

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 czerwca 2019r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Bogusława Żuber
Sędziowie:	SSA Bogdan Wysocki (spr.) SSO (del.) Ewa Blumczyńska
Protokolant:	st. sekr. sąd Izabela Kyc

po rozpoznaniu w dniu 23 maja 2019r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **E. G. (1) i A. G.**

przeciwko **(...) sp. z o.o. w P.**

o zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 13 listopada 2017r., sygn. akt I C 87/16

1. zmienia zaskarżony w ten sposób, że:

a) **zasądza od pozwanego na rzecz powodów kwotę 100.000 zł (sto tysięcy złotych) z ustawowymi odsetkami od dnia 15 grudnia 2015r. do dnia 31 grudnia 2015r. oraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty;**

b) **zasądza od pozwanego na rzecz powodów kwotę 15.217 zł (piętnaście tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;**

2. zasądza od pozwanego na rzecz powodów kwotę 9.409,40 zł (dziewięć tysięcy czterysta dziewięć złotych czterdzieści groszy) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu odwoławczym.

Bogdan Wysocki Bogusława Żuber Ewa Blumczyńska

Sygn. akt I ACa 60/18

UZASADNIENIE

Powodowie E. G. (1) i A. G. wnieśli o zasądzenie na ich rzecz od **pozwanej (...) Sp. z o.o. z siedzibą P.** kwoty 100.000 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 15 grudnia 2015 r. do dnia zapłaty tytułem kary umownej przewidzianej w § 8 ust. 1 pkt 3 zawartej przez strony w dniu 28 października umowy o roboty budowlane oraz o zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie solidarnie od powodów na jej rzecz kosztów procesu, w tym kwoty 7.200 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego i kwoty 17 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Wyrokiem z dnia 13 listopada 2017 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu powództwo oddalił oraz zasądził od powodów na rzecz pozwanej kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia i wnioski.

28 października 2011 r. powodowie zawarli z pozwaną umowę o roboty budowlane. Mocą tej umowy pozwana zobowiązała się wybudować budynek mieszkalny jednorodzinny zgodnie z projektem budowlanym i zgodnie z decyzją o pozwoleniu na budowę nr (...) z dnia 25 lipca 2011 r. Strony uzgodniły wynagrodzenie za przedmiot umowy na kwotę 385.612,12 zł netto.

Pozwana udzieliła powodom gwarancji jakości na przedmiot umowy na okres 24 miesięcy od daty końcowego odbioru robót. Strony uzgodniły, że w przypadku wystąpienia usterek i wad w przedmiocie umowy pozwana usunie je w terminie 21 dni od daty zgłoszenia, chyba, że zaistnieją techniczne podstawy do zmiany tego terminu.

W § 8 ust. 1 pkt 3 umowy strony postanowiły, że pozwana zapłaci powodom karę umowną w przypadku zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji lub rękojmi w wysokości 0,2% wartości umowy netto określonej w § 5 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki. Jednocześnie strony zastrzegły sobie możliwość dochodzenia odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych.

4 lutego 2013 r. strony dokonały odbioru końcowego prac, sporządzając z tej czynności protokół. W trakcie odbioru powodowie stwierdzili, że prace objęte umową zostały wykonane zgodnie z umową, za wyjątkiem zabudowy poddasza (która nie została wykonana w ogóle). Nadto stwierdzili zarysowania ościeżnic okiennych w kuchni, zarysowane skrzydło przesuwne w salonie oraz zarysowania drzwi wejściowych do garażu i odprysk na klamce tych drzwi. Przedstawiciel pozwanej zgłosił zastrzeżenie, że wykonanie zabudowy poddasza nie było objęte umową.

Pismem z dnia 6 lutego 2013 r. pozwana zaproponowała usunięcie wskazanych w protokole z odbioru wad w postaci zarysowań ościeżnic i drzwi garażowych poprzez ich szpachlowanie i lakierowanie przez wykwalifikowany serwis okien, zaś uszkodzonej klamki drzwi poprzez jej wymianę, bądź poprzez obniżenie wynagrodzenia pozwanej o 1.000 zł brutto.

Pismem z dnia 5 kwietnia 2013 r., doręczonym w dniu 10 kwietnia 2013 r., powodowie zawiadomili pozwaną o ujawnionych wadach polegających na wadliwym wykonaniu pokrycia dachu w części garażowej przy kominie, co powoduje przeciek, a nadto zbyt niskim osadzeniu rury prowadzącej do skrzynki gazowej, czego konsekwencją jest niemożność podłączenia gazu.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2013 r. powodowie wezwali pozwaną do usunięcia kolejnych stwierdzonych wad, w tym m.in. zapadnięcia kostki brukowej, wadliwego ułożenia kostki brukowej, uszkodzenia elewacji przy wejściu do domu, wadliwie działającej rolety w salonie, brak zabudowy rury c.o. w pokoju nad garażem, brak wyprowadzenia przewodu do zainstalowania domofonu na zewnątrz, brak wyprowadzenia przewodu do czujki ruchu w spiżarni, brak wykonania gniazda elektrycznego w łazience na piętrze, brak możliwości włączenia bezpieczników do bramy garażowej.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2013 r., doręczonym w dniu 25 kwietnia 2013 r., powodowie wezwali pozwaną do usunięcia wad w postaci zarysowania ościeżnic drzwi okiennych w kuchni oraz salonie, a także zarysowań na drzwiach wejściowych do garażu i odprysku na klamce tychże drzwi.

Pismem z dnia 16 maja 2013 r. powodowie zawiadomili pozwaną i wezwali do ustalenia terminu usunięcia kolejnych wad budynku, w tym m.in. zabetonowanego kanału wentylacyjnego w kuchni, braku termostatu na grzejniku w pralni, wadliwego wykonania włazu dachowego, braku opisu rozdzielacza ogrzewania podłogowego, braku klucza do odpowietrzania kaloryferów.

Pismem z dnia 16 maja 2013 r., doręczonym w dniu 24 maja 2013 r., powodowie poinformowali pozwaną, że z uwagi na jej brak reakcji na pisma informujące o stwierdzonych wadach wykonanie napraw zostało zlecone innym podmiotom na koszt i ryzyko pozwanej.

Pismem z dnia 28 maja 2013 r., nadanym w tej samej dacie, powodowie wezwali pozwaną do usunięcia kolejnych stwierdzonych wad - złego usytuowania rynny przed domem, źle uszczelnionej podstawy drzwi wejściowych, wykonania kostki brukowej na części podjazdu w innym kolorze, namakania ścian w garderobie i spiżarni podczas opadów deszczu oraz nieszczelnego szamba.

Pismem z dnia 17 marca 2014 r., doręczonym w dniu 19 marca 2014 r., pełnomocnik powodów zgłosił pozwanej wadę budynku w postaci przeciekającego dachu budynku w pomieszczeniu nad garażem i wezwał do jej usunięcia.

Pismem z dnia 28 maja 2014 r., doręczonym w dniu 30 maja 2014 r., pełnomocnik powodów zgłosił pozwanej kolejną wadę budynku - zamakanie ściany w garażu i wezwał do jej usunięcia.

Pismem z dnia 30 maja 2014 r., doręczonym w dniu 2 czerwca 2014 r., pełnomocnik powodów zgłosił pozwanej ujawnienie się kolejnych wad budynku - zamakania ściany w pokoju nad garażem i w pralni, wzywając do ich usunięcia.

Pismem z dnia 3 lipca 2014 r., doręczonym w dniu 27 lipca 2014 r., pełnomocnik powodów zgłosił pozwanej ujawnienie się kolejnej wady budynku skutkującej ujawnianiem się wilgoci na ścianach w salonie i wezwał do jej niezwłocznego usunięcia.

Pismem z dnia 11 lipca 2014 r., doręczonym w dniu 14 lipca 2014 r., pełnomocnik powodów zgłosił pozwanej ujawnienie się dalszych wad budynku - źle zamykającego się okna w gabinecie na parterze, zagrzybienia ścian w salonie na parterze, braku wentylacji w pralni i krzywej podbitki dachowej. Jednocześnie pełnomocnik powodów wezwał pozwaną do niezwłocznego usunięcia tychże wad.

Pismem z dnia 28 stycznia 2015 r., doręczonym w dniu 2 lutego 2015 r., powodowie zawiadomili pozwaną o ujawnieniu się kolejnych wad budynku – pęknięć na elewacji zewnętrznej, pęknięć na ścianach wewnątrz domu oraz niedziałającego kabla E. wewnątrz domu.

Pismem z dnia 24 listopada 2015 r., doręczonym w dniu 7 grudnia 2015 r., pełnomocnik powodów wezwał pozwaną do zapłaty kary umownej w kwocie 100.000 zł w związku z nieusunięciem w terminie zgłoszonych wad budynku.

W piśmie z dnia 14 grudnia 2015 r., doręczonym w dniu 21 grudnia 2015 r., pozwana poinformowała pełnomocnika powodów, że w jej ocenie żądanie zapłaty kary umownej jest niezasadne, albowiem nie jest odpowiedzialna za wady zgłaszane przez powodów.

W pobudowanym przez pozwaną na nieruchomości powodów budynku mieszkalnym stwierdza się następujące wady:

- nieprawidłowe wykonanie izolacji przeciwwilgociowej budynku, powodujące przenikanie wody z gruntu do wnętrza budynku,
- nieszczelność dachu, powodująca zacieki na ścianach piętra,
- uszkodzenie mechaniczne elewacji przy wejściu do domu oraz pęknięcia szczytowej elewacji zewnętrznej,

- plamy na ościeżnicach okien, spowodowane najprawdopodobniej reakcją chemiczną warstwy wykończeniowej ościeżnic ze środkami użytymi w procesie budowlanym,
- brak wentylacji w łazience,
- uszkodzenie mechaniczne drzwi do garażu (zarysowanie),
- niezabudowane rury c.o. w pokoju nad garażem i w pokoju na piętrze,
- nierówność podbitki dachowej.

W ocenie Sądu Okręgowego w świetle dokonanych ustaleń faktycznych żądanie powodów nie zasługiwało na uwzględnienie.

Strony związane były umową o roboty budowlane zawartą w dniu 28 października 2011 r. Zgodnie z art. 647 k.c., przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Powodowie dochodzili w sprawie zasądzenia na ich rzecz od pozwanej kary umownej, naliczonej na podstawie § 8 ust. 1 pkt 3 powołanej wyżej umowy o roboty budowlane. Zgodnie z tym zapisem umownym, wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w przypadku zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji lub rękojmi w wysokości 0,2% wartości umowy netto określonej w § 5 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu wyznaczonego wykonawcy terminu usunięcia wad.

W myśl art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Z początkowej treści omawianego przepisu ustawy wynika, że kara umowna powstaje wyłącznie w wyniku zawarcia umowy. Dalsza analiza powołanego przepisu nakazuje przyjąć, że karę umowną można zastrzec jedynie na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, bez względu na to, czy świadczenie miało polegać na działaniu czy też zaniechaniu. Za niewykonanie zobowiązania pieniężnego kara umowna nie może być skutecznie zastrzeżona - takie postanowienie jest nieważne jako sprzeczne z ustawą (art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c.).

Zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozostawiał wątpliwości, że będący przedmiotem umowy budynek ma wady. Za istnienie tychże wad odpowiedzialność ponosi pozwana (jako wykonawca), za wyjątkiem wady polegającej na uszkodzeniu elewacji przy wejściu do domu. W toku postępowania nie zostało bowiem jednoznacznie ustalone, że uszkodzenie to powstało z przyczyn zawinionych przez pozwaną (również biegły potwierdził, że nie jest możliwym określenie daty jego powstania). Nie można zaś wykluczyć, że do uszkodzenia tego doszło już po oddaniu budynku.

Jeśli zaś mowa o zarysowaniu drzwi do garażu, to wada ta stwierdzona została już w czasie odbioru budynku, niemniej jednak pozwana zaoferowała sposób jej usunięcia pismem z dnia 6 lutego 2013 r., a więc w przewidzianym umową terminie. Okoliczność zaś, że powodowie nie wyrazili na to zgody musi obciążać ich samych.

Istnienie pozostałych wad, co potwierdził biegły z dziedziny budownictwa, obciąża pozwaną jako wykonawcę.

W szczególności wskazać należy na wadę polegającą na nieprawidłowym wykonaniu izolacji przeciwwilgociowej budynku, co powoduje przenikanie wody gruntowej do budynku. Wada ta jest na tyle istotna, że uniemożliwia prawidłowe korzystanie z obiektu, tj. zamieszkiwanie w nim. Jej istnienie zostało kategorycznie stwierdzone przez biegłego z dziedziny budownictwa. Zarówno w opinii pisemnej, opiniach uzupełniających, jak i w trakcie ustnych wyjaśnień na rozprawie biegły w sposób stanowczy i niebudzący wątpliwości wskazał, że powstanie tej wady jest

zawinione przez pozwaną, będąc wynikiem nieprawidłowego wykonania izolacji budynku na poziomie fundamentów. Co więcej, wykluczonym zostało, by odpowiedzialność za istnienie tej wady obciążała powodów i była wynikiem działań podjętych właśnie przez nich.

Ujawnienie się powyższej wady nastąpiło w okresie gwarancji, a więc przed upływem 24 miesięcy od daty końcowego odbioru robót. Jej zgłoszenie nastąpiło pismem z dnia 28 maja 2014 r., doręczonym pozwanej w dniu 30 maja 2014 r. Pozwana nie usunęła tej wady w przewidzianym umową terminie 21 dni, co uzasadniałoby naliczanie kary umownej od dnia 21 czerwca 2014 r. Do sporządzenia pozwu daje to 580 dni zwłoki i karę umową w wysokości 447.307,60 zł ($385.612,12 \text{ zł} \times 0,2\% \times 580$). Żądanie pozwu (którym powodowie domagali się zasądzenia na ich rzecz z tego tytułu kwoty 100.000 zł) podlegałoby uwzględnieniu w całości, gdyby zastrzeżenie kary umownej w zawartej przez strony umowie było skuteczne. Należy przy tym podkreślić, że w rozpoznawanej sprawie brak byłoby w takim przypadku podstaw do miarkowania kary umownej, albowiem pozwana nie naprowadziła ku temu dostatecznych argumentów, w szczególności zaś nie wykazała, by koszt usunięcia wad (a tym samym wartość szkody po stronie powodów) był istotnie niższy od dochodzonej pozewem kary umownej. Nie budziło zaś wątpliwości, że nieprawidłowe wykonanie izolacji przeciwwilgociowych budynku stanowi wadę, której usunięcie (o ile w ogóle możliwe bez dokonywania rozbiórki budynku) wiązać się musi ze znacznymi nakładami pracy i finansów.

W realiach sprawy wywiedzione powództwo nie zasługiwało jednak na uwzględnienie.

Sąd rozpoznający sprawę w pełni podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 października 2015 r. (IV CSK 687/14), zgodnie z którym nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych, ani ich kwoty maksymalnej prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.

W ocenie sądu, zawarte w § 8 ust. 1 pkt 3 zawartej przez strony umowy o roboty budowlanej postanowienie kształtujące karę umową nie jest skuteczne, a w konsekwencji nie uzasadnia zasądzenia od pozwanej na rzecz powodów dochodzonej pozewem kwoty. Postanowienie to nie spełnia bowiem wynikającego z art. 483 § 1 k.c. obowiązku określenia sumy, jaką dłużnik ma zapłacić tytułem kary umownej w przypadku niewykonania czy też nienależytego wykonania zobowiązania. Zapis umowny z § 8 ust. 1 pkt 3 przy ustalaniu wysokości kary umownej odwołuje się wprawdzie do jednoznacznego postanowienia umowy określającego wartość wynagrodzenia za wykonanie prac, tym niemniej umowa nie określa granic „zatrzymujących” naliczanie kary umownej, nie oznacza maksymalnego poziomu kary, którą może zostać obciążona strona pozwana. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej, zdaniem sądu, nie spełnia należącego do jej istoty, a wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Sąd doszedł do przekonania, że aby zastrzeżenie tejże kary umownej uznać za skuteczne, strony winny określić w umowie maksymalną wysokość kary umownej, bądź też termin, do którego najpóźniej może ona być naliczana (co pośrednio również pozwoliłoby na określenie jej maksymalnej wysokości). Przy czym, co należy podkreślić, termin do którego może ona być liczona winien być określony poprzez odwołanie się do zdarzenia przyszłego i pewnego (co jest istotą terminu), a nie - jak uczyniły to strony - poprzez powołanie się na zdarzenie przyszłe i niepewne jako zależne jedynie od woli (działania) jednej strony stosunku prawnego. Taki sposób ukształtowania kary umownej, zdaniem sądu, w sposób niedostateczny precyzuje jej wysokość, tworzy zobowiązanie wieczne, którego wartości nie sposób jest jednoznacznie określić. To zaś sprzeciwia się ustawowej istocie instytucji kary umownej.

Wynikającej z umowy stron nieprawidłowości określenia kary umownej nie konwaliduje przewidziana w art. 484 § 2 k.c. możliwość miarkowania kary umownej. Wręcz przeciwnie, wzmacnia ona słuszność tezy o konieczności precyzyjnego oznaczenia kary umownej poprzez wskazanie jej maksymalnej wysokości, bądź też terminu, do jakiego może ona być naliczana. Zauważyć bowiem należy, że miarkować można tylko taką karę umowną, której wysokość

jest znana i może być w sposób niebudzący wątpliwości określona. Warunki te nie są zaś spełnione w rozpoznawanej sprawie, gdyż właśnie z uwagi na nieprawidłowe zastrzeżenie kary umownej w umowie stron jej wysokość zmienia się z każdym dniem.

Kara umowna jest formą odszkodowania umownego. Od odszkodowania dochodzonego w trybie art. 471 k.c. różni się jedynie tym, że należy się ona bez względu na wysokość szkody (art. 484 § 1 k.c.), a jej zastrzeżenie w umowie powoduje modyfikację reguł odpowiedzialności kontraktowej w ten sposób, że wierzyciel wykazuje jedynie sam fakt zastrzeżenia kary umownej oraz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Nie można jednak abstrahować od tego, że zastrzeżona przez strony w umowie objętej postępowaniem kara umowna, z uwagi na nieokreślenie końcowego terminu jej naliczania, w pewnym momencie przestaje spełniać swą zasadniczą funkcję, tj. funkcję odszkodowawczą. Z biegiem czasu jej wysokość rośnie, powodując, że przestaje ona pozostawać w adekwatnej korelacji do wysokości rzeczywistej szkody. Wówczas wysokość naliczonej kary umownej przestaje mieć cokolwiek wspólnego z uszczerbkiem, jaki ponieśli uprawnieni do jej dochodzenia, co również kłóci się z istotą kary umownej i czyni jej zastrzeżenie w umowie stron nieważnym (jako sprzecznym z naturą zobowiązania - art. 353¹ w zw. z art. 58 § 2 k.c.). Brak zaś określenia końcowego terminu naliczania kary umownej (w sposób wyżej opisany) powoduje, że powstałe w ten sposób zobowiązanie ma charakter wieczny, niekończący się, co wyklucza również możliwość jego miarkowania.

Mając powyższe na uwadze sąd oddalił powództwo jako bezzasadne.

O poniesionych przez strony kosztach procesu sąd orzekł na podstawie art. 108 k.p.c. i art. 98 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wnieśli powodowie, zaskarżyli go w całości. Powodowie zarzucali rozstrzygnięciu:

- naruszenie prawa materialnego tj. art. 484 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że dla skuteczności zastrzeżenia kary umownej konieczne jest określenie w postanowieniu umownym górnej granicy kary umownej lub końcowego terminu jej naliczania,
- naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 353¹ w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. poprzez ich błędne zastosowanie i przyjęcie, że zastrzeżenie przez strony umowy kary umownej bez określenia górnej granicy kary umownej lub końcowego terminu jej naliczania jest sprzeczne z naturą zobowiązania umownego ustanawiającego karę umowną, prowadzi do powstania zobowiązania wiecznego, oderwanego od wysokości szkody poniesionej przez stronę uprawnioną do domagania się zapłaty kary umownej, co tym samym narusza zasady współzycia społecznego i czyni zastrzeżenie umowne nieważnym,
- naruszenie przepisów postępowania tj. art. 233 k.p.c. mające istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, dokonanie błędnej oceny dowodów tj.: pisma pozwanej z dnia 6 lutego 2013 r. poprzez ustalenie, że pozwana złożyła powodom propozycję usunięcia wady budynku w postaci zarysowań ościeżnic i drzwi garażowych; postanowień umowy stron z dnia 28 października 2011 r. poprzez ustalenie, że zastrzeżenie powyższej umowy określone w § 8 ust 1 pkt 3 umowy nie określa wysokości kary umownej należnej powodom z tytułu zwłoki w usunięciu wad budynku przez pozwaną.

Wskazując na powyższe zarzuty powodowie wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanej na ich rzecz kwoty 100.000 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w zapłacie, liczonymi od dnia 15 grudnia 2015 r. do dnia zapłaty; zasądzenie od pozwanej na rzecz powodów kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych, za postępowanie przed Sądem I i II instancji; ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Pozwana wniosła o oddalenie apelacji oraz o zasądzenie od powodów na jej rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny, zważył, co następuje:

Apelacja w całości zasługiwała na uwzględnienie.

Ustalenia faktyczne sądu I instancji, istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, nie budzą wątpliwości i dlatego Sąd Apelacyjny przyjmuje je w pełni za podstawę własnego rozstrzygnięcia.

Zostały one poczynione w oparciu o wszechstronne rozważenie całego zebranego w sprawie materiału dowodowego, którego ocena, przeprowadzona w pisemnym uzasadnieniu wyroku, jest pełna, zgodna z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Dotyczy to w pierwszej kolejności ustaleń dotyczących istnienia wad w wybudowanym przez pozwaną budynku, szczegółowo opisanych w motywach orzeczenia.

Sąd Apelacyjny, uznając, że sąd I instancji bezpodstawnie pominął dowód z opinii biegłego na okoliczność ewentualnego wpływu wybudowanej przez powodów podgruntowej instalacji odprowadzającej wody deszczowej na podmakanie budynku, przeprowadził taki dowód w postępowaniu odwoławczym.

Wydana w tym przedmiocie opinia przez biegłego M. T. (1), z przyczyn, o których będzie mowa dalej, nie miała istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia o zasadności powództwa oraz zarzutów i wniosków apelacyjnych.

W świetle prawidłowych ustaleń Sądu Okręgowego nie może ulegać wątpliwości, że co najmniej do momentu wniesienia powództwa (w istocie aż do zamknięcia rozprawy przed sądem I instancji) nie zostały usunięte wady wymienione w opinii biegłego W. D. (1), która słusznie uznana została za pełnowartościowy materiał dowodowy.

Najistotniejsze z nich, to podmakanie budynku, szczególnie ścian zewnętrznych, z uwagi na nieprawidłowe wykonanie izolacji przeciwwilgociowej, oraz przeciekanie dachu.

Nie może ulegać wątpliwości, że na pozwanej ciążył obowiązek usunięcia tych wad.

Należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że, zgodnie z treścią § 6 ust. 1 umowy o roboty budowlane, wykonawca, niezależnie od rękojmi ustawowej, udzielił zamawiającym **gwarancji jakości na przedmiot umowy** na okres 24 miesięcy od daty końcowego odbioru robót.

W tym miejscu wymaga podkreślenia, że także przed dniem 25 grudnia 2014r., a więc przed nowelizacją art. 638 kc, przyjmowało się, że do gwarancji udzielonej przez wykonawcę umowy o dzieło (także umowy o roboty budowlane, zob. art. 656 kc), znajdowały zastosowanie w drodze analogii przepisy o gwarancji udzielonej przy umowie sprzedaży (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1986r. w sprawie I CR 16/86, OSNCP, z. 8 z 1987r., poz. 119).

Oznacza to, że, zgodnie z zobowiązaniem umownym oraz treścią art. 577 § 1 kc (w brzmieniu obowiązującym do dnia 24 grudnia 2014r.) pozwana miała obowiązek usuwania zgłaszanych sukcesywnie przez powodów wad wybudowanego obiektu.

Z kolei, co prawda, stosownie do przepisu art. 578 kc, co do zasady odpowiedzialność z tytułu gwarancji obejmuje tylko wady powstałe z przyczyn tkwiących w przedmiocie umowy.

Niemniej, od dawna utrwalona jest wykładnia, zgodnie z którą uprawnionego z gwarancji nie obciąża dowód co do przyczyn powstania ujawnionej wady, bowiem chroni go w tym zakresie domniemanie faktyczne, że wada powstała z przyczyn tkwiących w rzeczy sprzedanej (tu – wybudowanym obiekcie, zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 grudnia 1988r. w spr. III CZP 48/88, OSNCP, z. 3 z 1989r., poz. 36).

Dodać można, że w taki sam sposób ukształtowana była odpowiedzialność pozwanej za usunięcie wad w ramach rękojmi (por. art. 656 kc w zw. z art. 637 § 1 kc w brzmieniu obowiązującym do dnia 24 grudnia 2014r.).

W tej sytuacji pozwana mogłaby skutecznie uchylić się od obowiązku usunięcia zgłaszanych wad tylko przez wykazanie (art. 6 kc), że pozostają one bez związku z procesem budowlanym, a są **wyłącznie** skutkiem działania siły wyższej lub działań osób, za które nie ponosiła ona odpowiedzialności.

Tak rozumiane podstawy wyłączenia odpowiedzialności nie zostały przez pozwaną jako wykonawcę wykazane w toku postępowania dowodowego.

W szczególności pozwana nie wykazała, aby skutecznie usunęła nieszczelności dachu na skutek podjętych przez siebie czynności naprawczych.

Z kolei, w świetle przekonujących wywodów i wniosków opinii biegłego W. D. (1) wykluczyć należy, aby przyczyną zawilgacania ścian w budynku były okoliczności inne, niż przenikanie wód gruntowych do budynku na skutek nieprawidłowo wykonanej izolacji przeciwwilgociowej.

W szczególności biegły stanowczo wykluczył, aby zawilgocenie takie mogło być skutkiem zbyt wczesnego rozpoczęcia przez powodów prac wykończeniowych, bądź wynikiem nieprawidłowego wykonania przez nich instalacji przeciwdeszczowej.

Wnioski tej opinii są przy tym zbieżne z powszechnym doświadczeniem.

Jak wynika z zebranego materiału dowodowego, w tym z zeznań świadków A. N., M. W., Z. W., B. B. oraz M. B., a także bogatej dokumentacji fotograficznej i filmowej sporządzonej przez powodów, charakterystyczne zawilgocenie ścian pojawiło się jeszcze przed przystąpieniem do prac wykończeniowych (por. zeznania św. A. N.) a następnie intensyfikowało się okresowo, szczególnie w okresach opadów deszczu i postępowało od dolnych części budynku.

Nawet dla laika nasuwa się tu wyraźny związek takiego zjawiska z nieprawidłowym zaizolowaniem budynku.

Przy prawidłowej izolacji trudno bowiem byłoby sobie wyobrazić inną przyczynę przedostawania się wody do wnętrza obiektu.

Szczególnie wartościowe, a w całości potwierdzające wnioski opinii biegłego W. D., są tu zeznania świadka M. B. (rozprawa z dnia 8 czerwca 2016r.), który we wrześniu 2013r. dokonywał specjalistycznej ekspertyzy budynku (ekspertyza k. 47-60).

Jako specjalista i biegły z dziedziny budownictwa mógł on bowiem w sposób rzeczowy, a jednocześnie fachowy przedstawić swoje spostrzeżenia dotyczące stanu badanego budynku i ujawnionych w nim wad budowlanych.

Natomiast wniosków wynikających z opinii biegłego W. D. nie mogły podważyć wywody i wnioski opinii biegłego M. T., wydanej na etapie postępowania apelacyjnego.

Stwierdził on m.in., że aktualnie (tzn. w dniu oględzin przez niego nieruchomości) istniejąca podziemna instalacja przeciwdeszczowa nie spełnia wymaganych parametrów i może sprzyjać zbieraniu się wody na gruncie w pobliżu budynku, i, w konsekwencji, sprzyjać jego podsiąkaniu.

Po pierwsze jednak, hipoteza taka ma charakter jedynie teoretyczny, nie zostało bowiem wykazane, aby rzeczywiście dochodziło do wskazywanych przez biegłego sytuacji związanych z zamarzaniem wody w rurach czy też przepełnieniem zbiornika i aby na skutek tego woda mogła przedostać się do obiektu.

Poza tym, nie wyjaśnił biegły w sposób przekonujący, jak, nawet w takich przypadkach, mogłoby dochodzić do tak znaczącego zawilgocenia ścian przy prawidłowo wykonanej izolacji przeciwwilgociowej.

Nadto, z uzupełniających zeznań powoda, złożonych na rozprawie apelacyjnej w dniu 23 maja 2019r., wynika, że badana przez biegłego instalacja była położona w 2018r., a w ogóle pierwsza instalacja podgruntowa – pod koniec 2014r.

Twierdzenia te są wiarygodne.

Również bowiem z dokumentacji zdjęciowej dołączonej do odpowiedzi na pozew wynika, że jeszcze w 2014r na obiekcie funkcjonowała instalacja przeciwdeszczowa otwarta (por. np. fotografia na k. 111).

Tymczasem podchodzenie wilgoci na ścianach miało miejsce już od wiosny 2013r., a potwierdzone zostało nie tylko w dowodami, ale także wynikami oględzin przeprowadzonych w sprawie I Co 108/14 Sądu Rejonowego w Środzie W.. w dniu 29 września 2014r. (nb. w jej trakcie obecny biegły powołany dla zabezpieczenia dowodu stwierdził „oczywiście niewłaściwe” wykonanie izolacji przeciwwilgociowej).

Czyni to nieprawdopodobnym uznanie, aby przyczyną omawianej wady było niewłaściwe funkcjonowanie podgruntowej instalacji przeciwdeszczowej.

Bez znaczenia są natomiast wywody i sugestie biegłego T. co do potencjalnego niekorzystnego wpływu na stosunki wodne na nieruchomości ukształtowania (splantowania) terenu po zakończeniu budowy.

Wykraczały one poza postawioną biegłemu tezę dowodową.

Spostrzeżenia wzrokowe biegłego nie mogły w każdym razie stanowić wystarczającej podstawy do stawiania tezy co do hipotetycznego wpływu takiego a nie innego ukształtowania terenu na zawilgocenie budynku bez przeprowadzenia w tym kierunku odpowiednich badań i pomiarów.

W konsekwencji pozwana ponosiła odpowiedzialność odszkodowawczą za niewłaściwe wykonanie swojego zobowiązania, polegającego na obowiązku usunięcia wad ujawnionych w budynku powodów, a ustalonych w opinii biegłego W. D..

Jednak, wbrew stanowisku sądu I instancji, z obowiązku tego wyłączone musiały być nie tylko wady polegające na zarysowaniu ościeży i uszkodzeniu elewacji, ale także wymienione w opinii braki wentylacji w łazience oraz niezabudowane rury c.o. w pokoju nad garażem i w pokoju na piętrze.

Braki te były widoczne prima facie i musiały zostać zauważone przez zamawiających w trakcie szczegółowego odbioru obiektu w dniu 4 lutego 2013r., tym bardziej, że przeprowadzony on był przy uczestnictwie działającego z ramienia inwestorów inspektora nadzoru E. G. (2).

Skoro nie zostały one umieszczone w protokole odbioru jako wady, to przyjęć należy za wiarygodne twierdzenia pozwanej, że taki stan prac pozostawiony został na wniosek zamawiających, którzy chcieli braki te uzupełnić we własnym zakresie, w ramach prac wykończeniowych i adaptacyjnych.

Przy prawidłowo, co do zasady, ustalonym stanie faktycznym sporu, Sąd Okręgowy dopuścił się natomiast naruszenia przepisów prawa materialnego, przede wszystkim przepisów art. 483 § 1 kc oraz art. 484 § 1 kc (obok w/w przepisów regulujących odpowiedzialność na podstawie gwarancji).

Wbrew pogładowi sądu I instancji nie ma podstaw do przyjęcia nieważności postanowienia § 8 ust. 1 pkt. 3) umowy o roboty budowlane z powodu rzekomej sprzeczności z treścią art. 483 § 1 kc.

Nie ma obowiązku, aby zastrzeżenie kary umownej na wypadek zwłoki w wykonaniu zobowiązania określało górną granicę kwotową kary umownej, czyli, w konsekwencji, górną granicę należnego wierzycielowi odszkodowania.

Narzucenie kontrahentom tego rodzaju obowiązku pozostawałoby wręcz w sprzeczności z istotą odpowiedzialności odszkodowawczej, w tym określonej przy zastosowaniu instytucji kary umownej.

Tego rodzaju wykładni nie można także wyprowadzić z przywołanego przez sąd judykatu w postaci wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2015r. w sprawie IV CSK 687/14, który wydany został w specyficznych okolicznościach sprawy, nieprzystających do typowego stanu faktycznego, jaki występuje w realiach niniejszego sporu.

Nie oznacza to, że w ten sposób wykreowane zostało po stronie dłużnika (pозwanej) zobowiązanie „wieczne”, nie ograniczone żadnym terminem końcowym.

Kara umowna z tytułu zwłoki w wykonaniu zobowiązania jest umownym odszkodowaniem, przewidzianym za **niewłaściwe wykonanie zobowiązania**.

U jej zastrzeżenia leży bowiem założenie, że zobowiązanie zostanie ostatecznie wykonane, tylko w sposób niewłaściwy, bowiem po terminie (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012r. w sprawie III CZP 39/12, OSNC z 2013r., nr 2, poz. 17).

Naliczanie tego rodzaju kar możliwe jest zatem tylko do momentu, gdy, w konkretnych okolicznościach sprawy, można założyć, że zobowiązanie będzie przez dłużnika wykonane.

Natomiast od momentu, gdy staje się oczywiste, że zobowiązanie nie zostanie wykonane, obojętnie, czy to z przyczyn obiektywnych (np. nieusuwalność wady dzieła) czy subiektywnych (oświadczony przez dłużnika w sposób jednoznaczny brak woli wykonania zobowiązania) stan niewłaściwego wykonania zobowiązania przekształca się w stan **niewykonania zobowiązania**.

Od tego momentu, co oczywiste, wierzyciel nie może już naliczać kar za zwłokę, a może korzystać z innych przysługujących mu uprawnień związanych z **niewykonaniem** przez dłużnika zobowiązania (odstąpienie od umowy, odszkodowania na zasadach ogólnych, wykonanie zastępcze itp., por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2017r. w sprawie IV CSK 525/16, LEX nr 2361212).

Przenosząc to na okoliczności rozpoznawanej sprawy należy stwierdzić, że brak jest jakichkolwiek przesłanek do przyjęcia, aby ustalone przez sąd I instancji wady budynku były wadami nieusuwalnymi.

Z kolei, jak przyznał prezes pozwanej spółki w trakcie swoich zeznań, pozwana, po pierwszej próbie naprawy przeciekającego dachu, nie reagowała już na żadne dalsze zgłoszenia wad, kierowane do niej przez powodów, w tym w szczególności związane z zawilgoceniem budynku.

Dopiero w piśmie z dnia 14 grudnia 2015r., doręczonym pełnomocnikowi powodów w dniu 21 grudnia 2015r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie powodów, zawarte w ich piśmie z dnia 24 listopada 2015r, pozwana w sposób jednoznaczny zanegowała swój obowiązek usuwania zgłaszanych wad (k. 75)

Zatem dopiero z chwilą doręczenia stronie powodowej tego pisma można przyjąć przekształcenie stanu **zwłoki w wykonaniu umowy**, uzasadniającego naliczanie kar umownych za zwłokę, w stan niewykonania zobowiązania, uzasadniającego sięgnięcie przez wierzycieli jedynie po inne środki prawne, służące ochronie ich interesu ekonomicznego.

Z tego wynika, że powodowie mieli podstawy do obciążenia pozwanej karami umownymi na podstawie postanowienia § 8 ust. 1 pkt. 3) umowy o roboty budowlane za okres co najmniej do dnia 24 listopada 2015r., zgodnie z wezwaniem zawartym w piśmie datowanym na ten dzień, a doręczonym pozwanemu w dniu 7 grudnia 2015r. (k. 69 -75).

Z przyczyn, o których była mowa wyżej, początkowego terminu naliczania kar nie można liczyć od upływu 21 dni od terminu odbioru budynku, ale od upływu takiego okresu od momentu zgłoszenia pozwanej wad w postaci przeciekającego dachu oraz zawilgacania ścian.

Z przedstawionych przez powodów dokumentów wynika, że nastąpiło to w piśmie z 17 marca 2014r., doręczonym pozwanej w dniu 19 marca 2014r. (k. 34 – 35, co do pisma z dnia 28 maja 2013r. brak jest dowodu doręczenia go wykonawcy).

Z tego wynika, że kary umowne w wysokości po **771,23 zł** za każdy dzień zwłoki mogli powodowie naliczyć za okres od 10 kwietnia 2014r do 21 grudnia 2015r., czyli do łącznej kwoty **478.933,83 zł** (771,23 zł x 621 dni).

Oznacza to, że w pełni zasadne było żądanie zasądzenia na ich rzecz z tego tytułu kwoty **100.000 zł**.

Wbrew zarzutom pozwanej dochodzenie roszczenia w takiej wysokości nie oznaczało, że powodowie nie sprecyzowali w sposób właściwy powództwa, co miałyby polegać na braku wskazania za jaki okres dochodzą oni świadczenia z tytułu kar umownych.

W pozwie wyraźnie wskazano, że strona powodowa dochodzi **części** należnego jej świadczenia z tytułu kar umownych naliczonych za okres od dnia 25 lutego 2013r do dnia 21 stycznia 2016r., czyli do dnia sporządzenie pozwu (str. 5 pozwu) w łącznej wysokości 817.503,80 zł.

W opóźnieniu z zapłatą w/w świadczenia, uzasadniającym zasądzenie od niej odsetek ustawowych oraz odsetek ustawowych za opóźnienie (art. 481 kc) pozwana pozostaje od dnia 15 grudnia 2015r., czyli z upływem terminu do spełnienia zobowiązania, wyznaczonemu jej w piśmie powodów z 24 listopada 2015r.

Dodać należy, że w okolicznościach sprawy nie było podstaw do rozważania miarkowania kar umownych na podstawie art. 484 § 2 kc, i to już tylko z tego względu, że pozwana nie zgłosiła, choćby implicite, żądania miarkowania oraz nie wykazywała jakichkolwiek przesłanek uzasadniających miarkowanie (por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 8 marca 2013r. w sprawie III CSK 193/12, LEX nr 1341679, z dnia 23 lipca 2014r. w sprawie V CSK 503/13, LEX nr 1504590 oraz z dnia 12 lutego 2015r. w sprawie IV CSK 276/14, LEX nr 1663413).

Skutkuje to zmianą zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa w całości.

Pociąga to także za sobą odpowiednią korektę zawartego tam rozstrzygnięcia o kosztach procesu, które w całości ponosi strona pozwana (art. 98 § 1 i 3 kpc)

Koszty poniesione przez powodów w postępowaniu przed sądem I instancji obejmowały: opłatę od pozwu (5.000 zł), wynagrodzenie adwokata w stawce podstawowej wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa (7.217 zł) oraz zaliczkę na biegłego (3.000 zł), czyli razem kwotę **15.217 zł**.

Z tych przyczyn na podstawie art. 386 § 1 kpc oraz powołanych wyżej przepisów prawa materialnego Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie 1 sentencji wyroku.

O należnych stronie powodowej kosztach procesu w postępowaniu apelacyjnym orzeczono (punkt 2 wyroku) na podstawie przepisów art. 98 § 1 i 3 kpc w zw. z art. 391 kpc.

Koszty te obejmowały: opłatę od apelacji w kwocie 5.000 zł, wynagrodzenie adwokackie w kwocie 4.050 zł oraz pokryte z zaliczki powodów koszty związane z wydaniem przez biegłego opinii uzupełniającej w wysokości 359,40 zł, czyli łącznie kwotę 9.409,40 zł.

Bogdan Wysocki Bogusława Żuber Ewa Blumczyńska