

**Sygn. akt II Ca 978/13**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 maja 2014 roku

Sąd Okręgowy w Szczecinie II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Tomasz Szaj
Sędziowie:	SSO Wiesława Buczek - Markowska (spr.) SSO Sławomir Krajewski
Protokolant:	sekr. sądowy Małgorzata Idzikowska-Chrzęszczewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2014 roku w S.

sprawy z powództwa **J. K.**

przeciwko **D. J.**

o pozbawienie tytułu wykonawczego wykonalności

na skutek apelacji wniesionej przez powoda

od wyroku Sądu Rejonowego Szczecin - Prawobrzeże i Zachód w Szczecinie

z dnia 23 kwietnia 2013 r., sygn. akt I C 1592/10

**oddala apelację.**

Sygn. akt II Ca 978/13

## UZASADNIENIE

J. K. w pozwie przeciwko D. J., wniósł o pozbawienie w całości wykonalności tytułu wykonawczego – wyroku Sądu Rejonowego w Łomży z dnia 26 lutego 2010 r., sygn. akt V GC 212/09 zaopatrzonego w klauzulę wykonalności, a zasądającego od powoda J. K. na rzecz pozwanego D. J. kwotę 2 000 zł tytułem należności głównej z odsetkami ustawowymi, kwotę 872 zł tytułem zwrotu opłaty od pozwu oraz kwotę 435,18 zł tytułem zwrotu wydatków. Nadto wniósł o zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu powód podniósł, że zasądzona wskazanym powyżej wyrokiem należność wynika z umowy o roboty budowlane z dnia 23 kwietnia 2009 r. zawartej pomiędzy powodem jako zamawiającym a pozwanym jako wykonawcą. W ocenie powoda strony nadal obowiązuje umowa, a pozwany pozostaje w zwłoce z wykonaniem swoich zobowiązań umownych i tym samym po stronie powoda powstaje uprawnienie do naliczania kar umownych, w sposób określony w § 8 ust.2 lit. a umowy t.j. w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki. Zgodnie zaś z § 5

ust.1 umowy wynagrodzenie ustalono w wysokości 37 429,60 zł. Powód powołał się na treść art. 498 § 1 k.c. i podniósł, iż pozwany ma wierzytelność z tytułu przedmiotowego tytułu wykonawczego a powód wierzytelność wynikającą z kary umownej, przy czym obie te wierzytelności, jako pieniężne, wymagalne i możliwe do dochodzenia przed sądem, mogą zostać potrącone. Tym samym w piśmie z dnia 28 czerwca 2010 r. powód powiadomił pozwanego o dokonanym potrąceniu wierzytelności z tego tytułu. W ocenie powoda, dochodzone przez pozwanego zobowiązanie wygasło i zrealizowana została przesłanka dla żądania pozbawienia tytułu wykonawczego wykonalności w całości, zgodnie z art. 840 § 1 pkt.2 k.p.c.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa jako bezzasadnego oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu wraz z kosztami zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu pozwany zarzucił, że wykonał posadzkę w wyznaczonym terminie. W ocenie pozwanego pomimo niewykonania dylatacji szczelin prace zostały wykonane zgodnie z zawartą umową, prace zostały odebrane przez J. K., a powód był zobowiązany do zapłaty na rzecz D. J. kwoty wynikającej z wystawionej faktury VAT. Podniósł również, iż w zaistniałej sytuacji w związku z brakiem przygotowania garażu podziemnego do wykonania prac dylatacyjnych poniósł wymierne straty. Pozwany zwrócił uwagę, iż sprawa wykonania przedmiotu umowy, a tym samym przyjęcia wykonania dzieła jak też jego zakończenia miała rozstrzygnięcie przed Sądem Rejonowym w Łomży oraz Sądem Okręgowym w Białymstoku, co uniemożliwia powodowi dochodzenie roszczenia z tytułu nieterminowego wykonania umowy, gdyż sąd już rozstrzygnął w tym zakresie spór pomiędzy stronami. W toku postępowania, pozwany podniósł nadto, iż nie mógł wykonać prac dylatacyjnych z winy powoda. Zdaniem pozwanego, to jemu przysługuje prawo do naliczenia kary umownej w zwłoce w udostępnieniu frontu robót przez powoda. Zdaniem pozwanego, za brak wykonania dzieła w całości odpowiedzialność ponosi powód, a brak wypełnienia szczelin dylatacyjnych nie ma wpływu na wartość użytkowa wykonanej posadzki, a jest tylko zabiegiem kosmetycznym, polegającym na tym, żeby w szczelinach nie gromadził się brud. Pozwany wniósł o zasądzenie kosztów w wysokości trzykrotności w kwocie 1 800 zł.

Wyrokiem z dnia 23 kwietnia 2013 r. Sąd Rejonowy Szczecin – Prawobrzeże i Zachód w Szczecinie oddalił powództwo.

### ***Swoje orzeczenie Sąd ten wydał w oparciu o następujące ustalenia i wywody:***

Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 23 kwietnia 2009 r. pomiędzy D. J. a J. K. została zawarta umowa, której przedmiotem było wykonanie posadzki przemysłowej o w garażu podziemnym, położonym przy ul. (...) w Ś.. Zgodnie z ustaleniami prace wykonywane były od dnia 24 kwietnia 2009 r. do dnia 28 kwietnia 2009 r. Ustalono, iż odbiór przedmiotu umowy nastąpi najpóźniej w terminie 3 dni od daty zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do odbioru pod rygorem jednostronnego odbioru wykonanych prac. Zakres prac określono w § 2 tej umowy (w 6 punktach). Pkt 5 obejmował nacięcie szczelin dylatacyjnych, a pkt 6 wypełnienie szczelin dylatacyjnych. Natomiast w § 8 pkt 2 a tej umowy strony zastrzegły na korzyść zamawiającego prawo do naliczenia kary umownej w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień w przypadku zwłoki w terminowym zakończeniu robót przez wykonawcę.

Z ustaleń Sądu Rejonowego wynika, że pozwany wykonał objęte umową prace, za wyjątkiem robót związanych z wypełnieniem szczelin dylatacyjnych po wylaniu posadzki betonem. W dniu 18 maja 2009 r. pozwany wystawił fakturę VAT, stwierdzającą wynagrodzenie za wykonanie umówionych prac na kwotę 37 429,60 zł, oznaczając termin jej płatności na dzień 1 czerwca 2009 r. Powód zapłacił pozwanemu za wykonane prace łączną kwotę 35 429,60 zł, odmawiając ostatecznie zapłaty kwoty 2 000 zł. Po zakończeniu prac związanych z wylaniem betonu pozwany poinformował powoda, że do zakończenia dzieła pozostaje jedynie wykonanie robót związanych z wypełnieniem szczelin dylatacyjnych warstwą plastyczną, przy czym z uwagi na wymogi technologiczne wymienione prace można wykonać dopiero po upływie miesiąca od wylania betonu. Strony uzgodniły, że w późniejszym terminie ustalą termin wykonania wskazanych prac. Prawidłowe wykonanie powyższych prac wymagało, aby nawierzchnia podlegających wypełnieniu otworów dylatacyjnych była sucha. W dniu 22 czerwca 2009 r. pracownicy pozwanego stawili się w miejscu wykonania dzieła, zgłaszając gotowość wykonania robót związanych z wypełnieniem otworów dylatacyjnych warstwą plastyczną. Na miejscu pracownicy pozwanego stwierdzili, że cała powierzchnia uprzednio wykonanej posadzki w garażu apartamentowca pokryta jest wodą, co uniemożliwiło – z przyczyn technologicznych – wykonanie

planowanych robót w tym terminie. Powód przeprowadził z pozwanym rozmowę telefoniczną, w trakcie której został poinformowany o przyczynach nie wykonania w umówionym terminie prac związanych z wypełnieniem otworów dylatacyjnych. Strony nie poczyniły przy tym w trakcie tej rozmowy jakichkolwiek uzgodnień dotyczących kolejnego terminu wykonania tych prac. Pomimo niewykonania prac związanych z wypełnieniem otworów dylatacyjnych w posadzce masą plastyczną poliuretanową garaż od połowy roku 2009 zaczął być eksploatowany przez pracowników realizujących prace budowlane na obiekcie apartamentowca. Natomiast po oddaniu obiektu do eksploatacji w kwietniu 2010 r. był on wykorzystywany także przez mieszkańców budynku.

W związku z brakiem zapłaty pełnego, oznaczonego w umowie wynagrodzenia za wykonane prace D. J. wystąpił w listopadzie 2009 r. przeciwko J. K. z pozwem o zapłatę części niepokrytego przez pozwanego wynagrodzenia za wykonanie umowy z dnia 23 kwietnia 2009 r. W trakcie trwania postępowania, prowadzonego przed Sądem Rejonowym w Łomży w sprawie V GC 212/09 powód podnosił zarzut niewykonania przez powoda części objętych umową prac, w szczególności dotyczących wypełnienia otworów dylatacyjnych masą poliuretanową, jednakże z okoliczności ich nie wykonania nie wywodził jakichkolwiek roszczeń. W toku powyższego procesu pozwany nie wezwał powoda do wykonania wymienionych robót i nie oznaczył terminu do ich wykonania. Wyrokiem z dnia 26 lutego 2010 r. Sąd Rejonowy w Łomży zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2 000 zł wraz z ustawowymi odsetkami oraz kosztami procesu. Od niniejszego wyroku apelację wniósł pozwany. Wyrokiem Sądu Okręgowego w Białymstoku w sprawie VII Ga 95/10 z dnia 25 czerwca 2010 r. apelacja została oddalona. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego wskazano, że pozwany w istocie nie wykonał prac związanych z wypełnieniem dylatacji wykonanej posadzki betonowej, jednakże przyjmujący zamówienie nie wykazał, ażeby ich niewykonanie było skutkiem okoliczności jego nie dotyczących. W takim stanie rzeczy Sąd Okręgowy uznał, że okoliczność niewykonania tej części prac nie mogła skutkować – przy uwzględnieniu przepisu art. 639 k.c. – odmową wypłaty przez zamawiającego wykonawcy umówionego wynagrodzenia chociażby w części.

W piśmie z dnia 28 czerwca 2010 r., adresowanym do D. J., J. K. złożył oświadczenie w przedmiocie potrącenia przysługującej mu wobec wykonawcy wierzytelności o zapłatę kwoty 5 539,64 zł tytułem kary umownej za zwłokę w terminowym zakończeniu robót objętych umową z dnia 23 kwietnia 2009 r. z wymagalną wierzytelnością wykonawcy wobec niego o zapłatę kwoty 2 000 zł tytułem należności głównej, 1 971,90 zł tytułem odsetek ustawowych oraz 1 307,18 zł tytułem kosztów procesu, stwierdzonej prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w Łomży z dnia 26 lutego 2010 r., wydanego w sprawie o sygn. akt V GC 212/09. Powód wskazał, że należną mu karę umowną wyliczył na podstawie § 8 ust. 2 lit. a umowy jako iloczyn stawki dziennej za zwłokę w wysokości 37,43 zł (37.429,60 zł x 0,1%) oraz 148 dni zwłoki w wykonaniu umowy (od dnia 1 lutego 2010 r. do 29 czerwca 2010 r.). Wymienione oświadczenie dotarło do adresata w dniu 6 lipca 2010 r. Po otrzymaniu wezwania pozwany wystosował w dniu 7 lipca 2010 r. pismo, adresowane do powoda, w którym zawarł prośbę udostępnienia w dniach 15 do 16 lipca 2010 r. pomieszczenia garażu w celu wykonania prac związanych z wypełnieniem szczelin dylatacyjnych, informując go, iż garaż musi być pusty bez zaparkowanych pojazdów, czysty i suchy. W dniu 16 lipca 2010 r. pracownicy pozwanego przybyli na miejsce wykonania dzieła i stwierdzili, że w garażu w obrębie części otworów dylatacyjnych znajdują się zaparkowane pojazdy samochodowe, a przy tym nawierzchnia garażu w obrębie otworów podlegających wypełnieniu jest silnie zawilgocona. Pracownicy pozwanego pozyskali informację od osoby wykonującej w miejscu wykonania dzieła obowiązki stróża, że przed kilkoma dniami powierzchnia garażu była myta. Pozwany podjął nieskutecznie próbę kontaktu telefonicznego z powodem. Rozmowę z powodem przeprowadził natomiast brat pozwanego N. J., który przyjechał z pracownikami pozwanego w celu wykonania umówionych prac. Powód wyraził pogląd, że wymienione otwory należy osuszyć palnikiem, jednakże brat pozwanego poinformował go, że nie dysponują takim palnikiem. Pozwany w prowadzonej działalności gospodarczej nie wykorzystuje palnika do osuszania otworów dylatacyjnych, albowiem może to powodować uszkodzenia nawierzchni posadzki wskutek jej silnego nagrzania, stąd nie wyposaża ekipy budowlanej, której powierza wykonanie tego rodzaju pracy w palniki. Pozwany polecił pracownikom sporządzić notatkę oraz dokumentację fotograficzną, stwierdzającą zastany stan nawierzchni garażu, a następnie odstąpić od przystąpienia do wykonania planowanych prac. P. C. (1) sporządził w dniu 16 lipca 2010 r. notatkę, w której wskazał na zawilgoconie w dniu jego wizyty w garażu jego nawierzchni. Wymienioną notatkę podpisał zarówno P. C. (1), jak i osoba wykonująca w tym czasie obowiązki stróża w budynku. Pracownicy pozwanego posiadali narzędzia niezbędne

do oczyszczenia otworów dylatacyjnych przed ich pokryciem masą poliuretanową, a nadto sprężarkę, służącą do wypełniania otworów wymienioną masą.

Z ustaleń Sąd pierwszej instancji wynika, że postanowieniem z dnia 31 sierpnia 2010 r. Sąd Rejonowy w Łomży zaopatrzył w klauzulę wykonalności wyrok Sądu Rejonowego w Łomży z dnia 26 lutego 2010 r., wydany w sprawie o sygn. akt V DC 212/09.

W dniu 3 września 2010 r. powód wystosował do pozwanego wezwanie do niezwłocznego przystąpienia do wykonania prac związanych z wypełnieniem otworów dylatacyjnych. W odpowiedzi pozwany, reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, odmówił ponownego przybycia do miejsca wykonania dzieła w celu wykonania wskazanych prac, informując, że do niewykonania wymienionych prac doszło z przyczyn leżących po jego stronie. Wskazał, że wyznaczenie przez niego kolejnego terminu wykonania powyższych prac nie gwarantuje możliwości ich zrealizowania, a powiększać będzie jego koszty związane z dojazdem do miejsca wykonania umowy. Pomimo kolejnego wezwania do wykonania powyższych prac do dnia 10 października 2010 r., doręczone pozwanemu w dniu 1 października 2010 r., pozwany ostatecznie wymienionych prac nie wykonał.

W dniu 10 września 2010 r. pozwany wystąpił do Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym Szczecin – Prawobrzeże i Zachód w Szczecinie o wszczęcie w oparciu o tytuł wykonawczy w postaci zaopatrzonego w klauzulę wykonalności wyroku Sądu Rejonowego w Łomży z dnia 26 lutego 2010 r., wydany w sprawie o sygn. akt V GC 212/09, egzekucji z majątku powoda.

Po dokonaniu powyższych ustaleń Sąd Rejonowy uznał wniesione powództwo za niezasadne.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że podstawę prawną dochodzonego pozwem roszczenia stanowił przepis art. 840 § 1 pkt 1-3 k.p.c. Zdaniem Sądu Rejonowego, oceny prawnej dochodzonego pozwem roszczenia dokonywać należało przy uwzględnieniu przepisu art. 498 § 1 i 2 k.c.

Sąd pierwszej instancji podkreślił następnie, iż nie stanowiło w sprawie sporu, że pozwanemu przysługiwała skuteczna względem powoda wierzytelność o zapłatę należności oznaczonych w prawomocnym wyroku Sądu Rejonowego w Łomży z dnia 26 lutego 2010 r., wydany w sprawie o sygn. akt V GC 212/09. Przedmiotem sporu pozostawało natomiast to, czy stwierdzona powyższym wyrokiem wierzytelność w istocie została skutecznie potrącona ze zgłaszaną przez powoda wierzytelnością o zapłatę kwoty 5 539,64 zł tytułem kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z dnia 23 kwietnia 2009 r., a tym samym, czy faktycznie zobowiązanie stwierdzone w przytoczonym wyroku wygasło na skutek potrącenia wymagalnych wierzytelności (art. 498 § 1 i 2 k.c.), co uzasadniałoby żądanie wywiedzonego w sprawie pozwu.

Zdaniem Sądu Rejonowego, dokonując oceny prawnej zgłoszonego w sprawie żądania należało zaznaczyć, że aby potrącenie wywołało zamierzony skutek prawny, konieczne jest uprzednie ziszczenie się przesłanek oznaczonych w art. 498 § 1 k.c. Musi mianowicie zaistnieć stan, w którym dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a nadto wierzytelności te są wymagalne i możliwe do dochodzenia przed sądem lub przed innym organem państwowym. Sąd zwrócił uwagę, że zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu, wyrażoną w przepisie art. 6 k.c. i 232 k.p.c., ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W zawisłej sprawie to powód przytaczał twierdzenia, co do tego, że nabył wierzytelność wobec pozwanego o zapłatę kwoty 5 539,64 zł, zaś w piśmie doręczonym pozwanemu w dniu 6 lipca 2010 r. zawarł oświadczenie o potrąceniu tej wierzytelności z wierzytelnością pozwanego, stwierdzoną prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w Łomży z dnia 26 lutego 2010 r., wydany w sprawie o sygn. akt V GC 212/09. To jego zatem obciążał obowiązek przedstawienia dowodów stwierdzających przytoczone okoliczności.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji powód nie sprostał obciążającemu go ciężarowi i nie wykazał tego, aby przysługiwała mu względem powoda wierzytelność o zapłatę kwoty 5.539,64 zł tytułem kary umownej za zwłokę w terminowym

zakończeniu robót objętych umową o dzieło z dnia 23 kwietnia 2009 r. Sąd doszedł do przekonania, że całkowicie nieuprawnione okazało się stanowisko strony powodowej, co do tego, że w sprawie zaistniały oznaczone w § 8 ust. 2 lit. a nawiązanej pomiędzy stronami umowy z dnia 23 kwietnia 2009 r. warunki, uprawniające powoda do obciążenia pozwanego karą umowną. Konstrukcja umowy nie pozostawiała wątpliwości, co do tego, że strony zgodnym zamiarem obejmowały powstanie uprawnienia do naliczenia kary umownej z kwalifikowaną formą opóźnienia w wykonaniu umowy, tj. zwłoką. Zwłoka to szczególny przypadek opóźnienia jako działania lub zaniechania zawinonego. Działanie, względnie zaniechanie zawinone to działanie (zaniechanie), za które strona umowy ponosi odpowiedzialność. Sąd stwierdził, że samo niewykonanie wypełnienia nie mogło być kwalifikowane jako podstawa dla przyjęcia, że wykonawca popadł w zwłokę w wykonaniu umowy, z którą strony wyraźnie powiązały uprawnienie do obciążenia wykonawcy karą umowną. Dla przyjęcia, że pozwany dopuścił się zwłoki w wykonaniu objętej sporem umowy niezbędne było naprowadzenie przez powoda takich dowodów, które pozwalały na ustalenie, że nie wykonanie omawianej pracy było następstwem okoliczności zawinionych przez pozwanego. Sąd natomiast w oparciu o ujawnione w sprawie dowody z dokumentów, autentyczności i mocy dowodowej nie kwestionowała żadna ze stron, a które przy tym nie wzbudziły wątpliwości Sądu, jak również w oparciu o dowody z przesłuchania stron oraz zeznań świadków ustalił, że nie sposób było uznać, aby niewykonanie powyższej pracy było skutkiem okoliczności zawinionych przez pozwanego. Z zeznań pozwanego oraz przesłuchanych w sprawie świadków wynikało bowiem, że pozwany nie wykonał w uprzednio uzgodnionym z powodem terminie (22 czerwca 2009 r.) prac związanych z wypełnieniem otworów dylatacyjnych masą poliuretanową, albowiem w tym czasie posadzka w garażu, gdzie prace miały być wykonane była zalana warstwą wody, co z oczywistych względów uniemożliwiło mu – z przyczyn od niego niezależnych, a tym samym nie zawinionych - wykonanie wskazanych robót. Sąd w oparciu o zgodne w tym względzie zeznania stron ustalił, że pozwany poinformował niezwłocznie powoda o przyczynach nie wykonania wskazanych prac, a strony ówczesnie nie ustaliły kolejnego terminu wykonania tych prac. Powód nie wykazał, przy tym w sprawie, aby w późniejszym terminie informował pozwanego o poprawie stanu nawierzchni garażu oraz nie wzywał go do wykonania wymienionych robót. Powód nie naprowadził w sprawie jakiegokolwiek dowodu, dającego podstawę dla ustalenia, aby pomiędzy dniem 22 czerwca 2009 r., a 29 czerwca 2010 r. wzywał pozwanego do wykonania tych prac. Skoro powód nie wykazał w sprawie, aby pomiędzy datą 22 czerwca 2009 r. (dzień, w którym pozwany pomimo zgłoszonej gotowości nie mógł wykonać robót), a dniem 28 czerwca 2010 r. (dzień w którym powód wystosował do pozwanego oświadczenie o potrąceniu) nie wzywał pozwanego do wykonania wymienionych robót to nie sposób było zasadnie uznać, ażeby w tym okresie pozwany mógł popaść w zwłokę w wykonaniu umowy. Skoro zaś powód przedstawił w sprawie do potrącenia wiarygodność z tytułu kary umownej naliczonej za zwłokę w wykonaniu przez pozwanego umowy w okresie od dnia 1 lutego 2010 r. do 29 czerwca 2010 r. bez znaczenia dla oceny zasadności zgłoszonego w sprawie żądania pozostawało to, z jakich przyczyn pozwany nie wykonał objętych sporem robót w kolejnym uzgodnionym przez strony – już po dniu 29 czerwca 2010 r. - terminie, tj. w dniu 16 lipca 2010 r. Powód nie wskazywał bowiem jako podstawy naliczenia kary umownej, ewentualnej zwłoki wykonawcy w wykonaniu objętej sporem umowy, następującej po dniu 29 czerwca 2010 r. Tym samym ustalenie w tej mierze nie miało w niniejszej sprawie istotnego znaczenia w rozumieniu przepisu art. 227 k.p.c., stąd Sąd uznał dokonywanie oceny zachowania pozwanego w tej mierze, jako nie mającego znaczenia dla wyniku niniejszego sporu za zbędne.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd uznał, że w sprawie nie zaistniała powoływana przez powoda przesłanka z przepisu art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c., uzasadniająca pozbawienie kwestionowanego w sprawie tytułu wykonawczego wykonalności.

Apelację od wyroku Sądu Rejonowego wniósł powód zaskarżając go w całości i wnosząc o jego zmianę i orzeczenie co do istoty sprawy, tj. o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego w postaci wyroku Sądu Rejonowego w Łomży z dnia 26 lutego 2010 r., sygn. akt V GC 212/09 oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

1) naruszenie art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie i nieudzielenie powodowi ochrony przewidzianej w tym przepisie wskutek uznania, iż powód nie wykazał, aby przysługiwała mu względem pozwanego wierzytelność o zapłatę kwoty 5 539,64 zł;

2) naruszenie art. 6 k.c. poprzez uznanie, iż powód nie podołał ciężarowi dowodowemu w zakresie wykazania, iż przysługuje mu względem pozwanego wymagalna wierzytelność tytułu kary umownej,

3) art. 498 k.c. poprzez uznanie, iż powód nie dokonał skutecznego potrącenia swojej wierzytelności z tytułu naliczonej kary umownej z wierzytelnością pozwanego, wynikającą z

błędnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, polegającej na przyjęciu, iż

nie zostały spełnione przesłanki, o których mowa w § 8 ust. 2 lit. a umowy z dnia 23 kwietnia

2009 r., zawartej pomiędzy stronami.

W uzasadnieniu powód podniósł, że ustalenia Sądu Rejonowego co do niezawinionego przez pozwanego opóźnienia w wykonaniu prac dylatacyjnych w świetle zgromadzonego materiału dowodowego pozostają niepotwierdzone, a więc polegają na błędnej ocenie stanu faktycznego.

Jak słusznie uznał Sąd I instancji - pozwany nie wykonał części prac, związanych z prawidłowym wykończeniem dylatacji w prowadzonej przez powoda inwestycji (prace te nie zostały wykonane do dnia dzisiejszego). Co znamienne - pozwany dwukrotnie podejmował próby realizacji istniejącego zobowiązania do wykończenia szczelin i dwukrotnie próby te kończyły się fiaskiem. Powodem takiego stanu rzeczy było nieprzygotowanie pozwanego do realizacji powierzonych prac, o czym świadczą zeznania świadków. Zdaniem powoda, to na wykonawcy spoczywa konieczność takiego zaopatrzenia się w niezbędny do przeprowadzenia prac sprzęt, aby mogły one zostać z powodzeniem wykonane. Fakt braku należytego wyposażenia potwierdza w sposób niezbity odręczna notatka jednego z pracowników pozwanego - P. C. (2) z dnia 16 lipca 2010 r. Sąd nie odniósł się do niej. Co więcej - każdy ze świadków potwierdził, iż przygotowanie szczelin pod wypełnienie masą, w tym ich wyczyszczenie pozostaje wyłącznie w gestii wykonawcy. Sąd w żaden sposób nie ustosunkował się również do wypowiedzi świadka M. K., który zaprzeczył twierdzeniom pozwanego, iżby w garażu „stała woda”, a jedynie, że posadzka była myta, a że był to lipiec, nie mogło być mowy o zastoinach wody. Powód nie zgodził się również ze stwierdzeniem, że nie wzywał pozwanego do wykonania prac dylatacyjnych w okresie pomiędzy 22 czerwca 2009 r. a 28 czerwca 2010 r., albowiem uczynił to chociażby w piśmie skierowanym przez pełnomocnika z dnia 18 stycznia 2009 r., o którym mowa w złożonym oświadczeniu o potrąceniu z dnia 28 czerwca 2010 r. Pozwany nigdy nie zanegował otrzymania tego wezwania, a od daty doręczenia tegoż pisma powód oznaczył początek naliczania odsetek ustawowych. Powód kierował wezwania do wykonania prac przez pozwanego również w dniach 3 września 2010 r., a następnie 27 września 2010 r. W ocenie apelującego, Sąd w zupełności pominął niezwykle istotną okoliczność, którą był fakt, iż pozwany przyjął i uznał swoją pełną odpowiedzialność za niewykonanie prac dylatacyjnych w terminie, przystępując do nich również po otrzymaniu tytułu wykonawczego. Nie powinno zatem umknąć uwadze Sądu, że pozwany przyznał się tym samym do pozostawania w zwłoce w wykonaniu części robót, co do których powód kwestionuje zasadność wynagrodzenia.

W odpowiedzi na apelację powoda, pozwany wniósł o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych.

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

Apelacja powoda okazała się niezasadna.

Zdaniem Sądu Okręgowego, Sąd I instancji przeprowadził postępowanie dowodowe w zakresie wystarczającym dla poczynienia ustaleń faktycznych mających wpływ na zastosowanie przepisów prawa materialnego. Zgromadzone w sprawie dowody poddał wnikliwej ocenie, ustalając prawidłowo stan faktyczny sprawy. Ocena dowodów

przeprowadzona przez Sąd I instancji odpowiada wymogom stawianym przez przepis art. 233 § 1 k.p.c., uwzględnia cały zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i tym samym pozostaje pod ochroną wynikającą z powołanego przepisu. Ocena ta nie nosi cech dowolności, szczególnie odnosi się przeprowadzonych w sprawie dowodów. Sąd Odwoławczy podziela przeprowadzoną przez Sąd I instancji ocenę zgromadzonych w sprawie dowodów, tym samym akceptuje poczynione w oparciu o te oceny ustalenia faktyczne, uznając je za własne, bez ich ponownego przytaczania.

Nie ulega wątpliwości, iż podstawą powództwa przeciwegzekucyjnego może być zarzut potrącenia. Możliwość oparcia powództwa przeciwegzekucyjnego na zarzucie potrącenia jest dopuszczalna niezależnie od tego czy dłużnik miał możliwość podniesienia zarzutu potrącenia w sprawie, w której wydano tytuł wykonawczy. Dla oceny powództwa ma znaczenie jedynie to, czy zarzut taki był przedmiotem merytorycznej, a nie jedynie formalnej oceny (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 14 października 1993 r., sygn. III CZP 141/93, OSNC 1994/5/102), a w okolicznościach rozpoznawanej sprawy takowy zarzut w sprawie w której wydany został tytuł wykonawczy niespornie był rozpoznawany.

Jak słusznie wskazał Sąd pierwszej instancji, by mogło dojść do potrącenia, spełnione być muszą łącznie cztery przesłanki: wzajemność wierzytelności, jednorodzaowość świadczeń, wymagalność wierzytelności, zaskarżalność wierzytelności. Składający oświadczenie o potrąceniu (potrącający) musi zatem w stosunku do swego wierzyciela posiadać własną, istniejącą już wierzytelność i wierzytelność ta w dacie potrącenia musi być wymagalna. Musi mieć też określoną podstawę faktyczną i prawną. Przewidziane w art. 499 k.c. oświadczenie o potrąceniu ma charakter konstytutywny, bez niego - mimo spełnienia ustawowych przesłanek potrącenia (art. 498 § 1 k.c.) - nie dojdzie bowiem do wzajemnego umorzenia wierzytelności. Oświadczenie to staje się skuteczne dopiero z chwilą, gdy doszło do wierzyciela wzajemnego w taki sposób, że mógł się on zapoznać z jego treścią (art. 61 k.c.). Oświadczenie o potrąceniu powinno jednoznacznie precyzować wolę potrącenia, a w swej treści konkretyzować własną wierzytelność i jej zakres przedstawiony do potrącenia z wierzytelnością powoda, wskazywać również przesłanki jej powstania, wymagalności i wysokości.

Podkreślenia wymaga, iż zarzuty apelacji powoda sprowadzały się de facto do zakwestionowania oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Kwestionowanie prawidłowości uznania przez sąd, że przeprowadzone dowody nie są wystarczające do przyjęcia za udowodnione okoliczności, których ciężar udowodnienia spoczywał na jednej ze stron, może bowiem nastąpić jedynie w drodze zarzutu naruszenia odpowiednich przepisów prawa procesowego, nie zaś art. 6 k.c. W wywiedzonej apelacji powód nie kwestionował, iż to na nim spoczywał ciężar udowodnienia okoliczności warunkujących zasadność jego roszczenia wywodzonego z wierzytelności wynikającej z zastrzeżonej w zawartej między stronami kary umownej. Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, to na powodzie spoczywał obowiązek wykazania, iż wierzytelność ta – przedstawiona do potrącenia – istnieje. Nie można bowiem przyjąć, że samo oświadczenie o potrąceniu może stanowić podstawę do wykreowania nieistniejącej wierzytelności. Jego skutkiem może być jedynie wzajemne umorzenie wierzytelności faktycznie istniejących.

Punktem wyjścia w niniejszej sprawie winno być ustalenie treści wierzytelności przedstawianej do potrącenia. Powód powołał się na swoje oświadczenie o potrąceniu z dnia 28 czerwca 2010 r. (k.18-19). W piśmie tym powód wskazał, że potrąca z wierzytelności przysługującej pozwanemu, własną wierzytelność z tytułu kary umownej za zwłokę w terminowym zakończeniu robót obliczoną na podstawie § 8 ust. 2 lit. a umowy w wysokości 5 539,64 zł obliczoną za 148 dni zwłoki od dnia 1 lutego 2010 r. do dnia 29 czerwca 2010 r.

Słusznie skonstatował Sąd pierwszej instancji, iż przy takim oznaczeniu wierzytelności przedstawianej do potrącenia, przedmiotem oceny winno być jedynie to czy istniały przesłanki do przyjęcia zwłoki wykonawcy w terminowym zakończeniu robót w okresie od 1 lutego 2010 r. do dnia 29 czerwca 2010 r.

Z niezakwestionowanych przez powoda ustaleń faktycznych wynika natomiast, iż po zakończeniu prac związanych z wylaniem betonu niemożliwe było przystąpienie do robót związanych z wypełnieniem szczelin dylatacyjnych bowiem konieczne było odczekanie ok. miesiąca na wyschnięcie betonu. Z dalszych ustaleń wynika, iż pracownicy pozwanego w dniu 22 czerwca 2009 r. stawili się w miejscu wykonania przedmiotu umowy, celem dokończenia prac, jednakże

i w tym dniu nie było możliwe ich wykonanie, bowiem powierzchnia była pokryta wodą. Wbrew zarzutom powoda, z zeznań świadków nie wynika aby powodem nieprzeprowadzenia robót był brak odpowiedniego sprzętu ale właśnie zawilgocenie posadzki, za co nie sposób odpowiedzialnością obarczać pozwanego. Istotnie, z zeznań świadków wynika, iż wypełnienie szczelin masą należało do obowiązków powoda – jako wykonawcy, co zresztą nie było przez tegoż kwestionowane. Kwestionowana była natomiast możliwość wykonania świadczenia przez powoda. Z zeznań świadka Z. A. jednoznacznie wynika, iż posadzka przed wypełnieniem winna być sucha (k.163). Z zeznań M. Z. (k.197) wynika z kolei, iż w dniu 22 czerwca 2009 r. posadzka była mokra i nie można było wykonać dylatacji szczelin. Również z zeznań Ł. B. wynika, iż kiedy pracownicy pozwanego przyjechali po miesiącu wypełnić szczeliny, cały garaż był pełen wody (k.241). Podobnie zeznał także A. M. (k. 301). Co więcej sam powód przyznał, że nie jest w stanie stwierdzić, czy garaż był tego dnia suchy, ponieważ nie sprawdzał tego ani nie zlecał nikomu takiego sprawdzenia (k.322).

W tej sytuacji przyjąć należy, iż pozwany doznał przeszkody w wykonaniu przedmiotu umowy z winy powoda. Zgodzić należy się z Sądem pierwszej instancji, iż w takiej sytuacji obowiązkiem powoda było przygotowanie obiektu do wykonania dalszych prac i wyznaczenia pozwanemu terminu ich dokończenia. Powód nie wykazał natomiast aby w okresie, za który naliczył karę umowną bądź też w okresie wcześniejszym wzywał pozwanego do wykonania przedmiotu umowy. W oświadczeniu o potrąceniu odwołał się do pisma z dnia 18 stycznia 2010 r. Z pisma tego, które znajduje się w aktach sprawy na karcie 181, wynika jedynie, iż powód oświadczył pozwanemu, że składa do depozytu kwotę 2 000 zł należną tytułem reszty wynagrodzenia i wypłaci ją z chwilą wykonania przez pozwanego pozostałych prac wynikających z zawartej umowy. Z pisma tego nie wynika, jakie prace mają być wykonane, ani też w jakim terminie. Trudno wymagać od pozwanego, aby bez wskazania przez powoda konkretnego terminu, przyjeżdżał na miejsce wykonania umowy położone w odległości ok. 600 km od siedziby firmy, tym bardziej w środku sezonu zimowego, kiedy to – według twierdzeń pozwanego – wykonanie prac nie było możliwe (k.176).

Podkreślić należy, iż także z ustaleń poczynionych w sprawie rozpoznawanej przez Sąd Rejonowy w Łomży (sygn. V GC 212/09) oraz Sąd Okręgowy w Białymstoku (sygn.. VII Ga 95/10) wynika, iż wypełnienie szczelin dylatacyjnych w dniu 22 czerwca 2009 r. nie było możliwe z uwagi na zalanie garażu i stojącą tam wodę. Z uzasadnienia wymienionych orzeczeń wynika również, iż w toku postępowania powód nie zgłaszał żadnych roszczeń związanych z niewykonaniem dylatacji. Należało przy tym – w ocenie Sądu II instancji – mieć także na uwadze fakt, iż Sąd Rejonowy w Łomży, wydając w dniu 26 lutego 2010 roku wyrok w sprawie V GC 212/09, w uzasadnieniu tego orzeczenia powoływał się na niemożność wykonania przez pozwanego robót w postaci wypełnienia szczelin dylatacyjnych, uprzątnięcia miejsca pracy i zabezpieczenia powłoki betonowej. Należało zatem przyjąć, iż to ustalenie tego Sądu wskazywało, iż stan niemożności świadczenia przez pozwanego istniał również w chwili wydania wyroku, a także później, w postępowaniu apelacyjnym przed Sądem Okręgowym w Białymstoku, który wyrokiem z dnia 25 czerwca 2010 roku (sygn. akt VII Ga 95/10) oddalił apelację J. K. od wyroku Sądu Rejonowego w Łomży z dnia 26 lutego 2010 roku, sygn. akt V GC 212/09, także powołując się na fakt niemożności spełnienia świadczenia przez D. J. z przyczyn leżących po stronie J. K.. Zatem niemożność spełnienia świadczenia wynikającego z umowy o roboty budowlane zawartej w dniu 23.04.2009r. przez D. J. istniała co najmniej do 25 czerwca 2010 roku.

W ocenie Sądu II instancji, takim ustaleniem, stanowiącym podstawę faktyczną obu wskazanych wyżej orzeczeń, jest związany sąd wydający orzeczenie w niniejszej sprawie. Jedynie na marginesie należy zauważyć, iż powód oświadczenie o potrąceniu wzajemnych świadczeń złożył dopiero w dniu 28 czerwca 2010 roku, po oddaleniu jego apelacji przez Sąd Okręgowy w Białymstoku, natomiast ani w postępowaniu przez Sądem Rejonowym w Łomży w sprawie V GC 212/09, ani w postępowaniu przez Sądem Okręgowym w Białymstoku z zarzutem potrącenia z tytułu kary umownej nie wystąpił.

Niezależnie od powyższego, Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż także po 28 czerwca 2010 r. nie sposób uznać, aby pozwany pozostawał w zwłoce w wykonaniu umowy. Pozwany po wcześniejszym uzgodnieniu z powodem, przybył na miejsce wykonania umowy w dniu 16 lipca 2010 r., jednakże i w tym terminie dokończenie prac nie było możliwe z uwagi na zawilgocenie garażu. Ponadto, wbrew zapewnieniom pozwanego, z garażu nie zostały usunięte pojazdy. Nieporozumieniem jest wymaganie od wykonawcy, aby dysponował odpowiednim sprzętem pozwalającym



na osuszenie mokrej posadzki. To nie on ponosi bowiem odpowiedzialność za to, że jest ona mokra i nie nadaje się do prac związanych z wypełnianiem otworów dylatacyjnych.

Nie sposób także zgodzić się z apelującym powodem, jakoby przystąpienie do prac w dniu 16 lipca 2010 r. świadczyć miało o uznaniu własnej odpowiedzialności pozwanego za zwłokę w wykonaniu umowy. Przeciwnie, powyższe świadczy o woli wykonania umowy. Trudno bowiem zakładać, aby pozwany wraz ze sprzętem i pracownikami udawał się na miejsce wykonania umowy oddalone o 600 km od swojej siedziby z zamiarem niedokończenia prac.

W kontekście powyższych wywodów – zdaniem Sądu Okręgowego – należało uznać, iż zarzuty zawarte w apelacji strony powodowej mają jedynie charakter polemiczny w stosunku do prawidłowych ustaleń Sądu Rejonowego i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Stąd też Sąd Okręgowy na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Okręgowy oddalił apelację jako bezzasadną.