

Sygn. akt VI A Ca 1316/12

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 10 kwietnia 2013 r.**

**Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:**

**Przewodniczący - Sędzia SA – Aldona Wapińska**

**Sędzia SA – Małgorzata Kuracka**

**Sędzia SO (del.) – Agnieszka Owczarewicz (spr.)**

**Protokolant: sekretarz sąd. Katarzyna Kędzierska**

**po rozpoznaniu w dniu 10 kwietnia 2013 r. w Warszawie**

**na rozprawie**

**sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowo - akcyjnej w W.**

**przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.**

**z udziałem interwenienta ubocznego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.**

**o zapłatę**

**na skutek apelacji powoda**

**od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie**

**z dnia 26 czerwca 2012 r., sygn. akt XX GC 526/11**

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach procesu za drugą instancję.**

Sygn. akt VI ACa 1316/12

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 8 lipca 2008 r. powód - (...) sp. z o.o. w W. - wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego - (...) sp. z o.o. w W. kwoty 4.780.203,02 zł wraz z odsetkami oraz kosztami procesu. Nadto powód wniósł o zobowiązanie pozwanego do wykonania własnym staraniem i na własny koszt określonych prac w terminie 3 miesięcy od dnia uprawomocnienia się wyroku, a na wypadek nie wykonania tych prac powód wniósł o upoważnienie go do wykonania ww. prac na koszt pozwanego.

Wyrokiem zaocznym z dnia 17 listopada 2008r. (wydanym wówczas pod sygn. akt XX GC 435/08) Sąd uwzględnił w całości roszczenie powoda dochodzone pozwem w niniejszej sprawie (wyrok zaoczny k. 508-509).

Pozwany wniósł sprzeciw od wyroku zaocznego zaskarżając go w całości.

Wyrokiem z dnia 28 kwietnia 2010 roku Sąd uchylił w całości wyrok zaoczny z dnia 28 kwietnia 2010 roku i oddalił powództwo oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7217 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.

W ocenie Sądu powód nie wykazał, wbrew obowiązкови wynikającemu z treści art. 6 k.c., że pozwany ponosi odpowiedzialność za poniesione przez niego szkody, tj. nie wykazał przesłanek z art. 471 k.c. (niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, szkody i związku przyczynowego (wyrok k. 1107 wraz z uzasadnieniem 1123-1128).

Po rozpoznaniu apelacji powoda, wyrokiem z dnia 29 czerwca 2011r. Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku Sąd Apelacyjny wskazał, że pomimo niezgłoszenia stosownych wniosków dowodowych przez powoda, należało dopuścić takie wnioski (istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy) zgłoszone przez pozwanego. Sąd odwoławczy wskazał także na konieczność kompleksowej analizy postanowień zawartej przez strony umowy, w celu dokonania prawidłowej wykładni jej postanowień dotyczących kary umownej (wyrok Sądu Apelacyjnego k. 1266 wraz z uzasadnieniem k. 1270-1280).

Pismem z dnia 4 kwietnia 2012r. interwencję uboczną po stronie powoda zgłosiła spółka (...) sp. z o.o. w W.. W piśmie tym został zgłoszony wniosek o uwzględnienie w całości roszczeń powoda objętych żądaniem pozwu oraz o zasądzenie na rzecz interwenienta ubocznego kosztów procesu wg. norm przepisanych (interwencja uboczna k. 1551-1556).

Postanowieniem z dnia 18 kwietnia 2012 roku Sąd oddalił opozycję strony pozwanej przeciwko wstąpieniu do sprawy spółki (...) sp. z o.o. jako interwenienta ubocznego (postanowienie k. 1569).

Wyrokiem z 26 czerwca 2012 r. Sąd Okręgowy w całości uchylił wyrok zaoczny z dnia 17 listopada 2009 r. i powództwo oddalił zasądzając od powoda na rzecz pozwanego koszty procesu z uwzględnieniem kosztów sprzeciwu. Przedmiotowe rozstrzygnięci Sąd oparł na następujących ustaleniach faktycznych i ocenie prawnej.

Sąd ustalił, że 26 czerwca 2003r. strony niniejszego postępowania: (...) Sp. z o.o. w W. oraz (...) sp. z o.o. w W. zawarły przedwstępną umowę zobowiązującą do nabycia powierzchni kina w Centrum Handlowym (...) w Ł. oraz umowę przedwstępną do umowy ustanowienia służebności. W oparciu o powyższą umowę (...), po uzyskaniu pozwolenia na budowę i nabyciu prawa użytkowania wieczystego, miał wybudować budynek kina, w formie zgodnej z opisem w załącznikach do umowy. Powód zobowiązał się zaś do przedstawienia pozwanej spółce projektu architektoniczno-budowlanego. (...) zobowiązała się do wybudowania budynku kina (jako odrębnego lokalu) do 30 czerwca 2005 r.. Na mocy aneksu do umowy z dnia 24 lutego 2005 r. przesunięto termin oddania budynku kina do dnia 31 maja 2005r., zaś otwarcia (...) najpóźniej do dnia 15 października 2005 r. (umowa k. 37-68, aneksy do umowy k. 72-79).

W dniu 17 listopada 2005r. strony zawarły umowę zobowiązującą do ustanowienia odrębnej własności lokalu kina w (...). Na mocy tej umowy strony ustaliły termin otwarcia centrum handlowego na koniec marca 2006r. W umowie tej zostało zawarte oświadczenie powoda, jako kupującego, że doręczył on developerowi (pozwanej spółce) projekt architektoniczno-budowlany i projekt ten jest zgodny z opisem Budynku Kina oraz odpowiednimi przepisami prawa. W punkcie 8 przedmiotowej umowy strony ustaliły, że w odniesieniu do opóźnień w pracach na rzecz Kupującego zostanie zapłacona kara umowna w kwocie 332.000 PLN i wyczerpuje ona wszelkie roszczenia powoda z tytułu opóźnień pozwanej spółki, co nie uchybia prawu do podnoszenia roszczeń, których mowa w punkcie 9.6 in fine poniżej. W punkcie 8.6 umowy strony zgodnie oświadczyły, że z tytułu przesunięcia dat przekazania /odbioru budynku kina, otwarcia kina oraz otwarcia centrum handlowego w porównaniu z datami wynikającymi z umowy przedwstępnej nie powoduje po stronie odpowiednio Dewelopera i Kupującego żadnych roszczeń odszkodowawczych, jakiegokolwiek roszczenia odszkodowawcze na rzecz Stron powstaną w przypadku naruszenia terminów określonych w niniejszej umowie (umowa k. 90-113).

W dniu 18 listopada 2005 r. nastąpiło przekazanie budynku kina w stanie surowym Spółce. Dnia 5 grudnia 2005r. strony spisały protokół usterek, w którym m.in. stwierdzono, że sala numer 2 nie ma usterek. Wskazano usterki na dachu nad starym budynkiem. (protokół wraz z załącznikami k. 114-123, k. 150).

Sąd ustalił, że pismem z dnia 5 stycznia 2006 r., przesłanym powodowi drogą faksową, pozwana spółka (występująca pod nazwą (...)) powiadomiła go, że wobec zmian w projektach wykonawczych aktualizacji wymaga decyzja w przedmiocie pozwolenia na budowę. W związku z niekompletnością złożonych dokumentów postępowanie w tym przedmiocie nie może się toczyć i nie ma możliwości uzyskania pozwolenia na użytkowanie do 31 marca 2006r.

(opóźnienie może wynieść ok. 1 miesiąca). Pozwana wezwała powoda do złożenia dokumentów i wskazała, że poinformuje autora projektu budowlanego o oczekiwanym terminie decyzji (faks k. 129).

Umową z dnia 21 listopada 2005 roku, pozwany sprzedał na rzecz powodowej spółki lokal niemieszkalny nr (...) wraz z udziałem wynoszącym (...) części w prawie własności nieruchomości wspólnej, po uprzednim ustanowieniu odrębnej własności ww. lokalu (umowa k. 132-149)

Po uzupełnieniu niezbędnych dokumentów, inwestor złożył wnioski o podjęcie postępowania w przedmiocie aktualizacji pozwolenia na budowę. Postępowanie podjęto w dniu 2 marca 2006r. Postanowieniem z dnia 3 marca 2006r. został nałożony na inwestora obowiązek uzupełnienia dokumentacji złożonej w dniu 17 lutego 2006r. Do dnia 25 kwietnia 2006r. skompletowano dokumenty i podpisany został wniosek, który złożono 28 kwietnia 2006 roku, zaś zezwolenie udzielone zostało w dniu 16 maja 2006 r.

Sąd Okręgowy ustalił nadto, że już po przekazaniu budynku okazało się, iż w Sali kinowej nr 2 zbiera się woda. Okoliczność ta uniemożliwiła przeprowadzenie przez powoda prac wykończeniowych tego pomieszczenia..

Sąd Okręgowy ustalił, w oparciu o opinię biegłego, że przyczyną pojawienia się wody w Sali kinowej nr 2 było przeciekanie do tej Sali wód gruntowych. Przygotowany przez powoda i przekazany pozwanemu projekt budowlany nie przewidywał rozwiązań hydroizolacyjnych dla podwyższonego poziomu wód gruntowych ponad poziom spodu projektowanych ław fundamentowych i posadzek. W projekcie została przewidziana dla posadzki Sali kinowej nr 2 jedynie izolacja przeciwwilgociowa pozioma.

Także już po przekazaniu budynku, okazało się że dach na budynku kina przecieka. Okoliczność ta ujawniła się już po tym, jak prace na dachu wykonywała firma (...), montująca z ramienia powoda instalacje niezbędne do użytkowania kina. W trakcie realizacji tych prac przez (...) główny wykonawca zgłaszał fakt nieprawidłowego ich przeprowadzenia oraz wskazywał na uszkodzenia w już wykonanych robotach (zeznania świadków P. G. k. 766, faktura k. 32, pisma k. 656-660, 662,664).

Sąd ustalił, że ostatecznie (...) została otwarta w dniu 17 maja 2006 r.

Oceniając materiał dowodowy, jako w pełni wiarygodną i przydatną dla ustalenia istotnych w sprawie okoliczności sąd uznał opinię biegłego K. G. (1). W ocenie Sądu, o ile w opinii pisemnej biegły w sposób nieco skrótowy uzasadnił swoje stanowisko w przedmiocie wskazanym przez Sąd, o tyle w złożonej w niniejszej sprawie opinii ustnej (wyjaśnieniach do opinii pisemnej) w sposób wyczerpujący uzasadnił swoje stanowisko, odpowiadając na pytania sądu i pełnomocników stron.

W szczególności podczas rozprawy w dniu 11 kwietnia 2012 roku biegły w sposób przekonujący wyjaśnił przyczyny dla których przy projektowaniu Sali kinowej nr 2 należało zachować szczególną ostrożność uwzględniając całość opinii geologicznej, a nie opierać się na pomiarach w poszczególnych odwiertach. Biegły zwrócił uwagę na wiele czynników, które wpływają na wysokość poziomu wód gruntowych, które w konsekwencji nakazują zachować szczególną ostrożność przy projektowaniu.

Sąd wyjaśnił przyczyny oddalenia wniosków dowodowych powoda w zakresie zadania przeprowadzanie opinii biegłych jako w części spóźnionych, w części nieprzydatnych do rozstrzygnięcia oraz w części niezasadnych.

W świetle powyższych ustaleń Sąd Okręgowy wskazał, że wprawdzie okolicznością niesporną w niniejszej sprawie pozostaje fakt przeciekania dachu budynku kina, jednakże okoliczności niniejszej sprawy nie pozwalają na ustalenie, że przyczynę tego stanowi nienależyte wykonanie umowy przez pozwaną spółkę. Wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi w tym zakresie, powód nie wykazał, że prace związane z wykonaniem Sali kinowej nr 2 zostały nieprawidłowo wykonane przez pozwaną spółkę. Sąd podkreślił, że powód nie zgłosił stosownych wniosków dowodowych w tym zakresie. W szczególności powód nie wykazał podnoszonego w toku postępowania zarzutu, że prace związane z wykonaniem Sali kinowej nr 2 zostały wykonane niezgodnie z przedstawionym przez niego

projektem. Nadto, jak wynika z opinii biegłego K. G. (2) w projekcie, za który pełną odpowiedzialność ponosi powód, nie zostały uwzględnione odpowiednie rozwiązania techniczne i materiałowe zapewniające przeciwdziałanie przesiąkania wód gruntowych do budynku kina. Skoro zatem nawet wykonanie umowy zgodnie z projektem powoda nie zapewniłoby ochrony Sali kinowej nr 2 przed podsiękaniem, na drugi plan schodzi zagadnienie czy prace zostały wykonane zgodnie z nim.

W analogiczny sposób Sąd ocenił żądanie pozwu dotyczące szkody poniesionej przez powoda w związku z przeciekaniem dachu budynku kina. W toku postępowania w niniejszej sprawie nie zostało wykazane, że przyczyną przeciekania przedmiotowego dachu było nieprawidłowe wykonanie prac przez pozwaną spółkę. Wobec zaprzeczenia tej okoliczności przez pozwaną, także ta okoliczność – w myśl art. 6 k.c. – winna zostać udowodniona przez powoda w toku postępowania w niniejszej sprawie. Przy czym w ocenie Sądu okoliczność ta wymagała wiadomości specjalnych. Należało bowiem wykazać (poza okolicznością nienależytego wykonania przez pozwaną prac w tym zakresie), jaki wpływ na stan dachu miały prace wykonywane przez firmę (...) oraz że sam projekt zawierał rozwiązania zapewniające pełną szczelność dachu.

Odnosząc się do żądania powoda o zasądzenie na jego rzecz odszkodowania w związku z oddaniem budynku kina z opóźnieniem, sąd wskazał na dwa elementy. W pierwszej kolejności sąd podkreślił, że żądanie powoda co do zasady zasługuje na uwzględnienie w świetle postanowień zawartych przez strony umów, w szczególności tych, które dotyczą kary umownej zastrzeżonej na wypadek opóźnienia w wykonaniu umowy. Dalej Sąd podkreślił, że (...) została otwarta z nieco ponad 1,5 – miesięcznym opóźnieniem w odniesieniu do terminu ostatecznie ustalonego w umowie z dnia 17 listopada 2005 roku.

Jako przyczynę powstania szkód w omawianym zakresie powód wskazuje opóźnienie w oddaniu kina, jak i okoliczności związane z wadliwością wykonania robót przez pozwaną spółkę. Zatem przy ocenie omawianych roszczeń powoda należy mieć na uwadze okoliczność, że w toku postępowania w niniejszej sprawie nie zostało wykazane, że za wady dachu budynku kina (jego przeciekanie), jak i wady Sali kinowej nr 2 (przesiákanie wody) ponosi odpowiedzialność pozwana spółka. W konsekwencji jako całkowicie bezzasadne sąd uznał roszczenia powoda określone przez niego jako wartość utraconych korzyści z tytułu nie uruchomienia Sali nr 2 do dnia 31 maja 2008 roku (1.969.038 zł).

Z treści uzasadnienia pozwu wynika, że omawiane roszczenia wiążą się również z wadliwie wykonanym dachem budynku kina (k. 9-11). Powód wskazuje, że „szkoda majątkowa wywołana wadliwym wykonaniem dachu nie ogranicza się do poniesionych przez powoda kosztów ich usunięcia. Nie można bowiem zapominać o uszczerbku na renomie przedsiębiorstwa powoda. (...) Szkada niemajątkowa znajduje natychmiast przełożenie na straty majątkowe w postaci utraconych korzyści – wielu bowiem klientów wołało skorzystać z usług kina konkurencyjnego, mając przy tym pewność, że z dachu kina nie będzie kapać im na głowy.” (k.11-12, analogicznie – k. 15). W zakresie powyższego roszczenia Sąd przedstawił analogiczną argumentację jak w zakresie roszczenia odnoszącego się do eksploatacji Sali Nr 2.

Wreszcie sąd wskazał, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie znajduje uzasadnienia teza powoda, że do opóźnienia w oddaniu budynku kina doszło na skutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność pozwana spółka.

Z treści pisma z dnia 14 marca 2006 roku przesłanego powodowi drogą faksową (k. 129), na które powód powołuje się w pozwie w celu wykazania leżących po stronie pozwanej spółki przyczyn opóźnienia w otwarciu kina, wynika okoliczność przeciwna do podnoszonej przez powoda. W piśmie zostało wskazane, że brak otwarcia obiektu ma związek ze spodziewanym opóźnieniem w wydaniu decyzji pozwolenia na użytkowanie, co z kolei ma związek z nie przekazaniem kompletnej dokumentacji projektowej przez stronę powodową. Znajduje to również potwierdzenie w zeznaniach świadka A. W. (2), który wskazał, że przed dniem 28 kwietnia 2006 roku dokumentacja nie była kompletna, a pośrednio również w oświadczeniu pełnomocnika powoda (k. 1063), który nie był w stanie udzielić informacji kiedy i w jakim terminie zostały złożone dokumenty konieczne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Sąd nadto wskazał, że w świetle materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie nie sposób ustalić, czy wskazywane przez powoda szkody w postaci utraconych korzyści mają związek z wyłączenie z okresem opóźnienia od

końca marca do 17 maja 2006 roku. Świadek M. G. wskazał, że działania reklamowe powoda trwały przez okres 6 mcy, a więc dłuższy niż wskazany okres opóźnienia.

Uzasadniając przyznanie od powoda kosztów procesu z uwzględnieniem opłaty od sprzeciwu Sąd wskazał, że wykładnia przepisu 348 k.p.c. przemawia za zastosowaniem go także w sytuacji gdy niezłożenie w terminie odpowiedzi na pozew było niezawinione. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, co wynika z postępowania przeprowadzonego przez Sąd przed zawieszeniem rygoru nadanego wydanemu w sprawie wyrokowi zaocznemu.

Przedmiotowe rozstrzygnięcie w całości zaskarżył powód. Wyrokowi temu zarzucił:

naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na wynik sprawy tj:

art. 232 k.p.c. w związku z art. 6 k.c i art. 471 k.c. i wynikającej z tych przepisów zasady rozkładu ciężaru dowodu poprzez przyjęcie, iż wobec bezspornego wykazania przez powoda faktu nienależytego wykonania umowy przez pozwanego zarówno w zakresie wadliwego wykonania budynku kina - zawilgocenia sali kinowej nr 2 oraz przeciekania dachu, to na powodzie spoczywa ciężar dowodu wykazania, iż pozwany ponosi winę za nienależyte wykonanie zobowiązań umownych;

art. 386 § 6 k.p.c. na skutek nie wykonania przez Sąd Okręgowy wytycznych sądu odwoławczego, poprzez zaniechanie uzupełnienia postępowania dowodowego w taki sposób, aby ocenić czy w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki warunkujące odpowiedzialność kontraktowa pozwanego;

art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 i art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 6 k.c. poprzez odmowę przeprowadzenia z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność rozmiaru i wysokości szkody powoda związanej z koniecznością wykonania dodatkowych prac na dachu kina oraz w sali kinowej nr 2; opinii biegłego z zakresu marketingu i sprzedaży na okoliczność rozmiaru i wysokości szkody z tytułu utraconych korzyści;

art. 217 § 1 k.p.c. w związku z art. 479(12) § 1 k.p.c. oraz art. 286 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku powoda o dopuszczenie i przeprowadzenie dodatkowej opinii kolejnego biegłego z zakresu budownictwa lądowego i hydrologii - na okoliczność ustalenia szczegółowo określonych w apelacji okoliczności;

art. 217 § 1 k.p.c. w związku z art. 479(12) § 1 k.p.c. oraz art. art. 245 i nast. k.p.c. poprzez oddalenie, jako rzekomo sprekludowanego wniosku powoda o przeprowadzenie dowodu z dokumentów zgłoszonych w piśmie procesowym strony powodowej z dnia 20 września 2011 r.;

art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 386 § 6 k.p.c. , na skutek nierozpoznania, wbrew wytycznym Sądu Apelacyjnego, sprawy co do istoty, jak również przekroczenia zasady swobodnej oceny dowodów oraz dokonania tej oceny w sposób wybiórczy, a w konsekwencji błędne ustalenie przez Sąd I instancji, wbrew wynikom przeprowadzonego postępowania dowodowego, iż:

- powód oparł swoje roszczenia wobec pozwanego w zakresie zawilgocenia Sali kinowej nr 2 oraz przecieków dachu na wykonaniu prac budowlanych w sposób niezgodny z projektem budowlanym, gdy tymczasem powód swoje roszczenia w tym zakresie wywodził z nienależytego wykonania warunków umowy zobowiązującej pozwanego do wybudowania i ustanowienia na rzecz powoda odrębnej własności lokalu kina w Centrum Handlowym (...) z dnia 17 listopada 2005r. mocą której pozwany zobowiązał się do wykonania na rzecz powoda obiektu kinowego w stanie wolnym od wad oraz przekazania go w stanie surowym, celem wykonania prac wykończeniowych;

- brak zgłoszenia przez powoda dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia odpowiedzialności i winy pozwanego za zawilgocenie Sali nr 2, przeciekanie dachu oraz oddanie obiektu do użytkowania z opóźnieniem, skutkuje ustaleniem, iż pozwany nie ponosi odpowiedzialności za szkodę poniesioną przez powoda, gdy tymczasem zarówno zawilgocenie sali kinowej nr 2, przecieki dachu kina, jak i oddanie obiektu do użytkowania z opóźnieniem stanowią

okoliczności między stronami bezsporne, i jak ustalił Sąd Apelacyjny, stanowią przy tym rezultat nienależytego wykonania zobowiązań umownych przez pozwanego, którego obciąża domniemanie winy z art. 471 k.c.;

- przyczyna występowania zawilgocenia Sali kinowej nr 2 jest nieprawidłowe -w świetle panujących warunków hydrologicznych - zaprojektowanie przez architekta powoda posadowienia i zaizolowania budynku Kina; gdy tymczasem strona powodowa wykazała niezbicie dowodami z dokumentów zgłoszonymi już w pozwie, iż zarówno sposób posadowienia, jak i zaprojektowania warstw posadzki sali kinowej był odpowiedni i opierał się na wynikach ówczesnych badań i opinii hydrologicznych przekazanych powodowi przez pozwanego oraz zgodnie z wynikami odkrywki (wykopu kontrolnego) wykonanego podczas realizacji prac projektowych;

- okoliczność, że pozwany ponosi odpowiedzialność za sposób wykonania całego obiektu „(...)”, w tym za zagospodarowanie otoczenia obiektu kinowego i wykonanie drenażu wokół kina, może być ustalona wyłącznie dowodem z opinii biegłego, gdy tymczasem już z treści łączącej strony umowy wynika, że pozwany, w ramach budowy Centrum Handlowego (...), miał wybudować i przekazać powodowi kompletny i sprawny obiekt kinowy, gdyż inwestorem i generalnym projektantem całości Centrum Handlowego był pozwany; a ponadto, jak wykazało postępowanie (dokumenty załączone do sprzeciwu), działający w imieniu pozwanego wykonawca (...) SA, już we wrześniu 2004 r. posiadał wiedzę o podwyższeniu poziomu wód gruntowych, a sam pozwany uznał konieczność wykonania takiego drenażu i z własnej inicjatywy przedstawił powodowi projekt jego wykonania po ujawnieniu się wady sali kinowej nr 2;

- powód nie wykazał, iż to pozwany ponosi odpowiedzialność za opóźnienie w otwarciu kina, gdy tymczasem obiektywne przekroczenie terminu oddania kina do eksploatacji miało miejsce (fakt bezsporny), zaś już z dowodów dołączonych do pozwu wynika, iż to pozwany przejął samodzielnie (eliminując z tego procesu powoda) działania w celu uzyskania pozwolenia na użytkowanie zarówno kina jak i pozostałych głównych obiektów Centrum Handlowego

- powód nie wykazał, iż pozwany ponosi odpowiedzialność za opóźnienie w otwarciu innych, poza kinem, obiektów wchodzących w skład Centrum Handlowego (...) w Ł.;

obrazę art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 233 § 1, poprzez błędne pominięcie przez Sąd Okręgowy w podstawach wydanego w sprawie rozstrzygnięcia oraz zaniechanie wskazania w uzasadnieniu wyroku:

- na jakich przesłankach Sąd oparł twierdzenie o bezzasadności roszczeń powoda w zakresie braku oczekiwanych przychodów wynikających z faktu opóźnienia pozwanego w oddaniu do użytku innych, poza kinem, obiektów znajdujących się w Centrum Handlowym (...)

- z jakich powodów Sąd Okręgowy pominął - nie zakwestionowany przez pozwanego fakt, iż dokonana z udziałem pozwanego odkrywka posadzki w Sali kinowej nr 2 wykazała brak wykonania przez pozwanego szeregu istotnych warstw konstrukcyjnych oraz izolacyjnych posadzki, co było niezgodne z projektem i co rażąco narusza zasady sztuki budowlanej i sprzyja przenikaniu wód gruntowych do wnętrza sali kinowej nr 2,

- z jakich powodów Sąd Okręgowy pominął obiektywnie ujawnioną okoliczność, iż pozwany, w trakcie realizacji prac budowlanych, powziął informację o występowaniu wód gruntowych na poziomie, na którym uprzednio opracowana dokumentacja geotechniczna, występowanie tego zjawiska wykluczała

art. 348 k.p.c. w związku z art. 98 § 1 k.p.c. poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie skutkujące w konsekwencji zasądzeniem od powoda na rzecz pozwanego obowiązku zwrotu opłaty sądowej uiszczonej od sprzeciwu od wyroku zaocznego;

Powód zarzucił również rozstrzygnięciu Sądu I instancji naruszenie przepisów prawa materialnego art. 471 k.c. i 476 k.c., w związku z art. 6 k.c. w zakresie rozkładu ciężaru dowodu; art. 361 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie do roszczeń powoda, objętych żądaniem pozwu w zakresie odszkodowania z tytułu obniżenia przychodów i utraconych korzyści:

Skarżący wniósł o uzupełnienie postępowania dowodowego poprzez dopuszczenie dowodu z dodatkowej opinii kolejnego biegłego z zakresu budownictwa lądowego i hydrologii - na okoliczności wskazane w zarzutach apelacji oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność wskazaną w pozwie oraz opinii biegłego z zakresu marketingu i sprzedaży na okoliczność wskazaną w pozwie.

W konsekwencji wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i utrzymanie wyroku zaocznego w mocy ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz o przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji wraz z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach procesu.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje.**

Z apelacją powoda należy się zgodzić o ile stawia Sądowi I instancji zarzut nierozpoznania istoty sprawy będący konsekwencją błędu w rozkładzie ciężaru dowodu i oceny dowodu z opinii biegłego.

Na wstępie należy wskazać, że zawarte w pozwie odwołania strony powodowej do wykonania umowy niezgodnie z projektem, jako przyczyny zaistniałych wad, mogły wprowadzić konfuzję w zakresie ustalenia okoliczności faktycznych dotyczących nienależytego wykonania przez pozwanego umowy. Należy jednak zgodzić się ze skarżącym, że łącząca strony umowa była umową rezultatu i nie sprowadzała się li tylko do wykonania kina zgodnie z projektem, ale również do wykonania obiektu wolnego od wad. Trudno za taki obiekt uznać przekazanie powodowi kina z przeciekającym dachem i podłogą w sali kinowej Nr 2. Trafnie zatem powód wskazuje, że fakt zaistnienia wad był pomiędzy stronami niesporny. Strony różniły się we wskazaniu podmiotu odpowiedzialnego za zaistnienie tych wad. Skoro zatem, stosownie do treści art. 471 k.c., ciężar dowodu w zakresie braku odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy – oddanie obiektu z wadami – spoczywa na dłużniku, słusznie powód zarzuca Sądowi I instancji naruszenie prawa materialnego w zakresie zastosowanego rozkładu ciężaru dowodu (art. 471 k.c. w zw. z art. 6 k.c.).

Ustalając, że projekt został sporządzony nieprawidłowo Sąd I instancji oparł się na opinii biegłego K. G. (2) (k.1495-1497). Skarżący kwestionując przedmiotowy dowód wskazał na skrótowość i brak rzetelności opracowanej opinii oraz brak analizy i znajomości zgromadzonych w aktach dokumentów, a w konsekwencji powstanie szeregu istotnych wątpliwości, których biegły nie był w stanie wyjaśnić podczas ustnego przesłuchania na rozprawie. Poszerzając swoje zarzuty w uzasadnieniu skarżący wskazał na okoliczność, że biegły nie potrafił scharakteryzować szczegółowo uwarunkowań geotechnicznych, które zostały przyjęte, ani poziomu występowania wód gruntowych w otworach, rzędnych posadowienia posadzki sali kinowej nr 2, miejsc dokonania poszczególnych odwiertów kontrolnych a nadto rozwiązań materiałowych i technicznych, które zostały przewidziane w warstwach izolacyjnych w projekcie budowlanym.

Analizując opinię biegłego zarówno pisemną jak i wyjaśnienia przedstawione na rozprawie, sąd odwoławczy nie znalazł odpowiedzi na podnoszone przez powoda zarzuty, tym samym postawiony zarzut naruszenia art. 286 k.p.c. należy uznać za zasadny, a żądanie przez powoda dopuszczenia dowodu z innego biegłego na te same okoliczności było usprawiedliwione.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że sama okoliczność, iż projekt, za który powód ponosi odpowiedzialność nie przewidywał rozwiązań hydroizolacyjnych nie oznacza uwolnienia się pozwanego od odpowiedzialności. Pamiętać bowiem należy o treści art. 651 k.c., który będzie miał w niniejszej sprawie zastosowanie. Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W przedmiotowym stanie faktycznym to pozwany wykonując obiekt miał wiedzę na temat faktycznego poziomu wód gruntowych i to na nim spoczywał obowiązek zwrócenia powodowi uwagi, że wykonanie obiektu zgodnie z projektem spowoduje przeciekanie posadzki. Na potrzebę zgłoszenia takich zastrzeżeń zwraca uwagę również biegły w swojej opinii.

Konsekwencją zastosowania nienależytego rozkładu ciężaru dowodu jest nieprawidłowa ocena wniosków powoda o przeprowadzenie dowodu biegłego na okoliczność „czy pozwany swoim działaniem jako Generalny Projektant, Inwestor i Wykonawca całości zespołu obiektów Centrum Handlowego (...), poprzez nieumiejętne utwardzenie powierzchni terenu oraz zaniechanie wykonania drenażu opaskowego wokół budynku naruszył i pogorszył stosunki wodne w gruncie doprowadzając w okresie późniejszym do podniesienia wód gruntowych pod budynkiem kina i w efekcie do zalania sali kinowej nr 2”. W sytuacji, gdy na skutek przeprowadzonego dowodu z opinii biegłego, niezależnie od oceny prawidłowości tego dowodu, potwierdzono tezę, że projekt był nieprawidłowy, ujawniła się potrzeba zbadania przyczyn podniesienia się poziomu wód gruntowych. Tym samym skarżący prawidłowo stawia Sądowi I instancji zarzut naruszenia art. 479 (12) § 1 k.p.c. w tym zakresie.

Analizując odpowiedzialność pozwanego w zakresie wad dachu, nie sposób zgodzić się z Sądem I instancji, że pozwany uwolnił się od odpowiedzialności za przedmiotowe wady. Na okoliczność zaistnienia wady dachu powód przedstawił dowód w postaci protokołu przekazania i odbioru budynku i protokołów usterek, w których potwierdzono zaistnienie wady. Nie sposób zgodzić się z argumentacją Sądu I instancji, że w toku postępowania nie zostało wykazane, że przyczyną przeciekania przedmiotowego dachu było nieprawidłowe wykonanie prac przez pozwaną spółkę. Podkreślić należy, że pozwany zobowiązał się wybudować zadaszony obiekt, a co za tym idzie dach tego obiektu, aby spełniał swoją funkcję, powinien być szczelny. Już to świadczy o nienależytym wykonaniu umowy przez pozwanego. W świetle rozkładu ciężaru dowodu z art. 471 kc. to na pozwanym spoczywa ciężar dowodu, że nie ponosi odpowiedzialności za zaistniałe nieszczelności. Tym samym nie jest trafna argumentacja Sądu, że wobec zaprzeczeniu tej okoliczności przez pozwaną, także ta okoliczność – w myśl art. 6 k.c. – winna zostać udowodniona przez powoda. Zasadnie Sąd I instancji wskazuje, że bez wiadomości specjalnych nie sposób ocenić, jaka była faktyczna przyczyna przeciekania dachu, jednakże to pozwanego należy obciążyć negatywnymi konsekwencjami zaniechania inicjatywy dowodowej.

Zasadnie również skarżący stawia Sądowi I instancji zarzut naruszenia art. 6 k.c. w zakresie w jakim Sąd ów wskazuje, że powód nie udowodnił, iż pozwany ponosi odpowiedzialność za opóźnienie w spełnieniu świadczenia. Pamiętać należy, że zgodnie z treścią art. 476 k.c. dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Skoro w przedmiotowej sprawie niesporne jest, że pozwany spełnił świadczenie ponad półtora miesiąca po terminie, wobec domniemania zwłoki wynikającego z art. 476 k.c., to na nim spoczywa ciężar wykazania, że za zaistniałe opóźnienie odpowiedzialności nie ponosi. W aspekcie tak rozłożonego ciężaru dowodu należy ocenić zatem odpowiedzialność pozwanego za ewentualną szkodę wynikłą z opóźnienia w oddaniu obiektu kina i całej (...).

Nietrafny natomiast jest zarzut stawiany Sądowi, że nie dopuścił dowodów z dokumentów dołączonych do pisma z dnia 20 września 2011 roku, w sytuacji gdy sąd prawidłowo, w oparciu o treść umowy załączonej do akt, ustalił, że zakres kary umownej nie obejmuje odszkodowania dotyczącego opóźnień i wad powstałych po podpisaniu umowy z dnia 17 listopada 2005r.

W tym zakresie Sąd Odwoławczy w całości podziela ustalenia faktyczne i ocenę prawną dokonaną przez Sąd I instancji i przyjmuje ją za własną, a powtarzanie przytoczonej argumentacji jest zbędne. Powołane przez powoda dokumenty na powyższą okoliczność, niezależnie od oceny tego czy są spóźnione, czy też nie, niewątpliwie są zbędne dla dokonania wykładni umowy stron.

Wszystkie powyższe uchybienia prowadzą do wniosku, że Sąd nieprawidłowo rozkładając ciężar dowodu nietrafnie ocenił odpowiedzialność pozwanego za ewentualnie zaistniałą szkodę. Konsekwencją oddalenia wniosków dowodowych na okoliczność wysokości szkody jest nieustalenie jej rozmiaru, co więcej nie rozpoznanie zarzutów pozwanego dotyczących wysokości żądanego przez powoda odszkodowania. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Sąd nie rozpoznał istoty sprawy, a tym samym orzeczenie podlega uchyleniu.



Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd I instancji przeprowadzi ponowny dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa lądowego i hydrologii na okoliczność ustalenia czy rozwiązania techniczne i materiałowe zastosowane w projekcie budowlanym zamiennym do decyzji (...) z dnia 15 czerwca 2004 r. Centrum handlowo - usługowo - rekreacyjnego (...), w części dotyczącej przebudowy i rozbudowy budynku (...) i (...), w aspekcie dokumentacji geotechnicznej, którą powód dysponował na dzień sporządzenia projektu budowlanego, zawartej w tomie II cz. B budynków (...) Centrum handlowo usługowo - rekreacyjnego „ (...) ” grudzień 2003, były prawidłowe i zapewniały właściwe, w tym czasie (na dzień opracowania projektu budowlanego), zabezpieczenie izolacyjne Sali kinowej nr 2 w , a tym samym, czy rozwiązania te były wystarczające ze względu na ówczesne warunki hydrologiczne;

ponadto na nową okoliczność - czy pozwany swoim działaniem jako Generalny Projektant, Inwestor i Wykonawca całości zespołu obiektów Centrum Handlowego (...), poprzez utwardzenie powierzchni terenu oraz zaniechanie wykonania drenażu opaskowego wokół budynku naruszył i pogorszył stosunki wodne w gruncie doprowadzając w okresie późniejszym do podniesienia wód gruntowych pod budynkiem kina.

Sąd Okręgowy dopuści również dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność rozmiaru i wysokości szkody powoda związanej z koniecznością wykonania dodatkowych prac na dachu kina oraz w sali kinowej nr 2, który został zgłoszony w pozwie oraz z opinii biegłego z zakresu marketingu i sprzedaży na okoliczność rozmiaru i wysokości szkody z tytułu utraconych korzyści związanych z opóźnieniem w otwarciu kina, opóźnieniem w otwarciu Centrum Handlowego (...), stratą związaną z wyłączeniem z użytkowania sali kinowej nr 2 za okres do dnia 31 maja 2008 r., szkody związanej z podziałem rynku, reklamą i utraconą renomą który został zgłoszony w pozwie.

Po przeprowadzeniu powyższych dowodów z uwzględnieniem zarzutów pozwanego w zakresie wysokości szkody, Sąd I instancji ponownie oceni odpowiedzialność pozwanego przy zastosowaniu rozkładu ciężaru dowodu wynikającego z art. 471 k.c., tj. że to pozwany ma udowodnić, iż nie ponosi odpowiedzialności za zaistniałe wady, zwłaszcza w kontekście treści art. 651 k.c. Oceniając odpowiedzialność za opóźnienie w spełnieniu świadczenia Sąd uwzględni rozkład ciężaru dowodu wynikający z domniemania winy pozwanego –art. 476 k.c.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżone orzeczenie przekazując sprawę Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania. Sąd Apelacyjny, stosownie do dyspozycji art. 108 §2 k.p.c., pozostawił temu Sądowi rozstrzygnięcie kosztach procesu za II instancję.