego i przyjmuje je za własne. Stan faktyczny nie był zresztą w zasadniczej mierze sporny, za wyjątkiem istnienia podstaw do wstrzymania się przez pozwanego z pracami. W tym zakresie ustalenia faktyczne Sądu I instancji wymagają korekty. Sąd Okręgowy dokonał również prawidłowej oceny prawnej zasadności żądania, chociaż nie z całością argumentacji prawnej zawartej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku należy się zgodzić.

Nie ulega wątpliwości, że kluczowym zagadnieniem w niniejszej sprawie jest skuteczność odstąpienia przez powoda od umowy, co determinuje zasadność roszczenia o zapłatę kary umownej z tytułu zwłoki pozwanego. Należy bowiem przypomnieć, iż na skutek niezaskarżenia przez powoda, wyrok Sądu I instancji w części oddalającej powództwo o zapłatę kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy stał się prawomocny (art. 363 § 3 k.p.c.).

Umówione prace miały zostać wykonane do dnia 30 listopada 2010 r. Powód złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy w dniu 11 kwietnia 2011 r. Poza sporem jest, że w tym dniu prace nie zostały zakończone. Treść § 15 umowy przesądza o tym, że powód był uprawniony do odstąpienia od umowy w wypadkach przewidzianych w k.c. Zgodnie z art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem robót budowlanych tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania robót. Odstąpienie od umowy na tej podstawie jest również możliwe po upływie terminu do wykonania prac (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 182/11).

Wobec niewykonania prac w umówionym terminie przez pozwanego, powód był uprawniony do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Oświadczenie to mogłoby być uznane na nieskuteczne jedynie wówczas, gdyby opóźnienie

w wykonaniu prac nastąpiło na skutek okoliczności, za które pozwany nie ponosiłby odpowiedzialności. Strony pozostawały w sporze co do tego, czy było możliwe kontynuowanie prac zgodnie z projektem. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, rozstrzygnięcie tego zagadnienia wymaga wiadomości specjalnych, a więc przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego (art. 278 § 1 k.c.). Konieczna jest bowiem ocena, czy istniała możliwość techniczna, z uwzględnieniem zasad bezpieczeństwa, wykonania przecisku w niewielkiej odległości od słupa średniego napięcia. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na pozwanym (zob. art. 471 k.c.). Pozwany jednak nie zgłosił wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Należy zatem uznać, że pozwany nie udowodnił (art. 6 k.c.), że niewykonanie prac w terminie nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Tym samym, odstąpienie od umowy przez powoda w dniu 11 kwietnia 2011 r. było w świetle treści art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. skuteczne.

Wymaga zatem rozważenia, jaki skutek ma odstąpienie od umowy o roboty budowlane na roszczenie o zapłatę kary umownej za zwłokę w wykonaniu robót. Bezsporne jest, że w umowie przewidziano karę umowną za zwłokę, a także karę umowną należną na wypadek odstąpienia przez inwestora (powoda) od umowy. Nie ma również sporu, że dochodzona przez powoda kara umowna dotyczy zwłoki nie w odniesieniu do części robót, które zostały wykonane, ale co do części robót jeszcze niewykonanych przez pozwanego.

Na tym tle Sąd Apelacyjny podziela pogląd, że „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. W przypadku, 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 (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 konstrukcja kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania zakłada, 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” (tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 16 stycznia 1984 r., III CZP 70/83). W konsekwencji, roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12).

Skoro zatem, powód skutecznie odstąpił od umowy z uwagi na zwłokę pozwanego (art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.), a w umowie była zastrzeżona kara umowna na wypadek odstąpienia od umowy (§ 11 ust. 1 lit. d umowy), to roszczenie o zapłatę kary umownej za zwłokę – w odniesieniu do prac niewykonanych – jest bezzasadne.

W tym stanie rzeczy nie ma potrzeby odnoszenia się do pozostałych zarzutów apelacji.

Dlatego też, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację powoda, jako bezzasadną.

Nadto, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 12 ust. 1 pkt 2 i § 12 ust. 4 pkt 1 w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.) zasądził od Gminy T. na rzecz S. K. kwotę 22.882 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.

Wobec powyższego Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji.