

Sygn. akt I ACa 1156/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 marca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Dorota Markiewicz

Sędzia SA Maciej Dobrzyński (spr.)

Sędzia SO (del.) Ewa Harasimiuk

Protokolant st. sekr. sąd. Joanna Baranowska

po rozpoznaniu w dniu 7 marca 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G.

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

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 4 grudnia 2012 r.

sygn. akt XXVI GC 185/12

1. ***oddala apelację;***

2. ***zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.***

I ACa 1156/13

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 28 października 2010 r. zarządca (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości układowej z siedzibą w G. wniósł o zasądzenie od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwoty 25.177 EUR z ustawowymi odsetkami od dnia 30 grudnia 2009 r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

W dniu 17 listopada 2010 r. Sąd Okręgowy wP. wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, w którym uwzględnił w całości żądanie pozwu.

W dniu 24 stycznia 2011 r. pozwany wniósł sprzeciw od powyższego nakazu zapłaty, w którym wnioskował o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa prawnego, a także o przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Warszawie. Strona pozwana złożyła również wniosek o zawiadomienie w trybie art.

84 k.p.c. o toczącym się postępowaniu (...) S.A spółkę komandytową z siedzibą w W. i (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. oraz wezwanie ich do wzięcia udziału w sprawie.

Wyrokiem z dnia 4 grudnia 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. kwotę 25.177 EUR z ustawowymi odsetkami od dnia 30 grudnia 2009 r. do dnia zapłaty (pkt I) oraz zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 8.617 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt II).

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

W dniu 7 sierpnia 2007 r. pomiędzy powodem (omyłkowo wskazano pozwanego) a (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako (...)) doszło do zawarcia umowy o realizację projektu, której przedmiotem było wybudowanie przez (...) na gruncie, który zamierzał kupić, hali na potrzeby produkcyjno-magazynowe powoda. W celu wyegzekwowania zachowania terminów związanych z budową, w art. 6 pkt 7 umowy, na (...) zostały nałożone kary umowne w przypadku niedopełnienia przez tę spółkę zobowiązań związanych z zakończeniem poszczególnych faz budowy. Dalej strony określiły, że faza nr 1 to złożenie wniosku o pozwolenie na budowę w dniu 27 listopada 2007 r., faza nr 2 to rozpoczęcie prac ziemnych, które miało nastąpić najpóźniej w dniu 3 stycznia 2008 r. i faza nr 3 to wydanie przedmiotu umowy, co miało nastąpić najpóźniej do dnia 15 sierpnia 2008 r. Kary umowne określono w art. 6 pkt 8, gdzie wskazano, że za opóźnienie w realizacji fazy nr 1 (...) zapłaci kwotę 5.000 EUR za każdy dzień lub część dnia pierwszego opóźnienia, za opóźnienie w fazie nr 2 taką samą sumę zaś za opóźnienie w fazie nr 3 10.000 EUR za każdy dzień lub część dnia pierwszego opóźnienia, przy czym w żadnym wypadku kary umowne za fazy od nr 1 do nr 3, nie przekroczą 1 mln EUR (art. 6 pkt 11). Zgodnie z zapisem art. 6 ust. 12, wskazane w art. 6 istotne ustalenia czasowe umowy miały być przedłużane o taką samą ilość dni, o jaką opóźniony będzie harmonogram w związku z przeszkodami zgodnie z umową, które nie mogły być przewidziane w dniu podpisania umowy i które są poza kontrolą (...) (siła wyższa), uniemożliwiając temu ostatecznemu wypełnieniu jego zobowiązań wynikających z umowy. W razie zaistnienia siły wyższej (...) miało niezwłocznie poinformować klienta o zaistniałym zdarzeniu. Przedmiotowa umowa w art. 1 ust. 1 pkt k zawierała definicję siły wyższej wskazując, że siła wyższa, oznacza wszelkie przeszkody nieprzewidziane w chwili zawierania umowy, powodujące konieczność wstrzymania i niemożność wykonywania umowy, których wystąpienie znajduje się poza kontrolą stron, w szczególności: zmiany prawa, decyzje organów administracji publicznej lub sądów powszechnych, działań państwa w odniesieniu do terenów inwestycji, strajki, niska temperatura dzienna powodująca niemożność prowadzenia prac (...), mocne deszcze, huragany, burze śnieżne (...), pioruny, powódzie, wiatry a także występujące w obrębie wykonywania umowy katastrofy lotnicze, akty wojny i terroryzmu.

W dniu 13 sierpnia 2007 r. (...) przeniósł na (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako (...)) prawa i obowiązki wynikające z ww. umowy.

W dniu 7 sierpnia 2007 r. pomiędzy powodem (omyłkowo wskazano pozwanego) a (...) doszło do zawarcia umowy najmu, zaś w dniu 13 sierpnia 2007 r. (...) przeniósł na pozwanego prawa i obowiązki wynikające z ww. umowy najmu.

W dniu 9 kwietnia 2008 r. pomiędzy (...) a (...) S.A. sp. kom. z siedzibą w W. (dalej jako (...)), jako wykonawcą, doszło do zawarcia umowy, na podstawie której (...) zobowiązała się do wybudowania zakładu produkcyjnego z elementów tworzyw sztucznych wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą techniczną w J., gmina S., w zamian za ryczałtowe wynagrodzenie, obejmujące wszelkie koszty wykonania inwestycji. Generalny wykonawca (...) był odpowiedzialny za metodologię prowadzenia prac, bezpieczeństwo, adekwatność i stabilność prowadzonych prac oraz stosowane metody konstrukcyjne. Zgodnie z klauzulą 7 ogólnych warunków umowy, za bezpieczeństwo prowadzenia prac odpowiadał generalny wykonawca, który od daty przejęcia placu budowy był podmiotem wyłącznie odpowiedzialnym za zarządzanie budową oraz wszelkie ryzyka związane z realizacją robót. Zapis klauzuli 19 warunków ogólnych umowy wskazywał, że generalny wykonawca jest odpowiedzialny w stosunku do inwestora za wszelkie szkody wynikłe w związku z wykonywaniem robót w ramach inwestycji, spowodowane przez generalnego wykonawcę, jego pracowników, inny personel, a także jakiegokolwiek inne osoby trzecie zaangażowane przez niego w procesie

wykonania projektu. (...) jest spółką z przedmiotem działalności obejmującym wznoszenie budynków, budowę obiektów inżynierii lądowej i wodnej oraz roboty budowlane specjalistyczne.

Projekt wykonawczy inwestycji został sporządzony przez biuro projektów (...) na zlecenie pozwanego i przekazany generalnemu wykonawcy (...), który dla optymalizacji kosztów inwestycji, działając na mocy klauzuli 1 ust. 1 ogólnych warunków umowy zawartej z pozwanym, zmienił przedmiotowy projekt. Na powyższe była zgoda pozwanego, ale wyłącznie pod warunkiem akceptacji projektu zamiennego przez biuro projektów (...), do czego nie doszło. Projekt zamiany sporządziło na zlecenie generalnego wykonawcy biuro projektów (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. (dalej jako (...)) Zmiana projektu wykonawczego dotyczyła m.in. konstrukcji ścian laboratorium, która polegała na zmianie dodatkowego materiału konstrukcji ścian podłużnych pomieszczeń laboratorium. Zmieniający projekt zawierał błędy konstrukcyjne i wykonawcze, które polegały na braku połączeń stropu z elementami konstrukcyjnymi budynku i nie sprawdzeniu pod względem obliczeniowym wykonania ścian z betonu komórkowego. Pracownicy (...) zaniechali pełnienia na budowie funkcji nadzoru autorskiego nad projektem, zaś obecny na budowie pracownik (...) nie miał uprawnień budowlanych.

W dniu 30 kwietnia 2008 r. pomiędzy powodem a pozwanym doszło do zawarcia aneksu do umowy z dnia 7 sierpnia 2007 r., zmieniającego m.in. daty graniczne poszczególnych faz i tak etap pierwszy miał zakończyć się najpóźniej w terminie do 2 stycznia 2008 r., etap drugi do 30 kwietnia 2008 r., zaś etap trzeci do 15 grudnia 2008 r.

W dniu 26 sierpnia 2008 r. doszło do katastrofy budowlanej na budowie, wskutek której nastąpiła śmierć jednego z pracujących na niej pracowników, zaś jedna osoba została ranna. Przyczyną wypadku była okoliczność, że kosz wysięgnika samojezdnego uderzył w ścianę z otworami okiennymi, na której opierały się prefabrykowane, sprężone płyty stropowe i na skutek uderzenia, ściana przewróciła się, a część płyt spadła. Z kolei przyczyną uderzenia kosza wysięgnika samojezdnego w ścianę był błąd ludzki i błędy konstrukcyjne oraz wykonawcze wynikające z wprowadzenia zmian do projektu wykonawczego. Błąd ludzki polegał na tym, że prace wykonywane podnośnikiem koszowym były wykonywane przez jedną osobę bez prawidłowego zabezpieczenia terenu w zasięgu pracy urządzenia. Z kolei błąd konstrukcyjny polegał na braku połączeń stropu z elementami konstrukcyjnymi budynku (słupy nośne żelbetonowe), co stanowiło radykalne odstępianie od zatwierdzonego projektu.

Z uwagi na powyższe, w dniu 29 sierpnia 2008 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego dla powiatu p. w P. wydał postanowienie o wstrzymaniu robót.

W dniu 4 maja 2009 r. została ogłoszona upadłość (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. (dalej jako (...)) obejmująca likwidację majątku upadłego, a następnie w dniu 19 maja 2009 r. zmieniono sposób prowadzenia postępowania z upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego na postępowanie upadłościowe z możliwością zawarcia układu, które po zawarciu układu, zostało zakończone w dniu 5 października 2011 r.

W dniu 26 czerwca 2009 r., po ogłoszeniu upadłości powoda, pozwany, powołując się na zapis art. 25.2 umowy, rozwiązał ze skutkiem natychmiastowym umowę łączącą strony w związku z wystąpieniem istotnych zmian w zdolności kredytowej spółki matki powoda, jak i powoda, mających istotny wpływ na planowanie finansowania projektu. Jednocześnie, na mocy art. 110 Prawa upadłościowego i naprawczego, oświadczył o odstąpieniu ze skutkiem natychmiastowym od umowy najmu z dnia 7 sierpnia 2007 r.

W dniu 3 grudnia 2009 r. powód obciążył pozwanego notą obciążeniową i wezwał do zapłaty kwoty 1 mln EUR z tytułu kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji projektu określonego umową z dnia 7 sierpnia 2007 r. Powód określił 14-dniowy termin na spłatę zadłużenia i od daty 30 grudnia 2009 r., jako daty pewnej otrzymania przez pozwanego przedmiotowego pisma, z uwagi na odmowę zapłaty wskazaną w piśmie z dnia 22 grudnia 2009 r., naliczył odsetki.

Sąd Okręgowy wskazał, że powyższy stan faktyczny był w zasadzie w znacznej mierze między stronami bezsporny. Spór dotyczył natomiast kilku kwestii o charakterze prawnym. Po pierwsze pojęcia kary umownej, w szczególności czy dla powstania obowiązku zapłaty kary umownej koniecznym jest powstanie szkody po stronie podmiotu uprawnionego

czy też nie i po drugie definicji siły wyższej. Pozwany nadto podnosił brak winy w wyborze, jak i konieczność miarkowania ewentualnej kary.

Odnosnie pierwszego zagadnienia Sąd Okręgowy wskazał, że dla powstania obowiązku zapłaty kary umownej niezbędne jest wystąpienie dwóch przesłanek pozytywnych. Pierwszą z nich jest istnienie skutecznego postanowienia kreującego obowiązek zapłaty kary umownej, drugą przesłankę stanowi niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Wskazane przesłanki pozytywne w niniejszym stanie faktycznym zachodziły. Rozważenia wymagały natomiast przesłanki negatywne, bowiem sporne było, czy brak szkody stanowi przeszkodę do zasądzenia kary umownej.

Sąd I instancji odwołując się do przeważającego w judykaturze i piśmiennictwie poglądu wskazał, że dla zasądzenia kary umownej nie musi zostać wykazana szkoda po stronie uprawnionego, natomiast wielkość szkody na znaczenie przy miarkowaniu kary.

Na marginesie Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że nie można było zgodzić się z twierdzeniami pozwanego, że powód nie poniósł szkody, bowiem kilka miesięcy po ustalonej dacie zakończenia fazy nr 2 inwestycji ogłoszono upadłość powoda obejmującą likwidację majątku i tym samym przekazanie budynku w terminie nie miałoby dla powoda jakiegokolwiek znaczenia gospodarczego, skoro prowadzenie przez powoda działalności gospodarczej i tak nie było możliwe, bowiem zgodnie z art. 110 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego doszłoby do odstąpienia od umowy najmu. Sąd I instancji podkreślił, że mimo ogłoszenia upadłości, syndyk przez okres 3 miesięcy bez zgody sędziego komisarza, a po upływie tego czasu, za zgodą sędziego komisarza, może prowadzić działalność gospodarczą i tym samym w sytuacji realizacji umowy w terminie, nie można było wykluczyć kontynuowania przez upadłego działalności gospodarczej. Tym samym twierdzenia pozwanego o braku szkody były za daleko idące, bowiem szkoda ta obejmować może nawet utracone korzyści. Nadto, upadłość została ogłoszona w dniu 4 maja 2009 r., zaś ostatni etap winien być zrealizowany do dnia 15 grudnia 2008 r., a zatem terminowa realizacja umowy mogła w sposób znaczący wpłynąć na stan powoda, w tym również na jego zyski i tym samym wykluczenie szkody było niezasadne.

Odnosząc się do kolejnej przesłanki negatywnej orzeczenia kary umownej, tj. braku winy dłużnika, Sąd Okręgowy wskazał, że pozwany zlecił wykonanie prac pomiotowi trzeciemu - (...), którego przedmiotem działalności jest wznoszenie budynków, budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej oraz roboty budowlane specjalistyczne. Z uwagi na powyższe konieczne było rozstrzygnięcie, czy pozwany ponosi winę w wyborze, czy też zachodzą przesłanki ekskulpacyjne wskazane w art. 429 k.c. Przepis ten przewiduje, że okolicznością ekskulpacyjną jest wykazanie, że czynność została powierzona osobie, przedsiębiorstwu lub zakładowi, które w zakresie swej działalności zawodowej trudnią się wykonywaniem takich czynności. Zatem, gdy wykonanie czynności zostało powierzone profesjonalście, ekskulpacja będzie miała charakter uproszczony, ponieważ powierzający nie będzie musiał udowadniać zachowania staranności po swojej stronie, a wystarczającym będzie wykazanie faktu profesjonalizmu, jednakże samo wykazanie, iż czynność została powierzona profesjonalnemu wykonawcy nie przesądza jeszcze definitywnie o braku odpowiedzialności, albowiem poszkodowany może wykazać winę w wyborze po stronie powierzającego. Wówczas udowodnienie profesjonalnego charakteru wykonawcy powoduje przerzucenie ciężaru dowodu winy w wyborze na poszkodowanego. Ustawodawca dokonał istotnego uproszczenia, uznając powierzenie wykonania czynności każdemu profesjonalście za zachowanie staranne, gdy chodzi o przypisanie odpowiedzialności na podstawie art. 429 k.c., a zatem uznanie, że wykazanie powierzenia czynności profesjonalście wyłącza odpowiedzialność z uwagi na brak związku przyczynowego między niestaranie dokonanym wyborem a szkodą. Zdaniem Sądu I instancji pojęcie profesjonalisty na gruncie art. 429 k.c. wymaga jednak ścisłej wykładni, która powinna uwzględniać uzasadnione oczekiwania, jakie w konkretnej sytuacji mógł mieć powierzający, gdy określonej osobie zlecał wykonanie czynności. Profesjonalistą jest zatem osoba fizyczna, prawna albo jednostka organizacyjna, o której stanowi art. 33¹ k.c., prowadząca zawodowo taką działalność, która swoim zakresem obejmuje czynność powierzoną do wykonania. Sąd Okręgowy uznał, że pozwany nie wykazał w sposób należyty zawodowego charakteru, a zatem powierzenia profesjonalście wykonywania zadań objętych przedmiotową umową. Sąd I instancji podzielił argument powoda, że załączony wydruk z MSiG z dnia 19 marca 2008 r. był niewystarczającym wykazaniem

zawodowego charakteru spółki (...). Z tego dokumentu wynikało, że przedmiotem działalności (...) jest wznoszenie budynków, budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej oraz roboty budowlane specjalistyczne, ale sam wpis do KRS przedmiotu działalności nie przesądzał jeszcze o zawodowym charakterze takiego podmiotu. Jak wynika z doświadczenia życiowego, spółki często wpisują bardzo szeroki zakres prowadzonej działalności gospodarczej, a w rzeczywistość zajmują się tylko jego wycinkiem. Uzasadnione wątpliwości co do profesjonalnego charakteru spółki (...) wywoływał fakt, że spółka ta została wpisana do KRS w dniu 3 marca 2008 r., zaś umowę podpisała 9 kwietnia 2008 r. Spółka ta siłą rzeczy nie mogła wykonywać żadnych inwestycji, w szczególności tak rozbudowanych jak objęta niniejszym sporem, a tym samym nie miała żadnego doświadczenia i w konsekwencji powyższego nie sposób było uznać, że pozwany skutecznie wykazał przesłankę egzoneracyjną w postaci braku winy w wyborze. Sąd Okręgowy podkreślił, że pojęcie profesjonalisty w kontekście art. 429 k.c. należy rozumieć wąsko i odnosić je ściśle do zakresu wykonywanych czynności. Nie może zatem być tak, aby przymiot profesjonalisty przypisywać każdemu podmiotowi, który w zakresie swojej działalności podejmuje się działań z zakresu budowy obiektów. O profesjonalizmie nie świadczy bowiem przedmiot działalności wpisanej do KRS, ale doświadczenie w danym zakresie, jak i dysponowanie środkami w postaci maszyn i potencjału ludzkiego, który ten profesjonalizm zapewnia. Sam fakt, że na budowie wykonywanej przez (...) doszło nie tylko do katastrofy budowlanej, ale do wypadku śmiertelnego wskutek tej katastrofy, chociaż nie przesądzał o braku profesjonalizmu tego podmiotu, to w sposób istotny podważał ten profesjonalizm. Podobnie o braku profesjonalizmu tego podmiotu świadczyło realizowanie budowy na podstawie projektu z błędami i braku akceptacji tego projektu przez pierwotne biuro projektu wykonawczego, a także realizowanie go mimo braku nadzoru autorskiego.

Odnosząc się do zagadnienia siły wyższej Sąd I instancji wskazał, że umowa z dnia 7 sierpnia 2007 r. zawierała definicję siły wyższej, która to definicja odpowiada pojęciu siły wyższej ujmowanemu przez doktrynę w teorii obiektywnej. W prawie polskim zdecydowanie przyjmuje się obiektywne ujęcie siły wyższej, zgodnie z którym jest ona zdarzeniem zewnętrznym, którego nie da się przewidzieć, ani też - nawet w razie przewidzenia - nie da się zapobiec jego skutkom. Według tego stanowiska siłę wyższą odróżnia od zwykłego przypadku to, że jest to zdarzenie nadzwyczajne, zewnętrzne i niemożliwe do zapobieżenia. Należą tu zwłaszcza zdarzenia o charakterze katastrofalnych działań przyrody i zdarzenia nadzwyczajne w postaci zaburzeń życia zbiorowego, jak wojna, zamieszki krajowe itp., a także w pewnych przypadkach akty władzy publicznej, którym nie może przeciwstawić się jednostka. Reasumując, należało przyjąć, że siłą wyższą jest zdarzenie spełniające kumulatywnie trzy przesłanki. Po pierwsze, musi to być zdarzenie zewnętrzne, mające swoje źródło poza urządzeniem, z którego funkcjonowaniem związana jest odpowiedzialność odszkodowawcza, co niekoniecznie oznacza, że musi powstać poza terenem przedsiębiorstwa. Po drugie, musi to być zdarzenie niemożliwe do przewidzenia, przez co rozumieć należy ocenianą w kategoriach obiektywnych niemożność przewidzenia w konkretnej sytuacji skutków siły wyższej. Po trzecie, musi to być zdarzenie niemożliwe do zapobieżenia, przy czym nie chodzi tutaj o niemożliwość zapobieżenia samemu zjawisku, ile o zapobieżenie jego skutkom przy zastosowaniu współczesnej techniki, czyli gdy zapobieżenie takie przekracza granice możliwości ludzkich. Zdarzenie stanowiące siłę wyższą ma więc charakter przemożny, co oznacza, że w tym momencie, w którym siła wyższa występuje, wymyka się ona spod kontroli ludzkiej.

Uwzględniając powyższe, Sąd I instancji wskazał, że wypadek na budowie do którego doszło w dniu 26 sierpnia 2008 r. nie był przypadkiem siły wyższej. Zdarzenie to bowiem nie pochodziło z zewnątrz, a wręcz odwrotnie, zostało wywołane wewnątrz budowy, ale chociaż było niemożliwe do przewidzenia, to było możliwe do zapobieżenia. Brak zmian projektowych i ich prawidłowe przeprowadzenie, jak również nadzór autorski mógł w pewnym stopniu, bliskim 100%, szczególnie odnośnie zmian projektowych, zapobiec zdarzeniu.

Sąd Okręgowy zauważył, że strony w umowie zawarły definicję siły wyższej i w ten sposób, w ramach swobodny kontraktowania, przyjęły konkretne okoliczności, które zgodnie z wolą stron stanowią siłę wyższą. W tym kontekście należało ustalić, czy postanowienie z dnia 29 sierpnia 2008 r. wydane przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego o wstrzymaniu robót z uwagi na katastrofę budowlaną mieściło się w pojęciu siły wyższej, w szczególności w *vis imperii* i tym samym czy stanowiło przeszkodę nieprzewidzianą w chwili zawierania umowy,

powodującą konieczność wstrzymania i niemożność wykonywania umowy, których wystąpienie było poza kontrolą stron.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że ww. postanowienie PINB stanowiło konsekwencję katastrofy budowlanej, która nie ma charakteru siły wyższej, a zatem przedmiotowemu postanowieniu można było zapobiec, w szczególności eliminując błąd ludzki, który był jedną z przyczyn katastrofy i dokonując prawidłowych zmian projektowych, a na te działania pozwany miał wpływ.

Podsumowując swoje rozważania Sąd Okręgowy wskazał, że co do zasady kara umowna zastrzeżona w art. 6 umowy z dnia 7 sierpnia 2007 r. powodowi się należała.

Strona powodowa dochodziła w niniejszej sprawie jedynie 2,5177 % całkowitej wartości kary, a zatem nie mogło być mowy o miarkowaniu kary. Sąd I instancji podkreślił, że instytucja miarkowania odszkodowania, stanowiąca odstępstwo od ogólnej zasady możliwości zastrzegania w umowach kar umownych niezależnie od poniesionej szkody, powinna być stosowana niezwykle ostrożnie, w szczególności w stosunkach między przedsiębiorcami. Ponadto, jeśli chodzi o moment oceny, czy kara umowna jest rażąco wygórowana, to właściwy dla oceny ryzyka gospodarczego umowy winien być czas jej zawierania. Nadto, dla miarkowania kary umownej konieczne jest zestawienie zastrzeżonej kary umownej z wartością zobowiązania oraz do wykonanego zobowiązania, jeśli było ono wykonane w części, zaś pozwany żądając miarkowania kary umownej na tę okoliczność nie przedłożył żadnych dowodów. Jedynie w sytuacji, gdy dochodzona kara umowna równa się bądź jest zbliżona do wysokości wykonanego częściowo lub z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można uważać ją za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 2 k.c.

Sąd I instancji wskazał, że z uwagi na ustalenie, że zdarzenie z dnia 26 sierpnia 2008 r. nie było wypadkiem siły wyższej, nie mógł mieć zastosowania art. 6 pkt 12 umowy z dnia 7 sierpnia 2007 r., stanowiący, że istotne ustalenia czasowe będą przedłużane o taką samą ilość dni, o jaką opóźniony jest harmonogram w związku z przeszkodami zgodnie z niniejszą umową, które nie mogły być przewidziane w dniu podpisania umowy i które są poza kontrolą (...) (siła wyższa) uniemożliwiająca temu ostatecznemu wypełnieniu jego zobowiązań wynikających z niniejszej umowy.

Odnosnie zarzutu dotyczącego art. 65 k.c., tj. błędnej wykładni postanowień pkt 6 umowy, w szczególności twierdzenia pozwanego, że wymagalność kar umownych strony uzależniły od dnia rozpoczęcia umowy najmu, ta zaś nigdy nie weszła w życie z winy powoda, Sąd Okręgowy wskazał, że nie był on zasadny. § 6 ust. 9 opisuje sposób zachowania w przypadku, gdy łączna wysokość kar umownych za opóźnienia w fazie nr 1 i nr 2 będzie niższa lub wyższa niż opóźnienia za fazę nr 3, a w ogóle nie dotyczy wymagalności kar umownych. Rozumowanie przedstawione przez stronę pozwaną nie mogło się ostać, bowiem, po pierwsze, wbrew twierdzeniom pozwanego, w umowie nie ma mowy o tym, iż kara umowna wpłacana na zablokowane wspólne dla stron konto przysługiwała powodowi tylko wówczas, gdy w dniu rozpoczęcia umowy najmu łączna suma kar umownych za opóźnienie w fazie nr 1 i nr 2 będzie niższa niż kara umowna za opóźnienie w fazie nr 3. Umowa nie zawiera słowa „tylko”, a zatem nie zawiera ograniczenia, na które powoływał się pozwany. Po drugie, strony nie uzależniły wymagalności kar umownych od zaistnienia „dnia rozpoczęcia umowy najmu”, bowiem taka interpretacja, powodowałaby, że powodowi nie przysługiwałaby kara umowna w przypadku opóźnień w inwestycji tak znaczących, że w ogóle by nie doszło do rozpoczęcia stosunku najmu, a to jest sprzeczne nie tylko z zasadami logiki i doświadczeniem życiowym, ale nade wszystko powodowałoby, że zastrzeżenie kar umownych byłoby całkowicie niecelowe, bowiem czyniłoby wymagalność tych kar umownych całkowicie abstrakcyjnym. Sąd I instancji nie zgodził się też z pozwanym, że dochodzenie przez powoda kary umownej stanowiło naruszenie art. 5 k.c., a to w szczególności poprzez fakt zatajenia informacji finansowych związanych z sytuacją ekonomiczną przedsiębiorstwa powoda, które to informacje pozwoliłyby pozwanemu na rozwiązanie umowy w 2008 r. i wykluczenie dochodzenia przez powoda kar umownych. Argument ten nie mógł się ostać, bowiem w żadnym zapisie umowy z dnia 7 sierpnia 2007 r. nie przewidziano obowiązku informowania się przez strony o zmianie sytuacji finansowej, zaś trudno uznać, aby taka konieczność wynikała z zasad współzycia społecznego, w szczególności w kontekście profesjonalnego i gospodarczego charakteru obu podmiotów. Z tego względu nie był zasadny wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości na okoliczność ustalenia kiedy z punktu widzenia rachunkowości

nastąpiły istotne zmiany w zdolności finansowej (kredytowej) powoda, co uzasadniałoby rozwiązanie przez pozwanego umowy w trybie art. 25.2. To, że takie zmiany w zdolności kredytowej powoda nastąpiły przed ogłoszeniem upadłości i tym samym umożliwiłyby rozwiązanie umowy przed 2008 r., nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem pozwany nie rozwiązał umowy wówczas, a dopiero 29 czerwca 2009 r., a zatem ustalony stan faktyczny jest odmienny i to na jego podstawie badane muszą być okoliczności istotnie dla rozstrzygnięcia sprawy, a nie na podstawie hipotetycznych zachowań stron. Podobnie, podnoszone przez pozwanego okoliczności, że powoda nie było nigdy stać na realizację umowy, nie miały znaczenia, bowiem okoliczności te winny być badane na etapie zawierania umowy i nie stanowią przesłanki koniecznej do ustalenia przy badaniu zasadności żądania kary umownej. Umowa była realizowana przez pewien czas i tym samym błędne były twierdzenia pozwanego, że powoda nigdy nie było stać na realizowany projekt.

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł pozwany, zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie przepisów postępowania i przepisów prawa materialnego mające wpływ na treść wyroku, a mianowicie:

1/ art. 429 k.c. w zw. z art. 431 k.c. w zw. z art. 355 § 2 k.c. i w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w rezultacie wadliwe uznanie, że spółka (...) (generalny wykonawca przedmiotu umowy z dnia 7 sierpnia 2007 r. - dalej "Umowa") nie jest przedsiębiorstwem lub zakładem, które w zakresie swej działalności zawodowej trudni się wykonywaniem robót budowlanych w rozumieniu art. 429 k.c., a w konsekwencji arbitralne i gołosłowne uznanie, iż pozwany nie może się skutecznie ekskulpować od odpowiedzialności za opóźnienie w realizacji przedmiotu Umowy, a w konsekwencji z tytułu dochodzonych przez powoda kar umownych,

2/ art. 65 k.c. poprzez kierunkową i arbitralną wykładnię postanowień art. 6.12 w zw. z art. 1.1 pkt k Umowy, a w konsekwencji przyjęcie, iż w niniejszej sprawie nie zaistniała przesłanka skatalogowana przez strony w treści Umowy jako „siła wyższa”, która ekskulpuje pozwanego od odpowiedzialności, tj. iż wydanie decyzji administracyjnej przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego o wstrzymaniu robót z uwagi na katastrofę budowlaną nie jest przesłanką, o której *expressis verbis* stanowi Umowa - Sąd całkowicie usunął z pola swych rozważań fakt, iż strony w ramach swobody kontraktowania literalnie i precyzyjnie określiły w Umowie, jakie okoliczności uważać się będzie za przesłanki uwalniające pozwanego od odpowiedzialności za opóźnienie w realizacji przedmiotu Umowy uznając za takową m.in. wydanie decyzji przez organ administracji, nie określając przy tym żadnych innych obwarowań (w tym ewentualnych przyczyn takiego stanu rzeczy), zatem wywodzenie przez Sąd, iż skoro rzeczona decyzja została wydana na skutek katastrofy budowlanej (za którą nota bene pozwany nie ponosił żadnej odpowiedzialności), to ów fakt wyłącza jakoby postanowienia Umowy w tym zakresie, co stanowi jawną nadinterpretację postanowień Umowy, albowiem kontrakt takowych ograniczeń wolał stron nie zawiera,

3/ art. 65 k.c. poprzez oczywiście błędną wykładnię postanowień pkt 6 Umowy, tj. z pominięciem istniejących reguł znaczeniowych i związków treściowych pomiędzy poszczególnymi postanowieniami Umowy, a nadto z pominięciem okoliczności faktycznych zawinionych przez powoda (upadłość będąca *asumptem* do rozwiązania Umowy oraz odstąpienia przez pozwanego od umowy najmu), w konsekwencji dowolne uznanie, iż powodowi przysługuje (choćby co do zasady) roszczenie o kary umowne, skoro Umowa wprost stanowi, iż ewentualne kary umowne będą wpłacane na „zablokowane wspólne dla stron konto” (pkt 6.8 Umowy), zaś wartość tak zablokowanych kar umownych będzie przysługiwać powodowi tylko wówczas, gdy „w Dniu Rozpoczęcia Umowy Najmu łączna suma kar umownych ... za opóźnienia w Fazie 1 i 2 będzie niższa, niż kara umowna za opóźnienia w Fazie 3, suma zablokowana na koncie będzie zwolniona na korzyść Klienta” (pkt 6.9 Umowy); skoro strony uzależniły i zróżnicowały wymagalność kar umownych wprost od ich naliczenia w realizacji fazy 1 i 2 Umowy i ich zapłatę od „dnia rozpoczęcia Umowy Najmu”, ta zaś nigdy nie weszła w życie z wyłącznej winy powoda (ogłoszenia jego upadłości), to wyłącza to zasadność powództwa,

4/ art. 395 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez ich niezastosowanie w sprawie i całkowite usunięcie z pola swych rozważań faktu, iż na skutek ogłoszenia upadłości strony powodowej pozwany pismem z dnia 26 czerwca 2009 r. odstąpił od Umowy, ergo umowa uległa rozwiązaniu ze skutkiem ex tunc, w konsekwencji czego wszelkie roszczenia akcesoryjne stron (w tym ewentualne roszczenia o zapłatę kar umownych) wygasły z takim samym skutkiem prawnym - Sąd I instancji dokonał błędnej wykładni postanowień Umowy, z naruszeniem obowiązujących reguł znaczeniowych i związków treściowych, albowiem całkowicie pominął przy dokonywaniu wykładni art. 25 Umowy postanowień art. 24.1 Umowy, w konsekwencji czego przyjął, iż doszło do jej wypowiedzenia, nie zaś odstąpienia; zgodnie art. 24.1 "Niniejszą umowę zawarto w języku angielskim i polskim z zastrzeżeniem, że w razie wątpliwości co do treści niniejszej Umowy rozstrzyga wersja angielska", ta zaś wersja stanowi o możliwości odstąpienia, nie zaś wypowiedzenia („may rescind”- „może odstąpić”; słowo „rescind” w języku angielskim oznacza „odstąpić”),

5/ art. 479¹² § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie do akt pisma procesowego powoda z dnia 8 grudnia 2012 r., będącego stanowiskiem powoda względem pisma pozwanego doręczonego powodowi w dniu 15 listopada 2011 r., a zatem 14-dniowy termin na podniesienie ewentualnych nowych twierdzeń upłynął powodowi w dniu 29 listopada 2011 r., chyba że wykazałby, że ich powołanie w pozwie nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynikała później - powód powyższego nie wykazał w ogóle.

Nadto pozwany podniósł następujące zarzuty:

6/ zarzut zapisu na sąd polubowny, dokonanego przez strony w art. 13 Umowy, który skutkuje niedopuszczalnością drogi sądowej, a który to zarzut nie był procesowo możliwy do podniesienia przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy, wobec brzmienia art. 142 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze - wobec powoda w dacie wniesienia pozwu toczyło się postępowanie upadłościowe z możliwością zawarcia układu, postępowanie to zostało jednak w toku niniejszego postępowania zakończone, co per se unicestwiło temporalny skutek prawny wynikający z art. 142 PUiN, w konsekwencji dokonany przez strony zapis na sąd polubowny ponownie wiąże strony w zakresie wszystkich roszczeń wynikających z Umowy; zgodnie z art. 1165 § 1 k.p.c. zarzut niniejszy winien być zgłoszony przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy, co jak wskazano powyżej nie było procesowo możliwe, jednakowoż zgodnie z brzmieniem art. 1165 § 2 k.p.c. postanowienia § 1 tego artykułu „nie stosuje się” (więc również w zakresie wskazanego kryterium temporalnego), gdy zapis na sąd polubowny „utracił moc”, to zaś - wobec braku jakichkolwiek innych regulacji w tym zakresie, w tym jakichkolwiek innych ograniczeń czasowych na podniesienie tego rodzaju zarzutu - przemawia wprost za jego dopuszczalnością,

7/ naruszenia art. 178 k.p.c. poprzez zaniechanie zawieszenia niniejszego postępowania z chwilą zakończenia postępowania upadłościowego prowadzonego względem powoda, albowiem z datą tą zaczął ponownie wiązać strony dokonany w umowie zapis na sąd polubowny, co per analogiam winno być odkodowane jako tożsame z dokonaniem zapisu na sąd polubowny w toku postępowania; zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny „Przyjmuje się, że sporządzenie zapisu na sąd polubowny jest możliwe także po wszczęciu postępowania w sprawie przed sądem państwowym. [...] W literaturze zaproponowano, aby uznać, że w grę wchodzi wtedy złożenie przez strony zgodnego wniosku o zawieszenie postępowania przez sądem państwowym. W razie wydania wyroku przez sąd polubowny, sąd państwowy powinien umorzyć postępowanie.

Wskazując na powyższe zarzuty strona pozwana wniosła o:

- zmianę zaskarżonego orzeczenia w całości i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego za obie instancje, w tym za I instancję według norm przepisanych;
- ewentualnie, uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach instancji odwoławczej;
- odrzucenie pozwu na podstawie art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c.

W piśmie procesowym z dnia 9 września 2012 r. powód wniósł o oddalenie apelacji w całości oraz zasądzenie od pozwanego na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego i przyjmuje je za własne. Zauważyć należało, że strona pozwana nie zakwestionowała ich w jakimkolwiek zakresie w apelacji, musiała zatem uznać je za niewadliwe. Spór stron - na co zwrócił też uwagę Sąd I instancji - odnosił się natomiast do kwestii prawnych i do nich też nawiązują zarzuty apelacji sformułowane przez pozwanego.

W pierwszym rzędzie (...) zarzucił Sądowi Okręgowemu naruszenie art. 429 k.c. w zw. z art. 431 k.c. w zw. z art. 355 § 2 k.c. i w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i w rezultacie wadliwe uznanie, że spółka (...) nie jest podmiotem, który w zakresie swej działalności zawodowej trudni się wykonywaniem robót budowlanych w rozumieniu art. 429 k.c. W konsekwencji Sąd I instancji wadliwie uznał, iż pozwany nie może się skutecznie ekskulpować od odpowiedzialności za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy z dnia 7 sierpnia 2007 r.

Odnosząc się do powyższego zarzutu przede wszystkim wskazać należało, że art. 429 k.c. nie miał w okolicznościach niniejszej sprawy w ogóle zastosowania. Powód i pozwany pozostawali w relacji kontraktowej jako strony umowy o realizację projektu z dnia 7 sierpnia 2007 r., zatem kwestię posłużenia się przez pozwanego (dłużnika) osobami trzecimi w celu wykonania zobowiązania wynikającego z ww. umowy reguluje art. 474 k.c., nie zaś art. 429 k.c. Stosownie zaś do art. 474 k.c., dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Sformułowanie cytowanego przepisu wskazuje zatem, że w określonej w nim sytuacji dłużnik odpowiada wobec wierzyciela za szkodę spowodowaną przez osoby trzecie niezależnie od swej winy. Przejmuje on na siebie ryzyko związane z posłużeniem się innymi osobami przy wykonywaniu obciążającego go zobowiązania. Oznacza to, że dłużnik nie może powoływać się na brak własnej winy w wyborze osoby, której powierzył wykonanie ciężącego na nim zobowiązania, czy też nadzorze, wydawaniu poleceń, wskazówek. Użyta w art. 474 k.c. formuła wskazuje natomiast, że dłużnik może uwolnić się od odpowiedzialności za osobę trzecią w razie wykazania okoliczności, z powodu których również jemu nie można by postawić zarzutu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Wynika to z oczywistego faktu, że odpowiedzialność kontraktowa dłużnika powierzającego wykonanie zobowiązania osobom trzecim podlega również ocenie na podstawie ogólnego przepisu regulującego odpowiedzialność ex contractu, tj. art. 471 k.c. Rozkład ciężaru dowodu wynika oczywiście z tego przepisu.

Podsumowując powyższe stwierdzić należało, że Sąd Okręgowy zbędnie, a tym samym błędnie, analizował czy strona pozwana może powoływać się na wynikające z art. 429 k.c. wyłączenie swojej odpowiedzialności w związku z powierzeniem wykonania zobowiązania wynikającego z umowy z dnia 7 sierpnia 2008 r. spółce (...). Jak powyżej była o tym mowa, z uwagi na treść art. 474 k.c., strona pozwana nie mogła powoływać się na brak swojej winy w wyborze i jakiegokolwiek inne okoliczności związane z powierzeniem wykonania ciężącego na pozwanym zobowiązania spółce (...). Pozwany mógł natomiast powoływać się na okoliczności wyłączające jego odpowiedzialność kontraktową na podstawie art. 471 k.c., jednak kwestie te omówione zostaną w dalszej części uzasadnienia.

W tej sytuacji, z samej zasady, zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 429 k.c. w zw. z art. 431 k.c. w zw. z art. 355 § 2 k.c. i w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej nie mógł mieć jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, dotyczył bowiem przepisów, które nie znajdowały zastosowania.

Po drugie, (...) zarzucił Sądowi Okręgowemu naruszenie art. 65 k.c. poprzez błędną wykładnię postanowień art. 6.12 w zw. z art. 1.1 pkt k) umowy o realizację projektu z dnia 7 sierpnia 2007 r. i w konsekwencji uznanie, że nie wystąpił przypadek siły wyższej, który zwalniałby pozwanego z odpowiedzialności za zwłokę w realizacji przedmiotu umowy.

Powyższy zarzut należało uznać za nietrafny. Sąd Apelacyjny podziela w tym zakresie w całości argumentację Sądu Okręgowego, który w sposób trafny, zgodny z regułami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z art. 65 k.c., uznał, że postanowienie PINB z dnia 29 sierpnia 2008 r. w przedmiocie wstrzymania robót budowlanych nie stanowiło przypadku siły wyższej w znaczeniu, jakie strony nadały temu pojęciu w art. 1.1 pkt k) umowy z dnia 7 sierpnia 2007 r. W konsekwencji Sąd I instancji prawidłowo uznał, że strona pozwana nie mogła powoływać się na wynikające z art. 6.12 umowy z dnia 7 sierpnia 2007 r. uprawnienie do wydłużenia terminów realizacji poszczególnych faz umowy.

Przede wszystkim zauważyć należało, że pozwany pominął całość definicji siły wyżej zawartej w art. 1.1 pkt k) umowy, koncentrując się jedynie na przykładowym zresztą wskazaniu niektórych zdarzeń uznanych przez kontrahentów za przejawy siły wyższej.

Stosownie do treści art. 1.1 pkt k) umowy siła wyższa oznacza wszelkie przeszkody nieprzewidywalne w chwili zawierania umowy, powodujące konieczność wstrzymania inwestycji i niemożność wykonywania umowy, **których wystąpienie znajduje się poza kontrolą stron**, w szczególności (...), decyzje organów administracji publicznej. Wbrew zatem zarzutom apelacji nie jest tak, że umowa stron nie przewidywała żadnych obwarowań do uznania za przypadek siły wyższej poza samym wydaniem stosownej decyzji przez organ administracji publicznej. Zgodnie ze wstępną, ogólną częścią definicji siły wyższej zbadać należało, czy wystąpienie danej przeszkody znajdowało się poza kontrolą stron. Sąd Okręgowy uznał, że tak nie było i Sąd Apelacyjny w całej rozciągłości ocenę tę podziela.

W sprawie było bezsporne, że postanowienie PINB o wstrzymaniu robót budowlanych było konsekwencją katastrofy budowlanej, która wystąpiła na budowie w dniu 26 sierpnia 2008 r. Wydaniu ww. postanowienia można by zapobiec, gdyby nie dopuścić do zajścia przedmiotowej katastrofy budowlanej. Jak wynika z, również w tym zakresie, bezspornych ustaleń faktycznych, do katastrofy budowlanej doszło jednak nie z przyczyn od uczestników procesu budowlanego niezależnych, ale wskutek błędów ludzkich. Charakter tych błędów (uderzenie kosza wysięgnika samojezdnego w ścianę z otworami okiennymi wskutek wykonywania pracy przez jedną osobę bez prawidłowego zabezpieczenia terenu w zasięgu pracy urządzenia, błędy konstrukcyjne i wykonawcze wynikające z wprowadzenia istotnych zmian do zatwierdzonego projektu) był taki, że były one możliwe do zapobieżenia w przypadku prawidłowego postępowania uczestników procesu budowlanego. Pozwany na podstawie art. 474 k.c. za błędy tych podmiotów odpowiada, zatem za bezzasadne uznać należało twierdzenie apelacji, że pozwany nie ponosi odpowiedzialności za przedmiotową katastrofę budowlaną.

W konsekwencji uznać należało, że wydanie przez PINB postanowienia o wstrzymaniu robót budowlanych nie znajdowało się poza kontrolą stron, zatem pozwany nie mógł powoływać się na zaistnienie siły wyższej i wywodzić z tego uprawnienia do wydłużenia terminu wykonania umowy.

W przypadku oświadczeń woli ujętych w formie pisemnej, czyli wyrażonych w dokumencie, sens tych oświadczeń ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu. W takim przypadku kluczowe znaczenie mają językowe reguły znaczeniowe. Wykładni poszczególnych wyrażen dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w tym także związków treściowych występujących między zawartymi w tekście postanowieniami. Błędne zatem było stanowisko strony pozwanej przypisujące decydujące znaczenie przykładowemu wskazaniu przypadków siły wyższej z pominięciem jej ogólnej definicji zawartej we wstępnej części art. 1.1 pkt k) umowy z dnia 7 sierpnia 2007 r. Pozwany nie przedstawił przy tym jakichkolwiek dowodów, z których wynikałoby, że zgodnym zamiarem stron przedmiotowej umowy było uznanie za przypadek siły wyższej każdego zdarzenia wskazanego jako jej egzemplifikacja, bez względu na to, czy jego wystąpienie znajdowało się poza kontrolą stron, czy też nie. Nie jest to może argument rozstrzygający, tym niemniej należało jednak zwrócić uwagę, że strona pozwana nie była pierwotnie stroną umowy o realizację projektu z dnia 7 sierpnia 2007 r., a tym samym nie negocjowała jej postanowień. Z drugiej strony, wykładnia pojęcia siły wyższej dokonana przez Sąd I instancji i podzielona przez Sąd Apelacyjny uwzględnia treść umowy, znaczenie jakie siła wyższa ma w języku prawniczym i niewątpliwie odpowiada celowi przedmiotowej umowy. Trudno jest bowiem założyć, aby kontrahenci zawierający umowę chcieli zagwarantować wykonawcy możliwość wydłużenia terminu realizacji umowy również w takiej sytuacji, gdy do opóźnienia dochodzi w związku z okolicznościami za

które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Żadne argumenty - poza twierdzeniami powoda - nie przemawiały za tak niekorzystną dla zleceniodawcy wykładnią postanowień art. 6.12 w zw. z art. 1.1 pkt k) umowy o realizację projektu.

Ponieważ poza powołaniem się na zaistnienie siły wyższej, w rozumieniu zdefiniowanym przez strony w umowie z dnia 7 sierpnia 2007 r., strona pozwana nie powoływała się i nie wykazała jakichkolwiek innych okoliczności, które zwalniałyby (...) od odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy o realizację projektu, przyjęć należało, że po stronie pozwanej powstała odpowiedzialność kontraktowa względem powoda, co otwierało drogę do rozważenia czy powodowej spółce należała się kara umowna dochodzona niniejszym powództwem. Jednocześnie podkreślić należało, że rodzaj uchybień, jakich dopuścił się na terenie budowy podmiot, za którego działania (zaniechania) pozwany ponosi odpowiedzialność na podstawie art. 474 k.c., pozwalał niewątpliwie na przypisanie mu - a tym samym (...) co najmniej niezachowania należytej staranności (art. 471 k.c. w zw. z art. 472 k.c., art. 474 k.c. i art. 355 § 2 k.c.).

Trzeci zarzut pozwanego również dotyczył naruszenia art. 65 k.c. poprzez błędną wykładnię pkt 6 umowy i w konsekwencji dowolne uznanie, że powodowi przysługuje - choćby co do zasady - roszczenie o kary umowne. Zdaniem pozwanego z treści umowy wynika, że strony uzależniły i zróżnicowały wymagalność kar umownych wprost od ich naliczenia w realizacji fazy 1 i 2 umowy, a ich zapłatę od dnia rozpoczęcia umowy najmu. Skoro umowa ta nigdy nie weszła w życie - i to z wyłącznej winy powoda (ogłoszenia jego upadłości) - to wyłączało to zasadność powództwa.

Również powyższy zarzut nie był zasadny, bowiem Sąd Okręgowy nie naruszył przy interpretacji postanowień umowy z dnia 7 sierpnia 2007 r. art. 65 k.c.

Przede wszystkim nie można było zgodzić się z podstawowym argumentem strony pozwanej, że z treści umowy wynikało, że kary umowne miały przysługiwać powodowi tylko wówczas, gdy umowa najmu wejdzie w życie.

Po pierwsze, w art. 6.7 umowy o realizację projektu strony wskazały, że **w celu wyegzekwowania zachowania terminów związanych z budową** na wykonawcę (pierwotnie (...), a po przejęciu praw i obowiązków wynikających z umowy z dnia 7 sierpnia 2007 r. (...)) zostaną nałożone kary umowne w przypadku niedopełnienia przez wykonawcę zobowiązań związanych z zakończeniem poszczególnych faz budowy, najdalej we wskazanych w tym punkcie terminach. W art. 6.8 określono z kolei wysokość kar umownych za opóźnienia w poszczególnych fazach oraz postanowiono, że kary umowne będą wpłacane przez wykonawcę na zablokowane, wspólne dla obu stron konto. W art. 6.9 oraz art. 6.10 przewidziano sposób postępowania w przypadku, gdy na dzień rozpoczęcia umowy najmu łączna suma kar umownych zapłaconych przez wykonawcę za opóźnienia w fazach 1 i 2 będzie niższa albo wyższa niż kara umowna za opóźnienia w fazie 3.

Z powyższych postanowień nie sposób jest wyprowadzić wniosek, że strony uzależniły uprawnienie powoda do dochodzenia kar umownych od rozpoczęcia umowy najmu. Art. 6.9 oraz art. 6.10 wskazują jedynie sposób postępowania w sytuacji, gdy we wskazanym w nich dniu będzie zachodziła określona relacja pomiędzy wysokością kar za opóźnienia w poszczególnych fazach. Postanowienia te nawiązują też do tego, że wykonawca zobowiązany był wpłacać kary umowne na zablokowane, wspólne dla obu stron konto. Wbrew zarzutom apelacji z tych postanowień umownych, jak również jakichkolwiek innych, nie wynika, aby uprawnienie powodowej spółki do żądania kar umownych powiązane zostało z rozpoczęciem umowy najmu. Zarzut pozwanego, iż z przedmiotowej umowy wynika, że kary umowne będą przysługiwać powodowi **tylko wówczas**, gdy w dniu rozpoczęcia umowy najmu będą zachodziły określone relacje między wysokością kar za poszczególne fazy nie znajdował potwierdzenia w treści umowy. Pozwany nie przedstawił też jakichkolwiek dowodów w celu wykazania, że strony zawierające umowę o realizację projektu rozumiały postanowienia dotyczące kar umownych właśnie w sposób prezentowany przez (...).

Nie ulega natomiast wątpliwości, że przedstawiony przez pozwanego sposób rozumienia postanowień art. 6.9 oraz art. 6.10 umowy z dnia 7 sierpnia 2007 r. w rzeczywistości prowadziły do zanegowania celu, jakiemu zastrzeżenie tych kar przyswieceło. Skoro stosownie do art. 6.7 umowy chodziło o wyegzekwowanie od wykonawcy zachowania terminów związanych z budową, to nie sposób uznać, że powód mógł żądać kar umownych wyłącznie w sytuacji, gdy doszło do rozpoczęcia umowy najmu. W takiej sytuacji strona pozwana opóźniając się z realizacją przedmiotu umowy mogłaby doprowadzić do sytuacji, że nie doszłoby do rozpoczęcia umowy najmu (stosownie do art. 12.1 umowy o realizację

projektu umowa najmu miała zacząć obowiązywać dopiero wraz z wydaniem przedmiotu umowy, tj. realizacją fazy 3), a tym samym uniemożliwić stronie powodowej dochodzenie należności z tytułu kary umownej). Taka wykładnia byłaby nie tylko sprzeczna ze wskazanym przez strony w art. 6.7 umowy celem zastrzeżenia kar umownych, ale w ogóle podważałaby jakąkolwiek racjonalność takiego postanowienia umownego. W tej sytuacji należało zgodzić się z interpretacją spornych postanowień umownych dokonaną przez Sąd Okręgowy.

Pozwany zarzucił także Sądowi I instancji naruszenie art. 395 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez nieuwzględnienie faktu, iż na skutek ogłoszenia upadłości strony powodowej pozwany pismem z dnia 26 czerwca 2009 r. odstąpił od umowy o realizację projektu. W konsekwencji umowa ta uległa rozwiązaniu ze skutkiem *ex tunc*, a tym samym wygasły wszelkie roszczenia akcesoryjne stron, w tym ewentualne roszczenia o zapłatę kar umownych. Jednocześnie Sąd Okręgowy dokonał błędnej wykładni postanowień umowy przyjmując, że doszło do jej wypowiedzenia, nie zaś odstąpienia. Jednakże, stosownie do art. 24.1 umowy, w razie wątpliwości co do treści umowy rozstrzygała wersja angielska". Wersja ta stanowi zaś o możliwości odstąpienia od umowy, nie zaś o jej wypowiedzeniu.

Także ten zarzut pozwanego nie zasługiwał na uwzględnienie.

Przede wszystkim stwierdzić należało, że (...) podnosząc zarzut wadliwej wykładni umowy o realizację projektu i odstąpienia od niej w związku z ogłoszeniem upadłości spółki (...), pominął treść art. 83 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (t. jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 1112 ze zm.; dalej jako PUiN), zgodnie z treścią którego nieważne są postanowienia umowy zastrzegające na wypadek ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły. Niezależnie zatem od tego, czy w art. 25.1 umowy z dnia 7 sierpnia 2007 r. byłaby mowa o odstąpieniu od umowy, czy też o wypowiedzeniu umowy, to tak rozumiany zapis byłby bezwzględnie nieważny i nie mógłby stanowić podstawy złożenia oświadczenia zarówno o odstąpieniu od umowy, jak i jednostronnym wypowiedzeniu umowy.

Nie stanowi przedmiotu niniejszego postępowania ocena skuteczności oświadczenia pozwanego z dnia 26 czerwca 2009 r. „o rozwiązaniu ze skutkiem natychmiastowym” PDA (tj. umowy o realizację projektu z dnia 7 sierpnia 2009 r.), jednak w związku z powyższym zarzutem strony pozwanej stwierdzić należało, że choćby z uwagi na treść art. 83 PUiN, oświadczenie to nie mogło stanowić skutecznego odstąpienia przez (...) od umowy o realizację projektu.

Niezależnie od powyższego zauważyć należało, że w ww. oświadczeniu z dnia 26 czerwca 2009 r. strona pozwana jako podstawę rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym wskazała art. 25.2 przedmiotowej umowy, nie zaś art. 25.1, do którego treści pozwany odwołuje się w apelacji.

Już zupełnie na marginesie zauważyć należało, że można mieć uzasadnione wątpliwości czy art. 25.1 umowy o realizację projektu przewiduje możliwość jej rozwiązania na wypadek ogłoszenia upadłości jej stron.

W orzecznictwie oraz piśmiennictwie wskazuje się, że postanowienia umowy - o ile to jest możliwe - nie powinny być interpretowane w sposób prowadzący do sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. W tej sytuacji można zatem bronić tezy, że art. 25.1 umowy nie przewiduje możliwości rozwiązania umowy na wypadek ogłoszenia upadłości przez któregoś z kontrahentów.

Nietrafny był też zarzut pozwanego dotyczący naruszenia przez Sąd I instancji art. 479¹² § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie do akt pisma procesowego powoda z dnia 8 grudnia 2011 r. (omyłkowo określono datę pisma na 8 grudnia 2012 r.), stanowiącego odpowiedź na pismo procesowe pozwanego doręczone powodowi w dniu 15 listopada 2011 r. Ustawowy termin na podniesienie ewentualnych nowych twierdzeń upłynął powodowi w dniu 29 listopada 2011 r., chyba że wykazałby, że ich powołanie w pozwie nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynikła później, na co jednak strona powodowa w ogóle się nie powoływała.

Po pierwsze, znajdujący zastosowanie w niniejszej sprawie art. 479¹² § 1 k.p.c. dotyczy prekluzji twierdzeń i dowodów, nie reguluje zaś kwestii przyjęcia pisma procesowego do akt sądowych. Nieprzyjęcie pisma procesowego do akt

mogłoby ewentualnie nastąpić w związku z jego zwrotem, strona pozwana nie twierdziła jednak, że w sprawie istniały podstawy do zwrotu pisma z dnia 8 grudnia 2011 r.

Po drugie, ww. pismo nie zawiera żadnych nowych twierdzeń i dowodów, a jedynie argumentację prawną odnoszącą się do poszczególnych zarzutów podniesionych przez pozwanego w celu uzasadnienia jego stanowiska procesowego. Argumentacja prawna prekluzji zaś nie podlega i może być przytaczana aż do zamknięcia rozprawy w instancji. Do pisma dołączony został jedynie odpis postanowienia Sądu Rejonowego w G. z dnia 5 października 2011 r. o zakończeniu postępowania upadłościowego spółki (...) w celu wykazania aktualnego oznaczenia strony powodowej, nie zaś w celu wykazania faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 227 k.p.c.).

Nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut zapisu na sąd polubowny i w konsekwencji wniosek o odrzucenie pozwu.

W dniu 4 maja 2009 r. ogłoszona została upadłość spółki (...) obejmująca likwidację majątku dłużnika. Stosownie do treści art. 147 PUiN zapis na sąd polubowny dokonany przez upadłego traci moc z dniem ogłoszenia upadłości, a toczące się już postępowania ulegają umorzeniu. Z kolei, stosownie do art. 372 ust. 1 PUiN, zmiany stosunków prawnych dokonane na podstawie przepisów ustawy obowiązują upadłego i drugą stronę również po umorzeniu lub zakończeniu postępowania upadłościowego, zatem utrata mocy przez zapis na sąd polubowny ma charakter definitywny i nie daje podstawy do wytoczenia powództwa przed sądem polubownym. W tej sytuacji za nietrafne uznać należało rozważania strony pozwanej przytoczone na uzasadnienie zarzutu zapisu na sąd polubowny. Czyniło to też całkowicie bezzasadnym zarzut naruszenia art. 178 k.p.c.

W apelacji pozwany nie podniósł zarzutów odnoszących się do rozważań Sądu I instancji dotyczących braku podstaw do miarkowania w niniejszej sprawie kary umownej, jak również braku podstaw do zastosowania art. 5 k.c., co należało odczytywać jako brak zastrzeżeń do argumentacji przytoczonej przez Sąd Okręgowy. Ponieważ jednak wiąże się to ze stosowaniem przepisów prawa materialnego, co podlega z urzędu kontroli sądu II instancji, Sąd Apelacyjny stwierdza, że uznaje w tym względzie stanowisko Sądu I instancji za prawidłowe i przyjmuje za własne.

Mając na względzie przedstawione powyżej argumenty, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację strony pozwanej jako bezzasadną.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd II instancji orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3, art. 99, art. 108 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz na podstawie § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 490).