

***Sygn. akt I ACa 950/14***

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 grudnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

***Przewodniczący – Sędzia SA Małgorzata Rybicka-Pakuła***

Sędzia SA Maciej Dobrzyński

***Sędzia SO (del.) Anna Gałas (spr.)***

Protokolant: st. sekr. sąd. Aneta Walkowska

po rozpoznaniu w dniu 9 grudnia 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa J.- (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w C.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 20 marca 2014 r. sygn. akt XVI GC 924/12

1. ***oddala apelację,***

2. ***zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz J.- (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w C. kwotę 2700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.***

***Sygn. akt I ACa 950/14***

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 20 września 2012 r. powód J.- (...) sp. z o.o. w C. domagał się od pozwanego (...) sp. z o.o. w W. zapłaty kwoty 115.655,10 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 14 lipca 2012 r. do dnia zapłaty tytułem należności za część (ostatnią) robót zgodnie z fakturą VAT nr (...) z dnia 22 czerwca 2012 r. w oparciu o umowę nr (...) z dnia 25 lutego 2012 r. – wykonanie prac w zakresie przebudowy Hali F. w G. przy ul. (...) Jak uzasadniono w pozwie fakturę wystawiono po podpisaniu protokołu częściowego odbioru wykonania robót z dnia 22 czerwca 2012 r. Pozwany mimo wezwania należności nie zapłacił.

W odpowiedzi na pozew z dnia 19 października 2012 r. pozwany wniósł o oddalenie powództwa powołując się na dobrowolne spełnienie świadczenia na kwotę 63.385,88 zł, reklamację z dnia 24 września 2012 r. dotyczącą zgłoszenia wad i usterek w związku z wykonaniem prac objętych umową i aneksem oraz podniósł zarzut potrącenia dokonanego oświadczeniem z dnia 12 października 2012 r. w wysokości kar umownych należnych pozwanemu od powoda na

kwotę łączną 333.638,64 zł w oparciu o noty księgowe: nr (...) - X z dnia 16 października 2012 r. oraz nr (...) z dnia 19 października 2012 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 20 marca 2014 r. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 115.655,10 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 14 lipca 2012 r. do dnia zapłaty i koszty procesu w kwocie 9.400 zł.

Sąd I instancji oparł swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych oraz rozważaniach prawnych.

Powoda J. - (...) sp. z o.o. w C. łączyła z pozwanym (...) sp. z o.o. w W. umowa nr (...) z dnia 25 lutego 2012 r. Na mocy umowy powód, występujący w roli podwykonawcy, został zobligowany do wykonania na rzecz pozwanego - wykonawcy prac w zakresie przebudowy Hali F. w G. przy ul. (...) Na gruncie aneksu nr (...) do umowy nr (...) skala prac, do których został zobligowany powód uległa rozszerzeniu. W ramach przedmiotowych prac na gruncie ww. umowy, jej załączników i aneksu do tejże umowy powód miał za zadanie wykonać m.in prace o charakterze posadzkarskim, konstrukcje stalowe, roboty murowe, osadzenie ślusarskie drzwi, wykonanie ścianek szklanych o odporności ogniowej, sufitów, dostawę i układanie wykładzin, układanie płytek, ekspertyzę połaci dachu, wymianę lamel do nagrzewnic gazowych na ruchome, dostawę wraz z montażem pieca gazowego, instalację bojlera, wywozu śmieci i sprzątnięcia przepompowni, jak również prace o charakterze demontażowym. Natomiast w kompetencji pozwanego leżały m.in. prace związane z systemem cichego domykania szafek. Ponadto pozwany na gruncie § 2 w/w umowy zobowiązał się do dokonania na rzecz powoda zapłaty wynagrodzenia zryczałtowanego opiewającego na kwotę 1 541 455 złotych, w trzech ratach: I rata 20 % wysokości powyższej kwoty; II rata o wartości 30 % w/w kwoty oraz 45% jej wartości, która miała zostać uiszczona na podstawie rozliczenia końcowego. Rozliczenie to miało zostać dokonane po odbiorze końcowym prac w oparciu o bezusterkowy protokół odbioru prac oraz wystawione przez powoda faktury. Pozostałe 5 % stanowiło gwarancję dobrego wykonania robót.

W dniu 22 maja 2012 r. przez powoda wysłał do inwestora oraz pozwanego e – mail, w którego załączniku znalazła się faktura VAT nr (...), wystawiona przez powoda na rzecz pozwanego i opiewająca na kwotę 684.452 zł, co stanowiło częściowe wynagrodzenie za wykonane prace.

Dnia 23 maja 2012 r. powód zgłosił fakt zakończenia prac w Dzienniku budowy i wezwał do odbioru obiektu. W czerwcu 2012 r. doszło do odbioru prac powoda na podstawie umowy z dnia 25 lutego 2012 r., jej załączników oraz aneksu nr (...) z dnia 22 maja 2012 r. do umowy nr (...). Odbiór został dokonany przez pozwanego i inwestora w drodze podpisania końcowego bezusterkowego protokołu odbioru. W związku z zakończeniem prac przez powoda i bezusterkowym odbiorem końcowym prac, stwierdzonym w protokole, powód wystawił na rzecz pozwanego w dniu 22 czerwca 2012 r. fakturę VAT nr (...) opiewającą na kwotę 115.655,10 zł. Strona powodowa bezskutecznie w dniu 8 sierpnia 2012 r. wezwała pozwanego do zapłaty należności z tytułu faktury VAT nr (...).

Bezspornym było, że inwestorem w zakresie zadania inwestycyjnego, wykonywanego przez strony niniejszego postępowania był (...) sp. z o.o. z siedzibą w G.. Dnia 24 września 2012 r. inwestor zgłosił do wykonawcy - pozwanego reklamację dotyczącą: nieprawidłowego funkcjonowania systemu cichego domykania szafek w kuchni, problemów z oświetleniem w pomieszczeniu z agregatem lodowym oraz wentylacją centralną, nieszczelność klimatyzatora, która spowodowała wyciek na płytach gipsowych, pojawienie się zacieków na kasetonach. Ponadto zgłoszono zastrzeżenia w zakresie systemu chłodzącego.

W dniu 16 października 2012 r. pozwany wystawił na rzecz powoda notę księgową o nr (...) - X opiewającą na kwotę 327.096,71 zł z tytułu kary umownej za naruszenie, zdaniem pozwanej, tajemnicy handlowej przez stronę powodową powołując się w tym zakresie na § 8 pkt. 1, 2 i 3 umowy nr (...) o następującej treści: „1.Niniejsza Umowa podlega tajemnicy handlowej. Strony zobowiązują się do korzystania z przekazanych wzajemnie informacji wyłącznie w celu realizacji niniejszej Umowy. 2.Strony oświadczają, że są w pełni świadome faktu, że w okresie wykonywania usług określonych niniejszą Umową będą mieli dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (...) (pozwanego) i Zamawiającego (powoda) w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz, że w przypadku naruszenia tajemnic przedsiębiorstwa będą ponosić odpowiedzialność na zasadach określonych w przepisach prawa.3.W przypadku naruszenia postanowień niniejszego paragrafu drugiej stronie przysługuje prawo

do żądania kary umownej w wysokości do 20 % wartości kontraktu wynagrodzenia za wykonane i będące w trakcie realizacji w dacie naruszenia postanowień niniejszego paragrafu zlecenia.” Natomiast w dniu 19 października 2012 r. pozwany wystawił powodowi kolejną notę księgową o nr (...) - opiewającą na kwotę 6.541,93 zł z tytułu kary umownej za zwłokę, której zdaniem pozwanego, dopuścił się powód w usunięciu wad i usterek zgłoszonych przez inwestora w piśmie z dnia 29 września 2012 r., powołując się na brzmienie § 7 pkt. 2 umowy z dnia 25 lutego 2012 r. oraz § 6 pkt. 4 przedmiotowej umowy, na gruncie którego w okresie gwarancji podwykonawca zobowiązany został do niezwłocznego usunięcia wad, nie później jednakże niż w terminie 5 dni roboczych od jego zawiadomienia na piśmie.

Dnia 19 października 2012 r. pozwany skierował do powoda pismo, w którym zawarł oświadczenie o potrąceniu. Podniósł w nim, że powodowi przysługuje w stosunku do pozwanego wierzytelność o łącznej wysokości 328.316,20 zł z faktury VAT nr (...) z dnia 22 czerwca 2012 r. opiewającej na kwotę 208.624,26 zł oraz z faktury VAT nr (...) z dnia 22 czerwca 2012 r. o wartości 119.691,94 zł. Natomiast stronie pozwanej względem powodowej przysługuje wierzytelność w wysokości 333.638,64 zł tytułem kary umownej opiewającej na kwotę 327.096,71 zł za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa pozwanego, jak również z tytułu kary umownej w wysokości 6.541,93 zł, wobec treści § 7 ust 2 ww. umowy.

Powyższy stan faktyczny Sąd I instancji ustalił w oparciu o dowody z dokumentów oraz z zeznań świadków, które w całości uznał za wiarygodne, jako jednoznaczne i niekwestionowane przez strony postępowania.

Wskazując na zasadność powództwa Sąd I instancji na wstępie podkreślił, że w niniejszej sprawie bezsprzecznym jest fakt zawarcia przez strony umowy z dnia 25 lutego 2012 r. wraz załącznikami oraz aneksem nr (...) sporządzonym w dniu 22 maja 2012 r. Strona pozwana nie zanegowała wykonania określonych umową prac przez powoda i ich odbioru poprzez podpisanie końcowego bezusterkowego protokołu odbioru. Konsekwencją podpisania wymienionego protokołu było w ocenie Sądu I instancji to, że powód nabył zgodnie z brzmieniem § 2 pkt. 3 umowy uprawnienie do zapłaty na jego rzecz kwoty 115.655,10 zł na podstawie wystawionej faktury VAT nr (...).

Odnosząc się do stanowiska pozwanego Sąd I instancji wskazał, że pozwany nie kwestionował samego faktu przysługiwania powodowi należności z tytułu faktury nr (...), jak również jej wysokości. Jednym natomiast ze środków obrony, jaki zgłosiła strona pozwana był zarzut potrącenia.

Powołując się na art. 498 § 1 k.c., Sąd Okręgowy wskazał, że gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Do takiego potrącenia nie dochodzi z mocy samego prawa, ale niezbędne jest złożenie przez konkretną osobę stosownego oświadczenia (art. 499 k.c.). Jak dalej podniósł Sąd Okręgowy w świetle przepisów prawa materialnego regulujących instytucję potrącenia jest w zasadzie obojętne, kiedy oświadczenie woli o potrąceniu zostanie złożone. Nie ma żadnych prawnych przeszkód, aby nastąpiło to także w sytuacji, gdy toczy się już postępowanie sądowe. Oświadczenie o potrąceniu może zatem zostać złożone przed wszczęciem postępowania sądowego, po wytoczeniu powództwa, ale przed doręczeniem pozwanemu odpisu pozwu lub też po doręczeniu mu odpisu pozwu. W tej ostatniej sytuacji oświadczenie o potrąceniu (mające charakter materialnoprawny) może zostać połączone z procesowym zarzutem potrącenia. Podstawą zarzutu potrącenia jest zawsze twierdzenie pozwanego, że dochodzona od niego wierzytelność uległa umorzeniu wskutek potrącenia dokonanego najpóźniej w chwili zgłoszenia zarzutu.

Odnosząc te rozważania do ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy przywołał, że w niniejszej sprawie strona pozwana złożyła wobec powoda w piśmie z dnia 19 października 2012 r. oświadczenie, w którym wskazała, że do potrącenia doszło wskutek wystawienia powodowi not księgowych, z których wynikały przysługujące pozwanemu należności. Zdaniem pozwanego przysługiwały mu one z tytułu nieprawidłowości w wykonywaniu łączącej strony umowy, a podstawą ich wystawienia miały być § 8 oraz § 7 ust. 2 umowy nr (...) z dnia 25 lutego 2012 roku.

Oceniając skuteczność powołanego potrącenia Sąd Okręgowy odniósł się do treści oświadczenia o potrąceniu i podniósł, że pozwany w oświadczeniu z dnia 19 października 2012 r. napisał, że J. - (...) sp. z o.o. przysługuje w

stosunku do (...) sp. z o.o. wierzytelność o łącznej wysokości 328.316,20 zł z faktury VAT nr (...) z dnia 22 czerwca 2012 r. opiewającej na kwotę 208.624,26 zł oraz z faktury VAT nr (...) z dnia 22 czerwca 2012 r. o wartości 119.691,94 zł. Natomiast stronie pozwanej względem powodowej przysługuje wierzytelność w wysokości 333.638,64 zł tytułem kary umownej opiewającej na kwotę 327.096,71 zł, jak również z tytułu kary umownej w wysokości 6.541,93 zł.

Według Sądu I instancji strona pozwana jednoznacznie sprecyzowała wolę potrącenia, określiła wysokość zarówno wierzytelności powoda, jak i swojej, które uległy jej zdaniem potrąceniu, przedstawiła ponadto noty księgowe o nr (...) - X oraz (...). Jednak pozwany nie skonkretyzował kolejności ich potrącania, co według Sądu I instancji było jego obowiązkiem. W konsekwencji Sąd I instancji uznał to oświadczenie o potrąceniu za złożone nieskutecznie.

Ponadto, jak ocenił Sąd I instancji zarówno wierzytelność przedstawiona w nocie księgowej nr (...) - X z dnia 16 października 2012 r. oraz ta wynikająca z noty księgowej nr (...) - X z dnia 19 października 2012 r. nie zostały wykazane jako istniejące, a co za tym idzie nie powstała również konieczność badania ich wymagalności.

Odnosząc się do powyższego szczegółowo Sąd I instancji wskazał, że strona pozwana na podstawie noty księgowej nr (...) - X chciała obciążyć powoda karą umowną za naruszenie tajemnicy handlowej w rozumieniu ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z brzmieniem § 8 pkt 1, 2, 3 zawartej w dniu 25 lutego 2012 r. umowy. Powołała się w tym zakresie na okoliczność, że strona powodowa przesłała w e - mailu z dnia 22 maja 2012 roku do inwestora (...) sp. z o.o. wystawionej przez powoda na rzecz pozwanego fakturę VAT nr (...) z dnia 25 lutego 2012 r., tym samym ujawniając wysokość wynagrodzenia dla podwykonawcy, co dało możliwość wyliczenia marży pobieranej przez pozwaną spółkę.

Oceniając istnienie wierzytelności w postaci należnej kary umownej za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa Sąd I instancji przywołał art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Jako niezasadne Sąd Okręgowy ocenił stanowisko pozwanego, jakoby dane zawarte na fakturze VAT stanowiły tajemnicę handlową, albowiem nie należą one do żadnej z kategorii informacji wskazanych w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Faktura VAT jest tylko dowodem księgowym wykonania określonej operacji gospodarczej i swoją główną rolę sprawuje przede wszystkim w zakresie naliczania podatku VAT. Ponadto na gruncie przedmiotowej sprawy nie można stwierdzić jakoby pozwany podjął jakiegokolwiek działania ażeby powyższa informacja nabyła przymiot poufności oraz zostały podjęte działania faktyczne w celu ochrony tejże poufności, co jest relewantne na gruncie uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W dalszej kolejności Sąd I instancji wskazał, że faktura miała charakter faktury częściowej, a zatem nie można było na jej gruncie wyliczyć całkowitego wynagrodzenia pozwanego z tytułu wykonanych prac oraz stosownej marży z tym związanej, co spowodowało, że twierdzenia pozwanego w tym zakresie uznał za bezzasadne.

Sąd I instancji także, jako bezzasadną ocenił naliczoną karę umowną z tytułu zwłoki w usunięciu wad i usterek zgłoszonych w dniu 24 września 2012 r. przez inwestora. Sąd przywołał treść art. 353 k.c. i wskazał, że strony umowy skonkretyzowały w sposób precyzyjny za jaki zakres prac odpowiada każda z nich, zatem pozwany mógł wymagać od powoda spełnienia świadczenia mieszczącego się w tym zakresie. Natomiast zgodnie z twierdzeniami świadków tj. E. G. (1) (k. 87-88), C. S. (k. 89-90), S. B. (k. 101-102), jak również przedłożonym aneksem nr (...) do umowy nr (...) z dnia 22 maja 2012 r. wynika, że powód w przedmiocie reklamacji inwestora zobligowany był jedynie do naprawy usterek związanych z nieszczelną klimatyzacją, natomiast usunięcie pozostałych wad leżało w gestii pozwanego lub inwestora zgodnie z ustaleniami dokonanymi w przedmiocie wykonywania poszczególnych prac zawartymi w dokumentacji wykonawczej. Z zeznań świadka D. K. (1) (k. 102-103) wynika również, że naprawy powyżej usterki powód dokonał w sposób terminowy, zatem naliczenie kary umownej w kwocie 6.541,93 zł Sąd Okręgowy uznał za niezasadne.

Również podniesiony przez pozwanego zarzut, że doszło do wygaśnięcia części jego zobowiązania istniejącego wobec powoda w kwocie 63.385,88 zł w wyniku dobrowolnego spełnienia świadczenia, Sąd I instancji uznał za bezzasadny. W tym przedmiocie pozwany wskazał, że w dwóch ratach uregulował powyższą kwotę objętą fakturą VAT nr (...).

Tymczasem, jak przypomniał Sąd Okręgowy żądanie powoda zgłoszone w przedmiotowej sprawie dotyczy kwoty 115 656 zł wynikającej z faktury VAT nr (...). Zatem twierdzenia pozwanego dotyczące uregulowania kwoty z innej faktury VAT tj. o nr (...) nie ma charakteru relewantnego dla wyniku niniejszego postępowania i powoduje, że w zakresie wyżej wskazanej kwoty żądanie powoda było jak najbardziej zasadne.

O odsetkach ustawowych Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 481 § 1 k.c.

O kosztach procesu orzeczono zgodnie z zasadą wynikającą z art. 98 § 1 k.p.c.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł pozwany zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. – poprzez błędną, sprzeczną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenę materiału dowodowego, tj. poprzez:

a) ustalenie jakoby z zeznań świadków E. G. (2), C. S., S. B. oraz D. K. (1) wynikało jakoby zgłoszenie reklamacji przez inwestora oraz wezwanie do usunięcia usterek zawarte w mailu z dnia 8 października 2012 r. spowodowało, że powód dokonał nieszczelnej klimatyzacji w sposób terminowy, podczas gdy z zeznań tych świadków wynika, że nie pamiętają kiedy naprawa nastąpiła i czy była ona w terminie a z zeznań świadka D. K. (1) wręcz wynika, że dochodziło do opóźnień,

b) ustalenie, że z zeznań świadka D. K. (1) wręcz wynika, że napraw zgłaszanych usterek powód dokonywał w sposób terminowy w skutek czego niezasadne jest twierdzenie pozwanego, jakoby przysługiwała mu kwota 6.541,93 zł z tytułu czterodniowej zwłoki w usunięciu wad tj. od 16 do 19 października 2012 r., zeznań tego świadka wynika, że opóźnienia się pojawiały,

c) nieprawidłową ocenę treści oświadczenia o potrąceniu z dnia 19 października 2012 r., z której wbrew ustaleniom Sądu Okręgowego wynika jednoznacznie jakie wierzytelności pozwanej zostały przedstawione do potrącenia i w jakiej kolejności,

d) ustalenie, że nie można stwierdzić, jakoby pozwany podjął jakiegokolwiek działania, ażeby informacja będąca tajemnicą przedsiębiorstwa (wynikająca z faktury VAT nr (...) z dnia 22 maja 2012 r.) nabyła przymiot poufności podczas gdy w rzeczywistości takim zabezpieczeniem miał być zapis § 8 umowy nr (...) z dnia 25 lutego 2012 r.;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego:

a) poprzez błędną wykładnię § 8 umowy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że dane na fakturze VAT nr (...) z dnia 22 maja 2012 r. nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa, podczas gdy kwoty widniejące na fakturze pozwalają na ustalenie wysokości marży, wartość uzyskiwanej marży stanowi kluczową informację handlową każdego przedsiębiorstwa o dużym znaczeniu,

b) art. 498 § 1 i 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie pomimo przedstawienia do potrącenia oraz wykazania przez pozwaną istnienia dwóch wierzytelności wobec powódki wyczerpujących w całości wierzytelność powódki,

ewentualnie na wypadek niepodzielenia zarzutów pozwanej opisanych, to zarzuty naruszenia:

a) art. 498 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 503 k.c. i art. 451 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, że brak wskazania przez pozwaną kolejności potrącenia spowodowało brak przymiotu skuteczności oświadczenia o potrąceniu podczas gdy art. 503 k.c. nakazuje stosować przepisy o zaliczaniu zapłaty odpowiednio do potrącenia, a art. 451 § 3 k.c. stanowi, że w braku oświadczenia dłużnika lub wierzyciela spełnione świadczenie zalicza się przede wszystkim na poczet długu wymagalnego, a jeżeli jest kilka długów wymagalnych, to na poczet długu najdawniej wymagalnego.

Opierając się na tych zarzutach pozwany wniósł o zmianę w całości zaskarżonego wyroku poprzez: oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

W dniu rozprawy apelacyjnej wpłynął wniosek pełnomocnika pozwanego o odroczenie rozprawy z powodu choroby pełnomocnika. Pełnomocnik poinformowała, że nie może wyznaczyć substytuta, ponieważ mocodawca nalega na jej osobisty udział w posiedzeniu Sądu Apelacyjnego. Natomiast z uwagi na krótki termin od nasilenia się choroby pełnomocnik nie była w stanie potwierdzić usprawiedliwienia przed lekarzem sądowym.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja pozwanego nie zasługiwała na uwzględnienie.

Na wstępie, przed odniesieniem się do zarzutów apelacji wskazać należy z jakich powodów Sąd drugiej instancji przeprowadził rozprawę w dniu 9 grudnia 2014 r. i wyrokował w tym dniu, mimo wniosku pełnomocnika pozwanego z dnia 9 grudnia 2014 r. o odroczenie rozprawy z uwagi na stanowisko mocodawcy, co do obecności pełnomocnika i dołączenia zaświadczenia wystawionego przez lekarza nie będącego lekarzem sądowym stwierdzającego niezdolność do pracy w dniach od 5 do 12 grudnia 2012 r. (k. 203-204).

Okoliczność, że mocodawca wobec przegranej w I instancji nalega na obecność pełnomocnika na rozprawie przed Sądem Apelacyjnym, wskazana jak należy przypuszczać, jako wyjaśnienie „przeszkody, której nie można przewyciężyć” w rozumieniu art. 214 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. nie mogła być uznana za uzasadnienie powodu odroczenia rozprawy. Pełnomocnik pozwanego dysponowała pełnomocnictwem z prawem udzielania substytucji stosownie do art. 91 pkt 3 k.p.c., z której korzystała przed Sądem Okręgowym na każdym z czterech przeprowadzonych terminów rozpraw, udzielając jej innym adwokatom (9 maja 2013 r., 18 lipca 2013 r., 12 grudnia 2013 r., 20 marca 2014 r., substytucja k. 85, substytucja k. 98).

W tej sytuacji Sąd Apelacyjny uznał, że nie ma miejsca sytuacja, o której mowa w art. 214 k.p.c. (w zw. z art. 391 k.p.c.). Pełnomocnik mogła i powinna wyznaczyć pełnomocnika substytucyjnego, czego nie uczyniła. Wniosek nie był uzasadniony i tym samym zmierzał do przewleczenia postępowania. Tym bardziej, że jak wynika z przebiegu postępowania przed Sądem I instancji pełnomocnicy substytucyjni (dwóch adwokatów) oraz upoważnieni aplikanci (dwóch aplikantów) wykonywali czynnie różne czynności procesowe bez opozycji ze strony mocodawcy.

Chociaż więc z reguły choroba pełnomocnika uniemożliwiająca stawiennictwo na rozprawie stanowi przyczynę nieobecności, którą w rozumieniu art. 214 k.p.c. należy zakwalifikować jako przeszkodę, której nie można przewyciężyć (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2012 r., III CSK 270/11, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia z dnia 23 sierpnia 2013 r., I ACa 963/12), nie można abstrahować od istoty i zakresu pełnomocnictwa oraz realiów danego przypadku niestawiennictwa. Jeżeli bowiem umocowany pełnomocnik ma możliwość działania poprzez wyznaczonego substytuta i jest to możliwość realnie zapewniona i konieczna, wobec pogarszającego się stanu zdrowia (pełnomocnik wskazała, że jej choroba nasiliła się), a zarazem nie wynikająca z nagłej potrzeby, brak wyznaczania takiego zastępcy w procesie, bez usprawiedliwionych podstaw, nie jest nadzwyczajnym wydarzeniem uniemożliwiającym obecność na rozprawie w postaci dopuszczonej przez prawo, tj. przez substytuta. Jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 14 lutego 2013 r. (II CZ 163/12), choroba profesjonalnego pełnomocnika nie zwalnia go sama przez się z obowiązku należytej staranności. Jest ona okolicznością, której ewentualność wystąpienia w zasadzie można i należy przewidzieć w prowadzonej działalności zawodowej, podejmując właściwe działania organizacyjne, zabezpieczające interesy klientów. Udzielenie substytucji nie uchyla ani nie uszczupla umocowania pełnomocnika głównego. Osobno należy wskazać, że w świetle art. 214 <sup>1</sup> § 1 k.p.c. usprawiedliwienie niestawiennictwa z powodu choroby pełnomocnika wymaga przedstawienia zaświadczenia potwierdzającego niemożność stawienia się na rozprawę, wystawionego przez lekarza sądowego.

Takiego zaświadczenia potwierdzającego pełnomocnik nie przedstawiła. Zatem nie zostały zachowane ustawowe wymogi w zakresie usprawiedliwienia nieobecności w sposób, który uzasadniałby zastosowanie instytucji odroczenia rozprawy.

Przechodząc do zarzutów apelacyjnych na wstępie należy wskazać, że strona pozwana zaskarżając niekorzystne dla siebie rozstrzygnięcie zakwestionowała ustalenie faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy w zakresie usuwania usterek przez powoda, które to ustalenia w jej ocenie pozostają w sprzeczności z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie i te zarzuty w pierwszej kolejności będą rozpoznane, albowiem jedynie w niewadliwie ustalonym stanie faktycznym możliwa jest ocena stosowania przez Sąd I instancji przepisów prawa materialnego.

Stosownie do art. 233 § 1 k.p.c. sąd I instancji ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, przy czym winien to jednak czynić na podstawie wszechstronnego rozważenia całego zebranego materiału dowodowego. Sprawdzianem tego, czy sąd należycie wykonał obowiązek wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego jest uzasadnienie orzeczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 1974 r. I CR 117/74 - LEX nr 7451).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., to należy wskazać, że wbrew twierdzeniom zawartym w apelacji ocena dowodów z zeznań świadka D. K. (2) oraz świadków E. G. (1), C. S. i S. B. dokonana przez Sąd Okręgowy jest prawidłowa. W szczególności ocena ta w żaden sposób nie narusza zasad wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego. Słusznie uznał Sąd Okręgowy, że powód dokonał naprawy nieszczelnej klimatyzacji w sposób terminowy. Należy zwrócić uwagę, że Sąd Okręgowy przy ustaleniu tej okoliczności powołał się także na inne dowody niż tylko zeznania świadków, a to pismo pozwanego z dnia 6 października 2012 r., gdzie pozwany wskazał na brzmienie postanowień umowy związanych z terminami usunięcia zgłoszonych w okresie gwarancji wad oraz e-maila z dnia 8 października 2012 r., do którego pismo dołączył. Słusznie nie znalazły one uznania Sądu Okręgowego w zakresie potwierdzenia okoliczności zwłoki powoda w usuwaniu usterek. Dokumenty te po pierwsze zostały sporządzone po otrzymaniu odpisu pozwu w tej sprawie i są de facto reakcją na żądanie zapłaty. Po drugie są wezwaniem skierowanym do pozwanego do usunięcia różnych usterek a nie wezwaniem powoda do usunięcia wad czy usterek w zakresie prac umówionych ani też przewidzianym w umowie kolejnym wezwaniem po upływie uprzednich terminów a dodatkowo dotyczą także usterek, których usunięcie leżało w gestii pozwanego. Po trzecie powołują się na postanowienia umowy, z których wynika możliwość uzgodnień, co do terminów usuwania usterek. Po czwarte wreszcie pozwany nie przedstawił żadnego dowodu na to, że usterek w klimatyzacji (do tego się ograniczały zobowiązania powoda) nie usunięto w terminie. Wbrew twierdzeniu apelacji z zeznań świadka D. K. (2) – przedstawiciela inwestora, nie wynika, że: „dochodziło do opóźnień” ale wręcz przeciwnie wynika z nich, że pozwany (to on bowiem był zobowiązany wobec inwestora) reagował na awarie, do usunięcia usterek wysyłał zaś powoda a usterki były usuwane w miarę na czas. Należy podkreślić, że świadek ten będący prezesem zarządu inwestora a więc zainteresowany prawidłowym i terminowym wykonaniem robót, z pewnością potwierdziłby konkretne uchybienie w terminowym usunięciu opisanej usterki, gdyby taka sytuacja miała miejsce. Również z zeznań pozostałych łącznie wymienionych w apelacji świadków nie wynika, aby usunięcie usterki dotyczącej klimatyzacji nastąpiło z opóźnieniem. Z zeznań świadka S. B., który ze strony pozwanego nadzorował prawidłowość wykonania prac wręcz wprost wynika, że usterka ta została usunięta w terminie. To samo wynika z zeznań świadka E. G. (1) a nadto wynika z nich, że pozwany nie był obciążony przez inwestora żadnymi karami w związku z usuwaniem usterek. Dokumenty, które oprócz zeznań świadków służyły Sądowi Okręgowemu do ustalenia, że usterki w klimatyzacji zostały usunięte w terminie a co za tym idzie bezpodstawne było wystawienie noty na kwotę 6.541,93 zł z tytułu czterodniowej zwłoki, potwierdzają wyciągnięte wnioski. Otóż pozwany w piśmie z dnia 6 października 2012 r. powołał się na postanowienia umowy w § 6, z którego wprost wynika ustalenie między stronami innego terminu usunięcia usterek niż w ciągu 5 dni od roboczych od ich pisemnego zgłoszenia. Zeznania świadków, jak właściwie ustalił Sąd Okręgowy potwierdzają takie ustalenia.

Reasumując, skarżący stawiając powyższy zarzut procesowy nie wskazał przyczyny dyskwalifikującej postępowanie Sądu Okręgowego w objętym apelacją zakresie. Zarzut obraży prawa procesowego, jawi się zatem jako bezzasadny i świadczący o dezaprobachie stanu faktycznego ustalonego na podstawie zgromadzonego przez Sąd I instancji materiału dowodowego tylko z tej przyczyny, że nie wspiera on stanowiska skarżącego o braku podstaw do uwzględnienia żądania

pozwu. Stwierdzić zatem trzeba, że podniesione zarzuty naruszenia przepisów postępowania, a konkretnie art. 233 § 1 k.p.c. są bezzasadne.

Apelacja zawiera zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego i materialnego w zakresie oceny oświadczenia o potrąceniu z dnia 19 października 2012 r., w szczególności w kontekście skuteczności potrącenia w świetle art. 498 § 1 k.c. Według skarżącego, to jego oświadczenie o potrąceniu doprowadziło do umorzenia wzajemnych wierzytelności i dlatego powództwo winno być oddalone.

Stanowisko Sądu Okręgowego odnośnie braku podstaw do uwzględnienia zarzutu potrącenia jest, co do zasady prawidłowe ale z innych przyczyn niż podane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Oczywistym jest, że skuteczność złożonego oświadczenia o potrąceniu wierzytelności zależy od spełnienia warunków wskazanych w art. 498 § 1 k.c. Jednym z tych warunków jest wymagalność obu wierzytelności. Zgodnie z art. 498 k.c. gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. W takim wypadku skutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Zatem przesłanką skutecznego potrącenia jest wymagalność potrącanych wierzytelności. Wymagalność roszczenia nie została w prawie cywilnym zdefiniowana. Początek wymagalności roszczenia nie daje się też formułować w regule ogólnej, ponieważ dla różnych stosunków prawnych i dla różnych roszczeń może być on zróżnicowany. Wymagalność wierzytelności oznacza, że wierzyciel ma możliwość żądania od dłużnika, by spełnił świadczenie, natomiast powinnością dłużnika jest zastosowanie się do tego żądania. Przesłanka wymagalności dotyczy przy tym niewątpliwie wierzytelności potrącającego. Wymagalność następuje zgodnie z art. 455 k.c. wraz z nadejściem terminu spełnienia świadczenia. Termin ten może być określony w ustawie, czynności prawnej, orzeczeniu właściwego organu, może też wynikać z właściwości zobowiązania. Jeżeli natomiast termin wymagalności nie został określony na podstawie żadnego z tych kryteriów, wymagalność następuje wraz z wezwaniem dłużnika przez wierzyciela do niezwłocznego spełnienia świadczenia.

Jak wynika z materiału dowodowego w aktach sprawy, w szczególności umowy nr (...) z dnia 25 lutego 2012 r. strony nie ustaliły żadnych terminów zapłaty ewentualnych kar umownych. To oznacza, że zobowiązanie pieniężne z tytułu kar umownych ma charakter bezterminowy. Nie ma żadnych wątpliwości, że pozwany naliczył kary umowne w ten sposób, że wystawił dwie noty księgowo: 1) w dniu 16 października 2012 r. nr (...) na kwotę 327.096,71 zł, 2) w dniu 19 października 2012 r. nr (...) na kwotę 6.541,93 zł a następnie powołując się na te noty, przesłał w dniu złożenia odpowiedzi na pozew 19 października 2012 r. – oświadczenie o potrąceniu. Zdaniem pozwanego naliczone kary umowne, są to jego wierzytelności względem powoda. Brak jednak dowodu na to, aby pozwany wezwał powoda do zapłaty tych kar umownych. Co więcej pozwany nawet nie twierdził, że wezwał powoda do ich zapłaty.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, skoro pozwany przed złożeniem oświadczenia o potrąceniu nie wezwał powoda do zapłaty wierzytelności z tytułu kar umownych, to jego oświadczenie o potrąceniu wierzytelności o charakterze bezterminowym musi być uznane za bezskuteczne, ponieważ wierzytelności te nie są wymagalne. Takie też stanowisko odnośnie wymagalności roszczeń tego rodzaju dominuje w orzecznictwie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 1999 r., III CKN 474/98, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2000 r., I CKN 302/00, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2002 r., IV CKN 793/00, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 2003 r., I CKN 316/01, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2006 r., I CSK 17/05). Nadto stanowisko to podzielił Sąd Najwyższy rozstrzygając zagadnienie prawne dotyczące wymienionej kwestii w uchwale z dnia 5 listopada 2014 r. (III CZP 76/14), gdzie dobitnie stwierdził, że wierzytelność jest wymagalna w rozumieniu art. 498 § 1 k.c. w terminie wynikającym z art. 455 k.c. Zatem dla skuteczności potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej, której termin spełnienia nie został zastrzeżony, konieczne jest wezwanie dłużnika do zapłaty tej kary stosownie do art. 455 k.c. Jeżeli bowiem termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie (w tym wypadku kara umowna) powinno być spełnione po wezwaniu dłużnika do wykonania. Jak bowiem wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 30 czerwca 2011 r. (III CSK 282/10 LEX nr 898707) zarówno wymagalność roszczeń wynikających z zobowiązań bezterminowych, jak i początek biegu przedawnienia tych roszczeń należy określać przy uwzględnieniu



art. 455 k.c. W związku z tym można przyjąć, że roszczenie wynikające z zobowiązania bezterminowego, obejmującego zapłatę kary umownej, staje się wymagalne w dniu, w którym świadczenie powinno być spełnione, gdyby wierzyciel wezwał dłużnika do wykonania zobowiązania w najwcześniejszym możliwym terminie (art. 120 § 1 zd. 2 k.c. w zw. z art. 455 k.c.). Użyty w art. 455 k.c. termin "niezwłocznie" nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin "niezwłocznie" oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 k.c.

Reasumując, wymagalność roszczeń wynikających z zobowiązań bezterminowych następuje z nadejściem ostatniego dnia pozwalającego dłużnikowi spełnić świadczenie. W związku z tym przyjąć należy, że roszczenie wynikające z zobowiązania bezterminowego, obejmującego zapłatę kary umownej, staje się wymagalne w dniu, w którym świadczenie powinno być spełnione, gdyby wierzyciel wezwał dłużnika do wykonania zobowiązania w najwcześniejszym możliwym terminie. Tymczasem, jeżeli chodzi o wierzytelność z tytułu kar umownych w wysokości łącznej 333.638,64 zł, pozwany nie wykazał, aby w ogóle kiedykolwiek wzywał powoda do zapłaty tej kwoty i aby wyznaczył mu jakikolwiek termin do jej zapłaty. Wezwaniem takim, w szczególności w kontekście braku faktycznego terminu wykonania, nie może być złożone oświadczenie o potrąceniu. Roszczenia pozwanego nie mogły zatem uzyskać przymiotu wymagalności w chwili składania oświadczenia o potrąceniu. Jeśli nie były wymagalne w rozumieniu art. 498 § 1 k.c., to nie nadawały się do potrącenia.

Wobec uznania wierzytelności pozwanego w stosunku do powoda z tytułu kar umownych za niewymagalne w chwili złożenia oświadczenia o potrąceniu dokonanego pismem z dnia 19 października 2012 r., potrącenie to należy ocenić, jako nieskuteczne a podniesiony zarzut za niezasadny. To oznacza w konsekwencji słuszność oceny Sądu I instancji w zakresie zasadności roszczenia powoda.

Odnosząc się osobno do wątpliwości apelującego, co do wskazania kolejności potrącenia wierzytelności powoda wobec pozwanej, to należy podnieść, że nie mają one żadnego znaczenia, ponieważ potrącenie było nieskuteczne. Tym samym wskazane w apelacji, jako ewentualne zarzuty – naruszenia art. 498 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 503 k.c. i art. 451 § 2 k.c. są bezzasadne.

Z przytoczonych wyżej powodów Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu na podstawie art. 98 § 1 i § 3 k.p.c., art. 99 k.p.c. oraz art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz na podstawie § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. 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 r., poz. 490) zasadzając od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2.700 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu apelacyjnym.