



Sygn. akt V CSK 204/10

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 stycznia 2011 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Antoni Górski (przewodniczący)

SSN Irena Gromska-Szuster

SSA Maria Szulc (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa Syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa
Wielobranżowego Produkcyjno-Usługowo-Handlowo-Eksportowego "I." Spółki
z o.o. w K.

przeciwko TESCO POLSKA Spółce z o.o. w K.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 19 stycznia 2011 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 28 stycznia 2010 r., **oddala skargę kasacyjną;**

- 1) zasądza od Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Produkcyjno - Usługowo - Handlowo - Eksportowego "I." Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. na rzecz TESCO Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kwotę 3600 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

Uzasadnienie

Wyrokiem częściowym z dnia 19 sierpnia 2009 r. Sąd Okręgowy w K. zasądził od pozwanej Tesco Polska spółki z o.o. w K. na rzecz powoda Syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa Wielobranżowego I. spółki z o.o. w K. kwotę 1.234.542,04 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 3 grudnia 2008 r. tytułem zwrotu drugiej części kaucji zatrzymanej przez pozwaną na zabezpieczenie roszczeń z gwarancji i rękojmi za roboty budowlane. Zaskarżonym wyrokiem z dnia 28 stycznia 2010 r. Sąd Apelacyjny zmienił powyższy wyrok i powództwo oddalił. Sądy ustaliły między innymi, że spółka Tesco oraz spółka I. zawarły trzy umowy takiej samej treści o wykonanie hipermarketów w R., w J. i G. w dniach 27.V.02 r., 16.11.04 r. i 16.11.04 r. W umowach, poza ich istotnymi elementami, ustalono sposoby zabezpieczenia przyszłych roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania robót poprzez dostarczenie zamawiającemu gwarancji oraz poprzez wstrzymanie wynagrodzenia wykonawcy w wysokości 5 % wartości każdej faktury. Połowa zatrzymanych kwot miała zostać zwrócona wykonawcy w ciągu 30 dni od wydania świadectwa przyjęcia w odniesieniu do całości robót, a pozostała część w ciągu 30 dni od wydania ostatecznego świadectwa wykonania uprawnień z tytułu rękojmi albo dostarczenia przez wykonawcę gwarancji bankowej na kwotę równą pozostałej połowie kwot zatrzymanych, ważnej do dnia wydania ostatecznego świadectwa wykonania uprawnień z tytułu rękojmi, w zależności od tego, która z dat będzie wcześniejsza.

Przedmiot umów został wykonany i odebrany protokołami odbioru. Pozwana (zamawiający) zatrzymała wynagrodzenie wykonawcy w wysokości 5 % wartości każdej faktury, a po odbiorze zwróciła część zatrzymanych kwot, oprócz kwot, które powinny być zwrócone wykonawcy po wydaniu ostatecznego świadectwa wykonania uprawnień z rękojmi, której okres upływał w sierpniu 2012 r., w 2015 r. i 2014 r. Wysokość kwot nie była przez pozwaną kwestionowana.

Postanowieniem z dn. 16 sierpnia 2006 r. Sąd Rejonowy w K. ogłosił upadłość wykonawcy obejmującą likwidację majątku upadłego. Pozwana zgłosiła w postępowaniu upadłościowym wierzytelności w łącznej kwocie 5.648.162,90 zł obejmującej m.in. kwotę 4.834.225,63 zł związaną z przekształceniem niepieniężnych zobowiązań upadłego wykonawcy z tytułu rękojmi za wady na zobowiązania pieniężne. Złożyła także oświadczenie o potrąceniu zgłoszonej kwoty

z wzajemnymi wierzytelnościami wykonawcy w łącznej wysokości 3.700.523,58 zł z tytułu jego wynagrodzeń za zrealizowane roboty. Sędzia komisarz nie uznała wierzytelności w kwocie 4.834,225,63 zł z tytułu zamiany roszczeń niepieniężnych na roszczenie pieniężne.

Sąd I Instancji przyjął, że pozwana uznała roszczenie powoda poprzez uznanie niewłaściwe wskutek zgłoszenia wierzytelności w postępowaniu upadłościowym wraz z oświadczeniem o potrąceniu. Wskazał, że zobowiązanie wykonawcy do usunięcia wad wynika z art. 637 § 2 k.c. w zw. z art. 656 k.c. i nie jest zobowiązaniem umownym oraz nie stanowi świadczeń wzajemnych z umowy o roboty budowlane. Ma charakter niepieniężny, jest niepewne i uzależnione od ujawnienia się wad i ich rozmiarów. Postanowienia umowne o zabezpieczeniu roszczeń zamawiającego są dopuszczalne w świetle art. 353¹ k.c., jednakże zabezpieczenie upadło z dniem ogłoszenia upadłości, z tym dniem bowiem odpadła podstawa i cel zabezpieczenia - wykonawca nie może wykonać robót związanych z usuwaniem wad, bo został pozbawiony prawa prowadzenia działalności gospodarczej. Zobowiązania niepieniężne przekształciły się w zobowiązania pieniężne w oparciu, o art. 91 ust. 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. nr 60 poz. 535 z późn. zm.) - dalej p.u.n. Skoro pozwanej nie służy roszczenie o usunięcie wad, tym samym odpadła przyczyna zabezpieczenia, a roszczenie powoda jest zasadne na podstawie art. 410 k.c. oraz wobec uznania przez pozwaną.

Sąd Apelacyjny uznał ustalony przez Sąd Okręgowy stan faktyczny za prawidłowy i przyjął go za własny, lecz ocenił, iż Sąd I Instancji z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego wyciągnął błędne wnioski.

Wskazał, że odpowiedzialność wykonawcy z tytułu rękojmi ma charakter ustawowy, z tym, że podlega modyfikacji przez strony stosownie do art. 558 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c., co się stało poprzez wydłużenie okresu rękojmi do 10 lat na określone elementy i prace projektowe.

W ocenie Sądu drugiej instancji, zgodnie z p. 14.4 kontraktów, kwoty zatrzymane tytułem zabezpieczenia ewentualnych roszczeń z tytułu rękojmi, stanowiły część należnego wykonawcy wynagrodzenia, które miało być zapłacone

w całości po upływie ostatecznego okresu rękojmi, natomiast ich zatrzymanie nie było wynikiem zawarcia odrębnych umów kaucji gwarancyjnej, stąd zarzuty powoda o nieskuteczności umów w świetle art. 101 § 2 p.u.n. są niezasadne. Nie można także przyjąć, by zatrzymane wynagrodzenie stanowiło ekwiwalent kosztów usunięcia wad, bowiem w chwili zaistnienia takiego postanowienia stronom nie jest wiadomo, czy faktycznie wystąpią wady, jaki będzie ich rozmiar, czy dojdzie do ich usunięcia przez wykonawcę lub osobę trzecią i która ze stron poniesie koszty z tym związane. Z chwilą ogłoszenia upadłości nie wygasa odpowiedzialność wykonawcy z tytułu rękojmi. Wykonanie zobowiązania polega na usunięciu wad, a zatem wierzytelność z tego tytułu ma charakter niepieniężny i z chwilą ogłoszenia upadłości, zgodnie z art. 91 ust. 2 p.u.n., ulega z mocy prawa przekształceniu na wierzytelność pieniężną i staje się płatna, chociażby termin jej wykonania nie nastąpił. Wierzyciel powinien zatem podać w zgłoszeniu swoich wierzytelności wartość zobowiązania na dzień upadłości (art. 246 p.u.n.). W ocenie Sądu odwoławczego nie można przyjąć, by przekształcone na pieniężne zobowiązanie upadłego odpowiadało wysokości zatrzymanych kwot wynagrodzenia, skoro nie stanowiły one ekwiwalentu świadczenia związanego z usuwaniem wad, a były jedynie zabezpieczeniem kosztów usunięcia wad.

Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska Sądu I Instancji, że pozwana uznała roszczenie Syndyka masy upadłości, bowiem podniosła brak wymagalności części zatrzymanego wynagrodzenia należnego upadłemu, jako zatrzymanego do czasu upływu rękojmi, a nadto dokonując potrącenia w postępowaniu upadłościowym mogła objąć także wierzytelność niewymagalną upadłego (art. 93 ust. 1 p.u.n.). W konsekwencji uznał, że ponieważ z chwilą ogłoszenia upadłości wykonawcy robót budowlanych nie wygasł jego obowiązek usunięcia wad w ramach rękojmi, zaś zabezpieczenie obowiązku usunięcia wad nastąpiło poprzez zatrzymanie części wynagrodzenia należnego wykonawcy, w sytuacji nie upłynięcia terminu odpowiedzialności z rękojmi nie można przyjąć, by odpadła przyczyna zatrzymania wynagrodzenia. Wskazał również, iż zgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 p.u.n. z dniem ogłoszenia upadłości stają się wymagalne wszystkie zobowiązania pieniężne i niepieniężne upadłego, ale ta reguła nie ma zastosowania do wierzytelności przysługujących upadłemu, co oznacza, że roszczenie Syndyka jest niewymagalne,

a żądanie zapłaty przedwczesne. Nie oznacza to utrudnienia lub przedłużenia okresu prowadzenia postępowania upadłościowego i pokrzywdzenia wierzycieli, bo do takiej sytuacji ma zastosowanie art. 331 ust. 2 dotyczący zbycia wierzytelności niewymagalnych. Zastrzeżony w kontrakcie pactum de non cedendo nie ma zastosowania w postępowaniu upadłościowym, gdyż godziłoby to w interesy pozostałych wierzycieli. Jako podstawa rozstrzygnięcia został wskazany art. 386 § 1 k.p.c.

Skarga kasacyjna wniesiona przez powoda Syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa „I.” została oparta na obu podstawach kasacyjnych.

W ramach pierwszej podstawy powód zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 91 ust. 2 oraz art. 246 p.u.n., art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 91 ust. 2 p.u.n., art. 93 ust. 1 p.u.n. art. 368 ust. 1 i 372 ust. 1 p.u.n. oraz art. 289 ust. 1 k.s.h., art. 65 § 2, art. 480 § 3 k.c., art. 410 § 2 k.c., art. 647 k.c., art. 84 i 331 p.u.n. w zw. z art. 509 § 1 k.c. oraz art. 5 ustawy z dnia 6 marca 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym oraz ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. Nr 53, poz. 434).

W ramach drugiej podstawy kasacyjnej skarżący zarzucił naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy tj. art. 378 § 1 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c., w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.

Wskazując na powyższe wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania oraz zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.

Pozwana wniosła w odpowiedzi na apelację o oddalenie skargi kasacyjnej i zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zarzuty podniesione w ramach drugiej podstawy kasacyjnej, które wymagają rozważenia w pierwszej kolejności, nie są trafne.

Zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwa apelacja jest środkiem odwoławczym i ma charakter apelacji pełnej.

Sąd odwoławczy jest przede wszystkim instancją merytoryczną i rozpoznaje sprawę ponownie, co oznacza, że w zasadzie w sposób nieograniczony jeszcze raz bada sprawę rozstrzygniętą przez sąd pierwszej instancji. Postępowanie apelacyjne stanowi zatem kontynuację postępowania przed sądem I instancji. Wnioski powyższe wynikają z treści art. 378 § 1 k.p.c., który stanowi, że sąd drugiej instancji „rozpoznaje sprawę”, a nie, iż rozpoznaje środek odwoławczy. Sąd drugiej instancji zarówno dokonuje ustaleń własnych, jak i ma obowiązek ustalenia podstawy prawnej rozstrzygnięcia, czyli niezależnie od stanowiska stron i zarzutów powinien zastosować właściwe przepisy prawa materialnego. Nakaz rozpoznania apelacji „w granicach apelacji” oznacza zatem rozpoznanie jej zarówno w granicach zaskarżenia, jak i w granicach zarzutów prawa procesowego, ale nie oznacza związania sądu drugiej instancji zarzutami prawa materialnego. Ten brak związania dotyczy również strony wnoszącej apelację, która może przytaczać zarzuty aż do zamknięcia rozprawy (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55, wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2010 r., V CSK 296/09 (niepubl.), z dnia 10 grudnia 2009 r., III UK 54/09 (niepubl.), z dnia 23 lutego 2010 r., II UK 194/09 (niepubl.), z dnia 13 maja 2010 r., II PK 346/09 (niepubl.), postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2010 r. III CSK 129/09, (niepubl.). Nie może być zatem słuszny zarzut uzasadniany twierdzeniem, że Sąd Apelacyjny, mimo niepodniesienia w apelacji zarzutu naruszenia art. 331 p.u.n., dokonał oceny poprawności jego zastosowania przez Sąd I Instancji. Wszystkie zagadnienia związane ze stosowaniem przepisów prawa materialnego powołanego przez Sąd odwoławczy, oraz kwestia oceny skutków pactum de non cedendo, były przedmiotem postępowania przed Sądem I Instancji. Powołany przez skarżącego wyrok Sądu Najwyższego z 21 stycznia 2004 r. IV CK 394/02 (Wokanda 2004.10.12) dotyczy innej sytuacji faktycznej i nie może mieć zastosowania.

Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa naruszenie przez sąd drugiej instancji art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. może wyjątkowo stanowić usprawiedliwioną podstawę kasacyjną i to tylko wtedy, gdy wskutek uchybienia wymaganiom stawianym uzasadnieniu, zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli kasacyjnej (patrz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2010 r.,

II UK 325/09 (niepubl.), z dnia 7 października 2005 r., IV CK 122/05 (niepubl.), z dnia 28 listopada 2007 r., V CSK 288/07 (niepubl.), z dnia 21 lutego 2008 r., III CSK 264/07 OSNC - ZD 2008 Nr D poz. 118). Uzasadnienie Sądu Apelacyjnego zawiera wszystkie elementy konstrukcyjne konieczne do odtworzenia procesu motywacyjnego zarówno w zakresie podstawy faktycznej jak i prawnej rozstrzygnięcia. Sąd Apelacyjny odniósł się do zarzutów apelacyjnych oraz tych zagadnień prawnych, których rozważenie było konieczne z uwagi na koncepcję prawną rozstrzygnięcia. Wskazał również na powody, dla których uznał, że zawarcie pactum de non cedendo traci moc z chwilą ogłoszenia upadłości. Wskazać należy, że lakoniczne, ale klarowne odniesienie się do pewnych kwestii prawnych w uzasadnieniu nie powoduje niemożności kontroli kasacyjnej prawidłowości zastosowania prawa materialnego.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w ramach pierwszej podstawy kasacyjnej w pierwszej kolejności należy się odnieść do zarzutu naruszenia art. 65 § 2 k.c. poprzez błędną jego wykładnię, czego konsekwencją było, w ocenie skarżącego przyjęcie, że kwoty zatrzymane przez pozwaną stanowią część wynagrodzenia, a nie kaucję zatrzymaną w celu zabezpieczenia roszczeń niepieniężnych.

Przy dokonywaniu interpretacji umów znajdują zastosowanie dyrektywy interpretacyjne zawarte w art. 65 k.c. odnoszące się zarówno do wszystkich kategorii czynności prawnych (§ 1), jak i wyłącznie do umów (§ 2 k.c.), a konsekwencją tego unormowania jest dokonanie wykładni na trzech poziomach tj. ustalenia literalnego brzmienia umowy, ustalenia treści oświadczeń woli przy zastosowaniu reguł z paragrafu 1 oraz ustalenie sensu oświadczeń woli poprzez odwołanie się do zgodnego zamiaru stron i celu umowy.

Brak jest podstaw do przyjęcia, że Sąd Apelacyjny naruszył powyższe reguły dokonując analizy postanowień umownych łączących strony. Prawidłowo wskazał na brzmienie pkt 14.4 kontraktów stanowiących, że zamawiający wstrzyma wypłatę od każdej faktury, która jest należna i płatna na rzecz wykonawcy w wysokości 5 % kwoty należnej tytułem należytego wykonania robót, a zatrzymane kwoty będą zwrócone w sposób określony w tym postanowieniu. Z powyższego wynika,

że wykonawca nie wpłacał żadnej kwoty tytułem zabezpieczenia na rzecz zamawiającego, a wyrażał zgodę na niewypłacenie części należnego wynagrodzenia przez określony czas oraz na pokrycie przez inwestora z tego wynagrodzenia kosztów usunięcia wad (pkt 9.4 kontraktu). Zatrzymane wynagrodzenie miało pełnić zatem funkcję zbliżoną do kaucji gwarancyjnej, czyli zabezpieczać roszczenia inwestora z tytułu nienależytego wykonania umowy, przy czym nie ma pomiędzy stronami sporu, że zabezpieczenie po wykonaniu umowy miało dotyczyć wyłącznie ewentualnych roszczeń z rękojmi. Sąd Apelacyjny przyjął, że zatrzymanie wynagrodzenia miało pełnić funkcję zabezpieczającą a zatem, że taki był zgodny cel i zamiar stron umów. Taki też zgodny cel i zamiar stron wskazuje skarżący, z tym, że wywodzi stąd wniosek, iż jest to taki sam cel i zamiar stron, jaki byłby, gdyby w umowie istniał wprost sformułowany obowiązek wpłaty kaucji, która to wpłata w przypadku niniejszych umów miała nastąpić przez potrącenie z wierzytelnością o zapłatę wynagrodzenia.

Słusznie jednak wskazał Sąd Apelacyjny, że treść umów wyklucza przyjęcie, iż zamiarem i celem stron było, by zabezpieczenie nosiło charakter kaucji. W kontrakcie o wybudowanie hipermarketu w J. strony wprost wyłączyły zastosowanie tych postanowień umownych, które przewidywały możliwość ustanowienia kaucji gwarancyjnej odrębnej od wynagrodzenia umownego (pkt 4.5.2. - kaucja gwarancyjna - nie stosowane). Uwiarygodnia to twierdzenie strony pozwanej, że w pozostałych umowach ten fragment jako bezprzedmiotowy został wykreślony i nie został zamieszczony jako część kontraktu, a dodatkowo to potwierdza nie tylko jednorodność, a wręcz identyczność wszystkich trzech umów.

Należy mieć na uwadze, że tego rodzaju zabezpieczenie jest często stosowane w umowach o roboty budowlane, jednakże jego charakter prawny zawsze musi być oceniany poprzez pryzmat postanowień umownych - czy strony chciały nadać zabezpieczeniu charakter kaucji gwarancyjnej czy też jako zabezpieczenie miało służyć zatrzymane wynagrodzenie wykonawcy, który po pierwsze godził się na wypłacenie tej jego części w innym terminie, niż określony w umowie, a po drugie zgadzał się, by inwestor przeznaczył je na pokrycie

wierzytelności z tytułu roszczeń z rękojmi. Fakt, że oba zabezpieczenia pełnią taką samą funkcję, nie oznacza, że jest tożsamy ich charakter prawny.

Należy podkreślić, że aczkolwiek umowa kaucji nie została zdefiniowana ustawowo (poza art. 102 prawa bankowego), to zostały przez doktrynę określone cechy, które pozwalają na zakwalifikowanie danego stosunku prawnego jako umowy kaucji. Jest to umowa kauzalna (prawną przyczyną przysporzenia jest zabezpieczenie wierzytelności), nosząca cechy depozytu nieprawidłowego i realna, w której kaucjodawca przekazuje określoną ilość pieniędzy, a kaucjobiorca może z nich korzystać i zobowiązuje się do ich zwrotu. Następuje przeniesienie własności przedmiotu kaucji, które jest połączone z władztwem, czyli konieczne jest przeniesienie posiadania rzeczy. Kaucja ma również charakter akcesoryjny, jest ściśle bowiem związana ze stosunkiem prawnym, który zabezpiecza.

Nie można uznać zatem by zabezpieczenie należytego wykonania robót poprzez zatrzymanie wynagrodzenia nosiło cechy umowy kaucji, wobec nieprzeniesienia własności środków pieniężnych przez wykonawcę na rzecz inwestora. Nie przeczy temu również definicja kwot zatrzymanych zawarta w pkt 1.1.5.2 kontraktów stanowiąca, że jest to suma wszystkich należności zatrzymanych przez zamawiającego stosownie do „Klauzuli 14.4”, bowiem sformułowanie „wszystkich należności” w połączeniu z treścią pkt 14.4 wskazuje na należności czyli wierzytelności wykonawcy z tytułu wynagrodzenia, bo do nich odnosi się pkt 14.4 umów i reguluje kwestię ich zwrotu. Gdyby istotnie zamiarem stron było, jak twierdzi skarżący, zaliczenie kwoty przysługującej mu wierzytelności z tytułu wynagrodzenia na poczet kwoty, którą musiałby wpłacić z tytułu kaucji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści umowy, a przeciwnie w jednej z umów strony wyłączyły wprost stosowanie instytucji kaucji gwarancyjnej, a w pozostałych wykreślono postanowienia jej dotyczące. Nie doszło również do potrącenia, nie zostało bowiem złożone wymagane przez art. 498 k.c. oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu wynagrodzenia i z tytułu kaucji gwarancyjnej. W takiej sytuacji brak jest podstaw do przyjęcia, że mógłby mieć zastosowanie art. 101 ust. 2 p.u.n., skoro nie doszło do zawarcia umowy przeniesienia wierzytelności w drodze umowy kaucji gwarancyjnej.

Powszechnie używanego w kontraktach o roboty budowlane pojęcia „kaucja gwarancyjna” w takich przypadkach, jak w sprawie niniejszej, nie można odnosić do elementów konstrukcyjnych umowy kaucji, a można traktować je jedynie jako wyrażenie funkcjonujące w obrocie w sensie udzielenia zabezpieczenia należytego wykonania robót poprzez przyzwolecie zamawiającemu na niewypłacanie zamawiającemu w określonym czasie części wynagrodzenia. Ustalenie charakteru prawnego udzielonego w ten sposób zabezpieczenia uzależnione jest od treści umowy i wymaga badania w świetle konkretnych postanowień umownych. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że został naruszony art. 65 § 2 k.c. Nie jest także zasadny zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 oraz art. 246 p.u.n. Bezsporne jest, że umowa została wykonana co do jej przedmiotu i stosunki prawne między stronami po jej wykonaniu kształtowała umowa w zakresie roszczeń zamawiającego co do uprawnień z rękojmi modyfikująca terminy ustalone ustawowo, oraz w zakresie zabezpieczenia ewentualnych wierzytelności z tego tytułu. W świetle art. 647 k.c., zawierającego definicję ustawową umowy o roboty budowlane, zarówno postanowienia umowne dotyczące terminów rękojmi, jak i sposobu zabezpieczenia roszczeń zamawiającego z tytułu rękojmi, nie należą do elementów przedmiotowo istotnych umowy o roboty budowlane. Postanowień tych nie można traktować jako umowy wzajemnej, bowiem brak jest ekwiwalentności świadczeń. Kwestia dopuszczalności żądania zwrotu zabezpieczenia zwanego kaucją, a polegającego na zatrzymaniu części wynagrodzenia, była przedmiotem rozpoznania przez Sąd Najwyższy, z tym, że orzeczenia zapadały na gruncie umów gwarancji udzielonych przez wykonawcę (patrz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2002 r., IV CKN 1488/00 (niepubl.), z dnia 23 marca 2006 r., III CSK 35/06 (niepubl.), z dnia 29 lutego 2008 r., III CSK 483/07 (niepubl.) z dnia 17 grudnia 2008 r., I CSK 258/08 (niepubl.), z dnia 16 grudnia 2010 r., I CSK 148/10 (niepubl.). W orzeczeniach tych Sąd Najwyższy między innymi stwierdził, że odpowiedzialność producenta, który udzielił gwarancji, nie wygasa na skutek ogłoszenia jego upadłości, jak również, że sam fakt zawarcia umowy nie jest tożsamy z powstaniem długu, a dla jego ustalenia jest konieczne wystąpienie zdarzenia powodującego dług.

Również na gruncie uprawnień zamawiającego z rękojmi mających źródło w ustawie (art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 638 k.c. w zw. z art. 560 § 1 k.c.), można sformułować zasadę, że roszczenia te (usunięcie wad, obniżenie ceny) nie wygasają z chwilą ogłoszenia upadłości wykonawcy. Roszczeniom tym odpowiada zobowiązanie upadłego niepieniężne, co do usunięcia wad i pieniężne co do obniżenia ceny. Pamiętać należy, że istnienie zobowiązania nie oznacza, że w każdym wypadku musi dojść do spełnienia świadczenia. Dla pewnych stosunków zobowiązaniowych jest typowa sama gotowość dłużnika do świadczenia, zaś jego spełnienie zależy od wystąpienia zdarzenia, z którym zobowiązanie łączy obowiązek dłużnika - tak jest w wypadku umowy ubezpieczenia, gwarancji, czy poręczenia oraz w wypadku roszczeń z tytułu rękojmi. Zobowiązanie pieniężne upadłego staje się wymagalne z dniem ogłoszenia upadłości (art. 91 ust. 1 p.u.n.), a niepieniężne zmienia się w pieniężne i z tym dniem staje się płatne (art. 91 ust. 2), chociażby termin płatności nie nastąpił - dzięki temu wierzyciel uzyskuje możliwość przerachowania swej wierzytelności i zgłoszenia jej do masy. Jednakże w wypadku, gdy wada nie wystąpiła, mamy do czynienia w dalszym ciągu z uprawnieniem zamawiającego z tytułu rękojmi, które nie przekształciło się i nie skonkretyzowało w wierzytelność. Zatem również po stronie upadłego nie powstało skonkretyzowane zobowiązanie w postaci długu odpowiadającego wierzytelności. Uprawnienia z rękojmi konkretyzują się w wierzytelności i roszczenia z dniem zajścia zdarzenia, od którego uzależniona jest realizacja uprawnienia, czyli z dniem ujawnienia się wady. Podzielić należy stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 23 marca 2006 r., II CSK 35/06, iż fakt istnienia uprawnień z rękojmi nie jest tożsamy z powstaniem długu, bowiem dla jego powstania konieczne jest wystąpienie zdarzenia powodującego ten dług. Zobowiązanie niepieniężne upadłego z tytułu rękojmi ulega przekształceniu zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 p.u.n. tylko wtedy, gdy zaszło zdarzenie konkretyzujące uprawnienia zamawiającego w wierzytelność i zobowiązanie upadłego w dług, a upadły nie wykonał zobowiązania przed ogłoszeniem upadłości (tak również na tle umowy gwarancji Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 grudnia 2010, I CSK 148/10, niepubl.). Inną kwestią jest, bowiem wymagalność istniejącego, skonkretyzowanego długu, a inną kwestią

prawną aktualizacją obowiązku wykonawcy wynikającego z rękojmi. Nie jest, zatem możliwe przyjęcie, że istnieje możliwość zastosowania art. 91 ust. 2 p.u.n. w sytuacji, gdy nie nastąpiła jeszcze taka aktualizacja, bowiem nie pojawiła się wada indywidualizująca ten obowiązek. Oznacza to, że modyfikacja sposobu spełnienia świadczenia przez upadłego na podstawie art. 91 ust. 2 p.u.n. jest możliwa tylko wtedy, gdy świadczenie już istnieje w dacie ogłoszenia upadłości, a jedynie nie nastąpił jeszcze termin jego wykonania. W konsekwencji, skoro wobec nie ujawnienia się wady nie istnieje z tytułu rękojmi ani wierzytelność, ani zobowiązanie upadłego skonkretyzowane w dług, nie może dojść do przekształcenia zobowiązania upadłego na podstawie art. 91 ust. 2 p.u.n.

Wobec powyższego, nie odpadła, jak to chce przedstawić skarżący, podstawa zabezpieczenia. Ma rację powód wskazując, że art. 246 p.u.n. stabilizuje wysokość roszczeń niepieniężnych na dzień ogłoszenia upadłości, ale dotyczy to wierzytelności niepieniężnych, a zatem wierzytelności skonkretyzowanych i wymagalnych, lub niewymagalnych (art. 247 p.u.n.). Nie może mieć natomiast zastosowania ten przepis w wypadku zobowiązań, których przedmiotem są wierzytelności i zobowiązania wynikające z określonych w nich obowiązków stron, ale jeszcze nie zindywidualizowane i nieskonkretyzowane. Konsekwencją jest istnienie obowiązku upadłego do wykonania obowiązku z rękojmi i wymagalność roszczenia o zapłatę reszty wynagrodzenia po wygaśnięciu terminu rękojmi. Zważywszy na powyższe oraz na to, że art. 91 ust. 2 nie dotyczy wierzytelności wykonawcy, prawidłowe jest stanowisko Sądu Apelacyjnego, że brak jest podstaw do żądania zwrotu zatrzymanego wynagrodzenia, a zatem nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 410 § 2 k.c. i art. 647 k.c.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 368 ust. 1, 372 p.u.n., art. 289 ust. 1 k.s.h. oraz art. 84 i art. 331 p.u.n. w związku z art. 509 k.c., jak również art. 5 ustawy z dnia 6 marca 2009 r. o zmianie ustawy prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym oraz ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. nr 52 poz. 434). Wbrew twierdzeniu skarżącego Sąd drugiej instancji rozważył, w jaki sposób ewentualne świadczenie z tytułu roszczeń zamawiającego może być zrealizowane w toku postępowania upadłościowego. Wskazać należy, że jeżeli okres rękojmi upłynie w toku tego postępowania, a wady

w wykonanych obiektach się nie ujawnią, należność z tytułu zatrzymanego wynagrodzenia zostanie zwrócona na rzecz masy upadłości. Jeżeli zaś wady się ujawnią pozwana będzie mogła z kwot zatrzymanych pokryć koszty ich usunięcia. W wypadku zaś konieczności zakończenia postępowania upadłościowego, będzie miał zastosowanie, jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny, art. 331 p.u.n.. Stąd utrata bytu przez upadłego wskutek zakończenia postępowania upadłościowego i wykreślenia z Krajowego Rejestru Sądowego nie niesie za sobą skutku w postaci braku podmiotu, na rzecz którego pozwana będzie zobowiązana zwrócić zatrzymane kwoty. Niesłuszny jest także zarzut naruszenia art. 480 § 3 k.c. oparty na twierdzeniu, że Sąd drugiej instancji wadliwie przyjął, że pozwana po ogłoszeniu upadłości ma możliwość zastępczego wykonania usunięcia wad, skoro nie mogą istnieć w tej dacie zobowiązania niepieniężne upadłego wobec treści art. 91 ust. 2 k.c. Przywołać należy wyżej czynione rozważania odnoszące się do braku możliwości przekształcenia się w pieniężne zobowiązania upadłego, które nie zostało skonkretyzowane i zindywidualizowane w świadczenie.

Błędnie skarżący zarzuca naruszenie art. 5 ustawy z dnia 6 marca 2009 r. o zmianie ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze w powiązaniu z zarzutem naruszenia art. 84 p.u.n. Sąd Apelacyjny nie wskazał tego przepisu jako podstawy rozstrzygnięcia w zakresie dopuszczalności zbycia przez Syndyka masy upadłości wierzytelności objętej pactum de non cedendo. Stąd wskazane przez skarżącego różnice w brzmieniu tego przepisu przed i po dniu 2 maja 2009 r. nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia. Niewątpliwie art. 84 p.u.n. w brzmieniu obowiązującym od dnia 2 maja 2009 r. może stanowić bezpośrednią podstawę uznania za bezskuteczną cesji wierzytelności w sytuacji zawarcia w umowie, której stroną jest upadły, zakazu zbycia wierzytelności. Nie oznacza to jednak, że w okresie poprzedzającym tę datę brak jest podstaw do przyjęcia możliwości zbycia takiej wierzytelności. Zgodnie z art. 331 ust. 1 i 2 p.u.n. likwidacja wymagalnych wierzytelności upadłego następuje przez ich ściągnięcie, zaś likwidacja wierzytelności niewymagalnych następuje wyłącznie przez ich zbycie. Wierzytelność o zapłatę reszty wynagrodzenia zatrzymanego jako zabezpieczenia roszczeń zamawiającego z rękojmi niewątpliwie jest do czasu upływu terminu rękojmi wierzytelnością niewymagalną. Oczekiwanie na powstanie stanu

wymagalności nie stanowi zatem w świetle tego przepisu przeszkody w zakończeniu postępowania upadłościowego (tak również Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 17 grudnia 2008 r., I ACa 603/07, niepubl.). Zgodnie z poglądami doktryny, postępowanie upadłościowe obejmujące likwidację majątku upadłego określane jest jako egzekucja generalna. Przepisy egzekucyjne dotyczącej egzekucji syngularnej (art. 831 § 1 pkt 2 k.p.c.) stanowią, że umowne wyłączenie zbywalności wierzytelności nie zwalnia jej spod zajęcia, wobec czego zostają ograniczone prawa dłużników. Dopuścić zatem należy takie samo ograniczenie w toku postępowania upadłościowego. Ponadto wprowadzie zbycie wierzytelności przez Syndyka następuje w drodze umowy, ale jej zawarcie jest wynikiem wykonania obowiązku ustawowego w drodze procedury określonej ustawą (art. 334 p.u.n.) nie przez stronę, ale przez zastępcę pośredniego. Trzeba mieć również na uwadze, że zastrzeżenie umowne nie może wyłączyć procedury likwidacji masy upadłości regulowanej przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Reasumując, zastrzeżenie umowne zakazu zbycia wierzytelności pomiędzy upadłym, a jego dłużnikiem nie wyłącza, ani nie ogranicza procedury likwidacji masy upadłości uregulowanej przepisami ustawy prawo upadłościowe i naprawcze.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 p.u.n. został uzasadniony w odniesieniu do podstawy faktycznej tym, że treść pkt 9.4 kontraktów stanowiła, iż w wypadku konieczności wykonania przez zamawiającego prac związanych z usunięciem wad, koszty ich wykonania zostaną potrącone z kwot należnych wykonawcy. Skarżący wywodził, że w wypadku powstania wierzytelności z tytułu wad po ogłoszeniu upadłości, nie byłoby możliwe dokonanie ich skutecznego potrącenia. Wskazać jednak należy, że rozwiązanie umowne przyjęte przez strony nie nosi cech typowych dla potrącenia, a w istocie strony w umowie zawarły upoważnienie dla zamawiającego do pokrycia kosztów usunięcia wad z wynagrodzenia należnego wykonawcy. Jest to raczej rozwiązanie zbliżone do przekazu, bowiem zamawiający ma pokryć za wykonawcę koszt usunięcia wad i tym samym w tym zakresie zwolni się ze swojego długu w stosunku do wykonawcy z tytułu zatrzymanego wynagrodzenia. Zbędne jest wobec tego rozważanie zagadnienia prawnego, czy dopuszczalne jest potrącenie

wierzytelności z tytułu rękojmi powstałej po ogłoszeniu upadłości z wierzytelnością upadłego wchodzącą w skład masy upadłości. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 92 ust. 1 p.u.n. wskazać należy, że Sąd Apelacyjny nie dokonał wykładni tych przepisów i nie przyjął, że po dokonaniu ogłoszenia upadłości możliwe jest obciążenie upadłego karami umownymi. Do kwestii kar umownych odniósł się jedynie w toku przytaczania treści postanowień kontraktów łączących strony, natomiast rozważania prawne czynił wyłącznie w odniesieniu do roszczeń zamawiającego z tytułu rękojmi. Z powyższych względów, uznając skargę kasacyjną za bezzasadną, orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c., o kosztach rozstrzygając zgodnie z art. 108 § 1 k.p.c. i art. 98 k.p.c.