

Sygn. akt I ACa 729/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 listopada 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Bogusław Dobrowolski
Sędziowie	:	SA Krzysztof Chojnowski (spr.) SA Elżbieta Bieńkowska
Protokolant	:	Izabela Lach

po rozpoznaniu w dniu 7 listopada 2014 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...)w O.

przeciwko (...) w O.

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 10 grudnia 2013 r. sygn. akt VII GC 216/13

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od pozwanego na rzecz powoda 2700 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję.**

## UZASADNIENIE

Powód (...) w O. wnosił o zasądzenie od pozwanego (...) w O. kwoty 112.545 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, tytułem kary umownej naliczonej w związku z odstąpieniem przez powoda od umowy z dnia 6 grudnia 2011 roku dotyczącej robót budowlanych w budynku A administracji Komendy Miejskiej Policji w O..

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 21 czerwca 2013 roku Sąd Okręgowy w Białymstoku uwzględnił powództwo w całości.

W sprzeciwie od tego nakazu zapłaty pozwany wnosił o oddalenie powództwa w całości. Kwestionował skuteczność oświadczenia powoda o odstąpieniu od umowy oraz zasadność naliczenia kary umownej i jej wysokość.

Wyrokiem z dnia 10 grudnia 2013 roku Sąd Okręgowy w Białymstoku zasądził od pozwanego (...) w O. na rzecz powoda (...) w O. kwotę 112.545 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 17 czerwca 2013 roku do dnia zapłaty oraz kwotę 9.245 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 3.617 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 6 grudnia 2011 roku powód jako wykonawca i pozwany jako zamawiający zawarli umowę o roboty budowlane, w której powód zobowiązał się wykonać instalację wentylacji mechanicznej i klimatyzacji oraz instalację solarną w budynku A administracji Komendy Miejskiej Policji w O., zgodnie z ofertą i kosztorysem ofertowym stanowiącymi załącznik do umowy. Strony ustaliły termin zakończenia robót na 30 listopada 2013 roku, zaś wynagrodzenie powoda określili na łączną kwotę 915.000 złotych netto.

W czasie realizacji przedmiotu umowy pozwany pismem z dnia 5 kwietnia 2012 roku zwrócił się do powoda o wstrzymanie prac do odwołania w związku z ograniczeniem środków finansowych na 2012 rok przez inwestora, tj. Komendę Wojewódzką Policji w R.. Zgodnie z prośbą pozwanego powód wstrzymał prace. Wobec przedłużającej się przerwy w robotach powód w kolejnych pismach z dnia 21 lutego 2013 roku, 25 marca 2013 roku i 22 kwietnia 2013 roku zwracał się do pozwanego o przedstawienie harmonogramu dalszych robót celem umieszczenia ich w harmonogramie własnych prac, w tym o wskazanie terminu realizacji dalszych prac. W pismach z marca i kwietnia 2013 roku powód wskazywał, że pozwany rozpoczął realizację prac na przedmiotowej inwestycji, w tym także podjął się realizacji prac zleconych uprzednio powodowi. W szczególności pozwany dokonał we własnym zakresie montażu kolektorów słonecznych, które to prace wchodziły w zakres robót zleconych powodowi.

W piśmie z dnia 22 kwietnia 2013 roku powód zażądał dopuszczenia go do realizacji przedmiotu umowy w dniu 6 maja 2013 roku (ewentualnie w dniu 2 maja 2013 roku), pod rygorem odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych. Pozwany nie udzielił powodowi odpowiedzi na to pismo, pomimo trwających już prac na budowie oraz istnienia frontu robót dla prac przeznaczonych do realizacji przez powoda. W konsekwencji powód pismem z dnia 24 maja 2013 roku, z uwagi na bezskuteczny upływ terminu na dopuszczenie go do kontynuowania robót, na podstawie art. 649<sup>4</sup> § 3 k.c. w zw. z art. 491 § 1 k.c. odstąpił od umowy z dnia 6 grudnia 2011 roku. Następnie w piśmie z dnia 31 maja 2013 roku powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 112.545 złotych tytułem kary umownej naliczonej na podstawie punktu 6 podpunktu 7.5 umowy, stanowiącej 10% wartości umowy brutto, ale pozwany nie zapłacił tej kwoty.

Sąd Okręgowy uznał, że w piśmie z dnia 24 maja 2013 roku powód skutecznie odstąpił od umowy z dnia 6 grudnia 2013 roku w trybie art. 491 § 1 k.c. Wskazał, że w przepisie tym przewidziano uprawnienie wierzyciela do odstąpienia od umowy na wypadek zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, po uprzednim wyznaczeniu dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania. Pozwany pozostawał w zwłoce z dopuszczeniem powoda do dalszych prac objętych umową. Powód dwukrotnie zwracał się do pozwanego o dopuszczenie do realizacji przedmiotu umowy i w każdym przypadku nie otrzymał od pozwanego jako generalnego wykonawcy odpowiedzi oraz wyraźnej zgody na rozpoczęcie dalszych prac objętych umową. Pomimo istnienia frontu robót dla prac zleconych powodowi, czemu pozwany nie zaprzeczał, i wyznaczenia pozwanemu przez powoda dodatkowego terminu, pozwany nie dopuścił do podjęcia przez powoda prac stanowiących przedmiot umowy, a co więcej, bez istotnych podstaw część tych prac zrealizował we własnym zakresie. Pisma powoda o wskazanie terminów realizacji prac i dopuszczenie go do dalszych robót kierowane były do pozwanego w okresie, gdy odpadły przeszkody finansowe do realizacji inwestycji leżące po stronie inwestora. Prace wstrzymane były przez inwestora w 2012 roku i na początku 2013 roku. W maju 2013 roku istniały warunki do podjęcia dalszych prac, co pozwany wyraźnie przyznał, a mimo to nie udostępnił powodowi placu budowy. Nawet jeżeli jeszcze w kwietniu 2013 roku pozwany nie znał dokładnego harmonogramu rzeczowego robót, to z pewnością posiadał go już w maju 2013 roku. Brak reakcji pozwanego na działania powoda stanowi dostateczną podstawę do uznania, że pozwany dopuścił się zwłoki w realizacji jego zobowiązania z umowy wzajemnej.

Sąd I instancji podkreślił, że zeznania przedstawiciela pozwanego W. B. o udzielaniu odpowiedzi na pisma powoda drogą telefoniczną stoją w sprzeczności z twierdzeniami powoda i nie znajdują potwierdzenia w innych dowodach.

Za niewiarygodne Sąd uznał zeznania W. B., że pozwany drogą telefoniczną udzielił zgody na rozpoczęcie przez powoda prac w maju 2013 roku, ale powód nie podjął robót. Sąd Okręgowy wskazał, że zeznaniom tym zaprzeczyli przedstawicielka powoda B. S. przesłuchana w charakterze strony, jak również świadek M. K.. W ocenie Sądu niewiarygodnym jest, by przy licznych pisemnych wystąpieniach powoda o dopuszczenie do robót pozwany podjął ustnie decyzję w tym przedmiocie, tym bardziej, że pisemne wystąpienia powoda określały daleko idący rygor odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych. Sąd zauważył przy tym, iż uprzednie stanowisko pozwanego co do wstrzymania robót miało charakter pisemny. Brak wyraźnej reakcji po stronie pozwanego dotyczył nie tylko pism powoda o dopuszczenie do dalszych robót, ale również na oświadczenia powoda o odstąpieniu od umowy. Nadto powód wnosił o dopuszczenie do robót w czasie, gdy pozwany we własnym zakresie realizował prace zleczone powodowi.

Sąd Okręgowy zaznaczył przy tym, że podnoszone w toku procesu twierdzenia pozwanego o braku pozostawania w zwłoce oraz deklaracja gotowości dopuszczenia powoda do prac na budowie stały się nieaktualne, skoro - jak zeznał pozwany - w dniu 30 sierpnia 2013 roku inwestor odstąpił od umowy z pozwanym jako wykonawcą generalnym, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy generalnego.

Sąd I instancji podkreślił, że zgodnie z postanowieniem zawartym w punkcie 6 podpunkcie 7.5 umowy z dnia 6 grudnia 2011 roku za odstąpienie od umowy strona, po której leżą przyczyny odstąpienia od umowy zapłaci drugiej stronie karę umowną w wysokości 10% wartości umowy. Równowartość tej kary, przy uwzględnieniu określonej w punkcie 3 umowy wartości umowy brutto 1.125.450 złotych wynosi 112.545 złotych. Wobec tego, że przyczyny odstąpienia od umowy przez powoda leżały wyłącznie po stronie pozwanego pozwany winien zapłacić powodowi karę umową w kwocie 112.545 złotych. Sąd Okręgowy zaznaczył, że podzielność świadczenia umownego oraz częściowe wykonanie przedmiotu umowy, które zostało przez strony rozliczone, nie ma znaczenia dla określenia wysokości roszczenia powoda z tytułu kary umownej. Cytowany przez pozwanego art. 491 § 2 k.c. odnosi się do uprawnień wierzyciela co do zakresu odstąpienia od umowy w przypadku podzielności świadczenia, nie ma natomiast wpływu na ustaloną przez strony w umowie wysokość kary umownej.

Sąd Okręgowy podkreślił, że odstąpienie od umowy jest jednostronnym, skierowanym do adresata oświadczeniem woli o charakterze prawo kształtującym. W jego następstwie stosunek prawny wygasa (a wraz z nim stosunek akcesoryjny) od momentu zawarcia umowy – ex tunc. Między stronami powstaje taki stan, jakby do zawarcia umowy nie doszło. Postanowienie o karze umownej ma charakter akcesoryjny i zależy od istnienia umowy. Jednakże nie wygasa zobowiązanie akcesoryjne, jakim jest zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy. W orzecznictwie Sądu Najwyższego występuje wiele poglądów przemawiających za utrzymaniem postanowień dotyczących kar umownych zastrzeżonych nie tylko na wypadek odstąpienia od umowy, ale również na wypadek opóźnienia lub zwłoki w wykonaniu zobowiązania (wyrok z dnia 5 października 2006 roku, IV CSK 157/06, wyrok z dnia 2 października 2007 roku, II CNP 101/07, wyrok z dnia 29 czerwca 2005 roku, CK 105/05, uchwała z dnia 18 lipca 2012 roku, III CZP 39/12). Nawet przy założeniu, iż skutek odstąpienia od umowy w warunkach objętych hipotezą art. 494 k.c., następuje zniweczenie węzła obligacyjnego wynikającego z umowy, utrzymują się (przełamując zasadę akcesoryjności) postanowienia umowne dotyczące kar umownych, przewidziane właśnie na wypadek odstąpienia od umowy, gdy zgodnie z art. 494 k.c. aktualizuje się odpowiedzialność jednej ze stron umowy za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania.

Jednocześnie Sąd I instancji wskazał, że wniosek pozwanego o miarkowanie kary umownej został zgłoszony dopiero na rozprawie, a zatem jest spóźniony. Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska pozwanego, że wniosek o miarkowanie kary umownej był zawarty w żądaniu pozwanego o oddalenie powództwa. Sąd ten zaznaczył, że z art. 484 § 2 k.c. wynika, iż do miarkowania kary może dojść wyłącznie na żądanie dłużnika. W orzecznictwie i doktrynie nie ma zgodności poglądów co do tego, czy żądanie dłużnika oddalenia powództwa o zapłatę kary umownej zawiera implicite wniosek o jej miarkowanie. Sąd Najwyższy w kilku orzeczeniach opowiedział się za uznaniem, że wniosek taki mieści się w żądaniu oddalenia powództwa (wyroki z dnia 14 lipca 1976 roku, I CR 221/76, OSNCP 1977, Nr 4, poz. 76; z dnia 16 lipca 1998 roku, I CKN 802/97, OSNC 1999, Nr 2, poz. 32; z dnia 21 listopada 1997 roku, I CKN 330/97, niepubl.), w innych orzeczeniach zaprezentowane zostało stanowisko, że dłużnik zamierzający zgłosić żądanie oparte na art. 482 § 2 k.c.

zobowiązany jest wyraźnie takie żądanie sformułować (wyroki z dnia 6 lutego 2008 roku, II CSK 421/07, Lex 361437; z dnia 26 listopada 2008 roku, III CSK 168/07, Lex 479329; z dnia 15 września 1999 roku, III CKN 337/98, Lex 527125). W tym drugim przypadku zakłada się, że wniosek dłużnika powinien zostać konkretnie sprecyzowany oraz poparty stosownymi dowodami, zwłaszcza że miarkowanie opiera się na dwóch różnych podstawach. Jest to też środek obrony pozwanego, prowadzący do częściowego oddalenia powództwa, a zatem powinien opierać się na merytorycznych zarzutach. Samo kwestionowanie zasadności i wysokości dochodzonej kary nie może być wystarczające. Ponadto brak jednoznacznego sprecyzowania wniosku pozbawia wierzyciela możliwości odparcia argumentów dłużnika, skoro o ich zasadności dowie się dopiero z wyroku. Sąd I instancji przychylił się do drugiego z poglądów, wymagającego wyraźnego wniosku i argumentacji dłużnika przemawiających za miarkowaniem kary umownej. Takiego wniosku pozwany nie zawarł w sprzeciwie od nakazu zapłaty. Nie wskazywał też na podstawę miarkowania, ani też nie przedstawił argumentacji i dowodów przemawiających za zastosowaniem tej instytucji.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. i § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j.t. Dz. U. z 2013 roku, poz. 490).

Powyższy wyrok w całości zaskarżył apelacją pozwany, zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 491 § 1 i 2 k.c. przez przyjęcie, że powód skutecznie odstąpił od całości umowy z dnia 6 grudnia 2011 roku dotyczącej robót budowlanych w budynku A administracji Komendy Miejskiej Policji w O., w sytuacji gdy wyznaczony przez powoda termin dodatkowy nie był odpowiedni z uwagi na znane powodowi uprzednio uzależnienie robót od przeznaczonej przez inwestora tj. Komendy Wojewódzkiej Policji w R. na dany rok kwoty na roboty budowlane i konieczności uzgodnienia z inwestorem zakresu robót i że powodowi przysługuje kara umowna w dochodzonej kwocie obliczonej od wartości całej umowy, mimo, że jeśli nawet powód hipotetycznie mógł skutecznie odstąpić od umowy to tylko w zakresie niewykonanej części w myśl art. 491 § 2 k.c., gdyż świadczenie powoda jest świadczeniem podzielnym,

2. naruszenie art. 483 k.c. i art. 494 k.c. przez przyjęcie, że powodowi przysługuje kara umowna mimo, że roszczenie powoda wynikające z odstąpienia od umowy - w postaci kary umownej stanowiącej surogat odszkodowania za szkodę spowodowaną przez dłużnika niewykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono jak też o zwrot równowartości wykonanych robót zgodnie z art. 494 i art. 496 k.c. jest roszczeniem pieniężnym, wobec czego kara umowna nie mogła przysługiwać powodowi,

3. naruszenie art. 494 k.c. przez nie orzeczenie obowiązku powoda jednoczesnego zwrotu wzajemnego świadczenia gdyby odstąpienie powoda od umowy w całości okazało się skuteczne, a postanowienie umowy o karze umownej w wypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę skuteczne,

4. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią materiału dowodowego zebranego w sprawie, a mianowicie przez przyjęcie, że:

a) pozwany dokonał przed odstąpieniem od umowy montażu kolektorów słonecznych mimo, że zarówno z zeznań M. K. jak i W. B. wynika, że zostały one zamontowane w czerwcu 2013 roku już po odstąpieniu powoda od umowy natomiast istotnie przed odstąpieniem pozwany wykonał niewielką część robót, które miał wykonać powód lecz były to wyłącznie roboty związane z robotami murarskimi niezbędne do kontynuacji robót murarskich,

b) odstąpienie od umowy było przyczyną nieudostępnienia frontu robót, podczas gdy z zeznań pozwanego w charakterze strony wynika, że kwietniu lub maju 2013 roku wspólnik powodowej spółki (...) telefonicznie rozmawiał z W. B. prezesem zarządu pozwanego i mieli na placu budowy dokonać szczegółowych ustaleń co do wznowienia robót przez powoda, lecz powód nie stawiał się na budowie i nie skontaktował się z pozwanym, a z zeznań M. K. wynika,

że właściwą przyczyną odstąpienia od umowy była obawa powoda niewypłacalności pozwanego, o czym już wówczas były rozgłaszane informacje,

c) pozwany ponosi winę za opóźnienie w udostępnieniu powodowi placu budowy, podczas gdy wynikało ono z przyczyn zależnych od inwestora, o czym powód doskonale wiedział i przez dłuższy czas tego nie kwestionował, a od umowy odstąpił z przyczyn innych niż podał, tj. z obawy niewypłacalności pozwanego

niewyjaśnienie wszystkich okoliczności istotnych w sprawie, a mianowicie:

5. naruszenie art. 65 k.c. przez błędną wykładnię umowy z dnia 6 grudnia 2011 roku polegającą na przyjęciu, że podzielność świadczenia powodów nie ma wpływu na możliwość odstąpienia od umowy w całości i ustaloną przez strony w umowie wysokość kary umownej, gdy z umowy wynika, że roboty są oddawane częściami, a w takim przypadku podstawą naliczenia kary umownej może być tylko wartość niezrealizowanej części robót,

6. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego w sprawie, niewłaściwą ocenę materiału dowodowego przez uznanie za niewiarygodne zeznań W. B., który zeznał, że rozmawiał telefonicznie z T. S., a z zeznań B. S. i M. K. wynika jedynie, że nic im o takich rozmowach z T. S., który wszak podpisywał umowę i reprezentował powoda wobec pozwanego, nie wiadomo, niedokonanie istotnych ustaleń w sprawie, niepełne wyjaśnienie podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia,

7. naruszenie art. 303 k.p.c. w zw. z art. 300 § 1 k.p.c. i art. 67 § 1 k.p.c. przez zaniechanie przesłuchania T. S. współnika powoda lub ponownego przesłuchania jednej ze stron na okoliczność rozmowy telefonicznej T. S. z W. B. w maju 2013 roku na temat wznowienia robót przez powoda na budowie Komendy Policji w O., podczas gdy przesłuchanie stron nie wyświetliło dostatecznie przedmiotowego faktu gotowości pozwanego do udostępnienia powodowi placu budowy, a Sąd powinien dokonać tego z urzędu,

8. naruszenie art. 217 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. i art. 316 § 1 k.p.c. przez uznanie, że wniosek pozwanego o miarkowanie kary umownej był spóźniony mimo, że samo żądanie dłużnika wnoszącego o oddalenie powództwa zawiera w sobie wniosek o zmniejszenie kary umownej bez potrzeby formułowania konkretnego wniosku w tym zakresie.

Wnosił o dopuszczenie dowodu z przesłuchania współnika powodowej spółki jawnej (...) w charakterze strony na okoliczność rozmowy telefonicznej z W. B. w kwietniu i maju 2013 roku w sprawie ustalenia terminu podjęcia przez powoda robót na budowie Komendy Policji w O., ewentualnie ponowne przesłuchanie W. B. w trybie art. 303 k.p.c. na tę okoliczność, a także dowodu z bilingu rozmów telefonicznych z telefonu W. B. za okres od 19 kwietnia 2013 roku do 26 kwietnia 2013 roku na okoliczność rozmowy telefonicznej ze współnikiem powodowej spółki jawnej (...) w dniu 25 kwietnia 2013 roku. Wnosił też o zobowiązanie współnika powodowej spółki jawnej (...) do podania numerów telefonów zarejestrowanych na niego lub powoda oraz innych, z których stale korzystał i z których odbierał i prowadził rozmowy w kwietniu i maju 2013 roku.

Domagał się zmiany zaskarżonego wyroku i oddalenia powództwa w całości oraz zasądzenia od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych za obie instancje, ewentualnie uchylenia zaskarżonego wyroku w całości i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.**

W pierwszym rzędzie trzeba wskazać, że wobec orzeczenia Sądu Rejonowego w Ostrołęce z dnia 6 czerwca 2014 roku zmieniającego postanowienie tego Sądu z dnia 30 sierpnia 2013 roku o ogłoszeniu upadłości dłużnika (...) w O. z możliwością zawarcia układu na postanowienie o ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika, odwołującego nadzorcę sądowego i powołującego Syndyka masy upadłości, postępowanie w sprawie, zawieszane na

podstawie art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c. postanowieniem Sądu Apelacyjnego z dnia 11 czerwca 2014 roku, zostało podjęte z udziałem Syndyka masy upadłości (...) w O. po stronie pozwanej.

Z art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadłościowe i naprawcze (j.t. Dz. U. z 2012 roku, poz. 1112 z późn. zm.) wynika, że w razie ogłoszenia upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego, postępowania sądowe i administracyjne dotyczące masy upadłości mogą być wszczęte i dalej prowadzone jedynie przez syndyka lub przeciwko niemu. Zgodnie z art. 144 ust. 2 Prawa upadłościowego i naprawczego syndyk prowadzi postępowanie na rzecz upadłego, ale w imieniu własnym, co oznacza, że ma on status strony (w znaczeniu formalnym). Niewątpliwie masy upadłości dotyczy proces, w którym upadły występował jako pozwany, a którym przedmiotem było żądanie zapłaty. W takim przypadku syndyk nie jest dysponentem procesu i nie może odmówić wstąpienia do postępowania.

Dochodzona w niniejszej sprawie wierzytelność, choć została zgłoszona w postępowaniu upadłościowym, to nie uwzględniono jej na liście wierzytelności, a skoro zaskarżenie odmowy uznania tej wierzytelności nie jest możliwe obecnie i nie było możliwe w chwili podjęcia niniejszego postępowania z uwagi na upływ terminu z art. 256 Prawa upadłościowego i naprawczego, to należy uznać, że został wyczerpany tryb określony tą ustawą. Tym samym zaistniały przewidziane w art. 145 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego podstawy do podjęcia postępowania w sprawie z udziałem Syndyka masy upadłości (...) w O. po stronie pozwanej.

Przechodząc do meritum trzeba stwierdzić, że Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne i wnioski Sądu I instancji, godząc się też z wyrażonymi przez ten Sąd ocenami prawnymi.

Odnosząc się do zarzutów apelacji w pierwszej kolejności należy wskazać, że nie było podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 328 § 2 k.p.c., bowiem pisemne motywy zaskarżonego wyroku zawierają wszystkie wymagane przez ten przepis elementy, obejmują one omówienie zarówno podstawy faktycznej rozstrzygnięcia ze wskazaniem dowodów, na których Sąd I instancji się oparł, jak i wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Przechodząc do oceny ustaleń faktycznych Sądu I instancji przede wszystkim trzeba stwierdzić, że prawidłowe są ustalenia, iż powód dwukrotnie zwracał się na piśmie do pozwanego o dopuszczenie do realizacji przedmiotu umowy z dnia 6 grudnia 2011 roku i w żadnym przypadku nie otrzymał od pozwanego zgody na rozpoczęcie dalszych prac objętych tą umową.

Sąd Okręgowy dokonując pod tym kątem oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego nie naruszył art. 233 § 1 k.p.c.

Przepis ten stanowi, że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego uznania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Taka ocena dokonywana jest na podstawie przekonań sądu, jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a nadto winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - wając ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Dopuszczenie się przez sąd obraży art. 233 § 1 k.p.c. może więc polegać albo na przekroczeniu granic swobody oceny wyznaczonej logiką, doświadczeniem, zasadami nauki albo też na niedokonaniu przez sąd wszechstronnego rozważenia sprawy.

Sąd Okręgowy dokonał jednak wszechstronnej, logicznej i zgodnej z doświadczeniem życiowym oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Sąd I instancji wyjaśnił dlaczego nie uwzględnił zeznań przedstawiciela pozwanego W. B., że pozwany w czasie telefonicznych rozmów z powodem, w tym w maju 2013 roku, udzielił zgody na rozpoczęcie przez powoda dalszych prac objętych umową z dnia 6 grudnia 2011 roku, a stanowisko to należy uznać za przekonujące. Zeznania W. B. nie znalazły potwierdzenia w zeznaniach świadka M. K. i przesłuchanej w charakterze strony B. S.. Trudno też uznać, że w sytuacji kierowania przez powoda do pozwanego pism, w których zwracał się o dopuszczenie do realizacji przedmiotu umowy z dnia 6 grudnia 2011 roku, także pod rygorem odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych pozwany ustnie udzieliłby zgody na rozpoczęcie przez powoda dalszych prac objętych tą umową. Za tym,

że pozwany również w czasie rozmów telefonicznych z powodem nie udzielił mu zgody na rozpoczęcie dalszych prac przemawia także to, iż w czasie domagania się przez powoda dopuszczenia do realizacji przedmiotu umowy z dnia 6 grudnia 2011 roku, pozwany we własnym zakresie realizował prace zlecone powodowi, na co wskazał sam W. B..

Nie jest trafny także zarzut niedopuszczenia przez Sąd Okręgowy dowodu z przesłuchania w charakterze strony T. S. lub dowodu z ponownego przesłuchania w charakterze strony B. S. lub W. B. na okoliczność zgody pozwanego na rozpoczęcie przez powoda dalszych prac objętych umową z dnia 6 grudnia 2011 roku udzielonej w czasie rozmowy telefonicznej T. S. i W. B. przeprowadzonej w maju 2013 roku, błędnie zresztą sformułowany jako naruszenie art. 303 k.p.c. w zw. z art. 300 § 1 k.p.c. w zw. z art. 67 § 1 k.p.c.. Określona w art. 232 zdanie drugie k.p.c. możliwość dopuszczenia dowodu z urzędu oznacza powinność dopuszczenia dowodu z urzędu w sytuacjach wyjątkowych, wymagających ochrony interesu publicznego, także gdy istnieje podejrzenie, że strony prowadzą proces fikcyjny lub zmierzają do obejścia prawa, a ponadto w razie rażącej nieporadności strony działającej bez profesjonalnego pełnomocnika, które to sytuacje nie miały miejsca w niniejszej sprawie.

Zgłoszone w apelacji dowód z przesłuchania w charakterze strony T. S. na okoliczność rozmowy telefonicznej z W. B. w kwietniu i maju 2013 roku w sprawie ustalenia terminu podjęcia przez powoda robót objętych umową z dnia 6 grudnia 2011 roku, ewentualnie dowodu z ponownego przesłuchania w charakterze strony W. B. na tę okoliczność, a także dowód z bilingu rozmów telefonicznych z telefonu W. B. za okres od 19 kwietnia 2013 roku do 26 kwietnia 2013 roku na okoliczność rozmowy telefonicznej ze współnikiem powodowej spółki jawnej (...) w dniu 25 kwietnia 2013 roku zostały pominięte jako spóźnione i powoływane jedynie dla zwłoki, a w przypadku dowodu z bilingu rozmów telefonicznych także z uwagi na nieprzydatność tego dowodu dla rozstrzygnięcia sprawy.

Skarżący nie sformułował również zarzutów podważających ustalenia Sądu I instancji, że w czasie kierowania przez powoda do pozwanego pism, w których zwracał się o dopuszczenie do realizacji przedmiotu umowy z dnia 6 grudnia 2011 roku istniał front robót dla prac zleconych powodowi, a jednocześnie odpadły leżące po stronie inwestora przeszkody finansowe do realizacji inwestycji i przynajmniej w maju 2013 roku istniały warunki do podjęcia przez powoda dalszych prac objętych umową z dnia 6 grudnia 2011 roku.

Trzeba zatem przyjąć za Sądem I instancji, że pozwany dopuścił się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy z dnia 6 grudnia 2011 roku.

Z prawidłowych ustaleń Sądu Okręgowego wynika też, że powód wyznaczył pozwanemu dodatkowy termin do wykonania zobowiązania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego jego upływu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Ten dodatkowy termin wynosił kilkanaście dni i w ocenie Sądu I instancji był odpowiedni w rozumieniu powołanego przepisu, a ocena ta nie została skutecznie podważona przez pozwanego. Pozwany, który z faktu nieodpowiedniości dodatkowego terminu wyznaczonego przez powoda do wykonania przez pozwanego zobowiązania wywodził skutki prawne, stosownie do art. 6 k.c., winien był wykazać, że termin ten rzeczywiście był nieodpowiedni. Tymczasem pozwany nie tylko nie zaoferował dowodów na to, że dodatkowy termin wyznaczony przez powoda do wykonania zobowiązania przez pozwanego był nieodpowiedni, ale nawet nie wskazał, jaki termin byłby odpowiedni. Jeżeli zaś nie wiadomo, jaki dodatkowy termin byłby odpowiedni do wykonania zobowiązania przez pozwanego, to nie można ustalić, czy termin faktycznie wyznaczony przez powoda był nieodpowiedni.

W konsekwencji należy przychylić się do stanowiska Sądu I instancji, że powód skutecznie odstąpił od umowy stron z dnia 6 grudnia 2011 roku na podstawie art. 491 § 1 k.c. i dlatego stosownie do punktu 6 podpunkt 7.5 tej umowy przysługuje mu od pozwanego kara umowna w wysokości 10% wartości umowy.

Sąd Okręgowy dokonując wykładni punktu 6 podpunktu 7.5 umowy stron z dnia 6 grudnia 2011 roku nie dopuścił się naruszenia art. 65 k.c.

Według art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, zaś z § 2 tego przepisu wynika, że w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym

brzmieniu. W judykaturze wielokrotnie podkreślano, że na tle tego przepisu należy przyjąć tzw. kombinowaną metodę wykładni (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 roku, III CZP 66/95, OSNC 1995, Nr 5, poz. 168, a także wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1997 roku, I CKN 825/97, OSNC 1998, Nr 5, poz. 85 i z dnia 20 maja 2004 roku, II CK 354/03, niepubl.). Ta metoda wykładni przyznaje pierwszeństwo - w wypadku oświadczeń woli składanych innej osobie - temu znaczeniu oświadczenia woli, które rzeczywiście nadały mu strony w chwili jego złożenia (subiektywny wzorzec wykładni). To, jak strony, składając oświadczenie woli, rozumiały je można wykazywać zarówno za pomocą dowodu z przesłuchania stron, jak i innych środków dowodowych. Gdy okaże się, że strony różnie rozumiały treść złożonego oświadczenia woli, to za prawnie wiążące należy uznać znaczenie oświadczenia woli ustalone według wzorca obiektywnego. W jego ramach właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się tak, jak adresat oświadczenia sens ten rozumiał i rozumieć powinien, przy czym wiążące jest rozumienie oświadczenia woli, będące wynikiem starannych zabiegów interpretacyjnych adresata. Ustalając to znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny. Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej). Niezależnie od tego z art. 65 § 2 k.c. wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy celem. Nie jest konieczne, aby był to cel uzgodniony przez strony, wystarczy cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej. Wątpliwości interpretacyjne, niedające się usunąć za pomocą ogólnych reguł wykładni oświadczeń woli powinny być rozstrzygane na niekorzyść strony, która zredagowała tekst wywołujący wątpliwości.

Mając to na względzie trzeba uznać, że właściwy dla prawa sens punktu 6 podpunktu 7.5 umowy stron z dnia 6 grudnia 2011 roku jest taki, że strona, po której leżą przyczyny odstąpienia od umowy przez drugą stronę zapłaci jej karę umowną w wysokości 10% wartości umowy niezależnie od tego, czy ta druga strona odstąpiła od całej umowy, czy też jedynie od jej części.

Niezależnie zatem od tego, że świadczenie powoda było podzielne, a oświadczenie powoda o odstąpieniu od umowy - jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego - dotyczy nie całej umowy, a tylko jej niewykonanej części, powodowi, który skutecznie odstąpił od niewykonanej części umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanego przysługuje od pozwanego kara umowna w wysokości 10% wartości umowy.

Odmiennego wniosku w żadnym razie nie sposób wyprowadzić z art. 491 § 2 k.c. regulującego uprawnienie wierzyciela do odstąpienia od umowy wzajemnej z uwagi na zwłokę dłużnika w przypadku podzielności świadczeń obu stron.

Nietrafny jest też zarzut naruszenia przez Sąd I instancji art. 483 k.c. w zw. z art. 494 k.c. przez przyjęcie, że powodowi przysługuje kara umowna pomimo, że roszczenie powoda wynikające z odstąpienia od umowy jest roszczeniem pieniężnym.

W doktrynie i orzecznictwie dopuszcza się możliwość zastrzegania kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy, przy czym nie łączy się tej możliwości z charakterem świadczeń do jakich zobowiązane są strony umowy, od której się odstępuje (por. uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego dnia 6 listopada 2003 roku, III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2006 roku, IV CSK 154/06, OSNC 2007, nr 7-8, poz. 117, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2008 roku, I CSK 13/08, Lex nr 637699).

Nie może być też mowy o naruszeniu przez Sąd Okręgowy art. 494 k.c. przez nie orzeczenie obowiązku powoda jednoczesnego zwrotu wzajemnego świadczenia, skoro powód dochodził kary umownej za odstąpienie od umowy z dnia 6 grudnia 2011 roku, a nie przewidzianych w art. 494 k.c. roszczeń z tytułu odstąpienia od umowy, a więc o zwrot tego, co świadczył na rzecz pozwanego, czy też o odszkodowanie.



Odnosząc się do sformułowanego w apelacji zarzutu nie zmiarkowania przez Sąd I instancji kary umownej trzeba wskazać, że nie jest pozbawione racji stanowisko, iż wniosek o zmniejszenie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. powinien zostać wyraźnie sformułowany. Pozwany nie zawarł zaś takiego wniosku w sprzeciwie od nakazu zapłaty.

Nawet jednak przy przyjęciu stanowiska, iż samo żądanie oddalenia powództwa o zapłatę kary umownej zawiera w sobie wniosek o jej zmniejszenie, nie było podstaw do zmniejszenia kary umownej należnej powodowi od pozwanego.

W art. 484 § 2 k.c. wskazane zostały dwie przesłanki zmniejszenia kary umownej, nazywanego powszechnie miarkowaniem, tj. wykonanie zobowiązania w znacznej części i rażące wygórowanie kary, przy czym obie te przesłanki są równorzędne i dlatego wystąpienie którejkolwiek z nich uzasadnia miarkowanie kary umownej.

Gdy chodzi o pierwszą przesłankę należy wskazać, że skoro powód jedynie w niewielkim zakresie wykonał prace zleczone mu w umowie z dnia 6 grudnia 2011 roku, to nie można uznać, że pozwany wykonał swoje zobowiązanie w znacznej części.

Jeśli zaś idzie o przesłankę zmniejszenia kary umownej w postaci jej rażącego wygórowania, to ustawodawca nie sprecyzował kryteriów istotnych dla oceny rażącego wygórowania kary umownej. W piśmiennictwie i judykaturze wskazuje się, że ocena wysokości kary umownej w kontekście jej rażącego wygórowania może być dokonywana na podstawie takich kryteriów jak stosunek pomiędzy wysokością kary umownej a wartością całego zobowiązania głównego, stosunek wartości kary umownej do wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem, porównanie wartości kary umownej z wartością szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Pamiętać przy tym należy, że instytucja kary umownej należy do praw tzw. sędziowskich, stąd też do sądu należy wybór kryteriów, na podstawie których poddaje on kontroli wysokość kary umownej (P. Drapała w: System prawa prywatnego, Prawo zobowiązań - część ogólna, tom 5, pod red. Z. Radwańskiego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 974).

Odnosząc się do kryterium stosunku wysokości kary umownej do wartości całego zobowiązania głównego trzeba wskazać, że skoro kara umowna wynosi 10% wartości umowy, to nie można uznać, iż jest ona rażąco wygórowana.

Kryterium stosunku wartości kary umownej do wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem nie wchodzi w rachubę w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do kryterium porównania wartości kary umownej z wartością szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania trzeba wskazać, że ciężar dowodu braku szkody po stronie powoda wskutek nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego spoczywał na pozwanym, a ten żadnych dowodów w tym zakresie nie przedstawił.

Dlatego na podstawie art. 385 k.p.c. oddalono apelację.

O kosztach procesu za drugą instancję orzeczono mając na uwadze wynik postępowania odwoławczego oraz treść art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 108 § 1 k.p.c. i art. 109 k.p.c. Apelacja pozwanego została oddalona w całości i dlatego posiadający status strony pozwanej (w znaczeniu formalnym) Syndyk masy upadłości (...)w O. jest zobowiązany zwrócić powodowi poniesione przez niego w postępowaniu odwoławczym koszty zastępstwa procesowego w kwocie 2.700 złotych, ustalonej na podstawie § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j.t. Dz. U. z 2013 roku, poz. 490).