

Sygn. akt **XXVI GC 57/18**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 października 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXVI Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Łukasz Klimowicz
Protokolant:	Paulina Ber

po rozpoznaniu w dniu 25 września 2018 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa **S. B.**

przeciwko **Gminie Miejskiej L.**

o zapłatę

I. zasądza od pozwanej Gminy Miejskiej L. na rzecz powoda S. B. kwotę 99 860 złotych (dziewięćdziesiąt dziewięć tysięcy osiemset sześćdziesiąt złotych) wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia 15 kwietnia 2016 roku do dnia zapłaty;

II. ustala, iż powód S. B. wygrał w 100% - przy czym szczegółowe wyliczenie kosztów postępowania – powierza Referendarzowi sądowemu.

Sygn. akt XXVI GC 57/18

UZASADNIENIE

W dniu 19 stycznia 2017 r. powód S. B. złożył pozew o zapłatę z żądaniem zmniejszenia kary umownej wnosząc o orzeczenie nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym, aby pozwany Gmina Miejska L. zapłaciła na rzecz powoda S. B. kwotę 99.860,00 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej za opóźnienie liczonymi od dnia 15 kwietnia 2016 r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu według norm przepisanych, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu pozwu strona powodowa wskazała, że w dniu 27 sierpnia 2014 r. powód zawarł z pozwanym umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych polegających na budowie budynku wielorodzinnego przy ul. (...) w L. o powierzchni użytkowej 2.413,30 m⁽²⁾ i kubaturze 9.709,63 m⁽³⁾ z zaprojektowanymi 39 mieszkaniami i 1 lokalem usługowo biurowym oraz komórkami lokatorskimi. Powód wskazał, że wynagrodzenie powoda z tytułu wykonania przedmiotu umowy zostało ustalone w kwocie (...) zł brutto. W umowie (§ 16 umowy) zostały zastrzeżone następujące kary umowne za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez powoda:

- za odstąpienie od umowy z przyczyn nie leżących po stronie zamawiającego w wysokości 10 % wynagrodzenia;
- za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,3 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki;

- za zwłokę w usunięciu ewentualnych wad przedmiotu umowy – w wysokości 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki;
- za brak zapewnienia stałego prowadzenia budowy przez kierownika budowy – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia za każdy dzień braku nadzoru kierownika budowy;
- za brak zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia za każde takie zdarzenie;
- za nieprzedłożone do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia za każde takie zdarzenie;
- za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia za każdą umowę o podwykonawstwo;
- za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty w wysokości 0,1 % wynagrodzenia za każde takie zdarzenie;
- za zatajenie przed zamawiającym faktu zatrudnienia podwykonawcy – w wysokości 2 % wynagrodzenia;
- za przekroczenie terminu złożenia harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz za przekroczenie terminu usunięcia usterek tego harmonogramu – w wysokości 0,1% wynagrodzenia.

Powód podał, że wykonał przedmiot umowy terminowo oraz zgodnie ze sztuką budowlaną, projektem i umową. Pozwany odebrał roboty budowlane nie zgłaszając do nich zastrzeżeń. Pozwany nie poniósł żadnej szkody z tytułu wykonywania umowy przez powoda (w tym w związku z wykonaniem robót objętych umową przez Pana T.).

Powód wskazał, że z tytułu końcowego rozliczenia umowy powód wystawił fakturę VAT nr (...) z dnia 15 marca 2016 r. Powód podał, że pismem z dnia 27 stycznia 2016 r. Zastępca Prezydenta Miasta L. poinformował powoda o tym, że w dniu 22 października 2015 r. do Urzędu Miasta L. wpłynęło pismo Pana A. T. (1) informujące pozwanego (jako inwestora), że Pan A. T. zgłosił się jako podwykonawca powoda na budowie IV budynku przy ul. (...) w L. oraz, że nie została mu wypłacona w całości należność za wykonanie tynków cementowo-piaskowych i gipsowych. Zgłoszenie Pana A. T. miało miejsce przed wykonaniem przez powoda wszystkich robót budowlanych objętych umową. Strona powoda wskazała, że w dacie zgłoszenia się tj. 22 października 2015 r. przez Pana A. T., jako powykonawanie przez niego roboty nie były zakończone. Przed końcowym odbiorem robót powoda, ten uregulował wszelkie kwestie formalne w zakresie współpracy z Panem A. T..

Powód podał, że pismem z dnia 27 stycznia 2016 r. Zastępca Prezydenta Miasta L. poinformował powoda o naliczeniu kary umownej w wysokości 99.860,00 zł za zatajenie przed pozwanym, jako zamawiającym faktu zatrudnienia podwykonawcy. W związku z informacją o naliczeniu przez pozwanego kary umownej w wysokości 99.860,00 zł i informacją pozwanego o zatrzymaniu dalszej kwoty w wysokości 129.194,10 zł, powód zmuszony został zaciągnąć kredyt obrotowy w celu finansowania bieżącej działalności gospodarczej. Z tytułu końcowego rozliczenia umowy pozwany nie zapłacił powodowi wynagrodzenia w wysokości 99.860,00 zł powołując się na karę umownej. Pozwany nie wzywał powoda do zapłaty kwoty 99.860,00 zł i nie składał dalszych oświadczeń w zakresie kwoty 99.860,00 zł.

Strona powodowa wskazała na bezzasadność naliczenia przez pozwanego kary umownej żądając wypłacenia należnego mu wynagrodzenia, oraz wskazał, że kara umowna jest rażąco wygórowana. Powód wniósł o jej miarkowanie.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa w całości, jako oczywiście bezzasadnego, oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów postępowania w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odpowiedzi na pozew strona pozwana wskazała, że nie uznaje powództwa kwestionując powództwo zarówno, co do zasady jak i co do wysokości. Pozwana zaprzeczyła wszelkim twierdzeniom i oświadczeniom powoda, poza wyraźnie przyznanymi.

Pozwana podała, że do dnia wpływu do Urzędu Miasta L. pisma A. T. (1) z dnia 22 października 2015 r. pozwana nie miała wiedzy, że prace w ramach inwestycji będącej przedmiotem umowy powód realizuje przy pomocy podwykonawcy. Powód pomimo ciężącego na nim obowiązku w żaden sposób nie poinformował inwestora ani o zamiarze wykorzystywania do realizacji umowy podwykonawcy, ani o faktycznym dopuszczeniu tego podmiotu do wykonywania czynności. Pozwana wskazała, że okoliczność ta nie wynikała ani z wpisów dzienniku budowy, ani z odbiorów wykonanych robót, ani z jakichkolwiek innych czynności dokonanych w toku procesu inwestycyjnego.

Strona pozwana zaznacza, że w ramach nadzoru inwestorskiego nie było możliwe faktyczne rozróżnienie wśród osób pracujących na budowie pracowników wykonawcy i podwykonawcy. Tym samym inwestor nie był świadomy ani kto został wpuszczony na teren jego budowy, ani jakie czynności i w jakim zakresie realizuje. Zdaniem pozwanej z uwagi na powyższe jak najbardziej uprawnione jest twierdzenie, że w stanie faktycznym sprawy doszło do zatajenia przez wykonawcę przed zamawiającym faktu zatrudnienia podwykonawcy, czyli że spełniona została przesłanka naliczenia kary umownej określona w § 16 ust. 1 lit. i) umowy.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny istotny dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu.

Strony postępowania w dniu 27 sierpnia 2014 r. zawarły umowę nr (...), którą powód zobowiązał się do wykonania roboty budowlanej polegającej na budowie budynku wielorodzinnego przy ul. (...) w L. o powierzchni użytkowej – 2.413,30 m⁽²⁾ i kubaturze – 9.709,63 m⁽³⁾ z zaprojektowanymi 39 mieszkaniami i 1 lokalem usługowo-biurowym oraz komórkami lokatorskimi. Przedmiot zamówienia obejmował wykonanie budynku mieszkalnego wielorodzinnego 2-klatowego o konstrukcji tradycyjnej, ze ścianami murowanymi, dwuwarstwowymi i spadzistym dachem krytym dachówką, podpiwniczonego o czterech kondygnacjach naziemnych, bez wind, wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Przedmiot zamówienia należało wykonać zgodnie z projektami budowlano-wykonawczymi, przedmiarami robót, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, zwaną w dalszej treści umowy STWiOR, specyfikacją istotnych warunków zamówienia SIWZ. (k. 19-31)

Zgodnie z § 8 ww. umowy za wykonanie przedmiotu umowy w zakresie określonym w § 1 strony zgodnie ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy wynikające z oferty w wysokości (...) zł brutto, w tym należny podatek VAT. W roku 2014 wynagrodzenie wykonawcy nie może przekroczyć kwoty (...) zł brutto (k. 21).

Zgodnie z § 16 ust. 1 pkt 1 lit. i) ww. umowy strony ustaliły odpowiedzialność za nie wykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w formie kar umownych w przypadku zatajenia przed zamawiającym faktu zatrudnienia podwykonawcy w wysokości 2% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust 1. (k. 29)

Strony podpisały końcowy odbiór robót, w którym stwierdzono, że wybudowano budynek wielorodzinny przy ul. (...) w L. z zaprojektowanymi 39 mieszkaniami i 1 lokalem usługowo-biurowym oraz komórkami lokatorskimi, o następującej charakterystyce: budynek mieszkalny wielorodzinny 2-klatkowego o konstrukcji tradycyjnej, ze ścianami murowanymi, dwuwarstwowymi i spadzistym dachem krytym dachówką, podpiwniczony, o czterech kondygnacjach naziemnych, bez wind, wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Stwierdzono również, że budynek wykonany zgodnie z dokumentacją projektową i można go przekazać do eksploatacji (k. 41-42).

Strona powodowa wystawiła fakturę VAT nr (...) za wykonaną pracę na podstawie umowy nr (...) (k. 43).

W dniu 20 listopada 2015 r. pozwany w odpowiedzi na pismo A. T. (1) wskazała, że nie może zaakceptować go jako podwykonawcy powoda, gdyż roboty zostały już zakończone i odebrane (k. 44).

Powód podpisał z podwykonawcą A. T. (1) w dniu 1 lipca 2015 r. umowę o roboty tynkarskie, w której podwykonawca zobowiązał się do wykonania tynków cement-wapno i tynków gipsowych kategorii 3 wg P.N. B10-110 z materiałem (k. 50-54).

Pozwany wystosował pismo do powoda w dniu 27 stycznia 2016 r., w którym poinformował go, że zgodnie z § 16 ust. 1 pkt 1 lit i) umowy nr (...), za zatajenie przed zamawiającym faktu zatrudnienia podwykonawcy, naliczamy karę w wysokości 99.860,00 zł, która zgodnie z § 16 ust. 2 zostanie potrącona z wystawionej przez T.-B. faktury. Wysokość należnego wynagrodzenia wynikającego z wystawionej faktury zostanie również pomniejszona o kwotę 129.194,10 zł, która zostanie przekazana do depozytu jako zabezpieczenie spornej należności dla podwykonawcy (k. 55).

Powód pismem z 2 marca 2016 r. poinformował pozwanego, że A. T. (1) nie posiada względem powoda żadnych wymagalnych wierzytelności z tytułu umowy. Firma (...) dokonała na rzecz A. T. (1) zapłaty całego należnego wynagrodzenia z tytułu umowy (k. 61).

Strona powodowa wezwała do zapłaty pozwanego kwoty 99.860,00 zł tytułem części należnego wynagrodzenia powoda ujętego w fakturze VAT nr (...) z dnia 15 marca 2016 r. za wykonane przez powoda, na podstawie umowy nr (...) zawartej w dniu 27 sierpnia 2014 r. pomiędzy powodem a pozwanym, o roboty budowlane w ramach budowy budynku wielorodzinnego przy ul. (...) w L. wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 15 kwietnia 2016 r. do dnia zapłaty (k. 64-66).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o wyżej wymienione dokumenty załączone do pozwu i dalszych pism procesowych oraz niekwestionowane twierdzenia stron. Sąd dał wiarę dowodom z dokumentów, ponieważ ich autentyczność nie budzi najmniejszej wątpliwości pod względem wiarygodności. Strony nie kwestionowały ani ich ważności, ani ich treści, wywodząc z nich inne stany faktyczne. Ponadto dokumenty te wzajemnie ze sobą korelowały pozwalając stworzyć chronologiczny i spójny obraz stanu faktycznego sprawy.

Podstawą ustalonego w sprawie stanu faktycznego były także okoliczności bezsporne, które zgodnie z treścią art. 229 k.p.c., nie wymagały dowodu.

Sąd oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka A. T. (1) (k. 201) z uwagi na to, że okoliczności, na które miał zostać słuchany świadek zostały przedstawione w dołączonej do akt dokumentacji, a więc przesłuchanie świadka stało się zbędne. Ponadto okoliczności, o jakich świadek miałby dowodzić, nie były sporne pomiędzy stronami. Powód nie kwestionował faktu, iż to świadek poinformował pozwanego swym pismem o prowadzeniu prac na budowie, faktu zgłoszenia pismem się podwykonawcy do pozwanego, jak również daty tego pisma i okoliczności powzięcia wiedzy o A. T. (1), jako osoby pracującej budowie przez Gminę Miejską L..

Sąd dopuścił dowód z przesłuchania stron na okoliczność prawidłowości wykonania umowy, jej bezusterkowości, okoliczności naliczenia kary umownej i jej wysokości. Ponadto na okoliczność zatrudnienia A. T. (1), dowiedzenia się o jego zatrudnieniu i okoliczności zastrzeżenia kary umownej z tytułu zatajania przez wykonawcę faktu zatrudnienia podwykonawców (k. 200-202).

Sąd ustalił powyższy stan faktyczny na podstawie bezspornych twierdzeń stron, mając na względzie dyspozycje art. 229 k.p.c. i 230 k.p.c., oraz na podstawie złożonych przez strony kserokopii dokumentów, które uznał za wiarygodne, a których prawdziwość strony nie kwestionowały.

Sąd zważył, co następuje.

Powództwo zasługiwało na uwzględnienie w całości.

Strony postępowania podpisały między sobą umowę o roboty budowlane, w której zastrzegli kary umowne tj. naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają – poza

art. 483 k.c. – także przepisy o charakterze imperatywnym. Ocena skuteczności postanowienia umownego kreującego obowiązek zapłaty kary umownej podlega zatem kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów (art. 353¹ k.c.), obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 k.c.; por. np. wyr. SN z 11.1.2008 r., V CSK 362/07, OSP 2012, Nr 7–8, poz. 76; powołane wyżej wyr. SA w Poznaniu z 11.12.2013 r., I ACa 1029/13; wyr. SA w Gdańsku z 14.5.2013 r., I ACa 174/13; wyr. SA w Krakowie z 9.6.2017 r., I ACa 62/17, Legalis; wyr. SA w Białymstoku z 30.11.2016 r., I ACa 491/16, Legalis; wyr. SA w Warszawie z 28.1.2016 r., I ACa 253/15, Legalis; wyr. SN z 26.10.2016 r., III CSK 312/15, Legalis; ponadto P. Drapała, w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 1168; J. Jastrzębski, Glosa do wyr. SN z 13.7.2005 r., I CK 67/05 i do wyr. SN z 18.8.2005 r., V CK 90/05).

Zauważyć należy, iż na gruncie przepisów kodeksu cywilnego kara umowna ma przede wszystkim funkcje kompensacyjną. Przejawia się ona w tym, że kara umowna stanowi dla wierzyciela surogat odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Mimo, że wystąpienie szkody nie jest warunkiem dochodzenia kary umownej, postuluje się by strony, ustalając wysokość kary brały pod uwagę jej zasadniczo kompensacyjny charakter (funkcja delimitacyjna kary). Kara umowna będąca przedmiotem niniejszego postępowania w żadnym razie nie pełni funkcji kompensacyjnej. Celem kary umownej nie może być uzyskanie przysporzenia przez uprawnionego do kary, gdyż byłaby to ukryta darowizna lub inna czynność (zapis o karze służyłby ukrywaniu darowizny lub innej czynności). Zastrzeżenie kary jest skutecznej, jeżeli strony zakładają, że zobowiązany wykona swoje zobowiązanie niepieniężne. Kara umowna ma dwa celem. Po pierwsze służy wyegzekwowaniu obowiązku świadczenia niepieniężnego (groźba kary ma skłaniać zobowiązanego do wykonania świadczenia, nawet jeśli pojawiają się trudności z jego wykonaniem) Po drugie kara stanowi zryczałtowane odszkodowanie za niewykonanie zobowiązania niepieniężnego, tzn. jej celem jest uniknięcie dowodzenia wysokości szkody.

Ważnym zadaniem kary umownej jest zabezpieczenie wykonania zobowiązania, tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Takie oddziaływanie można określić mianem funkcji stymulującej kary umowy, bowiem jej zastrzeżenie ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Kara umowna w tym zakresie służy ochronie interesów prawnych wierzyciela (zapobieganie niewykonaniu zobowiązania). Stymulująco może działać wysokość kary umownej, wybrany rodzaj kary, a także względ na łatwość dochodzenia tego świadczenia.

W niniejszej sprawie inwestor nie wykorzystał prawa do kary umownej do żadnego z tych celów.

Zażądanie kary po ostatecznym odbiorze budynku nie służyło wyegzekwowaniu od wykonawcy obowiązku uzyskiwania zgody na podwykonawców. Nie służyło także naprawieniu szkody, gdyż inwestor nie wskazał żadnej szkody ani niebezpieczeństwa powstania szkody. Ponadto nie sposób jest uznać, że celem kary było zapewnienie inwestorowi należytej, jakości wykonania umowy. Po pierwsze z samego faktu zatrudnienia podwykonawcy nie wynika zła, jakość wykonania, którą de facto (co rzecz jasna nie nastąpiło) można również przypisać choćby pracownikom powoda, który jak ustalono sam nie wykonywał wszystkich prac, a nadto w § 6 łączącej umowy w ust. 4 powód obligował się do odpowiedzialności za działania innych osób. Ponadto jak ustalono sam usuwał wady i usterki, co do których jakości pozwany nie miał zastrzeżeń i w konsekwencji odebrała całą inwestycję.

Zauważyć należy, iż przedmiotowa kara umowna pełni, w założeniu, przede wszystkim funkcję represyjną. Jest sankcją cywilnoprawną za naruszenie umowy.

W piśmiennictwie podkreśla się, że represyjny charakter kary umownej uwypukla się wtedy, gdy strony zawierając umowę ustalają karę umowną w wysokości przekraczającej wartość potencjalnej szkody, która może w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Represyjna funkcja kary wyraża się przede wszystkim w tym, że obowiązek zapłaty kary ma charakter bezwzględny, to znaczy istnieje również wtedy, gdy w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, wierzyciel w ogóle nie poniósł szkody.

Jednakże jak wynika z treści art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. konieczną przesłanką naliczenia kary umownej jest zawsze niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Niewykonaniem zobowiązania jest brak spełnienia świadczenia przy jednoczesnym istnieniu okoliczności wyłączających jego spełnienie w przyszłości.

Kodeks cywilny zawiera cztery rodzaje niewykonania zobowiązania – są to niemożliwość świadczenia, za którą dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, niemożliwość świadczenia, za którą dłużnik ponosi odpowiedzialność, opóźnienie i zwłoka (czyli: opóźnienie zwykłe, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności oraz kwalifikowane, za które ponosi odpowiedzialność). Nienależyтым wykonaniem zobowiązania będzie sytuacja, gdy świadczenie zostanie wprawdzie spełnione, lecz nie będzie ono prawidłowe, gdyż odbiegało będzie w jakimś stopniu większym lub mniejszym, od świadczenia wymaganego (zob. art. 353 i art. 354 k.c.). Innymi słowy – z przypadkiem nienależytego wykonania zobowiązania będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy wprawdzie świadczenie zostanie spełnione, lecz interes wierzyciela nie zostanie zaspokojony w sposób wynikający z treści zobowiązania. Przy czym każde, nawet najłżejsze uchybienie zobowiązaniu przez dłużnika bez względu na to, na czym by ono polegało, stanowić będzie nienależyte wykonanie (por. przegląd piśmiennictwa – Agnieszka Rzetecka Gil, Kodeks cywilny, Komentarz do art. 471 k.c. Lex/El., 2011). Z kolei w orzecznictwie przyjęto, że nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce wtedy, gdy zachowanie dłużnika zmierzało do spełnienia świadczenia, jednak osiągnięty przez niego wynik nie spełnia wymogów świadczenia, do którego dłużnik był zobowiązany (wyrok SA w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009 r., V ACa 88/09, LEX nr 523881).

Jak z tego wynika pojęcie niewykonania zobowiązania jest szerokie. Mimo to zapis przewidujący karę umowną dla wykonawcy za powierzenie robót podmiotom nieobjętym umową, bez pisemnej zgody inwestora, budzi zastrzeżenia, co do swej ważności, tj. zgodności z przepisami art. 483 i 484 k.c. w zw. z art. 471 k.c. Zapis § 6.3 umowy odrywa się całkowicie od kompensacyjnej funkcji kary umownej, która jest istotą tej instytucji. Stosownie do treści art. 483 § 1 k.c. kara umowna służy naprawieniu szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Pozostałe funkcje kary mają pomocnicze znaczenie. Umowa z dnia 27 sierpnia 2014 r., zawiera w § 16-tym, klauzule dotyczące kary umownej za niewykonanie, lub nienależyte wykonanie umowy. Zakres odpowiedzialności dłużnika z tytułu kar umownych wiąże się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c. Z tego też względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej są określane przez przyzmat ogólnych zasad kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, przy czym stosownie do art. 484 § 1 k.c. kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Z przepisu art. 471 k.c. wynika domniemanie, iż nie wykonując lub nienależycie wykonując zobowiązanie, dłużnik działa w sposób zawiniony (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 17 listopada 2017 r., I ACa 450/17, LEX nr 2412756). Podstawą naliczenia kar są tu zwłoka w wykonaniu umowy, naprawieniu usterek i przeprowadzeniu odbiorów, czy też zawinione odstąpienie od umowy. Wykonanie robót przez podmiot, którego inwestor nie zaaprobował, w formie przewidzianej umową, ze swej istoty nie jest źródłem szkody. Pomiędzy nieprawidłowym aktem zatrudnienia podwykonawcy a szkodą brak jest jakiegokolwiek relacji przyczynowo-skutkowej. Źródłem potencjalnej szkody może być natomiast opieszale bądź niezgodne ze sztuką zawodu działanie danego podwykonawcy. Tego rodzaju nienależyte wykonanie zobowiązania obciąża względem inwestora samego wykonawcę i zostało w umowie obwarowane stosownymi karami umownymi (np. za zwłokę w wykonaniu zobowiązania). W tym kontekście naruszenie zakazu powierzenia robót podwykonawcy bez zgody inwestora – choć jest naruszeniem umowy – nie stanowi jednak, jak się zdaje nienależytego wykonania umowy, które może być obwarowane sankcją kary umownej. Postanowienie zawarte w § 16 i) umowy stanowi superfluum dublujące odpowiedzialność pozwanego i jako takie jest niedopuszczalne w świetle art. 483 § 1 k.c.

Nawet gdyby przyjąć, że brak jest podstaw by a limie wykluczyć ważność przedmiotowego postanowienia umowy, to uznać należy, że realizacja uprawnienia pozwanego do naliczenia kary nastąpiła w takich okolicznościach faktycznych, które wykluczają istnienie po jego stronie prawa podmiotowego tamującego zgłoszone w pozwie roszczenie procesowe. Skoro generalną regułą jest, że wszystkie prawa podmiotowe korzystają z ochrony prawnej, to odmowa udzielenia poszukiwanej ochrony musi być uzasadniona zajściem okoliczności rażących i nieakceptowanych ze względów aksjologicznych czy celowościowych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 11 maja 2018 r., I ACa 55/18, LEX 2534390). Sąd wskazuje, iż naliczenie kar umownych przez inwestora w niniejszej sprawie stanowi nadużycie prawa podmiotowego w rozumieniu art. 5 k.c. Budynek został wykonany w całości, ustereki usunięte, podwykonawca rozliczony – a pozwany w swoisty sposób bez wezwania do zapłaty naliczonej kary – stosuje zatrzymanie kwoty odpowiadającej naliczeniu kary umownej za zatajenie podwykonawcy, co do którego ów fakt zatajenia nie został w sprawie jednoznacznie wykazany. Pozwany nie wskazał żadnych świadków z nadzoru budowlanego, którzy by

potwierdzili, że zatrudniając podwykonawcę powód miał na celu pokrzywdzenie pozwanego. Zastrzeżenie kary umownej ma jedynie takie znaczenie, że wierzyciel dochodząc tej kary nie musi udowadniać faktu istnienia szkody i jej wysokości, niemniej jednak przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej jest także szkoda wyrządzona wierzycielowi na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, dlatego też jeżeli tylko dłużnik zdoła udowodnić zupełny brak szkody wierzyciela, to w konsekwencji wykaże też, iż kara umowna nie przysługuje (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 września 2017 r., I ACa 259/17 LEX nr 2415290). Konstrukcja nadużycia prawa, przewidziana w przepisie art. 5 k.c., oznacza, że jeżeli uzna się wykonywanie przysługującego prawa podmiotowego za niezgodne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego, to takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony; innymi słowy przestaje ono istnieć, czego konsekwencją jest usprawiedliwione odmówienie jego ochrony (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2018 r., I ACa 159/17).

Działanie pozwanego stanowiło tu oczywistą retorsję. Naliczenie kary nastąpiło tak naprawdę po wezwaniu pozwanego przez powoda do zapłaty wynagrodzenia – wskazanej w fakturze. Samo zaś grożenie naliczeniem kary umownej w piśmie z dnia 27 stycznia 2016 r., nie spełnia walorów prawidłowości naliczenia kary. Tego rodzaju działanie w oczywisty sposób nie realizuje żadnej z funkcji kary umownej, ma jedynie na celu uzyskanie przez pozwanego dodatkowego przysporzenia. Postępowanie pozwanego narusza zasady lojalności kontraktowej i uczciwości kupieckiej, niezależnie od tego czy twierdzenie pozwanego o braku wiedzy o działalności podwykonawców są prawdziwe czy też nie.

Kończąc wywód gwoli ścisłości wskazać należy, iż pozwany nie dokonał faktycznego potrącenia kary umownej, a jedynie bezpodstawnie jak wskazano wyżej zatrzymał kwotę wynagrodzenia przysługującą powodowi za wykonanie robót budowlanych w wysokości odpowiadającej karze umownej za zatajenie podwykonawcy. Nie mniej jednak, by móc skorzystać z prawa otrącenia, pozwany winien wezwać powoda do zapłaty kary umownej, a następnie po bezskutecznym upływie terminu do jej zapłaty – dokonać stosownego potrącenia roszczenia wymagalnego, ale wymagalnego dopiero po wezwaniu z uwagi na dyspozycję art. 455 k.c. Pismo pozwanego z dnia 27 stycznia 2016 roku (k. 55) nie spełnia wymogu poprawności dokonania potrącenia, bowiem samo zagrożenie naliczeniem kary i przekazaniem tak naliczonej kwoty do depozytu bankowego stanowi o prawidłowości potrącenia, które nie nastąpiło. Ponadto jak już wskazano, by móc potrącić roszczenie musi być wymagalne, a w przedmiotowej sprawie owa wymagalność z uwagi na brak wezwania do zapłaty kary umownej nie nastąpiła. Z tych również zatem względów zatrzymanie należnego wynagrodzenia powodowi wobec dokonania odbioru końcowego w dniu 11 marca 2016 roku i oddania budynku do eksploatacji było niezasadne.

Z uwagi na powyższe Sąd w pkt I wyroku, oddalił powództwo.

W pkt II wyroku sąd na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. powierzył szczegółowe wyliczenie kosztów postępowania referendarzowi sądowemu, wskazując, że pozwany wygrał w 100%.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji

SSO Łukasz Klimowicz

ZARZĄDZENIE

(...)

SSO Łukasz Klimowicz