

Sygn. akt V ACa 226/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 stycznia 2021 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie V Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: Sędzia SA Ewa Klimowicz – Przygódzka (spr.)

Sędziowie: SA Bogdan Świerczakowski

SA Robert Obrębski

Protokolant: Aneta Walkowska

po rozpoznaniu w dniu 13 stycznia 2021r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa A. K.

przeciwko M. M.

o zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie

z dnia 14 listopada 2017 r., sygn. akt II C 562/16

1. **prostuje w komparycji zaskarżonego wyroku oznaczenie przedmiotu sprawy w ten sposób, że w miejsce: „ o zawarcie umowy przyrzeczonej” wpisuje: „o zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli”;**
2. **prostuje zawarte w punkcie I ppkt.1 zaskarżonego wyroku niedokładności w ten sposób, że po słowach „wraz z prawami związanymi z jego własnością” dodaje: „to jest udziałem wynoszącym 396/737 w nieruchomości wspólnej”;**
3. **oddala apelację;**
4. **zasądza od M. M. na rzecz A. K. kwotę 8 100 zł (osiem tysięcy sto złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

Robert Obrębski Ewa Klimowicz – Przygódzka Bogdan Świerczakowski

V ACa 226/19 UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy Warszawa Praga w Warszawie zobowiązał pozwanego M. M. do złożenia oświadczenia woli o sprzedaży na rzecz powódki prawa odrębnej własności lokalu nr (...) przy ul. (...) w L. o powierzchni 147,20 m² wraz z pomieszczeniami przynależnymi oraz z prawami związanymi z jego własnością, za łączną kwotę brutto 630 000 zł , którą to cenę sprzedaży pozwany w całości już od powódki otrzymał.

Rozstrzygnięcie to wynikało z następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych:

W dniu 5 XII 2012 r. strony niniejszego postępowania zawarły w formie aktu notarialnego, w trybie przepisów ustawy z dnia 16 IX 2011 r. o ochronie nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (Dz.U. Nr 232, poz. 1377) umowę deweloperską oraz umowę przedwstępną sprzedaży wymienionego na wstępie lokalu mieszkalnego. W § 1 ust. 5 pkt 1 umowy pozwany zobowiązał się do zrealizowania w terminie do dnia 30 VI 2013 r. inwestycji polegającej na budowie budynku jednorodzinnego dwulokalowego, w tym lokalu o numerze (...), w stanie deweloperskim, o powierzchni użytkowej 145 m². Zgodnie z postanowieniami § 1 ust. 5 pkt 3c umowy powódka mogła zaproponować zmiany w aranżacji przedmiotowego lokalu, pod warunkiem, że nie wydłużą one czasu budowy, nie zwiększą jego kosztu i będą zgodne z prawem budowlanym. Zmiany w aranżacji nie zwiększające kosztu miały zostać wykonane nieodpłatnie, zaś zmiany zwiększające koszt wycenione przez pozwanego i ujęte w wystawionej przez niego fakturze. W § 2 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust 2 strony ustaliły, że zawrą do dnia 31 XII 2013 r. umowę ostateczną, na podstawie której ustanowią odrębną własność przedmiotowego lokalu, wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej, za cenę brutto 650 000 zł. Zgodnie z § 4 ust. 1 wcześniej, gdyż do dnia 30 VII 2013 r. miał nastąpić odbiór techniczny lokalu, o czym pozwany zobowiązał się powiadomić powódkę listem poleconym, z siedmiodniowym wyprzedzeniem. W przypadku niewywiązania się przez pozwanego, z przyczyn leżących po jego stronie, z tego obowiązku lub z obowiązku zawarcia umowy ostatecznej w terminie, obciążały go kary umowne w wysokości po 115 zł za każdy dzień zwłoki (§ 5 ust 5 umowy).

W dniu 8 X 2013 r. umowa powyższa została przez strony aneksowana. Wprowadzono zmiany dotyczące terminu realizacji inwestycji, który został wydłużony do dnia 30 III 2014 r. oraz terminu zawarcia umowy ostatecznej – do dnia 31 VII 2014 r. i odbioru technicznego lokalu do dnia 22 I 2014 r.. Ponadto obniżono do kwoty 630000 zł cenę sprzedaży lokalu. Ostatnia część ceny w wysokości 50 000 zł, miała zostać zapłacona przez powódkę w ciągu 14 dni od dnia odbioru technicznego przedmiotowego lokalu.

W dniu 17 III 2014 r. na terenie inwestycji odbyło się spotkanie, w którym udział wzięli: powódka, rzeczoznawca majątkowym, pełnomocnik pozwanego - M. J. oraz majster z budowy - J. S.. Rzeczoznawca przedstawił swoje uwagi, dotyczące niezgodności wykonania przedmiotu umowy z postanowieniami umowy deweloperskiej, które były spisywane przez pełnomocnika pozwanego. Spisane usterki zostały następnie usunięte przez ekipę dewelopera. Po spotkaniu tym były wykonywane przez pozwanego jeszcze inne prace, wynikające z umowy m.in. zainstalowanie pieca centralnego ogrzewania, wykonanie elewacji budynku, ogrodzenia, podwórka. Po około dwóch tygodniach, licząc od dnia 17 III 2014 r., powódka wprowadziła na teren inwestycji własną ekipę wykończeniową, która rozpoczęła prace wewnętrzne. Przez pewien okres czasu na terenie inwestycji pracowała zarówno ekipa pozwanego jak i powódki.

W dniu 28 VII 2014 r. powódka wezwała pozwanego do przedstawienia terminu i miejsca podpisania umowy przyrzeczonej sprzedaży lokalu oraz informacji, kiedy może oczekiwać potwierdzenia odbioru technicznego lokalu.

Z kolei 4 VIII 2014 r. wezwała pozwanego do zapłaty kar umownych z tytułu upływu terminu odbioru technicznego lokalu oraz z tytułu upływu terminu do zawarcia umowy przyrzeczonej, a także do określenia terminu odbioru technicznego lokalu.

Odpowiadając na powyższe wystąpienie pozwany podniósł, że żądanie zapłaty kar umownych jest bezzasadne, albowiem niezachowanie terminów realizacji inwestycji wynikało przed wszystkim z niedoprowadzenia mediów przez dysponentów poszczególnych sieci (mail z 22 VIII 2014 r.).

W dniu 2 IX 2014 r. strony zawarły kolejny aneks do umowy z dnia 5 XII 2012 r., na mocy którego ponownie zmieniony został termin realizacji inwestycji przez pozwanego do dnia 30 X 2014 r., zaś końcowy termin zawarcia umowy przyrzeczonej do dnia 31 XII 2014 r.. Nadto strony ustaliły, iż zmiana terminów określonych w umowie nie wpłynie na wymagalność ani wysokość kar umownych, określonych w umowie pierwotnej.

W dniu 11 XII 2014 r. strony podpisały protokół przekazania lokalu, w którym potwierdziły, iż w dniu 22 XII 2014 r. dokonają odbioru technicznego lokalu, co zostanie potwierdzone protokołem zawierającym informację o zgodności lokalu ze standardem wykończenia określonym w załączniku nr 1 do umowy deweloperskiej.

Do podpisania protokołu odbioru technicznego lokalu nigdy jednak nie doszło. Strony nie podpisały również umowy przenoszącej własność przedmiotowego lokalu.

W dniu 15 VII 2015 r. dla spornego lokalu założona została księga wieczysta, w której jako właściciel został wpisany M. M..

W dniu 14 VIII 2015 r. pełnomocnik powódki wezwał pozwanego do zawarcia umowy sprzedaży lokalu. W dniu 24 VIII 2015 r. notariusz B. J. sporządził protokół z przyjęcia oświadczeń A. K. oraz M. J. (pełnomocnika pozwanego), w którym stwierdzono, że nie doszło do zawarcia umowy przyrzeczonej sprzedaży lokalu.

W dniu 26 VIII 2015 r. powódka, za pośrednictwem profesjonalnego pełnomocnika, skierowała do pozwanego oświadczenie o potrąceniu przysługującej jej wierzytelności z tytułu kar umownych w kwocie 66 700 zł z wierzytelnością przysługującą pozwanemu w stosunku do niej w wysokości 50 000 zł oraz ponownie wezwała pozwanego do zawarcia umowy przyrzeczonej.

Pismem z dnia 28 VIII 2015 r. pozwany zakwestionował aby powódce przysługiwała względem jego osoby jakakolwiek wierzytelność z tytułu kar umownych, a tym samym dokonane potrącenie wierzytelności uznał za bezskuteczne. Zawarcie umowy przyrzeczonej uzależnił od zapłaty przez powódkę ostatniej raty ceny sprzedaży w kwocie 50 000 zł.

W dniu 1 IX 2015 r. notariusz sporządził kolejny protokół z przyjęcia oświadczeń stron, w którym stwierdzone zostało, że nie doszło do zawarcia umowy przyrzeczonej sprzedaży lokalu.

W piśmie z dnia 7 IX 2015 r. pozwany podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a ponadto poinformował powódkę, że jeżeli nie opuści ona nieruchomości, to będzie zmuszony skierować do sądu pozew o jej eksmisję. Nadmienił ponadto, że oświadczenie o odstąpieniu przez niego od umowy zostanie sformułowane w oddzielnym piśmie, przesłanym bezpośrednio do powódki. Pismo zawierające oświadczenie o odstąpieniu od umowy, ze wskazaniem przyczyn, nie zostało sporządzone i przesłane do powódki.

Jako podstawę powyższych ustaleń faktycznych sąd I instancji wskazał dowody z dokumentów oraz zeznania świadków i stron.

Za wiarygodne uznał zeznania D. M., geodety wykonującego ogólną obsługę geodezyjną inwestycji pozwanego, z których wynikało, że podczas budowy przez pozwanego lokalu pojawiły się problemy z podłączeniem nieruchomości do sieci wodociągowej, a to z uwagi na trwającą w 2015 r. modernizację mapy zasadniczej, prowadzonej przez Starostwo Gminy S..

Zeznania świadka M. J. zdaniem Sądu Okręgowego także były wiarygodne i istotne dla rozstrzygnięcia tylko w tej części, w której zeznał on, że uczestniczył w spotkaniu na terenie inwestycji w dniu 17 III 2014 r. i że podczas tego spotkania nie został sporządzony formalny protokół odbioru technicznego przedmiotowego lokalu.

Zeznania notariusza M. S., przed którym strony zawarły umowę deweloperską oraz dwukrotnie ją aneksowały także stanowiły wiarygodny dowód w sprawie podobnie jak zeznania J. S., majstra z budowy. Ten ostatni wymieniony świadek potwierdził, że w dniu 17 III 2014 r. doszło do spotkania na terenie inwestycji pomiędzy nim a powódką, jej rzeczoznawcą oraz pełnomocnikiem pozwanego – M. J., podczas którego zostały wskazane usterki (dach i krokwie) niezgodne z zawartą między stronami umową deweloperską, które następnie w ciągu kolejnych tygodni zostały usunięte. Świadek potwierdził, że podczas tego spotkania nie został spisany protokół odbioru technicznego lokalu.

W tak ustalonym stanie faktycznym sąd I instancji uznał wytoczone w niniejszej sprawie powództwa za zasadne.

Za bezsporny przyjął fakt, że strony niniejszego procesu łączyła umowa deweloperska oraz umowa przedwstępna sprzedaży. Powódka wywodziła swoje roszczenie z umowy przedwstępnej w oparciu o art. 390 k.c. oraz art. 64 k.c.. Zdaniem jednak sądu I instancji do umowy łączącej strony należało stosować przepisy ustawy z dnia 16 IX 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Z postanowień jej art. 3 pkt 5 wynika, że spełnienie świadczenia przez dewelopera, tj. ustanowienie odrębnej własności lokalu mieszkalnego i przeniesienie własności tego lokalu na nabywcę ma nastąpić po zakończeniu procesu przedsięwzięcia deweloperskiego, zdefiniowanego w art. 3 pkt 6 ustawy.

Mając powyższe na uwadze, a także opierając się na stanowisku judykatury Sąd Okręgowy uznał, że do umowy łączącej strony zasadniczo nie może mieć zastosowania art. 390 § 2 k.c. jako podstawa prawna żądania ustanowienia na rzecz powódki prawa własności lokalu mieszkalnego (orzeczenie SN z 9 VII 2003 r., IV CKN 305/01, wyrok SA w Warszawie z 26 VI 2015 r., VI ACa 1130/14), co jak stwierdził nie ma jednak wpływu na kwestię zasadności żądania pozwu.

Umowa ostateczna, przenosząca na powódkę prawo odrębnej własności lokalu, pierwotnie miała zostać zawarta w terminie do końca 2013 r.. Następnie strony przesunęły aneksami ten termin do dnia 31 XII 2014 r.. Zdaniem sądu I instancji powyższe opóźnienie zostało spowodowane okolicznościami, które obciążały obie strony. Powódka zlecała wykonywanie dodatkowych prac, poza standardem zawartym w umowie deweloperskiej, a pozwany nie realizował prac w terminie. Było to związane m.in. z brakiem doprowadzenia mediów do działki, za co odpowiedzialność ponosi pozwany. To na nim bowiem spoczywał obowiązek doprowadzenia tych mediów. Jeżeli pozwany przystąpił do budowy nie wiedząc, czy media będą doprowadzone, to ryzyko w tym zakresie jego obciąża.

Sąd Okręgowy nie podzielił zarzutu pozwanego, że w niniejszej sprawie doszło do skutecznego odstąpienia przez niego od umowy deweloperskiej, podnosząc, że pozwany nie złożył w tym zakresie stosowanego oświadczenia o jakim mowa w art. 395 k.c.. Strony zastrzegły sobie takie prawo w umowie pierwotnej oraz dwóch aneksach i wskazały, w jakich okolicznościach każda z nich może od umowy odstąpić. Wskazywane przez pozwanego pismo z dnia 7 IX 2015 r. nie czyni zadość tym wymaganiom, ponieważ nie podaje umownych przyczyn odstąpienia, a przede wszystkim mowa jest w nim jedynie o uprawnieniu do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Nie jest to oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Takiego oświadczenia nie można złożyć warunkowo, a zatem umowa nadal wiąże strony.

Zgodnie z art. 27 ustawy z dnia 16 IX 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, przeniesienie na nabywcę prawa własności lokalu poprzedzone powinno zostać odbiorem lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, który następuje po zawiadomieniu o zakończeniu budowy domu jednorodzinnego, przy jednoczesnym braku sprzeciwu ze strony właściwego organu, albo na podstawie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Odbiór dokonywany jest w obecności nabywcy. Z odbioru sporządza się protokół, do którego nabywca może zgłosić wady lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Deweloper jest zobowiązany, w terminie 14 dni od dnia podpisania protokołu, doręczyć nabywcy oświadczenie o uznaniu wad lub oświadczenie o odmowie uznania wad oraz o jej przyczynach. Deweloper jest zobowiązany, w terminie 30 dni od dnia podpisania protokołu, usunąć uznane wady lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Jeżeli deweloper, mimo zachowania należytej staranności, nie usunie wad w powyższym terminie, może wskazać odpowiedni, inny termin usunięcia wad wraz z uzasadnieniem opóźnienia.

Zdaniem Sądu Okręgowego z przepisu powyższego wynika uprawnienie nabywcy do żądania przeniesienia przez dewelopera na jego rzecz własności lokalu. Ustawodawca stanowi bowiem o przeniesieniu na nabywcę prawa własności lokalu, po dokonaniu określonych w przepisie czynności faktycznych, które w niniejszej sprawie zostały spełnione.

Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska strony pozwanej, iż w niniejszej sprawie w dniu 17 III 2014 r. podczas spotkania na terenie inwestycji, w którym brali udział powódka, rzeczoznawca majątkowy, M. J. i J. S., doszło do odbioru technicznego lokal. Odbiór techniczny mógł bowiem nastąpić tylko wtedy, gdyby w tej dacie pozwany wykonał wszystkie prace przewidziane w standardzie wykończenia przedmiotowego lokalu, określone w załączniku nr 1 do umowy (§ 1 ust. 5 pkt 3) a ponadto, gdyby wykonał je bez błędów. Taka zaś sytuacja nie miała miejsca, ponieważ podczas spotkania w dniu 17 III 2014 r. zostały stwierdzone usterki a ponadto, po tej dacie pozwany wykonywał

jeszcze prace, które obciążały go zgodnie z umową, takie jak zainstalowanie pieca centralnego ogrzewania, wykonanie elewacji, ogrodzenia, zagospodarowanie podwórza. Ponadto zdaniem sądu I instancji jeśli po 17 III 2014 r. pozwany usuwał usterki, to następnie powinien zostać dokonany kolejny odbiór techniczny lokalu, którego nie było.

W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że protokół odbioru technicznego lokalu nie został nigdy sporządzony, choć powódka tego się domagała. Potwierdza to treść protokołu odbioru przekazania lokalu wraz z działką z 11 XII 2014 r. mówiąca o tym, że strony uzgodniły datę podpisania protokołu i dokonania odbioru technicznego na dzień 22 XII 2014 r., do czego jednak nie doszło. Sąd I instancji nie dał wiary tłumaczeniom pozwanego, iż podpisał się pod w/w informacją tylko dlatego, że powódka go o to poprosiła, nie zastanawiając się nad jej znaczeniem w świetle treści zawartej przez strony umowy deweloperskiej.

Umowa powyższa w § 5 przewidywała zaś możliwość naliczania kar umownych w określonych warunkach, które to postanowienie nie zostało zmienione aneksami. Kary powyższe stały się wymagalne niezwłocznie po wezwaniu pozwanego przez powódkę do ich zapłaty. Zgodnie z aneksem z dnia 8 X 2013 r., umowa ostateczna miała zostać zawarta do dnia 31 VII 2014 r.. Pismem z dnia 4 IX 2014 r. powódka wezwała pozwanego do zapłaty kar umownych, co uczyniło roszczenie wymagalnym co do kwoty 22 700 zł.. Po tej dacie powódka nie wzywała pozwanego do zapłaty kar umownych, tym niemniej przesłała oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z dnia 26 VIII 2015 r., które uczyniło wymagalnym żądanie zapłaty pozostałej części kar i skutkowało umorzeniem wierzytelności pozwanego w wysokości kwoty 50 000 zł, wynikającej z tytułu zapłaty ostatniej transzy ceny za lokal.

Oświadczenie o potrąceniu ma moc wsteczną od chwili, gdy potrącenie stało się możliwe. Było ono możliwe, bo dotyczyło kar umownych za brak odbioru technicznego lokalu, liczonych za dalsze okresy, tj. od dnia 23 I 2014 r. do dnia 25 VIII 2015 r. kiedy to nadal nie został dokonany odbiór techniczny lokalu. Wysokość kar umownych za w/w okres wyniosła 66 700 zł i została przedstawiona do potrącenia z wierzytelnością pozwanego w wysokości 50 000 zł, na skutek czego ta druga wierzytelność uległa umorzeniu.

Powyższe oznacza z kolei, że powódka spełniła wszystkie warunki zmierzające do zawarcia umowy przyrzeczonej i, że przysługuje jej roszczenie o przeniesienia na nią prawa odrębnej własności lokalu, w którym zamieszkała. O możliwości żądania przez nabywcę lokalu wykonania całości umowy, zatem również spełnienia zobowiązania w zakresie wyodrębnienia lokalu oraz przeniesienia jego własności na klienta dewelopera, wypowiedział się już Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 20 IV 2006 r., sygn. akt I ACa 1282/05, wskazując jako podstawę takiego żądania przepisy art. 64 k.c.. Możliwość dochodzenia przez powódkę wydania orzeczenia zastępującego oświadczenie woli pozwanego wynikała z faktu, że łącząca strony umowa była umową zobowiązującą, w której jako obowiązek pozwanego wskazano przeniesienie własności lokalu na rzecz powódki. Obowiązek ten polegał na złożeniu oświadczenia woli i w rezultacie zawarcia umowy o charakterze rozporządzającym.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo wniesione w niniejszej sprawie.

Jednocześnie ustosunkował się do zarzutu pozwanego dotyczącego przedawnienia roszczenia na podstawie art. 390 § 3 k.c. z dniem 31 XII 2015 r.. Zarzut ten uznał za niezasadny, gdyż bieg rocznego terminu przedawnienia wynikający z tego przepisu, który rozpoczął się 1 I 2015 r. został przerwany czynnością powódki polegającą na skierowaniu w dniu 21 IX 2015 r. do sądu wniosku o zabezpieczenie roszczenia niepieniężnego przed wszczęciem postępowania w stosunku do pozwanego, wynikającego z przedwstępnej umowy sprzedaży lokalu wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej (akta sprawy II Co 78/15).

Na zakończenie swoich wywodów Sąd Okręgowy stwierdził, że podnoszona przez pozwanego kwestia prac dodatkowych, poza standardem szczegółowo opisanym w umowie deweloperskiej, była kwestią leżącą poza przedmiotową umową i z tego powodu nie mogła być rozpoznawana, zaś strony mogą dochodzić z tego tytułu roszczeń w odrębnym procesie cywilnym.

Wyrok powyższy zaskarżył pozwany apelacją, w której podniósł następujące zarzuty:

- naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez poczynienie ustaleń faktycznych sprzecznych z materiałem dowodowym sprawy, iż pozwany nie złożył nigdy oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy, podczas gdy oświadczenie takie zostało dołączone do pozwu, co potwierdził Sąd Apelacyjny rozpoznający zażalenie na postanowienie o zabezpieczeniu, w związku z czym doszło także do naruszenia art. 386 § 4 k.p.c.,

- naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z materiałem dowodowym, że nie doszło do odbioru technicznego lokalu w dniu 17 III 2014 r., podczas gdy okoliczną powyższą potwierdzili świadkowie pozwanego, a także załączona do akt korespondencja mailowa stron, a powódka w marcu 2014 r. wprowadziła do lokalu swoją ekipę wykończeniową, co oznacza, że do odbioru technicznego lokalu musiało dojść, powódka zresztą zamieszkuje w lokalu od grudnia 2014 r.,

- naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń faktycznych niezgodnych z materiałem dowodowym sprawy, iż w dniu 26 VIII 2015 r. powódka złożyła pozwanemu skuteczne oświadczenie o potrąceniu wierzytelności, podczas gdy jej wierzytelność obejmowała kary umowne liczone z tytułu braku odbioru technicznego lokalu od dnia 23 I 2014 r., tymczasem w dniu 17 III 2014 r. do odbioru takiego doszło, a przynajmniej od grudnia 2014 r., gdy powódka zamieszkała w lokalu dokonanie takiego odbioru stało się niemożliwe, a tym samym co najmniej od tego momentu nie było możliwe naliczanie kar umownych, gdyż pozwany nie ponosi winy za opóźnienie w tym zakresie; potencjalna wierzytelność powódki z tytułu kar umownych mogła dotyczyć wyłącznie okresu od 23 I 2014 r. do 17 III 2014 r., a najpóźniej do 31 XII 2014 r., w każdym jednak przypadku wysokość potencjalnie przysługujących powódce kar nie przewyższała jej zobowiązania z tytułu zapłaty ostatniej części ceny za lokal,

- obrazy art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku w taki sposób, że motywy rozstrzygnięcia są niejasne i wymykają się kontroli instancyjnej; sąd z jednej strony uznał, że nie doszło do odbioru technicznego lokalu w rozumieniu art. 27 ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, a zarazem stwierdził, że w przedmiotowej sprawie zostały spełnione wszystkie warunki w/w przepisu, a więc, że również doszło do odbioru lokalu i tym samym powódce przysługuje skuteczne roszczenie o przeniesienie na nią prawa własności,

- naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. poprzez wydanie wyroku w oparciu o inną normę prawną, niż tą, którą wskazywał profesjonalny pełnomocnik powódki, bez uprzedzenia stron przed zamknięciem rozprawy o zamiarze wydania wyroku na innej podstawie prawnej, co powoduje również nieważność postępowania na podstawie art. 379 pkt 5 k.p.c.,

- naruszenia art. 390 k.c. poprzez jego niezastosowanie, pomimo wyraźnego żądania powódki, co skutkowało oddaleniem powództwa,

- naruszenia art. 471 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie, że pozwany pozostawał w zwłoce z podpisaniem protokołu odbioru technicznego lokalu od dnia 23 I 2014 r., podczas gdy do odbioru technicznego doszło w dniu 17 III 2014 r., a przynajmniej od dnia 11 XII 2014 r. sporządzenie jakiegokolwiek protokołu nie było możliwe, gdyż powódka zamieszkiwała w tym lokalu, a lokal był już całkowicie urządzony.

Z powyższych względów apelujący wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji ewentualnie o zmianę tego wyroku i oddalenie powództwa w całości.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja strony pozwanej nie zasługiwała na uwzględnienie aczkolwiek jej zarzutom nie można było odmówić słuszności.

Uzasadnienie zaskarżonego wyroku sądu I instancji zawiera sprzeczne ustalenia faktyczne i sprzeczne rozważania prawne.

Z ustaleń tych i rozważań wynikało, że strony zawarły w dniu 5 XII 2012 r. umowę deweloperską oraz umowę przedwstępną sprzedaży lokalu. Strony zawarły natomiast tylko jedną umowę i nie mogła być to jednocześnie umowa deweloperska i umowa przedwstępna, gdyż są to dwie różne umowy o innej konstrukcji prawnej i innym celu gospodarczym.

Różnicę pomiędzy w/w umowami trafnie wyjaśnił niniejszy Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 26 VI 2015 r. wydanym w sprawie VI ACa 1130/14 podnosząc, że umowa deweloperska ma charakter umowy wzajemnej, czego brak umowie przedwstępnej; zakres obowiązków obu stron w przypadku umowy deweloperskiej jest znacznie bardziej rozbudowany, obejmuje przykładowo nie tylko zawarcie umowy ustanawiającej i przenoszącej odrębną własność lokalu, lecz przede wszystkim jego wybudowanie i różni się od skutków umowy przedwstępnej, której istotą jest tylko zobowiązanie do zawarcia umowy przyrzeczonej; umowa przedwstępna nie służy wymianie świadczeń i nie realizuje samoistnego celu gospodarczego gwarantując jedynie zawarcie ukierunkowanej na to umowy przyrzeczonej; umowa deweloperska kreuje samoistny stosunek prawny obejmujący wzajemne różnorodne świadczenia.

Wyrok ten został zresztą przywołany przez sąd I instancji na uzasadnienie twierdzenia, że do umowy zawartej przez strony „zasadniczo art. 390 § 2 k.c. nie ma zastosowania”, co wskazywałoby wbrew wcześniejszym twierdzeniom tego sądu, iż uznał on umowę z dnia 5 XII 2012 r. za umowę deweloperską a nie przedwstępną.

Za przyjęciem przez Sąd Okręgowy takiego stanowiska przemawiałoby również powoływanie się przez niego na postanowienia ustawy z dnia 16 IX 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (Dz.U. 2019.1805 t.j.), w tym na jej art. 22 określający elementy przedmiotowo istotne umowy deweloperskiej i na art. 27 jako podstawę roszczenia powódki o zobowiązanie do złożenia przez pozwanego oświadczenia woli przenoszącego na jej rzecz prawo odrębnej własności lokalu.

Z drugiej jednak strony przeciwko przyjęciu przez sąd I instancji takiej konstrukcji prawnej świadczyły rozważania o braku podstaw do uwzględnienia zarzutu pozwanego dotyczącego przedawnienia roszczenia na podstawie art. 390 § 3 k.c. , a więc po upływie roku od dnia, w którym umowa przyrzeczona miała zostać zawarta. Sąd Okręgowy nie stwierdził, że przepis ten nie ma w niniejszej sprawie zastosowania, bo łącząca strony umowa nie była umową przedwstępną, tylko podniósł, iż bieg w/w terminu przedawnienia został przerwany poprzez wystąpienie przez powódkę do sądu z wnioskiem o zabezpieczenie.

Rację ma również apelujący wskazując na wewnętrzną sprzeczność rozumowania sądu I instancji, który z jednej strony uznał, że zostały spełnione wszystkie warunki z art. 27 w/w ustawy , uprawniające powódkę do wystąpienia z roszczeniem o przeniesienie na nią prawa odrębnej własności lokalu, z drugiej zaś twierdzi, że jeden z tych warunków polegający na odbiorze technicznym lokalu nie nastąpił.

Uzasadnienie Sądu Okręgowego nie stanowi logicznego ciągu argumentacji, jest wewnętrznym sprzeczne, a dodatkowo zdaniem Sądu Apelacyjnego mija się z istotą sporu powstałego w niniejszej sprawie i zawiera częściowo błędne ustalenia faktyczne.

Za oczywiście zasadny uznać należało w szczególności zarzut apelacyjny błędnego ustalenia, iż pozwany nigdy nie złożył powódce oświadczenia o odstąpieniu od umowy z nią zawartej, które to uchybienie nie wiązało się jednak z naruszeniem art. 233 § 1 k.p.c., tylko powinno było zostać przedstawione w apelacji jako zarzut sprzeczności ustaleń faktycznych sądu z materiałem dowodowym sprawy.

Takie oświadczenie pozwany przesłał do powódki drogą mailową w dniu 25 I 2016 r. , aczkolwiek było ono datowane na dzień 7 IX 2015 r. (k 75 i 76). Wbrew wywiodom Sądu Okręgowego w oświadczeniu tym w sposób jednoznaczny wskazana została przyczyna i podstawa prawna wypowiedzenia umowy, jednoznacznie i kategorycznie również pozwany oświadczył, że od umowy odstępuje, a nie powoływał się jedynie na uprawnienia pozwalające mu takie oświadczenie złożyć.

Argumentacja Sądu Okręgowego w żaden sposób nie przystaje do treści powyższego dokumentu.

Pozwany powołał się w nim na § 3 ust 4 pkt 3 umowy łączącej strony dający mu prawo odstąpienia od niej w przypadku opóźnienia kupującej w zapłacie zaliczki na poczet ceny o ponad 60 dni. Podniósł, iż powódka nie dokonała zapłaty na jego rzecz kwoty 50 000 zł tytułem ostatniej części ceny za lokal. Takie uprawnienie pozwanego wynikało zresztą z art. 29 ust 4 ustawy o ochronie nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego.

Powódka zaprzeczała aby po jej stronie występowała jakakolwiek zaległość w zapłacie ostatniej raty zaliczki na poczet ceny sprzedaży lokalu, gdyż dokonała potrącenia wierzytelności pozwanego z tego tytułu z własną wierzytelnością przysługującą jej z tytułu kar umownych za nie wywiązanie się pozwanego z terminu

odbioru technicznego lokalu.

Pozwany podnosił jednak, iż do takiego odbioru doszło w dniu 17 III 2014 r., a z ostrożności, że opóźnienie w dokonaniu odbioru technicznego lokalu było spowodowane okolicznościami za które nie ponosi odpowiedzialności.

W związku z powyższym istota sporu powstałego w niniejszej sprawie sprowadzała się do ustalenia czy powódka na dzień złożenia oświadczenia o potrąceniu tj. 26 VIII 2015 r. (k 46) posiadała względem pozwanego wierzytelność pieniężną w wysokości co najmniej 50 000 zł, którą mogła skutecznie przedstawić do potrącenia z wierzytelnością pozwanego dotyczącą uzyskania ostatniej części ceny sprzedaży lokalu.

Jak wynikało z § 5 ust 5 umowy powódka miała prawo naliczania pozwanemu kar umownych w przypadku niewywiązania się przez niego , z przyczyn go obciążających z terminu odbioru technicznego lokalu, który został pierwszym aneksem ustalony na dzień 22 I 2014 r. lub z terminu zawarcia umowy ostatecznej, który określony został na skutek podwójnego aneksowania najpierw na dzień 30 VII 2014 r., a następnie na dzień 31 XII 2014 r..

Ponieważ powódka w oświadczeniu o potrąceniu powoływała się na kary umowne jej przysługujące z tytułu zwłoki w odbiorze technicznym lokalu (k 53 i 57) podnoszona przez sąd I instancji kwestia przyczyn i strony odpowiedzialnej za przesuwanie aneksami terminu zawarcia umowy ostatecznej nie miała dla rozstrzygnięcia sprawy znaczenia.

Należało ustalić czy doszło do opóźnienia w odbiorze technicznym lokalu i czy nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie pozwanego. Zwrócić bowiem należy uwagę na zapis § 5 ust 5 umowy mówiący o niewywiązywaniu się sprzedawcy z przyczyn leżących po jego stronie , z terminu odbioru technicznego lokalu oraz na zapis § 6 ust 2 umowy, zgodnie z którym strony postanowiły, że niezachowanie przez pozwanego terminu zakończenia prac związanych z budową lokalu spowodowane działaniami siły wyższej strony poczytują za niezawinione przez niego i w takim przypadku ustalają w formie aneksu do niniejszej umowy nowy termin zakończenia prac, przy czym przez siłę wyższą rozumiały zdarzenie nagłe, nieprzewidywalne, wywołane przyczyną zewnętrzną, pozostające poza kontrolą stron, które uniemożliwia wykonanie umowy w całości lub w części oraz którego skutkiem nie można zapobiec , ani przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności . W szczególności zaliczono do takich zdarzeń działania siły przyrody, decyzje władz publicznych, zdarzenia nadzwyczajne w postaci zaburzeń życia społecznego.

Na takie właśnie niezależne od siebie przyczyny opóźnienia w odbiorze technicznym lokalu jak i na przyczyny obciążające powódkę w postaci zlecenia prac dodatkowych powoływał się pozwany w swojej odpowiedzi na pozew , a także korespondencji przed sądowej wysyłanej do powódki (mail z 22 VIII 2014 r. k 23).

Z ustaleń Sądu Okręgowego wynikało, że zgodnie z postanowieniami aneksu do umowy z dnia 8 X 2013 r. strony powinny były dokonać odbioru technicznego lokalu w terminie do dnia 22 I 2014 r., co nie zostało nigdy uczynione. Trudno jest jednak odtworzyć tok rozumowania tego sądu, ponieważ w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku mylone są pojęcia dotyczące odbioru technicznego lokalu oraz sporządzenia protokołu z tego odbioru.

Apelacja zarzucała w tym zakresie naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez m.in. nie uwzględnienie wynikającej z zeznań świadków i korespondencji mailowej okoliczności, że do takiego odbioru technicznego lokalu doszło w dniu 17 III 2014 r., a jedynie nie sporządzono na tę okoliczność stosownego protokołu.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego z zarzutem tym jednak nie sposób było się zgodzić. Strona pozwana przedstawiając powyższe stanowisko całkowicie pomijała fakt, że w dniu 17 III 2014 r. budowa lokalu będącego przedmiotem umowy stron nie była jeszcze zakończona. Nie zostały doprowadzone do niego media - woda, kanalizacja, gaz. Nie było pieca grzewczego. Z wyjaśnień pozwanego złożonych przed Sądem Apelacyjnym wynikało, że prace powyższe miały nastąpić do momentu odbioru technicznego lokalu (k 461). Ponadto zwrócić należy uwagę na sformalizowany charakter oraz znaczenie jakie strony umowy nadały czynności polegającej na odbiorze technicznym lokalu.

Z § 4 ust 1 umowy wynikało, że o odbiorze takim pozwany obowiązany jest powiadomić kupującego listem poleconym z siedmiodniowym wyprzedzeniem. Ust. 2 w/w paragrafu stanowił z kolei, że jeżeli w wyniku odbioru technicznego zostanie stwierdzone, że lokal jest zgodny ze standardem wykończenia określonym w załączniku nr 1, podpiszą protokół odbioru technicznego, zaś w przypadku wystąpienia usterek wskażą w protokole usterki, które pozwany zobowiązuje się usunąć w terminie 30 dni. Pozwany ani nie powiadomił powódki listem poleconym o odbiorze technicznym lokalu ani nie został sporządzony ze spotkania z tego dnia jakiegokolwiek protokół.

Stwierdzić ponadto należy, że wbrew stanowisku wyrażonemu przez sąd I instancji odbiór techniczny lokalu, na który umówiły się strony, nie był tożsamy z uregulowanym w art. 27 ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego odbiorem lokalu, na co wskazuje już sam użyty w określeniu tego odbioru wyraz „techniczny”.

Odbiór o jakim mowa w art. 27 w/w ustawy następuje bowiem po zakończeniu budowy przez dewelopera, uzyskaniu przez niego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie lub braku sprzeciwu organu administracyjnego po zawiadomieniu o zakończeniu budowy budynku. Wynika to w sposób jednoznaczny z ust 1 w/w artykułu.

Tymczasem analiza postanowień zawartej przez strony umowy prowadzi do wniosku, że uzgodniony przez nie odbiór techniczny lokalu miał nastąpić jeszcze przed zgłoszeniem lokalu do użytkowania. Strony ustaliły bowiem w umowie cztery terminy:

- termin realizacji inwestycji polegającej na wybudowaniu budynku jednorodzinnego dwulokalowego do dnia 30 VI 2013 r. (§ 1 ust 5),
- termin odbioru technicznego lokalu do 30 VII 2013 r. (§ 4 ust 1),
- termin zakończenia prac związanych z budową lokalu i zgłoszenia go do użytku do 30 IX 2013 r. (§ 2 ust 2 pkt 2),
- termin zawarcia umowy ostatecznej do 31 XII 2013 r. (§ 2 ust 2 pkt 1).

Aneksem z dnia 8 X 2013 r. terminy te zostały następnie wydłużone odpowiednio do 22 I 2014 r. termin odbioru technicznego lokalu, 30 III 2014 r. termin realizacji inwestycji, 30 IV 2014 r. termin zakończenia prac związanych z budową lokalu i zgłoszenia go do użytku, 31 VII 2014 r. termin zawarcia umowy ostatecznej. Kolejnym aneksem z dnia 2 IX 2014 r. wydłużono termin realizacji inwestycji do 30 X 2014 r., termin zakończenia prac związanych z budową lokalu i oddania go do użytku do dnia 30 XI 2014 r. oraz zawarcia umowy ostatecznej do 30 XII 2014 r.. Nie przedłużono natomiast terminu odbioru technicznego lokalu, a ponadto w § 3 aneksu znalazł się zapis, że dokonana tymże aktem notarialnym zmiana terminów nie ma wpływu na wymagalność oraz wysokość kar umownych określonych w umowie (zmienionych aneksem z 8 X 2013 r.), w związku z czym na potrzeby wyliczenia ewentualnych kar umownych strony nie będą brały pod uwagę zmiany umowy dokonanej tymże aneksem.

Jeszcze raz podkreślić należy, że odbiór techniczny lokalu miał nastąpić zatem przed oddaniem lokalu do użytku, co nie pozwala przyjąć, iż był to odbiór o jakim mowa w przywołanym przez sąd I instancji art. 27 ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu lub domu jednorodzinnego.

Potwierdzeniem zasadności powyższego wniosku jest zapis § 2 ust 3 pkt 1 i 2 umowy, mówiący o tym, że przed zawarciem umowy ostatecznej kupująca zobowiązana jest do zapoznania się ze stanem technicznym budynku i lokalu, ich wymiarami i innymi elementami mającymi dla niej znaczenie, a jeżeli przed zawarciem umowy ostatecznej kupująca będzie miała uwagi do przedmiotu sprzedaży wówczas strony podpiszą protokół, w którym uwagi te zostaną szczegółowo opisane i ustalony zostanie termin niezwłocznego usunięcia wad i usterek. To ten odbiór a nie odbiór techniczny lokalu odpowiadał wymaganiom art. 27 ustawy o ochronie praw nabywców lokali mieszkalnych lub domów jednorodzinnych.

Wbrew wyjaśnieniom powódki złożonym na rozprawie apelacyjnej (k 460) odbiór techniczny lokalu nie obejmował budynku i otoczenia budynku tylko miał dotyczyć samego lokalu a de facto jego wnętrza. Taki wniosek wypływa z korespondencji mailowej prowadzonej przez strony w roku 2014. Odpowiadając na wezwanie powódki do zapłaty kar umownych w mailu z dnia 22 VIII 2014 r. (k 23) pozwany wprost pisał o odbiorze „wnętrza lokalu” i o karach za niewykończenie wnętrza. Powódka w swoim mailu z dnia 28 VIII 2014 r. (k 25) nie tylko, że nie zakwestionowała powyższych twierdzeń dewelopera, ale idąc jeszcze dalej w tym samym kierunku podnosiła, że nawet odbiór pieca grzewczego nie stanowi zgodnie z załącznikiem nr 1 części odbioru technicznego lokalu.

Tym samym za błędną uznać należało argumentację sądu I instancji mówiącą o tym, że w dniu 17 III 2014 r. nie doszło, do odbioru lokalu gdyż po tej dacie pozwany wykonywał jeszcze prace, które obciążały go zgodnie z umową polegające na wykonaniu elewacji, ogrodzenia czy zagospodarowania terenu. Prace powyższe nie dotyczyły bowiem lokalu tylko całej nieruchomości budynkowej i gruntowej. Pozwany zobowiązał się zaś do ich zrealizowania w terminie późniejszym niż do dnia 22 I 2014 r..

Zgodzić się należało ponadto z apelującym, że równie błędne były rozważania Sądu Okręgowego mówiące o tym, że odbiór techniczny lokalu mógł nastąpić tylko wtedy, gdy pozwany wykonał w sposób bezbłędny wszystkie prace przewidziane w standardzie wykończenia przedmiotowego lokalu, określone w załączniku nr 1 do umowy, gdyż pozostawało to w sprzeczności z zapisami § 4 ust 2 umowy mówiącymi o tym, że w przypadku usterek zostaną one wskazane w protokole odbioru technicznego lokalu.

Jak wynika z umowy odbiór techniczny lokalu miał umożliwić powódce zbadanie zgodności wykonanego lokalu ze standardem jego wykończenia określonym w umowie (załączniku), łącznie z dokonaniem jego pomiarów (co wynika z § 4 ust 4), umożliwić również wskazanie usterek, które pozwany zobowiązał się usunąć w terminie 30 dni.

W dniu 17 III 2014 r. na terenie budowy miało miejsce spotkanie, w którym uczestniczyła powódka, zaproszony przez nią rzeczoznawca, przedstawiciel pozwanego oraz wykonawca robót z ramienia pozwanego. Wbrew twierdzeniom powódki przedmiotem oceny rzeczoznawcy nie był tylko dach a de facto więźba dachowa i poddasze, ale „cała budowa”, o czym świadczy treść maila wysłanego przez nią do pozwanego z dnia 18 III 2018 r. (k 108). Pozwany podjął się następnie usuwania stwierdzonych usterek.

W dalszym ciągu nie oznacza to jednak, że doszło do odbioru technicznego lokalu o jakim stanowiła umowa. Żadna ze stron nie nadawała spotkaniu z dnia 17 III 2014 r. takiej bowiem rangi. Powódka wbrew postanowieniom umowy powtórzonym w aneksie z 8 X 2013 r. nie została poinformowana listem poleconym z wyprzedzeniem 7 dniowym o terminie odbioru. Jak wynika z jej maila skierowanego w dniu 11 III 2014 r. do pozwanego traktowała to jako zwykłe spotkanie – „Oczywiście spotkanie mile widziane...” (k 112). O spotkaniu na budowie a nie odbiorze technicznym lokalu pisał też pełnomocnik pozwanego w korespondencji do powódki (k 102). O braku świadomości powódki, że w dniu 17 III 2014 r. miałyby uczestniczyć w odbiorze technicznym lokalu świadczy też treść jej maila z dnia 31 III 2014 r. informującego pozwanego, że kwota kary umownej na ten dzień wynosi już 6-7 tys. zł (k 111). Wobec ustalenia

terminu zawarcia umowy ostatecznej na dzień 31 VII 2014 r. kara ta mogła dotyczyć zatem tylko niezachowania terminu odbioru technicznego lokalu.

O tym, że spotkanie z dnia 17 III 2014 r. nie miało charakteru odbioru technicznego lokalu świadczy również brak dokonania pomiarów lokalu oraz sporządzenia przez strony protokołu odbioru .

Nie ma także racji apelujący podnosząc, iż potwierdzeniem dokonania w w/w dniu odbioru technicznego lokalu jest fakt wprowadzenia do niego przez powódkę swojej ekipy wykończeniowej. Po pierwsze podnieść należy, że ekipa powyższa została wprowadzona na teren budowy w dniu 12 III 2014 r. (k 93,113) , a więc jeszcze przed dniem rzekomego odbioru technicznego lokalu. Po drugie rozpoczęcie prac wykończeniowych w tym dniu było wynikiem tylko i wyłącznie tego, że mając na uwadze zapis umowy mówiący o odbiorze technicznym lokalu w dniu 22 I 2014 r., powódka na ten termin z ekipą powyższą wcześniej już się umówiła.

O braku dokonania odbioru technicznego lokalu w dniu 17 III 2014 r. świadczy również treść maila pozwanego z dnia 22 VIII 2014 r. odpowiadającego na wezwanie powódki do zapłaty kary umownej. Pozwany nie uznawał powyższego roszczenia nie dlatego, że dokonano już odbioru technicznego lokalu, tylko podnosił, iż opóźnienie w realizacji inwestycji wynika z okoliczności od niego niezależnych tj. siły wyższej i zmian wprowadzonych w lokalu przez powódkę. Powoływał się także na fakt wprowadzenia przez powódkę w marcu do lokalu swojej ekipy wykończeniowej.

Należy ponadto zwrócić uwagę na treść protokołu odbioru lokalu z dnia 11 XII 2014 r., w którym strony ustaliły, że w dniu 22 XII 2014 r. dokonają odbioru technicznego lokalu, co zostanie potwierdzone protokołem zawierającym informację o zgodności lokalu ze standardem wykończenia wynikającym z umowy (k 28). Strony nie ustaliły, że jedynie tego dnia sporządzą czy też podpiszą protokół odbioru, co miałyby miejsce gdyby odbiór w istocie wcześniej nastąpił, tylko w sposób jednoznaczny stwierdziły, że odbioru takiego dokonają.

W końcu powołać się należy na stanowisko pozwanego zaprezentowane w piśmie z dnia 28 VIII 2015 r. stanowiącym odpowiedź na złożone mu przez powódkę oświadczenie o potrąceniu wierzytelności, w którym podnosił, że jego wierzytelność dotycząca zapłaty kwoty 50 000 zł z tytułu ostatniej raty zaliczki na poczet ceny sprzedaży lokalu, wymagana zgodnie z postanowieniami § 3 ust 1 pkt 10 umowy w terminie 14 dni od dnia dokonania odbioru technicznego lokalu , stała się wymagalna z dniem 25 XII 2014 r. , co oznacza, że zdaniem samego pozwanego do odbioru technicznego lokalu doszło nie 17 III 2014 r. tylko 11 XII 2014 r. (k 55 v) . Było to jednak także błędne stanowisko, ponieważ w dniu 11 XII 2014 r. doszło do odbioru przez powódkę lokalu tj. odebrania przez nią do niego kluczy, co nie jest tożsame z odbiorem technicznym lokalu mającym na celu stwierdzenie zgodności jego wykonania z umową.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny za niewystarczający dowód w sprawie, mający przemawiać za dokonaniem już przed dniem 11 XII 2014 r. odbiorem technicznym lokalu, uznał przywoływaną w apelacji treść korespondencji mailowej powódki do pozwanego z dnia 11 XII 2014 r. mówiącą o „protokole odbioru technicznego , który powinniśmy zrobić fizycznie” (k 115). Przywołane w/w dowody przeczą takiej interpretacji tej korespondencji, która w swoim wydźwięku nie jest zresztą tak jednoznaczna jak podnosił pozwany. Szersza treść tego maila jest bowiem następująca „ W załączeniu przesyłam dwa dokumenty. Jeden to protokół przekazania lokalu, który potrzebuję do banku, a drugi to protokół odbioru technicznego, który powinniśmy zrobić fizycznie.” . Powstaje pytanie czy to, co zdaniem powódki strony powinny zrobić fizycznie odnosiło się do protokołu czy odbioru lokalu. Wydaje się, że gdyby chodziło jedynie o sporządzenie protokołu, to niezrozumiałym jest dlaczego w takiej sytuacji podobnie jak protokół przekazania lokalu nie miałby on zostać podpisany przez pozwanego, przekazany jego pełnomocnikowi i odebrany przez powódkę oraz dlaczego w protokole z odbioru lokalu z tego samego dnia mowa jest jak już wspomniano o dokonaniu odbioru lokalu w dniu 22 XII 2014 r..

Nie zasługiwały na uwzględnienie również twierdzenia pozwanego, że wobec wykończenia lokalu przez pozwaną i zamieszkania przez nią w nim w grudniu 2014 r. dokonanie odbioru technicznego lokalu po tej dacie stało się niemożliwe.

W zaistniałym stanie rzeczy zbadanie zgodności standardu wykończenia lokalu z umową powinno było nastąpić w takim zakresie w jakim byłoby to możliwe. Ryzyko niewykrycia ewentualnych wad zakrytych pracami wykończeniowymi przyjęła na siebie powódka.

Pozwany jednak pomimo kilkakrotnych w tym względzie monitów ze strony kupującej do takiego odbioru technicznego lokalu nie przystąpił.

Dlatego też uznać należało, że w dniu 26 VIII 2015 r., kiedy powódka złożyła pozwanemu oświadczenie o potrąceniu wierzytelności pozwany nadal nie wywiązał się z obowiązku przedstawienia powódce lokalu do odbioru technicznego, czyli w sposób nienależyty wykonywał zawartą z powódką umowę. Uprawnienie do naliczania przez powódkę kar umownych zależne było jednak od tego, czy opóźnienie to zostało spowodowane okolicznościami za które pozwany ponosił odpowiedzialność. Art. 471 k.c. wprowadza domniemanie winy dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. W związku z powyższym to obowiązkiem pozwanego było wykazanie, że niedochowanie terminu odbioru technicznego lokalu, wyznaczonego na dzień 22 I 2014 r. nastąpiło na skutek okoliczności od niego niezależnych.

Wobec ustaleń poczynionych powyżej, iż odbiór techniczny lokalu miał dotyczyć tylko samego lokalu, nie miały znaczenia dla oceny zwłoki pozwanego przeszkody dotyczące realizacji prac wykończeniowych budynku na zewnątrz, otoczenia, czy też związane z brakiem możliwości wykonania map inwentaryzacyjnych (pkt 2.5 odpowiedzi na pozew).

Jak wynikało z wyjaśnień pozwanego złożonych na rozprawie apelacyjnej (k 461) odbiór techniczny lokalu miał obejmować lokal z doprowadzonymi mediami. W tym zakresie w odpowiedzi na pozew podniesione zostało, że brak doprowadzenia wody i kanalizacji do lokalu powódki był wynikiem tego, że przedsiębiorstwo gminne odpowiedzialne za powyższą infrastrukturę na terenie gdzie jest położony lokal, oświadczyło, iż w najbliższym czasie nie ma w planach wykonania wskazanej infrastruktury w tej okolicy (pkt 2.3). Zdanej jednak Sądu Apelacyjnego okoliczność powyższa w żaden sposób nie zwalniała pozwanego z odpowiedzialności za opóźnienie. Tego rodzaju ustalenia pozwany powinien był poczynić przed przystąpieniem do realizacji inwestycji, a przede wszystkim przed zawarciem umowy z powódką, w której zobowiązał się do zachowania określonych terminów, pod groźbą zapłaty kary umownej. Już tylko na marginesie można podnieść, że problemy z infrastrukturą wodno - kanalizacyjną były pozwanemu znane co najmniej od maja 2013 r. (k 135- 142), a pomimo to w dniu 8 X 2013 r. zdecydował się on zawrzeć z powódką aneks do umowy deweloperskiej, w której zobowiązał się do przedstawienia lokalu do odbioru technicznego w dniu 22 I 2014 r..

Wbrew stanowisku sądu I instancji znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miały natomiast prace dodatkowe zlecone przez powódkę. Należało bowiem ustalić czy ich realizacja wpłynęła na wydłużenie terminu wybudowania i wykończenia lokalu. Z materiału dowodowego wynika, że polegały one na zmianie pieca grzewczego, zwiększeniu ilości punktów elektrycznych, zmianie koloru okien i ustaleniu, że mają one być 3 szybowe (k 23, 25, 112,113).

Pozwany nie wykazał w jaki sposób prace te poza zmianą pieca wpłynęły na termin wykonania lokalu w sposób zgodny z umową.

Odnosnie pieca grzewczego, zwrócić należy z kolei uwagę, iż brak jest dowodów wskazujących na to, że w dniu 22 I 2014 r. pozwany był gotowy jakikolwiek piec zainstalować. Z odpowiedzi na pozew wynikało, że powódka dokonała wyboru nowego pieca dopiero po wejściu do lokalu tj. 12 III 2014 r. . Nie było podstaw aby ustalić, iż w tym zakresie pozostawała w zwłoce od 22 I 2014 r.. Gdyby zatem nawet przyjąć jak twierdził pozwany w swoim mailu z dnia 22 VIII 2014 r. (k 23), że instalacja zmienionego przez powódkę pieca opóźniła termin odbioru technicznego lokalu do 20 V 2014 r., to nie sposób pominąć tej okoliczności, iż gaz mający umożliwić pracę tego pieca został przez pozwanego doprowadzony do lokalu powódki kilka miesięcy później. Wymiana pieca w żaden zatem sposób nie przedłużyła dokonania możliwości odbioru technicznego lokalu. Dlatego też jedynie na marginesie podnieść należy, że opóźnienie w zainstalowaniu pieca miało miejsce co najwyżej w okresie od 12 III do 20 V 2014 r. tj. 69 dni, a zatem kary umowne z tego tytułu wynosiły $69 \times 115 \text{ zł} = 7935 \text{ zł}$. Na dzień potrącenia tj. 26 VIII 2015 r, powódka naliczyła zaś wysokość

kar na 66 700 zł.. Nawet zatem po jej pomniejszeniu o w/w 7 935 zł nadal pozostawała kwota wierzytelności z tytułu kar umownych przewyższająca wierzytelność pozwanego z tytułu zapłaty ostatniej części ceny za lokal w wysokości 50 000 zł..

Pomimo, iż wierzytelność pozwanego nie była jeszcze wymagalna, gdyż jak wynika z postanowień § 3 ust 1 pkt 10 umowy mógł on domagać się od powódki zapłaty ostatniej części ceny za lokal dopiero po upływie 14 dni od dnia odbioru technicznego lokalu, który przecież nie nastąpił, to jednak dokonane przez powódkę potrącenie wierzytelności było skuteczne. W judykaturze i piśmiennictwie przeważa bowiem pogląd, że przesłanką skutecznego potrącenia jest wymagalność tylko wierzytelności potrącającego, natomiast w odniesieniu do wierzytelności przeciwstawnej wystarczy możliwość jej zaspokojenia (wyrok SN z 5 III 2019 r. II CSK 41/2018, 12 X 2005 r., III CK 90/05.; wyrok SA w Szczecinie z 31 I 2013 r., I ACa 770/12 , T. Wiśniewski (w:) G. Bieniek, Komentarz, t. I, 2007, s. 653; K. Zagrobelny (w:) E. Gniewek, Komentarz, 2008, s. 897; K. Zawada (w:) K. Pietrzykowski, Komentarz, t. II, 2009, s. 112; M. Pyziak-Szafnicka (w:) System prawa prywatnego, t. 6, s. 1097 i 1129).

Powyższe oznacza, że wierzytelność pozwanego na skutek potrącenia uległa umorzeniu, a powódka uiściła całą umówioną za lokal cenę.

Skoro tak, to przysługuje jej roszczenie o zawarcie umowy rozporządzającej przenoszącej odrębną własność lokalu wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej , którego podstawę nie stanowił jednak art. 27 ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego , tak jak wskazywał sąd I instancji, tylko umowa zobowiązująca do przeniesienia tego prawa (art. 156, 158 k.c.) i art. 64 k.c. w związku z art. 1047 k.p.c.

Zaskarżony wyrok był zatem prawidłowy , aczkolwiek nieprecyzyjny. Nie konkretyzował bowiem praw związanych z odrębną własnością lokalu wynikających wprost z art. 3 ust 1 u.w.l., co uniemożliwiłoby dokonanie wpisu tego prawa do księgi wieczystej. Dlatego też na rozprawie apelacyjnej w dniu 20 X 2020 r. Sąd Apelacyjny zobowiązał stronę powodową do doprecyzowania w tym zakresie zgłoszonego roszczenia, co nastąpiło w piśmie procesowym z dnia 3 XI 2020 r. poprzez wskazanie, że chodzi o określony udział w nieruchomości wspólnej (k 464). Dodać należy, że takie doprecyzowanie roszczenia nie stanowiło niedopuszczalnej zmiany powództwa w postępowaniu apelacyjnym w rozumieniu art. 383 k.p.c.. Nie stanowiło rozszerzenia żądania pozwu ani wystąpienia z nowym roszczeniem. Zobowiązanie pozwanego do przeniesienia na powódkę prawa odrębnej własności lokalu wraz z prawami związanymi z jego własnością obejmowało bowiem również z mocy prawa udział w nieruchomości wspólnej. Należy pamiętać, że zgodnie z art. 56 k.c. czynność prawna wywiera skutki nie tylko w niej wyrażone , ale także wynikające m.in. z ustawy. Udział i jego wielkość w nieruchomości wspólnej związany z odrębną własnością lokalu sąd i tak obowiązany był określić w swoim orzeczeniu z urzędu (uzasadnienie wyrok SN z 28 VI 2019 r. II CSK 150/18, z 18 IV 2019 r. II CSK 139/18, z 16 III 2016 r. IV CSK 259/15, z 7 X 2015 I CSK 722/14). Wielkość udziału w nieruchomości wspólnej wynikała z dołączonego do akt jeszcze w postępowaniu pierwszo instancyjnym odpisu z księgi wieczystej i nigdy nie była przez strony kwestionowana. Została zresztą określona przez samego pozwanego podczas ustanawiania odrębnej własności lokali. Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 350 § 1 i 3 k.p.c. sprostował w tym zakresie niedokładności zawarte w wyroku sądu I instancji. Pozostałe elementy żądanego od pozwanego oświadczenia, przedstawione w piśmie precyzującym powództwo uznał za zbędne.

Wyjaśnienia jeszcze wymaga, iż pomimo początkowych wątpliwości Sądu Apelacyjnego udział związany z odrębną własnością nabywanego przez powódkę lokalu został określony w sposób dopuszczalny z mocy ustawy, aczkolwiek inny niż wynikający z art. 3 ust 3 ustawy o w.l.. Strony ustaliły, iż odpowiadać on będzie stosunkowi powierzchni działki bezpośrednio przylegającej do lokalu do powierzchni całej działki , na której posadowiony został budynek (§ 2 ust 1 pkt 1 w zw. z § 1 ust 5 pkt 4 umowy) . Wyodrębnienie dwóch lokali składających się na budynek nastąpiło na podstawie jednej czynności prawnej tj. oświadczenia właściciela o wyodrębnieniu obu lokali , umowy o ustanowieniu odrębnej własności lokalu i przeniesienia jego własności z dnia 21 V 2015 r. co wynika z księgi wieczystej nieruchomości gruntowej (k 470). Zastosowanie zatem znajdował zapis art. 3 ust 6 ustawy o własności lokali, zgodnie z którym „ W wypadku gdy na podstawie jednej czynności prawnej dokonanej przez właściciela lub przez wszystkich współwłaścicieli nieruchomości następuje wyodrębnienie wszystkich lokali, wysokość udziałów, o których mowa w

ust. 1, określają odpowiednio w umowie właściciel lub współwłaściciele.” (patrz wyrok SN z 13 V 2004 r. I CSK 492/03, Ustawa o własności lokali. Komentarz pod red. K. Osajdy, T 73 do art. 3 , Własność lokali. Komentarz I . Szymczak T 4 do art. 3, Komentarz do ustawy o własności lokali pod red. A. Doliwy T 13 do art. 3 , Własność lokali. Komentarz. R. Dziczek, T 5 do art. 3).

Na zakończenie wyjaśnienia jeszcze wymaga, że Sąd Apelacyjny nie podzielił zarzutu apelacji dotyczącego naruszenia art. 321 § 1 k.p.c..

Przedmiot żądania pozwu określa treść żądania oraz okoliczności faktyczne powołane dla jego uzasadnienia. Z punktu widzenia zastosowania w/w przepisu oba te elementy są dla sądu orzekającego wiążące, w odróżnieniu od kwalifikacji prawnej roszczenia, która dla oceny naruszenia w/w przepisu nie jest doniosła albowiem na tle faktów ustalonych w sprawie to zawsze sąd decyduje o ostatecznie przyjętej kwalifikacji, niezależnie od stanowiska stron w tym zakresie. W niniejszej sprawie sąd I instancji

nie wyszedł poza podstawę faktyczną powództwa ani nie zmienił zgłoszonego w pozwie żądania. Nie sposób jest zatem przyjąć, że orzekł co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem, ani że zasądził ponad żądanie, jak stanowi art. 321 § 1 k.p.c.

Jak już podniesione zostało , z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika w sposób jednoznaczny na jakiej podstawie prawnej Sąd Okręgowy uwzględnił roszczenie, co oznacza, że nie sposób jest mówić o tym, że ta podstawa prawna była odmienna od wskazywanej przez profesjonalnego pełnomocnika powódki.

Zakładając jednak nawet, że podstawą uwzględnienia przez Sąd Okręgowy żądania pozwu nie był art. 390 § 1 k.c. oraz przyjmując, że sąd ten nie poinformował stron o rozważanej zmianie podstawy prawnej roszczenia, nie można jednak przyjąć, iż doszło przez to do nieważności postępowania na skutek pozbawienia pozwanego możliwości obrony jego praw jak podnoszono w apelacji.

Przepisy procedury cywilnej obowiązujące w dacie wyrokowania przez sąd I instancji nie zawierały normy nakazującej sądowi uprzedzenie stron reprezentowanych w sprawie przez profesjonalnych pełnomocników o możliwej zmianie kwalifikacji prawnej roszczenia.

Także jak już podniesione zostało, ukierunkowanie postępowania na podstawę prawną wskazaną przez fachowego pełnomocnika nie oznacza formalnego związania nią sądu, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej. Wskazana przez stronę powodową podstawa prawna roszczenia może mieć znaczenie dla przebiegu postępowania o tyle, że w niektórych sytuacjach determinuje nie tylko zakres faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy ale wyznacza także linię obrony pozwanego, skoro zawiera w sobie informacje, jakie fakty powinien on zwalczać aby uzyskać korzystne dla siebie rozstrzygnięcie.

Dlatego też w orzecznictwie przyjmuje się, że do dnia 7 XI 2019 r. kiedy to wprowadzono do kodeksu postępowania cywilnego artykuł 156² nakładający na sąd obowiązek poinformowania stron o możliwości rozstrzygnięcia na innej podstawie prawnej niż wskazana (nowelizacja k.p.c. z 14 VII 2019 r. Dz.U. 2019.1469), powinność uprzedzenia stron o zmianie kwalifikacji prawnej wynikała z zasady *damini factum dabo tibi ius*, wykładanej z uwzględnieniem prawa stron do rzetelnego procesu zapewniającego im prawo do zajęcia stanowiska oraz wysłuchania, zarówno w kwestiach faktycznych jak i prawnych (orzeczenia SN z 17 II 2016 r., III CZP II 108/15, z 13 IV 2017 r., I CSK 270/16, z 19 III 2015 r., IV CSK 368/14, z 25 VI 2015 r., V CSK 528/14).

Za zbyt daleko idący uznać jednak należy pogląd, że brak uprzedzenia przez sąd o zamierzonej rekwalfikacji podstawy prawnej żądania skutkuje automatycznie nieważnością postępowania z uwagi na pozbawienie strony możliwości obrony jej praw. Sąd Apelacyjny przychylił się do reprezentowanego w orzecznictwie Sądu Najwyższego stanowiska, że ocena, czy w takich sytuacjach zachodzą przesłanki z art. 379 pkt 5 k.p.c. powinna być dokonywana *ad casu* z uwzględnieniem przedmiotu sprawy, wskazanej przez powoda podstawy faktycznej i prawnej, stanowiska pozwanego, możliwych kwalifikacji prawnych, konkretnych sytuacji procesowych, etapu postępowania, możliwości

przewidywania przez stronę takiej zmiany. W sytuacji gdy strona jak w niniejszej sprawie jest reprezentowana przez fachowego pełnomocnika, który powinien dostrzegać, w jaki sposób całokształt ujawnionych w procesie okoliczności może być zakwalifikowany pod możliwe do przyjęcia podstawy materialne, brak uprzedzenia strony o innej podstawie prawnej, niż wskazana przez powoda, nie pozbawia jej możliwości obrony, chyba że przyjęta przez sąd odwoławczy konstrukcja prawna pozostaje poza granicami przewidywalności (wyroki SN z 27 IV 2016 r., II CSK 556/15, z 8 IX 2016 r., II CSK 750/15, z 30 XI 2016 r., III CSK 351/15, z 14 XII 2017 r., V CSK 121/17, z 18 VII 2019 r. I CSK 334/18).

Sytuacja taka w rozpoznawanej sprawie jednak nie zaistniała. Przyjęta przez sąd I instancji co należy zaznaczyć w sposób niejednoznaczny, podstawa prawna rozstrzygnięcia w postaci art. 27 ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, nie mogło doprowadzić do „zaskoczenia” skarżącego, skoro w odpowiedzi na pozew sam kwalifikował on zawartą z powódką umowę jako umowę deweloperską i twierdził, że na skutek odstąpienia pozwanego od niej umowa ta wygasła, wobec czego nie ma możliwości jej wykonania poprzez przeniesienie na rzecz powódki praw do lokalu. Powoływał się także na przepisy ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu lub domu jednorodzinnego, w tym na przywołany art. 27 tej ustawy.

Przyjęta przez sąd I instancji podstawa prawna rozstrzygnięcia, nie determinowała ponadto innego zakresu faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy ani przyjęcia przez pozwanego innej linii obrony. Podstawę faktyczną zgłoszonego w oparciu o art. 390 § 2 k.c. roszczenia stanowiła okoliczność zawarcia przez strony umowy, w której m.in. zobowiązały się one do zawarcia w określonym terminie umowy ostatecznej polegającej na przeniesieniu przez pozwanego na rzecz powódki prawa odrębnej własności lokalu. Do tego czasu powódka zobowiązała się uiścić na rzecz pozwanego kwotę odpowiadającą cenie sprzedaży lokalu. Powódka twierdziła, że ze swojej strony z umowy wywiązała się i domagała się złożenia przez pozwanego oświadczenia woli przenoszącego na jej rzecz prawo odrębnej własności lokalu. Pozwany twierdził, że od umowy odstąpił wobec braku płatności ostatniej części ceny oraz, że po stronie powódki nie istniała wiarygodność z tytułu kary umownej, którą do potrącenia przedstawiła. W ramach tak określonych granic żądania wyrokował też sąd I instancji. W obu także przypadkach tj. oparcia żądania pozwu na art. 390 § 2 k.c. oraz art. 27 ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego takie same były granice obrony pozwanego. Innymi słowy zmiana koncepcji prawnej rozstrzygnięcia przez sąd I instancji nie wywołała jakichkolwiek niekorzystnych skutków procesowych dla żadnej ze stron. Apelujący zresztą w swojej apelacji nawet nie próbował podać, ustosunkowania się do jakich okoliczności faktycznych został pozbawiony na skutek wyrokowania przez Sąd Okręgowy na innej niż wskazywana przez powódkę podstawie prawnej żądania, ani jakie środki dowodowe na te nowe okoliczności mógłby powołać gdyby został uprzedzony o możliwej zmianie kwalifikacji prawnej dochodzonego roszczenia.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację pozwanego oraz na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. obciążył go obowiązkiem zwrotu na rzecz powódki poniesionych przez nią kosztów postępowania apelacyjnego w postaci kosztów wynagrodzenia pełnomocnika według norm przepisanych.

B. Świerczakowski E.Klimowicz-Przygódzka R. Obrębski