

Sygn. akt I ACa 447/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 maja 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Krzysztof Sobierajski
Sędziowie:	SSA Teresa Rak SSA Sławomir Jamróg (spr.)
Protokolant:	st. prot. sądowy Katarzyna Rogowska

po rozpoznaniu w dniu 29 maja 2013 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

przeciwko (...) Sp. z o.o. Spółce (...) w K. i (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej oraz apelacji pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Gospodarczego w Krakowie

z dnia 23 listopada 2012 r. sygn. akt IX GC 662/10

1. **oddala obie apelacje;**

2. **znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 447/13

UZASADNIENIE

(...) Sp. z o.o. w W. wniosła o solidarne zasądzenie od pozwanych: (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna w K. (obecnie (...) Sp. z o.o. spółka komandytowo-akcyjna w K.) oraz jej komplementariusza (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. (obecnie (...) Sp. z o.o. w K.) kwoty 25.545.223,73 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu, w tym:

A. 11.834.000 zł tytułem zwrotu zaliczki 9.700.000 zł netto + VAT uiszczonej na poczet umowy sprzedaży nieruchomości, która nie została zawarta z przyczyn obciążających pozwaną spółkę komandytowo-akcyjną ,

B. 9.700.000 zł tytułem zwrotu równowartości zaliczki netto jako kary umownej za niezawarcie umowy sprzedaży nieruchomości,

C. 1.000.000 zł tytułem kary umownej za nieusunięcie wad nieruchomości objętej umową przedwstępną,

D. 3.011.223,73 zł tytułem odsetek ustawowych od powyższych sum od 6 marca 2009r. do dnia 12 sierpnia 2010r.

W szczególności strona powodowa zarzuciła, że:

- nie przekazano wszystkich protokołów odbiorów konserwatorskich badań archeologicznych mimo, że obszar przekazano do swobodnego dysponowania, nie wskazano strony powodowej jako podmiotu uprawnionego do wykonywania służebności ,

- nie wskazano strony powodowej jako podmiotu uprawnionego do wykonywania służebności ustanowionych przez działki (...) a zgodnie z umowa przedwstępną (art. 4.1.5) strona pozwana przyjęła na siebie obowiązek takiego wskazania,

- nie usunięto wszystkich wad dotyczących ograniczających prawnie bądź faktycznie możliwość pełnego korzystania z nieruchomości , (art. 4.1.6. umowy przedwstępnej) wskazanych w protokole pobadawczym z dnia 15 października 2008 , z czym wiąże się odpowiedzialność pozwanej z tytułu kary umownej w kwocie 1000000zł ,

- ujawniono w dziale II, III i IV KW prowadzonej dla nieruchomości obciążenia na rzecz osób trzecich lub wzmianki o wnioskach takich osób wykraczających poza obciążenia określone w art. 4 ust.1 pkt 1 pkt.7 a nie przedłożono zgody tych osób na wykreślenie (w umowie wskazano kategorie obciążenia ,które nie wymagają wykreślenia, takie , które muszą być wykreślone przed zawarciem umowy przyrzeczonej i takie , co do których pozwana przed dniem zawarcia umowy miała złożyć wniosek o wykreślenie co obrazuje załącznik nr 1 do umowy k-291) ,

- nie zawarto trójstronnego porozumienia na podstawie którego strona powodowa miała wstąpić w prawa strony pozwanej wynikające z umowy zawartej z Gminą po uprzednim nabyciu – chodziło o kwestie związane z rozbudową układem komunikacyjnym i planowaniem przestrzennym . Strona powodowa wskazała , że do pisma Dyrektora Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu , który zawierał oświadczenie o zawarciu aneksu do umowy dotyczącego wstąpienia powoda w prawa pozwanego nie dołączono oryginału oświadczenia a tylko kserokopię i nie przedłożono pełnomocnictwa wskazującego na uprawnienie dyrektora do złożenia tego oświadczenia.

Strona powodowa powołała się na oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie przeciwnika lecz zdaniem powoda to odstąpienie nie było skuteczne z uwagi na brak terminu do złożenia takiego oświadczenia . Dalsze negocjacje i parafowanie projektu aktu notarialnego ostatecznie nie były skuteczne co rodzi odpowiedzialność strony pozwanej na podstawie umowy przedwstępnej.

Sąd Okręgowy w Krakowie uwzględnił żądanie pozwu upominawczym nakazem zapłaty z dnia 18 sierpnia 2010r. sygn. akt. IX GNC 752/10.

Pozwani w sprzeciwie od nakazu zapłaty (k.886) wnieśli o odrzucenie pozwu podnosząc zarzut zapisu na sąd polubowny , a nadto wnieśli o oddalenie powództwa kwestionując zasadność roszczenia strony powodowej jak i podnosząc zarzut potrącenia z wierzytelnością pozwanego w wysokości 35.520.789 zł tytułem odszkodowania za niewykonanie umowy przedwstępnej przez stronę powodową. Powołali się przy tym na postępowanie toczące się przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu IX GC 172/10 , w którym strona powodowa dochodzi zwrotu kwoty przelanej na rachunek pozwanej w (...) S.A. we W. . W tym postępowaniu strona pozwana powołała zarzut potrącenia własnej wierzytelności z tytułu odszkodowania za niewykonanie umowy przedwstępnej a część tej wierzytelności przedstawia do potrącenia w niniejszej sprawie. Strona pozwana wskazała, że ocena skuteczności zarzutu w obu postępowaniach musi być taka sama. Także powołała się na postępowanie o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym w którym żąda wykreślenia roszczeń i hipoteki wynikającej z zawarcia umowy przedwstępnej. Odnosząc się do roszczenia strony powodowej z tytułu zwrotu zaliczki , strona pozwana wskazała, że umowa sprzedaży nie została zawarta z przyczyn obciążających powoda, co na podstawie art. 4.2.3 umowy przedwstępnej uprawniało pozwaną spółkę komandytowo-akcyjną do zatrzymania zaliczki jako kary umownej. Dodatkowo strona pozwana

zarzuciła, że roszczenia powoda są przedawnione albowiem wnioski o zaniechanie do próby ugodowej nie zawiera jasno sformułowanego roszczenia.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 23 listopada 2012r. Sąd Okręgowy w Krakowie zasądził solidarnie od pozwanych na rzecz powódki 14.152.000 (czternaście milionów sto pięćdziesiąt dwa tysiące) zł z ustawowymi odsetkami od 13 sierpnia 2010r. wraz z kosztami postępowania 100.000 (sto tysięcy) zł. Sąd oddalił natomiast żądanie zapłaty kwoty 11.393.223,73 zł z odsetkami.

Sąd Okręgowy ustalił, że :

Pozwana spółka komandytowo-akcyjna zamierzała sprzedać powodowi nieruchomość położoną w K. w rejonie okolicy G. o pow. 85.024 m². Strony zawarły w dniu 14 sierpnia 2008r. umowę przedwstępną sprzedaży nieruchomości. W art. 4 p.2 umowy przedwstępnej strony przewidziały zaliczkę w wysokości 10% ceny, tj. 9.700.000 zł netto. Powód zapłacił zaliczkę z podatkiem VAT tj. 11.834.000 zł brutto. Pozwany zobowiązał się do spełnienia 12 warunków przed zawarciem umowy przyrzeczonej a powód zobowiązał się do przeprowadzenia badań określonych w art. 4.1 p.1.6 umowy. Po przeprowadzeniu badania strona powodowa w oświadczeniu złożonym w kancelarii Notarialnej w dniu 15 października 2008 r. (zgodnie z procedurą zawartą w umowie przedwstępnej) wskazała następujące wady nieruchomości:

1. niezgodność obszaru łącznego nieruchomości z obszarem ujawnionym co do poszczególnych działek,
2. nieruchomość (dz. (...)) obciążona jest służebnością stałej drogi dojazdowej (o tym powódka miała nie wiedzieć w chwili zawarcia umowy przedwstępnej) oraz służebnością drogi koniecznej przez działki nr (...),
3. błędnie ustalono służebność przechodu i przejazdu przez działki (...) i błędnie zmienione treść służebności na działkach (...),
4. (...) S.A. został wpisany do księgi wieczystej jako użytkownik działki (...). teren nieruchomości jest jednym wielkim stanowiskiem archeologicznym,
6. nie zostały wykreślone niektóre obciążenia (służebności). Strona powodowa wezwała stronę pozwaną do usunięcia wymienionych wad w terminie 14 dni. Pismem z 29 października 2008r. strona pozwana odpowiedziała, że te wady albo nie są istotne, nie istnieją albo, że je ewentualnie usunie. O istnieniu obciążeń powódka (wg pozwanej) wiedziała i je akceptowała. Według pozwanej nieruchomość została należycie przebadana archeologicznie, a zarzuty powoda dotyczą nieprzeprowadzenia badań na kilku metrach kwadratowych, które leżały na granicy kreski na mapie, na której oznaczono obszar, który ma zostać objęty badaniami. Ostatecznie celem tych badań było zwolnienie archeologiczne i ten cel sprzedający osiągnął, co potwierdza pismo UM K. z 1 lutego 2011r.

Podnoszone przez powoda obciążenia nieruchomości są bezprzedmiotowe, gdyż albo dotyczą działek, które zostały już przeniesione do innej KW i nie są objęte umową przedwstępną, albo wygasły na skutek śmierci uprawnionego.

Sąd Okręgowy ustalił także, że strona pozwana uzyskała zapewnienie (...) dotyczące prawa do wstąpienia w miejsce strony pozwanej do umowy z Gminą K. o wybudowanie układu drogowego wraz z infrastrukturą techniczną celem włączenia nieruchomości do ulicy (...) (...). Pozwana złożyła dokument zawierający zapewnienie (...). Strona powodowa otrzymała w dniu 26 stycznia 2009 r. e-mail od T. D. z (...), że ten podpisane aneks o wstąpieniu powódki do umowy. Pismem z dnia 5.11.2008 r strona powodowa wskazała ponownie niezgodności z warunkami z umowy przedwstępnej i wyraziła ponownie wolę zawarcia umowy przyrzeczonej, po spełnieniu się warunków nie później niż do 16 lutego 2009 r. (termin wskazany w umowie przedwstępnej). Pismami z dnia 20 listopada 2008r. i 21 listopada 2008 pozwana poinformowała powoda o spełnieniu się warunków określonych w art. 4.1 umowy przedwstępnej i wezwała do zawarcia umowy przyrzeczonej w dniu 15 grudnia 2008r. Strona pozwana wzywała stronę powodową do zawarcia umowy sprzedaży lecz ta uznawała, że wezwanie jest przedwczesne w braku spełnienia warunków umowy przedwstępnej. Pismem z 12 lutego 2009 r. pozwana podtrzymała stanowisko, że wszystkie warunki zostały

spełnione, ale zaproponowała gotowość obniżenia ceny o 5.000.000 zł w celu ugodowego załatwienia sprawy i wezwała do zawarcia umowy w dniu 5 marca 2009 r. Pismem z 18 lutego 2009r. strona powodowa złożyła oświadczenie, że odstępuje od umowy przedwstępnej i wezwała do zapłaty kwoty 21.534.000 zł na podstawie art.4.4 umowy (zwrot zapłaconej zaliczki brutto powiększonej o jej sumę netto tytułem kary umownej) w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Pozwana uznała odstąpienie za bezskuteczne i sama złożyła oświadczenie, że odstępuje od umowy przedwstępnej oświadczeniem z 6 kwietnia 2009 oraz oświadczyła, że zatrzymuje zaliczkę wpłaconą w kwocie 11.834.000 zł.

Pozwana spółka komandytowo-akcyjna wraz z powiązaną z nią spółką (...) S.A. w czerwcu 2009 r. podjęła nowe negocjacje ze stroną powodową w celu sprzedaży nieruchomości. W wyniku negocjacji pozwana złożyła powódce ofertę sprzedaży za cenę 60.000.000 zł. Strona powodowa nie przyjęła oferty. Stan faktyczny nieruchomości przedstawiony w ofercie był zgodny z jej rzeczywistym stanem. Powód złożył ofertę nabycia za 49.700.000 zł netto. Pozwana zaproponowała, aby powód dodatkowo nabył dokumentację projektową za 5.300.000 zł netto, gdyż wówczas łączna cena pokryje zadłużenie pozwanego wobec banku (...) w wysokości 54.500.000 zł. Warunkiem zbycia nieruchomości było zwolnienie nieruchomości z hipotek ustanowionych na rzecz (...) z tytułu umowy kredytu z dnia 2 lipca 2007 r. W tym celu strony negocjowały z bankiem, w wyniku czego Bank wystawił promesę w dniu 5 października 2009 r. zobowiązując się do wykreślenia hipotek, gdy powód wpłaci na rachunek techniczny banku całą cenę netto, tj.49.700.000 zł pomniejszoną o 9.700.000 zł (zaliczka uiszczona przy zawarciu umowy przedwstępnej), jednak nie mniej niż 40 mln zł. Promesa obowiązywała do 15 października 2009 r. Strony umówiły się, że zapłata za nieruchomość zostanie dokonana przelewem na konto techniczne banku bezpośrednio po podpisaniu aktu notarialnego. Pozwana proponowała w tym celu otworzyć konto w tym samym banku, z którego miał być zrealizowany przelew wychodzący. Chciała, aby przelane środki wpłynęły na jej konto w tym samym dniu, co podpisanie aktu notarialnego. W dniu 13 października 2009 r. o godz. 13.00 odbyło się spotkanie stron, ich przedstawicieli, tłumacza i prawników, na którym przygotowano projekty umów sprzedaży, które przesłano do kancelarii notariuszowi W. W. prowadzącemu obsługę notarialną pozwanych. Cena miała zostać zapłacona przelewem z kont powoda w bankach (...) (...)w W. i (...)Polska S.A. Aby kwoty wpłynęły w tym samym dniu na konto sprzedawcy przelew powinien być zlecony do godz. 10.00, więc strony umówiły się na podpisanie umowy następnego dnia na godz. 8.30. Wg wpisów w KRS dotyczących sprzedającego spółkę komandytowo akcyjną przy czynnościach do 1 mln zł reprezentuje komplementariusz (drugi pozwany), który z kolei jest reprezentowany jednoosobowo przez jednego z dwóch członków zarządu. Jednakże wg wpisów KRS dotyczących komplementariusza jednoosobowa reprezentacja dotyczyła tylko czynności do 1 mln zł, a powyżej wymagana była reprezentacja przez dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu działającego z prokurentem, którzy jednak nie zostali ustanowieni. W art. 4.1 projektu umowy strony uzgodniły wysokość ceny na 60.634.000 zł brutto. Cena miała zostać zapłacona w następujący sposób: w części : 9.700.000 zł netto na poczet ceny miała zostać zaliczona zaliczka zapłacona przy umowie przedwstępnej, kwota 48.800.000 zł brutto miała zostać zapłacona:

- 40.000.000 zł przekazem powoda na rachunek bankowy w banku (...) (tzw. rachunek techniczny) tytułem całkowitej spłaty zadłużenia wynikającego z Umowy Kredytu,

- 8.800.000 zł tytułem VAT przekazem na rachunek bankowy pozwanej w banku (...) S.A. Umowa miała zostać podpisana 14 października 2009 r. w kancelarii notarialnej W. W.. Do aktu nie stawiał się drugi członek zarządu komplementariusza M. M., gdyż opiekowała się noworodkiem. Członek zarządu A. M. dysponował pełnomocnictwem A. M. umocowującym go do sprzedaży nieruchomości. Taki sposób reprezentacji pozwanej kwestionowała powód, choć notariusz W. W. nie miał zastrzeżeń. Strony podczas redagowania aktów notarialnych umówiły się wzajemnie i z notariuszem, iż najpierw zostaną podpisane akty przez strony, następnie powód zleci wykonanie przelewów swoim bankom i strony wrócą do kancelarii notarialnej, gdzie powód pokaże faksowe potwierdzenia przelewów, które też zostaną przesłane do notariusza faksem, a notariusz podpisze umowy. Notariusz rozumiał to porozumienie w ten sposób, iż podpisze podpisaną przez strony umowę na zgodny wniosek stron. Notariusz miał podpisać akty notarialne na zgody wniosek obu stron po ich powrocie do kancelarii po południu tj. ok. godz 17. Przed południem na żądanie

powoda do kancelarii przyjechała M. M. i strony ok. godz. 13 podpisały umowy, nie podpisał ich notariusz. Strony wiedziały, iż wobec opóźnienia przelew międzynarodowy nie wpłynie tego dnia na konto sprzedawcy.

Powód zlecił w dniu 14.10.2009 r. R. Z. (...) wykonanie następujących przelewów:

1. 23.952.210 PLN tytułem spłaty pożyczki na rzecz Bank (...) S.A. na rachunek w Banku (...) S.A.,
 2. 320.299 PLN tytułem spłaty pożyczki na rzecz Bank (...) S.A. na rachunek w Banku (...) S.A.,
 3. 8.800.000 tytułem zwrotu VAT na rachunek M. Inwestycje Sp. z o.o. SKA w Banku (...) S.A.,
 4. 932.800 PLN tytułem różnicy podatku VAT na rachunek M. (...) Sp. z o.o. SKA w Banku (...) S.A.,
 5. 4.240.000 PLN na rachunek (...) Sp. z o.o. SKA w Banku (...) S.A.
- razem 40.245.309 PLN.

Po wykonaniu zleceń przelewów bank (...) (...) przesłał faksem do kancelarii notarialnej notariusza potwierdzenia zlecenia realizacji przelewów. Po powrocie kupujący okazał notariuszowi i sprzedającemu potwierdzenie faksowe przyjęcia przelewów do realizacji. Sprzedawca (A. M. (3)) nie wyraził zgody na podpisanie umów przez notariusza. Kupujący (M.K.) zapewnił notariusza, iż są to potwierdzenia przelewów, których nie można wycofać. Notariusz nie podpisał aktów notarialnych, gdyż nie było na to zgody sprzedającego. Sprzedający odmowę argumentował brakiem dowodu, że środki wpłynęły na rachunki (brakiem potwierdzenia uznania rachunku), po czym opuścił kancelarię. Oświadczył, iż potwierdzi akty następnego dnia, jeśli pieniądze rzeczywiście wpłyną na rachunek. W dniu 14 października 2009 r. przelew z banku (...) S.A. w wysokości 13.727.491,00 zł został uznany na rachunku technicznym (...) a wpłatę zaksięgowano na spłatę hipoteki. Nie wpłynęły natomiast inne przelewy z banku (...) (...). W dniu 15 października 2009 r. rano strona powodowa wielokrotnie dzwoniła do A. M. (3), który nie przybył do kancelarii. Strona powodowa skontaktowała się wówczas z R. Z.(...) informując bank o trudnościach. Przedstawiła wyciąg z konta z dowodem obciążenia konta powódki w banku w Austrii. Przekazano tę informację przedstawicielowi pozwanej A. M.. Pozwany dalej odmawiał zgody na podpisanie umowy przez notariusza, dopóki pieniądze nie wpłyną na rachunek sprzedawcy.

Na żądanie powoda R. Z.(...) zażądał od (...) Bank (...) S.A. cofnięcia przelewów w dniu 15 października 2009 o godz. 15:25. (...) Bank (...) wstrzymał przelew. Strona powodowa wezwała bezskutecznie pozwanych do próby ugodowej w dniu 16 lutego 2010 r. Wniosła także o nakazanie notariuszowi W. W. dokonania czynności notarialnej, lecz wnioszek został oddalony.

Ustalenia te zostały dokonane w oparciu o dowody z dokumentów oraz dowody osobowe. Zdaniem Sądu Okręgowego dokumenty nie budziły wątpliwości co do ich autentyczności a zeznania stron i świadków były niemal w całości zgodne.

Sąd Okręgowy uznał, że roszczenie nie jest przedawnione. Umowa przedwstępna miała być zawarta do dnia 16 lutego 2009 r., a zatem roszczenie przedawniłoby się z dniem 16 lutego 2010 r. Jednak roczny termin przedawnienia nie dotyczy sumy świadczonej na poczet ceny. Zwrot kwoty świadczonej na poczet umowy definitywnej, która nie doszła do skutku, następuje na podstawie art. 410 § 2 K.c. i przedawnia się na zasadach ogólnych. Ponadto w dniu 16 lutego 2010 r. powód wezwał pozwaną do próby ugodowej, co przerwało bieg przedawnienia.

Sąd uznał nadto, że warunki określone w art. 4.1 umowy przedwstępnej są dodatkowymi obowiązkami nałożonymi na stronę pozwaną. W wyniku dalszych negocjacji podjętych przez strony po dniu 16 lutego 2009 r. strony postanowiły

zażegnać spór o to, czy pozwany spełnił warunki, w ten sposób, że powód kupi nieruchomość po znacznie niższej cenie (po zawarciu umowy przedwstępnej nastąpił znaczny spadek cen terenów deweloperskich). Do umowy sprzedaży nieruchomości nie doszło nie z przyczyn wskazanych w pozwie, ale z przyczyn odmiennych - niewykonania przez strony nowej umowy przedwstępnej zawartej w formie projektu parafowanego w dniu 13 października 2009r. Strony w trakcie negocjacji poprzedzających próbę zawarcia umowy sprzedaży w dniu 14 października 2009r. i w samej podpisanej przez siebie umowie sprzedaży wzajemnie zrzekły się wszelkich roszczeń z umowy przedwstępnej. Umowa sprzedaży nie weszła w życie, gdyż sprzedaż nieruchomości wymaga formy aktu notarialnego. Jednakże ugoda zawarta w art. 4.3 nie wymaga formy aktu notarialnego. Podejmując rokowania w sprawie nowej ceny obydwie strony zaniechały jakichkolwiek działań mających na celu wyjaśnienie, czy nieruchomość spełniała warunki z art. 4.1 umowy przedwstępnej - działania stron wskazują, że strony definitywnie postanowiły nie wracać do sporu, czy warunki te zostały spełnione. Obydwie strony podpisały projekt aktu notarialnego i są nim związane - każda ze stron może dochodzić od drugiej odszkodowania, jeśli wykaże uchylanie się od zawarcia umowy (art. 390 § 1 K.c.), choć ze względu na brak formy aktu notarialnego nie może dochodzić zawarcia umowy (art. 390 § 2 K.c.).

Strony w istocie rozwiązały umowę przedwstępną i powodowi przysługuje zwrot zadatku 11.834.000 zł (art. 394 § 3 K.c.), który w innym miejscu Sąd określił jako zaliczkę co strony potwierdziły podpisując niedoszły akt notarialny przewidujący zaliczenie tej sumy na poczet ceny. Dlatego tylko w tym zakresie powództwo zostało uwzględnione. Na podstawie art. 125 i 126 § 1 p.1 oraz art. 22 § 2 K.s.h. pozwana spółka z o.o. odpowiada solidarnie z pozwaną spółką komandytowo-akcyjną. Ponadto powód nie może żądać podwójnej zaliczki ze względu na postanowienie art. 4.10.1 umowy przedwstępnej. Twierdzenie, że nieruchomość spełnia warunki umowy przedwstępnej, jest równoznaczne z odmową usuwania wad i na podstawie art. 4.10.1 umowy przedwstępnej powód może żądać tylko zwrotu zaliczki bez kary umownej. Postanowienia art. 4.4 i art. 4.10.1 interpretowane łącznie wskazują, że przez "przyczyny leżące po stronie sprzedającego" w art. 4.4 należy rozumieć odmowę zawarcia umowy przyrzeczonej, a nie niespełnienie się warunków z art. 4.4, gdyż ta ostatnia sytuacja została uregulowana w art. 4.10.1. Powód odstąpił od umowy przedwstępnej pismem z 18 lutego 2009r. aczkolwiek w pozwie podniósł nieskuteczność tego odstąpienia. Za niezasadny Sąd Okręgowy uznał także zarzut ewentualny potrącenia wierzytelności dochodzonej przez powoda ze szkodą pozwanego. Wzajemne zrzeczenie się roszczeń dotyczy bowiem także roszczenia wzajemnego, a przede wszystkim zamieszczenie w umowie kary umownej w postaci prawa do zatrzymania zadatku wyklucza prawo do żądania odszkodowania (art. 484 § 1 K.c.). Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach stanowił art. 100 K.p.c.

Apelację od tego orzeczenia wniosła strona powodowa zaskarżając orzeczenie części oddalającej, która zarzuciła:

- nierozpoznanie istoty sprawy poprzez niedokonanie oceny roszczenia o zapłatę kary umownej z przyczyn leżących po stronie pozwanej warunków wynikających z art. 4 ust. 1 umowy przedwstępnej z dnia 14 sierpnia 2008r. ,

- naruszenie art. 328 §2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia w sposób nielogiczny, niespójny oraz poprzez brak ustaleń dotyczących nieziszczenia się warunków z art. 4 ust. 1, niekonsekwentne traktowanie przez sąd świadczenia strony powodowej dokonanego przez stronę powodowa na poczet umowy jako zaliczki i zadatku, uznanie, że zeznania świadków i stron są zgodne podczas gdy są one sprzeczne co do kwestii nieziszczenia się warunków z art. 4 ust. 1 ,

- naruszenie art. 233§1 k.p.c. oraz art. 231 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego w sprawie materiału i błędne ustalenie, że strony zawarły umowę przedwstępną, podczas gdy z materiału dowodowego wynika, że wola stron było jedynie parafowanie umowy definitywnej sprzedaży a nie zawarcie ugody i rozwiązanie umowy przedwstępnej z dnia 14 sierpnia 2008r. ,

- błędne ustalenie, że strony postanowiły nie wracać do sporu, podczas gdy z materiału dowodowego wynika, że powódka złożyła wniosek o nadanie klauzuli wykonalności oświadczeniu o poddaniu się egzekucji umowy przedwstępnej z dnia 14 sierpnia 2008r. i o ujawnienie roszczeń z tej umowy w księdze wieczystej, także pozwana wniosła o uzgodnienie treści księgi wieczystej jak również zastrzegła sobie możliwość dochodzenia roszczeń z wcześniej zawartych umów,

- błędne ustalenie , że celem badań archeologicznych było zwolnienie archeologiczne , które zostało przez pozwaną uzyskane , co potwierdza pismo (...) z dnia 1 lutego 2011r. podczas gdy pismo to nie potwierdza spełnienia warunków przekazania protokołów odbioru konserwatorskich a z zeznań świadka A. Ś. wynika , że pozwana nie przekazała wymaganych protokołów odbioru konserwatorskich,

- błędne ustalenie , że pismo z dnia 1 lutego 2011r. potwierdza spełnienie warunku przekazania protokołów odbiorów konserwatorskich ,

-błędne ustalenie , że obciążenia nieruchomości są bezprzedmiotowe, gdyż nadal są one wpisane do księgi wieczystej,

-błędne ustalenie spełnienia warunku dotyczącego dostarczenia powódce oświadczenia Gminy Miejskiej K. o gotowości do dokonania cesji lub aneksu do umowy z dnia 11 marca 2008r. , na podstawie którego powódka po nabyciu nieruchomości miała wstąpić w prawa sprzedającego ,

- naruszenie art. 217§3 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie dowodów na okoliczności sporne mające ustalić brak wskazania strony powodowej jako podmiotu uprawnionego do wykonywania służebności ustanowionych przez całe działki (...), nieusunięcie wszystkich wskazywanych wad , niezłożenie w odpowiednim czasie zaświadczeń organów podatkowych , organu ZUS dotyczących zaległości publicznoprawnych jak również zaświadczeń Banku (...) S.A. o stanie zadłużenia na dzień zawarcia umowy przyrzeczonej oraz o ustanowieniu blokady na wskazanym warunku ,

- naruszenie art. 479¹⁴§2 k.p.c. poprzez dopuszczenie spóźnionych dowodów z zeznań świadków i pisma (...) z dnia 1 lutego 2011r. .

Ponadto strona powodowa zarzuciła naruszenie prawa materialnego a to art. 65 §1 i 2 k.c poprzez przyjęcie , że parafowanie umowy sprzedaży nieruchomości z dnia 13 października 2009r. stanowiło zawarcie umowy przedwstępnej sprzedaży,

- naruszenie art. 65 §2 k.c. w zw. z art. 77§3 k.c. polegające na przyjęciu , że poprzez samo parafowanie umowy sprzedaży nieruchomości w dniu 14 października 2009r strony rozwiązały umowę przedwstępną z dnia 14 sierpnia 2008r. i zrzekły się roszczeń , podczas gdy postanowienia takie były elementem umowy , która nie doszła do skutku,

- naruszenie art. 65§2 k.c. poprzez błędną wykładnię umowy przedwstępnej z dnia 14 sierpnia 2008r. i przyjęcie , że:

a) warunki z art. 4.1 umowy przedwstępnej z dnia 14 sierpnia 2008r. są jedynie dodatkowymi postanowieniami umownymi podczas gdy z całokształtu postanowień w tym art. 4 ust. 7 wynika , że umowa przyrzeczona mogła być zawarta dopiero po łącznym spełnieniu warunków , natomiast pozwana przyjęła na siebie zobowiązanie ich realizacji ,

b) postanowienia art. 4.4. oraz 10.1 umowy przedwstępnej z dnia 14 sierpnia 2008r. należy interpretować łącznie i , że przyczyny leżące po stronie sprzedającego z art. 4.4. należy rozumieć jako odmowę zawarcia umowy przyrzeczonej , nie zaś za niespełnienie warunków uregulowanych w art. 4.10.1 umowy przedwstępnej podczas gdy niespełnienie warunku wynikającego z art. 4.16 tj nieusunięcia wad wynikających z badania prawnego nieruchomości powódce będzie przysługiwać prawo odstąpienia od umowy oraz żądanie wpłaconej zaliczki natomiast w art. 4.4. umowy przedwstępnej strony jako przyczyny leżące po stronie sprzedającego rozumiały m.in. niedoprowadzenie przez pozwaną nieruchomości do stanu , w którym wszystkie warunki z art. 4 ust. 1 umowy należało uznać za spełnione,

- naruszenie art. 483§1 k.c. poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie żądania kary umownej .

W związku z powyższym strona powodowa wniosła o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania , ewentualnie zmiany wyroku poprzez zasądzenie 11393223,73zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 sierpnia 2010r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu wg norm.

Apelację od tego wyroku złożyła także strona pozwana, zaskarżając go w zakresie punktu I orzeczenia. Zaskarżonemu rozstrzygnięciu apelująca zarzuciła nierozpoznanie istoty sprawy poprzez:

- brak zbadania zasadności stanowiska pozwanej spółki co do jej prawa do zatrzymania uiszczonego przez stronę powodową zadatku, a to wobec braku zbadania ziszczenia się tak zwanych warunków zawieszających zawartych w umowie przedwstępnej i błędnego przyjęcia, że pozwana spółka zrzekła się odnośnego uprawnienia,

- brak zbadania przedstawionego do potrącenia roszczenia wzajemnego pozwanej spółki, wobec błędnego przyjęcia, że jego dochodzenie jest niedopuszczalne, albowiem pozwana spółka zrzekła się odnośnego roszczenia.

Strona pozwana zarzuciła nadto naruszenie przepisów prawa procesowego mające wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

- naruszenie art. 316§ 1 k.p.c. w zw. z art. 233§ 1 k.p.c. poprzez poczynienie wadliwych, sprzecznych z zasadami logicznego wnioskowania i doświadczenia życiowego oraz niezgodnych z przeprowadzonymi w sprawie dowodami, ustaleń co do okoliczności sprawy, względnie brak poczynienia odpowiednich ustaleń faktycznych, a w szczególności:

a) brak jakichkolwiek ustaleń w zakresie charakteru i ziszczenia się tzw. warunków zawieszających, zawartych w umowie przedwstępnej sprzedaży nieruchomości, objętej księgą wieczystą nr (...), zawartej dnia 14 sierpnia 2008 roku, akt notarialny Rep. A nr (...), podczas, gdy ustalenia takie były konieczne w kontekście stanowiska pozwanej spółki dotyczącego prawa zatrzymania zadatku,

b) niezgodne z materiałem dowodowym ustalenie, że przeniesienie własności nieruchomości, do jakiego miało dojść na podstawie projektowanego i parafowanego przez strony w dniu 14 października 2009 roku projektu aktu notarialnego, miało nastąpić w oparciu o okazanie przez stronę powodową przesłanych faksem potwierdzeń złożenia dyspozycji przelewów, podczas, gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego prowadzi do wniosku, że do przeniesienia własności nieruchomości miało dojść dopiero po zaksięgowaniu ceny na rachunku bankowym pozwanej spółki,

c) niezgodne z materiałem dowodowym ustalenie co do podpisania przez strony projektowanego aktu notarialnego, podczas, gdy projektowany akt notarialny został przez strony jedynie parafowany,

d) niezgodne z materiałem dowodowym ustalenie, że strony, parafując projektowany akt notarialny, zawarły nową umowę przedwstępną, rozwiązując jednocześnie poprzednio zawartą umowę przedwstępną, podczas, gdy strony dążyły do zawarcia bezpośrednio umowy przeniesienia własności nieruchomości,

e) niezgodne z materiałem dowodowym ustalenie, że strony zawarły w projektowanym akcie notarialnym ugodę, która miała je wiązać niezależnie od przeniesienia własności nieruchomości, podczas, gdy odnośne postanowienie projektowanego aktu notarialnego, jako stanowiące element umowy sprzedaży, miało wejść w życie dopiero z chwilą przeniesienia własności nieruchomości, w szczególności zaś pozwana spółka nie zrzekła się w żadnym wypadku roszczeń przeciwko stronie powodowej, wiążących się z jej zachowaniami o charakterze deliktowym, a polegającymi na nieuczciwym prowadzeniu negocjacji;

f) wewnętrznie sprzeczne uznanie, że strona powodowa może dochodzić zwrotu uiszczonego przez nią zadatku, mimo, że jednocześnie Sąd I instancji ustalił, iż strony zrzekły się wzajemnie w projektowanym akcie notarialnym roszczeń wynikających z niewykonania umowy przedwstępnej, podczas, gdy uznanie, że strony zrzekły się wszelkich roszczeń z tytułu niewykonania umowy przedwstępnej powoduje, iż strona powodowa nie może dochodzić zwrotu zadatku;

g) wewnętrznie sprzeczne uznanie, iż strona powodowa może żądać odsetek za okresy poprzedzające datę ustalenia treści projektowanego aktu notarialnego. Skoro zdaniem Sądu I instancji, roszczenie o zwrot zadatku uzasadnione jest rozwiązaniem umowy przedwstępnej w projektowanym akcie notarialnym, to niedopuszczalne było zasądzenie odsetek za okres poprzedzający powstanie i wymagalność tego roszczenia;

- naruszenie art. 321§ 1 k.p.c. wobec objęcia zakresem wyrokowania odsetek za okresy, które nie były przedmiotem żądania strony powodowej;

- będące konsekwencją nierozpoznania istoty sprawy naruszenie art. 328§ 2 k.p.c. wobec braku należytego wykazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku faktów, które Sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których w tym zakresie się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, a także wobec braku należytego ustalenia i wyjaśnienia podstawy prawnej rozstrzygnięcia.

Strona pozwana zaskarżonemu rozstrzygnięciu zarzuciła także naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

- naruszenie art. 65§ 1 i 2 k.c. w zw. z art. 56 k.c. w zw. z art. 389 k.c. wobec uznania, że parafując projektowany akt notarialny strony zawarły nową umowę przedwstępną, podczas, gdy wolą stron nie było zawarcie nowej umowy przedwstępnej, lecz bezpośrednia sprzedaż nieruchomości z pominięciem fazy umowy przedwstępnej, do czego ostatecznie nie doszło;

- naruszenie art. 77§ 3 k.c. w zw. z art. 56 k.c. i art. 65§ 1 i 3 k.c. wobec uznania, że strony parafując projektowany akt notarialny, jednocześnie rozwiązały umowę przedwstępną, podczas, gdy projekt aktu notarialnego nie zawierał oświadczeń woli obu stron o rozwiązaniu umowy przedwstępnej, co więcej rozwiązanie umowy przedwstępnej zawartej w formie aktu notarialnego wymagało zachowania tej samej formy, w jakiej umowa przedwstępna została zawarta, co niewątpliwie w rozpoznawanej sprawie nie miało miejsca;

- naruszenie art. 917 k.c. w zw. z art. 56 k.c. i art. 65§ 1 i 2 k.c. wobec uznania, że strony, parafując projektowany akt notarialny, zawarły ugodę, zrzekając się wzajemnie swoich roszczeń, podczas, gdy zapis projektowanego aktu notarialnego dotyczący zniesienia wzajemnego roszczeń stron był elementem umowy sprzedaży własności nieruchomości i skoro sama sprzedaż nie doszła do skutku, to także odnośny zapis nigdy nie mógł wejść w życie;

- naruszenie art. 394§ 1 k.c. w zw. z art. 415 k.c. i art. 471 k.c. wobec uznania, iż pozwana spółka nie może dochodzić roszczenia wzajemnego przeciwko stronie powodowej, albowiem umówiono się o zadek z obowiązkiem zwrotu podwójnej wysokości tytułem kary umownej, co wyklucza dochodzenie odpowiedzialności odszkodowawczej, podczas, gdy strony umowy przedwstępnej umówiły się o zadek, nie zaś o karę umowną, dodatkowo roszczenia wzajemne pozwanej spółki nie wiążą się z samym faktem niewykonania umowy przyrzeczonej, ale z prowadzeniem przez stronę powodową negocjacji w złej wierze, a zatem mają zarówno podłoże kontraktowe, jak i deliktowe.

W konsekwencji strona pozwana wniosła o zmianę zakwestionowanego wyroku w zaskarżonym zakresie poprzez oddalenie powództwa strony powodowej w całości. Ewentualnie wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Rozpoznając apelację Sąd Apelacyjny uznał za własne ustalenia Sądu Okręgowego, z tą zmianą, że odmiennie niż Sąd Okręgowy uznał, że niezawarcie ważnej umowy sprzedaży oznacza, że strony nie pominęły kwestii spełnienia się warunków umowy przedwstępnej i nie zaniechały wzajemnych roszczeń z tytułu niezawarcia umowy przyrzeczonej. Nie można oderwać postanowień projektowanej umowy sprzedaży o wzajemnym zrzeczeniu roszczeń z umowy przedwstępnej od powstania wszystkich skutków całej umowy parafowanej tylko w dniu 14 października 2009r. Skoro nie doszło do zawarcia ważnej umowy sprzedaży to nie powstał także skutek wskazanego tamże zrzeczenia się wzajemnych roszczeń wynikających z umowy przedwstępnej. Sam fakt, że takie postanowienie wprowadzono do przygotowanego projektu umowy świadczy, że strony wcześniej per facta concludentia nie doprowadziły do zlikwidowania wzajemnych pretensji, co więcej wyraźnie oświadczały, że ich roszczenia są nadal aktualne. Zarzuty obu apelacji w tym przedmiocie, w tym naruszenia art. 917 k.c. w zw. z art. 56 k.c. i art. 65§ 1 i 2 k.c. są więc zasadne. Prowadzi to więc do konieczności oceny zasadności roszczeń wynikających z zawarcia umowy przedwstępnej. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Sąd Okręgowy uznał, że takie roszczenie stronom nie przysługuje jednakże przyjęta konstrukcja rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji oparta na uznaniu zrzeczenia się roszczeń nie

zawiera poszerzonej argumentacji co do realizacji warunków umowy przedwstępnej co wymaga poszerzenia ustaleń i rozważań w tym przedmiocie.

Sąd Apelacyjny ustalił więc dodatkowo, że w umowie przedwstępnej z dnia 14 sierpnia 2008r. w art. 4 określono warunki pod jakimi umowa definitywna będzie mogła zostać zawarta. Poza zobowiązaniem do przeniesienia praw majątkowych do projektów i dokumentacji architektonicznej warunki pod jakimi miała zostać zawarta umowa przedwstępna stanowiły tzw. przypadki mieszane, których ziszczenie się warunków częściowo uzależnione było od działania strony pozwanej. Ponadto w art. 4.1.6 zawarto postanowienia określające, stan prawno –podatkowy i techniczny, który nabywca uznaje za wady. Po dokonaniu odpowiedniego badania strona powodowa miała notyfikować wynik badania i wskazać w terminie 10 dni od zakończenia badań jakie wady nadal należy usunąć. W związku z tym szczególnym postanowieniem umowy w art. 4.10 umowy przedwstępnej przewidziano konsekwencje nienależytego działania lub zaniechania strony pozwanej w celu usunięcia tych wad.

Postanowiono, że :

- w przypadku nie podjęcia się przez sprzedającego usunięcia wad kupujący będzie mógł odstąpić od umowy a sprzedający zwróci przyjętą zaliczkę,
- w przypadku podjęcia się usunięcia wady najpóźniej do 15 stycznia 2009r. i nie wykonania tego zobowiązania w określonym terminie kupujący zwróci zaliczkę powiększoną o odsetki liczone od daty podjęcia się przez sprzedającego usunięcia wady niezależnie od uprawnienia do odstąpienia od umowy,
- w przypadku zaś ujawnienia się w trakcie badania wad, co do których strona pozwana świadomie oświadczyła nieprawdę lub przy dołożeniu należytej staranności mogła takie nieprawdy nie oświadczyć i jednocześnie nie usunęła tej wady do 15 stycznia 2009r. to wówczas kupujący będzie mógł odstąpić od umowy, sprzedający zaś zwróci zaliczkę oraz zapłaci karę umowną w kwocie 1000000zł. Ponadto strony umowy w art. 4.4 umowy przewidziały, że w przypadku nie zawarcia przez strony umowy przyrzeczonej z przyczyn leżących po stronie sprzedającego, sprzedający zwróci zaliczkę określoną w art. 4.2.2.1 w podwójnej wysokości tytułem kary umownej.

W art. 4 ust. 7 umowy wskazano, że umowa definitywna zostanie zawarta w terminie 21 dni od dnia spełnienia się ostatniego z warunków wskazanych w art. 4.1.1., 4.1.3, 4.1.1.4, 4.1.1.5, 4.1.1.6, 4.1.1.7., 4.1.1.8., nie później niż do dnia 16 lutego 2009r. co jednak nie wyłączało obowiązku sprzedającego spełnienia się pozostałych warunków.

/dowód : Umowa przedwstępna dniu 14 sierpnia 2008r: k-154-186/

W dniu 15 października 2008r. sporządzono protokół notarialny, w którym strona powodowa złożyła oświadczenie, że nadal aktualne są następujące wady:

- podany łączny obszar nieruchomości w KW (...) nie odpowiada sumie obszarów poszczególnych działek,
- podany łączny obszar nieruchomości w KW (...) nie odpowiada sumie obszarów poszczególnych działek, wniosek o sprostowanie powierzchni złożono w akcie Rep A Nr(...)
- nieruchomość jest obciążona służebnościami, o których strona powodowa nie była informowana :
 - a) przejazdu i Przechodu przez działkę (...) na rzecz każdorazowych właścicieli działek (...),
 - b) przejazdu i przechodu przez działki (...) na rzecz każdorazowego właściciela działki (...),
 - c) służebność polegająca na ograniczeniu zabudowy działki (...) na rzecz każdorazowego właściciela działki (...),

Ponadto w oświadczeniu strona powodowa wskazała, że

- błędnie ustanowiono służebności na działkach (...) oraz zmieniono treść służebności na działkach (...),

- służebności te poprowadzono szlakiem , który nachodził na pas szybkiego tramwaju w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, w akcie not. Rep. A nr (...)doszło bowiem do modyfikacji treści służebności w nawiązaniu do aktu notarialnego (...)stanowiącego podstawę ustanowienia służebności

- jako użytkownik wieczysty działki (...) w wypisie z rejestru gruntów figuruje (...) S.A., co wskazuje na tytuł prawny tego podmiotu do gruntu,

- teren nieruchomości objęty jest dużym stanowiskiem archeologicznym (do 90% terenu) co wskazuje , że dane wskazane w umowie przedwstępnej , że nie ma wad fizycznych i że nie istnieją ograniczenia w rozporządzaniu nieruchomością są nieprawdziwe.

Ponadto w oświadczeniu wskazano, że w KW (...) nadal figurują obciążenia:

-służebność sieci mediów przez działkę (...) do działek (...),,

- służebność przejazdu i przechodu przez działkę (...) na rzecz każdorazowych właścicieli działek (...),

- służebność przejazdu i przechodu przez działki (...),

- służebność przejazdu i przechodu przez działkę (...) na rzecz każdorazowych właścicieli działek (...)

- służebność przejazdu i Przechodu przez PGR. (...) na rzecz każdorazowych właścicieli PGR (...),

- służebność odprowadzania nieczystości i kanału ściekowego z PGR (...) poprzez PGR(...)na rzecz właścicieli PGR (...)przeniesiono z lwh (...)

- prawo dożywotniego , bezpłatnego użytkowania na udziale B. B. i W. Z..

Wskazano też zaległości podatkowe strony pozwanej i wezwano do usunięcia wad

/dowód: protokół z dnia 15 października 2008r. k-194-199/

W dniu 14 listopada 2008 roku przedstawiciel strony pozwanej złożył w akcie notarialnym, Repertorium A nr (...), wniosek o sprostowanie w dziale(...)księgi wieczystej (...) łącznego obszaru działek poprzez wpisanie w miejsce 8,5033 ha prawidłowego obszaru jako 8,5024 ha, wynikającego z sumarycznego zliczenia powierzchni jednostkowych wszystkich działek wymienionych w dziale (...) tej księgi. Wniosek ten skutkował sprostowaniem usterki wpisu w dniu 26 czerwca 2009 roku.

/dowód: odpis aktu notarialnego Rep. A nr (...)k. 1104-1106 t. VI; odpis zupełny KW nr (...) k. 1017-1069 t. VI/

Zarazem w akcie notarialnym, Rep. A nr (...), J. S. jako właściciel nieruchomości położonej w K., jednostka ewidencyjna K., obręb nr (...) składającej się z działki nr (...), złożył oświadczenie o zrzeczeniu się służebności, ujawnionej w dziale III księgi wieczystej nr (...), o treści: „ nieograniczona w czasie służebność drogowa przejazdu i przechodu do drogi publicznej na działce nr (...), przebiegająca szlakiem oznaczonym kolorem czerwonym na załączniku do aktu, do drogi oznaczonej w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego dla obszaru G. Zachód na rzecz każdorazowego właściciela działki nr (...)”, a przedstawiciel strony pozwanej wyraził na to zgodę. Równocześnie J. S. i przedstawiciel strony pozwanej wnieśli, aby na podstawie tego aktu notarialnego Sąd Rejonowy dla Krakowa – Podgórze w Krakowie, Wydział IV Ksiąg Wieczystych w Dziale III księgi wieczystej nr (...) wykreślił dwie służebności o powołanej wyżej treści. Przy czym służebności te zostały wykreślone z przedmiotowej księgi wieczystej w dniu 26 czerwca 2009 roku.

/dowód: odpis aktu notarialnego Rep. A nr (...)k. 1104-1106 t. VI; odpis zupełny KW nr (...) k. 1017-1069 t. VI /

W dniu 1 października 2008 roku A. M. (3) wiceprezes zarządu strony pozwanej złożył do Sądu Rejonowego dla Krakowa – Podgórze w Krakowie IV Wydział Ksiąg Wieczystych wniosek o wykreślenie z działu III księgi wieczystej nr (...) następujących służebności:

- nieodpłatnego prawa przejazdu i przechodu polegającego na prawie użytkowania stałej drogi dojazdowej dla ruchu kołowego i pieszego przez działkę nr (...) szlakiem szerokości 7 m wzdłuż wschodniej granicy – na rzecz każdorazowych właścicieli działek nr (...);

- nieodpłatnego prawa przeprowadzania przez działkę (...) w sposób nie kolidujący z projektowaną zabudową i na możliwe najkrótszych odcinkach – sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, ciepłowniczej, kabli elektroenergetycznych i innych urządzeń niezbędnych do celów realizacji przez kupującego inwestycji budowlanej – na odcinku zrealizowanych w ramach osiedla (...) przez sprzedającą spółkę fragmentów w/w sieci mediów dla budynków (...) – do miejsca niezbędnego dla realizacji przez kupującą spółkę budynku (...) zaplanowanego na działkach (...);

- nieodpłatnych służebności przejazdu i przechodu całymimi działkami (...);

- nieodpłatnej służebności gruntowej przejazdu i przechodu przez działkę nr (...), obecnie(...)szlakiem szerokości 4 m na rzecz każdorazowych właścicieli działek nr (...) obj. KW (...);

- nieodpłatnego prawa przejazdu i przechodu polegającego na prawie użytkowania stałej drogi dojazdowej dla ruchu kołowego i pieszego przez całą działkę nr (...) na rzecz każdorazowych właścicieli działek nr (...);

- prawa przechodu i przejazdu przez parcelę gr. l.k. (...) do parceli gr. (...)na rzecz każdorazowych właścicieli parceli lk. (...)

- służebności prawa odprowadzenia nieczystości oraz prawa przeprowadzenia kanału z pgr. lk. (...)przez pgr. lk. (...)do stawku znajdującego się na p.grt. (...) – przeniesiono z karty C lwh(...). Obciążenia te nie zostały wykreślone z przedmiotowej księgi wieczystej do dnia 16 lutego 2009 roku.

/dowód: wniosek o wykreślenie wpisu w (...) k. 1088 – 1094 t. VI;

odpis zupełny KW nr (...) k. 1017-1069 t. VI /

W akcie notarialnym sporządzonym w dniu 6 listopada 2008 roku, Rep. A nr (...), J. S. jako właściciel nieruchomości położonej w K., jednostka ewidencyjna K., obręb nr (...) składającej się z działki nr (...), złożył oświadczenie o zrzeczeniu się służebności o treści: „nieodpłatna, nieograniczona czasem służebność na nieruchomości położonej w K., jednostka ewidencyjna K., obręb (...) utworzonej z działki nr (...), polegająca na tym, że każdorazowemu właścicielowi działki obciążonej nr (...) nie będzie wolno wykonywać przysługujących mu uprawnień, wynikających z prawa zabudowy działki obciążonej przez inwestycje infrastruktury prowadzone na działce władnącej na rzecz każdorazowych właścicieli nieruchomości tamże położonej i utworzonej z działki nr (...) za wynagrodzeniem, a przedstawiciel strony pozwanej wyraził na to zgodę.

Równocześnie J. S. oraz przedstawiciel strony pozwanej wniosli, aby na podstawie tego aktu notarialnego Sąd Rejonowy dla Krakowa – Podgórze w Krakowie, IV Wydział Ksiąg Wieczystych z działu III księgi wieczystej nr (...) wykreślił opisaną wyżej służebność. Przy czym przedmiotowa służebność została wykreślona z powołanej księgi wieczystej w dniu 6 marca 2009 roku.

/dowód: odpis aktu notarialnego Rep. A nr (...) 1108-1109 t. VI; odpis zupełny KW nr (...) k. 1017-1069 t. VI /

W dniu 22 września 2008 roku umową zawartą w formie aktu notarialnego, Repertorium A nr (...), (...) sp. z o.o. w K. sprzedała stronie pozwanej udział w wysokości (...) części we współwłasności nieruchomości położonej w K., obręb(...), składającej się z działek oznaczonych numerami (...) obszaru 76 m⁽⁽²⁾⁾ oraz(...)obszaru 136 m⁽⁽²⁾⁾.

/dowód: odpis aktu notarialnego Rep. A nr (...)k. 1072-1075 t. VI/

W dniu 1 października 2008 roku do Sądu Rejonowego dla Krakowa – Podgórze w Krakowie, Wydziału IV Ksiąg Wieczystych wpłynął wniosek o wykreślenie z Działu III KW nr (...) ograniczonego prawa rzeczowego w postaci prawa bezpłatnego i dożywotniego użytkowania 50/80 części tej nieruchomości B. B. i W. W. (2). Przy czym prawo to zostało wykreślone z przedmiotowej księgi wieczystej dnia 18 lutego 2009 roku.

/dowód: odpis zupełny KW nr (...) k. 1017-1069 t. VI; wypis aktu notarialnego Rep. A nr (...)k. 1071-1075 t. VI; pismo strony powodowej z dnia 12 września 2008 r. k. 1150 t. VI/.

W dniu 14 listopada 2008r. strona pozwana złożyła oświadczenie o zrzeczeniu się służebności przejazdu i przechodu przez działki (...) na rzecz kaźdoczesnego właściciela działki (...), i złożyła wniosek o wykreślenie.

/ dowód : zrzeczenie z dnia 14 listopada 2008r. k-1105 z wnioskiem o wykreślenie/.

W zaświadczeniach z dnia 15 grudnia 2008 roku Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w K. stwierdził, iż (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo – akcyjna oraz (...) spółka z o.o. nie figurują w ewidencji płatników składek.

/dowód: pisma ZUS z dnia 15 grudnia 2008 roku k. 1119-1119v t. VI/

W zaświadczeniach z dnia 15 grudnia 2008 roku Naczelnik Urzędu Skarbowego K. – S. w K. stwierdził, iż (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo – akcyjna oraz (...) spółka z o.o., według stanu na dzień 15 grudnia 2008 roku, nie posiadają zaległości podatkowych. Zaś w zaświadczeniach z dnia 12 i 15 grudnia 2008 roku Prezydent Miasta K. Urząd Miasta K. Wydział Podatków i Opłat stwierdził, że powołane wyżej spółki nie posiadają zaległości podatkowych, ujawnionych przez ten organ.

(...) sp. z o.o. spółka komandytowo – akcyjna w K. uzyskała oświadczenie Banku (...) S.A. we W. zawierające informację o stanie zadłużenia spółki jako kredytobiorcy na dzień 8 grudnia 2008 roku.

/dowód: pisma Naczelnika Urzędu Skarbowego K. – S. k. 1120-1121 t. VI; pisma Urzędu Miasta K. k. 1122-1125 t. VI; pismo (...) S.A. z dn. 8 grudnia 2008 r. k. 1127 t. VI/

Strona pozwana podjęła też odpowiednie działania w kierunku zrealizowania warunku określonego w art. 4 ust. 1 pkt 1.8 umowy przedwstępnej z dnia 14 sierpnia 2008 roku, m. in. przedkładając stronie powodowej pismo Dyrektora Zarządu Infrastruktury (...) i (...), w którym oświadczył w imieniu Gminy Miejskiej K., że w razie nabycia przez stronę powodową nieruchomości objętej KW nr (...) Gmina Miejska K. przystąpi do podpisania aneksu do umowy zawartej w dniu 11 marca 2008 roku, Nr (...), pomiędzy Gminą Miejską K. a (...) sp. z o.o. spółka komandytowo – akcyjna w K., mocą którego strona powodowa wstąpi w prawa i obowiązki strony pozwanej. Przy czym dalsze negocjacje dotyczące zawarcia przedmiotowego aneksu toczyły się już bezpośrednio pomiędzy stroną powodową a Gminą Miejską K., w imieniu której negocjacje prowadził Zarząd Infrastruktury (...) i (...) w K.. Zaś strona pozwana działała na rzecz przyspieszenia tych negocjacji, zwracając się, m. in. w korespondencji mailowej do (...) o pilne przygotowanie aneksu do umowy z dnia 11 marca 2008 roku, przedstawiając jednocześnie projekt podziału realizacji infrastruktury opisanej w tej umowie na dwa etapy.

/dowód: pismo (...) k. 1111 t. VI; pismo z dnia 20 stycznia 2009 r. k. 1113 t. VI; notatka służbowa z dn. 8 stycznia 2009 r. k. 1115 t. VI; korespondencja mailowa k. 1117 t. VI/

Do badań archeologicznych wyprzedzających przeznaczono obszary 1 i 8 i badania te zakończono. Z opinii konserwatorskiej z dnia 27 listopada 2007r. (...) - 2. (...) - (...) i protokołów odbioru konserwatorskiego badań oraz oświadczenia z dnia 8 stycznia 2009 roku wynika zarazem, że strona pozwana czyniła starania, aby wywiązać się z warunku wskazanego w art. 4 ust. 1 pkt 1.4 umowy przedwstępnej. Do dnia 16 lutego 2009 roku przekazała bowiem stronie powodowej protokoły badań archeologicznych zakończonych dnia 28 października 2008 roku, które to badania objęły również niewielkie fragmenty arów niewymienione w protokole z dnia 28 października 2008 roku. Stosowna korekta protokołu z dnia 28 października 2008 roku została złożona do Miejskiego Konserwatora Zabytków w K. w dniu 15 grudnia 2008 roku.

/dowód: pozwolenie z dnia 7 sierpnia 2007r. nr (...)k-1097, pozwolenie nr (...), korekta protokołu odbioru robót k. 1011 t. VI; oświadczenie archeologa z dn. 8 stycznia 2009 r. k. 1008 t. VI; oświadczenie z dnia 8 stycznia 2009r. k-1108 protokół odbioru robót z dn. 28 października 2008 r. k. 237-238 t. II, protokół odbioru z dnia 15 grudnia 2008r. k-1011 k-1108/

W akcie notarialnym z dnia 18 września 2008 roku, Repertorium A nr (...), spółki (...), (...) sp. z o.o. w K., (...) S.A. w K. oraz (...) Developer sp. z o.o. w K. wskazały pozwaną spółkę (...) sp. z o.o. spółkę komandytowo – akcyjną w K. jako uprawnioną do korzystania ze służebności polegającej na nieodpłatnym prawie przejazdu i przechodu oraz na prawie podłączenia się do układu sieciowo – drogowego (w tym stacji (...)), który zostanie zrealizowany w ramach (...) sp. z o.o. w K.. Przy czym w akcie tym spółki (...) upoważniły pozwaną spółkę do wskazania jako uprawnionego innego podmiotu. Natomiast w piśmie z dnia 20 listopada 2008 roku pozwana spółka zobowiązała się do wskazania powodowej spółki jako podmiotu uprawnionego do wykonywania opisanej wyżej służebności w umowie przyrzeczonej sprzedaży nieruchomości objętej KW nr (...).

/dowód: pismo z dn. 20 listopada 2008 r. k. 211-212 t. II; wypis aktu notarialnego Rep. A nr (...)k. 272-276 i k-1013-1015/

W akcie notarialnym, Rep. A nr(...), z dnia 4 września 2008 roku pozwana spółka komandytowo – akcyjna oraz spółki (...) zmieniły treść służebności obciążającej działki nr (...) i ustanowiły służebność dostępu do ul. (...) na rzecz każdorazowego właściciela nieruchomości władnącej.

/dowód: wypis aktu notarialnego Rep. A nr (...)k. 1077-1086 t. VI/

Powyższy stan faktyczny Sąd Apelacyjny ustalił w oparciu o zgromadzone w niniejszej sprawie dowody z dokumentów w postaci odpisów aktów notarialnych, odpisów ksiąg wieczystych, umowy przedwstępnej, wymiany korespondencji między stronami, pism urzędowych i zaświadczeń. Trzeba wskazać, iż część z wymienionych dokumentów jako dokumenty urzędowe w rozumieniu art. 244§ 1 k.p.c. stanowiła dowód tego, co zostało w nich urzędowo potwierdzone, pozostałe zaś dowody stanowiły dokumenty prywatne. Przy czym autentyczność i moc dowodowa wymienionych powyżej dokumentów nie była kwestionowana przez strony postępowania, nie budziła także jakichkolwiek wątpliwości Sądu ad quem. Co za tym idzie stały się one podstawą poczynionych przez Sąd Odwoławczy dodatkowych ustaleń faktycznych w rozpoznawanej sprawie. Wprawdzie z zeznań świadka A. Ś. wynika, że sprzedający nie spełnił w pełni warunku dotyczącego odbioru prac archeologicznych i z zeznań tego świadka wynika, że w momencie odbioru nie zdawał on sobie sprawy, że jeszcze nie wszystkie obszary zostały przebadane. To wtedy archeolog powiedział mu, że faktyczny zasięg stanowiska jest większy niż w planie. Świadek ten jednak przyznawał, że protokoły odbioru konserwatorskiego potwierdzały jednak szerszy zasięg stanowiska nr 8. Otrzymali sprostowanie do protokołu w którym archeolog oświadczał, że przebadał wskazane przez nich brakujące ary, aczkolwiek nie uwzględnił ich w protokole. Świadek ten nie zaprzecza, że strona pozwana dążyła do zakończenia prac archeologicznych lecz uwypukla oczekiwany przez stronę powodową skutek w postaci zakończenia prac i uzyskania dodatkowych protokołów Miejskiego Konserwatora Zabytków. Z zeznań tego świadka nie wynika jakie działania spółka komandytowa lub jej komplementariusz winny podjąć dla zakończenia prac archeologicznych, które prowadziły służby konserwatorskie a nie strona pozwana.

Z zeznań tego świadka wynika także, że nie doszło do podpisania aneksu z Gminą ponieważ (...) chciał dołożyć aneksem kary umowne, o których nie było miejsca wcześniej. Świadek ten nie zaprzecza, że strona pozwana podjęła czynności zmierzające do realizacji wynikającego z umowy przedwstępnej i późniejszego oświadczenia strony powodowej stanu fizycznego i prawnego nieruchomości.

Także świadek J. Z. k-1815 potwierdził, że strona powodowa zgłaszała zbadanie obszarów a on potwierdzał fakt zbadania.

Pozostałe dowody, na które powoływała się strona powodowa nie zaprzeczają powołanym wyżej okolicznościom a jedynie wskazują, że nie doszło osiągnięcia pożądanego przez stronę powodową skutku dotyczącego odpowiedniego stanu nieruchomości.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje :

Strony jasno wskazały w art. 4 umowy przedwstępnej warunki zawieszające pod jakimi ma zostać zawarta umowa sprzedaży. Nieziszczenie się tych warunków nie mogło spowodować powstania skutku zobowiązania do sprzedaży nieruchomości. W art. 4.10 przewidziano karę umowną za świadome wprowadzenie w błąd przy zawarciu umowy lub niedbalstwo przy wskazaniu stanu faktycznego i prawnego przedmiotu sprzedaży ewentualnie za zaniechanie usunięcia wad dotyczących stanu faktycznego i prawnego przedmiotu sprzedaży. W istocie więc była to kara umowna związana z winą strony pozwanej, która albo poprzez wprowadzenie w błąd strony powodowej skłoniła ją do przystąpienia do umowy i zaciągnięcia zobowiązania do zakupu nieruchomości, której to nieruchomości dotyczą nieprzewidziane wcześniej ograniczenia prawami osób trzecich czy też dotyczą tej nieruchomości ograniczenia uniemożliwiające wcześniejsze planowane jej wykorzystanie, albo też przez nienależyte wykonanie zobowiązania do usunięcia wad strona pozwana uniemożliwiła spełnienie przesłanek, od których zależało zawarcie umowy sprzedaży. Żaden z zebranych w sprawie dowodów nie wskazuje na celowe działanie strony pozwanej ukrycia wad fizycznych nieruchomości czy też obciążeń prawnych. Zasada swobody kontraktowania pozwala zastrzec karę umowną na podstawie 483§1k.c. za nienależyte wykonanie zobowiązania polegającego na podjęciu działań faktycznych i prawnych w celu doprowadzenia do stanu umożliwiającego przeniesienie własności bez wad wskazanych w protokole z dnia 15 października 2008r. Jest to więc kara mająca zmotywować pozwaną do takiego działania, które będzie służyć nabyciu przez powoda nieruchomości w stanie umożliwiającym przewidywane wcześniej wykorzystanie nieruchomości. Wbrew stanowisku Sądu Okręgowego strona pozwana przyjęła na siebie obowiązek podjęcia działań zmierzających do usunięcia przeszkód do zawarcia umowy definitywnej co pośrednio wynika z oświadczenia z dnia 29 października 2008r. [k.200-213]. Przypadki, z którymi strony wiązały odpowiedzialność obwarowaną karą umową nie pochłaniały się wzajemnie. Kara umowna określona w art. 4.4 umowy k-177 powiązana była z niezawarciem umowy sprzedaży z przyczyn leżących po stronie sprzedającego a więc nie była powiązana z odstąpieniem od umowy przedwstępnej co oznacza, że dotyczy ona sytuacji, w której sama umowa obiektywnie mogła być zawarta. Kara umowna określona w art. 4.10.3. k-179 powiązana była natomiast z obowiązkiem strony pozwanej ujawnienia pełnej informacji o stanie faktycznym i prawnym nieruchomości oraz obowiązkiem usunięcia wadliwości mającej zostać notyfikowaną w oświadczeniu o jakim mowa w art. 4.1.6 umowy k-174 a więc w protokole z dnia 15 października 2008r. k-194-199. Rzeczywiście prawo odstąpienia od umowy w przypadku określonym w art. 4.10.3 nie wskazuje terminu, w którym to prawo mogło być realizowane co oznacza nieskuteczność tego zastrzeżenia na podstawie art. 395k.c. Umowa przedwstępna nie jest umową wzajemną nawet, jeżeli jest obustronnie zobowiązująca, nie zachodziła podstawa do zastosowania art. 491§1 k.c. (porównaj między innymi wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 grudnia 1999 r., II CKN 624/98, OSNC 2000/6/120). Tu trzeba zauważyć, że niezależnie od umyślnego wprowadzenia powoda przez pozwaną w błąd co do stanu nieruchomości jak i niezależnie od nienależytego wykonania zobowiązania do usunięcia skutków obciążeń wskazanych w protokole z dnia 15 października 2008r. zawarcie umowy definitywnej w stanie określonym w art. 4.1 a więc wolnym od obciążeń (z wyłączeniem wskazanych w załączniku nr (...)) oraz służebności mających powstać z woli stron) w ogóle nie byłoby możliwe. Jeżeli więc taka „wadliwość” byłaby równoznaczna z niespełnieniem warunków określonych w umowie przedwstępnej to wówczas zawarcie umowy przyrzeczonej do dnia 16 lutego 2009r. (wskazanego w art. 4.7) w pożądanym przez strony stanie wskazanym w umowie przedwstępnej

nie byłoby możliwe. Pozostawanie obciążeń oznaczało niezrealizowanie warunków od których uzależniono zawarcie umowy sprzedaży. Zawarcie umowy definitywnej nie było możliwe wobec czego nie byłoby podstawy ani do odstąpienia od umowy ani do naliczenia kary umownej na podstawie art. 4.4 umowy. Było nielogiczne by strona pozwana przyjmowała na siebie odpowiedzialność z tytułu kary umownej za spełnienie warunków określonych w art. 10 ust. 7 i jednocześnie istniała konieczność precyzowania konsekwencji określonych w art. 4.10.3 skoro w obu przypadkach niedopełnienie wymogów musiałoby stanowić przyczynę niezawarcia umowy sprzedaży. W art. 4.1 umowy przedwstępnej strony przyjęły konstrukcję zastrzeżenia warunków a taka konstrukcja uzależnia skutki umowy od ziszczenia się tych warunków. Dodatkowe zastrzeżenie umowne mogło dotyczyć wprawdzie postanowień zobowiązujących stronę pozwaną do oznaczonego działania i ewentualna odpowiedzialność pozwanej mogła wiązać się z zaniechaniem działań lub ich nienależytym wykonaniem przy wykonaniu tych działań, jednak użyta przez profesjonalistów konstrukcja warunku oznacza, że niezrealizowanie warunku powoduje nieskuteczność zobowiązania do zawarcia umowy sprzedaży. Zdaniem Sądu Apelacyjnego zastrzeżenie kary umownej z art. 4.4 wiąże się z sytuacją, w której umowa sprzedaży mogła zostać zawarta tj, w sytuacji ziszczenia się wskazanych warunków lub też w przypadku takiego działania strony pozwanej, które uniemożliwiły ziszczenie się tych warunków (art. 93§1k.c.). To zastrzeżenie dotyczy więc tylko sytuacji w której umowa definitywna mogła obiektywnie dojść do skutku w terminie maksymalnym tj do dnia 16 lutego 2009r., lecz mimo tego umowa nie doszła do skutku z przyczyn leżących po stronie pozwanej. Ten przypadek wskazany w art. 4.4 umowy z zastrzeżeniem zwrotu zaliczki w podwójnej wysokości w istocie odpowiada więc art. 394§1k.c. To, że strony nie posłużyły się zwrotem "zadatek" nie ma aż tak istotnego znaczenia. Swoboda umów nie wyklucza bowiem by w miejsce podwójnego zadatku strony wprowadziły karę umowną, w tym jednak przypadku konsekwencje byłyby identyczne skoro zadatek jest kwalifikowaną formą zaliczki a cel i skutek zastrzeżenia zwrotu podwójnej wręczonej kwoty jest w tym przypadku identyczny z wręczeniem zadatku. Obiektywny brak możliwości zawarcia umowy sprzedaży wobec nieziszczenia się wszystkich wymaganych warunków przy należytej staranności strony pozwanej oznacza brak podstawy do naliczenia kary umownej o jakiej mowa w art. 4.4. i jest podstawą do żądania zwrotu zaliczki. Zdaniem Sądu Apelacyjnego kara umowna o jakiej mowa w art. 4.4. umowy wiąże się z sytuacją, w której obiektywnie umowa mogła zostać zawarta a kontrahent bezzasadnie uchyliła się od zawarcia umowy. Przez uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę zawarcia umowy przyrzeczonej (tu należy zrównać sytuację, w której strona pozwana sprzecznie z zasadami współzycia społecznego uniemożliwi realizację warunków określonych w umowie przedwstępnej). Uchylanie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno więc być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego niezawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem. W tym przypadku niewątpliwie jest, że obiektywnie umowa definitywna nie mogła być zrealizowana wobec niezrealizowania koniecznych warunków wskazanych w umowie przedwstępnej i to z przyczyn obiektywnych. Nie ma więc podstawy do zapłaty kary umownej o jakiej mowa w art. 4.4. w wysokości podwójnej zaliczki skoro wykonanie umowy w pożądanym przez strony kształcie nie jest możliwe, trudno więc mówić o uchylaniu się od zawarcia umowy, która obiektywnie nie może zostać zawarta. Strony mogły w miejsce zadatku i skutków jego wręczenia przewidzieć karę umowną za uchylenie się od zawarcia umowy definitywnej co jednak jest bezprzedmiotowe wobec niezrealizowania warunków od których strony uzależniły zawarcie umowy definitywnej. Zastrzeżenie warunków w art. 4.1 było dopuszczalne. Uzależnienie zawarcia umowy definitywnej od zrealizowania warunków stanowiło przypadek mieszany gdyż było powiązane z czynnościami faktycznymi i prawnymi, które były zależne tylko częściowo od woli strony pozwanej (por. wyrok SN z dnia 11 sierpnia 2011 r. I CSK 605/10 LEX nr 1096030). Istnienie obciążeń wpisanych do księgi wieczystej z punktu widzenia umowy przedwstępnej to zdarzenie przyszłe niepewne a skutki wpisu, które mają znaczenie dla wadliwości prawnej czy fizycznej nieruchomości mają znaczenie dla nabywcy z punktu widzenia ryzyka realizacji planowanej inwestycji. Wpisane obciążenia mają także znaczenie dla ewentualnej rękojmi wiary publicznej. Fakt powstania czy wpisu obciążeń może ale nie musiał zależeć od strony pozwanej. Dla strony powodowej mogło też być istotne czy na nieruchomości będą prowadzone prace konserwatorskie bo cele ochrony zabytków mogą być sprzeczne z planowanym wykorzystaniem nieruchomości przez nabywcę. To zaś czy prace zostaną zakończone częściowo zależało także od strony pozwanej, która mogła złożyć odpowiednie wnioski o wykonanie prac wyprzedzających. Strony zastrzegły też karę umowną w związku z nie spełnieniem warunków opisanych w art. 4 ust. 1 pkt.6 (art. 4 ust. 10 k-179). Kara umowna tamże wskazana powiązana jest z winą w postaci umyślnego wprowadzenia w błąd co do stanu fizycznego i prawnego nieruchomości

albo w postaci nienależytej staranności przy ujawnieniu wadliwości lub przy doprowadzeniu nieruchomości do stanu umożliwiającego zawarcie umowy. Jak wyżej wskazano brak jest przesłanek do postawienia stronie pozwanej zarzutu ukrywania stanu nieruchomości tym bardziej, że zarówno stan fizyczny w postaci zakresu badań archeologicznych jak i stan prawny nieruchomości w postaci wpisów w księgach czy wzmianek o wpisach był weryfikowalny przez stronę powodową. W wypisu z rejestru gruntów z dnia 28 października 2008r. nie wskazano już (...) jako użytkownika wieczystego. Fakt ujawnienia jako użytkownika wieczystego (...) w rejestrze gruntów nie tworzy prawa użytkownika wieczystego a nie wykazano by strona powodowa ukrywała wpis użytkownika wieczystego i by taki wpis dotyczył działki (...). Strona powodowa nie podnosiła by wnioski o wykreślenie były niekompletne lub istniała konieczność wytoczenia powództwa o zniesienie służebności. Nota bene oczywiście jest, że taki proces nie mógłby zakończyć się prawomocnie przed terminem zawarcia umowy przyrzeczonej, stąd stawianie przez stronę powodową zarzutu nienależytego wykonania zobowiązania tylko w oparciu o sam fakt niewykreślenia dotąd istniejących obciążeń nie jest zasadny. Nie wykazano też by strona pozwana podstępnie doprowadziła do powstania obciążeń nie przewidzianych w umowie przedwstępnej. W odniesieniu zaś do zarzutu nienależytego wykonania zobowiązania dotyczącego usunięcia wad, trzeba zgodzić się ze stroną pozwaną, że obiektywnie wady na dzień przewidywanego zawarcia umowy sprzedaży występowały. Nadal bowiem w księgach wieczystych figurowały obciążenia a prace archeologiczne trwały. Z punktu widzenia nabywcy były to istotne przeszkody skoro z załącznika do umowy przedwstępnej wynikał podział obciążeń, z których część mogła nie być jeszcze wykreślona lecz inne musiały zostać wykreślone na dzień zawarcia umowy. Istnienie takich obciążeń przy niepewnym przyszłym ich wykreśleniu a także niezakończenie prac archeologicznych mogło stanowić ryzyko dla nabywcy do realizacji planowanej przyszłej inwestycji co nie znaczy jednak podstawy do automatycznego obciążenia strony pozwanej skutkami pozostawiania wpisów i prowadzenia prac. Przewidziana w art. 4 ust. 10 umowy przedwstępnej kara umowna powiązana była z nienależytym wykonaniem zobowiązania do określonego świadczenia tj. podjęcia odpowiednich działań, które miały umożliwić wykonanie warunków umowy, bez których zawarcie umowy sprzedaży było niemożliwe. Skutkiem nienależytej staranności albo celowego ukrycia wad byłaby szkoda analogiczna do określonej w art. 390§1 k.c. Strony mogły więc przewidzieć karę umowną na wypadek istnienia obciążeń i ograniczeń w możliwości odpowiedniego wykorzystania nieruchomości stanowiących skutek nienależytego działania lub zaniechania pozwanej. Wyżej wskazane ustalenia obalają jednak domniemanie nienależytej staranności wynikające z samego faktu pozostawiania obciążeń w dacie wskazanej w umowie przedwstępnej. Jeżeli więc strona powodowa uznaje, że wykreślenie obciążeń możliwe było przy większej aktywności strony pozwanej winna to wykazać czego nawet nie próbowała uczynić.

Służebność obciążająca działkę nr (...) była jasna a tylko omyłkowo wskazano działkę (...) ale załączniki dołączone przy zawarciu umowy przedwstępnej jasno określały przedmiot obciążenia. Wniosek o wykreślenie został złożony o czym strona powodowa została poinformowana w piśmie z dnia 29 października 2008r. Co do służebności obciążającej działki (...) ustanowionych na rzecz działki (...) to służebność taka była już wpisana do księgi. Ponadto wobec zrzeczenia się k-1105 i 1109 i złożenia odpowiedniego wniosku wadliwość wskazana w protokole zawierającym notyfikację wad nie obciąża strony pozwanej. Strona powodowa nie podnosi okoliczności wskazujących na nieskuteczność bądź niezupełność działań zmierzających do wykreślenia obciążeń ani też faktów wskazujących, że możliwe byłoby złożenie takich wniosków wcześniej, stąd nie można na stronę pozwaną przerzucić ryzyka związanego z długotrwałością postępowania o wpis lub braku podstawy do wykreślenia i z tego tytułu wywodzić podstawy do zapłaty kary umownej. Wniosek o wykreślenie z dnia 1 października 2008r. wskazuje, że część służebności obciążających nieruchomość objętą tym wnioskiem o wykreślenie została wpisana przy odłączeniu działek z innych ksiąg wieczystych wobec podziałów i przeniesienia podstawy obciążenia. Samo złożenie takiego wniosku bez dokumentu wskazującego na zniesienie służebności mogło nie być wystarczające dla wykreślenia, jednakże uzasadnienie wniosku o wykreślenie wskazuje, że służebności te są bezprzedmiotowe czego strona powodowa nie kwestionowała, co więcej fakt istnienia tych obciążeń nie stanowił przeszkody do parafowania umowy sprzedaży w dniu 13 października 2009r., która nie doszła do skutku z innych przyczyn wskazanych przez Sąd Okręgowy. Nie była to więc wadliwość istotna dla strony powodowej. Strona powodowa nie wskazuje zresztą kiedy i jakim jej zdaniem czynności powinna podjąć pozwana spółka komandytowo akcyjna lub jej komplementariusz celem wykreślenia. Tu trzeba zauważyć, że nawet przy przyjęciu, że pozwany ponosi odpowiedzialność z tytułu kary umownej za niezrealizowanie także warunków określonych w art. 4.1.1.3, 4.1.1.4 i 4.1.1.5 co zarzucała w sprawie

strona powodowa to i tak odpowiedzialność pozwanego musi wiązać się w tym przypadku z nienależytym działaniem pozwanej, skoro brak jest jakichkolwiek przesłanek by strony rozszerzyły odpowiedzialność na stronę pozwaną za skutki ryzyka nieziszczenia się wskazanych tamże przesłanek warunkujących zawarcie umowy przyrzeczonej. Brak jest przesłanek do przyjęcia, że odpowiedzialność pozwanego została w tym przypadku rozszerzona za skutki przez niego niezawinione na podstawie art. 473k.c., tym bardziej, że w art. 4.4 umowy przedwstępnej jest mowa o przyczynach leżących po stronie sprzedającego a w art. 4.10.3 o winie i należytej staranności. Odpowiedzialność z tytułu kary umownej zależna jest od niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego (art. 483§1 k.c.) a więc odpowiedzialność strony pozwanej zależna jest od obowiązku świadczenia i sposobu wykonania zobowiązania. Nie oznacza to jednak, że brak wystąpienia oznaczonego skutku jest równoznaczny z nienależytym wykonaniem przyjętego przez stronę pozwaną zobowiązania. Przekazanie oświadczeń archeologa czy przekazanie protokołów odbiorów konserwatorskich badań musi więc być powiązane z obiektywną możliwością ich przekazania. Tu trzeba zauważyć, że pismo konserwatora zabytków 1 lutego 2011r nie stanowiło sprekludowanego dowodu albowiem okoliczności z niego wypływające wynikały wprawdzie z wcześniej złożonych dokumentów jednakże na rozprawie w dniu 7 grudnia 2010r. strona powodowa zakwestionowała skuteczność oświadczenia archeologa P. O. k- 1518 co wymagało dalszego wyjaśnienia. Pismo z dnia 1 lutego 2011 potwierdzało tylko okoliczności wypływające z dokumentów dołączonych do sprzeciwu, że inwestor czyli strona pozwana dopełniła wszystkich formalności wiążących się z badaniami archeologicznymi. Z przedłożonych dowodów nie wynika by rozszerzenie zakresu badań archeologicznych celowo prowokowała strona powodowa. Z zeznań świadka Ś. wynika jedynie fakt poszerzenia stanowiska archeologicznego. Poza wnioskiem o zbadanie strona pozwana nie ma wpływu na działalność organów zajmujących się ochroną zabytków i działania te mogły zostać podjęte z urzędu. Z wyżej powołanych pism wynika, że strona pozwana podjęła czynności celem dokonania badań wyprzedzających, zakończenia tych badań i uzyskała wystarczające dokumenty pozwalające stwierdzić względem strony powodowej brak ograniczenia w rozporządzaniu czy korzystaniu z nieruchomości w związku z pracami archeologicznymi. Dokumenty te zaferowała stronie powodowej. Strona pozwana nie ma wpływu na sposób działania służb konserwatorskich a działania organów zajmujących się ochroną zabytków opierają się na uznaniu administracyjnym (por. wyrok NSA z dnia 18 grudnia 2012r. sygn. akt II OSK 1441/11 zawarte w zbiorze LEX nr 1232718). Przekazanie więc dodatkowych protokołów dotyczących pozostałego terenu byłoby możliwe, gdyby służby konserwatorskie w odpowiednim czasie zakończyły badania i podpisały takie protokoły. Z samej apelacji k-1989 wynika, że strona powodowa zarzuca, że korekta do protokołu z dnia 15 grudnia 2008r. nie została podpisana przez Miejskiego Konserwatora Zabytków. Środek odwoławczy nie wskazuje jednak z jakim zaniechaniem czy działaniem pozwanych strona powodowa łączy brak złożenia odpowiedniego podpisu przez organ administracyjny, za działania którego strona pozwana nie odpowiada. Strona pozwana nie zatajała żadnych obciążeń skoro nawet strona powodowa powoływała się na pismo z dnia 2 października 2008r., w którym pozwana przed terminem zawarcia umowy wyjaśniała przyczyny zawarcia aktu notarialnego Rep. A Nr (...). Ustanowienie służebności obciążającej działkę (...) na rzecz każdorazowego właściciela działki (...) odpowiadało wcześniejszej służebności, o której strona powodowa wiedziała. Ta kwestia wobec oświadczenia z dnia 14 listopada 2008r. stała się bezprzedmiotowa. Z powołanych przez stronę powodową zeznań świadka Ś. wynika także, że umowa z Zarządem Infrastruktury Komunalnej i Transportu k-1680 nie została aneksowana wobec stanowiska gminy, która chciała wprowadzić zastrzeżenie kar umownych. Trudno więc przyjąć, że aneks nie został zawarty z przyczyn leżących po stronie pozwanej, skoro to stanowisko osoby trzeciej tj Gminy nie doprowadziło do podpisania aneksu w odpowiednim czasie. Z pisma Dyrektora Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w K. k-1111 jednoznacznie wynika podjęcie przez stronę pozwaną odpowiednich działań zmierzających do umożliwienia powodce przystąpienia do umowy z dnia 11 marca 2008r. nr (...). Za nieosiągnięcie pożądanego przez powodową spółkę skutku odpowiada Gmina a nie strona pozwana. Strona pozwana doprowadziła też do ustanowienia odpowiedniej służebności gwarantującej dostęp do ul. (...) oraz złożyła wnioski zmierzające do wykreślenia dalszych służebności i innych obciążeń, które według postanowień umowy przedwstępnej miały zostać wykreślone. Spółki (...) upoważniły pozwaną spółkę do wskazania jako uprawnionego innego podmiotu, zaś w piśmie z dnia 20 listopada 2008 roku pozwana spółka zobowiązała się do wskazania powodowej spółki jako podmiotu uprawnionego do wykonywania opisanej wyżej służebności w umowie przyrzeczonej sprzedaży nieruchomości objętej KW nr (...). Strona pozwana przedłożyła też zaświadczenia o braku zaległości publicznoprawnych. Powyższe oznacza, że nieusunięcie wadliwości notyfikowanej w protokole z dnia 15 października 2008r. nie stanowiło wyniku ani

podstępu ani też nienależytego działania (zaniechania) strony pozwanej co wyklucza podstawy do naliczenia kary umownej określonej w art. 4.10.3 umowy przedwstępnej. Strona powodowa zarzuciła w apelacji brak ustalenia , że strona pozwana nie usunęła wszystkich wad nieruchomości ujawnionych w trakcie badania. Takie ustalenie nie zostało dokonane bo bezspornie niektóre obciążenia stanowiące według oświadczenia strony powodowej wady nieruchomości nadal istniały. Strona powodowa jednak nie uwzględniła, że kara umowna powiązana jest w tym przypadku z nienależytym wykonaniem zobowiązania a nie z ryzykiem pozostawiania obciążeń (por. wyrok Sąd Najwyższego z 20 marca 1968r. sygn. akt II CR 419/67 obj. zbiorem LEX nr 6299). Nieziszczenie się wszystkich warunków zawieszających z przyczyn nieobciążających strony pozwanej uniemożliwiało zawarcie umowy sprzedaży w stanie nieruchomości opisanym w art. 4 co wyklucza także podstawę do naliczenia kary umownej z art. 4.4 umowy. Mimo więc częściowej zasadności zarzutów, w tym dotyczących oceny skutków parafowania umowy sprzedaży z dnia 13 października 2009r. i podzielenia stanowiska o braku rezygnacji z roszczeń wynikających z umowy przedwstępnej apelacja strony powodowej jest niezasadna. Umowa sprzedaży nie została zawarta przez strony z innych przyczyn co oznacza , że strona pozwana winna zwrócić stronie powodowej zaliczkę . Nie jest zasadne stanowisko strony pozwanej , że miała ona prawo zatrzymać zaliczkę (określoną w apelacji jako zadatek) skoro obiektywnie nadal istniejące obciążenia uniemożliwiały zawarcie umowy sprzedaży w kształcie (w stanie fizycznym i prawnym) wynikającym z umowy przedwstępnej tj bez wskazanych tamże obciążeń. Zarzuty pozwanych dotyczące błędu przy przyjęciu daty wymagalności odsetek są bezprzedmiotowe wobec przyjęcia przez Sąd Apelacyjny , że projekt aktu notarialnego z dnia 13 października 2009r. nie stanowił podstawy do rozwiązania umowy przedwstępnej lecz to niespełnienie z przyczyn obiektywnych warunków zawieszających stanowiło przeszkodę do zawarcia umowy sprzedaży i oznaczało podstawę do żądania zwrotu zaliczki. Wezwanie takie strona powodowa skierowała co oznaczało podstawę do naliczenia odsetek za opóźnienie. Strona powodowa podtrzymała żądanie pozwu a ten niewątpliwie zawierał żądanie zasądzenia skapitalizowanych odsetek od dnia 6 marca 2009r. do dnia wniesienia pozwu. Oczywiście , gdyby umowa sprzedaży doszła do skutku to odpadłaby podstawa do żądania zwrotu zaliczki wobec zaliczenia zaliczki na cenę nabycia jak też odpadłaby podstawa do żądania odsetek wobec zrzeczenia roszczeń. Taka umowa nie została jednak skutecznie zawarta a dodatkowych postanowień projektowanej umowy nie można zdaniem Sądu Apelacyjnego oderwać od skuteczności samej umowy co wskazano na wstępie. Odsetki należą się więc od dnia wskazanej w pozwie. Ponadto sprzeciw od nakazu zapłaty nie zawierał zarzutu co do błędów w naliczeniu zsumowanych odsetek od poszczególne żądanych sum. Sprawa miała charakter gospodarczy i z uwagi na datę wniesienia pozwu strona pozwana utraciła prawo powoływania się na wadliwość w zakresie sposobu wyliczenia skapitalizowanych odsetek w pozwie i w nakazie zapłaty . Roszczenie strony powodowej nie jest przedawnione i Sąd Apelacyjny podziela tu rozważania Sądu pierwszej instancji jak też rozważania co do zasad odpowiedzialności komplementariusz spółki komandytowo-akcyjnej. Niezasadny jest też zarzut potrącenia. Strona pozwana podnosiła zarzut potrącenia z częścią własnej wierzytelności z tytułu szkody poniesionej z niezawarcia umowy przyrzeczonej. Jak wyżej wskazano umowa sprzedaży nie mogła dojść do skutku z uwagi na nieziszczenie się warunków, od których uzależniono zawarcie umowy sprzedaży . Brak jest więc podstawy do postawienia stronie powodowej zarzutu uchylania się od zawarcia umowy sprzedaży. Brak podstawy odpowiedzialności kontraktowej strony powodowej oznacza brak podstawy do żądania odszkodowania na podstawie art. 471k.c. a konsekwencji do potrącenia opartego na art. 498§1 i2 k.c. Powyższe czyni także niezasadną apelację strony pozwanej mimo również częściowej zasadności postawionych tamże zarzutów. Wobec powyższego obie apelacje oddalono na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach za postępowanie apelacyjne orzeczono na podstawie art. 100k.p.c. uznając podstawę do wzajemnego zniesienia kosztów.