

*Sygn. akt I ACa 694/12*

*Sygn. akt I ACa 694/12*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 grudnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

***Przewodniczący – Sędzia SA Marzena Konsek – Bitkowska***

***Sędzia SA Edyta Jefimko***

***Sędzia SA Barbara Trębska (spr.)***

***Protokolant st. sekr. sąd. Joanna Baranowska***

po rozpoznaniu w dniu 14 grudnia 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Towarzystwa (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W.

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

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 8 grudnia 2011 r.

sygn. akt XVI GC 115/11

**1. oddala apelację;**

**2. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. na rzecz Towarzystwa (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I A Ca 694/12

## UZASADNIENIE

Towarzystwo (...) S.A. z siedzibą w W. wniosło o zasądzenie od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. kwoty 897.111,84 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 22 czerwca 2007 r. do dnia zapłaty. W uzasadnieniu powód powołał się na umowę ubezpieczenia kredytu zawartą z ubezpieczającym - (...) S.A. z siedzibą w S., który sprzedawał pozwanemu blachę. Z uwagi na brak płatności w stosunku do części faktur, ubezpieczający zgłosił powodowi szkodę w wysokości 1.001.308,68 zł. Po potrąceniu udziału własnego ubezpieczającego, w dniu 21 czerwca 2007 r. powód wypłacił (...) S.A. kwotę 897.111,84 zł tytułem odszkodowania. Wypłata ta spowodowała, zdaniem powoda, przejście na niego roszczenia o zapłatę.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa, powołując się na brak legitymacji czynnej powoda oraz umorzenie wierzytelności częściowo wskutek zapłaty, a częściowo wskutek potrącenia dokonanego pismem z dnia 19 lipca 2007 r. z wierzytelnością z tytułu odszkodowania za nieterminowe wykonanie przez powoda zobowiązania.

Wyrokiem z 5 maja 2009 r. Sąd Okręgowy w Warszawie uwzględnił w całości powództwo. Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 4 maja 2010 r. wskutek rozpoznania apelacji pozwanego, uchylił to orzeczenie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Sąd drugiej instancji podzielił trafność stanowiska Sądu Okręgowego, co do posiadania przez powoda legitymacji czynnej w niniejszym procesie oraz sposobu zarachowania wpłat dokonanych przez pozwanego w dniach 30 listopada 2006 r., 15 grudnia 2006 r. i 26 stycznia 2007 r. na poczet wierzytelności (...) S.A., zakwestionował jednak stanowisko tego Sądu dotyczące istnienia wierzytelności przedstawionej przez pozwanego do potrącenia. Zdaniem Sądu Apelacyjnego nieprawidłowości w tym zakresie dotyczyły: niezasadnego oddalenia dowodów w postaci dokumentów sporządzonych w języku obcym, bez wzywania strony do ich tłumaczenia, naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w szczególności przez: nieustalenie, jakiej treści umowę zawarł pozwany z (...) S.A., niedokonanie oceny zleceń zakupu przesłanych przez pozwanego (...) S.A., w tym w aspekcie art. 68<sup>2</sup> k.c., niewskazanie, dlaczego Sąd przyjął, że zawarte w tych zleceniach terminy dostaw nie były wiążące, lecz były później negocjowane, brak uzasadnienia uznania za niewiarygodne zeznań D. O., H. Y. i A. C. (1) na tę okoliczność, brak uzasadnienia dla ustalenia braku opóźnienia w realizacji umowy przez (...) S.A. mimo zeznań świadka Z. J., nieuwzględnienie i brak analizy zeznań świadka Z. J. dotyczących określania z zleceniami dla (...) S.A. terminu ich realizacji oraz bezpodstawne odrzucenie twierdzeń dotyczących zawierania wielu umów prezentowanych przez pozwanego, naruszenie art. 95 k.c. w zakresie oceny skuteczności dokonanego przez (...) S.A. w stosunku do pozwanego potrącenia kary umownej z przysługującego pozwanemu wynagrodzenia, poprzez pominięcie zapisu dającego kierownikowi projektu tej spółki - (...) pełnomocnictwo do reprezentowania spółki przy wykonywaniu umowy oraz bezpodstawne przyjęcie, że oświadczenia w imieniu spółek handlowych mogą składać jedynie osoby wpisane do KRS; nietrafne przyjęcie, że pozwany miał obowiązek wykazania innych powodów niewykonania w terminie umowy z (...) S.A. niż opóźnienie (...) S.A., w sytuacji, gdy powód nie zgłaszał zarzutu w tym zakresie.

Wobec stwierdzenia przytoczonych wyżej uchybień Sąd Apelacyjny stanął na stanowisku nierozpoznania przez Sąd Okręgowy istoty sporu oraz polecił Sądowi pierwszej instancji przy ponownym rozpoznaniu sprawy:

- przeprowadzenie dowodów z dokumentów złożonych w języku obcym, z zastosowaniem art. 256 k.p.c. i w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy poczynienie ustaleń w zakresie stosunków umownych łączących (...) S.A. z pozwanym, w szczególności, gdy chodzi o sposób zawarcia umowy (umów) i terminu jej (ich) wykonania,
- ustalenie, czy (...) S.A. dopuścił się zwłoki w dostawach,
- w przypadku ustalenia, że zwłoka taka miała miejsce, ocenę stanowiska powoda co do prawidłowości powoływania się przez powoda na art. 490 § 1 k.c. w związku z opóźnieniem pozwanego w regulowaniu należności za dostarczoną już blachę.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, przy niezmienionych stanowiskach stron, Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 8 grudnia 2011 r. uwzględnił powództwo w całości. Orzeczenie to oparł Sąd o następujące ustalenia faktyczne i ocenę prawną.

Powód zawarł z (...) S.A. z siedzibą w S. umowę ubezpieczenia ryzyka kredytu kupieckiego. W dniu 3 lipca 2004 r. powód wystawił polisę dla (...) S.A., w której zobowiązał się do wypłaty ubezpieczającemu odszkodowania, jeżeli ten nie otrzymał płatności z tytułu sprzedaży towarów w wyniku prawnie potwierdzonej lub faktycznej niewypłacalności klienta, o ile należności te powstały w okresie obowiązywania umowy ubezpieczenia oraz spełniają warunki zawarte w umowie ubezpieczenia. Umowa została zawarta na okres od 1 lipca 2006 r. do dnia 30 czerwca 2007 r. Na treść umowy składały się ogólne warunki ubezpieczenia (OWU), szczególne warunki ubezpieczenia, polisa oraz dodatkowe uzgodnienia. Zgodnie § 2 ust. 1 i 2 OWU ochroną ubezpieczeniową objęto bezsporne należności powstałe w okresie ubezpieczenia z tytułu sprzedaży lub dostawy towarów, które ubezpieczający wykonał. Ochrona

ubezpieczeniowa rozpoczynała się od chwili wydania lub odbioru towaru albo wykonania usługi, potwierdzonego przez klienta w odpowiednich dokumentach. Ubezpieczający zobowiązał się do wystawienia faktury zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, ale nie później niż w ciągu jednego miesiąca od dnia wydania lub odbioru towaru albo od wykonania usługi. Ustalono, że należności są ubezpieczone tylko wtedy, jeżeli ubezpieczyciel pisemnie poinformował ubezpieczającego o istnieniu limitu kredytowego wobec danego klienta lub jeżeli ubezpieczający spełnił warunki kontroli klienta przez ubezpieczającego zgodnie z treścią klauzuli „Ubezpieczenie w ramach kontroli klienta przez ubezpieczającego” oraz przy uwzględnieniu sytuacji opisanych w punkcie 4. Ochrona ubezpieczeniowa wobec danego klienta zgodnie z wolą stron umowy, miała obowiązywać dla należności powstałych od dnia wskazanego w decyzji kredytowej. W § 2 ust. 5 OWU zastrzeżono, że w przypadku, gdy ubezpieczyciel po złożeniu formularza wniosku o ustalenie limitu kredytowego, nie ustalił jeszcze limitu kredytowego wobec danego klienta, to ochrona ubezpieczeniowa ograniczona jest maksymalnie do wysokości granicy kontroli klienta przez ubezpieczającego określonej w warunkach szczególnych i obejmuje tylko te należności, w stosunku do których zostały zachowane warunki kontroli klienta przez ubezpieczającego, uzgodnione i określone w umowie ubezpieczenia między ubezpieczającym a ubezpieczonym. Z kolei w ust. 6 tego paragrafu, postanowiono, że w przypadku, gdy całość należności od danego klienta przekracza próg obowiązku zgłoszenia, a ubezpieczający nie wystąpił w wymaganym czasie, o którym mowa w § 4 ust. 3 OWU, z wnioskiem o ustalenie limitu kredytowego wobec danego klienta, przestaje obowiązywać ochrona ubezpieczeniowa dla całości należności od tego klienta. Zgodnie z § 4 ust. 2 OWU ubezpieczający zobowiązał się wystąpić z wnioskami o ustalenie limitów kredytowych wobec poszczególnych klientów w takich wysokościach, które pozwolą na objęcie ubezpieczeniem wszystkich należności od poszczególnych klientów z krajów wymienionych w warunkach szczególnych.

W dniu 26 czerwca 2006 r. powód potwierdził (...) S.A. ustalenie limitu kredytowego dla klienta (...) Sp. z o.o. w G. wynikającego z umowy ubezpieczenia, na kwotę 4.000.000 zł, przy udziale ochrony ubezpieczeniowej w wysokości 85% oraz udziale własnym ubezpieczającego w wysokości 100% oraz poinformował (...) S.A. o przyznaniu dodatkowego limitu kredytowego dla należności przysługujących tej spółce od pozwanego, a powstałych po 1 czerwca 2006 r. do 15 grudnia 2006 r. w wysokości 5.000.000 zł. W piśmie tym wskazano, że dodatkowy limit obowiązuje wyłącznie z nieodwołalną, płatną na pierwsze żądanie i wolną od wad prawnych gwarancją (...) SA Zona (...). Decyzja ta została dostarczona (...) S.A. w formie elektronicznej z podpisem faksimile T. S. oraz prezesa zarządu powodowej spółki i wydana z użyciem systemu AS 400. Współpraca pomiędzy (...) S.A. a pozwanym trwała od około trzech lat. W roku 2006 r. miała ona charakter stały, obejmowała około 6-7 projektów.

(...) S.A. i pozwany nie zawarli pisemnej umowy na dostarczanie blach. Współpraca przebiegała w ten sposób, że na spotkaniach organizowanych w siedzibie pozwanego, dyrektor handlowy (...) S.A. - P. K. zapoznawał się z zapotrzebowaniami pozwanego na blachy dotyczącymi realizowanych przez tę spółkę projektów, a następnie ustalano cenę stali oraz ogólne terminy dostaw. (...) na potrzeby poszczególnych projektów była dostarczana partiami na podstawie zamówień pozwanego. Były one składane w ten sposób, że pracownik pozwanego przesyłał faxem do pracownika (...) S.A. zapotrzebowanie na poszczególne rodzaje blach. Zamówienia te zawierały określoną datę dostawy. W celu ustalenia terminu realizacji zleceń, (...) S.A. kontaktował się z wytwórcą blach - Hutą (...) o.o. (Huta (...)) ustalając, w jakich terminach będzie możliwe wytworzenie zamawianych blach oraz informowała o tych ustaleniach pozwanego. Z tego względu przedmiot, wielkość i terminy dostaw były także często doprecyzowywane przez strony w korespondencji mailowej oraz na wspólnych spotkaniach. W ramach współpracy (...) S.A. otrzymywała od pozwanego zlecenia na dostawę blach potrzebnych do realizacji projektu polegającego na budowie estakady dojazdowej do przeprawy mostowej w P., wykonywanej przez pozwaną na podstawie umowy z (...) S.A. W trakcie realizacji projektu doszło do opóźnień w dostawach blach ze strony (...) S.A. oraz do opóźnień w zapłacie za dostarczone towary przez pozwaną.

Analiza trzydziestu zleceń złożonych w okresie od 13 marca 2006 r. do 31 maja 2006 r., z uwzględnieniem podanych w nich dat dostaw oraz dat rzeczywistych dostaw blach wskazuje, iż opóźnienia w dostawach wynosiły od 7 do 123 dni.

Z kolei z noty odsetkowej wystawionej przez (...) S.A. na dzień 31 grudnia 2006 r., wynika, że pierwsze płatności z końca stycznia 2006 r. ulegały opóźnieniu od 10 do 20 dni, od kwietnia zdarzało się, że zaległości przekraczały 20 dni,

w maju zaległości wynosiły przeciętnie 40-60 dni, a te z czerwca bywało, że przekraczały 100 dni. Część należności z lipca i sierpnia 2006 r. w ogóle nie zostało uiszczonych.

Kwestie opóźnień w realizacji dostaw i płatności były przedmiotem korespondencji mailowej i spotkań pomiędzy pracownikami (...) S.A. i pozwanego, a także spotkań organizowanych z przedstawicielami Huty (...). Ustalano na nich terminy realizacji zamówień, poruszano kwestie opóźnień w ich realizacji i zapłacie, dokonywano ustaleń dotyczących terminów zapłaty. Zdarzało się, że informowano pozwaną o terminie walcowania blach, terminie dostawy, a później terminy nie były dotrzymywane. Zakłócenia kolejności dostaw poszczególnych rodzajów blach, ich opóźnienia utrudniały prawidłową realizację kontraktu. W listopadzie 2006 r. pozwana poinformowała (...) S.A., że (...) S.A. chce obciążyć ją karą za nieterminowe wykonanie zadania. W okresie 28 lipca 2006 r. do 31 sierpnia 2006 r. powódka wystawiła pozwanej z tytułu wykonanych dostaw faktury wskazane w treści pozwu, których terminy płatności zawierały się w okresie od dnia 26 września 2006 r. do dnia 30 października 2007 r. Pozwana nie uregulowała powyższych faktur w terminie.

Notą odsetkową z dnia 31 grudnia 2006 r. (...) S.A. obciążyła pozwaną za nieterminową zapłatę wystawionych faktur, wskazując, iż termin płatności ma nastąpić w dniu 30 marca 2007 r. W dniu 27 lutego 2007 r. w odpowiedzi na wezwanie zapłaty z dnia 13 lutego 2007 r. pozwana zwróciła się do (...) S.A. o uzupełnienie załączników do wezwania zapłaty, uzależniając od tego rozpoczęcie procedury wykonania umowy poręczenia. Zwróciła się o przesłanie dokumentów w formie poświadczonych przez notariusza lub radcę prawnego, wraz z tłumaczeniem na język angielski. W dniu 15 grudnia 2005 r. (...) S.A. zawarła z (...) S.A. z siedzibą w O. w Portugalii umowę poręczenia, w której (...) S.A. poręczył względem (...) S.A. za wykonanie przyszłych zobowiązań pozwanego do zapłaty cen oraz ewentualnych przyszłych zobowiązań pozwanego do zapłaty odsetek za opóźnienie w zapłacie tych cen, które powstaną lub mogą powstać z tytułu umów sprzedaży, jakie (...) S.A. zawarłby w pozwanym w okresie od dnia 15 grudnia 2005 r. do dnia 15 grudnia 2006 r. Pismem z dnia 13 lutego 2007 r. (...) S.A. wezwał (...) S.A. do zapłaty kwoty 1.001.380,68 zł tytułem poręczenia za zobowiązania (...) S.A. W piśmie z dnia 22 marca 2011 r. (...) S.A. poinformowała powoda, że nie przedstawiono jej wszystkich dokumentów uzasadniających weryfikację roszczeń (...) S.A.

Pozwaną łączyła z (...) S.A. umowa, na podstawie której zobowiązywała się ona wykonać konstrukcję stalową lewej strony estakady dojazdowej do przeprawy mostowej w P.. Pozwana opóźniła się z realizacją powierzonych jej prac, czego konsekwencją było obciążenie jej karą umowną w wysokości 5.461.000,- zł, którą B. potrącił pozwanej z wynagrodzenia za wykonanie robót. Pismem z dnia 11 czerwca 2007 r. pozwana wezwała (...) S.A. do zapłaty kwoty 5.461.000 zł tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie zobowiązań. Oświadczyła, że na skutek zwłoki (...) S.A. w dostawach blachy, nie miała możliwości wykonania w terminie prac objętych umową z (...) S.A. Zdaniem pozwanej szkoda wyrządzona jej z powodu nieterminowego realizowania przez (...) S.A. dostaw blachy, obejmuje karę umowną, jaką została ona obciążona przez (...) S.A. W dniu 19 lipca 2007 r. pozwana złożyła (...) S.A. oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z wynikających z nieuiszczonych faktur, z roszczeniem odszkodowawczym nienależytego wykonania zobowiązania, w wyniku czego była zobowiązana do zapłaty kary umownej na rzecz (...) S.A. Pozwana podniosła również, że należności określone w sześciu fakturach, a jednej częściowo, wymienionych w piśmie w sumie na kwotę 174.559,39 zł, zostały przez nią uregulowane przelewami z 30 listopada 2006 r., 15 grudnia 2006 r. oraz 26 stycznia 2007 r. W dniu 20 marca 2007 r. (...) S.A. skierował do pozwanego pismo wskazujące stan nieuregulowanych rozrachunków na kontach bilansowych kontrahenta (...) Sp. z o.o..

Po potrąceniu udziału własnego, powód wypłacił (...) S.A. w dniu 21 czerwca 2007 r. odszkodowanie w wysokości 897.111,84 zł. Powód uznał, że istnieją podstawy do wypłaty odszkodowania za szkodę wynikającą z nieuiszczenia przez pozwaną należności z faktur.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie wskazanych dokumentów, które nie były przez strony kwestionowane oraz zeznań świadków, które ocenił jako wiarygodne.

W ocenie Sądu Okręgowego roszczenie powoda okazało się zasadne. Zdaniem tego Sądu powód wykazał, że przysługuje mu legitymacja czynna. Wywodził ją z treści art. 828 § 1 zd. 1 k.c., a w celu jej wykazania załączył

do pozwu m. in. kopie dokumentów w postaci polisy, ogólnych warunków ubezpieczenia, szczególnych warunków ubezpieczenia, dodatkowych uzgodnień, aneksu do umowy ubezpieczenia z dnia 13 listopada 2006 r. oraz pisma potwierdzającego ustalenie limitu kredytowego, których ważność i skuteczność w stosunkach pomiędzy powodem a (...) S.A. nie była kwestionowana przez pozwanego. Zdaniem Sądu powód wykazał, że zaszły zdarzenia uzasadniające powstanie roszczenia ubezpieczonego (...) S.A. w stosunku do powoda o wypłatę odszkodowania, o których mowa w przywołanych wyżej postanowieniach dokumentów kształtujących treść umowy ubezpieczenia. Wskazał, iż w toku postępowania powód przedstawił kopię pisma z dnia 26 czerwca 2006 r., w którym potwierdził wobec (...) S.A. ustalenie limitu kredytowego dla klienta (...) Sp. z o.o., wynikającego z umowy ubezpieczenia na kwotę 4.000.000 zł, przy udziale ochrony ubezpieczeniowej w wysokości 85% oraz udziale własnym ubezpieczającego w wysokości 100% oraz poinformował (...) S.A. o przyznaniu dodatkowego limitu kredytowego dla należności przysługujących tej spółce od pozwanego i powstałych po dniu 1 czerwca 2006 r. do dnia 15 grudnia 2006 r. w wysokości 5.000.000 zł. Pismo to zostało wygenerowane w systemie komputerowym AS 400, a następnie opatrzone podpisami osób uprawnionych do reprezentacji powoda - E. H. - Prezesa Zarządu powoda oraz T. D. Biura (...) powoda i przesłane przez ubezpieczyciela do ubezpieczającego w formie elektronicznej. Taka forma komunikacji była przyjęta oraz akceptowana przez strony umowy ubezpieczenia, które pozostawały ze sobą w stałych stosunkach gospodarczych. Skuteczność tego oświadczenia nie była kwestionowana ani przez ubezpieczyciela, ani przez (...) S.A. Tym samym spełniony został warunek określony w § 2 ust. 2 OWU, który uzależniał objęcie płatności ochroną ubezpieczeniową od obowiązku pisemnego i poinformowania przez ubezpieczyciela ubezpieczającego o istnieniu limitu kredytowego wobec pozwanego. Objęcie płatności (...) Sp. z o.o. z okresu od czerwca 2006 r. do września 2006 r. ochroną ubezpieczeniową na podstawie decyzji o przyznaniu limitu kredytowego potwierdzają także zeznania świadka A. S.. Ponadto Sąd podniósł, iż powód wykazał, że w okresie ubezpieczenia zaszło zdarzenie skutkujące obowiązkiem wypłaty przez ubezpieczyciela odszkodowania. Zgodnie z treścią polisy ubezpieczeniowej oraz decyzji kredytowej zdarzeniem takim mogło być nieotrzymanie przez ubezpieczonego płatności od klienta (...) Sp. z o.o. za należności z tytułu sprzedaży blachy powstałe w okresie od 1 czerwca 2006 r. do 15 grudnia 2006 r., w wyniku jego faktycznej niewypłacalności. Powód przedstawił na powyższe okoliczności dowody w postaci kopii faktur wystawionych w okresie od dnia 28 lipca 2006 r. do dnia 31 sierpnia 2006 r. wraz z załączonymi do nich specyfikacjami załadunku oraz potwierdzeniami wydania „WZ”, określającymi ilość i rodzaj blachy, dostarczonej pozwanemu. Z treści faktur wynika, że terminy ich płatności przypadały od 26 września 2006 r. do 30 października 2007 r., a więc w okresie objętym ochroną ubezpieczeniową. Okolicznością bezsporną było, że pozwany nie uregulował powyższych faktur w terminie.

Zdaniem Sądu podnoszony przez pozwanego zarzut automatycznego ustania ochrony ubezpieczeniowej w stosunku do części faktur należało uznać za sprekludowany. Pozwany miał możliwość podniesienia tego zarzutu już w odpowiedzi na pozew, a nie zaszły szczególne okoliczności uzasadniające uznanie, że potrzeba jego powołania wynikała później. Nie było też sporne, że w dniu 21 czerwca 2007 r. powód zaspokoił roszczenie (...) S.A. w kwocie dochodzonej pozwem.

W związku z podniesionym przez pozwanego zarzutem potrącenia dochodzonej przez powoda wierzytelności z wierzytelnością odszkodowawczą, jaką pozwany miał w stosunku do spółki (...) S.A. z tytułu nienależnego wykonania zobowiązania dotyczącego dostawy blachy, Sąd rozważał czy pozwany wykazał w oparciu o obowiązek wynikający z art. 6 k.c., iż spółka (...) dopuściła się nienależnego wykonania zobowiązania. Przyjął, że pozwany oraz (...) S.A. pozostawali ze sobą w stałych stosunkach gospodarczych w rozumieniu art. 68<sup>2</sup> k.c. Oferty pozwanego w sposób wystarczający precyzowały wszystkie elementy niezbędne do ustalenia przedmiotu zlecenia. Późniejsze rozmowy stron kontraktu na ten temat terminów dostawy blachy mogły dotyczyć tylko zmiany wcześniej ustalonych terminów. Sąd uznał, że spółka (...) odpowiada za opóźnienia w dostawach, gdyż stosownie do treści art. 474 k.c. nie może ona zasłaniać się nienależnym wykonywaniem zobowiązań przez Hutę (...), bowiem to (...) S.A. ponosiła za nią odpowiedzialność. Tak więc spółkę (...) uznał Sąd, co do zasady za odpowiedzialną za opóźnienia w wykonaniu zleceń, lecz nie wszystkich. Wskazał, iż w mailach z 13 i 18 lipca oraz 25 sierpnia 2006 r. (...) S.A. przesłała do pozwanej jednoznaczną informację, iż „nastąpiła blokada dostaw towaru z uwagi na narosłe zaległości płatnicze, dostawa towaru będzie realizowana po uregulowaniu zaległości płatniczych za zrealizowane dostawy”, przy czym już w mailu z 1 czerwca 2006 r. (...) S.A. ostrzegła pozwaną, że może dojść do wstrzymania dostaw towaru z uwagi na wzrost zaległości płatniczych. Kontrahent podmiotu chcącego skorzystać z uprawnienia przewidzianego art. 490

§ 1 k.c., musi znajdować się w sytuacji, w której spełnienie przez niego świadczenia jest wątpliwe ze względu na jego stan majątkowy. W doktrynie panuje zgoda, co do tego, że musi wystąpić taki stan dotyczący majątku dłużnika, który sprawi, że powstanie wątpliwość, czy dłużnik będzie mógł spełnić konkretne świadczenie wzajemne. Stopniowe narastanie zaległości płatniczej po stronie pozwanego na rzecz (...) S.A. było taką okolicznością, która mogła rodzić wątpliwości, co do wypłacalności pozwanego. Zaległość pozwanej spółki rosła i była znaczna za czas analizowanego okresu. Dlatego Sąd przyjął, że od daty pierwszego maila, tj. 13 lipca 2006 r. (...) S.A. nie opóźniała się z dostawami blach, bowiem skorzystała z uprawnienia do powstrzymania się ze spełnieniem swego świadczenia. W ocenie Sądu nie jest zasadny pogląd pozwanej spółki, że jej stan finansowy był znany (...) S.A. bowiem od początku realizacji dostaw pozwany zalegał z płatnościami. Prawdą jest, że tak było, lecz na początku zaległości płatnicze były niewielkie (10 dni) i zaległości kwotowe były nieznaczne. Z czasem termin zaległości wydłużał się, narastały też kwoty zaległości.

Celem wykazania poniesionej szkody pozwany przedstawił tylko: umowę - źródło zobowiązania do zapłaty kary umownej, notę obciążeniową kontrahenta wraz z oświadczeniem o potrąceniu dokonany przez kontrahenta na kwotę 5.461.000,- zł oraz fakturę na kontrahenta na kwotę 7.047.736,08 zł. Pozwany powołał się też na fakt wystawienia innych faktur na kontrahenta na kwoty 697.938, 61 zł, 1.097.552,81 zł i 1.097.552,81 zł. Sąd podkreślił, iż zdaniem pozwanego koronnym dowodem poniesienia przez niego kosztu kary umownej na rzecz kontrahenta jest to, że nie kwestionował on obciążającej go kary umownej, co najmniej w zakresie dotyczącym kwoty 1.167.632,95 zł. Już z tej treści argumentacji pozwanego zdaniem Sądu wnioskować można, że do rzeczywistego uszczuplenia majątku pozwanego nie doszło. Wskazał nadto, że stosownie do obowiązku zapisanego w art. 6 k.c. pozwany twierdząc, iż jego majątek uległ uszczupleniu na skutek obciążenia go karą umowną, nie dowiódł tego faktu. Samo wystawienie noty obciążeniowej nie powoduje jeszcze uszczerbku majątkowego po stronie obciążonego. Pozwany nie przedstawił wystarczających okoliczności związanych z realizacją jego zobowiązań wobec (...) S.A. pozwalających na ocenę tego, czy opóźnienie wykonania jego zobowiązań wobec tego kontrahenta było spowodowane wyłącznie przez opóźnienia dostaw blach ze strony (...) S.A. Sąd zwrócił uwagę, iż ostatnie dostawy nastąpiły 3 sierpnia 2006 r., a przedostatnie 4 lipca 2006 r., zaś pozwany miał dostarczyć konstrukcję stalową na budowę do 30 sierpnia 2006 r., a uczynił to dopiero 15 grudnia 2006r., a więc ze 127 dniami opóźnienia. Pozwany nie przedstawił żadnych okoliczności i dowodów na to, że z jego strony nie było żadnego opóźnienia, czy też wina w tym opóźnieniu nie leży po stronie odbiorcy robót. Znamienne jest też to, że pozwany został obciążony karą umowną za etap dotyczący dostaw konstrukcji na budowę, który to element robót pozwanego jest powiązany z dostawami realizowanymi przez spółkę (...), zaś nie ma informacji, by pozwany był obciążony za dalsze etapy realizacji jego zadania jak zakończenie montażu konstrukcji czy zakończenie malowania - podczas gdy z okoliczności wynika, że i tamte terminy nie mogły być także dotrzymane. Sąd podniósł także, że jeśliby, co do zasady (...) S.A. miała ponosić odpowiedzialność w ramach odpowiedzialności odszkodowawczej za karę umowną poniesioną przez pozwanego na rzecz (...) S.A. w ramach adekwatnego związku przyczynowego, to tylko w takim zakresie, w jakim pozwany musiał tę karę zapłacić. A to oznacza, że spółkę (...) można by obciążać karą umowną poniesioną przez pozwanego, w zakresie, w jakim pozwany nie mógł się uwolnić od jej zapłaty w ramach instytucji miarkowania kary umownej zapisanej w art. 484 § 2 k.c. Pozwany wykonał swe zobowiązanie w stosunku do (...) S.A. w całości, lecz z opóźnieniem, ponadto należałoby zestawzić karę umowną z ewentualną szkodą, jaką poniósł (...) S.A. wskutek dostarczenia przez pozwanego konstrukcji stalowej na budowę. Pozwany nie przedstawił żadnych okoliczności z tym związanych. Powyższe powoduje, że wysuwanie roszczeń odszkodowawczych bazujących na refundacji zapłaconej kary umownej są w ocenie Sądu niezasadne, a co za tym idzie, nie mogło doprowadzić do potrącenia wzajemnych wierzytelności z uwagi na nieistnienie wierzytelności pozwanego w stosunku do (...) S.A.

W apelacji od powyższego orzeczenia, skarżąc je w całości, pozwany zarzucił:

1/ naruszenie przepisu postępowania w postaci art. 6 k.c. mające istotny wpływ na wynik sprawy, a wyrażające się w przyjęciu, że wierzyciel, który udowodnił związek przyczynowy pomiędzy poniesioną przez niego szkodą a nienależytym wykonaniem umowy przez jego kontrahenta musi wykazywać dodatkowo, iż nie zaistniały żadne inne okoliczności, które również mogły skutkować powstaniem po jego stronie szkody, a także w przyjęciu, że pozwany - który poniósł szkodę w wyniku obciążenia go przez kontrahenta karą umowną za zwłokę - powinien wykazać

okoliczności związane z poniesieniem przez tego kontrahenta ewentualnej szkody doznanej wskutek wspomnianej zwłoki;

2/ naruszenie przepisu postępowania w postaci art. 233 § 1 k.p.c. mające istotny wpływ na wynik sprawy, a wyrażające się w naruszeniu zasady swobodnej oceny dowodów prowadzącej do błędnego ustalenia przez Sąd I instancji, jakoby:

- (...) S.A. w dniu 13 lipca 2006 r. wstrzymał się z dostawami blach dla pozwanego ze względu na opóźnienia pozwanego w płatnościach,

- ostatnia dostawa przez (...) S.A. zamówionych przez pozwanego blach nastąpiła dnia 3 sierpnia 2006 r., przedostatnia zaś dnia 4 lipca 2006 r.,

- liczba dni zwłoki (...) S.A. w dostawach zamówionych przez pozwanego blach nie przekładała się, na co najmniej taką samą ilość dni opóźnienia pozwanego wobec (...) S.A. w wykonaniu robót objętych aneksem nr (...) do umowy nr (...) z dnia 20 lutego 2006 r.

3/ naruszenie przepisu postępowania w postaci art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c., wyrażające się w przyjęciu, że powołany przez pozwanego zarzut automatycznego ustania ochrony ubezpieczeniowej był spóźniony,

4/ naruszenie przepisów prawa materialnego:

- art. 828 § 1 k.c. w związku z art. 518 § 1 pkt 4 k.c. przez ich zastosowanie w sytuacji, w której do przejścia roszczeń ubezpieczającego przeciwko osobie odpowiedzialnej za szkodę na zakład ubezpieczeń nie doszło z uwagi na fakt, iż nieuregulowane przez sprawcę szkody należności ubezpieczającego, tytułem których wypłacono ubezpieczającemu określoną kwotę pieniężną, nie były objęte zakresem świadczonej przez zakład ubezpieczeń ochrony ubezpieczeniowej w związku z jej automatycznym ustaniem;

- art. 68<sup>2</sup> k.c. przez jego błędną wykładnię wyrażającą się w przyjęciu, iż „niezwłoczna” odpowiedź na ofertę złożoną w okolicznościach objętych hipotezą tego przepisu, jest odpowiedź wysłana do oferenta w terminie około dwóch tygodni licząc od dnia otrzymania oferty przez oblata i do tego w dacie, w której stosownie do treści takiej oferty przedmiot umowy zawartej w tym trybie miał zostać wykonany;

- art. 490 § 1 k.c. przez jego zastosowanie w sytuacji, w której podmiot obowiązany do wcześniejszego świadczenia w ogóle nie wstrzymał się z jego wykonaniem, a ponadto przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że hipoteza tego przepisu obejmuje także sytuacje, w których stan majątkowy podmiotu zobowiązanego do świadczenia późniejszego nie jest zły, a opóźnienia w realizacji takiego świadczenia są spowodowane, co najwyżej brakiem rzetelności tego podmiotu, względnie opóźnienia w płatnościach po stronie podmiotu zobowiązanego do świadczenia późniejszego są skutkiem zwłoki podmiotu zobowiązanego do świadczenia wcześniejszego w realizacji tego świadczenia,

- art. 484 § 1 zd. 1 k.c. i 484 § 2 k.c. przez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że kara umowna, która została prawidłowo naliczona na podstawie umowy łączącej dane podmioty i która nie była poddana wcześniej pod rozstrzygnięcie Sądu, co do jej miarkowania, ma charakter niedefinitywny i co za tym idzie, nie rodzi po stronie dłużnika obowiązku jej zapłaty;

- art. 361 § 1 i § 2 k.c. przez ich niezastosowanie, pomimo tego, że w przedmiotowej sprawie ziściły się (i zostały udowodnione przez pozwanego) wszystkie przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej (...) S.A. i w konsekwencji przepisu art. 498 § 1 k.c. również przez jego niezastosowanie.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu za obie instancje, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy

do ponownego rozpoznania z pozostawieniem Sądowi pierwszej instancji rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania.

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

Apelacja okazała się niezasadna.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy pozwany nadal kwestionował legitymację czynną powoda, mimo, że zarówno Sąd pierwszej instancji, jak i Sąd Apelacyjny rozpoznający apelację pozwanego od wyroku Sądu Okręgowego z dnia 5 maja 2009 r., uznały, że powód dokumentami oraz zeznaniami świadków legitymację swą, wywodzoną z art. 828 § 1 k.c., wykazał. Skarżący żądał zobowiązania powoda do złożenia oryginału decyzji kredytowej, na podstawie której powód udzielił ochrony ubezpieczeniowej obejmującej sporne należności (...) S.A. Przy sprzeciwie powoda (podnoszącego m.in. sprekludowanie wniosku dowodowego), Sąd pierwszej instancji wniosek ten uwzględnił. W wyniku tego powód złożył żadaną decyzję z dnia 26 czerwca 2006 r. o nadaniu limitu kredytowego dla ubezpieczającego (...) S.A. dla klienta (...) sp. z o.o., na kwotę 4 mln zł oraz o poinformowaniu (...) S.A. o przyznaniu dodatkowego limitu kredytowego dla należności przysługującej jej od pozwanego, a powstałych po dniu 1 czerwca 2006 r. do 15 grudnia 2006 r. w wysokości 5 mln zł, który to limit obowiązuje jednak łącznie z gwarancją (...) SA Zona I. A..

Pozwany w pierwszej kolejności zakwestionował ten dokument z uwagi na sposób jego podpisania. Składa się on z dwóch stron (kart), przy czym na pierwszej, gdzie mowa jest o przyznaniu limitu kredytowego w kwocie 4 mln zł brak jest podpisów osób umocowanych do reprezentowania powoda, a z treści dokumentu nie wynika, aby druga strona dokumentu, na której mowa jest o dodatkowym limicie w kwocie 5 mln zł i która podpisana została przez powoda, jest de facto drugą stroną (kartą) tej samej decyzji kredytowej, a to z tego względu, że strony te nie są ponumerowane, a ponadto brak jest między nimi związku, który pozwalałby sądzić, że są to dwie strony tego samego dokumentu. Te zastrzeżenia skutecznie odparł powód (czego obecnie skarżący nie podważa), wykazując, iż sporna decyzja została wydana w stosowanym przez instytucje finansowe systemie AS 400 w taki właśnie sposób i treści, jak decyzja złożona do akt, która została doręczona spółce (...) w formie elektronicznej z podpisami na drugiej stronie dokumentu (który z pierwszą stanowi jedno oświadczenie woli powoda) faksymile prezesa zarządu E. H. i świadka T. D. Biura (...), który w zakresie swoich kompetencji ma pełnomocnictwo szczególne do podpisywania w imieniu powoda tego rodzaju dokumentów.

Obecnie pozwany faktu wydania przez powoda i doręczenia (...) S.A. w ramach łączącej te podmioty umowy ubezpieczenia ryzyka kredytu kupieckiego, decyzji ustalającej limit kredytowy dla klienta jakim był pozwany, wymaganej ogólnymi warunkami umowy ubezpieczenia (§ 2 ust. 2), nie kwestionuje. Po otrzymaniu tego dokumentu podniósł natomiast kolejny zarzut odnośnie do legitymacji czynnej powoda, a mianowicie wywodził, iż doszło do tzw. automatycznego ustania ochrony ubezpieczeniowej w stosunku do spornych należności na podstawie § 5 ust. 1 i 2 OWU, co w myśl § 2 ust. 10 pkt 2 OWU prowadzi do ustania ochrony ubezpieczeniowej.

Sąd Okręgowy uznał ten zarzut za sprekludowany na podstawie art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c., co zasadnie zakwestionowała apelacja. Sąd Apelacyjny podziela bowiem zawarte w niej stanowisko, iż przed uzyskaniem odpisu decyzji powoda przyznającej (...) S.A. limit kredytowy na transakcje zawierane z pozwanym, skarżący nie miał możliwości podniesienia zarzutu automatycznego ustania ochrony ubezpieczeniowej. Nie miał on wcześniej informacji odnośnie do okresu, na jaki sporny limit kredytowy został udzielony, co miało znaczenie, jako, że wierzytelności (...) S.A. wobec pozwanego, uregulowane na podstawie umowy ubezpieczenia przez powoda obejmowały okres od 28 lipca 2006 do 31 sierpnia 2006 r. i bez wiedzy, co do terminu, od jakiego ustalono sporny limit nie można było ustalić, czy przed tą datą nie doszło do automatycznego ustania ochrony ubezpieczeniowej, na jakie obecnie powołuje się skarżący. Dowód w postaci zeznań świadka A. S., na podstawie których przy pierwszym rozpoznaniu sprawy sądy pierwszej i drugiej ustaliły fakt przyznania (...) S.A. limitu kredytowego wobec pozwanego na wierzytelności objęte sporem, pozwalał



jedynie na ustalenie wysokości limitu oraz tego, że decyzja została wydana w czerwcu 2006 r. Nie umożliwiał jednak ustalenia okresu na jaki limit przyznano.

Rozpoznając zarzut automatycznego ustania ochrony ubezpieczeniowej, Sąd Apelacyjny stwierdza jego niezasadność. Pozwany opierał go na twierdzeniu, że, po pierwsze, ochrona ubezpieczeniowa przysługująca na podstawie przyznanego spornego limitu objęła należności (...) S.A. wobec pozwanego począwszy od 1 czerwca 2006 r., (co jest bezsporne); po drugie, że wierzytelności, których dochodzi powód powstały w okresie od 28 lipca do 31 sierpnia 2006 r., (co także jest bezsporne) i po trzecie, że już po 1 czerwca 2006 r., bo 4 lipca 2006 r., pozwany opóźnił się w zapłacie pięciu faktur z 28 lutego 2006 r. o 66 dni ((...), (...), (...), (...)) i (...)), co wynika z noty odsetkowej (...) S.A. załączonej do pozwu, które to opóźnienie przekraczające 65 dni od terminu płatności (tzw. termin A7), w myśl § 5 ust. 1 i 2 OWU spowodowało automatyczne wygaśnięcie ochrony ubezpieczeniowej w dniu 4 lipca 2006 r.. Nastąpiło to zatem w ocenie pozwanego, jeszcze przed powstaniem dochodzonych w sprawie niniejszej należności.

Faktem jest, że zgodnie z powyższym zapisem OWU ubezpieczenia kredytu kupieckiego łączącej powoda z (...) S.A., w przypadku opóźnienia pozwanego przekraczającego 65 dni po pierwotnym terminie płatności (termin A7), ochrona ubezpieczeniowa automatycznie wygasła, także wówczas, gdy opóźnienie dotyczyło należności powstałej przed datą udzielenia limitu kredytowego, czyli w tym wypadku przed 1 czerwca 2006 r. Jak trafnie podniósł powód, pozwany pominął zapis § 3 pkt 4 OWU, zgodnie z którym każda płatność wpływająca przed wstrzymaniem lub ustaniem ochrony ubezpieczeniowej zaliczana jest na poczet najdawniej wymagalnej w danej chwili należności i to bez względu na odmienne ustalenia między ubezpieczającym a klientem, czyli niezależnie od tego, na jakie należności pozwany dokonywał wpłat oraz na jakie należności wpłaty te były zarachowywane czy to przez niego czy przez ubezpieczającego. Prowadzi to do wniosku, że wstrzymanie zapłaty przez dłużnika nawet na dłuższy okres czasu niż 65 dni, nie powoduje ustania ochrony ubezpieczeniowej, jeśli wpływają zapłaty nawet za późniejsze faktury. Ochrona ubezpieczeniowa ustaje zaś, jeżeli od terminu najstarszej faktury upływa 65 dni i brak jest innych płatności z tytułu późniejszych dostaw. Powód wykazał, czego apelacja już nie kwestionuje, iż stosując sposób zarachowywania wpłat dłużnika określony w umowie ubezpieczenia na faktury, które zgodnie ze stanowiskiem pozwanego spowodowały automatyczne ustanie ochrony ubezpieczeniowej, zostały przyjęte za zapłacone w dniach 18 maja 2006 r. ((...), (...)), 7 czerwca 2006 r. ((...)) i 9 czerwca 2006 r. ((...) i (...)), a w związku z tym nie doszło do automatycznego ustania ochrony ubezpieczeniowej na podstawie § 5 ust. 1 i 2 OWU.

W apelacji podtrzymuje natomiast skarżący swe stanowisko wyrażone w piśmie procesowym z dnia 16 listopada 2011 r., iż ewentualna ochrona ubezpieczeniowa ustała najpóźniej dnia 27 sierpnia 2006 r., bowiem tego właśnie dnia, a nie 31 sierpnia 2006 r. (jak twierdził powód) doszło do sytuacji, w której opóźnienie w zapłacie co najmniej jednej z faktur wystawionych przez (...) S.A. wyniosło 65 dni licząc od upływu jej pierwotnego terminu płatności. Twierdzenie to wywiódł pełnomocnik pozwanego „z posiadanych przez niego informacji”, że pozwany uregulował do dnia 27 sierpnia 2006 r. należności objęte fakturami (...) S.A. w łącznej kwocie 8.602.423,58 zł, podczas gdy łączna kwota należności wynikających z faktur wystawionych przez (...) S.A. dla których termin A7 (tj. 65 dni po pierwotnym terminie płatności) upływał najdalej dnia 27 sierpnia 2006 r., zgodnie z dokumentem „Należności i zobowiązania” z dnia 9 maja 2007 r., znajdującym się w aktach sprawy, wynosiła 8.659.187,93 zł. Porównując te dwie kwoty, pozwany wywodził, iż w dniu 27 sierpnia 2006 r. zapłata co najmniej jednej faktury wystawionej przez B. dnia 24 kwietnia 2006 r., dla której termin płatności upływał 23 czerwca 2006 r., była opóźniona o 65 dni, a zatem nawet przy uwzględnieniu § 3 ust. 4 OWU, jako datę automatycznego ustania ochrony ubezpieczeniowej należy przyjąć 27 sierpnia 2006 r., co z kolei prowadzi do wniosku, że ochrona taka nie przysługiwała wierzytelnościom z faktur (...) S.A. wystawionym 31 sierpnia 2006 r. Na okoliczność wysokości uregulowanych przez pozwanego należności do dnia 27 sierpnia 2006 r., złożył pozwany wyciąg z systemu księgowego pozwanego („analiza zaszczości posortowana wg dostawców”).

W zakresie powyższego twierdzenia, Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu pierwszej instancji, iż jest ono w myśl obowiązującego w tej sprawie art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c. spóźnione. Zarzut o przytoczonej wyżej treści winien pozwany zgłosić najpóźniej po otrzymaniu odpisu spornej decyzji w sprawie ustalenia limitu kredytowego, czyli w piśmie procesowym z dnia 10 października 2011 r. Nie sposób zgodzić się z jego stanowiskiem przedstawionym w piśmie z

dnia 16 listopada 2011 r., iż potrzeba powołania nowego dowodu wynika z konieczności odniesienia się przez niego do nowych twierdzeń i dowodów przedstawionych przez powoda w piśmie z dnia 28 października 2011 r. W piśmie tym, powód odniósł się do twierdzenia pozwanego o automatycznym ustaniu ochrony ubezpieczeniowej w związku z opóźnieniem w zapłacie pięciu faktur z dnia 28 lutego 2006 r., wykazując jego niezasadność, a więc odniósł się do zarzutu sformułowanego przez pozwanego w związku z otrzymaniem odpisu decyzji w sprawie ustalenia limitu kredytowego. Wówczas natomiast nie podniósł pozwany kwestii automatycznego ustania ochrony ubezpieczeniowej z dniem 27 sierpnia 2006 r., mimo, że już wtedy w aktach sprawy znajdował się dokument w postaci „Należności i zobowiązania” z 9 maja 2007 r., na jaki w piśmie z 16 listopada 2001 r. formułując w istocie nowy zarzut dotyczący legitymacji czynnej powoda się powołuje, a fakt, jaką kwotę pozwany uiścił na poczet należności (...) S.A. do dnia 27 sierpnia 2006 r. był mu oczywiście znany. Dysponował zatem skarżący wszelkimi danymi, aby zarzut o automatycznym ustaniu ochrony ubezpieczeniowej w dniu 27 sierpnia 2006 r. podnieść w piśmie procesowym z dnia 10 października 2011 r.

Niezależnie od tego, wskazać należy, iż omawiany w tym miejscu zarzut pozwanego jest niezasadny. Powoływanie się przez pełnomocnika pozwanego na posiadanie istotnych w sprawie informacji, które w myśl art. 227 k.p.c. winny być przedmiotem dowodu, nie może takiego dowodu zastępować. Załączony zaś do pisma procesowego dokument w postaci wyciągu z systemu księgowego pozwanego, przez nikogo niepodpisany, jest na tyle nieczytelny, gdy chodzi o zawarte w nim dane, że nie sposób na jego podstawie ustalić choćby tego, jaki okres obejmuje, czego dotyczą poszczególne kolumny zestawienia, jakich konkretnie należności dotyczy, itp. Z pewnością nie sposób na jego podstawie ustalić, że w okresie do 27 sierpnia 2006 r. pozwany uiścił na poczet wierzytelności (...) S.A. kwotę 8.602.423,58 zł, tym bardziej, że jak zasadnie podniósł powód, pozwany dokonywał też wpłat na rzecz ubezpieczającego usługi faktoringowe (...) S.A.

Reasumując, zarzut pozwanego dotyczący legitymacji czynnej powoda okazał się ponownie niezasadny, a tym samym nietrafnie podniósł skarżący zarzut naruszenia art. 828 § 1 k.c. w zw. z art. 518 § 1 pkt 4 k.c. Wbrew jego twierdzeniu, w myśl tych przepisów przeszły na powoda wszystkie roszczenia (...) S.A. przeciwko pozwanemu, zaspokojone przez powoda na podstawie łączącej go z (...) S.A. umowy ubezpieczenia ryzyka kupieckiego.

Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. okazał się częściowo zasadny. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko skarżącego, iż zgromadzone w sprawie dowody nie pozwalały na przyjęcie, że (...) S.A. wstrzymał się z dostawą blach dla pozwanego z uwagi na opóźnienie odbiorcy w zapłacie wcześniejszych należności. Sąd Okręgowy ustalił tak na podstawie trzech e-maili: z 13 i 18 lipca oraz 25 sierpnia 2006 r. W pierwszym z nich A. S. (2) napisał do pozwanego, że „powyższe zaległości są podstawowym problemem zablokowania dostaw towaru przygotowanego do odbioru” (k. 227). W ocenie Sądu Apelacyjnego z korespondencji tej nie wynika dla pozwanego informacja o wstrzymaniu dostaw. Z przytoczonego zapisu nie sposób wszak wywieść, że zawiera on informację o takim wstrzymaniu, a jedynie wskazuje na to, że zaległości są problemem zablokowania dostaw towaru, co można odczytać, jako ostrzeżenie o wstrzymaniu dostaw, tym bardziej, że w tym samym liście napisano wyżej, że B. oczekuje ponownego harmonogramu i spłat zaległości uwzględniających szybką zapłatę płatności wymagalnych.

W drugim e-mailu P. K. przyznając, iż (...) S.A. ma opóźnienia w dostawie określonych blach, informuje, że „... harmonogram spłat nie jest akceptowany i do momentu spłaty przeterminowania nie realizujemy dostaw. Towar jest gotowy do odbioru” (k. 228). Rzecz w tym, że e – mail ten kierowany jest nie do pozwanego, lecz do innego pracownika (...) S.A. – Z. J. (2), a zatem nie może stanowić oświadczenia złożonego pozwanemu o wstrzymaniu dostaw. Z trzeciego e-maila, podpisanego przez Z. J. (2) wynika, iż prosi on (...) o informacje odnośnie płatności, na dzień dzisiejszy przeterminowanie wynosi około 3 mln zł i z tego powodu piszący ma problem z dostawami towaru (k. 229). I z tego e-maila nie wynika, aby podjęto decyzję o wstrzymaniu dostaw. Mowa w nim tylko o problemach z dostawami z uwagi na nieregulowanie płatności.

Zasadnie podnosi także skarżący, iż również e-mail z 1 czerwca 2006 r., na jaki również powołał się Sąd pierwszej instancji nie miał znaczenia dla ustalenia, że (...) S.A. podjął decyzję o wstrzymaniu dostaw, gdyż jest to także tylko

korrespondencja wewnętrzna między Z. J. (2) a P. K. i wynika z niej, że istnieje potrzeba pilnego uregulowania zaległości pozwanego i że „chcielibyśmy uniknąć wstrzymania dostaw towaru”.

Trafnie też apelujący zarzuca, iż przy ustaleniu, czy doszło do wstrzymania dostaw, Sąd pierwszej instancji pominął zeznających na tę okoliczność świadków – pracowników (...) S.A. Z. J. (2) – przedstawiciel handlowy tej spółki, jak wynika z przedstawionej korespondencji uczestniczący w realizacji kontraktu z pozwanym – zeznał, że „pomimo opóźnień w zapłatach B. nie wstrzymywał dostaw blach w ramach moich kompetencji” (k. 1147). Podobnie P. K., dyrektor handlowy (...) S.A. zeznał: „Wiem, że były opóźnienia w płatnościach, ale w tym zakresie nie podejmowałem żadnych decyzji” (k. 1148) oraz, że: „pomimo opóźnień w płatnościach blachy były dostarczane” (k. 1150). Z kolei według świadka A. S. (2), dyrektora ds. finansów i ubezpieczeń w e-mailu z lipca 2006 r. (podpisanym przez niego) spółka straszyla pozwanego wstrzymaniem dostaw z uwagi na zaległości w płatnościach należności na ponad 5 mln zł, czego efektem była zapłata ponad miliona złotych w ciągu najbliższych dni, ale do wstrzymania dostaw nie doszło (k. 1172).

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie ulega wątpliwości, że pominięcie przy ustaleniu treści wymienionych e-maili zeznań osób, które je sporządziły i podpisały i ustalenie znaczenia korespondencji wbrew treści tych zeznań, stanowi naruszenie zasady swobody oceny materiału dowodowego wyrażonej w art. 233 § 1 k.p.c., tym bardziej, że zeznania świadków w przeciwieństwie do treści e-maili, odnośnie do wstrzymania dostaw były jednoznaczne i zgodne. Wszyscy trzech zeznali, iż do wstrzymania dostaw nie doszło, o czym świadczył też fakt, że dostawy w dalszym ciągu, a więc i po 13 lipca 2006 r. miały miejsce, co wynika z faktur z dnia 28 i 31 lipca 2006 r. oraz 10 i 31 sierpnia 2006 r. Z tych względów, zarzut pozwanego odnośnie do wadliwej oceny omówionych dowodów, a w konsekwencji błędnego ustalenia, że (...) S.A. w dniu 13 lipca 2006 r. wstrzymał dostawy blach do pozwanego okazał się uzasadniony. Tym samym za prawidłowo podniesiony należało uznać zarzut apelacji naruszenia art. 490 § 1 k.c. przez błędne jego zastosowanie i w rezultacie błędne przyjęcie, że dostawy realizowane po 13 lipca 2006 r. nie były opóźnionymi.

Zasadnie też skarżący zarzuca niepoprawność ustaleń Sądu Okręgowego odnośnie do daty ostatniej i przedostatniej dostawy blach pozwanemu. Istotnie, jak wywodzi to apelacja, Sąd ten w postawie faktycznej rozstrzygnięcia ustalił, iż daty rzeczywistych dostaw blach miały miejsce w okresie od marca do 31 sierpnia 2006 r. i było to ustalenie prawidłowe wynikające z znajdujących się w aktach sprawy faktur wystawionych przez (...) S.A. Wyszczególniając te terminy w motywach orzeczenia w punktach od pierwszego do trzydziestego (k. 14 – 16) wskazał, iż dostawy miały miejsce m.in. w dniach: 11, 25 i 26 lipca (pkt 12, 4 i 30), 3 i 31 sierpnia ( pkt 29 i 5). Z niewiadomych natomiast przyczyn Sąd ten w rozważaniach przyjął, iż ostatnie dostawy ze strony (...) S.A. miały miejsce 3 sierpnia 2006 r., a przedostatnie w dniu 4 lipca 2006 r., co jest ewidentnie sprzeczne z podstawą faktyczną rozstrzygnięcia, której w omawianym tu zakresie nie sposób zakwestionować, gdyż opiera się ona o niepodważane przez strony dokumenty, z których wynika, że pomiędzy 4 lipca a 3 sierpnia 2006 r. miały miejsce trzy dostawy blach, a ostatnia dostawa odbyła się nie 3 sierpnia 2006 r. jak przyjął to Sąd pierwszej instancji, lecz 31 sierpnia 2006 r.

Trzeci z zarzutów apelacji dotyczących naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. sprowadza się do zakwestionowania ustalenia Sądu Okręgowego, że liczba dni zwłoki (...) S.A. w dostawach zamówionych przez pozwanego blach nie przedkłada się na co najmniej taką samą ilość dni opóźnienia pozwanego wobec (...) S.A., mimo, że zeznań świadków wprost wynikała taka zależność. Zarzut ten nie jest zasadny. Sąd Okręgowy nie poczynił powyższego ustalenia, a tym samym nie sposób zarzucić mu, iż dokonał ustaleń sprzecznych z materiałem dowodowym. Sąd ten nie zakwestionował wiarygodności świadków pozwanego: H. C. i A. C. (1), którzy zeznawali m.in. na okoliczność wpływu opóźnień dostaw blach na realizację kontraktu dla (...) S.A., a zatem zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., którym skarżący stara się podważyć brak ustaleń Sądu odnośnie do wpływu zwłoki (...) S.A. na opóźnienia pozwanego wobec (...) S.A., jest bezzasadny. Przepis ten reguluje jedynie kwestię oceny wiarygodności i mocy (wartości) dowodowej przeprowadzonych w sprawie dowodów, a nie poczynionych ustaleń faktycznych, czy wyprowadzonych z materiału dowodowego wniosków. Uchybienia w tym zakresie winny się skonkretyzować w zarzucie sprzeczności ustaleń faktycznych z materiałem dowodowym, albo błędnych ustaleń faktycznych, które w sprawie niniejszej nie zostały jednak postawione.

Pozostałe zarzuty apelacji dotyczą naruszenia prawa materialnego i poza art. 490 § 1 k.c., zmierzają do podważenia stanowiska Sądu pierwszej instancji odnośnie do niezasadności zarzutu potrącenia, z uwagi na nieudowodnienie przez pozwanego wiarygodności zgłoszonej do potrącenia. Skarżący utożsamiał ją z odszkodowaniem należnym mu za szkodę poniesioną wskutek zwłoki (...) S.A. w dostawie blach na projekt realizowany przez pozwanego na podstawie umowy z (...) S.A. Twierdził, iż zwłoka (...) S.A. spowodowała jego opóźnienie względem (...) S.A., który obciążył go z tego tytułu karą umowną w wysokości 5.461.000 zł, którą potrącił mu z wynagrodzenia za wykonanie robót.

Co do zasady, z uwzględnieniem odmiennych ustaleń przedstawionych powyżej, Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego odnośnie do opóźnień spółki (...) S.A. w dostawach blach pozwanemu. Zgodzić się należy z pozwanym, iż opóźnienia te mogły wypłynąć na terminowość realizacji przez niego kontraktu na rzecz (...) S.A., jednak rzeczą pozwanego było dowiedzenie, jak faktycznie, a nie tylko hipotetycznie opóźnienia (...) S.A. przelożyły się na opóźnienia pozwanego wobec (...) S.A. Wbrew zarzutom apelacji w materiale dowodowym brak jest podstaw do ustalenia, że ilość dni opóźnienia (...) S.A. przekładała się na liczbę dni opóźnienia pozwanego. Nie ma racji skarżący, iż zależność taka wynika z zeznań świadków A. C. (1) i H. C.. Zeznawali oni tylko, że produkcja pozwanego była uzależniona od materiałów dostarczanych przez (...) S.A. i że miało znaczenie w jakiej kolejności blachy były dostarczane, co nie zawsze (...) S.A. respektował. Świadek A. C. nie wiedział, w którym momencie nastąpiło opóźnienie w wykonaniu przez pozwanego robót w stosunku do B., choć wskazał, iż powodem tego było niedostarczenie na czas blach. Przyznał nadto, że blacha dostarczona później mogła być w jakiejś części wykorzystana do montażu potrzebnego w tej chwili elementu.

Powyższe zeznania potwierdzają, iż opóźnienia (...) S.A. wpływały na terminowość realizacji projektu przez pozwanego względem (...) S.A., ale nie sposób z nich wywieść tezy stawianej przez skarżącego, że ilość dni opóźnienia (...) S.A. była tożsama z liczbą dni o jakie opóźnił się pozwany. Nie wiadomo zatem jak faktycznie opóźnienia dostawcy blach wpłynęły na termin wykonania umowy przez pozwanego. Nie wykazał on też, że gdyby nie opóźnienia (...) S.A., wykonałby zamówione przez (...) S.A. roboty w terminie.

Zasadnie też przyjął Sąd Okręgowy, że skarżący nie dowiódł także szkody poniesionej w związku z opóźnieniami (...) S.A. w dostawie blach. Jak trafnie wskazał ten Sąd pozwany na okoliczność wiarygodności zgłoszonej do potrącenia, przedłożył jedynie umowę łączącą go z (...) S.A., notę obciążeniową wystawioną przez tę spółkę na kwotę 5.461.000 zł wraz z oświadczeniem o potrąceniu tej kwoty z określoną fakturą oraz faktury wystawione przez pozwanego wobec (...) S.A. Sąd Apelacyjny uznaje za Sądem pierwszej instancji, iż dowody te okazały się niewystarczające dla wykazania szkody poniesionej przez pozwanego z przyczyn zawinionych przez (...) S.A. Wbrew twierdzeniom skarżącego samo wystawienie noty obciążeniowej i złożenie oświadczenia o potrąceniu przez (...) S.A. nie oznacza, że pozwany faktycznie poniósł szkodę w postaci uszczerpkienia swego majątku przez nieuzyskanie umówionego wynagrodzenia za wykonane na rzecz kontrahenta roboty, w związku z obciążeniem go karą umowną za opóźnienie zawinione przez (...) S.A.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w powoływanej przez skarżącego uchwale z dnia 10 lipca 2008 r. w sprawie III CZP 62/08 (OSNC 2009/7-8/106), zgodnie z którym pojęcie straty w rozumieniu art. 361 § 2 k.c. obejmuje także wymagalne zobowiązanie poszkodowanego wobec osoby trzeciej, bez potrzeby wykazania wykonania zobowiązania. Zastosowanie tej zasady w sprawie niniejszej sprowadzałoby się do obowiązku dowiedzenia przez pozwanego, że ma wobec (...) S.A. określone co do wysokości wymagalne zobowiązanie z tytułu kar umownych za nienależyte, bo nieterminowe wykonanie umowy. Okoliczności tej jednak nie dowiódł. Wykazał bowiem jedynie, że kontrahent wystawił wobec niego notę obciążeniową na kwotę 5.461.000 zł z tytułu kar umownych i że złożył oświadczenie o potrąceniu tej kwoty z fakturą wystawioną przez pozwanego za wykonane roboty. Pozwany twierdząc, że owo potrącenie było skuteczne wywodzi w istocie, że wykonał względem osoby trzeciej zobowiązanie powstałe z przyczyn leżących po stronie (...) S.A., a zatem przytoczona uchwała nie ma w sprawie niniejszej zastosowania.

Podnieść należy, iż pozwany szkodę swą wynikającą z konieczności zapłaty kary umownej określał różnie. W odpowiedzi na pozew wskazał jej wysokość na kwotę 5.289.000 zł, stwierdzając, iż największe opóźnienie (...) S.A. w dostawie blach wynosiło 123 dni, a kara umowna z jeden dzień zwłoki opiewała na 43.000 zł. Na wypadek zaś,

gdyby ten sposób obliczenia wysokości wierzytelności odszkodowawczej pozwanego nie został uznany za prawidłowy, wskazał, iż ewentualną podstawą obliczenia ilości dni opóźnienia pozwanego wobec (...) S.A., za którą B. można przypisać odpowiedzialność, powinna być co najmniej średnia liczba dni opóźnienia B., która wynosi 34,2 dnia x 43.000 zł = 1.470.600 zł. Jeszcze inne stanowisko zajął pozwany na wypadek uznania, że kara umowna była rażąco wygórowana. Wskazał, iż należy przyjąć, że tak jak w pierwotnej umowie wysokość kary wynosiła 10 % wynagrodzenia pozwanego, czyli 1.167.632,95 zł. Ostatecznie tę właśnie kwotę pozwany przedstawił jako swą wierzytelność do potrącenia. Jest oczywiste, że pozwany może przedstawiać do potrącenia niższą kwotę niż wynosiło jego zobowiązanie wobec osoby trzeciej, jednakże, dla wykazania istnienia swej wierzytelności względem (...) S.A. winien dowieść istnienia tegoż zobowiązania, co w tym przypadku sprowadza się do dowiedzenia, że faktycznie stratę w takiej wysokości poniósł. Tego w istocie nie uczynił, mimo, że powód zarzucał mu brak wykazania, aby nie kwestionował oświadczenia B. o potrąceniu oraz tego w jakiej wysokości karę zapłacił. Pozwany nie przedłożył na tę okoliczność żadnych dowodów. Jest przy tym mało prawdopodobne, że uznał potrącenie z tytułu kary umownej w wysokości wynoszącej prawie połowę ustalonego wynagrodzenia za wykonane objęte umową roboty. Przeczy temu sprawozdanie finansowe pozwanego za 2007 r. opublikowane w Monitorze Polskim B, w którym (...) S.A. wystawił przedmiotową notę obciążeniową na 5.461.000 zł. Znajduje się w nim informacja, że pozwany otrzymał dwie noty obciążeniowe na łączną kwotę 15.265.000 zł z tytułu kar za niewłaściwe wywiązywanie się z umowy o roboty budowlane, których jednak nie ujawnił w sprawozdaniu, bo ich nie zaakceptował, gdyż zakwestionował zasadność ich wystawienia i prowadził negocjacje z wystawcą not oraz kilkoma podwykonawcami celem ustalenia zakresu odpowiedzialności wszystkich wykonawców umowy i ewentualnego podziału nałożonych kar współmiernie do ponoszonej odpowiedzialności (k. 1659 ). Ponieważ i w niniejszej sprawie pozwany przyznawał, że przynajmniej w części kwestionował obciążenie go przedmiotową notą ( k. 203-204), zapis w sprawozdaniu finansowym spółki wskazuje, iż dotyczy on także i tej noty.

Powyższe podważa twierdzenie pozwanego, iż doszło do uiszczenia przez niego kar umownych w wysokości 5.461.000 zł wskutek dokonanego przez (...) S.A. potrącenia. Nadto, pozwany w żaden sposób nie wykazał, dlaczego akurat kara umowna w kwocie 1.167.632,95 zł, której jak twierdzi nie kwestionował, stanowi jego wymagalne zobowiązanie względem (...) S.A. W ocenie Sądu Apelacyjnego skarżący nie dowiódł zatem, jaką faktycznie poniósł szkodę w tytułu obciążenia go karami umownymi. Jego rozważania na temat proporcjonalności kary i twierdzenia, że kara w wysokości 10% umówionego wynagrodzenia byłaby adekwatna, są czysto hipotetyczne, a w sprawie niniejszej nie dochodzi on naprawienia szkody hipotetycznej lecz rzeczywistej, której wysokość winien udowodnić, czego nie uczynił. Nie wiadomo zatem w jakiej kwocie pozwany zapłacił karę umowną i czy rzeczywiście przekracza ona roszczenie powoda dochodzone pozwem. Jeżeli tak, to pozwany z pewnością dochodziłby zapłaty nadwyżki przeciwko (...) S.A. (tym bardziej przy zapłaceniu kary przekraczającej 5 mln zł), a tymczasem nawet nie twierdził, że z takim roszczeniem przeciwko tej spółce wystąpił.

Sąd Apelacyjny podtrzymuje swe wcześniejsze stanowisko wyrażone w tej sprawie w wyroku z dnia 4 maja 2010 r., a mianowicie, że pozwanego nie obciążał dowód, że nie zaistniały inne powody opóźnienia wykonania umowy łączącej go z (...) S.A. Jego rzeczą było natomiast dowiedzenie, w jaki sposób opóźnienia (...) S.A. wpłynęły na terminowość realizacji umowy w kontrahentem i w jakiej wysokości szkodę poniósł z tego tytułu. Tych zaś okoliczności skarżący nie dowiódł. Nie wykazał tym samym istnienia po jego stronie wierzytelności, którą mógłby skutecznie potrącić z wierzytelnością (...) S.A. z tytułu zapłaty za dostarczone blachy.

Reasumując, w ocenie Sądu Apelacyjnego, apelacja nie zawierała podstaw uzasadniających jej uwzględnienie i dlatego też na mocy art. 385 k.p.c. orzeczono jak w sentencji. Zwrot kosztów postępowania apelacyjnego (kosztów zastępstwa procesowego) zasądzono od pozwanego na rzecz powoda zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu wyrażoną w art. 98 § 1 i 3 k.p.c.