

Sygn. akt I ACa 72/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 maja 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny:

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Halina Zarzeczna
Sędziowie:	SSA Wiesława Kaźmierska (spr.) SSA Dariusz Rystał
Protokolant:	sekretarz sądowy Magdalena Stachera

po rozpoznaniu w dniu 24 kwietnia 2013 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa I. G.

przeciwko B. K.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 5 grudnia 2012 roku, sygn. akt I C 357/11

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 350 630,01 zł (trzysta pięćdziesiąt tysięcy sześćset trzydzieści złotych jeden grosz) z odsetkami ustawowymi od:

- kwoty 265 960 zł (dwieście sześćdziesiąt pięć tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt złotych) od dnia 1 stycznia 2011 r. oraz od:

- kwoty 84 670,01 zł (osiemdziesiąt cztery tysiąca sześćset siedemdziesiąt złotych jeden grosz) od dnia 22 marca 2011 r.

2. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 7217 zł (siedem tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji;

3. nakazuje pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 17 532 zł (siedemnaście tysięcy pięćset trzydzieści dwa złote) tytułem nieuiszczonej opłaty sądowej od pozwu;

II. oddala apelację pozwanego w całości;

III. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 5 400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;

IV. nakazuje pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 15 032 zł (piętnaście tysięcy trzydzieści dwa złote) tytułem nieuiszczonej opłaty sądowej od apelacji powódki.

Wiesława Kaźmierska Halina Zarzeczna Dariusz Rystał

Sygn. akt I ACa 72/13

UZASADNIENIE

I. G. wniosła o zasądzenie od pozwanego B. K. kwoty 350.630,01 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 265.960 zł od 1 stycznia do dnia zapłaty oraz od kwoty 84.670,01 zł od dnia wytoczenia powództwa do dnia zapłaty. Ponadto wniosła o zasądzenie od pozwanego na jej rzecz kosztów procesu według norm przepisanych, uzasadniając swoje żądanie podniosła, że nabyła wierzitelność w stosunku do pozwanego z tytułu kary umownej w związku z odstąpieniem od umowy o roboty budowlane z winy pozwanego jako wykonawcy.

W odpowiedzi na pozew B. K. wniósł o oddalenie powództw i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu. Zarzucił, że powódka nie posiada legitymacji procesowej czynnej, bowiem umowa przelewu wierzitelności jest nieważna. Zaznaczył, iż nie jest prawdą, że uchylał się od wykonania przyjętego na siebie zobowiązania umownego wynikającego z zawartej 9 lutego 2008 r. umowy ale z powodu uchybień zamawiającego i braku możliwości dalszej współpracy odstąpił od umowy. Z ostrożności złożył wniosek o miarkowanie kary umownej. Wskazał, iż inwestor nie poniósł żadnej szkody. Kara umowna zaś nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego.

Wyrokiem z 5 grudnia 2012 roku Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 50 000 zł z odsetkami ustawowymi od 12 stycznia 2011 roku do dnia zapłaty (punkt I); w pozostałym zakresie powództwo oddalił (punkt II); zasądził od powódki na rzecz pozwanego kwotę 5 146,56 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (punkt III) oraz nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 2 500 zł tytułem nieuiszczonego wpisu od pozwu (punkt IV).

Sąd Okręgowy ustalił, że 9 lutego 2008 r. doszło do zawarcia umowy pomiędzy Przedsiębiorstwem Usług Budowlanych i (...) B. K., reprezentowanym przez pozwanego – B. K. – zwanym w umowie Wykonawcą a (...). (...) Spółką jawną – zwaną w umowie Zamawiającym, na podstawie której Wykonawca zobowiązał się wykonać roboty budowlane pod nazwą: „Budowa budynku wielorodzinnego w Ł. ul. (...) – stan zerowy”. Szczegółowy zakres robót został zawarty w załączniku nr 3 do niniejszej umowy – kosztorys ofertowy - stanowiącym integralną część umowy. Strony ustaliły termin rozpoczęcia robót na 3 dzień od dnia dostarczenia Wykonawcy prawomocnej decyzji: „pozwolenie na budowę”. Z kolei termin zakończenia robót ustalono na 120 dzień od dnia rozpoczęcia robót. Przekazanie placu budowy przez Zamawiającego miało nastąpić najpóźniej w dniu poprzedzającym datę rozpoczęcia robót, potwierdzonego protokołem przekazania placu budowy. Zamawiający nie dopuszczał przedłużenia terminu zakończenia robót, chyba że opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy wynikałoby z okoliczności niezależnych od Wykonawcy. Zgodnie z § 3 umowy Zamawiający zobowiązał się do dostarczenia Wykonawcy kopii prawomocnego pozwolenia na budowę przedmiotu umowy, projektu technicznego wraz z wykazem rysunków i pisemnym oświadczeniem projektanta o jego kompletności, przedstawienia zaświadczenia z banku o kredytowaniu inwestycji, przekazania dziennika budowy w terminie 3 dni od dnia przekazania placu budowy, zapewnienia nadzoru

inwestorskiego, przekazania Wykonawcy placu budowy na podstawie protokołu przekazania, zapłaty pozostałej części wynagrodzenia w umówionym terminie, zapewnienia dostawy prądu i wody na teren budowy, dostarczenia Wykonawcy w terminie 3 dni od dnia przekazania placu budowy zgody na zajęcie pasa drogowego oraz przedstawienia zgody na wywóz urobku z wykopów we wskazane miejsce w Ł.. Natomiast zgodnie z § 4 umowy Wykonawca zobowiązał się przejąć i zorganizować teren realizacji zadania, zabezpieczyć we własnym zakresie zaplecze techniczne, wykonać przedmiot umowy zgodnie z opisem przedmiotu umowy: projektem budowlanym, projektami branżowymi oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorysem ofertowym, zgodnie z obowiązującymi normami i zasadami wiedzy i sztuki budowlanej, z przepisami BHP i przeciwpożarowymi, a także wytycznymi i zaleceniami Zamawiającego uzgodnionymi do wykonania w czasie realizacji zamówienia oraz w terminach, o których mowa w § 2 umowy. Za całość przedmiotu zamówienia strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, zgodnie z ofertą Wykonawcy w wysokości 2.180.000 zł netto. Stosownie do treści § 10 umowy, za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy strony przewidziały zapłatę kar umownych w stosunku do Wykonawcy za opóźnienie w zakończeniu robót w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego netto wraz z naliczonym podatkiem VAT za każdy dzień opóźnienia, za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego netto wraz z naliczonym podatkiem VAT. Niezależnie od kary umownej, każda ze stron zobowiązana była do zapłacenia drugiej stronie odszkodowania za szkodę przekraczającą wysokość kar umownych, wyrządzoną na skutek niewykonania, nienależytego wykonania zobowiązania. Zamawiającemu przysługiwało prawo odstąpienia od umowy, jeżeli Wykonawca zaniechał realizacji umowy, tj. w sposób nieprzerwany nie realizował jej przez okres 15 dni bez uzasadnionej przyczyny, pomimo uprzednich pisemnych dwukrotnych zastrzeżeń ze strony Zamawiającego, Wykonawca nie realizował robót zgodnie z umową lub uporczywie i w rażący sposób zaniedbywał zobowiązania umowne, Wykonawca nie rozpoczął realizacji umowy bez uzasadnionych przyczyn w ciągu 7 dni od terminu ustalonego w § 2 ust. 1 pkt a niniejszej umowy.

Pismem z dnia 19 marca 2008 r. pozwany zwrócił się do Zamawiającego – (...) M. Z. Sp. j. z informacją, iż nie otrzymał od niego pozwolenia na budowę. Poza tym nie przekazano placu budowy oraz innych dokumentów i zaświadczeń zgodnie z zapisami poszczególnych paragrafów umowy z dnia 9 lutego 2008 r. Pozwany wskazał, iż podjął określone kroki zmierzające do organizacji przyszłego frontu robót, między innymi poniósł koszty związane z zakupem i wyrobem stali niezbędnej do prowadzenia robót. Podjął również szereg starań organizacyjnych, zmierzających do szybkiego i terminowego prowadzenia prac. Jednocześnie zwrócił się z prośbą o podjęcie zdecydowanych działań zmierzających do wywiązania się z zapisów umownych oraz zapewnień słownych poczynionych przez Zamawiającego w dniu podpisania przedmiotowej umowy i przekazania mu stosownych pozwoleń i dokumentów w terminie 5 dni od dnia otrzymania pisma.

Jak ustalił Sąd pierwszej instancji, 9 kwietnia 2008 r. S. wydał decyzję w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i wydał pozwolenie na budowę nieruchomości stanowiącej przedmiot umowy z 9 lutego 2008 r., zaś 29 kwietnia 2008 r. wydano zaświadczenie, w którym stwierdzono, że ww. decyzja jest decyzją ostateczną.

W piśmie z 2 czerwca 2008 r. pozwany zwrócił się do Zamawiającego o dostarczenie prawomocnej decyzji – pozwolenia na budowę, o przekazanie Wykonawcy placu budowy, o zapewnienie dostawy prądu i wody na terenie budowy, o przedstawienie zgody na wywóz urobku z wykopów ze wskazaniem miejsca w Ł., o przedstawienie zgody sąsiada na wejście i prowadzenie prac na jego terenie, o dostarczenie decyzji na wycinkę drzewa położonego na działce sąsiada. Pozwany jednocześnie wezwał Zamawiającego do złożenia w terminie 7 dni od daty otrzymania niniejszego pisma oświadczenia woli o kontynuacji umowy z dnia 9 lutego 2008 r. oraz przekazania niezbędnej dokumentacji pod rygorem odstąpienia od umowy. Zamawiający w piśmie 16 czerwca 2008 r. zaznaczył, że decyzja o pozwoleniu na budowę została pozwanemu doręczona 10 kwietnia 2008 r., zaś zaświadczenie o ostateczności powyższej decyzji 30 kwietnia 2008 r. (do rąk własnych). Z kolei projekt konstrukcyjny, budowlany i wykonawczy zakresu prac został dostarczony na przełomie lutego i marca 2008 r., zaświadczenie z banku kredytującego inwestycję – 28 maja 2008 r., zaś dziennik budowy 2 maja 2008 r. Podczas spotkań wielokrotnie zwracano się z postulatem o przejęcie przez pozwanego placu budowy, zapewniono dostawę prądu na plac budowy oraz uaktywniono zgodę na zajęcie pasa drogowego. Poza tym pomimo wskazania co najmniej dwóch miejsc gotowych przyjąć urobek, pozwany

nie rozpoczął inwestycji. Zamawiający podkreślił również, że pozostałe uwagi Wykonawcy nie mają wpływu na proces inwestycyjny i sukcesywnie w miarę realizacji zadania mogą być rozpatrywane i procesowane. Jednocześnie wezwano pozwanego do wywiązania się z warunków umowy i rozpoczęcia prac związanych z inwestycją w Ł. w terminie 3 dni od daty otrzymania niniejszego pisma. W piśmie z dnia 19 czerwca 2008 r. pozwany podniósł, iż do dnia złożenia niniejszego pisma Zamawiający nie wyznaczył terminu przekazania placu budowy, ani fizycznie go nie przekazał. Zaznaczył, iż prawomocne pozwolenie na budowę dostarczono pozwanemu w dniu 18 czerwca 2008 r. – faksem. Natomiast 28 maja 2008 r. otrzymał drogą e – mailową informację o kredytowaniu przedmiotowej inwestycji (brak wersji papierowej, nie okazano też oryginału tego dokumentu). Pozwany jednocześnie wezwał Zamawiającego do protokolarnego przekazania mu placu budowy wraz ze wszystkim załącznikami wynikającymi z par. 3 umowy z 9 lutego 2008 r. oraz zgody sąsiadów na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości oraz na wycinkę drzew znajdujących na sąsiednich nieruchomościach w terminie 3 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania.

Sąd Okręgowy ustalił następnie, że 25 kwietnia 2008 r. wydano pozwanemu dziennik budowy budynku wielorodzinnego w Ł. przy ul. (...), stanowiącego przedmiot umowy o roboty budowlane z dnia 9 lutego 2008 r. Wówczas obowiązki kierownika budowy przyjął J. K.. Kierownik budowy w dniu 3 czerwca 2008 r. stwierdził brak protokolarnego przekazania przez inwestora ((...) M. Z. Sp. j.) terenu budowy oraz brak wskazania inspektora nadzoru. Powyższe uchybienia potwierdzono w dniu 19 czerwca 2008 r. W dniu 30 czerwca 2008 r. J. K. przestał pełnić funkcję kierownika budowy. W dniu 1 lipca 2008 r. obowiązki kierownika budowy przejął W. I., zaś obowiązki inwestora nadzorującego objął J. M. (1). Firma (...), prowadzona przez pozwanego podjęła szereg czynności zmierzających do realizacji przedmiotu umowy z dnia 9 lutego 2008 r.: zakupiono stal i wykonano poszczególne zbrojenia, zorganizowano zaplecze budowy, ogrodzono plac budowy, dokonano wytyczenia geodezyjnego inwestycji. W dniu 7 lipca 2008 r. rozpoczęto roboty ziemne, w trakcie których odsłonięto znajdujące się pod ziemią kanały ciepłownicze biegnące ze starej kotłowni. W dniu 25 lipca 2008 r. zakończono na terenie budowy prace rozbiórkowe. Z kolei w dniu 30 lipca 2008 r. przystąpiono do realizacji wykopu. Do 4 sierpnia 2008 r. dokonywano robót ziemnych. Z kolei w dniu 14 sierpnia 2008 r. przystąpiono do zbrojenia ścian i ław żelbetowych, zaś 18 sierpnia 2008 r. zgłoszono do odbioru zbrojenie ław fundamentowych i słupów segmentów. We wrześniu 2008 r. prowadzono prace zbrojeniowe i wykopy. Prace na terenie przedmiotowej nieruchomości trwały nieprzerwanie do sierpnia 2010 r.

Pismem z 16 czerwca 2008 r. (...) M. Z. Sp. j. wezwała pozwanego do rozpoczęcia robót w terminie 3 dni pod rygorem odstąpienia od umowy i nałożenia na pozwanego kary umownej. Natomiast pismem z dnia 26 czerwca 2008 r. Zamawiający wezwał pozwanego do sporządzenia szczegółowego protokołu inwentaryzacji robót w toku według stanu na dzień 26 czerwca 2008 r. Pismem z dnia 26 czerwca 2008 r. Zamawiający oświadczył pozwanemu, że odstępuje od umowy z dnia 9 lutego 2008 r. i wezwał pozwanego do zapłaty na jego rzecz kwoty 256.960 zł w nieprzekraczalnym terminie do 1 lipca 2008 r. pod rygorem wystąpienia na drogę sądową w celu wyegzekwowania danej kwoty. Z kolei w dniu 1 lipca 2008 r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 9 lutego 2008 r. złożył pozwany, wobec bezskutecznego upływu terminu do wykonania przez Zamawiającego obowiązków wskazanych w treści pisma z dnia 19 czerwca 2008 r., jak również w świetle działań podejmowanych przez Zamawiającego wskazujących na brak woli wykonania postanowień umowy.

Z ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika również, że 20 października 2010 r. doszło do zawarcia umowy, na podstawie której (...) M. Z. Sp. j. w W. przelała na powódkę – I. G. wierzytelność wobec pozwanego – B. K., obejmującą odszkodowanie w kwocie 265.960 zł w postaci kary umownej wynikającej § 10 pkt 2 lit. c umowy z 9 lutego 2008 r. w związku z odstąpieniem przez Cedenta od umowy z 9 lutego 2008 r. w następstwie nie wykonania tej umowy przez B. K.. Strony zgodnie ustaliły cenę sprzedaży niniejszej wierzytelności na kwotę 50.000 zł. Pismem z dnia 22 października 2010 r. oraz pismem z dnia 16 marca 2011 r. pozwany został poinformowany o ww. przelewie wierzytelności.

W dniu 6 września 2010 r. (...) Z. Sp. j. zawezwała B. K. do próby ugodowej w sprawie o zapłatę kary umownej za zwłokę w wykonaniu zobowiązania, poprzez zapłatę kwoty 266.000 zł, jednakże bezskutecznie. Natomiast pismem z dnia 4 stycznia 2011 r. powódka – I. G. wezwała pozwanego do zapłaty na jej rzecz – nabywcy wierzytelności wobec

pozwanego – kwoty 350.630,01 zł w nieprzekraczalnym terminie do dnia 12 stycznia 2011 r. pod rygorem wystąpienia na drogę prawną w celu wyegzekwowania powyższej kwoty.

Po dokonaniu powyższych ustaleń Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo co do zasady zasługuje na uwzględnienie, jednakże kara umowa winna ulec zmiarkowaniu.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy uznał, że nietrafny jest zarzut strony pozwanej, jakoby I. G. nie posiadała legitymacji procesowej czynnej. Umowę przelewu wierzytelności powódka zawarła z J. C., który był uprawniony do samodzielnej reprezentacji (...) M. Z. Sp. j. Świadek ten na rozprawie 22 listopada 2012 roku potwierdził autentyczność swojego podpisu pod umową przelewu wierzytelności. Natomiast powiadomienie dłużnika o przelewie wierzytelności nie jest przesłanką konieczną przy zmianie wierzyciela, aczkolwiek pismem z 22 października 2008 roku pozwany został powiadomiony o przelewie wierzytelności.

Sąd Okręgowy uznał, iż ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że do niewykonania zobowiązania doszło z przyczyn obciążających pozwanego. Wykonawca – pozwany – mimo braku przeszkód faktycznych, mając dokumentację techniczną, zaświadczenie o kredytowaniu inwestycji, dostęp do prądu, wody, miejsce wywozu urobku, możliwości rozpoczęcia budowy od strony drogi, gdzie nie było drzewa, a które stanowiło przeszkodę w realizacji budowy nie przystąpił do prac wynikających z umowy zawartej o roboty budowlane. Zgodnie z umową zamawiający miał prawo odstąpienia od umowy gdy wykonawca nie rozpoczął realizacji umowy bez uzasadnionej przyczyny w ciągu 7 dni (§ 11 d umowy) bądź gdy wykonawca nie realizuje umowy w sposób nieprzerwalny przez okres 15 dni bez uzasadnionej przyczyny (§ 11 b). Przyjął Sąd na podstawie dowodów zgromadzonych w sprawie, że wykonawca miał warunki do tego by od 28 maja 2008 roku, a więc od otrzymania ostatniego dokumentu, wymaganego warunkami umowy tj. potwierdzenie banku kredytowania inwestycji mógł przystąpić do wykonywania zadania, a skoro tego nie uczynił, zamawiający miał podstawy od odstąpienia od umowy, co skutecznie uczynił w dniu 26 czerwca 2008 roku, a to spowodowało, że ziszczył się warunek umowny, o którym mowa w § 10 pkt 2 lit. c umowy z dnia 9 lutego 2008 roku.

Jednakże, zdaniem Sądu pierwszej instancji, do niewykonania zobowiązania doszło wskutek przyczynienia się inwestora, a zatem pozwany mógł żądać obniżenia kary umownej. Inwestor bowiem dopiero po trzech miesiącach od podpisania umowy przedłożył wykonawcy prawomocną decyzję, pozwolenie na budowę. Zauważył Sąd także, że wykonawca w osobie kierownika budowy jakim wówczas był J. K. otrzymał dziennik budowy pod koniec kwietnia 2008 roku, a najpóźniej 2 maja 2008 roku, a to jest jednoznaczne z potwierdzeniem prawomocności decyzji pozwolenia na budowę, bo tylko wówczas organ administracyjny wydaje dziennik budowy. Jeszcze później bo dopiero 28 maja 2008 r. drogą e-mailową inwestor potwierdził kredytowanie inwestycji przez bank. Biorąc pod uwagę termin podpisania 9 lutego 2008 roku umowy, odległość czasowa była duża, nadto inwestor nie przedstawił zgody na zajęcie pasa drogowego. Zdaniem Sądu Okręgowego, Zamawiający jako przedsiębiorca musiał wiedzieć jakie znaczenie przywiązywać do dokumentacji, w tym do protokołu przekazania terenu budowy, o którym mowa w przepisach art. 647 k.c. i 652 k.c. Konieczną przesłanką odpowiedzialności wykonawcy z art. 652 k.c. jest kwalifikowane, protokolarne przekazanie mu terenu budowy przez inwestora. Zwyczajne, faktyczne tylko przejęcie terenu powoduje, że art. 652 k.c. nie znajdzie zastosowania. Prawo administracyjne, a dokładnie prawo budowlane, art. 22 również wspomina o dokumencie jakim jest protokolarne przekazanie budowy. Przepis ten wskazuje, jako podstawowy obowiązek kierownika budowy, protokolarne przejęcie od inwestora i odpowiednie zabezpieczenie terenu budowy, wraz znajdującymi się na nim obiektami budowlanymi, urządzeniami technicznymi i stałymi punktami osnowy geodezyjnej oraz podlegającymi ochronie elementami środowiska przyrodniczego i kulturowego. Niedochowanie przez niego tego wymogu, naraża kierownika budowy, na odpowiedzialność zawodową wskazaną w art. 96 Prawa budowlanego. **Jest on obowiązany prowadzić dziennik budowy i umieścić na budowie tablice informacyjne, art. 42 ust 2 pkt 1 i 2 cyt. ustawy.** Skoro więc skarżący nie dopilnował, aby ww. wymogi zostały spełnione, istniały podstawy do wymierzenia mu w oparciu o art. 96 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego przewidzianej w tym przepisie kary. Udzielając skarżącemu upomnienia (art. 96 ust. 1 Prawa budowlanego) organy nadzoru budowlanego słusznie przyjęły, że dopuścił się on - w związku ze sprawowaniem funkcji kierownika budów - określonych zaniedbań, nie respektując obowiązków wynikających z art. 22 pkt 1, 2 i 3 i art. 42 ust. 2 pkt 2 Prawa budowlanego. W ocenie Sądu pierwszej instancji, twierdzenie dziś inwestora a w jego miejsce powódki, że wobec faktycznego objęcia przez

pozwanego placu budowy, niepotwierdzenie tego protokołem przekazania placu budowy nie ma znaczenia prawnego, nie może uzyskać aprobaty.

Zdaniem Sądu Okręgowego, kara umowna w niniejszej sprawie, jako rażąco wygórowana wobec wszystkich okoliczności o których była mowa wcześniej, nie mogła być uwzględniona, bo prowadziłyby do bezpodstawnego wzbogacenia powódki, a zubożenia pozwanego prowadzącego firmę budowlaną. Dla powódki wierzytelność ta przedstawiała realną wartość 50 000 zł, czego dowodem jest zawarta umowa przelewu wierzytelności z dnia 20 października 2010 roku, dlatego w tym zakresie powództwo należało uwzględnić, o czym Sąd orzekł jak w punkcie I wyroku z dnia 5 grudnia 2012 roku, oddalając powództwo w pozostałym zakresie.

Żądane odsetki ustawowe od kwoty zasądzonej kary umownej przysługują na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. których początkowy bieg terminu przyjęto od wezwania powódki z dnia 4 stycznia 2011 roku, w którym termin wykonania zobowiązania wskazano na dzień 12 stycznia 2011 roku. O kosztach procesu Sąd orzekł, dokonując ich stosunkowego rozdzielenia ze względu na wynik sprawy.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wywiodły obydwie strony.

Powódka zaskarżyła wyrok w części tj. w punkcie I - w zakresie orzeczenia o odsetkach ustawowych od dnia 12 stycznia 2011 r. oraz w punktach II i III sentencji wyroku, wnosząc o jego zmianę poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie od pozwanego kosztów procesu wg norm przepisanych za II instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Apelująca zarzuciła:

1. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść wyroku, tj.:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów na przyjęciu, że poprzednik prawny powódki przyczynił się do niewykonania zobowiązania przez pozwanego, podczas gdy protokolarna forma przekazania placu budowy w postaci protokołu miała znaczenie wyłącznie dla odpowiedzialności cywilno-prawnej stron wobec osób trzecich i wobec faktycznego objęcia placu budowy we władanie przez pozwanego nie miało żadnego wpływu na rozpoczęcie prac, że wymagalność roszczenia powódki biegnie od 12 stycznia 2011 r., podczas gdy powódka nabyła wierzytelność już wymagalną, wraz z zaległymi odsetkami na 2 lipca 2008 r., że poprzednik prawny powódki nie poniósł szkody w związku z niewykonaniem zobowiązania przez pozwanego, podczas gdy ostatecznie zbankrutował, że zachodzą okoliczności usprawiedliwiające „miarkowanie” kary umownej, pozwany nie udowodnił ale i nie przytoczył żadnych okoliczności, które usprawiedliwiałby zmiarkowanie kary umownej;

2. Naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 484 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż kara umowna w kwocie dochodzonej pozwem przez powódkę jest rażąco wygórowana, i art. 484 § 1 k.c. poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie uwzględnienia powództwa w całości, skoro pozwany, podpisując umowę z poprzednikiem prawnym powódki, znając jej treść i wysokość zastrzeżonej kary umownej, jako przedsiębiorca, a więc podmiot kwalifikowany, winien zostać zobowiązany do zapłaty całej kary umowne zastrzeżonej na wypadek nie wykonania przez niego zobowiązania;

b) art. 652 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i w konsekwencji uznanie, iż zaniechanie przekazania w formie protokolarnej placu budowy pozwanemu stanowiło przyczynienie się przez poprzednika prawnego powódki do nie wykonania zobowiązania przez pozwanego, podczas gdy protokolarne przekazanie placu budowy nie miało na to najmniejszego wpływu i ma wyłącznie znaczenie dla odpowiedzialności stron umowy wobec osób trzecich;

c) art. 65 k.c. w zw. z § 2 ust. 2 umowy poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż zaniechanie, w formie protokolarnej, przekazania placu budowy, przy jego faktycznym objęciu we władanie, miało wpływ na nie wykonanie zobowiązania przez pozwanego;

d) art. 22 ust. 1,2, 3 ustawy prawo budowlane poprzez uznanie, iż przepisy te nakładają obowiązek protokolarnego przekazania placu budowy na inwestora, tj. poprzednika prawnego powódki, skoro obowiązek ten ciąży w świetle ich brzmienia na kierowniku budowy, a tym był początkowo brat pozwanego.

Powódka podniosła w uzasadnieniu, że pozwany swym zachowaniem udowodnił, że protokolarnie przekazanie placu budowy nie miało dla niego znaczenia prawnego, a podstawa miarkowania kary umownej przez Sąd I instancji jest niejasna, wewnętrznie sprzeczna, niespójna i uniemożliwia merytoryczną kontrolę orzeczenia. Zdaniem apelującej, Sąd w ogóle nie wyjaśnił związku przyczynowo - skutkowego między brakiem protokołu przekazania a przyczynieniem się do powstania szkody. W ocenie powódki, pozwanemu nie przeszkadzała wysokość kary umownej. Kara umowna nie jest również rażąco wygórowana w stosunku do wysokości wynagrodzenia, jakie należało się pozwanemu. Nie jest też zgodne z materiałem dowodowym stwierdzenie Sądu, iż poprzednik prawny powódki nie poniósł w zasadzie szkody w skutek niewykonania zobowiązania przez pozwanego niewykonania zobowiązania przez pozwanego spółka utraciła finansowanie inwestycji, straciła płynność finansową, popadła w długi i nie mogła wykonać umów z klientami, a następnie nie mogąc zrealizować inwestycji do końca musiała zbyć nieruchomości wraz z rozpoczętą inwestycją na rzecz (...) Sp. z o.o. Zdaniem powódki, jeśli pozwany twierdzi, iż poprzednik prawny nie poniósł szkody i w tym zakresie kara umowna jest rażąco wygórowana winien to udowodnić, a tego nie uczynił.

Pozwany z kolei zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w części dotyczącej rozstrzygnięcia zawartego w pkt I i IV, zarzucając:

1. obrazę prawa materialnego, a to art. 395 k.c. polegająca na jego zastosowaniu i przyjęciu, że zamawiający skutecznie odstąpił od umowy z pozwanym na podstawie zastrzeżonego w § 11 ust. 1 lit. d) umownego prawa odstąpienia od umowy, podczas gdy postanowienie przyznające zamawiającemu to prawo było nieważne;
2. obrazę przepisów prawa procesowego, tj. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. polegającą na przyjęciu, że zaświadczenie o prawomocności decyzji w przedmiocie pozwolenia na budowę zostało pozwanemu doręczone do rąk własnych dnia 30 kwietnia 2008 roku, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że doręczenie takie mogło mieć miejsce najwcześniej 18 czerwca 2008 roku, co mogło mieć wpływ na treść wydanego w sprawie wyroku,
3. sprzeczność istotnych ustaleń ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym polegającą na przyjęciu, że do niewykonania umowy z dnia 9 kwietnia 2008 roku doszło z przyczyn obciążających pozwanego, podczas gdy z uwagi na brak protokolarnego przekazania placu budowy istniały po stronie pozwanego niedające się przewyżczyć przeszkody prawne, które uniemożliwiały mu legalne rozpoczęcie robót, a za których wystąpienie wyłącznie odpowiedzialny był zamawiający, co w konsekwencji prowadziło do przyjęcia wniosku, iż zamawiający skutecznie odstąpił od umowy z pozwanym,
4. obrazę prawa materialnego, a to art. 22, art. 96 ust. 1 pkt 1 prawa budowlanego poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i stwierdzenie, że pozwany miał obowiązek rozpoczęcia prac budowlanych pomimo braku wymaganego prawem protokolarnego przekazania placu budowy co narażało go i podmioty z nim związane na odpowiedzialność prawną,
5. obrazę prawa materialnego, a to art. 45 ust. 2 i art. 93 pkt 4 prawa budowlanego poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji przyjęcie, że pozwany miał obowiązek rozpocząć wykonywanie umowy podczas gdy brak potwierdzenia przez inspektora nadzoru inwestorskiego podpisem w dzienniku budowy przyjęcia powierzonej mu funkcji, w przypadku rozpoczęcia prac budowlanych skutkowałby możliwością przypisania pozwanemu odpowiedzialności karnej.
6. obrazę prawa procesowego, tj. art. 328 § 2 k.p.c. polegającą na ograniczeniu się przez Sąd pierwszej instancji do stwierdzenia, iż dowody z zeznań J. K., G. J., D. M. zostały przez Sąd przyjęte dla ustalenia podstawy faktycznej „w takim zakresie w jakim dały się pogodzić z pozostałym materiałem dowodowym” a tym samym nie wyjaśniając

przyczyn, dlaczego Sąd meriti odmówił im wiarygodności w pozostałym zakresie (i w jakim), co uniemożliwia kontrolę instancyjną zaskarżonego wyroku a także z daleko posuniętej ostrożności procesowej:

7. obrazę prawa procesowego tj. art. 233 § 1 k.p.c. polegająca na przyjęciu, że wystarczające jest miarkowanie kary umownej, ze względu na jej rażące wygórowanie, do kwoty 50.000 złotych, podczas gdy ogół ustalonych okoliczności a w szczególności brak wykazania przez powódkę okoliczności poniesienia jakiejkolwiek szkody uzasadniały dalsze miarkowanie jej wysokości, co wiązało się również z naruszeniem dyspozycji art. 484 § 2 k.c. i przyjęciu, że miarkowana wierzytelność dla powódki przedstawia wartość 50.000 złotych, podczas gdy okoliczność taka sama przez się nie może stanowić podstawy miarkowania kary umownej, a w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach:

8. obrazę prawa procesowego, tj. art. 113 ust. 1 i 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w zw. z art. 100 k.p.c. poprzez orzeczenie nakazu ściągnięcia od pozwanego kwoty 2.500 złotych tytułem nieuiszczonego wpisu sądowego, podczas gdy przy uwzględnieniu stosunkowego wyniku sprawy powinna to być kwota 1.895 złotych.

Tak zarzucając, apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie zwrotu kosztów procesu za dwie instancje, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji w celu jej ponownego rozpoznania.

W uzasadnieniu wskazał, że redakcja § 11 ust. 1 pkt 4 umowy polegająca na zastrzeżeniu zamawiającemu prawa odstąpienia od umowy bez jednoczesnego ograniczenia możliwości skorzystania z tego prawa terminem, stosownie do art. 395 § 1 k.c., przesądza o jego nieważności. Zdaniem pozwanego, zastrzeżenie budzi ustalenie co do daty przekazania pozwolenia na budowę i zaświadczenia o jego prawomocności, jak też, że nie można wykluczyć, że właściwy organ omyłkowo wydał dziennik budowy z naruszeniem dyspozycji zacytowanego wyżej § 4 ust. 2 Rozporządzenia przed uzyskaniem decyzję waloru ostateczności decyzji pozwoleniu na budowę. Pozwany zarzucił, że Sąd nie ustalił, czy i w jakich terminach doszło do wskazania pozwanemu miejsc, z których powinien pobierać niezbędne w realizacji procesu budowlanego media czy punkty wywozu urobku, a nie mając w tym zakresie pisemnej dyspozycji ze strony zamawiającego, mógł obawiać się, że pobieranie wody i prądu ze źródeł wskazanych przez zamawiającego będzie miało samowolny charakter. Wskazał, że jedną z podstawowych przeszkód uniemożliwiających przystąpienie do realizacji umowy był jednakże brak zaświadczenia o ostateczności decyzji w przedmiocie pozwolenia na budowę oraz brak protokolarnego przekazania placu budowy, który sam w sobie stanowił już dostateczne usprawiedliwienie dla nierozpoczęcia prac przez pozwanego. Przyczyną natury prawnej blokującą możliwość legalnego rozpoczęcia robót był również fakt, że wydany dziennik budowy dotknięty był brakami. Ponadto i niezależnie od tego, pozwany wskazuje, że § 2 ust. 2 umowy zawierał modyfikator ustalonego w przywołanym wyżej ust. 1 lit. a) tego paragrafu terminu rozpoczęcia budowy, uzależniający jego otwarcie właśnie od dokonania protokolarnego przekazania placu budowy. W ocenie pozwanego wykonanie przez zamawiającego obowiązku określonego w § 2 pkt 2 umowy traktować należy, przy takim ujęciu redakcyjnym „terminu realizacji” umowy, który zastosowany został w treści łączącej strony umowy, jako warunek konieczny przystąpienia pozwanego do wykonywania robót. Zdaniem pozwanego, uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie czyni zadość wymogom przewidzianym w art. 328 § 2 k.p.c., co uniemożliwia ocenę prawidłowości rozumowania Sądu w powyższym zakresie. Dokonując miarkowania kary umownej Sąd Okręgowy wykroczył poza wymienione w treści art. 484 § 2 k.c. podstawy a tym samy zastosował go w sposób nieprawidłowy.

W odpowiedzi na apelację powódki, pozwany wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego w tym zastępstwa adwokackiego przed Sądem drugiej instancji według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację pozwanego, powódka wniosła o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie na swoją rzecz kosztów procesu według norm przepisanych za II instancję w tym kosztów zastępstwa procesowego według tych samych norm.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powódki okazała się zasadna w całości natomiast nie zasługiwała na uwzględnienie apelacja pozwanego.

Wyjściowo wskazać należy, iż legitymacja prawna powódki do wytoczenia niniejszego powództwa, oparta na prawie do wierzytelności wynikającym z zawartej umowy przelewu, nie jest obecnie kwestionowana. Umowa z 20 października 2010 r. (k.112) nie budzi wątpliwości, co do swej ważności i skuteczności. Podpisana została ona przez osoby upoważnione do reprezentowania stron i jednoznacznie określa cedowaną wierzytelność.

Przechodząc do oceny poszczególnych zarzutów apelacji obydwu stron wskazać w pierwszej kolejności należy, iż chybnym jest zarzut pozwanego co do nieważności umownego zastrzeżenia prawa odstąpienia, które to prawo stało się podstawą realizacji przez powódkę roszczenia o zapłatę kary umownej.

Istotnie, dla skutecznego zastrzeżenia prawa odstąpienia kontrahenci muszą zawrzeć ważną umowę i ograniczyć przyznaną kompetencję terminem końcowym. Przepis art. 395 § 1 k.c. dopuszcza przyznanie jednej lub obu stronom umownego prawa odstąpienia wyłącznie w ciągu oznaczonego umową terminu. W okolicznościach niniejszej sprawy powódka dochowała jednakże aktów staranności, o jakich mowa w art. 491 § 1 k.c. tj. w sytuacji zwłoki drugiej strony w wykonaniu zobowiązania, wyznaczyła jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy (vide pismo z dnia 16 czerwca 2008 r. – k. 79). Odstąpienie od umowy dokonane pismem z 26 czerwca 2008 r. było następstwem owego wezwania i bez znaczenia pozostaje fakt, iż w owym piśmie powódka odwołuje się także do stosownych postanowień umownych. Konstrukcja kary umownej nie różnicuje przy tym podstaw odstąpienia od umowy i pozwala na przyjęcie, iż w każdym przypadku odstąpienia z winy Wykonawcy, Zamawiający ma prawo dochodzić kary umownej.

Dalsze rozważania poprzedzić należy wyjaśnieniem, iż podstawę prawną powództwo stanowi przepis art. 483 § 1 w zw. z art. 484 § 1 k.c. W myśl przywołanych przepisów można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody. W orzecznictwie za dopuszczalne uznane zostało zastrzeżenie kar umownych na wypadek odstąpienia do umowy (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 154/06, OSNC 154/06; z dnia 7 lutego 2007 r., III CSK 288/06, niepubl.; z dnia 17 grudnia 2008 r., I CSK 240/08, nie publ.).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, słuszny okazał się zarzut apelacji powódki co do naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i błędnego ustalenia, iż także powódka przyczyniła się do powstania szkody. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę, iż rozważania Sądu pierwszej instancji nie są do końca jasne odnośnie tego czy zastosowanie w sprawie znaleźć powinien przepis art. 362 k.c. czy też art. 484 § 2 k.c. Należy w tym miejscu stwierdzić, że zakres odpowiedzialności z tytułu kar umownych pokrywa się z zakresem odpowiedzialności dłużnika wskazanym w art. 471 k.c., co oznacza, że dłużnik obciążony karami umownymi może bronić się w taki sam sposób, jaki zagwarantowano dłużnikowi w tym przepisie. Może zatem podnieść zarzut, że okoliczności uzasadniające powstanie obowiązku zapłaty kary umownej powstały z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności, w tym także z przyczyn obciążających wierzyciela. Niezależnie od tego przepis art. 484 § 2 k.c. przewiduje możliwość żądania miarkowania kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało wykonane w znacznej części oraz gdy kara jest rażąco wygórowana. W doktrynie przeważa pogląd, że przepis powyższy w części dotyczącej miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej ma zastosowanie, jako samodzielna podstawa zmniejszenia kary umownej, także w sytuacji, gdy dłużnik tylko częściowo ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, zwłaszcza gdy do takiego stanu rzeczy przyczynił się w znacznym zakresie sam wierzyciel. Nie można jednak pominąć, że prezentowane jest także stanowisko inne, któremu dał wyraz Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 stycznia 1974 r., II CR 788/73 (OSP 1975/2/36) stwierdzając, że zmniejszenie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. ma miejsce w tych wypadkach, w których niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn obciążających dłużnika. Natomiast jeżeli do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania doszło wskutek przyczynienia się wierzyciela, dłużnik może żądać obniżenia kary umownej na podstawie art. 362 k.c., bez względu na to, czy i w jakiej części zobowiązanie wykonał. Przyjmując, że kara umowna podlega ogólnym regułom odpowiedzialności odszkodowawczej i zastępuje

odszkodowanie, aczkolwiek wierzyciel nie musi wykazywać szkody, można podzielić stanowisko Sądu Najwyższego zawarte we wskazanym wyroku, skoro art. 362 k.c. odnosi się do każdej odpowiedzialności odszkodowawczej. Jednakże jego zastosowanie do kary umownej może nastąpić jedynie odpowiednio, bowiem wierzyciel żądając kary umownej z reguły nie wskazuje wysokości poniesionej szkody, a zatem brak wskazanego w art. 362 k.c. kryterium obniżenia kary. (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2003 r., sygn. I CK 137/02, LEX nr 148636).

W niniejszej sprawie Sąd pierwszej instancji słusznie przyjął, iż do odstąpienia doszło z winy pozwanego, który ponosi odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązania. Zważyć należy, iż tożsame okoliczności, które Sąd pierwszej instancji przyjął jako świadczące o przyczynieniu się powódki, w ocenie pozwanego, świadczą o jej całkowitym braku odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie może być tak, że z jednej strony Sąd Okręgowy wskazuje, iż pozwany nie rozpoczął robót za co ponosi odpowiedzialności, z drugiej zaś, że w zasadzie nie mógł ich rozpocząć ponieważ poprzednik prawny powódki nie dopełnił swoich obowiązków m.in. w postaci sporządzenia przekazania protokołu odbioru. Dla rozstrzygnięcia sporu wydaje się niezbędne ustalenie, czy owo sporządzenie protokołu przekazania placu budowy dla rozpoczęcia robót przez pozwanego, było niezbędne. Jeżeli nie było, trudno zarzucać inwestorowi, iż nie doprowadzając do podjęcia owej czynności przyczynił się do odpowiedzialności pozwanego.

Zgodnie z treścią art. 647 k.c. przekazanie terenu budowy jest obowiązkiem inwestora, zaś przejęcie tego terenu od inwestora jest obowiązkiem wykonawcy. Z momentem przejęcia placu budowy wykonawca zobowiązany jest do wykonania odpowiednich prac przygotowawczych, takich jak prace geodezyjne czy niezbędne przyłącza do infrastruktury. Istotnym skutkiem dokonania protokolarnego przejęcia terenu budowy jest odpowiedzialność od tego momentu obciążająca wykonawcę za szkody powstałe na przekazanym mu terenie (art. 652 k.c.).

Rację ma powódka, iż zarówno z przepisów ustawy, jak i z postanowień umownych nie wynika, aby zaniechanie przekazania w formie protokolarnej placu budowy pozwanemu stanowiło przyczynienie się przez poprzednika prawnego powódki do niewykonania zobowiązania przez pozwanego. Protokolarne przekazanie placu budowy nie miało na to wpływu. Słusznie powódka wskazuje, iż umowa stron nie określa skutków niezachowania protokolarnej formy przekazania terenu budowy. W sytuacji przyjęcia robót przez zamawiającego, nie może on zwalczać żądania zapłaty kary umownej z tej tylko przyczyny, że nie został sporządzony - nawet przewidziany w umowie - formalny protokół odbioru terenu budowy. Okolicznością, której znaczenia dla określenia aktualizacji obowiązku zapłaty kary umownej nie sposób przecenić, jest w takiej sytuacji fakt rozpoczęcia robót, a tenże był w niniejszej sprawie niesporny. Pozwany sam przyznał już w odpowiedzi na pozew, że wykonał część prac na budowie. W piśmie z 19 czerwca 2008 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie poprzednika prawnego powódki, pozwany przyznał, że pomimo braku przekazania placu budowy zorganizował zaplecze budowy, ogrodził plac budowy oraz dokonał wytyczenia geodezyjnego inwestycji.

Słusznie także zarzuca powódka, iż z jednoznacznego brzmienia art. 22 ust. 1, 2 i 3 Prawa budowlanego wynika, iż „protokolarne przejęcie od inwestora i odpowiednie zabezpieczenie terenu budowy (...), prowadzenie dokumentacji budowy oraz zapewnienie geodezyjnego wytyczenia obiektu (...)” należy do obowiązków kierownika budowy. Również stosownie do treści art. 42 ust. 2 pkt 1 i 2 cyt. ustawy jest on obowiązany prowadzić dziennik budowy i umieścić na budowie tablice informacyjne. Dziwi, że pozwany, jeżeli – jak twierdzi – napotykał przeszkody ze strony inwestora w owych czynnościach, dopiero pismem z dnia 1 lipca 2008 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy i to w odpowiedzi na oświadczenie złożone przez inwestora. Jeżeli tak dużą wagę pozwany przywiązywał do owego protokołu dziwi również podjęcie szeregu działań inwestycyjnych, jak chociażby na dokonanie których sam wskazuje tak w przesłuchaniu, jak i w pismach procesowych, a także protokół inwentaryzacji robót przez wykonawcę sporządzony.

Istotne w okolicznościach sprawy jest, iż pozwany jednocześnie z żądaniem protokolarnego przekazania terenu budowy formułował żądania, który w sposób ewidentny świadczyły o braku woli realizacji umowy i w takiej sytuacji poprzednik prawny powódki miał prawo sądzić, iż protokół przekazania placu budowy i tak nie zostałby podpisany. Pozwany bowiem żądał protokołu, który zawierałby również inne dokumenty w tym zgody (decyzje) na wycinki drzew

(k.88) o których umowa stron nic nie wspomina. Nie było przy tym przeszkód aby realizację umowy rozpocząć od prac w innej części działki.

Bezasadne okazały się również pozostałe zastrzeżenia pozwanego w stosunku do powódki, które rzekomo uniemożliwiać miały rozpoczęcie robót. Sąd prawidłowo ustalił, że ostateczna decyzja o pozwoleniu na budowę została dostarczona pozwanemu 30 kwietnia 2008 r. Fakt dostarczenia pozwolenia na budowę w kwietniu 2008 r. potwierdził nie tylko świadek M. Z. (2) (k.255) ale również współpracujący z pozwanym G. J. (k.291). Znamienne jest już w 25 kwietnia 2008 r. wydany został dziennik budowy, którego wydanie niejako poświadczało ostateczność decyzji o pozwoleniu na budowę. Chybione jest przy tym suponowanie przez apelującego pozwanemu jakichkolwiek nieprawidłowości w tym zakresie. Decyzja mogła bowiem uprawomocnić się najwcześniej z dniem 23 kwietnia 2008 r. zatem wydanie dziennika budowy w dniu 25 kwietnia 2008 r. było możliwe. Podobnie świadek J. M. (2) zeznał, iż zaraz po uzyskaniu zaświadczenia o ostateczności decyzji o pozwoleniu na budowę dostarczył je pozwanemu.

W kwestii miejsc poboru mediów wskazać należy, iż już w piśmie z 19 czerwca 2008 r. pozwany nie powoływał się na powyższą przeszkodę, co pozwala przyjąć – także w świetle zeznań przesłuchanych w sprawie świadków – iż w tym zakresie powódka swoje obowiązki wypełniła. Pozwany przyznał również, iż de facto miejsce do wywozu urobku zostało wskazane przy czym nie było potrzeby, aby od razu wskazywać miejsce, w którym cały urobek zostanie złożony. Podkreślić również należy, iż ani w piśmie z 3 marca 2008 r. (k.150) ani w kolejnych: z 2 czerwca 2008 r. (k.76) oraz 19 czerwca 2008 r. (k.86) pozwany nie wzywał inwestora do podpisania przez inspektora nadzoru budowlanego oświadczenia o objęciu funkcji w dzienniku budowy. Pozwany nie wzywał również o dostarczenie projektów wykonawczych potwierdzonych przez Starostę.

Reasumując, w ocenie Sądu Apelacyjnego brak podstaw do przypisania powódce współodpowiedzialności za niewykonanie umowy. Okoliczności sprawy, w tym przede wszystkim fakt, że pozwany przystąpił do realizacji umowy i dysponował całością niezbędnej dokumentacji świadczą o tym, iż warunki jakie następnie stawał miał charakter pozorny. W szczególności, domaganie się protokolarnego przekazania terenu budowy nie stanowiło przeszkody w podjęciu prac budowlanych.

Z powyższych przyczyn, nie zachodziła wskazana przez Sąd Okręgowy podstawa do miarkowania kary umownej. Nie można zatem odmówić słuszności zarzutowi naruszenia przez Sąd pierwszej instancji art. 484 § 1 i 2 k.c.

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c., dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało wykonane w znacznej części, albo gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W przepisie art. 484 § 2 k.c. nie podano w ogóle możliwych kryteriów zredukowania kary umownej przez sąd. Katalog takich kryteriów jest zatem otwarty i należy do uznania sędziowskiego. W każdym razie muszą to być kryteria miarodajne do skonstatowania „rażącego wygórowania” kary umownej w jej aspekcie wartościowym. W grę wchodzić mogą kryteria o charakterze wartości bezwzględnych (np. sama wysokość kary umownej), kryteria relatywizujące (np. ocena wysokości kary umownej do innych elementów, tj. wobec ogólnej wartości świadczenia, wysokości szkody poniesionej przez uprawnionego do kary umownej lub rozmiaru przysługującego mu odszkodowania) lub inne jeszcze kryteria (m.in. o charakterze słusznościowym). W judykaturze dominuje stanowisko, iż wysokość szkody powinna stanowić podstawowe kryterium pozwalające stwierdzić rażąco wygórowany charakter kary umownej.

Nie przekonuje zapatrywanie Sądu Okręgowego, nie poparte żadną argumentacją, zgodnie z którym wysokość kary umownej limitować winna wartość wierzytelności wskazana w zawartej przez inwestora umowie przelewu. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, wysokość określonej stawki kary umownej sama w sobie nie przesądza o rażącym wygórowaniu kary umownej. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy kara umowna określona została jako 10 % wartości umowy i takie określenie wartości kary umownej trudno uznać za wymagające korekty. Strony w wyniku swobodnie wyrażonych oświadczeń woli ustaliły taką wysokość kary umownej. Podkreślić należy, iż wierzyciel, który dochodzi kary umownej nie jest zobligowany do udowodnienia powstania szkody ani tym bardziej jej wartości. Inaczej jednakże sytuacja wygląda w przypadku podniesionego zarzutu miarkowania zastrzeżonej kary umownej. W okolicznościach

rozpoznawanej sprawy wykazane natomiast zostało, iż z tytułu opóźnienia w realizacji inwestycji inwestor utracił źródło finansowania inwestycji i popadł w poważne problemy finansowe. (vide zeznania M. Z. (2), J. C. i J. M. (2)).

Rację ma wreszcie apelacja powódki, iż Sąd pierwszej instancji nie tylko dokonał nieprawidłowo zamiarkowania kary umownej ale również przyjął wadliwie początkową datę naliczenia odsetek. Powódka nabyła bowiem już wierzytelność wymagalną, skoro wezwanie do zapłaty pozwanemu poprzednik prawny powódki skierował pismem z dnia 26 czerwca 2008 r. z terminem zapłaty na dzień 1 lipca 2008 r. Wskazać należy, iż słusznie powódka podnosi, że zgodnie z art. 509 § 1 k.c. wraz z wierzytelnością przechodzą na nabywcę wszelkie związane z nią prawa, w tym roszczenie o zaległe odsetki.

Biorąc pod uwagę powyższe Sąd Apelacyjny działając na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 350 630,01 zł z odsetkami ustawowymi od kwoty 265 960 zł od dnia 1 stycznia 2011 r. oraz od kwoty 84 670,01 zł od dnia 22 marca 2011 r. Takie rozstrzygnięcie o odsetkach wynika z dopuszczalnego w świetle art. 482 § 1 k.c. skumulowania zaległych odsetek (tj. doliczenia ich do należności głównej) na dzień poprzedzający datę wniesienia pozwu i domaganie się od tej kwoty dalszych odsetek.

Konsekwencją powyższej zmiany była również zmiana w zakresie kosztów postępowania. Skoro powódka wygrała spór w całości należał się jej zwrot kosztów postępowania w całości o czym Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 108 § 1 w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tekst jedn. Dz. U. poz. 461).

W punkcie II Sąd oddalił apelację pozwanego jako bezzasadną na podstawie art. 385 k.p.c.

W punkcie III Sąd Apelacyjny orzekł o kosztach postępowania apelacyjnego na podstawie art. 98 § 1 i 3, art. 108 § 1 k.p.c. oraz § 6 pkt 7 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 cytowanego powyżej rozporządzenia.

W punkcie I ppkt 3 oraz punkcie IV Sąd orzekł o nieuiszczonych kosztach w postaci opłaty sądowej od pozwu oraz apelacji, od których uiszczenia powódka była zwolniona zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania, stosownie do art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

W. Kaźmierska H. Zarzeczna D. Rystał