

Sygn. akt : I ACz 2109/13

## POSTANOWIENIE

Dnia 17 grudnia 2013r

Sąd Apelacyjny w Krakowie Wydział I Cywilny w składzie :

Przewodniczący : SSA Andrzej Struzik

Sędziowie : SA Paweł Rygiel , SA Grzegorz Krężolek [ spr]

po rozpoznaniu w dniu 17 grudnia 2013r w Krakowie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z wniosku (...) SA w W.

przy uczestnictwie Opery (...) w K.

o udzielenie zabezpieczenia przed wytoczeniem powództwa

na skutek zażalenia obowiązanej

od postanowienia Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 18 września 2013r r,

sygn. akt : I Co 351/ 13

### ***P o s t a n o w i a***

***I. Zmienić zaskarżone postanowienie w ten sposób , że wniosek o udzielenie zabezpieczenia w całości oddalić.***

***II. Zasądzić od (...) SA w W. na rzecz Opery (...) w K. kwotę 3630 złotych / trzy tysiące sześćset trzydzieści złotych/ tytułem kosztów postępowania zażaleniowego.***

Sygn. akt I ACz 2109/13

## UZASADNIENIE

Postanowieniem z 18 września 2013 roku Sąd Okręgowy w Krakowie udzielił wnioskodawcy (...) S.A. zabezpieczenia roszczenia o nakazanie uczestnikowi – Operze (...) w K. -zaniechania skorzystania w jakiegokolwiek wysokości z udzielonych uczestnikowi przez Bank (...) S.A. z siedzibą w W. gwarancji bankowych z 5 czerwca 2012 roku nr (...) w kwocie 318.109,70 złotych, z 5 czerwca 2012 roku (...) w kwocie 895.499,56 złotych, z 5 czerwca 2012 roku nr (...) w kwocie 70.272,00 złotych w zakresie zgłoszonych przez uczestnika roszczeń z tytułu zapłaty kar umownych za zwłokę w usunięciu wad funkcjonowania nawiewu zimnego powietrza do budynków „(...) i (...) oraz przebarwień na suficie budynku(...) Opery (...), zgłoszonych przez uczestnika wnioskodawcy pismem z 21 sierpnia 2013 roku L.Dz.(...), poprzez zakazanie uczestnikowi skorzystania z wyżej wymienionych . gwarancji w jakiegokolwiek wysokości i rozporządzenia wierzytelnościami z nich , a w szczególności ich zbywania. W pozostałym zakresie wniosek oddalił oraz wyznaczył wnioskodawcy dwutygodniowy termin do wytoczenia powództwa.

Dokonując oceny zgłoszonego żądania wskazał , iż orzecznictwo dopuszcza możliwość zabezpieczenia roszczenia poprzez nakazanie uprawnionemu zaniechania skorzystania z gwarancji bankowych. Ponadto zauważył , że załączone do wniosku dokumenty świadczą, że wady w wykonanych przez wnioskodawcę budynkach, które były podstawą złożenia oświadczeń o skorzystaniu z gwarancji bankowych, wynikały z wad projektowych za które wnioskodawca

nie ponosi odpowiedzialności. Na tej podstawie sformułował ocenę, że uprawdopodobnione zostało zgłoszone przez niego roszczenie. Zdaniem Sądu ma on również interes prawny w żądaniu zabezpieczenia, który wyraża się w konieczności zapewnienia możliwości dochodzenia w przyszłym procesie roszczenia o zaniechanie skorzystania przez uczestnika z gwarancji, którego zabezpieczenia się domaga, gdyż brak zabezpieczenia i wypłata kwot gwarancyjnych taką możliwość wykluczą.

Powyższe postanowienie zaskarżyła w całości obowiązana, domagając się jego uchylecia i oddalenia wniosku o udzielenie zabezpieczenia, bądź ewentualnie jego zmiany poprzez nakazanie Operze (...) aby niezwłocznie złożyła Bankowi (...) S.A. z siedzibą w W. pisemne oświadczenie o wstrzymaniu wypłaty z gwarancji do czasu prawomocnego zakończenia postępowania, którego dotyczy zabezpieczenie, tj. kwot ujętych w treści gwarancjach bankowych z 5 czerwca 2013 roku nr (...), z 5 czerwca 2012 roku (...) i z 5 czerwca 2012 roku nr (...) oraz zobowiązanie uprawnionego do złożenia kaucji zabezpieczającej ewentualne roszczenia obowiązanego w wysokości kwot wskazanych w powołanych gwarancjach.

Zdaniem skarżącej Sąd Okręgowy dopuścił się obrazy przepisów postępowania w postaci art. 730(1) § 3 k.p.c. poprzez ustanowienie zabezpieczenia obciążającego obowiązanego ponad potrzebę oraz art. 731 k.p.c. poprzez orzeczenie o sposobie zabezpieczenia, które prowadzi do zaspokojenia interesu samego roszczenia, które miało być objęte tymczasową ochroną.

W uzasadnieniu środka odwoławczego wskazała, iż Sąd dokonując wyboru sposobu zabezpieczenia uwzględnił jedynie interesy wnioskodawcy, pozbawiając tym samym uczestniczkę ochrony z tytułu gwarancji bankowej, co doprowadziło do obciążenia go ponad miarę. Gwarancje bankowe mają bowiem charakter czasowy – wygasają odpowiednio 8 września i 25 listopada 2013, a nieskorzystanie z nich doprowadzi do ich wygaśnięcia.

Ponadto żądanie uruchomienia gwarancji zostało do Banku skierowane jeszcze przed wydaniem zaskarżonego postanowienia. Tym samym zastosowany przez Sąd sposób zabezpieczenia jest niezasadny, gdyż uczestnik skorzystał już z przysługujących mu uprawnień, w pełnym ich wymiarze ilościowym.

Dodatkowo obowiązana podniosła, iż Sąd zakazując skorzystania z gwarancji doprowadził do stanu tożsamego z zaspokojeniem roszczenia uprawnionej spółki. Tymczasem wykonanie postanowienia o zabezpieczeniu nie może prowadzić do skutku, jaki wnioskodawca dopiero zamierza osiągnąć wytaczając powództwo.

W odpowiedzi na zażalenie (...) S.A. wniosła o oddalenie zażalenia oraz zasądzenia na jej rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska procesowego spółka stanęła na stanowisku, iż złożenie wniosku o wypłatę środków jedynie inicjuje skorzystanie z uprawnienia, które wynika z jej ustanowienia dla beneficjenta gwarancji. Zaspokojenie roszczenia z tego tytułu będzie bowiem wymagać spełnienia świadczenia przez gwaranta (... S.A.). Ponadto w każdej z gwarancji zawarto zastrzeżenie, iż tracą one moc, o ile roszczenia uprawnionego nie zostaną bankowi zgłoszone przed upływem wskazanego w nich terminu. Tak więc jeżeli złożono bankowi żądanie wypłaty środków przed upływem terminu, to roszczenie o ich zapłatę po stronie Opery (...) powstało, a jedynie nie jest realizowane na skutek wydania postanowienia o zabezpieczeniu.

Niezależnie od powyższego uprawniona spółka powtórzyła argumentację zawartą we wniosku o udzielenie zabezpieczenia, wskazującą, iż żądanie wypłaty świadczeń wobec banku przez obowiązana stanowi nadużycie prawa, gdyż ta zamierza je wykorzystać niezgodnie z przeznaczeniem. Podniosła, odwołując się do poglądów orzecznictwa, że takim przypadku, nawet przyjęcie abstrakcyjnego charakteru gwarancji bankowej nie wyklucza ochrony wykonawcy kontraktu przed działaniem jego beneficjenta sprzecznym z dobrymi obyczajami lub obowiązkiem współdziałania oraz lojalności dłużnika i wierzyciela.

**Rozpoznając zażalenie Sąd Apelacyjny rozważył, co następuje:**

Podstawowe znaczenie dla dopuszczalności zabezpieczenia polegającego na nakazaniu zaniechania skorzystania z udzielonych beneficjentowi gwarancji bankowych świadczeń o tak zidentyfikowanym obligacyjnym źródle ma kwestia charakteru prawnego tego zobowiązania. Większość doktryny przyjmuje jego abstrakcyjność.

/ por. bliżej stanowisko J. Pisuliński w: M. Bączyk L. Góral, E. Fojcik-Mastalska, J. Pisuliński, W. Pyziół Prawo bankowe. Komentarz, LexPolonica 2013, oraz M. Spiry w F. Zoll (red.) Prawo Bankowe. Komentarz Lex 2013./

Za abstrakcyjnym charakterem gwarancji bankowej opowiedział się również Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 16 kwietnia 1993 roku, III CZP 16/93, publ. OSNC 1993 Nr 10 poz. 166 gdzie stwierdzono, iż bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” [ a takich dotyczy rozstrzygana sprawa ] nie może skutecznie powołać się - w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty - na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została ustanowiona. Powyższe stanowisko podtrzymał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 28 kwietnia 1995 roku, III CZP 166/94, publ. OSNC z 1995 Nr 10 poz. 135, por. także uzasadnienie judykatu z 27 marca 2013r, sygn. I CSK 630/12, powołanego za zbiorem Lex nr 1341650.

Abstrakcyjność zobowiązania z gwarancji służy wzmocnieniu pewności obrotu poprzez przejęcie przez gwaranta ryzyka niewykonania bądź niewłaściwego wykonania zobowiązania dłużnika./ zleceniodawcy gwarancji / Jej ustanowienie nie wpływa zatem na stosunek podstawowy, ale służy wzmocnieniu pozycji jej beneficjenta, który otrzymuje od gwaranta świadczenie, wobec powołania się, w żądaniu zapłaty przez bank, na okoliczności wskazane w dokumencie gwarancji / liście gwarancyjnym / niezależnie od tego czy okoliczności te, w odniesieniu do stosunku podstawowego pomiędzy jej beneficjentem, a zleceniodawcą dają podstawę do stwierdzenia odpowiedzialności tego ostatniego za zobowiązanie, umocnieniem realizacji którego ma być świadczenie z tego tytułu spełnione.

Tym samym wykreowane przez udzielenie gwarancji zobowiązanie ma charakter samoistny (nieakcesoryjny) wobec zobowiązania łączącego beneficjenta gwarancji z dłużnikiem / zleceniodawcą gwarancji./ Zarzuty jakie strony stosunku podstawowego mogą formułować wzajemnie względem siebie pozostają prawnie irrelevantnymi dla powstania po stronie banku obowiązku wypłaty świadczenia z gwarancji na rzecz jej beneficjenta.

Z oceną takiego charakteru zobowiązania gwarancyjnego zdaje się zgadzać również wnioskodawca, podnosząc jednak, iż żądanie wypłaty stanowi, w okolicznościach faktycznych powołanych dla uzasadnienia wniosku o udzielenie zabezpieczenia, ze strony Opery (...) nadużycie prawa.

Powyższego stanowiska nie można podzielić.

Zarzut nadużycia gwarancji jest powszechnie aprobowanym w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz doktrynie sposobem za pomocą którego nie tylko bank obowiązany do spełnienia świadczenia ale także zleceniodawca gwarancji, będący stroną stosunku podstawowego, którego drugą stroną jest uprawniony do świadczenia gwarancyjnego mogą zwalczać obowiązek spełnienia wynikającego z niej świadczenia.

/ por. bliżej w tej kwestii powołane jedynie dla przykładu orzeczenie Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995r, sygn. III CRN 70/94, publ. OSNC 1995 nr 5 poz. 86 oraz stanowisko M. Spiry op. cit /

Trzeba przy tym zaakcentować, że w przypadku zleceniodawcy gwarancji, jest to z uwagi na przedstawiony wyżej jej charakter prawny oraz cel jakiego jej ustanowienie ma służyć, jedyny tego rodzaju instrument. Przyznanie mu bowiem uprawnień o szerszym zakresie służących zniweczeniu uprawnień drugiej strony stosunku podstawowego byłoby sprzeczne z samą istotą gwarancji w rozumieniu art. 81-83 ustawy Prawo bankowe. [ Jedn. tekst DzU z 2012 poz. 1376 ]

Aby to jednak uczynić skutecznie formułujący ten zarzut musi, [ w ramach żądania udzielania zabezpieczenia uprawdopodobnić ] istnienie dwóch przesłanek :

- nie zrealizowania się zabezpieczonego ustanowieniem gwarancji rezultatu oraz tego
- że nadużycie uprawnienia po stronie beneficjenta ma charakter oczywisty.

Przyjmuje się, iż oczywistość nieziszczenia się zabezpieczającego rezultatu gwarancji zachodzi w sytuacjach, w których każdy rozsądny uczestnik obrotu nie ma wątpliwości, iż wskazane przez beneficjenta okoliczności, mające usprawiedliwić żądanie zapłaty świadczenia w rzeczywistości nie zaszły. Nie jest wystarczające samo zaprzeczanie zajściu zabezpieczonego rezultatu. O oczywistości nadużycia uprawnień z gwarancji nie można również mówić w przypadku, gdy pomiędzy stronami stosunku podstawowego powstał spór co do faktów bądź co do tego, że okoliczności uprawniają beneficjenta do skorzystania ze swojego uprawnienia do otrzymania świadczenia

Już na podstawie samej treści ocenianego wniosku o udzielenie tymczasowej ochrony roszczeniu (...) SA stwierdzić można, iż tego rodzaju oczywistość nadużycia prawa przez Operę (...) nie może być potwierdzona.

Przede wszystkim pomiędzy stronami istnieje spór co do odpowiedzialności (...) S.A. z tytułu rękojmi za wady polegające na nieprawidłowym funkcjonowaniu nawiewu zimnego powietrza w budynkach(...)i (...) oraz przebarwień na suficie w budynku(...)Operey .

Ocena wnioskodawcy, iż powyższe nieprawidłowości wynikają z błędów projektowych i tym samym nie obciążają wykonawcy opiera się wyłącznie na prywatnych ekspertyzach, które z kolei nie są akceptowane przez obowiązującą, o czym świadczy wyznaczenie wykonawcy terminu do usunięcia usterek do 31 sierpnia 2012 roku oraz wystosowane następnie wezwanie do zapłaty w terminie 7 dni kary umownej w wysokości 4135035,16 złotych, z zagrożeniem, iż kwota przekraczająca sumę gwarancji bankowych będzie przez zamawiającego dochodzona na drodze sądowej.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż pomiędzy stronami stosunku podstawowego brak jest zgody co do odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady fizyczne budynku. Jednocześnie na podstawie dołączonych do wniosku dokumentów nie można uznać, iż roszczenia sformułowane przez Operę (...) są oczywiście bezzasadne, co mogłoby uprawniać ocenę, że jej żądanie skierowane do banku, który nie jest stroną wszczętego już przez spółkę z W. sporu sądowego o roszczenie mające podlegać zabezpieczeniu jest takim, które stanowi nadużycie prawa. W szczególności strony nie negują tego, iż zgłaszane wady fizyczne w części wniesionych przez wykonawcę budynków rzeczywiście wystąpiły. Ich przyczyny jako przesłanka rozstrzygnięcia będą przedmiotem oceny Sądu, w ramach prowadzonego przez strony procesu .

Zatem należy uznać, że (...) SA nie uprawdopodobniła roszczenia, którego ochronie ma służyć złożony przez nią wniosek. Brak tej normatywnej przesłanki jej udzielenia jest dostateczną i wystarczającą podstawą do oddalenia go, bez potrzeby przeprowadzenia oceny czy zdołała uprawdopodobnić drugą z tych przesłanek jaką jest interes prawny w jej uzyskaniu.

Z podanych wyżej przyczyn Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie I sentencji postanowienia na podstawie art. 386 §1 kpc w zw z art. 730 [1] §1 kpc oraz 397 §2 kpc.

Wydanie orzeczenia reformatoryjnego kończącego postępowanie wywołane wnioskiem o udzielenie zabezpieczenia powoduje, że Sąd II instancji obowiązany jest rozstrzygnąć o kosztach postępowania zażaleniowego.

Koszty te, po myśli art. 98 §1 kpc w zw z art. 108 § i 391 §1 i 397 §2 kpc obciążają wnioskodawczynię.

Na kwotę należną od niej z tego tytułu Opere (...) złożyły się opłata od zażalenia [ 30 złotych ] oraz, uwzględniając wartość przedmiotu zaskarżenia, tożsamą z wartością przedmiotu zabezpieczenia, wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika obowiązanej, będącego radcą prawnym, ustalone na podstawie §6 pkt 7 i §12 ust.2 pkt 2 Rozporządzenia MS w sprawie opłat za czynności radców prawnych [ ... ] z dnia 28 września 2002 [ jedn. tekst DzU z 2013 poz. 490 ]