

Sygn. akt I ACa 738/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 października 2012 r.

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I Wydział Cywilny** w składzie:

Przewodniczący:	SSA Marek Górecki
Sędziowie:	SA Małgorzata Gulczyńska SA Bogdan Wysocki (spr.)
Protokolant:	starszy sekretarz sądowy Sylwia Woźniak

po rozpoznaniu w dniu 17 października 2012 r. w Poznaniu

na rozprawie

**sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł.**

**przeciwko (...) SA w P.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 8 maja 2012 r., sygn. akt IX GC 767/11

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 2.700 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

/-/ M. Gulczyńska /-/ M. Górecki /-/ B. Wysocki

Sygn. akt I ACa 738/12

## UZASADNIENIE

**Powódka (...) spółka z o.o. w Ł.** domagała się zasądzenia od **pozwanej (...) S.A. w P.** kwoty 177.276,46 zł wraz z ustawowymi odsetkami oraz zasądzenia zwrotu kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów procesu.

**Wyrokiem z dnia 8 maja 2012 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 52.301,84 zł z ustawowymi odsetkami od następujących dat i kwot: 31.149,35 zł od dnia 22 września 2009 r., 21.152,49 zł od dnia 15 lipca 2011 r. do dnia zapłaty (pkt 1), oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt 2) i orzekł o kosztach procesu (pkt 3).**

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

Umową o roboty budowlane zawartą w P. w dniu 5 czerwca 2007r. powódka (podwykonawca) zobowiązała się do wykonania w ramach zamówienia współfinansowanego przez Unię Europejską w ramach projektu (...) /FS (...) realizowanego przez pozwaną (wykonawcę) jako Lidera Konsorcjum z zamawiającym (...) w W. pod nazwą „Modernizacja (...) Węzła (...) (Linia E 20) zlokalizowanego w Polsce” Lot A: roboty nawierzchniowe i podtorowe, obiekty inżynierskie i inżynierskie oraz roboty towarzyszące - ekranów akustycznych na stacji S. z łukiem wjazdowym ujętych w rachunkach ilościowych Nr (...) określonych szczegółowo w rachunku ilościowym w terminie do dnia 30 listopada 2007 r. za wynagrodzeniem 3.850.000 zł netto plus Vat 22% tj. łącznie 4.697.000 zł.

W umowie pozwana zobowiązała się, że przy udziale Asystenta Inżyniera dokona odbiorów robot częściowych w terminie 3 dni roboczych od daty zgłoszenia robot do odbioru, natomiast końcowego odbioru przedmiotu umowy w terminie 14 dni od dnia zgłoszenia do odbioru. Zgłoszenie robót do odbioru miało nastąpić na podstawie wpisu do Dziennika Budowy. Ponadto zobowiązała się do zapłaty podwykonawcy kar umownych w przypadkach opóźnienia w dokonaniu odbiorów częściowych i końcowego przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ustęp 1 umowy za każdy dzień zwłoki nie więcej niż 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ustęp 1. Z kolei powódka zobowiązała się, że udzieli gwarancji na roboty stanowiące przedmiot umowy na okres 22 miesięcy, licząc od odbioru robót przez wykonawcę przy udziale inspektora nadzoru, lecz nie krótszej niż 12 miesięcy licząc od daty wystawienia przez Inżyniera Świadczenia Przejęcia zawierającego roboty pozwanej, w tym roboty powódki. Ponadto powódka zobowiązała się do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz usunięcia wad w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej na wartość odpowiadającą 5% kwoty wynagrodzenia brutto (po uwzględnieniu upustu). Powódka miała przedłożyć pozwanej gwarancję bankową lub ubezpieczeniową w wysokości 100% zabezpieczenia tj. na kwotę 234.850 zł z terminem ważności do dnia 31 grudnia 2007 r. w zakresie właściwego wykonania umowy oraz od 1 stycznia 2008 r. do 30 sierpnia 2008 r. tj. na kwotę odpowiadającą 30% wartości zabezpieczenia tj. 70.455 zł w zakresie roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi. Zabezpieczenia powódka miała dostarczyć w terminie 30 dni od dnia podpisania umowy. W przypadku przedłużenia terminu zakończenia robót oraz rozszerzenia przedmiotu umowy o roboty dodatkowe powodujące podwyższenie wynagrodzenia umownego powódki, zobowiązał się do uzyskania przedłużenia terminu ważności gwarancji o analogiczny okres, o który został przedłużony termin zakończenia robót oraz podwyższenia kwoty udzielonej gwarancji, tak aby obejmowała ona także 5% wartości brutto dodatkowego wynagrodzenia za roboty dodatkowe. W przypadku nie dostarczenia zasadniczego i dodatkowego zabezpieczenia w wyżej wskazanym terminie, pozwana została uprawniona do zatrzymania zasadniczej i dodatkowej kwoty zabezpieczenia z najbliższych płatności powódki. Zwrot kwot zatrzymanych (bez oprocentowania) nastąpić miał w terminie określonym w pkt 8 § 2 umowy tj. 70% zabezpieczenia do dnia 31 grudnia 2007 r. i 30% zabezpieczenia do dnia 30 sierpnia 2009 r.

Aneksami do umowy nr (...) z dnia 26 listopada 2007 r. i nr 2 z dnia 30 kwietnia 2008 r. strony rozszerzyły zakres prac o roboty dodatkowe oraz ustaliły termin ich zakończenia na dzień 21 lipca 2008 r., a wynagrodzenie z kwoty 4.697.000 zł brutto na kwotę 5.069.416,57 zł brutto.

Powódka wpisem do dziennika budowy z dnia 30 września 2008 r. wykonanym przez kierownika robót W. M. zgłosiła do odbioru wykonanie ekranów akustycznych na stacji S. na odcinkach A,B,C i D. Wpisem z tego samego dnia inspektor nadzoru Zamawiającego - (...) w W. B. C. potwierdził zakończenie budowy tych ekranów.

30 września 2008 r. powódka wystawiła fakturę Vat dokumentującą wykonanie przez nią ostatniej części robót przewidzianych umową stron. Do faktury zostały dołączone pochodzące z tej daty protokoły odbioru robót za okres od 1 do 30 września 2008 r. - załącznik do faktury nr (...) oraz tabela elementów rozliczeniowych nr 11. Strony

nie sporządziły żadnych dalszych protokołów odbioru. Obydwa dokumenty zostały podpisane przez przedstawicieli powódki kierownika robót W. M. i przedstawiciela pozwanej K. S.. Powyższy protokół odbioru był końcowym protokołem odbioru robót przewidzianym umową.

4 listopada 2008 r. został sporządzony przez Komisję Odbiorową składającą się m.in. z przedstawicieli zamawiającego (...) S.A. w W. oraz pozwanej protokół o nr (...) odbioru częściowego i przekazania do odbioru obiektu budowy ekranów akustycznych na stacji w S..

25 czerwca 2009 r. powódka obciążyła pozwaną notą obciążeniową na kwotę 101.380 zł za opóźnienie w dokonaniu odbioru końcowego przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto wartości umowy tj. kwotą 101.380 zł. Powyższy dokument został doręczony pozwanemu w dniu 26 czerwca 2009 r.

Wyrokiem z dnia 24 stycznia 2011 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu w sprawie IX Gc 319/09 zasądził od pozwanego (...) spółka z o.o. w Ł. na rzecz powoda (...) S.A. w P. kwotę 359.899 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 31 marca 2009 r. do dnia zapłaty, a w pozostałym zakresie powództwo oddalił i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 25.212 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. Wyrokiem z dnia 19 maja 2011 r. Sąd Apelacyjny w Poznaniu w sprawie I ACa 393/11 zmienił powyższy wyrok w pkt 1 i 3 w ten sposób, że zasądzoną w pkt 1 kwotę 359.899 zł obniżył do kwoty 179.949 zł, a w pozostałym zakresie powództwo oddalił i zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 8.997,50 zł tytułem zwrotu kosztów sądowych i zniósł wzajemne koszty zastępstwa procesowego, a w pozostałym zakresie apelację oddalił.

Pismem z dnia 10 czerwca 2011 r., doręczonym pozwanej w dniu 14 czerwca 2011 r. powódka wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 253.470,82 zł wraz z odsetkami za opóźnienie tytułem zatrzymanej przez nią kaucji w terminie do dnia 17 czerwca 2011 r.

W odpowiedzi w piśmie z dnia 29 czerwca 2011 r. pełnomocnik pozwanej dysponujący odpowiednim umocowaniem materialnym dokonał potrącenia opisanej wierzytelności powódki z wierzytelnością przysługującą jego mandatowi - pozwanej w wysokości 229.876,20 zł (w tym 179.949 zł tytułem należności głównej, a pozostała kwota tytułem skapitalizowanych odsetek) z tytułu kary umownej orzeczonej opisanym wyżej wyrokiem Sądu Okręgowego, zmienionym opisanym również wyżej wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu do kwoty niższej tj. 229.876,20 zł. Pozostałą różnicę kwot tj. 21.415,52 zł tytułem zwrotu kaucji zapłacił na rzecz powódki.

28 listopada 2006 r. powódka wystawiła pozwanej z tytułu prac wykonanych na podstawie opisanego wyżej umowy o roboty budowlane z dnia 5 czerwca 2007 r. fakturę Vat na kwotę 27.264,94 zł brutto z terminem płatności 1 lutego 2007 r. Pozwany dokonał zapłaty za wskazaną fakturę w dniu 22 marca 2007 r.

Faktury były wystawione przez powódkę na rzecz pozwanej z tytułu prac wykonanych na podstawie umowy o roboty budowlane z dnia 5 czerwca 2007 r. i na kwoty brutto: 2 stycznia 2007 r. z terminem płatności na dzień 8 marca 2007 r. - pozwana dokonała zapłaty 27 marca 2007 r.; 5 kwietnia 2007 r. z terminem płatności na dzień 8 czerwca 2007 r. - pozwana dokonała zapłaty 26 czerwca 2007 r.; 31 sierpnia 2007 r. z terminem płatności na dzień 8 listopada 2007 r. - pozwana dokonała zapłaty 21 listopada 2007 r.; 19 listopada 2007 r. z terminem płatności na dzień 24 grudnia 2007 r. - pozwana dokonała zapłaty 21 stycznia 2008 r.; 12 grudnia 2007 r. z terminem płatności na dzień 13 stycznia 2008 r. - pozwana dokonała zapłaty 26 lutego 2008 r.; 4 stycznia 2008 r. z terminem płatności na dzień 22 lutego 2008 r. - pozwana dokonała zapłaty 3 marca 2008 r.; 15 lutego 2008 r. z terminem płatności na dzień 4 kwietnia 2008 r. - pozwana dokonała zapłaty 14 kwietnia 2008 r., 17 marca 2008 r. z terminem płatności na dzień 5 maja 2008 r. - pozwana dokonała zapłaty 8 maja 2008 r.; 17 kwietnia 2008 r. z terminem płatności na dzień 6 czerwca 2008 r. - pozwana dokonała zapłaty 17 czerwca 2008 r., 18 czerwca 2008 r. z terminem płatności na dzień 6 sierpnia 2008 r. - pozwana dokonała zapłaty 3 września 2008 r.; 15 lipca 2008 r. z terminem płatności na dzień 1 września 2008 r. - pozwana dokonała zapłaty 4 września 2008 r. w części tj. do kwoty 635.455,98zł, a pozostała kwota tj. 5526,60zł w dniu 22 września 2008 r.; 18 sierpnia 2008 r. z terminem płatności na dzień 3 października 2008r. - pozwana

dokonała zapłaty 22 grudnia 2008 r.; 16 października 2008 r. z terminem płatności na dzień 5 grudnia 2008 r. - pozwana dokonała zapłaty 8 grudnia 2008 r.

8 grudnia 2008 r. powódka wystawiła pozwanej notę odsetkową na kwotę 21.152,49 zł, która odpowiadała sumie skapitalizowanych odsetek ustawowych z tytułu opóźnienia w płatności powyższych faktur.

W odpowiedzi na pozew z dnia 7 lipca 2009 r. sporządzonej w sprawie IX Gc 319/09 Sądu Okręgowego w Poznaniu powódka podniosła zarzut potrącenia kwoty 21.152,49 zł z wierzytelnością pozwanej dochodzoną pozwem (w tamtym procesie powódki) z tytułu skapitalizowanych odsetek z tytułu opóźnienia w płatnościach faktur Vat, udokumentowanych fakturami i dowodami wpłat, ujętą w nocie odsetkowej z dnia 8 grudnia 2008 r.

W ocenie Sądu Okręgowego w świetle dokonanych ustaleń stanu faktycznego żądanie powódki tylko w części zasługiwało na uwzględnienie albowiem roszczenie o zapłatę kary umownej w wysokości 101.380 zł i odsetek za opóźnienie w ich zapłacie od dnia 27 czerwca 2009 r. do dnia zapłaty okazało się niezasadne i wobec tego należało je oddalić.

Zgodnie z § 21 ust. 8 in fine umowy zwrot kwot zatrzymanych (bez oprocentowania) nastąpi w terminach określonych w pkt 8 niniejszego paragrafu tj. 70% zabezpieczenia do dnia 21 sierpnia 2008 r., 30% zabezpieczenia do dnia 21 września 2009 r. Z kolei wyrokiem z dnia 24 stycznia 2011 r. wydanym w sprawie IX Gc 319/09, zmienionym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 19 maja 2011 r. w sprawie I ACa 393/11 Sąd zasądził od powódki (w tamtym postępowaniu pozwanej) na rzecz pozwanej (w tamtym postępowaniu powódki) kwotę 179.949 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 31 marca 2009 r. do dnia zapłaty. W piśmie z dnia 29 czerwca 2011 r. pełnomocnik pozwanej dokonał potrącenia wierzytelności powódki z wierzytelnością przysługującą jego mandatowi - pozwanej w wysokości 229.876,20 zł (w tym 179.949 zł tytułem należności głównej, a pozostała kwota tytułem skapitalizowanych odsetek). Kara umowna dochodzona przez pozwaną od powódki jest wymagalna od dnia 31 marca 2009 r. Biorąc pod uwagę fakt, że pozwana miała zwrócić powódce kwotę 177.429,50 zł do dnia 21 sierpnia 2008 r., to pozwanej należały się jedynie skapitalizowane odsetki ustawowe od kwoty 2.519,43 zł (179.949 zł - 177.429,57 zł) za okres od dnia 31 marca 2009 r. (ustalona wyrokiem data wymagalności roszczenia o zapłatę kwoty 179.949 zł) do dnia 21 września 2009 r. (termin płatności 30% zabezpieczenia z § 8 umowy), które stanowiły kwotę 157,03 zł. Łącznie kwota, którą mogła potrącić pozwana oświadczeniem z dnia 29 czerwca 2011 r. powinna więc wynosić 180.106,03 zł (179.949 zł + 157,03 zł), a nie 229.876,20 zł, która została przez pozwaną przedstawiona do potrącenia. Zatem pozwana dokonała potrącenia o kwotę 23.594,62 zł wyższą niż jej przysługiwała (229.876,20 zł - 180.106,03 zł). Stąd zasadnym jest na podstawie § 2 ust. 8 umowy roszczenie powódki o zapłatę kwoty 23.594,62 zł. Roszczenie odsetkowe znajduje uzasadnienie w art. 481 k.c., albowiem zwrotu kaucji pozwana powinna dokonać w dniu 21 września 2009 r.

Roszczenie o zapłatę kwoty 21.152,49 zł tytułem skapitalizowanych odsetek okazało się zasadnym, albowiem powódka za pomocą faktur i dowodów zapłaty - dokumentów, którym pozwana skutecznie nie zaprzeczyła udowodniła ich wysokość. Zarzut przedawnienia roszczenia okazał się niezasadny, wobec faktu, że w odpowiedzi na pozew z dnia z dnia 7 lipca 2009 r. sporządzonej w sprawie IX Gc 319/09 Sądu Okręgowego w Poznaniu powódka (w tamtym procesie pozwana) podniosła zarzut potrącenia kwoty 21.152,49 zł z wierzytelnością pozwanej dochodzoną pozwem (w tamtym procesie powódki) z tytułu skapitalizowanych odsetek z tytułu opóźnienia w płatnościach faktur Vat, udokumentowanych fakturami i dowodami wpłat, ujętą w nocie odsetkowej z dnia 8 grudnia 2008 r. Dokonane potrącenia przerwało bieg terminu przedawnienia roszczenia o zapłatę opisanej kwoty (por. uchwała Sądu Najwyższego w składzie 7- sędziów z dnia 19 października 2007 r. w sprawie III CZP 58/07, OSNC 2008/5/44). O ustawowych odsetkach Sąd orzekł na podstawie art. 482 k.c.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c. obciążając powódkę w 66% części, a pozwaną w 34% części i z tego tytułu zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 1.455,46 zł.

**Apelację od wyroku złożyła pozwana zaskarżając go w części tj. co do pkt 1 oraz 3.** Pozwana zarzucała orzeczeniu:

1. naruszenie zasady swobodnej oceny materiału dowodowego (art. 233 k.p.c.) przez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym z pominięciem twierdzeń pozwanej, a w konsekwencji poczynienie istotnych ustaleń w sposób sprzeczny z treścią materiału dowodowego, co doprowadziło do bezpodstawnego i błędnego przyjęcia, że:

- kara umowna dochodzona przez pozwaną od powódki (w poprzednim procesie) była wymagalna od dnia 31 marca 2009 r. podczas gdy wymagalność kary umownej z uwagi na jej miarkowanie powstała dopiero z dniem 19 maja 2011 r.;
- pozwana była zobowiązana zwrócić powódce kwotę 177.429,50 zł do dnia 21 sierpnia 2009 r., podczas gdy kwota ta stanowiła kwotę zatrzymaną, której celem było m.in. zabezpieczenie należnych powódce kar umownych, a co za tym idzie obowiązek jej zwrotu powstał nie wcześniej aniżeli w dniu 19 maja 2011 r.
- ewentualny zarzut potrącenia wierzytelności powódki z tytułu odsetek za opóźnienie w zapłacie należnego powódce wynagrodzenia w kwocie 21.152,49 zł, na podstawie noty odsetkowej (...) został złożony prawidłowo, a w konsekwencji przerwał biegł terminu przedawnienia dochodzonych przez powódkę roszczeń odsetkowych; podczas gdy zarzut ten został złożony wbrew regułom postępowania gospodarczego, a ponadto na kwotę przenoszącą kwotę dochodzoną pozwem przez pozwaną,

2. obrazę prawa materialnego tj.:

- art. 65 k.c. przez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji nieuzasadnione przyjęcie, że terminy przewidziane dla zwrotu kwot zatrzymanych przez strony w § 2 ust. 8 umowy z dnia 5 czerwca 2007 r. (zmienionej kolejnymi aneksami) miały charakter bezwzględny, podczas gdy dotyczył one wyłącznie sytuacji, w której zobowiązania powódki zostałyby należycie wykonane;
- art. 484 § 2 k.c. przez jego błędne zastosowanie, to jest błędne uznanie, że dokonane przez sąd na żądanie powódki miarkowanie kary umownej pozostaje bez wpływu na ustalenie terminu jej wymagalności, podczas gdy z uwagi na konstytutywny charakter wyroku miarkującego karę umowną wymagalność jej zapłaty powstaje z momentem uprawomocnienia się orzeczenia miarkującego;
- art. 123 §1 ust. 1 k.c. przez jego błędne zastosowanie i błędne uznanie, że procesowy zarzut potrącenia zgłoszony sprzecznie z normami postępowania regulujący kwestię, do kiedy dane fakty mogą być przytaczane, stanowi czynność przed sądem, która przerywa bieg przedawnienia w rozumieniu ww. przepisu,

3. naruszenia prawa procesowego tj. art. 328 § 2 k.p.c. przez: wewnętrzne sprzeczności w treści uzasadnienia w odniesieniu do wyliczenia zasądzonej na rzecz powódki kwoty; brak jakiegokolwiek ustosunkowania się do wielu twierdzeń strony pozwanej zawartych w szczególności w piśmie procesowym z 14 października 2011 r.

Wskazując na te zarzuty pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 1 przez oddalenie powództwa w całości, zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 3 przez obciążenie kosztami procesu powódki w całości, a w konsekwencji zasądzenie na rzecz pozwanej kwoty według norm przepisanych, ewentualnie, w przypadku uznania, że na skutek ww. uchybień w zakresie objętym zaskarżeniem Sąd I Instancji nie rozpoznał istoty sprawy, wniosła o uchylenie wyroku w zaskarżonym zakresie i przekazanie sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania. Jednocześnie pozwana wniosła o zasądzenie od powódki na jej rzecz zwrotu kosztów procesu za postępowanie odwoławcze, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Powódka wniosła o oddalenie apelacji oraz o zasądzenie od pozwanej na jej rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja jest bezzasadna.

Ustalenia faktyczne sądu I instancji nie budzą wątpliwości i stąd Sąd Apelacyjny przyjmuje je za podstawę własnego rozstrzygnięcia.

Zostały one poczynione wyłącznie w oparciu o treść dokumentów urzędowych i prywatnych, których prawdziwość materialna i formalna nie była przez strony kwestionowana.

Prawidłowość tych ustaleń nie była przy tym w istocie kwestionowana w apelacji, mimo podnoszenia w niej zarzutu naruszenia art. 233 kpc.

Analiza tego zarzutu prowadzi bowiem do wniosku, że intencją skarżącego nie jest podważanie konkretnych ustaleń Sądu Okręgowego, lecz zakwestionowanie poprawności przeprowadzonego przez ten Sąd procesu subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod właściwe przepisy prawa materialnego i procesowego.

Zgodzić można się natomiast ze skarżącym, że sąd I instancji w pewnym stopniu naruszył przepis art. 328 § 2 kpc, nie odnosząc się w pisemnym uzasadnieniu wyroku do argumentacji prawnej, przedstawianej przez pozwanego w piśmie z dnia 14 października 2011r, głównie dotyczącej bezskuteczności podnoszonego przez powoda (wówczas pozwanego) zarzutu potrącenia w sprawie IX GC 319/09 Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Uchybienie to nie rzutuje jednak ostatecznie na ocenę prawidłowości zaskarżonego orzeczenia.

To samo dotyczy ewidentnego błędu rachunkowego, do jakiego doszło przy okazji obliczeń, prezentowanych na str. 10 uzasadnienia (k. 253 akt). Prawidłowy wynik przeprowadzonej tam operacji arytmetycznej odejmowania, prowadzącej do ustalenia zawyżonej przez pozwanego kwoty potrącenia, wynosi bowiem 49.770,17 zł (229.876,20 zł – 180.106,03 zł), a nie 23.594,62 zł).

Nie doszło także do naruszenia w sprawie norm prawa materialnego.

Przede wszystkim za spóźniony należy uznać zarzut błędnego odczytywania przez sąd treści postanowień § 2 ust. 8 umowy stron, odnoszących się do terminów, w jakich wykonawca (zamawiający) miał zapłacić powodowi kwoty wynagrodzenia, zatrzymanego tytułem kaucji na zabezpieczenie ewentualnych roszczeń, w tym z tytułu kar umownych.

Z uwagi na treść art. 479<sup>14</sup> § 2 kpc tego rodzaju zarzut winien zostać zgłoszony już w odpowiedzi na pozew.

Tymczasem w piśmie tym nie ma twierdzeń, iż omawiany zapis rozumiany był przez strony umowy inaczej, niż to wynika z jego literalnego brzmienia.

Niezależnie od tego, argumentacja skarżącego w tym przedmiocie abstrahuje od realiów sporu i zawiera wewnętrzną sprzeczność.

Jeżeli bowiem skarżący twierdzi obecnie, że kwoty kaucji mogły być zwrócone dopiero po stwierdzeniu, czy zachodzą przesłanki do obciążenia podwykonawcy karami umownymi, to należy przypomnieć, że pozwany dochodził takich kar wyłącznie z tytułu opóźnienia w oddaniu robót budowlanych.

W takim zaś razie zarówno zasadność obciążenia powoda karami umownymi, jak i ich wysokość była znana już w momencie powstania opóźnienia, a najpóźniej w momencie wystawienia przez pozwanego noty obciążeniowej z tego tytułu, doręczonej powodowi jako podwykonawcy w dniu 30 marca 2009r.

Błędny jest też pogląd apelującego, zgodnie z którym wymagalność jego roszczenia o zapłatę kary umownej nastąpiła dopiero z dniem wydania przez Sąd Apelacyjny wyroku z dnia 19 maja 2011r, zasądającego od powoda (tam pozwanego) należność z tego tytułu.

Świadczenie z tytułu kary umownej, o jakim mowa w przepisach art. 483 kc oraz art. 484 kc, ma charakter odszkodowawczy i, o ile strony w umowie nie uzgodniły inaczej, bezterminowy.

W związku z tym, stosownie do przepisu art. 455 kc, staje się ono wymagalne z zasady po wezwaniu dłużnika o zapłatę (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2011r w spr. III CSK 282/10, LEX nr 898707).

Bez znaczenia natomiast dla takiego oznaczenia terminu wymagalności ma okoliczność, że, zgodnie z art. 484 § 2 kc, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Z takim **prawem (żądaniem)** dłużnika koreluje bowiem po stronie wierzyciela **obowiązek** jego uwzględnienia, o ile tylko zachodzą ku temu usprawiedliwione przesłanki, w ramach łączącego ich stosunku zobowiązaniowego (umownego).

Dopiero w razie sporu w tym zakresie ostatecznie o żądaniu miarkowania kar umownych rozstrzygnie sąd w ewentualnym procesie.

Z tego wynika, że, wbrew stanowisku forsowanemu przez skarżącego, wyrok zasądający należności z tytułu kar umownych zawsze ma charakter wyłącznie deklaratoryjny, a nie konstytutywny (prawnokształtujący), również wówczas, gdy sąd, na żądanie dłużnika, zmniejszy kary umowne na podstawie przepisu art. 484 § 2 kc.

W konsekwencji prawidłowo przyjął sąd I instancji, iż dokonane przez powoda potrącenie z tytułu kar umownych stało się skuteczne z datą wymagalności tego świadczenia, tj. z dniem 30 marca 2009r.

Wynika to z przepisu art. 499 zd. 2 kc, zgodnie z którym oświadczenie o potrąceniu ma moc wsteczna od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe.

Jego moc retroaktywna skutkuje m.in. tym, że, na skutek potrącenia, na nowo ukształtowane zostają wzajemne zobowiązania wierzycieli (dłużników potrącanych wierzytelności), w tym w szczególności poprzez zniwelowanie prawnych skutków opóźnienia w zapłacie potrącanych wierzytelności.

Z przyczyn, o których była wyżej mowa, należy przyjąć, że potrącenie przez powoda jego wierzytelności z tytułu kar umownych stało się możliwe z dniem 30 marca 2009r, kiedy to wierzytelność ta stała się wymagalna.

W tym dniu pozwanemu przysługiwała wierzytelność z tytułu kar umownych w wysokości 179.949 zł, a powodowi wymagalna od dnia 21 sierpnia 2008r wierzytelność o zapłatę kwoty 177.424,57 zł, stanowiącej 70 % wstrzymanego tytułem kaucji wynagrodzenia.

Na skutek potrącenia obie te wierzytelności umorzyły się do kwoty wierzytelności niższej (art. 498 § 2 kc).

Oznacza to, że po potrąceniu pozwanemu z tytułu kary umownej przysługiwała już tylko wierzytelność w wysokości 2.524,43 zł (179.949 zł – 177.424,57 zł).

Z kolei potrącenie tej wierzytelności z pozostałą częścią wynagrodzenia należnego powodowi, a zatrzymanego jako kaucja, stało się możliwe w dniu 21 września 2009r, kiedy to roszczenie powoda z tego tytułu stało się wymagalne.

Do tego dnia pozwany mógł naliczać sobie odsetki ustawowe od kwoty 2.524,43 zł, poczynając od dnia 31 marca 2009r, które wyniosły kwotę 157,34 zł.

W tej sytuacji w dniu 21 września 2009r powodowi przysługiwała z tytułu wynagrodzenia kwota 76.041,24 zł, a pozwanemu z tytułu reszty kary umownej i odsetek za opóźnienie wierzytelność w wysokości 2.681,77 zł (2.524,43 zł + 157,34zł).

Po ich wzajemnym umorzeniu wierzytelność pozwanego wygasła w całości, a powodowi pozostała z tytułu zatrzymanego wynagrodzenia wierzytelność w wysokości 73.359,47 zł (76.041,24 zł – 2.681,77 zł).

Poza sporem jest, że na poczet jej zaspokojenia pozwany zapłacił jedynie kwotę 23.594,62 zł (k.25), co oznacza, że z tego tytułu był zobowiązany do zapłaty dalszej kwoty 49.764,85 zł (73.359,47 zł – 23.594,62 zł), a więc wyższej, niż ostatecznie zasądzone w zaskarżonym wyroku.

Termin spełnienia tego świadczenia wynikał wprost z czynności prawnej stron (umowy), co oznacza, że od dnia 22 września 2009r pozwany pozostaje w opóźnieniu, uzasadniającym zasądzenie odsetek ustawowych na podstawie art. 481 kc.

Uzasadnione było także roszczenie powoda o zasądzenie na jego rzecz kwoty 21.152,49 zł z tytułu odsetek ustawowych za opóźnienie w zapłacie wskazywanych przez powoda faktur.

Wbrew stanowisku skarżącego powód skutecznie przerwał bieg przedawnienia tych roszczeń, zgłaszając je do potrącenia w sprawie IX GC 319/09.

W uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2007r w spr. III CZP 58/07 (OSNC, z. 5 z 2008r, poz. 44) przesądzone, że podniesienie przez pozwanego zarzutu potrącenia przerywa bieg przedawnienia jego roszczenia do wysokości wierzytelności dochodzonej przez powoda.

Zarzut potrącenia podniesiony w w/w sprawie wywołał skutki prawne, o jakich mowa w art. 123 § 1 pkt. 1 kpc.

Zgłoszony on został z zachowaniem zasad prekluzji w rozumieniu art. 479<sup>14</sup>§2kpc, a także został dostatecznie sprecyzowany.

Zgłoszona do potrącenia kwota odsetek nie przekraczała też należności dochodzonej w tamtej sprawie przez powoda.

Bez znaczenia natomiast dla skuteczności przerwania biegu przedawnienia była okoliczność, że zarzut ten nie został uwzględniony z uwagi na jego niewykazanie odpowiednimi środkami dowodowymi (nb. sądy obu instancji w omawianej sprawie błędnie uznały, że do potrącenia mogły być zgłoszone jedynie wierzytelności, o jakich mowa w art. 485 § 1 kpc, co pozostawało w ewidentnej sprzeczności z jednoznacznym brzmieniem przepisu art. 479<sup>14</sup> § 4 kpc).

Z tych przyczyn na podstawie przepisu art. 385 kpc oraz powołanych wyżej przepisów prawa materialnego Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie 1 sentencji wyroku.

O należnych stronie powodowej kosztach zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym orzeczono (punkt 2 wyroku) na podstawie przepisów art. 98§ 1 i 3 kpc oraz art. 99 kpc w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 kpc, przy uwzględnieniu § 2 ust. 1 i 2 oraz § 12 ust. 1 pkt. 2) w zw. z § 6 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1349 ze zm.).

***/-/ B. Wysocki /-/ M. Górecki /-/ M. Gulczyńska***