

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 lutego 2012 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Adam Jewgraf
Sędziowie:	SSA Ewa Głowacka SSA Sławomir Jurkowicz (spr.)
Protokolant:	Małgorzata Kurek

po rozpoznaniu w dniu 2 lutego 2012 r. we Wrocławiu na rozprawie  
sprawy z powództwa (...) **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.**

przeciwko **R. Z., W. M., M. M. i M. Z.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 7 października 2011 r. sygn. akt X GC 149/11

1. **zmienia zaskarżony wyrok w punkcie III w ten sposób, że zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz strony powodowej dalszą kwotę 145 000 (sto czterdzieści pięć tysięcy) złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 13 września 2010 r. do dnia zapłaty oraz w punkcie IV poprzez zastąpienie kwoty 10 597, 78 złotych kwotą 24 037 złotych;**
2. **zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz strony powodowej 9 950 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

## UZASADNIENIE

Strona powodowa, (...) spółka z o.o. w W., domagała się zasądzenia upominawczym nakazem zapłaty solidarnie od pozwanych R. Z., W. M., M. M. oraz M. Z. na jej rzecz kwoty 180.945,52 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 20.09.2010 r. do dnia zapłaty, kwoty 5.441,20 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13.09.2010 r. do dnia zapłaty oraz kwoty 150.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13.09.2010 r. do dnia zapłaty wraz z kosztami procesu.

Powyższych należności powódka dochodziła od pozwanych z tytułu kar umownych, uzgodnionych przez strony w umowie z dnia 16.02.2010 r. ( 150.000 zł) oraz tytułem zwrotu kosztów związanych z naprawą i wymianą markiz

umieszczonych w punkcie gastronomicznym pozwanych ( 5.441 zł), a także zwrotu ryczałtowego wynagrodzenia pomniejszonego proporcjonalnie w stosunku do zrealizowanych zamówień.

Upominawczym nakazem zapłaty z dnia 15.03.2011 r. Sąd Okręgowy we Wrocławiu uwzględnił powództwo w całości.

Pozwani skarżąc sprzeciwem nakaz zapłaty w całości wnieśli o oddalenie powództwa i zasądzenie na ich rzecz kosztów postępowania. Pozwani podnieśli, iż pismem z dnia 27.04.2010 r. wypowiedzieli jednostronnie umowę, wskazując na okoliczności od nich niezależne (tj. zmianę przez wynajmującego warunków umów najmu lokali gastronomicznych zawartych z pozwanymi), które uniemożliwiały im dalsze wywiązywanie się z zawartej ze stroną powodową umowy o stałej współpracy.

Pismem z dnia 21.04.2011 r. strona powodowa, wobec dokonanego zwrotu przez pozwanych należności z tytułu ryczałtu za usługi marketingowe, cofnęła pozew w zakresie żądania zasądzenia solidarnie od pozwanych kwoty 180.945,52 zł.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 07.10.2011 r. Sąd Okręgowy we Wrocławiu zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz strony powodowej kwotę 10.441,20 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13.09.2010 r. (pkt. I), umorzył postępowanie w części, co do kwoty 180.945,52 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 20.09.2010 r. (pkt II), zaś w pozostałej części powództwo oddalił (pkt III) i zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz strony powodowej kwotę 10.597,78 zł tytułem kosztów procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd ten wydał w oparciu o następujące, istotne, ustalenia faktyczne.

Strony w dniu 16.02.2010 r. zawarły umowę o współpracy, której przedmiotem była współpraca w zakresie sprzedaży oraz reklamy i promocji produktów w punktach gastronomicznych pozwanych, z zachowaniem zasady wyłączności ( pkt.2.1 umowy). Pozwani zobowiązali się do nabywania od strony powodowej produktów po cenach z cennika ogólnego z uwzględnieniem postanowień umowy ( pkt. 2.2. umowy). Zasada wyłączności miała obowiązywać w każdym punkcie osobno, jak również we wszystkich razem. Dla uznania naruszenia zasady wyłączności wystarczyło jej naruszenie w jednym nawet punkcie. Zasada wyłączności została zdefiniowana w umowie szczegółowo ( pkt. 3 umowy) wyrażać się miała na umieszczeniu, instalacji i właściwej ekspozycji materiałów reklamowych i towarów. Pozwani zobowiązali się utrzymywać w należyтым stanie wszystkie materiały marketingowe dostarczane przez stronę powodową oraz używania ich wyłącznie do celów sprzedaży produktów strony powodowej i promocji tych produktów. Pozwani zobowiązali się również do tego, że na terenie ich punktów gastronomicznych lub w bezpośrednim sąsiedztwie nie będą m.in. prowadzić sprzedaży produktów konkurencyjnych, ani nie będą umieszczać żadnych związanych z nimi materiałów reklamowych. Produkty konkurencyjne zostały zdefiniowane w umowie jako produkty rodzajowo tożsame z produktami stanowiącymi przedmiot umowy lub produkty, których produkcja lub sprzedaż prowadzona jest przez podmioty konkurencyjne ( pkt 1.1.6. umowy). Zasada powyższa miała odnosić się również w przypadku otwarcia nowych punktów do tych nowych punktów ( pkt. 3.5. umowy).

Pozwani zobowiązali się, że w okresie obowiązywania umowy nie zawrą umowy o podobnym charakterze z podmiotami konkurencyjnymi lub podmiotami, których wykorzystywane znaki lub nazwa są podobne do znaków lub nazw takich podmiotów. W przypadku naruszenia powyższego postanowienia pozwani mieli zwrócić stronie powodowej w terminie 7 dni od wezwania wszystkie koszty poniesione przez stronę powodową w związku z realizacją umowy oraz dodatkowo zapłacić karę umowną w wysokości 150.000 zł netto ( pkt. 3.6 umowy).

Za wszelkie czynności pozwanych obejmujące promocję i reklamę logo strony powodowej oraz jej znaków towarowych a także inne czynności o charakterze marketingowym i reklamowym, wymienione w umowie w pkt. 6, realizowane przez cały czas trwania umowy, pozwani mieli otrzymać ryczałtowe wynagrodzenie w wysokości 150.000 zł. Wynagrodzenie miało zostać wypłacone w formie jednorazowej przedpłaty na poczet powyższych usług, na podstawie noty obciążeniowej lub faktury pro-forma, pozwani obowiązani byli w terminie 7 dni od dnia otrzymania wynagrodzenia do wystawienia faktury VAT ( pkt 5.4 i 5.5 umowy).

Pozwani zobowiązali się, że w okresie obowiązywania niniejszej umowy dokonają samodzielnie lub wspólnie z podmiotami zależnymi zakupów produktów, co najmniej za kwotę 700.000 zł netto ( pkt. 6.3 umowy). Umowa została zawarta na czas określony do dnia 28.02.2015 roku ( pkt 9.1. umowy).

W przypadku naruszenia zasad wyłączności, pozwani zobowiązani byli zapłacić stronie powodowej karę umowną w wysokości 150.000 zł, chociażby strona powodowa nie poniosła żadnej szkody z tego tytułu ( pkt 11.1 umowy). W przypadku zakończenia współpracy z jakiegokolwiek przyczyny przed upływem okresu obowiązywania umowy, pozwani mieli zapłacić stronie powodowej karę umowną w wysokości 150.000 zł netto ( pkt. 11.2 umowy).

Każda ze stron miała prawo wypowiedzieć umowę w razie nie realizowania umowy przez drugą stronę lub rażącego naruszenia postanowień umowy, po uprzednim wezwaniu do zaniechania naruszeń i przywrócenia realizacji umowy ( pkt 12.1., 12.2 i 12.3 umowy). W przypadku rozwiązania umowy w oparciu o rażące naruszenie umowy ( pkt. 12.2. i 12.3. umowy) przez którąkolwiek ze stron, pozwani mieli dokonać płatności na rzecz strony powodowej kary umownej w kwocie wypłaconej do dnia rozwiązania umowy wynagrodzenia pozwanych za czynności opisane w pkt. 5.4. umowy, w wysokości proporcjonalnej do wielkości niezrealizowanego obrotu ustalonego w pkt. 6.3. umowy (przewidującym w okresie obowiązywania umowy zakupy pozwanych produktów za co najmniej 700.000 zł netto).

Punkty pozwanych, określone w umowie zostały zdefiniowane jako prowadzone przez pozwanych samodzielnie lub przez podmioty trzecie na podstawie stosownych umów, punkt gastronomiczne, których listę stanowił załącznik nr 2 ( pkt. 1.1.2 umowy). Przewidziano również obowiązywanie umowy w nowych punktach uruchamianych po podpisaniu umowy i prowadzonych przez pozwanych lub podmioty zależne ( pkt 1.1.3. umowy).

Wynagrodzenie przewidziane w pkt. 5.4. umowy zostało wypłacone pozwanym na podstawie noty obciążeniowej z dnia 23.02.2010 r. w dniu 11.03.2010 roku, w kwocie 183.000 zł.

Strona powodowa poniosła koszty naprawy, wymiany poszycia markizy pozwanych w kwocie 5.441,20 zł.

Pozwani w chwili zawierania umowy prowadzili punkty gastronomiczne opisane w pkt. 1-6 załącznika nr 2 do umowy stron w oparciu o umowy najmu zawarte z (...) we W., na czas nieokreślony. Umowa dzierżawy została zawarta przez pozwanych z (...) sp. z o.o. (następcę prawnego (...) we W.) w dniu 16.04.2007 r. na czas określony do dnia 31.03.2010 r. Aneksami do powyższych umów zmieniono wysokość czynszu i czas trwania umowy, który ostatecznie określono do dnia 31.12.2010 r.

Pozwani pismem z dnia 27.04.2010 r. oświadczyli, iż rozwiązują łączącą strony umowę z uwagi na naruszenie zasady wyłączności i przewidzianą w pkt. 12.2.2 umowy podstawę rozwiązania umowy w takiej sytuacji. Pozwani powołali się na dokonane przez właściciela nieruchomości zmiany dotychczasowych umów wiążących ich w zakresie prowadzonych punktów gastronomicznych, z umów zawartych na czas nieokreślony na umowy zawarte na czas określony do dnia 30.09.2010 r. Ponadto wskazali na niski poziom sprzedaży produktów strony powodowej w stosunku do wyprzedawanych równolegle produktów konkurencyjnych.

Strona powodowa pismem z dnia 24.05.2010 r. wskazała, iż w oparciu o treść pkt. 12.2.2 uprawnienie do wypowiedzenia umowy przysługuje wyłącznie jej i w związku z tym umowa pozostaje w mocy. Strona powodowa wskazała jednocześnie na brak zamówień i naruszenie zasady wyłączności, a także wezwała pozwanych do zaprzestania rażącego naruszania postanowień umowy.

Strona powodowa pismem z dnia 2.09.2010 r. rozwiązała umowę z dniem 6.09.2010 r. i wezwała pozwanych do zapłaty kary umownej w wysokości 150.000 zł, zwrotu udokumentowanych kosztów poniesionych przez stronę powodową w związku z wykonaniem umowy tj. kosztów wykonania poszycia markiz o wartości 4.460 zł. netto i zwrotu części przedpłaty w wysokości 180.946 zł, w terminie 14 dni od daty otrzymania pisma. Pismo zostało doręczone pozwanym w dniu 6.09.2010 r.

Pozwani wystawili w dniu 30.12.2010 r. fakturę VAT korektę nr (...) do faktury VAT nr (...) z dnia 15.03.2010 r. Faktura ta dokumentowała zwrot należności nią objętych, przy czym sama należność odpowiadająca wynagrodzeniu pozwanych za usługi świadczone w okresie wykonywania umowy, została zwrócona stronie powodowej na początku kwietnia 2011 r. Pozwani do dnia rozwiązania umowy kupili produkty strony powodowej za cenę 7.855,67 zł netto ( 9.494,31 zł brutto).

Pozwani w okresie obowiązywania umowy tj. po dniu 28.02.2010 r. naruszali zagwarantowaną umową zasadę wyłączności dla oferowania produktów strony powodowej.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy uznał, że żądanie strony powodowej zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Sąd ten wskazał, że w związku z rozwiązaniem umowy łączącej strony zasadnym było żądanie przez stronę powodową od pozwanych zapłaty kwoty 180.945,52 zł tytułem zwrotu wynagrodzenia otrzymanego przez pozwanych od strony powodowej w chwili zawarcia umowy oraz kwoty 5.441,20 zł stanowiącej koszt poniesiony przez stronę powodową na naprawę i wymianę markiz w punkcie gastronomicznym pozwanych. Jednocześnie Sąd Okręgowy wskazał, iż w związku z uiszczeniem przez pozwanych na rzecz powodowej spółki, w toku procesu, kwoty 180.945,52 zł i cofnięciem w tym zakresie powództwa przez stronę powodową koniecznym było umorzenie niniejszego postępowania w powyższej części. Co się zaś tyczy wskazanej wyżej kwoty 5.441,20 zł Sąd ten podał, iż podlegała ona zasądzeniu na rzecz strony powodowej w związku z nieuwzględnieniem w tym zakresie zarzutu potrącenia zgłoszonego przez pozwanych. Sąd I instancji stwierdził, że powyższy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie, gdyż pozwani nie został wykazany stosownie do treści art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c. Pozwani twierdzili, iż strona powodowa zdemontowała i zabrała markizę, której wartość wynosiła kwotę 5.441,20 zł, jednak okoliczności tej nie dowiedli przy pomocy stosownych dokumentów. Nadto też Sąd ten wskazał, że nie można automatycznie przyjąć, iż wartość poniesionych przez stronę powodową kosztów naprawy i wymiany poszycia markizy odpowiada wartości zdemontowanej i zabranej przez stronę powodową markizy. Mając zatem na uwadze, że zgodnie z postanowieniami łączącej strony umowy ( pkt. 3.6) powodowa spółka mogła domagać się zwrotu wartości poniesionych kosztów związanych z wykonaniem umowy, jej żądanie, w powyższym zakresie, zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się zaś do najistotniejszej w niniejszej sprawie kwestii związanej z naliczeniem pozwanym przez stronę powodową kary umownej w kwocie 150.000 zł Sąd Okręgowy zważył, iż w związku z niewątpliwym naruszeniem przez pozwanych określonych w umowie zasad wyłączności, co do zasady, powodowej spółce przysługiwało roszczenie o zapłatę kary umownej od pozwanych. Sąd ten wskazał przy tym, że dla powyższej oceny bez znaczenia jest wiedza strony powodowej o treści umowy wcześniej wiążącej pozwaną z konkurencyjną firmą.

Następnie Sąd I instancji stwierdził, że w niniejszej sprawie, ustalona przez strony w umowie kara umowna jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. i z tych też względów Sąd ten karę tę miarkował w oparciu o zgłoszony przez pozwanych zarzut oddalenia powództwa. Wskazując na to, że umowa zawarta przez strony praktycznie nie była przez pozwanych wykonywana, o czym niezwłocznie poinformowali oni stronę powodową, powołując się na zmiany warunków w jakich prowadzili działalność gospodarczą, które wpływały na ich możliwości wywiązania się z łączącej strony umowy, Sąd I instancji uznał, że pozwani winni uiścić na rzecz strony powodowej tytułem kary umownej kwotę 5.000 zł wraz z dochodzonymi odsetkami.

Orzeczenie o kosztach postępowania Sąd ten wydał w oparciu o treść art. 100 k.p.c., przyjmując, że strona powodowa wygrała proces w 57 %.

Apelację od powyższego wyroku wywiodła strona powoda skarżąc go w części, tj. w zakresie rozstrzygnięcia zamieszczonego w punkcie III, i zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego, tj.:

- art. 484 § 2 k.c., przez jego błędne zastosowanie, polegające na dokonaniu miarkowania kary umownej, która nie była rażąco wygórowana, a nadto w sytuacji, gdy pozwani, w toku postępowania, nie żądali jej miarkowania;

- art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c., przez jego błędną wykładnię polegającą na dokonaniu miarkowania kary umownej w oderwaniu od elementarnych funkcji tejże kary (stymulacyjnej, kompensacyjnej i represyjnej), co skutkowało trzydziestokrotnym jej zmniejszeniem w porównaniu do kary przewidzianej w umowie oraz przyjęciu, że niewykonywanie przez pozwanych umowy, a także krótki okres jej obowiązywania stanowią przesłanki miarkowania kary umownej i to w stopniu uzasadniającym trzydziestokrotne jej obniżenie, podczas gdy są to przesłanki świadczące o konieczności zasądzenia od pozwanej kary umownej w pełnej wysokości;

- art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c., przez jego nie zastosowanie, polegające na dokonaniu miarkowania kary umownej w zupełnym oderwaniu od treści umowy łączącej strony oraz w sposób sprzeczny z wolą stron wyrażoną w umowie o współpracy;

2. naruszenie przepisów postępowania, tj.:

- art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 316 k.p.c., polegające na braku wszechstronnego rozważenia całego zebranego w sprawie materiału dowodnego i nieuzasadnione przyjęcie, że zmiana warunków umów najmu zawartych z (...) we W. przez pozwanych wpłynęła negatywnie na możliwość wykonania umowy zawartej ze stroną powodową, że uzasadnionym było trzydziestokrotne obniżenie wysokości kary umownej, podczas gdy doszło jedynie do zastąpienia umów na czas nieokreślony umowami na czas określony, wraz z podwyższeniem czynszu, co wcale nie uniemożliwiło wykonania umowy;

- art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c., przez dokonanie ustaleń faktycznych, które nie znajdują odzwierciedlenia w zebranych w sprawie materiale dowodowym i w wyniku powyższego przyjęcie, że „okres obowiązywania umowy nie pozwala na uznanie, iż dochodzona kara nie będzie nadmiernie wygórowana”.

Wskazując na powyższe zarzuty, strona powodowa wniosła o zmianę wyroku w zaskarżonej części przez zasądzenie solidarnie od pozwanych na jej rzecz dalszej kwoty 145.000 zł tytułem kary umownej wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 13.09.2010 r. do dnia zapłaty, a także o zasądzenie od pozwanych na swoją rzecz kosztów postępowania za obie instancje.

W odpowiedzi na apelację pozwani wnieśli o jej oddalenie i zasądzenie na ich rzecz od strony powodowej kosztów postępowania odwoławczego.

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

Apelacja, jako uzasadniona, podlegała uwzględnieniu.

Na wstępie wskazać należy, iż Sąd Apelacyjny w całości podzielił ustalenia faktyczne, dokonane w sprawie przez Sąd Okręgowy, czyniąc je jednocześnie podstawą swojego rozstrzygnięcia. Sąd I instancji bowiem, w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania dowodowego, ustalił istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, które znajdowały odzwierciedlenie w całokształcie zaoferowanego przez strony materiału dowodowego. Podkreślić przy tym trzeba, iż prawidłowość dokonanych przez Sąd I instancji ustaleń faktycznych nie była również w zasadzie kwestionowana przez stronę powodową. Skarżąca formułując bowiem w apelacji zarzuty naruszenia przepisów postępowania, w szczególności zaś art. 233 § 1 k.p.c. w istocie sprzeciwiała się jedynie ocenom i wnioskom, wyprowadzonym przez Sąd Okręgowy z tych, w rzeczywistości niespornych pomiędzy stronami, ustaleń faktycznych.

W konsekwencji stwierdzić należy, iż de facto wszystkie zarzuty strony powodowej podniesione w apelacji (tak dotyczące naruszenia prawa materialnego, jak i procesowego) zmierzały do wykazania błędnego zastosowania przez Sąd I instancji w omawianej sprawie dyspozycji przepisu art. 484 § 2 k.c., a to z uwagi na niezgłoszenie przez dłużnika w toku postępowania w tym zakresie stosowanego żądania (zarzutu), jak i brak podniesienia (dowodzenia)

jakichkolwiek twierdzeń na jego uzasadnienie. Skarżąca wskazywała przy tym także, iż zastrzeżona przez strony w umowie kara umowna nie była rażąco wygórowana, i jako taka nie mogła być miarkowania, a nadto, iż przeprowadzone w niniejszej sprawie postępowanie dowodowe nie dawało podstaw do przyjęcia, iż zaistniały jakiegokolwiek okoliczności uzasadniające zmniejszenie określonej przez strony kary umownej (tj. m.in. znaczne wykonanie umowy, niewielka szkoda strony powodowej). Z tych też względów zasadnym było ich łączne rozpoznanie.

Sąd Apelacyjny co do zasady, podzielił wszystkie powyżej wymienione zarzuty skarżącej. Zważyć przy tym trzeba, iż niewątpliwie osią konfliktu pomiędzy stronami na etapie postępowania apelacyjnego była zasadność zmniejszenia (tzw. miarkowania) przez Sąd I instancji kary umownej dochodzonej przez skarżącą od pozwanych w oparciu o zapisy umowy storn 16.02.2010 r. o stałej współpracy, w tym w szczególności to, czy Sąd Okręgowy bez odpowiedniego, skonkretyzowanego żądania pozwanych w tym zakresie, uprawniony był do pomniejszenia owej kary umownej w oparciu o przepis art. 484 § 2 k.c.

Dokonując analizy w tym zakresie na wstępie podkreślić należy, iż nie ma zgodności, tak wśród przedstawicieli doktryny, jak i w orzecznictwie, co do tego, czy żądanie oddalenia powództwa o zapłatę kary umownej zawiera w sobie *implicite* wnioski o zmniejszenie (miarkowanie) tejże kary. Wyrażane są bowiem opinie, że żądanie oddalenia roszczenia o zapłatę kary umownej zawiera w sobie również żądanie jej miarkowania (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 14.07.1976 r., I CR 221/76, OSNC 1977/4/76; z dnia 16.07.1996 r., I CKN 802/97, OSNC 1999/2/32 i z dnia 27.02.2009 r., II CSK 511/08 (niepubl.)). Jednocześnie formułowane jest stanowisko przeciwne, zakładające że żądanie oddalenia roszczenia o zapłatę kary umownej i żądanie jej miarkowania są odmienne i nie mogą być utożsamiane (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 18.06.2003 r., II CKN 240/01 (niepubl.); z dnia 23.03.2006 r., IV CSK 89/05, OSNC 2007/1/15; z dnia 6.02.2008 r., II CSK 421/07 i z dnia 26.11.2008 r., II CSK 168/08).

Wskazać również należy, iż aktualnie w doktrynie ten drugi pogląd zyskuje na znaczeniu i opowiada się za nim zdecydowana większość jej przedstawicieli (tak m.in. K. Pietrzykowski w Komentarzu do kodeksu cywilnego, Legalis; E. Gniewek w Komentarzu do kodeksu cywilnego, Legalis; S. Włodyka, Prawo umów Handlowych, System Prawa handlowego, tom 5, C.H. Beck wyd. 3; Legalis). Zwolennicy tego poglądu podkreślają, że miarkowanie kary umownej wymaga stosownego i wyraźnego wniosku dłużnika, bez którego sąd niejako z urzędu nie może zastosować instytucji objętej dyspozycją przepisu art. 484 § 2 k.c. Niewątpliwie bowiem ów dłużnik występując o zmniejszenie takiej kary umownej uznaje przecież zobowiązanie powstałe z tego tytułu co do samej zasady. Argumentuje się również, że wniosku o miarkowanie kary nie powinno się także wywodzić a *maiori ad minus* z tego, że pozwany wniosł o oddalenie powództwa obejmującego m.in. zapłatę kary umownej, gdyż dążenie pozwanego dłużnika do zmniejszenia przez Sąd kary umownej z powodu jej rażącego wygórowania wymaga udowodnienia przez niego niewspółmierności zastrzeżonej wysokości kary umownej do wysokości szkody poniesionej przez wierzyciela w związku z niewykonaniem zobowiązania. Bez powyższego nie jest bowiem możliwe zbadanie, czy niewspółmierność, oznaczająca rażące wygórowanie kary umownej, w ogóle ma miejsce, a jeśli tak, to w jakim zakresie powinna wpłynąć na zmniejszenie zasądzonej kary umownej w porównaniu z kwotą ustaloną przez strony w umowie.

Także najnowsza linia orzecznictwa Sądu Najwyższego wydaje się powyższe stanowisko w pełni aprobować, na co wskazuje treść wyroków tego Sądu z dnia 16.04.2010 r. ( IV CSK 494/09, OSNC- ZD 2010/4/115, Biul.SN 2010/5/15, M.Prawn. 2011/7/377-380), z dnia 26.11.2008 r. ( III CSK 168/08, LEX 479329), z dnia 06.02.2008 r. ( II CSK 421/07, LEX 361437), czy wreszcie z dnia 22.01.2010 r. ( V CSK 217/09, LEX 564858). I tak w cytowanym wyroku z dnia 16.04.2010 r. Sąd Najwyższy kategorycznie stwierdził, że żądanie miarkowania kary umownej musi być konkretnie sprecyzowane przez zgłaszającego podkreślając, że przemawia za tym możliwość oparcia owego żądania na dwóch różnych przesłankach określonych w art. 484 § 2 k.c., a także to, że żądanie oddalenia roszczenia o karę umowną w ogóle może nie odnosić się do jej wysokości. Jego podstawą może być przecież twierdzenie, że kara umowna nie należy się, ponieważ dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (taką też argumentację zawarli pozwani w niniejszej sprawie, w sprzecznie od nakazu zapłaty), albo np. dlatego, że roszczenie uległo przedawnieniu. Podobne stanowisko wyrażone zostało w cytowanych wyrokach z 26.11.2008 r. i 06.02.2008 r., w których Sąd Najwyższy podkreślił, że przewidziane w art. 484 § 2 k.c. uprawnienie do żądania

zmniejszenia kary umownej jest środkiem obrony pozwanego prowadzącym do częściowego oddalenia powództwa, a zatem może być realizowane jedynie w formie zarzutu merytorycznego, a gramatyczna wykładnia powyższego przepisu (a także okoliczność, że zarzut taki może być oparty na dwóch różnych przesłankach), prowadzi do wniosku, iż zarzut ten powinien zostać konkretnie sprecyzowany przez zgłaszającego. Wreszcie w przywołanym powyżej wyroku z dnia 22.01.2010 r. Sąd Najwyższy wskazał, że do miarkowania kary umownej wystarczające jest gdy w trakcie procesu dłużnik, który wnosi o oddalenie powództwa, podniesie także zarzut rażącego wygórowania kary umownej. Zauważyć jednak za skarżącą trzeba, iż w niniejszej sprawie pozwani takiego zarzutu nie formułowali, nie wskazywali również na którąkolwiek z podstaw do ewentualnego miarkowania tejże kary, jak również nie wykazali zasadności tego miarkowania dowodząc istnienia przesłanek umożliwiających zastosowanie miarkowania kary wymienionych w art. 484 § 2 k.c.

Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę opowiada się w pełni za drugim z omówionych powyżej stanowisk, dzieląc przywołane w tym zakresie poglądy orzecznictwa i doktryny.

W konsekwencji, uwzględniając istotę i funkcje kary umownej, obronny charakter uprawnienia dłużnika wynikający z przepisu art. 484 § 2 k.c., jak również gramatyczną wykładnię treści tego przepisu stwierdzić należy, że zmniejszenie (miarkowanie) wysokości kary umownej możliwe jest tylko i wyłącznie na wniosek lub merytoryczny zarzut pozwanego, konkretnie sprecyzowany i udowodniony stosownie do treści art. 6 k.c. Brak zatem sformułowania przez pozwanego takiego wniosku lub zarzutu uniemożliwia sądowi dokonanie zmniejszenia wysokości dochodzonej w procesie kary umownej.

W świetle powyższych rozważań nieuprawnione było zatem przyjęcie przez Sąd I instancji, iż wniosek pozwanych o oddalenie powództwa zawierał w sobie implicite żądanie miarkowania kary umownej i w istocie dokonanie z urzędu zmniejszenia wysokości spornej kary umownej. Dodatkowo powyższą argumentację w realiach analizowanej sprawy wzmacnia fakt, iż jest ona sprawą gospodarczą, w której pozwani, w sprzeczności od nakazu zapłaty powinni przedstawić wszystkie okoliczności faktyczne i dowody na poparcie swojego stanowiska, pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykaże, że ich powołanie w sprzeczności nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynika później ( art. 503 § 1 k.p.c. w zw. z art. 479<sup>1a</sup> k.p.c. w zw. z art. 479<sup>14a</sup> ). Tym bardziej zatem brak jest uzasadnionych podstaw, aby pozwanym, reprezentowanym w niniejszej sprawie przez profesjonalnego pełnomocnika, przepisywać (tak jak błędnie uczynił to Sąd Okręgowy) żądania czy zarzuty, których nie wyrazili w toku trwającego procesu. Podkreślić przy tym należy, iż pozwani wnosząc w sprzeczności o oddalenie żądania strony powodowej o zapłatę kary umownej wskazywali jedynie na powstanie okoliczności, które czyniły niemożliwym wykonanie przez pozwanych łączącej strony umowy, a które związane były ze zmianą okresu czasu, na który zawarte były umowy najmu i dzierżawy lokali gastronomicznych, w których prowadzili działalność gospodarczą z czas nieokreślonego na określony, a także podniesieniem wysokości czynszów. Z tych też względów pozwani podnosili, że ich świadczenie stało się niemożliwe, gdyż pozwani bez swej winy, z przyczyn od nich niezależnych zostali pozbawienie punktów handlowych (lokali gastronomicznych), w których mogliby sprzedawać produkty strony powodowej zgodnie z umową o stałej współpracy. Z treści owego sprzeciwu i pism procesowych pozwanych wnoszonych w toku procesu w sposób jednoznaczny wynika, iż pozwani nie podnosili (tym bardziej też nie dowodzili) żadnych twierdzeń, wniosków czy zarzutów, które zmierzałyby, czy też pozwalałyby uznać, iż kwestionują oni wysokość spornej kary umownej, jako rażąco wygórowanej. Twierdzenia i zarzuty pozwanych, zawarte w sprzeczności od nakazu zapłaty jak już wskazano, dotyczą jedynie (co słusznie dostrzega również skarżącą w apelacji) kwestionowania samej zasady żądania zapłaty przez stronę powodową owej kary umownej. Istnienie zaś przesłanek do skutecznego domagania się co do zasady zapłaty owej kary, w powyżej wskazanych okolicznościach faktycznych sprawy, nie budziło najmniejszych wątpliwości nawet Sądu I instancji.

W okolicznościach analizowanej sprawy brak było więc uzasadnionych podstaw do przyjęcia, jak błędnie uczynił to Sąd Okręgowy, że pozwani domagali się zmniejszenia wysokości spornej kary umownej. Z przyczyn powyżej wskazanych nie sposób również było uznać, jak zdawał się sugerować Sąd I instancji, iż pozwani wskazywali na rażące wygórowanie wysokości owej kary. Wręcz przeciwnie pozwani ani nie wskazywali ani też nie usiłowali nawet

dowodzić którejkolwiek z podstaw do ewentualnego miarkowania tejże kary. Podkreślić przy tym trzeba za apelującą, iż czym innym jest wykazywanie braku zasadności zapłaty kary umownej, a czym innym jest wykazywanie jej rażącego wygórowania. Podniesienie bowiem zarzutu rażącego wygórowania kary umownej albo wykonania zobowiązania w znacznej części, zmusza dłużnika do przeprowadzenia postępowania dowodowego w oznaczonym zakresie, ale także co w tym wypadku istotniejsze, pozwala wierzycielowi podjąć działania obronne. W modelu procesu kontradyktoryjnego w zasadzie wykluczyć należy rozwiązanie akceptujące pasywną postawę dłużnika i pozwalające doszukać się wniosku o miarkowanie kary w żądaniu oddalenia powództwa (por. Komentarz do kodeksu cywilnego, pod red. E. Gniewka, Legalis).

W konsekwencji powyższych wywodów stwierdzić należy, iż wobec nie zgłoszenia odpowiedniego żądania w tym zakresie przez pozwanych, którego wymaga art. 484 § 2 k.c., Sąd Okręgowy bezpodstawnie dokonał miarkowania kary umownej należnej powodowej spółce od pozwanych i ta właśnie okoliczność zadecydowała o konieczności skorygowania zaskarżonego wyroku. Zgodzić się również należało się ze skarżącą, iż Sąd I instancji dokonując owego miarkowania w istocie nie uzasadnił swojego stanowiska w tym zakresie, w szczególności zaś w zakresie przyjętych kryteriów, którymi kierował się przyjmując, że pozwani winni zapłacić na rzecz strony powodowej karę w wysokości 5.000 zł, co stanowi ok. 3% wartości kary umówionej przez strony. W powyższym zakresie, na uzasadnienie swojej decyzji, Sąd ten wskazał jedynie, że umowa zawarta przez strony praktycznie nie była przez pozwanych wykonywana, o czym niezwłocznie poinformowali oni stronę powodową, powołując się na zmiany warunków w jakich prowadzili działalność gospodarczą, które wpływały na ich możliwości wywiązania się z łączącej strony umowy. Umknęło przy tym uwadze Sądu I instancji, iż w dacie wydawania zaskarżonego wyroku, a więc ponad półtora roku po wypowiedzeniu spornej umowy przez pozwanych rzekomo z powyżej wskazanych przyczyn, pozwani nadal prowadzili dotychczasową działalność gospodarczą w tych samych punktach i w takim samym zakresie.

Na marginesie wskazać przy tym trzeba, iż w ocenie Sądu Apelacyjnego powyżej wskazane okoliczności, wbrew przekonaniu Sądu Okręgowego w żadnej mierze nie mogły uzasadniać zmniejszenia wysokości spornej kary umownej, nawet gdyby pozwani zgłosili w tym zakresie stosowny wniosek lub zarzut. Niewątpliwie bowiem, aby można było mówić o istnieniu przesłanki w postaci rażącego wygórowania kary umownej, to pozwani musieliby udowodnić, że jej wysokość jest taka, że system prawny nie może tolerować jej dysproporcji względem słuszych interesów wierzyciela, gdy dysproporcja ta jest dostrzegalna dla każdego obserwatora, gdy jest ona ewidentna lub też w sytuacji gdy doszło już do wykonania zobowiązania w znacznej części.

W realiach analizowanej sprawy powyższe okoliczności nie wystąpiły. Uzgodnionej przez strony w umowie o stałej współpracy kary umownej na kwotę 150.000 zł, za bezsporne naruszenie przez pozwanych zasady wyłączności, nie można było zatem uznać za rażąco (a więc ewidentnie, jaskrawo) wygórowaną w stosunku do wartości kontraktu, jak również hipotetycznej szkody strony powodowej, polegającej na utracie zamówień do których pozwani, na podstawie umowy byli zobowiązani na kwotę co najmniej 700.000 zł netto i utraty marży handlowej od tych zamówień. Podkreślić również trzeba, iż pozwani w toku postępowania nie zaoferowali żadnych dowodów wykazujących, iż strona powoda na skutek naruszenia przez pozwanych zasady wyłączności określonej w umowie z 16.02.2010 r. nie poniosła szkody lub też, że wysokość tej szkody w stosunku do wysokości żądanej od pozwanych kary umownej była nieznaczną, a to ich w powyższym zakresie obciążał ciężar dowodu.

Reasumując Sąd Apelacyjny uznał, iż roszczenie apelującej o zapłatę przez pozwanych wspólników spółki cywilnej solidarnie ( art.864 k.c.) kary umownej w pełnej, dochodzonej pozwem wysokości 150.000 zł było całkowicie uzasadnione, skoro naruszyli oni zasadę wyłączności zdefiniowaną przez strony w umowie z dnia 16.02.2010 r. a jednocześnie nie zgłosili żądania zmniejszenia wysokości owej kary w oparciu o dyspozycję przepisu art. 484 § 2 k.c. W konsekwencji dokonania zmniejszenia wysokości owej kary przez Sąd I instancji było całkowicie wadliwe i skutkowało koniecznością zmiany zaskarżonego wyroku w tym zakresie. Z powyżej wskazanych przyczyn nie było więc, w ocenie Sądu Odwoławczego, koniecznym poddawanie szczegółowej i wnikliwej analizie pozostałych podniesionych w apelacji zarzutów, które nie miały znaczenia dla ostatecznej treści rozstrzygnięcia.



W świetle całokształtu powyższych rozważań Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie III w ten sposób, że zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz strony powodowej dalszą kwotę 145.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami (stosownie do treści art. 481 k.c. i pisma strony powodowej skierowanego do pozwanych z dnia 02.09.2010 r., k. 42) od dnia 13.09.2010 r. do dnia zapłaty. Powyższe skutkowało z kolei koniecznością zmiany orzeczenia o kosztach postępowania przed Sądem I instancji, zawartego w punkcie IV zaskarżonego wyroku, przez zasądzenie, po myśli art. 98 k.p.c. w zw. z § 6 ust. 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (...), od pozwanych solidarnie na rzecz strony powodowej kwoty 24.037 zł (na którą złożyła się opłata sądowa od pozwu w kwocie 16.820 zł, koszty zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł). O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono zaś w punkcie 2 sentencji, w oparciu o art. 98 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 ust. 6 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (...), zasądzając od pozwanych solidarnie na rzecz strony powodowej kwotę 9.950 zł, na którą złożyła się opłata sądowa od apelacji w kwocie 7.250 zł i koszty zastępstwa procesowego w kwocie 2.700 zł.