

Sygn. akt I ACa 55/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 września 2015 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Ewa Głowacka

Sędziowie: SSA Adam Jewgraf

SSA Beata Wolfke-Kobzar (spr.)

Protokolant: Beata Grzybowska

po rozpoznaniu w dniu 10 września 2015 r. we Wrocławiu na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w likwidacji we W.

przeciwko **Syndykowi masy upadłości (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w S.**

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 19 września 2014 r. sygn. akt X GC 339/11

- 1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchyla wyrok zaoczny Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 29.05.2012 roku i zasądza od pozwanego na rzecz strony powodowej 365.795 zł (trzysta sześćdziesiąt pięć tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt pięć złotych) z ustawowymi odsetkami liczonymi od 18.12.2007 roku do dnia zapłaty oraz 3.654 zł kosztów procesu, w pozostałym zakresie powództwo oddala, zaś brakującą opłatą sądową obciąża Skarb Państwa;**
- 2. oddala dalej idącą apelację strony powodowej oraz odrzuca apelację pozwanego;**
- 3. zasądza od pozwanego na rzecz strony powodowej 10.526 zł kosztów postępowania apelacyjnego.**

## UZASADNIENIE

Powód (...) Sp. z o.o. we W. w likwidacji domagał się zasądzenia od pozwanego Syndyka masy upadłości (...) Sp. z o.o. w S.

w upadłości likwidacyjnej 3.828.345,10 zł z odsetkami ustawowymi od 18.12.2007 r. tytułem kar umownych za zwłokę w realizacji szeregu umów o roboty budowlane, zawartych przez powoda ze współnikami spółki cywilnej (...).

Powód wyjaśnił, że w 2006 r. prawa i obowiązki spółki cywilnej z tych umów przejęła (...) sp. z o.o., która zmieniła później nazwę na (...) Sp.

z o.o.

Powód wyjaśnił także, że powództwo o zapłatę przedmiotowych kar wytoczył już wcześniej w 2009 r., jednak z uwagi na ogłoszoną upadłość(...)

Sp. z o.o. postępowanie umorzono i po odmowie wciągnięcia wierzycelności na listę powód wytoczył powództwo ponownie, stosownie do art. 182<sup>1</sup> § 2 kpc. Powód także wskazał, że umowy ze spółką cywilną (...) zawierał w jego imieniu M. W. (1), co do którego już wiadomo, że jego mandat członka zarządu wygasł w 2003 r., jednak wszystkie umowy zostały później potwierdzone zarówno formalnie, przez osoby uprawnione do reprezentacji powoda, jak i przez czynności faktyczne.

Nawiązując do już znanych argumentów obronnych pozwanego powód zakwestionował autentyczność porozumienia, które według pozwanego miało być podpisane 17.05.2006 r. i zwalniać wykonawcę z długu dochodzonego w niniejszej sprawie. W sprzeciwie od wydanego w sprawie wyroku zaocznego z 29.05.2012 r. pozwany zarzucił nieważność umów, z których powód wywodzi dochodzone roszczenia. Zarzucił też przedawnienie roszczenia co do kwoty 304.038 zł, dochodzonej z umowy nr (...), ze względu na to, że termin jej wykonania określono na 30.12.2005 r. Dalej pozwany powołał się na przeszkody w terminowym wykonawstwie, głównie niesprzyjające warunki atmosferyczne (mroźna zima), niedobór pracowników i trudności formalno-techniczne.

Pozwany – jak przewidywał powód – powołał się również na porozumienie z 17.05.2006 r., w którym inwestor zrzekł się ewentualnych kar umownych w zamian ze rezygnacją z wynagrodzenia za roboty dodatkowe.

Pozwany wnosił też o miarkowanie kar podnosząc ich wygórowanie, m.in. w relacji do kar zastrzeżonych na wypadek odstąpienia inwestora od umowy.

(...) s.c. oraz powód zawarli następujące umowy, z których powód wywodzi roszczenia dochodzone w niniejszej sprawie:

1. 16.03.2005 r. umowę (...) o kontynuację realizacji budynku objętego wcześniejszą umową z 25.12.2003 r. ((...)) wraz z niezbędną infrastrukturą, małą architekturą i zagospodarowaniem terenu, w terminie do 30.01.2006 r., z wynagrodzeniem 1.470.000 zł netto.

Roboty zostały zgłoszone do odbioru 6.04.2006 r., odbiór nastąpił 25.04.2006 r.

2. 16.03.2005 r. umowę nr (...) (Sąd błędnie podał (...)), dotyczącą budynków(...), z terminem do 31.05.2006 r., wynagrodzeniem 762.000 zł netto (powinno być 1.106.900 zł – k. 476-487). Roboty oddano 19.06.2006 r.

3. 16.03.2005 r. umowę (...) o fragment zadania oznaczony jako „(...)”, w terminie do 30.12.2005 r., z wynagrodzeniem 762.000 zł netto.

Protokolarny odbiór nastąpił 12.05.2006 r.

4. 16.03.2005 r. umowę (...) o realizację zakresu oznaczonego jako „(...)”, z terminem 15.05.2006 r., wynagrodzeniem 762.000 zł.

Prace zgłoszono do odbioru 22.07.2006 r., odebrano 8.08.2006 r.

5. 16.03.2005 r. umowę (...) dotyczącą „(...)”, z wynagrodzeniem 762.000 zł z terminem 15.06.2006 r.

Prace zgłoszono do odbioru 30.08.2006 r., odebrano 19.10.2006 r.,

6. 16.03.2005 r. umowę (...) dotyczącą „(...)”, z wynagrodzeniem 762.000 zł netto i z terminem 15.07.2006 r.

Roboty zgłoszono do odbioru 30.09.2006 r., zaś odebrano 18.12.2006 r.,

7. 7.10.2005 r. umowę (...), dotyczącą „(...)”, z wynagrodzeniem 762.000 zł netto i z terminem 15.08.2006 r.,

Roboty zgłoszono do odbioru 30.11.2006 r., odebrano 18.12.2006 r.,

8. 7.10.2005 r. umowę (...), dotyczącą „(...)”, z wynagrodzeniem 762.000 zł netto i z terminem 15.09.2006 r.

Prace zgłoszono do odbioru 15.12.2006 r., odebrano 26.02.2007 r.,

9. 7.10.2005 r. umowę (...), dotyczącą „(...)”, z wynagrodzeniem 762.000 zł netto i z terminem 14.10.2006 r.

Roboty zgłoszono do odbioru 15.12.2006 r., odebrano 11.09.2007 r.,

We wszystkich umowach, ostatecznie (po aneksowaniu) zapisano, że za niewykonanie umowy w terminie wykonawca zapłaci kary umowne w wysokości

0,2% umówionego wynagrodzenia za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia

w oddaniu przedmiotu umowy jeśli opóźnienie nie przekroczyło 30 dni, a powyżej

30 dni – w wysokości 0,3 % za każdy dzień zwłoki; na wypadek odstąpienia

od umowy z winy kontrahenta, kary umowne określono na 15 % wynagrodzenia wskazanego w zdaniu pierwszym § 5 umowy.

W dniu 16.01.2006 r. (...) Sp. z o.o., T. M. (1) i M. M. (1) i (...) Sp. z o.o. zawarli trójstronne porozumienie o przejęciu z dniem 1.01.2006 r. przez (...) Sp. z o.o. praw i obowiązków T. M. (1) oraz M. M. (1) z przedmiotowych umów.

W dniu 17.05.2006r. M. W. (2) jako reprezentant (...) Sp. z o.o. oraz T. M. (1), reprezentujący (...) Sp. z o.o. zawarli porozumienie, w którym przyznali nieterminowość niektórych robót bądź zagrożenie przekroczeniem terminu, z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę, co wyłącza podstawę do naliczenia kar. Potwierdzili wykonanie robót dodatkowych – wykonanie pomieszczeń ochrony, placu zabaw, ogrodzenia terenu budynków wielorodzinnych i ciągów spacerowych dla pieszych. (...) Sp. z o.o. zrzekła się dochodzenia ewentualnych kar, zaś wykonawca zrzekł się wynagrodzenia za roboty dodatkowe. Dla zmian porozumienia zastrzeżono formę pisemną pod rygorem nieważności.

Objęte porozumieniem prace dodatkowe rzeczywiście zostały wykonane.

W dniu 25.04.2005 r. współwłaściciele działki pod budynkiem wielorodzinnym zwrócili się do T. M. (1) o wybudowanie budki strażniczej. W dniu 8.08.2006 r. (...) Sp. z o.o. wystawiła fakturę na 125.372,55 zł za sieci, drogi i chodniki przy budynku(...), 26.09.2006 r. na 237.352.70 zł za infrastrukturę budynku, tj. wykonanie placu zabaw, zaś 14.11.2006 r. na 123.050 zł za sieci, drogi i chodniki.

W dniu 7.10.2005 r. (...) oraz wspólnicy s.c. (...) zawarli umowę (...) o wykonanie dróg osiedlowych z chodnikami oraz uzbrojenie

wszystkimi sieciami terenu pod budowę budynków szeregowych typu angielskiego, za 690.000 zł netto.

Z dniem 16.01.2006 r. prawa i obowiązki spółki cywilnej z tej umowy przejęła na mocy trójstronnego porozumienia (...) Sp. z o.o. Wcześniej, 1.09.2004 (...) Sp. z o.o. i wspólnicy s.c. (...) zawarli umowę o wykonanie części drogi osiedlowej – ul. (...) – z chodnikami i uzbrojeniem terenu pod budowę osiedla szeregowek typu angielskiego, wraz z zagospodarowaniem terenu na osiedlu, za wynagrodzeniem 93.795 zł netto.

Jeszcze wcześniej, 25.12.2003 r., te same podmioty zawarły zbliżoną przedmiotowo umowę dotyczącą szeregow „(...)”.

Prawa i obowiązki wykonawcy z umowy wrześniowej na mocy stosownego porozumienia przejęła (...) Sp. zo.o.

Umową z 15.10.2006 r. (...) Sp. z o.o. zleciła (...) Sp. z o.o. wykonanie odwodnienia rowu melioracyjnego wzdłuż ul. (...) w S..

W związku z nieterminową budową przyszli właściciele zgłaszali do (...) Sp. z o.o. roszczenia odszkodowawcze, które inwestor uwzględnił (zwrot kosztów ubezpieczenia budynku – 178,77 zł i ubezpieczenia kredytu – 1.540 zł, 417,78 zł, 708,68 zł, kara umowna – 5.000 zł. Aneksami z 29.06.2006 r. do umowy z 1.09.2004 r. oraz do umów (...) Sp. z o.o. reprezentowana przez S. D. oraz (...) Sp. zo.o. reprezentowana przez D. S. potwierdziły związaną stron tymi umowami i ustaliły, że przy odbiorach i weryfikacji harmonogramu (...) będą reprezentować R. M. i M. W. (1).

W decyzji Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Powiecie (...) z 28.04.2006 r. zawarta jest informacja, że zakończenie inwestycji nastąpiło 6.04.2006 r.

W toku budowy powstała potrzeba wykonania projektu zamiennego, ponieważ warunki gruntowe odbiegały od zakładanych w projekcie i konieczna była zmiana fundamentów.

W trakcie prac nastąpiło uszkodzenie kabla energetycznego i trzeba było go przesunąć.

Roboty przerywano z uwagi na niskie temperatury w okresie zimowym.

Wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 27.12.2007 r. orzeczono rozwiązanie spółki (...) i likwidatorem ustanowiono J. P., który następnie wzywał (...) sp. z o.o. oraz wspólników s.c. (...) do usunięcia usterek i dokonania przeglądu technicznego budynków. Początkowo usterki usuwano, później nie reagowano na wezwanie. Pismem z 8.12.2007 r. likwidator powodowej Spółki (...) wezwał wspólników (...) s.c. oraz (...) Sp. z o.o. do zapłaty 4.711.769,48 zł kar umownych, za nieterminowe wykonanie umów, zaś 23.01.2008 r. zaważwał te podmioty do próby ugodowej – nieskutecznie.

W dniu 4.06.2008 r. T. M. (1) zwrócił się do powoda o potwierdzenie umów zawieranych przez M. W. (1) i stosowne oświadczenia zostały 14.01.2009 r. złożone przed notariuszem, już po skierowaniu sprawy o kary na drogę sądową. Pierwszy pozew o kary (...) sp. z o.o. wniosła 4.02.2009 r., zapadł wyrok zaoczny, jednak wobec ogłoszenia 20.08.2009 r. upadłości (...) Sp. z o.o. postępowanie umorzono.

Syndyk nie uznał zgłoszonej wierzytelności, lecz sędzia komisarz zmienił listę, po czym w wyniku zaskarżenia tego postanowienia przez Syndyka uznano na liście wierzytelność w kwocie 99.874,77 zł.

W okresie 2007-2008 r. dokumentacja (...) Sp. z o.o. była złożona przez Policję w Archiwalnej Składnicy Akt i uległa tam całkowitemu zniszczeniu w wyniku pożaru 19.08.2008 r.

Przy takich ustaleniach, wskazując na bezsporne wygaśnięcie mandatu M. W. (1) w 2003 r., co potwierdził sąd rejestrowy w postanowieniu z 18.10.2006 r., także na bezsporny fakt nieujawnienia wygaśnięcia mandatu w rejestrze, Sąd Okręgowy z powołaniem się na art. 14 i art. 17 uKRS uznał przedmiotowe umowy za wiążące. Sąd Okręgowy wskazał też na możliwość stosowania tu przez analogię art. 103 § 1 i 2 k.c., a w konsekwencji na skuteczne potwierdzenie umów przez uprawnione osoby.

Tym samym Sąd I instancji przyjął, że co do zasady obciążały (...) Sp. z o.o. kary umowne zastrzeżone na wypadek nieterminowej realizacji robót, przy czym funkcjonuje tu domniemanie zwłoki, jak w przypadku odpowiedzialności kontraktowej z art. 471 k.c. (kara umowna pełni funkcję odszkodowawczą).

Zdaniem Sądu Okręgowego, pozwany nie wykazał w niniejszym postępowaniu braku odpowiedzialności za powstałe opóźnienia, ponieważ samo zestawienie temperatur przedstawione przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej

i zeznania świadków nie pozwoliły Sądowi ustalić wpływu przeszkód na terminowość prac, a koniecznego tu dowodu z biegłego pozwany w porę nie zaoferował.

W rezultacie Sąd Okręgowy uznał, że (...) Sp. z o.o. odpowiada za cały okres opóźnienia, tyle że zamyka się on datami rzeczywistego zakończenia robót a nie ich protokolarnym odbiorem.

Wyliczając należne kary Sąd Okręgowy przyjął stawkę 0,3 % za okres opóźnienia ustalonego od umownego terminu wykonania umów i jedynie co do umowy (...) (miało być 05), zrealizowanej z krótszym niż 30 dni opóźnieniem naliczył karę według stawki 0,2 % dziennie.

Łączną sumę tak wyliczonych kar Sąd Okręgowy ustalił na 1.517.258, 80 zł, uznał jednak, że winny być miarkowane. Zdaniem Sądu I instancji, jeśli w umowach zastrzeżono karę za odstąpienie w wysokości 15 % wynagrodzenia, nieuzasadnione byłoby naliczenie kary wyższej za przekroczenie terminu, gdy umowy zostały w całości wykonane, a szkoda powoda była niewielka.

Przy takim założeniu co do tych umów, w odniesieniu do których naliczona kara przewyższyła 15% wynagrodzenia umownego, łączną wartość zmiarkowanych kar należnych powodowi sąd ustalił na 571.500 zł dla umów (...), zaś 220.500 zł dla umowy (...)/k.

Sąd Okręgowy stwierdził jednak, że żądanie pozwu nie jest uzasadnione z uwagi na noszące charakter ugody porozumienie zawarte przez strony 17.05.2006 r. – w zamian za rezygnację wykonawcy z wynagrodzenia za roboty dodatkowe inwestor (powód) zrzekł się roszczenia o kary umowne za nieterminowe wykonawstwo.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie jest istotne, czy wykonawca otrzymał wynagrodzenie za roboty dodatkowe, ponieważ powód może realizować ewentualne roszczenie z tego tytułu na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Sąd tu podkreślił, że powód nie udowodnił, by roboty dodatkowe zostały faktycznie opłacone. Co do samego porozumienia z 17.05.2006 r. Sąd zauważył, że do akt złożono jedynie kserokopię, uznał jednak, że wobec pożaru w archiwum brak oryginału dokumentu nie przesądza o braku porozumienia, którego zawarcie potwierdziły zeznające w sprawie osoby reprezentujące obie strony. O istnieniu porozumienia zaświadcza też, zdaniem Sądu, okoliczność, iż przed likwidacją powodowej Spółki wykonawca nie był wzywany do zapłaty kar.

Jeśli idzie o skuteczność oświadczenia złożonego w porozumieniu przez M. W. (1), Sąd Okręgowy ponowił argumenty dotyczące ważności zawieranych wcześniej przez niego umów. Odnosząc się natomiast do zarzutu braku umocowania T. M. (1) do reprezentowania spółki (...), Sąd wskazał, że pisemne pełnomocnictwo nie było tu konieczne.

Jako niezasadny ocenił Sąd Okręgowy zarzut częściowego przedawnienia roszczenia podnosząc, że bieg trzyletniego przedawnienia kary z umowy (...) został przerwany zawezwaniem do próby ugodowej w dniu 4.02.2009 r. Co do braku uchwały wspólników (...) wyrażającej zgodę na zwolnienie wykonawcy z długu Sąd Okręgowy odwołał się do treści art. 230 ksh i nast., 17 § 1 ksh.

Wyrokiem z 19.09.2014 r. Sąd Okręgowy uchylił wyrok zaoczny i powództwo oddalił (punkt I), zasądził od powoda na rzecz pozwanego 7.217 zł kosztów procesu (punkt II) oraz nakazał powodowi uiścić na rzecz Skarbu Państwa 50.000 zł brakującej opłaty sądowej, od której pozwanego zwolniono.

Wyrok zaskarżyły obie strony. Powód zaskarżył wyrok w całości wnosząc o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania lub o jego zmianę przez zasądzenie na jego rzecz od pozwanego 3.828.345 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi od 18.12.2007 r. oraz kosztów procesu.

W apelacji powód zarzucił:

1. naruszenie art. 236 w zw. z art. 328 § 2 kpc przez wydanie wyroku bez uprzedniego dopuszczenia dowodu z zeznań świadków oraz kserokopii porozumienia z 17.05.2006 r., które uczynił zasadniczą podstawą dochodzonego powództwa, co nie pozwoliło powodowi w trybie art. 162 kpc oponować przeciwko przeprowadzeniu tego dowodu,
2. naruszenie art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 227 i 232 kpc zdanie pierwsze przez błędną, bo dowolną ocenę kopii porozumienia z 17.05.2006 r., który to dowód, nie dość że nie został formalnie dopuszczony, to nawet nie został przez pozwanego zgłoszony; w ramach tego zarzutu powód podkreślił wewnętrzną sprzeczność poglądów Sądu Okręgowego – Sąd ustala, że w 2005 r. prawa i obowiązki z umów przejęła (...) Sp. z o.o., a jednocześnie bezkrytycznie przypisuje T. M. (1) uprawnienie do uzgodnień z M. W. reprezentującym (w założeniu) spółkę (...); zdaniem powoda, brak dowodów przekonujących o istnieniu oryginału wiążącego strony porozumienia o treści jak w przedłożonej kserokopii, nadto nie jest dopuszczalne zwolnienie z długu przyszłego,
3. naruszenie art. 227 w zw. z art. 233 § 1 kpc przez wyrokowanie na podstawie dowodów, które nie zostały przeprowadzone i/lub zawnioskowane przez strony,
4. naruszenie art. 484 § 2 kc przez jego zastosowanie w braku podstaw – tu powód zarzucił, że zastrzeżenie kar umownych było ważne, bo nie nastąpiło z naruszeniem zasad współżycia społecznego, było wcześniej negocjowane, a następnie z woli stron kary ponad dziesięciokrotnie podwyższono (0,02% - 0,2 %, 0,3 %),
5. naruszenie art. 918 i nast. kc oraz art. 506 kc przez przyjęcie za wiążące uzgodnień poczynionych w imieniu Spółek przez nieumocowane osoby (T. M. został prokurentem (...) dopiero po 17 miesiącach od daty porozumienia),
6. naruszenie art. 483 § 1 kc przez pominięcie stymulacyjno-represyjnej funkcji kary umownej oraz błędne przyjęcie, że należy się ona tylko w razie poniesienia szkody przez wierzyciela; tu powód także zauważył, że pozwany nawet nie wykazał braku szkody po stronie powoda, który przedstawił jedynie przykładowe roszczenia odszkodowawcze swoich kontrahentów.

W apelacji powód także zgłosił dowód z wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu Wydział III Karny, dla wykazania odmiennych ustaleń faktycznych i oceny dotyczących porozumienia z 17.05.2006 r. Powód wyjaśnił, że nie był uczestnikiem postępowania karnego, a kopię wyroku uzyskał od M. S.. Powód wniósł o dopuszczenie dowodu z protokołu w zakresie wyjaśnień M. W. w sprawie karnej, także zeznań T. M. (1), dla wykazania, że w niniejszym postępowaniu zeznawali odmiennie.

Powód wniósł również o dopuszczenie dowodu z zeznań M. S. dla potwierdzenia zarzutu poświadczenia nieprawdy co do daty podpisania spornego porozumienia.

Dalej powód wniósł o przeprowadzenie dowodu z wydruków e-mail od M. S., dla wykazania daty powzięcia przez powoda wiedzy o wyroku karnym.

Pozwany również zaskarżył wyrok w całości, domagając się jego uchylenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu na podstawie art. 368 § 1 pkt 5 kpc.

Wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie art. 14 w zw. z art. 17 uKRS przez ich błędną wykładnię i błędną ocenę ważności umów,
2. naruszenie art. 38, 39 i 103 § 1 kc przez błędne przyjęcie, że umowy zawarte przez nieuprawnione osoby mogą być potwierdzone w trybie art. 103 kc,

3. naruszenie art. 124 § 2 kc przez błędne przyjęcie, że zawezwanie do próby ugodowej przerwało przedawnienie roszczenia o zapłatę kary umownej w wysokości 304.038 zł z umowy (...) mimo, że próbę ugodową podjęto przed potwierdzeniem umów,
4. naruszenie art. 233 § 1 kpc przez brak wszechstronnej oceny dowodów i pominięcie zeznań świadków potwierdzających przeszkody w terminowym wykonaniu umów.

Pozwany wyraził w apelacji pogląd o dopuszczalność zaskarżenia wyroku przez stronę wygrywającą sprawę, gdy podjęte ustalenia faktyczne i oceny naruszają jej interes materialnoprawny i rzutują na inne spory między stronami.

Apelacja pozwanego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 370 kpc jako niedopuszczalna, bo pozbawiona przedmiotu zaskarżenia. Pozwany wygrał sprawę i nie może oczekiwać uchylenia wyroku jedynie dla ponowienia weryfikacji podniesionych przez pozwanego, nieuwzględnionych przez Sąd Okręgowy zarzutów. Wbrew przeświadczeniu pozwanego wyrok nie narusza jego szeroko rozumianych interesów – materialnoprawnego i procesowego – ponieważ ustalenia faktyczne, które legły u podstaw orzekania nie są wiążące w innych postępowaniach.

Sąd Okręgowy orzekł jedynie o dochodzonym w niniejszej sprawie roszczeniu o zapłatę kary umownej z konkretnych umów, liczonych za konkretne okresy, zaś tzw. rozszerzona prawomocność wyroku nie obejmowałaby zagadnienia ważności umów.

#### ***Rozpoznając apelację powoda, Sąd Apelacyjny zważył:***

Ważność zawartych przez powoda ze współnikami (...) s.c. umów o roboty budowlane nie budzi wątpliwości, ponieważ w braku dowodu złej wiary reprezentanta spółki cywilnej oświadczenia składane wówczas przez M. W. (1) były skuteczne ze względu na treść art. 14 i 17 uKRS. Co więcej, zgromadzone w sprawie dowody potwierdzają braki świadomości wygaśnięcia jeszcze w 2003 r. mandatu M. W. (1) jako członka zarządu (...) po stronie jego samego i współników tej Spółki.

Trzeba wreszcie podkreślić, że adresat czynności prawnej zdziałanej przez uprawnioną w rejestrze, lecz obiektywnie nieuprawnioną osobę, nie może manipulować domniemaniem z art. 17 uKRS, tj. korzystać z niego wówczas, gdy leży to w jego interesie, a w przeciwnym wypadku uchylić się od jego skutków.

Taką właśnie taktykę przyjął pozwany w niniejszym procesie, podważając ważność, czy raczej moc wiążącą umów o roboty budowlane, a jednocześnie powołując się na porozumienie zawarte przez M. W. także w okresie, gdy był nieujawniony w rejestrze mimo wcześniejszego wygaśnięcia jego mandatu.

Skuteczność zawartych umów o roboty budowlane przesądza o skuteczności zastrzeżonych w nich kar umownych, których wysokość określono ostatecznie w aneksie. Wbrew zarzutowi powoda, Sąd Okręgowy nie zakwestionował ważności postanowień o karach ze względu na wygórowanie umówionej stawki dziennej, a tylko uznał za nadmierne w okolicznościach rozpoznawanej sprawy kary rzeczywiście naliczone i dlatego je zmiarkował.

Prawidłowość naliczenia kar przez powoda oraz ich wyliczenia i miarkowania przez Sąd Okręgowy, w tym podniesione w apelacji powoda zarzuty proceduralne, będą omówione w dalszej części uzasadnienia, ponieważ Sąd Okręgowy ostatecznie powództwo oddalił przyjmując, że wykonawca został zwolniony z zapłaty kar porozumieniem z 17.05.2006 r.

Powód w apelacji zarzucił, że dowód z tego porozumienia nie został przez Sąd Okręgowy przeprowadzony. Jest to zarzut nieusprawiedliwiony, ponieważ

o dopuszczeniu tego dowodu Sąd Okręgowy postanowił na rozprawie 14.03.2014 r. (protokół na k. 1379), czemu powód w trybie art. 162 kpc się nie sprzeciwił. Faktem jest natomiast, że w sprzeciwie od wyroku zaocznego (odpowiedź na pozew Przewodniczący zwrócił jako spóźnioną) pozwany wprost nie zaferował dowodu z tego porozumienia (w istocie: kserokopii), a tylko z zeznań świadków T. M. (1), M. W. (1) i R. J. (1) oraz pisma tego ostatniego, dla potwierdzenia, że doszło do uzgodnień jak w kserokopii dokumentu. Należy jednak przypomnieć, że kserokopię złożył do akt powód (k. 607-609) kwestionując jej rzetelność. Nie było więc sporne posługiwanie się przez pozwanego w przedprocesowych kontaktach z powodem kserokopią porozumienia, sporne było natomiast, czy uprawnieni przedstawiciele inwestora i wykonawcy poczynili wiążące uzgodnienia o treści, jak w kserokopii.

Jak wskazał Sąd Apelacyjny wcześniej, bazując głównie na zeznaniach świadków M. W. (1) i T. M. (1), mających wedle treści kserokopii zawrzeć porozumienie i je podpisać, Sąd Okręgowy przyjął, że porozumienie rzeczywiście zawarli i stało się to 17.05.2006 r., w dacie podanej

w tytule dokumentu, którego oryginał uległ zniszczeniu w pożarze archiwum, gdzie Policja złożyła dokumentację spółki (...). Powód konsekwentnie kwestionował wiarygodność złożonej kserokopii i dla wzmocnienia swojego stanowiska zaferował w postępowaniu apelacyjnym min. dowód z karnego wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 6.03.2012 r. o istnieniu którego – jak twierdzi – wcześniej nie wiedział, ponieważ nie był uczestnikiem postępowania karnego.

Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z tego wyroku, uznając go za istotny ze względu na przedmiot orzekania sądu karnego (sporne porozumienie), i osobę oskarżonego (M. W. (1)). Ewentualny wpływ wyroku karnego na wynik niniejszej sprawy – po myśli art. 11 kpc – byłby oczywisty z tej przyczyny, że wyrok karny osadza zarzucany M. W. (1) czyn w określonym czasie, tymczasem powód konsekwentnie zaprzecza zawarciu porozumienia w maju 2006 r., kiedy to w związku z osobą M. W. funkcjonowały zakaz i domniemanie

z art. 14 i 17 uKRS. Stąd też Sąd Apelacyjny z urzędu dopuścił dowód z dostępnego mu – także z urzędu – wyroku Sądu Apelacyjnego z 27.09.2012 r., sygn. akt II AKa 203/12, dla ustalenia ostatecznego wyniku sprawy karnej (wyrok na k. 1751 i nast.).

Na podstawie tych dowodów Sąd Apelacyjny dodatkowo ustalił:

Wyrokiem z 6.03.2012 r. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w sprawie III K 69/11, w punkcie I uznał oskarżonego M. W. (1) winnym tego, że w okresie

od 2007 r. do 6.06.2008 r., występując jako prezes (...) Sp. z o.o. podpisał

z (...) Sp. z o.o. oraz (...) s.c., reprezentowanymi przez T. M. (1), porozumienie datowane na 17 maja 2006 r. w przedmiocie zrzeczenia się przez (...) Sp. z o.o. prawa do dochodzenia kar umownych wobec

(...) Sp. z o.o. oraz (...) s.c. reprezentowanym przez T. M. (1), poświadczając nieprawdę co do daty podpisania tego dokumentu, czym usiłował wyrządzić (...) Sp. z o.o. szkodę majątkową o wielkich rozmiarach

w kwocie nie mniejszej niż 3.828.345, 10 zł, tj. winnym czynu z art. 13 § 1 kk w zw.

z art. 296 § 1 i 3 kk i art. 271 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i za to na podstawie art.

14 § 1 kk w zw. z art. 296 § 3 kk w zw. z art. 11 § 3 kk wymierzył mu karę 1 roku pozbawienia wolności.

Uzasadniając pisemnie to orzeczenie Sąd Okręgowy we Wrocławiu wskazał na szereg okoliczności faktycznych i dowodów wykluczających

w jego ocenie zawarcie porozumienia 17.05.2006 r. Min. Sąd wskazał na konflikt między wspólnikami E. M. S. i R. J. (1) oraz opowiedzenie się M. W. (1) po stronie R. J. (co oskarżony przyznał), oraz na okoliczność, że na 1.06.2006 r. zwołano zgromadzenie

w celu odwołania dotychczasowego zarządu (M. W.), co do którego panowało w spółce wówczas przekonanie, że legalnie zasiada w zarządzie,

i powołania nowego. Sąd Okręgowy podniósł przy tym, że o Zgromadzeniu oskarżony W. wiedział co najmniej 8.05.2006 r., co dodatkowo podważa prawdziwość daty uwidocznionej na kopii porozumienia (17.05.2006 r.).

Ostatecznie sąd karny ocenił kopię porozumienia jako „mystyfikację”, której oskarżony dopuścił się nie wcześniej niż w 2007 r. (oryginałem dokumentu sąd karny nie dysponował).



Wyrokiem z 27.09.2012 r. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w Wydziale

II Karnym, w sprawie II AKa 203/12 uchylił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 6.03.2012 r. i postępowanie karne przeciwko M. W. (1) umorzył na podstawie art. 439 § 1 pkt 9 kpk w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 kpk oraz art. 632 pkt 1 kpk w zw. z art. 634 kpk i art. 640 kpk. Przyczyną tego orzeczenia była ocena, że oskarżyciel posiłkowy M. S., wówczas jedyny inicjator procesu karnego, nie był bezpośrednio pokrzywdzony czynem M. W., a była nim spółka (...), której likwidator nie zaskarżył wcześniejszego postanowienia prokuratorskiego o umorzeniu śledztwa i w procesie karnym już nie uczestniczył.

Konsekwencją orzeczenia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu w sprawie karnej jest brak wiążącego sądu cywilny wyroku przypisującego M. W. (1) sporządzenie kopii porozumienia w późniejszym czasie, niż oznaczony w kserokopii (najwcześniej w 2007 r.), co automatycznie wykluczałoby przyjęcie w niniejszej sprawie skuteczności porozumienia, jako zawartego ze strony (...) przez

osobę, której oświadczenia byłyby po myśli art. 14 i 17 uKRS dla tej spółki wiążące. Tym samym treść wyroków karnych i ich uzasadnienie należy traktować jedynie

jako dowód posiłkowy, zaś oceny dotyczących porozumienia ustaleń faktycznych

i wniosków Sądu Okręgowego Sąd Apelacyjny dokonywał z uwzględnieniem dowodów zgromadzonych w niniejszej sprawie. Choć powód w apelacji eksponuje – jak się okazało, niesłusznie – oparcie rozstrzygnięcia na dowodzie (kserokopii porozumienia), który nie został dopuszczony, jednocześnie konsekwentnie kwestionuje nie tylko powstanie oryginalnego dokumentu o treści jak w złożonej kserokopii, włącznie z datą i podpisami, ale też generalnie przeczy przyjęciu przez uprawnionych reprezentantów obu spółek wiążących uzgodnień o wzajemnym zrzeczeniu się roszczeń, w szczególności o zwolnieniu wykonawcy z obowiązku zapłaty już należnych oraz przyszłych kar umownych. Jak wskazano wcześniej, argumentów powoda Sąd Okręgowy nie podzielił, przyjąwszy za wiarygodne i miarodajne zeznania świadków M. W. (1), T. M. (1) i M. A.. Za potwierdzenie wersji powoda i w/w świadków Sąd Okręgowy uznał również zaniechanie przez powoda żądania zapłaty kar aż do objęcia funkcji przez likwidatora.

Tak doniosła czynność prawna, jak zwolnienie z pokaźnego, o nieznanej ostatecznej wartości długu („porozumieniem” objęto także dług przyszły) musi

być, dowiedzione ponad wszelką wątpliwość. Wartość dowodowa kserokopii jest nikła, a w niniejszej sprawie w istocie żadna, skoro powód kategorycznie przeczy sporządzeniu oryginału dokumentu wiernie odpowiadającego treści kopii, w szczególności podpisaniu go przez M. W. (1) 17.05.2006 r., a przynajmniej w okresie, gdy mimo faktycznej utraty mandatu członka zarządu spółki (...) jeszcze w 2008 r., po myśli art. 14 i 17 uKRS mógł podjąć skuteczne i wiążące dla tej spółki czynności prawne z osobami trzecimi.

Wartość dowodowa złożonej przez pozwanego kserokopii „porozumienia”

(k. 607-609) jest wątpliwa tym bardziej, że wedle jej treści „porozumienie” miało charakter trójstronny, tj. zostało zawarte także z udziałem współników (...) s.c., tymczasem dokument miano sporządzić „w dwu jednobrzmiących egzemplarzach po jednym dla każdej strony” (§ 4 in fine). Udział współników

(...) s.c. w porozumieniu nie został wyjaśniony i można tylko domniemywać, że wynikał stąd, że wśród umów objętych porozumieniem znalazły

się także takie, których (...) sp. z o.o. nie przejęła jako wykonawca,

co nastąpiło w odniesieniu do umów objętych niniejszym sporem porozumieniem

z 16.01.2006 r. (k. 658). Rodzi się więc pytanie, dlaczego porozumienie miano sporządzić tylko w dwu egzemplarzach i dlaczego jeden z tych jednobrzmiących egzemplarzy przypadł właśnie (...) sp. z o.o. Okoliczność, że T. M. (1) reprezentował zarówno (...) sp. z o.o. – jako pełnomocnik

– jak i oboje współników (...) s.c. (jako współnik) nie wydaje się tu wystarczającym argumentem. Zastanawiające jest także, dlaczego na każdej

ze stron kserokopii znalazła się jedynie para M. W. (1). Nie ma wprawdzie racji powód, o ile zarzuca niekompletność kserokopii (logiczna ciągłość tekstu oraz kolejność postanowień jest zachowana), jednak układ tekstu istotnie może budzić wątpliwość, ponieważ na ostatniej stronie (nie były ponumerowane) znalazło się tylko jedno słowo i podpisy M. W. (1) oraz T. M. (1), w dodatku bez wskazania, w czym imieniu go składa. Co prawda podpis i umocowanie T.

M. (1) do reprezentacji (...) Sp. z o.o. nie jest w niniejszej sprawie tak istotny, jak okoliczności dotyczące udziału M. W. (1) w porozumieniu z 17.05.2006 r., jednak zastanawia fakt złożenia udzielonego T. M. (1) pełnomocnictwa także w kserokopii

(na k. 1371), z której dowód, uznając go za przydatny, Sąd Apelacyjny dopuścił

z urzędu mimo wcześniejszego oddalenia dotyczącego tego dowodu wniosku pozwanego. Złożenia pełnomocnictwa w kserokopii nie może usprawiedliwiać splonięcie dokumentacji spółki (...) w archiwum, ponieważ to T. M. (1), a nie Spółka powinien był dysponować oryginałem udzielonego mu pełnomocnictwa. Wskazane wątpliwości, w zestawieniu ze stanowczym zaprzeczeniem przez powoda już w pozwie, a w istocie jeszcze przed sporem sądowym, by doszło do skutecznego zwolnienia pozwanej z obowiązku zapłaty

kar umownych, zobowiązywały pozwanego do najwyższej staranności w „uwiarygodnieniu” kserokopii, zaś Sąd Okręgowy winny skłaniać do szczególnej wnikliwości w ocenie zaoferowanych przez pozwanego dowodów. Jak powiedziano wcześniej, pozwany zgłosił jedynie dowód z zeznań „podpisanych” na kserokopii M. W. (1) i T. M. (1), a także M. A.. Zeznania M. A. miały jednak tylko dowieść zaistnienia przeszkód w terminowym wykonaniu umów, na co zwrócił pełnomocnik powoda w toku jego przesłuchania; zresztą świadek ten jedynie ogólnikowo zeznał o zapamiętanej rozmowie o nieupominaniu się przez spółkę (...) o zapłatę za roboty dodatkowe i zwolnieniu jej przez (...) z zapłaty kar umownych (transkrypcja na k. 1529-1532). Szerszego omówienia wymagają więc zeznania M. W. (1) i T. M. (1). W tym miejscu należy przypomnieć, że w apelacji powód zarzucił zaniechanie przez Sąd Okręgowy wydania postanowienia o dopuszczenia dowodu z ich zeznań. Analiza akt sprawy potwierdza słuszność tego zarzutu, jednakże nie jest to uchybienie dyskwalifikujące dowód, skoro został faktycznie przeprowadzony

z aktywnym udziałem pełnomocnika powoda, który nie zgłosił wówczas zastrzeżenia z art. 162 kpc.

Obecnie trzeba więc skoncentrować się na ocenie merytorycznej zawartości ich zeznań. Świadek M. W. (1) (adnotacje w pisemnym protokole rozprawy na k. 1294, e-protokół – płyta na k. 1296) zeznał, że porozumienie było uzgodnione między T. M. (1) a M. S. i R. J. (1)

– współnikami powodowej Spółki – w zamian za odstąpienie od naliczania kar umownych (...) zrezygnowała z wynagrodzenia za wykonanie prac dodatkowych. Do uzgodnień dokonywanych z M. S. i R. J. (1) odwoływał się także T. M. (1), odpowiadając na pytania pełnomocnika pozwanego (transkrypcja zeznań na k. 1536-1537). Żaden z tych dwu świadków ściśle nie umiejscowił w czasie ani rozmów T. M. (1) ze (...) spółki (...), ani złożenia przez każdego ze świadków z osobna lub przez obu jednocześnie podpisów pod oryginałem dokumentu. Żaden z w/w świadków nie został też zapytany przez pełnomocnika pozwanego, kto i kiedy zredagował tekst porozumienia. Obaj świadkowie ogólnikowo umiejscawiali podjęcie spornych uzgodnień najprawdopodobniej pod koniec budowy, co nawet w przybliżeniu nie pozwala ustalić rzeczywistego czasu, ponieważ wedle treści kserokopii porozumienie z 17.05.2006 r. obejmowało m. in. szereg umów o nieznanym terminie realizacji, zaś umowy, których dotyczy niniejsza sprawa, miały być wykonane w różnych terminach, niektóre późnym latem i jesienią 2006 r.

Wymaga podkreślenia, że ściśle udowodnienie czasu, w którym doszło do podpisania porozumienia, zwłaszcza przez M. W. (1), było dla pozwanego zadaniem kluczowym i to z kilku przyczyn. Jeśli z racji przywołanych wcześniej regulacji art. 14 i 17 u KRS skuteczne w stosunkach zewnętrznych mogły być jedynie czynności prawne zdziałane przez M. W. (1) w okresie ujawnienia go w rejestrze przedsiębiorców KRS, swój podpis musiałby złożyć najpóźniej w początku sierpnia 2007 r., ponieważ 8.08.2006 r. skutecznie wykreślono go jako członka zarządu spółki (...) (vide: uzasadnienie postanowienia sądu rejestrowego z 18.10.2006 r. – k. 912 i nast.). Data złożenia podpisu przez M. W. (1), a także data przekazania podpisanego przez niego oryginału T. M. (1) (jeśli nie podpisywali jednocześnie) jest znacząca o tyle, że M. S. i R. J. (1) – choć ich udziały wyczerpywały 100% kapitału (...) nie byli władni podejmować w imieniu tej spółki wiążących uzgodnień z osobami trzecimi. Jeśli zatem, jak zeznali M. W. (1) i T. M. (1), M. W. (1) nie brał udziału w uzgodnieniach współników (...) z T. M. (1), a tylko miał na polecenie tychże współników firmować porozumienie jako uprawniony w przekonaniu wszystkich reprezentant (...), jedynie oświadczenie złożone przez niego T. M. (1) w czasie funkcjonowania zakazu i domniemania z art. 14 i 17 u KRS mogłoby stanowić o skutecznym zwolnieniu pozwanego z zapłaty kar umownych. Stosunki wewnętrzne w spółce (...) są natomiast znaczące o tyle, że nie sposób przyjąć, by obaj współnicy (...) polecili M. W. (1) podpisanie porozumienia

z T. M. (1) po zwołaniu zgromadzenia służącego jego odwołaniu, co musiało nastąpić przed 8.08.2006 r. Nieobojętne jest również, że jeszcze w czerwcu 2006 r. Rada Nadzorcza (...) przy udziale M. S. podjęła uchwałę o odwołaniu M. W. (1) z zarządu Spółki i powołaniu do zarządu G. T. (vide: postanowienie sądu rejestrowego z 18.10.2006 r.).

Bez znaczenia jest legalność i skuteczność uchwały rady nadzorczej, którą negatywnie ocenił sąd rejestrowy, natomiast działania i decyzje wspólników i organów (...) ujawnione w postanowieniu tego sądu wskazują, że już w czerwcu 2006 r. osoba M. W. (1) budziła kontrowersje. Powyższe spostrzeżenie koresponduje z poczynionym na podstawie zeznań M. W. ustaleniami sądu karnego w sprawie III K 69/11, że w 2006 r. M. S. stracił do niego zaufanie i doprowadził do jego odwołania i powołania T..

W tych okolicznościach z dużym prawdopodobieństwem można założyć, że już w czerwcu 2006 r. M. S. i R. J. (1) nie wydaliby M. W. (1) zgodnego polecenia podpisania porozumienia, które mieliby ostatecznie wynegocjować wcześniej. Tak czy inaczej jest w ocenie Sądu Apelacyjnego oczywistym, że zeznania M. W. (1) i T. M. (1), już tylko z racji ich ogólnikowości, ale także z przyczyn, o których mowa wyżej, nie uwiarygodniają kserokopii jako odpowiednika rzeczywiście zawartego, skutecznego w relacjach między stronami porozumienia zwalniającego (...) Sp. z o.o. (obecnie (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej)

z zapłaty kar umownych dochodzonych w niniejszej sprawie przez powoda.

Nie dowodzą one także, by przed wykreśleniem M. W. (1) z rejestru M. W. (1) i T. M. (1) ustnie złożyli sobie wzajemne oświadczenia o zwolnieniu z długu, czego mógłby pozwany w procesie dowodzić wszelkimi dowodami, w tym świadkami (art. 74 § 3 kc).

W świetle powyższych rozważań za trafny uznał Sąd Apelacyjny podniesiony w apelacji powoda zarzut sprzecznego ze zgromadzonymi dowodami, będącego skutkiem nie dość wnikliwej i wszechstronnej oceny lakonicznych i ogólnikowych zeznań świadków M. W. i T. M. (1), ustalenia, że w zawartym 17.05.2006 r. porozumieniu (...) Sp. z o.o. została zwolniona z zapłaty spornych kar umownych.

Wprawdzie pozwany oferował w postępowaniu apelacyjnym dowód z zeznań M. S. i R. J. (1), jednak Sąd Apelacyjny uznał te dowody

za ewidentnie spóźnione i dlatego na podstawie art. 381 kpc je pominął. Nie można przyjąć za pozwanym, że potrzeba przeprowadzenia tych dowodów pojawiła

się dopiero po ujawnieniu wyroku karnego przeciwko M. W. (1).

Jak wskazywał już Sąd Apelacyjny, istnienie porozumienia z 17.05.2006 r. było przez powoda negowane na długo przed obecnym procesem. W pozwie powód jednoznacznie wskazywał na bezwartościowość kserokopii jako „dokumentu” spreparowanego na potrzeby sprawy sądowej. Jeśli więc pozwany opierał swoją obronę na porozumieniu, dysponując tylko jego kserokopią, wyczerpujące dowody jego zawarcia i mocy wiążącej winien był zgłosić już w sprzeciwie od wyroku zaocznego (sprawę rozpoznawano w reżimie procedury gospodarczej), a przynajmniej przed Sądem Okręgowym, który dwukrotnie rozpoznawał sprawę o przedmiotowe kary (pierwsze postępowanie w umorzono ze względu na upadłość AG Budowa).

Pozwany tymczasem koncentrował obronę na ważności (skuteczności) umów o roboty budowlane oraz na wykazywaniu braku winy (...)

w spóźnionym wykonaniu umów zawartych z powodem.

Reasumując, Sąd Apelacyjny odmiennie niż Sąd Okręgowy za nieudowodnione uznał zawarcie przez kontrahentów wiążącego ich porozumienia, co nakazuje ocenić ustalenia i wnioski Sądu Okręgowego dotyczące prawidłowości naliczenia kar przez powoda i ich miarkowania.

Weryfikując wartość kar naliczonych spółce (...) Sąd Okręgowy trafnie przyjął, że jej opóźnienie w realizacji umów nie wykaczało poza datę zgłoszenia robót do odbioru.

Kary zastrzeżono za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy, co następuje gdy wykonawca robót budowlanych osiąga i zgłasza gotowość do wydania ich zamawiającemu. Co do żadnej z umów, których dotyczy niniejsza sprawa, powód nie zarzucał przedwczesności zgłoszenia, co nakazuje je uznać za dowód spełnienia świadczenia zgodnie z umową, co zresztą znalazło potwierdzenie w późniejszych protokołach bezusterkowego odbioru.

Jako sprzeczne z postanowieniami umownymi ocenił natomiast Sąd Apelacyjny ustalenie wartości kar, a wprost, przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że w razie przekroczenia umówionego terminu zakończenia robót o więcej niż 30 dni, powodowi należy się kara w wysokości 0,3% dziennie za cały okres opóźnienia, co odzwierciedlają wyliczenia na str. 22 i 23 uzasadnienia wyroku (k. 1608-1609).

Mimo nienajszczęśliwszej redakcji identycznych we wszystkich umowach zapisów o karze umownej Sąd Apelacyjny nie ma wątpliwości, że karę w wysokości 0,3% umówionego wynagrodzenia dziennie zastrzeżono dla okresu opóźnienia przypadającego po upływie 30 dni od terminu umownego, zaś w okresie pierwszych 30 dni kara miała wynosić 0,2% dziennie. Zastrzeżona przez strony kara umowna jest świadczeniem okresowym, tu: powstającym z chwilą rozpoczęcia każdego kolejnego dnia opóźnienia, co oznacza, że wierzyciel może kar dochodzić na bieżąco, począwszy od pierwszego dnia przypadającego po umówionym terminie. Nie sposób przyjąć, że strony zakładały późniejszą weryfikację i ewentualną korektę naliczonej kary w zależności od ostatecznego okresu opóźnienia wykonawcy.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny skorygował wyliczenie Sądu Okręgowego, ustalając całkowitą wartość kary:

- dla umowy (...) na kwotę 281.178 zł;
- dla umowy (...) na kwotę 134.874 zł;
- dla umowy (...) na kwotę 148.440 zł;
- dla umowy (...) na kwotę 134.874 zł;
- dla umowy (...) na kwotę 217.170 zł;
- dla umowy (...) na kwotę 114.300 zł;
- dla umowy (...) na kwotę 48.006 zł;
- dla umowy (...)/k na kwotę 288.414 zł;
- dla umowy (...) na kwotę 42.050 zł.

Sąd Apelacyjny podziela wniosek Sądu Okręgowego, że nie udało się pozwanemu wykazać braku odpowiedzialności wykonawcy za nieterminowe wykonanie robót budowlanych, ponieważ wymagałoby to ścisłego dowiedzenia, w odniesieniu do każdej z umów z osobna, że z racji niezależnych od wykonawcy przeszkód w konkretnych okresach prace bądź to nie mogły być w ogóle realizowane, bądź nie dało się zachować właściwego tempa prac. Słusznie wskazał Sąd Okręgowy, że konieczne byłoby tu odniesienie przeszkód do ówczesnego stanu zaawansowania robót i ich charakteru oraz możliwych działań w kierunku zapobieżenia opóźnieniu (zmiana technologii i/lub kolejności prac).

Sąd Okręgowy uznał, że ustalenie faktycznego wpływu przeszkód, głównie niekorzystnych warunków atmosferycznych, na przekroczenie terminu nie jest możliwe bez zasięgnięcia wiedzy specjalnej biegłego sądowego. Wskazał także, zresztą słusznie, że dowód z biegłego, w dodatku z nazbyt wąską tezą dowodową, pozwany zgłosił po upływie terminu z obowiązującego w niniejszej sprawie art.

479<sup>14</sup> kpc oraz, że nie można tego dowodu zastąpić opinią sporządzoną

w postępowaniu karnym. Bez względu na to, czy specjalistyczna opinia była tu konieczna, faktem jest, że przeprowadzone dowody nie dostarczają faktów, które pozwalają co do każdej z umów określić okres niezawinionego opóźnienia.

Mimo przyjęcia za wiążące porozumienia z 17.05.2006 r. Sąd Okręgowy oceniał dochodzone roszczenie tak co do zasady tak co do wysokości i w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy uznał je za rażąco wygórowane, co po myśli art. 484 § 2 kc uzasadnia ich miarkowanie.

Odnosząc się do tej oceny powód w apelacji niezasadnie przypisuje Sądowi Okręgowemu pogląd o zastrzeżeniu wygórowanych kar w umowie, ponieważ takiego poglądu Sąd Okręgowy nie wyraził i nie zakwestionował ważności postanowień umownych o karach.

Sąd Apelacyjny w zasadzie podziela przywołane przez Sąd Okręgowy argumenty za miarkowaniem kar (niewadliwe wykonanie całości powierzonych robót, nieznaczna szkoda powoda). Zdaniem Sądu Apelacyjnego, za miarkowaniem kar przemawiają także dalsze argumenty. Za takie uznaje Sąd Apelacyjny ustalone w sprawie, niezależne od wykonawcy utrudnienia, tj. niekorzystne warunki atmosferyczne oraz zmiany projektowe. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, choć nie uwalniały one wykonawcy od odpowiedzialności za opóźnienie, winny być uwzględnione przy ocenie, czy kara nie jest dla niego nazbyt dotkliwa w stosunku do stopnia zawinięcia.

Wartość należnej kary należy oceniać w aspekcie wszystkich jej funkcji: kompensacyjnej, dyscyplinującej i represyjnej. Jest oczywiste, że dochodzone przez powoda kary, ze względu na dawne zakończenie prac, likwidacyjne stadium powodowego inwestora oraz upadłość wykonawcy, funkcji dyscyplinującej już nie spełnią, a jej funkcja represyjna osłabła. Nadto wedle ustaleń Sądu Okręgowego w wyniku opóźnienia powód nie poniósł znacznej szkody.

Ma wprawdzie powód rację, że ciężar udowodnienia braku szkody – jako przesłanki miarkowania kary – spoczywa na dłużniku, jednak nie przekonuje zawarte w apelacji powoda twierdzenie, że zaspokojone, wynikłe z opóźnienia roszczenia swoich kontrahentów przedstawił jedynie przykładowo. Jest dla Sądu Apelacyjnego oczywiste, że gdyby szkoda była znacząco wyższa, powód nie poprzestałby na przykładowych, stosunkowo drobnych świadczeniach na rzecz przyszłych właścicieli mieszkań. Należało też uwzględnić, że powód z reguły nie przystępował bezzwłocznie do odbiorów, co pozwala przyjąć, że nieterminowość prac nie rodziła dla niego ujemnych konsekwencji.

Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny ocenił wniosek pozwanego o miarkowanie kar za uzasadniony, uznał jednakże, że sugerowany przez Sąd Okręgowy zakres miarkowania nie jest właściwy.

Sąd Okręgowy odniósł wartość należnych, tj. prawidłowo wyliczonych kar ze wszystkich umów do wysokości kary zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy (15% wynagrodzenia). Sąd Apelacyjny jest zdania, że nie jest to prawidłowy miernik, ponieważ, opóźnienie i przedwczesne wygaśnięcie umowy są diametralnie różnymi przypadkami nienależytego wykonania zobowiązania, o zupełnie innych konsekwencjach. Ponadto zdaniem Sądu Apelacyjnego, przesłanki miarkowania z art. 484 § 2 kc należy odnosić do wartości kar naliczonych co do poszczególnych umów, a pośrednio do wynagrodzenia umownego, ponieważ rażąco wygórowanie kary następuje wówczas, gdy mimo całkowitego wykonania zobowiązania dłużnik nie dość, że nie uzyskuje zwrotu poniesionych kosztów i oczekiwanego zysku, ponosi nadmierną stratę.

Kierując się powyższymi motywami Sąd Apelacyjny uznał za uzasadnione zmiarkowanie prawidłowo wyliczonych kar do 1/3 oraz 1/10 ich wartości. Różnicując zakres miarkowania Sąd Apelacyjny miał na uwadze, że w przypadku umów (...) powód rażąco zwlekał z odbiorem, co – jako powiedziano wcześniej – wskazuje, że terminowość prac nie miała dla niego znaczenia i istotnie osłabia wszystkie trzy funkcje zastrzeżonej kary.

Ostatecznie Sąd Apelacyjny ustalił wartość zmiarkowanych kar następująco:

1. umowa (...) – 93.726 zł;
2. umowa (...) – 44.958 zł;
3. umowa (...) – 14.844 zł;
4. umowa (...) – 13.487 zł;
5. umowa (...) – 72.390 zł;
6. umowa (...) – 11.436 zł;
7. umowa (...) – 4.800 zł;
8. umowa (...)/k – 96.138 zł;
9. umowa (...) – 14.016 zł;

łącznie 365.795 zł, którą to kwotę wraz z należnymi odsetkami w częściowym uwzględnieniu apelacji powoda zasądził na jego rzecz od pozwanego, zmieniając w tym zakresie zaskarżony wyrok na podstawie art. 386 § 1 kpc.

Koszty postępowania w obu instancjach Sąd Apelacyjny rozliczył między stronami na zasadzie art. 100 kpc, przy uwzględnieniu stosunku wygranej każdej z nich do wartości przedmiotu sporu i zaskarżenia (powód – 9,5%, pozwany – 90,5%) oraz wartości kosztów każdej ze stron ze stron (powód poniósł opłaty od pozwu i apelacji w wysokości 100.000 zł, obie strony poniosły koszty zastępstwa procesowego w wysokości 7.200 zł i 5.400 zł w obu instancjach).

Nadto Sąd Apelacyjny uwzględnił, że pozwany w całości przegrał swoją apelację, co jest równoznaczne z wygraną powoda w tym zakresie i skutkowało przyznaniem mu kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 5.400 zł.

Ostatecznie w wyniku rozliczenia kosztów postępowania apelacyjnego powodowi należy się 5.126 zł co do jego własnej apelacji oraz 5.400 zł co do apelacji przeciwnika, łącznie 10.526 zł.

Orzekając o kosztach postępowania Sąd Apelacyjny pominął brakującą opłatę od sprzeciwu od wyroku zaocznego, ponieważ z mocy art. 348 kpc koszty rozprawy zaocznej i sprzeciwu ponosi pozwany, który tu został zwolniony od kosztów i nie ma podstaw do obciążenia nimi przeciwnika.