

***Sygn. akt I ACa 1229/14***

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 lutego 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Roman Dziczek

Sędziowie: SA Beata Kozłowska (spr.)

SO (del.) Beata Byszewska

Protokolant: st. sekr. sąd. Joanna Baranowska

po rozpoznaniu w dniu 13 lutego 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki akcyjnej z siedzibą w L.

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

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 6 maja 2014 r.

sygn. akt XXVI GC 143/12

1. ***oddala apelację;***

2. ***zasądza od (...) spółki akcyjnej z siedzibą w L. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwotę 2700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.***

***Sygn. akt I ACa 1229/14***

## UZASADNIENIE

***Powód (...) spółka akcyjna z siedzibą w L.*** wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwoty 109.331,25 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 20 marca 2009 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania.

Uzasadniając swoje żądanie powód wskazał, że kwota dochodzona pozwem stanowi część kary umownej, jaka została naliczona z uwagi na nienależyte wykonywanie przez pozwanego umowy o świadczenie usług ochrony z dnia 30 września 2006 r. zawartej między (...) a pozwanym. Dnia 20 marca 2009 r. powód nabył w drodze umowy przelewu wierzytelności część wierzytelności P. K. o zapłatę kary umownej w łącznej kwocie 109.331,25 zł. Uzasadniając zasadność żądania kary umownej powód wskazał, że pozwany wykonując umowę rażąco naruszał swe podstawowe obowiązki. W szczególności (...) sp. z o.o. dopuścił się wpuszczania i wypuszczania w godzinach nocnych

pojazdów nieujętych w wykazie, ewidencji lub sprawozdaniu. Co więcej, pracownicy ochrony zezwalali na swobodne poruszanie się po chronionym obiekcie bliżej nieokreślonych pojazdów. Zdaniem powoda pozwany dopuścił się także wywiezienia jego mienia w postaci europalet. Powyższe działania stały w sprzeczności z planem zabezpieczenia obiektu stanowiącym załącznik do umowy i dlatego też za każdy dzień opóźnienia w powiadomieniu powoda o wystąpieniu zagrożeń osób lub mienia znajdujących się na obszarze chronionym, zgodnie z umową pozwany zobowiązany jest do zapłaty kary umownej.

**W odpowiedzi na pozew (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.** wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie kosztów procesu. Pozwany wskazał, że powód nie sprecyzował dochodzonego roszczenia, ponieważ nie wykazał za jakie naruszenia umowy została naliczona kara umowna, która była przedmiotem późniejszej cesji wierzytelności. W szczególności w umowie przelewu wierzytelności nie wskazano, których naruszeń umowy dotyczy ma część kary umownej, będąca przedmiotem cesji. Powyższe uniemożliwia uznanie roszczenia za udowodnione. Pozwany zaprzeczył też twierdzeniom powoda o naruszeniu postanowień umowy, w szczególności o wywiezieniu mienia powoda w postaci europalet, wpuszczaniu i wypuszczaniu nieokreślonych pojazdów, jak i domniemanej kontroli, wskazując że powód nie wykazał swoich twierdzeń w sposób niebudzący wątpliwości. Pozwany wskazał też, że wysokość kary umownej wynosi prawie pięciokrotność wartości wynagrodzenia pozwanej z tytułu świadczenia usług ochrony, dlatego też należy uznać, iż naliczona przez powoda kara umowna jest wygórowana i nadmiernie wysoka.

**Wyrokiem z dnia 6 maja 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo i ustalił, iż pozwany wygrał w 100% - przy czym szczegółowe wyliczenie kosztów postępowania – powierzył referendarzowi sądowemu.**

Swe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych i następujących ocenach prawnych:

Dnia 30 września 2006 r. w L. między E. C. P. K. z siedzibą w L., a (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. doszło do zawarcia umowy o świadczenie usług z zakresu ochrony, w której P. K. występował jako zleceniodawca, a (...) sp. z o.o. jako zleceniobiorca. W ramach tej umowy (...) sp. z o.o. zobowiązał się do ochrony osób i mienia znajdujących się na obszarze chronionym, tj. terenie położonym w miejscowości L. przy ul. (...). Powyższe zlecenie miało w szczególności polegać na świadczeniu kompleksowych usług ochrony w sposób i miejscach wymienionych w § 1 ust. 3 lit. a- s umowy.

W przypadku wystąpienia zagrożenia osób lub mienia znajdujących się na obszarze chronionym, zleceniobiorca zobowiązał się powiadomić o zdarzeniu zleceniodawcę oraz najpóźniej w następnym dniu roboczym przedstawić pisemny raport z przebiegu wydarzeń. Za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu zobowiązania do powiadomienia zleceniodawcy, (...) sp. z o.o. zobowiązał się zapłacić P. K. karę umowną w kwocie 3.000 zł i w terminie nie dłuższym niż 7 dni od dnia wezwania do zapłaty tej kary (ust. 4 § 1 Umowy). Zleceniobiorca zobowiązał się także do niezwłocznego i pisemnego informowania zleceniodawcy o wszelkich sytuacji stwarzających bądź zwiększających ryzyko wystąpienia na obszarze chronionym zagrożenia uszczerbku mienia lub zdrowia i życia. Za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu tego zobowiązania zleceniobiorca jest zobowiązany do zapłaty kary umownej w kwocie 1 000 zł, płatnych w terminie 3 dni od złożenia zleceniobiorcy wezwania do zapłaty (ust. 5 § 1 Umowy). Zleceniodawca był uprawniony do kontrolowania prawidłowości wykonywania czynności ochrony przez agentów ochrony, polegających na prowokacji przeprowadzonej przez osobę upoważnioną, w tym również dokonanie pozorowanej kradzieży. Natomiast zleceniodawca za należyte wykonanie umowy zobowiązał się do zapłaty zleceniobiorcy ryczałtowego wynagrodzenia w kwocie 22.455 zł za każdy miesiąc pracy agentów ochrony.

Współpraca między stronami w realizacji powyższej umowy przebiegała prawidłowo. Zleceniodawca nie zgłaszał zastrzeżeń bądź niezgodności w zakresie realizacji usług przez zleceniobiorcę. Problemy pojawiły się w momencie opóźniania się w płatnościach przez zleceniodawcę, który jednocześnie rozpoczął obciążanie zleceniobiorcy karami umownymi w znacznych wysokościach.

Kilka miesięcy później dyrektor zarządzający (...) sp. z o.o. został wezwany do siedziby zleceniodawcy celem poinformowania go o kradzieży palet oraz o przygotowanej prowokacji przez J. D. (1) z udziałem zatrudnionego detektywa, który znajdując się w ukryciu miał być świadkiem rzekomej kradzieży. J. D. (1) po skontaktowaniu się z detektywem przyjechał w miejsce obiektu chronionego i stwierdził, że doszło do kradzieży. Po tym zdarzeniu pracownicy nie wpisali wjazdu na teren zakładu i pobrania palet, co było powodem wypowiedzenia umowy przez zleceniodawcę. P. K. dodatkowo naliczył karę umowną za powyższe zdarzenia, mimo iż praktyką we współpracy między stronami była możliwość pobierania przez pracowników ochrony z magazynu zużytych opakowań, palet złomowych albo zwykłych palet na potrzeby własne pracowników. Warunkiem było zgłoszenie takich faktów magazynierowi, który wystawiał dokument w-z pozwalający na rozchód takiego towaru.

Dnia 3 marca 2009 r. (...) system sp. z o.o. został wezwany do zapłaty kwoty 18.769.000 zł w terminie 7 dni z tytułu kary umownej za naruszenie umowy o świadczenie usług z zakresu ochrony o nr(...) Według zleceniodawcy doszło do 44 rażących naruszeń umowy, które nie zostały przez zleceniobiorcę wykazane w miesięcznych raportach, dlatego też naliczył karę w takiej wysokości.

Umową cesji z dnia 20 marca 2009 r. zawartą w L. pomiędzy P. K. a (...) spółką akcyjną z siedzibą w L., (...) S.A., jako cesjonariusz, nabył od P. K., jako cedenta, część wierzytelności względem (...) system sp. z o.o. w kwocie 109.331,25 zł o zapłatę kary umownej za wynagrodzeniem w kwocie 10 000 zł. W umowie cesji nie określono, jakie konkretnie naruszenia stały się przedmiotem cesji.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że powyższy stan faktyczny ustalił na podstawie wyżej wymienionych odpisów i poświadczonych kopii dokumentów oraz twierdzeń samych stron, w tym pozwanego, niezakwestionowanych, bądź wprost przyznanych przez powoda.

Sąd Okręgowy wskazał, że postanowieniem z dnia 28 maja 2013 r. dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu elektroniki – informatyki na okoliczność ustalenia autentyczności zapisów na płytach CD dołączonych do pozwu. Wyniki przeprowadzenia powyższego dowodu wskazują, że płyta DVD +R zawiera nagrania z monitoringu wizyjnego zarejestrowanego przez rejestrator cyfrowy obecny na terenie zakładu w L.. Jednakże po analizie logów systemowych oraz zdarzeń właściwych dla rejestratora o adresie (...) okazało się, że nie zawierają informacji z okresu właściwego dla zapisu monitoringu w rejestratorze cyfrowym i tym samym nie pozwalają na wyciągnięcie wniosków odnośnie nagrań pochodzących z tego okresu. Powyższa okoliczność uniemożliwia porównanie zapisu plików typu „exe” z płyty DVD +R z zapisami na dysku twardym rejestratora.

Sąd Okręgowy uznał za wiarygodne zeznania świadków J. D. (1) i P. C. w zakresie przedstawienia współpracy między podmiotami oraz sposób organizacji systemu ochrony. Świadek J. D. (1) – będący szefem ochrony działającym z ramienia (...), nie był w stanie jednoznacznie określić, kto stwarzał plan zabezpieczenia obiektu, a w przypadku zaistnienia zdarzenia związanego z nieprawidłowością zabezpieczenia mienia należało przeprowadzić rozmowę i dopóki nie było złej woli czy kradzieży należało to załatwić we własnym gronie. Obaj świadkowie potwierdzili, iż w wyniku kontroli zatrzymano pracownika pozwanego -R. N. (1), który w samochodzie posiadał palety o wartości około 15 – 25 zł, przy czym świadkowie nie byli w stanie jednoznacznie wskazać, ile rzeczywiście w pojeździe przewożono palet. Pozostałe zeznania nie przedstawiały stanu wiedzy świadków, tylko domysły na temat rzekomej kradzieży i innych zdarzeń powodujących wypowiedzenie umowy przez zleceniodawcę. Dlatego też Sąd Okręgowy uznał zeznania za wartościowe i korespondujące z materiałem dowodowym zebrany w sprawie w zakresie wyżej przedstawionym, pomijając domysły świadków.

Na podstawie zeznań świadka A. L. na okoliczność wyjaśnienia przyczyn, charakteru i konsekwencji interwencji nocnych, a w szczególności wyjaśnienia rzekomego wywiezienia europalet, korzystania z pracowników z samochodów prywatnych w celach inwentaryzacyjnych, Sąd Okręgowy ustalił charakter współpracy podmiotów, pobudki pozwanego i wyniki przeprowadzonej prowokacji. Zeznania te, zdaniem Sądu Okręgowego, były wiarygodne i wartościowe, ponieważ w pełni przedstawiają całokształt relacji zachodzących w ramach realizacji umowy ochrony. Świadek ten, będący dyrektorem zarządzającym u pozwanego wskazał, iż byli kolejną firmą ochroniarską

współpracującą z H. K. - bo miał renomę niesolidnego płatnika. Wskazał też, iż problemy rozpoczęły się gdy H. K. zaczął opóźniać się z płatnościami i nagle zostali poinformowani o karze umownej. Wyjaśnił też, że uwagi na konieczność podjęcia działań prewencyjnych były takie sytuacje, w których trzeba było szybko interweniować i wpuszczać samochód przy podniesionym szlabanie bez świateł by sprawdzić, co się dzieje. Jednocześnie świadek wyjaśnił, iż nie było raportów z uwagi na fakt, iż nie było zdarzeń, poza tą jedną prowokacją ze strony szefa ochrony D. i wywózce palet, które nie były europaletami.

Sąd Okręgowy za wiarygodne uznał zeznania świadka J. R.. Świadek ten wskazał, że zgodnie z jego wiedzą zarząd E. wyraził zgodę na wywożenie zużytych zwykłych palet dla celów własnych pracowników. Nadto wskazał, że obiekt był trudny do patrolowania, bowiem był rozległy, a ilość pracowników była niewystarczająca, przy czym zgłaszali do zamawiającego usługę ochrony wyrażenie zgody na zwiększenie ilości pracowników. Wskazał także, iż nieoznakowane samochody miały wstęp na obszar obiektu chronionego, np. samochody osobowe dyrektora L., czy J. D. (1) oraz że ostatecznie umowę rozwiązał pozwany bo ze strony K. były zatory płatnicze na ponad 100 000 złotych. Ponadto świadek wyjaśnił, iż samochody ochrony też nie były ewidencjonowane – bowiem służyły do wykonywania działań prewencyjnych i patrolowych z uwagi na fakt, iż jeden człowiek ochrony by obejść obiekt musiał na to przeznaczyć około 20 minut. Powyższe okoliczności wyjaśnione przez świadka okazały się wartościowe dla rozstrzygnięcia.

Sąd w trybie art. 242 k.p.c. pominął dowód z przesłuchania świadków R. N. (1) i K. K. (2).

Oceniając dowód z zeznań strony - członka zarządu powodowej spółki (...), Sąd Okręgowy uwzględnił w pierwszej kolejności subsydiarność tego dowodu. Stąd opierał się na tych zeznaniach, tylko w przypadkach niezbędnych i tylko dodatkowo (posiłkowo) ważąc konsekwencję w ich treści, odnosząc je do zgromadzonego już w sprawie materiału dowodowego. W ocenie Sądu Okręgowego słuchana w charakterze strony posiadała wiedzę na temat szczegółów współpracy między stronami, jednakże odnosząc się do samych aktów rzekomych kradzieży, czy inspekcji nocnych, nie posiadała wiedzy, na której można oprzeć ustalenia stanu faktycznego w powyższym zakresie. Strona dopiero po okazaniu umowy stwierdziła, iż będąc przy jej podpisaniu nie działała jako członek zarządu powoda, a jako pełnomocnik K., od którego spółka wynajmowała powierzchnie. Ponadto członek zarządu nie był w stanie wskazać, czy coś zginęło i jakie konkretnie naruszenia zapisów umowy zostały objęte karą umowną za 40 zdarzeń i które z nich zostały objęte rzeczoną umową cesji wiarygodności.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, Sąd Okręgowy uznał powództwo za niezasadne.

Okolicznościami bezspornymi, na podstawie których powód oparł swoje powództwo, było zawarcie umowy o świadczenie usług z zakresu ochrony o treści powyżej przedstawionej. Strony nie kwestionowały charakteru prawnego, obowiązywania, czy wypowiedzenia powyższej umowy, którą należy zakwalifikować jako umowę zlecenia, a konkretnie umowę o świadczenie usług, czyli starannego działania, co oddaje w szczególności charakter umów dotyczących ochrony osób i mienia. Jednocześnie dla ścisłości wskazać należy, iż szczegółowe uwarunkowania sprawowania ochrony i mienia zawiera w sobie Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia. Istotą umowy o świadczenie usług jako umowy starannego działania, jest zatem wykonywanie określonych czynności, które nie muszą zmierzać do osiągnięcia rezultatu, lecz oczywiście mogą. Tym samym granice działań podjętych w przypadkach szczególnych wymienionych w § 1 ust. 3 lit. a – s uwarunkowane mają być starannym działaniem w celu przeciwdziałania dokonania zaboru mienia należącego lub będącego w posiadaniu E. (...) P. K. (§ 1 ust. 3 lit. b). Działania te z uwagi na przywołaną wyżej Ustawę, a konkretnie przyjętą weń definicję ochrony, sprowadzają się do działań wyłącznie prewencyjnych przy wykonywaniu zadań w granicach chronionych obiektów, do działania w celu zapobiegania, przeciwdziałania, niedopuszczania. Aktywne zaś działania pracowników ochrony np. ujęcie osób stwarzających bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia czy chronionego mienia, mają na celu niezwłoczne oddanie tych osób Policji.

Podejmując działanie interwencyjne, zastrzeżone dla Policji, a takim jest bez wątpienia prowokacja, zamawiający zastrzegając taką możliwość § 3 ust. 7 Umowy, wykroczył poza uprawnienia wynikające z ustawy.

Dokonanie prowokacji, sprawdzenie pojazdu i stwierdzenie posiadania palet winno skutkować ze strony wykonującego usługę ochrony osób i mienia w myśl obowiązujących przepisów – koniecznością powiadomienia organów ścigania, a tego – jak zeznawał świadek D. – nie dokonano z uwagi na polecenie zamawiającego, który de facto z działań zaniechanych uczynił podstawę do naliczenia kar, pomimo iż nie stwierdzono nigdy – jak zeznawał sam powód – iż dokonano jakiegokolwiek zaboru mienia warunkującego uszczuplenie majątku zamawiającego usługę. Po pierwsze, palety oddano, a w toku postępowania nie wykazano, iż owe palety były objęte zakresem przedmiotu umowy, która miała zmierzać do ochrony dóbr majątkowych stanowiących własność lub będących w posiadaniu (...) i to (...) P. K. – a nie mienie należące do spółki prawa handlowego czy będące w jej posiadaniu (§ 1 ust. 3 pkt d, e). W toku postępowania – składowisko palet i towarów wybrakowanych, jak ustalono zeznaniami świadków należało do spółki (...) cosmetics spółka akcyjna tym samym nie było własnością E. (...) P. K. ani nie wykazano, iż było w jego posiadaniu – skoro jak zeznano w przesłuchaniu stron spółka wynajmowała teren od K.. Zapobieganie zaś czynom niedozwolonym skierowanym do rzeczy innych podmiotów nie było objęte zakresem umowy z dnia 30 września 2006 roku tym bardziej, iż strona czynna nie złożyła do akt załącznika (...) – wskazującego zakres obszaru chronionego – co uniemożliwiło weryfikację, czy składowisko zużytych palet przeznaczonych do utylizacji – miało być objęte zakresem ochrony. Pozwany wskazywał, co znalazło potwierdzenie w zeznaniach świadków, iż zużyte palety pracownicy – zwłaszcza spółki prawa handlowego mogli wywozić. Umowa wszak zakładała, co sygnalizowano wyżej zapobieganie kradzieżom poprzez wywożenie rzeczy przez pracowników E. – działalność gospodarza K. i przez osoby trzecie. Przyjmując zaś literalne brzmienie owych zapisów umowy po pierwsze nie ustalono w toku postępowania, a ciężar spoczywał na powodzie, iż owe palety należały do K. i to, iż jego pracownicy – a nie pracownicy obecnego powoda dokonywali wywozu. Po wtóre, osobą trzecią w myśl nieostrych zapisów umowy o ochronę, bez wątplenia nie jest pracownik ochrony.

Te wątpliwości w świetle art. 6 k.c. winien rozwiać powód, czego nie uczynił opierając się tylko na domysłach i domniemaniach, pomimo braku stwierdzenia zaboru mienia, iż takowe następowało, co implikowało do naliczenia stosownych kar umownych.

Ponadto Agencja zobligowała się do dysponowania grupą ochrony doraźnej gotową na przybycie na obszar ochrony § 4 ust. 4 Umowy – a z pozostałych zapisów umowy o świadczenie usług ochrony i mienia nie wynika, iż miała to być grupa poruszająca się pieszo, czy też mająca za zadanie szczegółowe ewidencjonowanie swego przybycia. Z zeznań świadków wynika, iż dla sprawnego wykonywania umowy były stosowane patrole mobilne, które dla ukrycia patrolu poruszały się przy wygaszonych światłach. W przedstawionych nagraniach prócz właśnie tych dziwnych zachowań – według pozwanego mających swoje powyższe logiczne wytłumaczenie - nie sposób jest stwierdzić naruszenia punktu g) § 1 ust. 3 Umowy, skoro w świetle punkt h) – wstępu dokonywały osoby uprawnione – będące pracownikami ochrony sprawującymi nadzór nad powierzonym mieniem – E. – K. lub będącym w jego posiadaniu. Kwestie zaś związane z ewentualnymi nie udowodnionymi kradzieżami osób – pracowników pozwanego należy rozpatrywać w świetle nienależytego wykonania umowy i stosownego odszkodowania – które nie było przedmiotem cesji wierzytelności z dnia 20 marca 2009 roku.

Powód żądał zapłaty kary umownej w kwocie 109 332 zł za nienależyte wykonanie świadczenia usług ochrony, tj. w sposób niezgodny z umową, nie wskazując jakie konkretne naruszenia obejmuje kwota dochodzona w pozwie. Wskazać należy, iż artykuł 509 § 2 k.c. nie konstruuje domniemania, iż przelewem wierzytelności objęte są wszelkie prawa z nią związane, a tym bardziej, iż w obrębie wycinka kwoty dochodzonej w pozwie a naliczonej przez poprzedniego wierzyciela kary umownej w kwocie 18 769 000 zł zawierając się wszystkie możliwe konfiguracje naliczeń kar umownych zawartych w umowie. Pozwany konsekwentnie kwestionował wysokość kwoty objętej przelewem, a powód nie wykazał, czy owa kwota cesji zawiera się w iloczynie kar umownych w wysokości odpowiednio 3 000 zł i 1 000 zł, wskazywanych w opisie stanu faktycznego i obejmuje ile dni rzekomego opóźnienia ujętego w przedstawionych przez powoda tabelach. Nadto, powód nie wykazał, iż wypełnił zobowiązanie wzajemne z tytułu umowy przelewu wierzytelności i w terminie 3 dni opłacił wierzytelność, co nasuwa wątpliwości, czy umowa z dnia 20 marca 2009 roku w ogóle doszła do skutku.

Z reguły rozkładu ciężaru dowodu zawartego w art. 6 k.c. wynika, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. W niniejszej sprawie wobec braku przedstawienia dowodów wskazujących na zasadność roszczenia - skutki tego nieudowodnienia poniósł powód. Powód, działający przez profesjonalnego pełnomocnika, nie ustosunkował się w żaden sposób do twierdzeń strony przeciwnej i nie udowodnił zasadności roszczenia.

Sąd Okręgowy odwołując się do charakteru kary umownej wskazał, że klauzula kary umownej nie stanowi zasadniczego elementu zawartego przez strony kontraktu. Jej postanowienia aktualizują się dopiero w wypadku naruszenia konkretnych postanowień kontraktowych, a więc niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zatem brak naruszenia, nieważność lub bezskuteczność umowy, pociąga za sobą takie same skutki dla zastrzeżenia dotyczącego kary umownej. Powód w niniejszej sprawie podnosił, że pozwany dopuścił się szeregu naruszeń, przytaczając li tylko ogólnie stypizowane obowiązki ochronne bez wskazania konkretnych przypadków. Podniósł m.in., że agenci ochrony pozwanego wpuszczali i wypuszczali w godzinach nocnych pojazdy nieujęte w wykazie (nie składając owego wykazu), co więcej wskazując, że takich przypadków było aż 44. Powód podniósł także, iż pracownicy pozwanego dopuścili się kradzieży europalet, które to zostały zwrócone.

Sąd nie dał wiary tym twierdzeniom. Przede wszystkim powód nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, iż takich przypadków było aż 44. Nagranie załączone do pozwu wskazuje na przemieszanie się pojazdu nieoznakowanego, jednakże, jak to świadkowie zeznali, było pozwolenie ze strony zarządu powodowej spółki na wpuszczanie nieoznakowanych samochodów np. A. L., czy J. D. (1), czy też samochodów operacyjnych, w tym cywilnych pozwanego. Dodatkowo zarzuty kradzieży europalet także Sąd Okręgowy ocenił jako nie znajdujące oparcia w materiale dowodowym i w świetle omówionych wyżej zapisów samej umowy z dnia 30 września 2006 r. Świadkowie bez wahania wskazywali, że zarząd powodowej spółki wyraził zgodę na zabieranie przez pracowników uszkodzonych lub zwykłych palet dla celów własnych, co wydaje się dość powszechną praktyką wśród działalności gospodarczych dysponujących takim rodzajem materiałów. Nadto powód nie wykazał, że pracownicy próbowali wywieźć europalety, a nie palety zwykłe i nie wykazał czyje to były palety i czy w pozostałych przypadkach owych rzekomych 44 przypadkach wywozu dokonywały osoby trzecie, bo tylko to obowiązywało do naliczenia kar umownych. Umowa nie przewidywała kar umownych za dokonywanie zaboru mienia przez pracowników pozwanego, a w czasie kontroli zatrzymany został pracownik pozwanego R. N. (1). Powód podnosił w toku postępowania, że pozwany dokonując powyższych naruszeń umowy nienależycie wykonywał swe zobowiązanie w zakresie punktów d), g), h) i m) nie konkretyzując, jakie działania owe punkty naruszyły.

Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania może zostać przypisane dłużnikowi jedynie w zakresie wyznaczonym treścią lub celem zobowiązania. Treść zobowiązania kształtowana jest przede wszystkim umową, zgodnie z art. 56 i art. 65 § 2 k.c., w granicach art. 353<sup>1</sup> k.c. Dlatego sposobem jednoznacznej konkretyzacji interesu wierzyciela i przypisania mu relewancji na potrzeby badania niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wskazanie nań w umowie. Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy uznał, że pozwany wykonywał należycie postanowienia umowy, na co wskazuje skuteczna ochrona budynku przy niedoborach personelu, ale przede wszystkim pozwany starannie działał przy wykonywaniu umowy ochrony, a zarzuty i twierdzenia powoda mają na celu jedynie wyłudzenie kary umownej w znacznej wysokości. Pozwany miał obowiązek uniemożliwiania wjazdu na teren obszaru chronionego pojazdów nieujętych w dziennym wykazie pojazdów, a takiego wykazu powód nie dołączył, co pozbawia możliwości weryfikacji załączonych nagrań w świetle rzekomych naruszeń postanowień umownych, a nadto owe wjazdy odbywały się w porze nocnej i jak wykazał pozwany, były czynnościami operacyjnymi. Nie sposób jest również przyjąć, wobec braku załącznika nr 4, że pozwany nie prowadził ewidencjonowania ruchu pojazdów między innymi pojazdów zaopatrzenia.

Dodatkowo, wątpliwości budzi sposób naliczenia kary umownej przez powoda. Brak w niej okoliczności uzasadniających naliczenie kary umownej, sposób naruszenia umowy, podstawy wyliczenia poszczególnych kwot, choćby w oparciu o konkretyzację liczby dni opóźnienia w składaniu raportów za naruszenia wymienione w ust. 4 § 1 Umowy. Pozwany, co umknęło uwadze powoda – wskazał, iż raportów nie składał, bo nie było zdarzeń m.in. takich jak

zatrzymanie, wzbudzenie alarmu, spożywanie alkoholu przez pracowników E. K., czy też zagrożeń dla osób lub mienia znajdującego się na obszarze chronionym. Umowa nie przewidywała obowiązku składania raportów z dnia pracy, w którym żadne z zagrożeń nie zostało wykryte przez pozwanego, tym bardziej, iż pomimo zatrzymania jego pracownika i to przez osoby z ramienia (...) – nie stwierdzono żadnych niedoborów, a co za tym idzie, szkoda nie zaistniała.

Obowiązkiem powoda jest wszechstronne wykazanie okoliczności uzasadniających naliczenie kary umownej zgodnie z postanowieniami kontraktu, w odpowiedniej stawce, w uzasadnionych okolicznościach. Powód nie wykazał w sposób rzetelny zasadności swego roszczenia.

Pozwany podnosił trafne, merytoryczne zarzuty, które poparł solidnym materiałem dowodowym. Przede wszystkim rację miał pozwany, że powód nie sprecyzował dochodzonego roszczenia, w tym miejscu chodzi o sposób naliczenia kary umownej. Dodatkowo pozwany stwierdził, że nagranie załączone do pozwu jest niewyraźne, a nieoznakowane samochody to pojazdy pracowników, którzy mieli zgodę na poruszanie się po obiekcie celem skuteczniejszej ochrony, na co strona czynna nie przedstawiła przeciwdowodów. Świadkowie powołani przez powoda potwierdzili przypuszczenia Sądu co do zasadności twierdzeń pozwanego, iż nie stwierdzono niedoborów, pracownicy przebywający na obszarze ochrony mieli zezwolenie na wywóz palet – a o zgodzie w myśl zapisów umowy pozwany nie musiał być informowany, zatem milcząco tolerował te działania nie podejmując interwencji.

Nie można przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Działania zatem powoda, jak i poprzedniego wierzyciela zezwalającego bliżej nieokreślonym pracownikom wywózkę zużytych palet, która nie została ujęta zarówno w umowie o ochronę, jak i w planie zabezpieczenia obiektu i przewidziana procedurami – nie może obciążać pozwanego.

Odnosząc się do zarzutu pozwanego w zakresie miarkowania wysokości kary umownej, Sąd Okręgowy wskazał, iż kara jak wskazywano została naliczona w kwocie 18 769 000 zł przy dochodzonej kwocie 109 331,25 zł – w zestawieniu ze szkodą rzędu 15 - 25 zł, która to szkoda wobec dokonania zwrotu mienia, nie nastąpiła. W niniejszej sprawie pozwany wykonał zobowiązanie w znacznej części. Skutek starannego działania został osiągnięty, bo pomimo zaistniałych nieścisłości w wykonaniu przedmiotu umowy z dnia 30 września 2006 r. przez cały jej czas trwania nie stwierdzono ubytków w mieniu ochraniającym.

Zobowiązanie wobec braku skutku w postaci niedoboru w mieniu powierzonym w obszarze chronionym, zdaniem Sądu Okręgowego, zostało wykonane nieomal w 100%, przy incydencie wywołanym przez samego wierzyciela – aprobującego wywożenie palet przez pracowników i nie stworzenia odpowiednich procedur weryfikacyjnych, jakimi mieli kierować się pracownicy ochrony mający zapobiegać wystąpieniu działań zagrażających mieniu czy je powodujących. Tym samym w przypadku wykazania, czego powód nie uczynił – zasadności naliczenia kar umownych – winna być ona zredukowana do rzędnej podstawowej co najmniej za jeden dzień naruszenia i oscylować w kwocie zmniejszenia dalej idącego w przedziale liczbowym od 3 000 zł do 1 000 zł. Owego zmniejszenia Sąd z uwagi na powyższe rozważania już nie dokonywał, mając jedynie na uwadze, iż szkoda jak mogła nastąpić szacowała się w kwocie ceny złomu palety – w kwocie około 25 zł – jak wskazywał świadek D..

Dlatego też z uwagi na skuteczną obronę pozwanego, Sąd Okręgowy postanowił oddalić powództwo, jako niezasadne i nieudowodnione.

**Powód zaskarżył apelacją wyrok w całości**, wnosząc o zmianę wyroku w całości i uwzględnienie powództwa w całości oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu. Powód wniósł o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obydwie instancje według norm przepisanych.

Powód zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, tj.:

- art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez nie dokonanie przez Sąd I instancji pełnego rozeznania stanu faktycznego i prawnego sprawy, wynikających ze zgromadzonych materiałów, przekroczeniu zasad swobodnej oceny dowodów poprzez brak oceny wszystkich dowodów zebranych w sprawie, poczynienie sprzecznych ustaleń stanowiących podstawę rozstrzygnięcia z treścią zebranego materiału dowodowego wyrażającą się w przyjęciu, iż strona czynna nie sprecyzowała dochodzonego roszczenia, pracownicy przebywający na obszarze ochrony mieli zezwolenie na wywóz palet, powód nie wykazał że pracownicy próbowali wywieźć europalety a nie palety zwykłe a w konsekwencji błędne przyjęcie, iż pozwany wykonywał należycie postanowienia umowy i starannie działał przy wykonywaniu umowy,
- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewskazanie w uzasadnieniu wyroku wszystkich elementów określonych w tym przepisie, mianowicie nieustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

**Pozwany w odpowiedzi na apelację powoda** wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na rzecz pozwanego od powoda kosztów postępowania odwoławczego.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja powoda jest niezasadna, pomimo tego, że części z zarzutów apelacji nie sposób odmówić racji.

Powód w swej apelacji podniósł dwa zarzuty – zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. oraz zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Tym niemniej z uzasadnienia apelacji wynika, iż powód w ramach zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie tylko zakwestionował ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, ale i poczynione w sprawie ustalenia faktyczne. Powód podnosząc bowiem zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., wskazał że błędne jest ustalenie, iż pracownicy pozwanego mieli zezwolenie na wywóz palet. Zarzut ten w pewnym zakresie jest zasadny. O ile można zgodzić się z ustaleniem, iż pracownicy zarówno spółki (...), jak i pracownicy pozwanego, mogli korzystać dla własnych celów z rzeczy, które znajdowały się w magazynie otwartym i były przeznaczone do utylizacji, o tyle nawet z zeznaniem świadka pozwanego A. L. wynika, iż pracownicy pozwanego mogli te rzeczy wywozić z obiektu chronionego po uzyskaniu odpowiedniej zgody ze strony właściwego pracownika P. K. i wywóz tych towarów mógł odbywać się na podstawie dokumentu WZ. Bez dochowania tej procedury w istocie kontrola wywozu rzeczy i towarów z obiektu, będącego przedmiotem ochrony, byłaby iluzoryczna. Zdaniem Sądu Apelacyjnego zeznania te są wiarygodne, zatem ustalenie, iż pracownicy pozwanego mieli niejako zgodę blankietową na wywóz rzeczy z magazynu otwartego, nie jest prawidłowe. Co więcej, zdaniem Sądu Apelacyjnego, pracownicy pozwanego zajmujący się ochroną obiektu winni być poza wszelkimi podejrzeniami, a zatem winni dbać, a nawet dawać przykład, jeśli chodzi o dochowanie tych procedur i czytelność jakie konkretnie rzeczy są przez nich wynoszone lub wywożone poza chroniony obiekt. Nie można w ślad za Sądem Okręgowym czynić zleceńodawcy zarzutu, że aprobował wywożenie palet przez pracowników i nie stworzył odpowiednich procedur weryfikacyjnych, jakimi mieli kierować się pracownicy ochrony mający zapobiegać wystąpieniu działań zagrażających mieniu, czy je powodujących. Zdaniem Sądu Apelacyjnego zapewnienie prawidłowości kontroli wywozu rzeczy w oparciu o jasne i czytelne procedury było obowiązkiem pozwanego, który przyjął na siebie zobowiązanie ochrony obiektu m.in. przed kradzieżą mienia.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego zeznania świadków J. D. (1) i P. C., którzy uczestniczyli w zorganizowanej „prowokacji”, pośrednio potwierdzone zeznaniami A. L., dają podstawy do ustalenia, że faktyczne miała miejsce próba wywieżenia palet i to bez uzyskania wymaganego w takiej sytuacji zezwolenia. Same okoliczności, w jakich doszło do tej próby, świadczą o tym, iż sprawcy nie mieli zamiaru ujawnienia tego zdarzenia, skoro pojazd R. N. wjechał na teren obiektu po pierwsze, w porze nocnej, po drugie, bez zapalonych świateł i po trzecie, przy zgaszonym świetle przy szlabanie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego nawet jeśli wcześniej odbywały się kontrole stanu obiektu z wykorzystaniem prywatnych samochodów, to z pewnością okoliczności, w jakich doszło do próby wywozu palet, nie pozwalają na uznanie, by pracownik ochrony R. N. (1) chciał połączyć kontrolę stanu obiektu z jego prywatną sprawą – pobraniem palet z magazynu otwartego. W świetle powyższego uznać należy, iż na terenie obiektu nadzorowanego i chronionego przez



pozwanego, doszło do naruszenia ciężących na pozwanym obowiązków, grożących utratą mienia. Nie można przy tym zgodzić się z Sądem Okręgowym, iż w sytuacji, gdy próby wywozu dokonał pracownik ochrony, to nie był on osobą trzecią, a więc pozwany nie ponosi odpowiedzialności za to zdarzenie. Jeśli bowiem pracownik pozwanego R. N. (1) zabrał palety dla swych prywatnych celów, to w istocie należy go uznać za osobę trzecią, podejmującą próbę wywozu mienia jedynie przy okazji wykonywania obowiązków w ramach ochrony mienia. Nielogicznym byłoby uznanie, iż pozwany miał obowiązek chronić mienie przed kradzieżą przez osoby trzecie, a nie ponosił odpowiedzialności za próby kradzieży mienia podejmowane przez swych własnych pracowników, podjęte jedynie przy okazji wykonywania w imieniu pozwanego umowy o ochronę obiektu.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie ma również racji Sąd Okręgowy, iż kontrola przeprowadzona przez świadka J. D. miała charakter prowokacji w rozumieniu ustawy o Policji. Świadek J. D. przeprowadził jedynie kontrolę prawidłowości realizacji ochrony mienia przez pracowników pozwanego. Żadnych działań prowokacyjnych świadek J. D. nie podejmował. Zatem dywagacje Sądu Okręgowego na temat wkroczenia w zakres uprawnień zastrzeżonych dla Policji, są w niniejszej sprawie bezprzedmiotowe.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego należy dać również wiarę zeznaniom świadka J. D., iż przedmiotem wywozu były europalety, a nie zwykłe palety. Świadek ten był w trakcie kontroli pojazdu R. N. i widział podczas kontroli zatrzymanego samochodu, jakie konkretnie przedmioty były wywożone z chronionego obiektu. Jest to jednak okoliczność drugoplanowa, bowiem, zdaniem Sądu Apelacyjnego, o nienależytym wykonaniu umowy świadczyłaby również próba wywozu zwykłych palet bez dochowania wymaganych w takich przypadkach formalności.

Jeśli jednak chodzi o pozostałe przypadki nienależytego wykonania umowy, w związku z którymi naliczone zostały kary umowne, na które powołuje się powód, to, zdaniem Sądu Apelacyjnego, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do uznania, by doszło do zdarzeń dających podstawę do naliczania kar umownych. Po pierwsze, powód, a na nim spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu, nie wykazał, by samochody, których ruch odnotowano na zapisach monitoringu, nie były pojazdami ewidencjonowanymi. Powód nie twierdził nawet, by dokonał porównania ewidencji wjazdu pojazdów i stwierdził, że pojazdy widoczne na zapisach DVD nie były ujęte w ewidencji. Nie można zatem ustalić, by były to pojazdy nieewidencjonowane. Poza tym, pozwany wskazał, że pracownicy pozwanego używali samochodów do patrolowania terenu. Jeśli nawet samochody, które zarejestrowano na monitoring, to samochody prywatne pracowników pozwanego, co nie zostało wykazane, i do takich działań pozwanego dochodziło bez wcześniejszego uzgodnienia tego z właścicielem obiektu, to uznać można, iż doszło do naruszenia obowiązków umownych, ale nie takich, o których mowa w tych postanowieniach umowy, które określają podstawy naliczania kar umownych. Użycie prywatnych pojazdów do kontroli na terenie chronionego obiektu nie jest bowiem wystąpieniem zagrożenia osób lub mienia znajdujących się na obszarze chronionym, o których pozwany zobowiązany był powiadomić zleceniodawcę, nie była to również sytuacja stwarzająca bądź zwiększająca ryzyko wystąpienia na obszarze chronionym zagrożenia uszczerbku mienia lub zdrowia i życia.

Tym niemniej, zdaniem Sądu Apelacyjnego, wyrok Sądu Okręgowego należy uznać za prawidłowy z tej przyczyny, iż jak trafnie podnosił pozwany w toku całego postępowania pierwszoinstancyjnego, powód nie wskazał, jakie konkretnie zdarzenia legły u podstaw naliczenia tych kar umownych, które były przedmiotem przelewu. Innymi słowy, o ile można uznać, iż powód wskazał, jakie konkretnie zdarzenia legły u podstaw naliczenia wszystkich kar umownych ujętych w zestawieniu załączanym do pozwu, o tyle nie wskazał, które konkretnie kary umowne są przedmiotem umowy przelewu wierzytelności z dnia 20 marca 2009 r. zawartej pomiędzy P. K. a powodem. W umowie tej mowa jest o przelewie części wierzytelności względem pozwanego, ale ta część została opisana jedynie przez wskazanie kwoty, objętej przelewem. Nie ma w umowie przelewu mowy o tym, jakie konkretnie kary umowne są przedmiotem przelewu. Powód w toku postępowania wskazał, iż nabył część kary umownej i dochodzi jej w niniejszym postępowaniu, tym niemniej, w świetle postanowień umowy zawartej pomiędzy P. K. a pozwanym, każde zdarzenie, o którym mowa w par. 4 i 5 umowy stanowiło podstawę do naliczenia kary umownej, a więc powód w związku z każdym ze zdarzeń mógł naliczyć karę umowną, która uzyskiwała samodzielny byt. Tak też postanowienia umowy odczytywał P. K., skoro w zestawieniu kar umownych każde ze zdarzeń było podstawą do naliczenia kary umownej. Zatem P. K. przysługiwało tyle wierzytelności, ile kar umownych naliczył. Każda z tych wierzytelności z momentem powstania

zyskiwała niezależny byt. Oznacza to, że w sytuacji, gdy jedynie część z przysługujących P. K. wierzytelności jest przedmiotem przelewu, powód, dla skutecznego powołania się na to, że jemu właśnie przysługują dochodzone w niniejszym postępowaniu wierzytelności, winien te wierzytelności zidentyfikować, gdyż w żadnej mierze umowa przelewu tych wierzytelności nie identyfikuje - jedynie kwotowo wskazuje sumę wierzytelności będących przedmiotem przelewu. Niejasność tego zapisu oczywiście mogła być usunięta w drodze wykładni oświadczeń woli stron umowy przelewu wierzytelności, ale w tym zakresie powód żadnych dowodów nie przedstawił. Co więcej, powód domagając się od pozwanego zaspokojenia nabytych od P. K. wierzytelności, winien je zidentyfikować, aby w ten sposób umożliwić pozwanemu podjęcie obrony przed żądaniami zapłaty konkretnych kar umownych. Powód pomimo tego, że nabył jedynie część wierzytelności o zapłatę kar umownych, w toku postępowania wskazywał na zaistnienie wszystkich zdarzeń, które legły u podstaw naliczenia przez P. K. wszystkich kar umownych. Powód nie uczynił tego ani w pozwie, ani po otrzymaniu odpowiedzi na pozew, w której pozwany w sposób jednoznaczny zgłosił zarzut niezidentyfikowania dochodzonych wierzytelności. Powód nie zidentyfikował dochodzonych wierzytelności również w toku całego dalszego postępowania. Ta okoliczność przesądza o braku podstaw do uwzględnienia roszczeń powoda. Brak jest bowiem podstaw do uznania, iż powód nabył chociażby wierzytelność o zapłatę kary umownej naliczonej w związku ze stwierdzoną próbą wywozu europalet przez pracownika pozwanego R. N. (1).

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację powoda, jako bezzasadną.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono w oparciu art. 98 k.p.c. Na zasadzoną od powoda na rzecz pozwanego kwotę składa się wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 2 700 zł ustalone w oparciu o § 2, § 6 pkt 6 i § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 461).