



Sygn. akt II CSK 236/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 lutego 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jan Górowski (przewodniczący)

SSN Irena Gromska-Szuster

SSN Władysław Pawlak (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa M. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.
przeciwko Skarbowi Państwa - Rejonowemu Zarządowi Infrastruktury w S.
o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym

w Izbie Cywilnej w dniu 15 lutego 2017 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej

od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 24 września 2015 r., sygn. akt I ACa (...),

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania oraz orzeczenia o
kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem, Sąd Apelacyjny oddalił apelację strony powodowej M. sp. z o.o. w G. od wyroku Sądu Okręgowego w S. oddalającego powództwo skierowane przeciwko Skarbowi Państwa - Rejonowemu Zarządowi Infrastruktury w S. o zapłatę kwoty 209 440,45 zł z tytułu zwrotu poniesionych wydatków na zakup

materiałów i urządzeń, z ustawowymi odsetkami od dnia 7 lipca 2014 r. do dnia zapłaty.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w następującym stanie faktycznym. Strony zawarły w dniu 8 marca 2013 r. w trybie zamówień publicznych umowę, na podstawie której strona powodowa miała wykonać na rzecz strony pozwanej modernizację budynku koszarowego nr (...) na terenie jednostki wojskowej (...) w W., w terminie do 19 maja 2014 r., za wynagrodzeniem w kwocie 7 777 700 zł. W § 14 umowy przewidziano możliwość uzyskania przez wykonawcę zaliczek na poczet realizacji umowy w kwocie do 75% wartości wynagrodzenia brutto. W § 22 ust. 5 strony postanowiły, że w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru wykonanych robót, odkupienia zakupionych przez wykonawcę na realizację umowy materiałów i urządzeń, po cenach nie wyższych niż ceny zakupu.

W trakcie wykonywania robót budowlanych ujawniły się wady projektu budowlanego, co spowodowało konieczność częściowej zmiany zakresu prac. W dniu 3 kwietnia 2014 r. doszło do spotkania przedstawicieli stron, którzy podpisali protokół konieczności, ustalając w nim zakres robót podlegających zaniechaniu i zakres robót zamiennych. Zmiany te skutkowały zwiększeniem kosztów wykonania robót o kwotę 98 529,24 zł, przy czym strona powodowa zobowiązała się do wykonania dodatkowych robót w ramach dotychczasowego wynagrodzenia umownego. W protokole konieczności podano również, że wskazane zmiany spowodują wydłużenie terminu zakończenia robót i z tego względu wykonawca zawnioskował o przedłużenie terminu zakończenia robót do dnia 18 września 2014 r., zaś zawarcie stosownego aneksu miało nastąpić do dnia 2 maja 2014 r., a zamawiający wyraził zgodę na cesję wynagrodzenia na rzecz banku kredytującego wykonawcę.

Pismem z dnia 7 kwietnia 2014 r. strona powodowa powołując się na przepis art. 649¹ i n. k.c. wezwała stronę pozwaną do przedstawienia gwarancji zapłaty za roboty wykonywane w ramach umowy na kwotę 2 626 050 zł, w terminie 45 dni od daty otrzymania pisma. Po wpłynięciu tego pisma do Rejonowego Zarządu

Infrastruktury w S., główny księgowy podjął czynności mające na celu ustalenie możliwości udzielenia gwarancji zapłaty w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej, jednak ustalił, że otrzymanie takiej gwarancji będzie bardzo utrudnione. Z tego względu szef wydziału budownictwa tej jednostki organizacyjnej H. G. podjął negocjacje z członkami zarządu powodowej spółki w sprawie żądanej gwarancji zapłaty, od których uzyskał zapewnienie, że w przypadku zawarcia aneksu przedłużającego termin wykonania umowy z dnia 8 marca 2013 r., nie będą domagać się gwarancji zapłaty. Z powyższych przyczyn strona pozwana zaniechała uzyskania gwarancji zapłaty żądanej przez stronę powodową.

W dniu 12 maja 2014 r. strona powodowa zwróciła się do strony pozwanej o podpisanie przygotowanego projektu aneksu do umowy z dnia 8 marca 2013 r., w którym przewidziano m.in. wydłużenie terminu zakończenia jej realizacji do 18 września 2014 r. Podpisanie aneksu przez stronę pozwaną nastąpiło w dniu 23 maja 2014 r.

W piśmie z dnia 27 maja 2014 r., które strona pozwana otrzymała tego samego dnia, strona powodowa oświadczyła, że w związku z niedoręczeniem w przewidzianym terminie gwarancji zapłaty za wykonanie robót budowlanych, na podstawie art. 694⁴ § 1 k.c. odstępuje od umowy z dnia 8 marca 2013 r. z winy zamawiającego.

W dniu 5 czerwca 2014 r. na placu budowy spotkali się przedstawiciele stron w celu dokonania inwentaryzacji budowy. Inspektorzy nadzoru reprezentujący Rejonowy Zarząd Infrastruktury w S. rozpoczęli wykonywanie dokumentacji zdjęciowej i oględziny placu budowy. Ustalono, że wykonawca przygotowuje zestawienie materiałów, które nie zostały wbudowane.

W piśmie z dnia 13 czerwca 2014 r. strona pozwana w odpowiedzi na pismo strony powodowej z dnia 7 kwietnia 2014 r. oświadczyła, iż nie widzi podstaw do wnioskowania o zagrożeniu terminowej zapłaty za wykonanie robót budowlanych, a tym samym brak uzasadnionej kwalifikacji tej okoliczności jako przeszkody w wykonaniu robót budowlanych. Jednocześnie wezwała stronę powodową do kontynuacji robót, uznając odstąpienie od umowy za bezzasadne.

Pismem z dnia 23 czerwca 2014 r. strona powodowa poinformowała stronę pozwaną o zakończeniu przeprowadzonej inwentaryzacji materiałów pozostawionych na obiekcie, a następnego dnia opuściła plac budowy. W dniu 27 czerwca 2014 r. strona powodowa wystawiła fakturę na kwotę 209 440,45 zł brutto za materiały i urządzenia przeznaczone na realizację umowy, którą przesłała stronie pozwanej wraz z arkuszami inwentaryzacyjnymi pozostawionych materiałów oraz faktury VAT obejmujące zakupy wskazanych w arkuszach materiałów.

W piśmie z dnia 15 lipca 2014 r. strona pozwana poinformowała powodową spółkę, że w dniu 18 lipca 2014 r. organizuje spotkanie w sprawie kontynuacji robót przez powódkę, a nadto, że podtrzymuje swoje stanowisko dotyczące możliwości udzielenia zaliczki celem kontynuacji umownego zakresu robót oraz zapewnia o swojej wypłacalności.

W rozważaniach prawnych, Sąd Okręgowy wskazał, że w okolicznościach faktycznych sprawy wniesione powództwo jest przejawem nadużycia prawa (art. 5 k.c.). W ocenie Sądu pierwszej instancji strona powodowa nie była zainteresowana uzyskaniem gwarancji terminowej zapłaty wynagrodzenia, lecz wykorzystała tę instytucję do odstąpienia od umowy, której wykonanie przestało być dla niej opłacalne. Wystąpienie przez powódkę z żądaniem udzielenia gwarancji zapłaty wynagrodzenia wkrótce po tym, jak został sporządzony protokół konieczności przewidujący wykonanie prac zamiennych i prac dodatkowych w ramach umownego ryczałtowego wynagrodzenia, przy jednoczesnym uzgodnieniu zawarcia aneksu przedłużającego termin wykonania umowy i przekonaniu strony powodowej o braku ryzyka niewypłacalności inwestora, należy zdaniem Sądu pierwszej instancji interpretować w ten sposób, że strona powodowa chciała wykorzystać ten instrument jako formę nacisku na pozwanego celem uzyskania korzystniejszych rozwiązań dotyczących warunków wykonywania umowy, albo też od początku zakładała, że pozwany będzie miał problem z uzyskaniem tego rodzaju gwarancji zapłaty, co pozwoli jej odstąpić od umowy z winy inwestora. Ponadto zachowanie strony powodowej już po złożeniu oświadczenia o odstąpieniu od umowy również świadczy o braku zainteresowania kontynuowaniem dotychczasowej współpracy, nawet po uzyskaniu faktycznej gwarancji otrzymania zapłaty wynagrodzenia. Nie zgodziła się też na propozycję pozwanej zaliczkowego wypłacania

wynagrodzenia. Wprawdzie strona powodowa proponowała podjęcie i zakończenie robót budowlanych, ale domagała się w zamian zawarcia nowej umowy, co wskazuje, że chciała uzyskać korzystniejsze warunki od dotychczasowych.

Sąd pierwszej instancji podniósł, że niezależnie od sprzeczności wytoczonego przez powódkę powództwa z zasadami współżycia społecznego, nie wykazała także wysokości żądania. Cena sprzedaży materiałów i urządzeń miała być nie wyższa niż cena zakupu tych towarów przez samą powódkę, ale nie oznacza to, że cena ta miała odpowiadać wprost cenie zakupu powyższych materiałów i urządzeń. Miarodajne powinny być w tej materii ceny materiałów lub urządzeń przyjęte w kosztorysach stanowiących podstawę oferty wykonawcy, w oparciu o które doszło do ustalenia wynagrodzenia należnego za wykonanie robót budowlanych.

Apelacja strony powodowej została oddalona wyrokiem Sądu Apelacyjnego w S. z dnia 24 września 2015 r.

Sąd drugiej instancji dzieląc ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji zaaprobował również dokonaną przez ten Sąd ocenę wytoczonego powództwa z punktu widzenia instytucji nadużycia prawa (art. 5 k.c.), a mianowicie, że odstąpienie od umowy z dnia 8 marca 2013 r. z powodu nieprzedstawienia przez pozwaną gwarancji zapłaty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych nie było zasadne przez wzgląd na zasady współżycia społecznego. Dodał, iż wbrew stanowisku strony powodowej, gwarancja bankowa nie miała ją chronić przed skutkami nieterminowej zapłaty za prawidłowo wykonane prace, bowiem strony współpracowały od trzech lat i w ciągu tego okresu powódka otrzymała wynagrodzenie w łącznej kwocie 11,7 miliona zł i to każdorazowo przed terminem płatności. Co więcej, w ramach umowy z dnia 8 marca 2013 r., przewidziano możliwość uzyskania przez powódkę zaliczek aż do 75% wynagrodzenia i z tych zaliczek strona powodowa korzystała. Trudności strony pozwanej w uzyskaniu gwarancji - co wiązało się też z przeprowadzeniem przetargu - skłoniły ją do negocjacji z wykonawcą, co nie było przez stronę powodową kontestowane.

W skardze kasacyjnej strona powodowa zaskarżyła wyrok Sądu drugiej instancji w całości.

W ramach pierwszej podstawy zarzuciła naruszenie: art. 649² § 2 k.c. w zw. z art. 5 k.c. przez uznanie, że dopuszczalne jest wyłączenie lub ograniczenie prawa wykonawcy do żądania gwarancji zapłaty w drodze ustnego nieformalnego porozumienia pomiędzy stronami, skutkujące przyjęciem, że w okolicznościach sprawy istnieją przesłanki do ograniczenia ustawowego prawa powódki do żądania gwarancji zapłaty jako sprzecznego ze społeczno -gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz zasadami współżycia społecznego; art. 649¹ k.c. w zw. z art. 649³ § 1 k.c. i art. 5 k.c., przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż strona powodowa była zobowiązana do uzasadnienia przesłanek, z powodu których zażądała gwarancji zapłaty za roboty budowlane; art. 5 k.c. w zw. z art. 6 k.c., przez uznanie, iż strona pozwana, która nie prowadziła postępowania w kierunku udowodnienia przesłanek z art. 5 k.c., nie jest zobowiązana do wykazania istnienia w sprawie podstaw faktycznych do jego zastosowania; art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, przez zaakceptowanie jako wiarygodnego stanowiska pozwanej, iż zaproponowana w ofercie cena była rażąco niska w stosunku do wartości zamówienia, nie badając jednocześnie, dlaczego pozwana oferty nie odrzuciła; art. 139 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 77 k.c., przez błędne uznanie, że ustne nieformalne ustalenia mogły stanowić skuteczną zmianę umowy zawartej w trybie zamówień publicznych, pod rygorem nieważności na piśmie i pominięcie, że dla skutecznego zmodyfikowania postanowień umownych strony powinny nadać tym ustaleniom formę pisemną.

W ramach drugiej podstawy zarzuciła naruszenie art. 328 § 2 k.p.c., przez nieprawidłowe sporządzenie uzasadnienia wyroku, polegające na braku odniesienia się do wszystkich zarzutów apelacyjnych, a także błędne zrozumienie sformułowanych przez skarżącego zarzutów, wskazujące na brak rzetelnej analizy apelacji, a skutkujące brakiem możliwości pełnej weryfikacji prawidłowości motywów rozstrzygnięcia i należytej kontroli instancyjnej.

We wnioskach skargi kasacyjnej wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Naruszenie przez sąd drugiej instancji art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. może wyjątkowo stanowić usprawiedliwioną podstawę kasacyjną wtedy, gdy skutek uchybienia wymaganom stawianym uzasadnieniu, zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli kasacyjnej (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2005 r., IV CK 122/05 nie publ., z dnia 28 listopada 2007 r., V CSK 288/07, nie publ, z dnia 21 lutego 2008 r., III CSK 264/07, OSNC-ZD 2008 Nr D, poz. 118). Nie jest bezwzględny warunkiem prawidłowego rozpoznania sprawy przez Sąd drugiej instancji odniesienie się oddzielnie do każdego z zarzutów podniesionych w apelacji. Z ustanowionego w przepisie art. 378 § 1 k.p.c. obowiązku rozpoznania sprawy w granicach apelacji nie wynika konieczność osobnego omówienia przez sąd w uzasadnieniu wyroku każdego argumentu apelacji. Za wystarczające należy uznać odniesienie się do sformułowanych w apelacji zarzutów i wniosków w sposób wskazujący na to, że zostały one przez sąd drugiej instancji w całości rozważone przed wydaniem orzeczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 2016 r., I CSK 659/15, nie publ.).

Przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku motywy, jakimi kierował się Sąd drugiej instancji stosując instytucję nadużycia prawa w odniesieniu do oceny oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane z powodu nieprzedłożenia przez stronę pozwaną gwarancji zapłaty za wykonanie robót budowlanych, nie dają podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. W tej części - wbrew stanowisku strony powodowej - zaskarżone orzeczenie poddaje się kontroli kasacyjnej.

Trafny natomiast okazał się zarzut naruszenia powyższych przepisów w zakresie dotyczącym nieustosunkowania się przez Sąd Apelacyjny do pozostałych zarzutów podniesionych przez powódkę w apelacji, a dotyczących uznania przez Sąd pierwszej instancji, iż strona powodowa nie udowodniła wysokości dochodzonego roszczenia. Powyższe uchybienie, skutek podzielnie przez Sąd Najwyższy zarzutów kasacyjnych naruszenia prawa materialnego, w szczególności art. 5 k.c., w swych konsekwencjach musiało doprowadzić do uchylenia zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Zgodnie z art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Wykonywanie prawa podmiotowego w sposób sprzeczny z tymi kryteriami jest bezprawne i z tego względu nie korzysta z ochrony jurysdykcyjnej. Norma zawarta w tym przepisie ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności, w sytuacji, gdy w inny sposób nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r., III CRN 310/69, OSNCP 1970, nr 6, poz. 115) oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłoby do skutku nie aprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współzycia społecznego.

Zasady współzycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność z zasadami współzycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem o jakie zasady współzycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Taki charakter klauzul generalnych zawartych w rozważanym przepisie nakazuje ostrożne korzystanie z instytucji nadużycia prawa podmiotowego jako podstawy oddalenia powództwa, a przede wszystkim wymaga wszechstronnego rozważenia okoliczności, aby w ten sposób nie doprowadzić do podważenia pewności obrotu prawnego. Zasadą bowiem jest, że ten kto korzysta ze swego prawa postępuje zgodnie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem i zasadami współzycia społecznego.

Stosownie do art. 649¹ § 1 k.c. gwarancji zapłaty za roboty budowlane, inwestor udziela wykonawcy (generalnemu wykonawcy) w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych. Strony ponoszą w równych częściach udokumentowane koszty zabezpieczenia wierzytelności (§ 3). Nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy (generalnego wykonawcy) do żądania od inwestora gwarancji zapłaty (art. 649² § 1 k.c.). Wykonawca (generalny wykonawca) robót budowlanych może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót

dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, zaakceptowanych na piśmie przez inwestora (art. 649³ § 1 k.c.). Jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym, niż 45 dni, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia. Brak żądanej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących inwestora (art. 649⁴ § 1 i 2 k.c.).

Z powyższego przedstawienia wynika jednoznacznie, że wykonawca (generalny wykonawca) może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, zaś konieczną przesłanką jej domagania się nie jest niewypłacalność inwestora. Zauważyć trzeba, że zastosowana w tym przepisie konstrukcja prawna nie jest tożsama, z tą którą ustawodawca zastosował np. w art. 458 k.c. (jeżeli dłużnik stał się niewypłacalny albo jeżeli wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność, zabezpieczenie wierzytelności uległo znacznemu zmniejszeniu, wierzyciel może żądać spełnienia świadczenia bez względu na zastrzeżony termin). Ustanowienie gwarancji zapłaty wiąże się z koniecznością poniesienia przez wykonawcę (generalnego wykonawcę) połowy kosztów z tym związanych, a zatem nie jest w stosunku do niego bezpłatne. Zasada równego podziału kosztów obejmuje zarówno poniesione przez inwestora opłaty z tytułu ustanowienia gwarancji, jak i opłaty związane z ustanowieniem zabezpieczeń.

Celem instytucji gwarancji zapłaty wynagrodzenia przy umowach o roboty budowlane, jest zapewnienie wykonawcy możliwości szybkiej i terminowej realizacji zapłaty za wykonane roboty budowlane, a zatem wypłacalność inwestora jest w tym przypadku prawnie irrelevantna. Nie ma też znaczenia okoliczność, że inwestorem jest Skarb Państwa. Ustawodawca nie zdecydował się na ochronę Skarbu Państwa, tak jak na gruncie instytucji prawa cywilnego procesowego (np. art. 749 k.p.c., czy art. 492 § 2 i 3 k.p.c.).

Według ustaleń faktycznych stanowiących podstawę zaskarżonego rozstrzygnięcia, strona powodowa zażądała od strony pozwanej udzielenia gwarancji zapłaty za roboty budowlane, po tym jak wyszły na jaw wady projektu

budowlanego, które wymusiły konieczność wykonania robót zamiennych, zwiększających z tego tytułu koszty o 98 529,24 zł. Strona powodowa zobowiązała się je wykonać w ramach dotychczasowego wynagrodzenia, z tym że po ujawnieniu się wad projektowych strony podpisały protokół konieczności, w którym zgodziły się na podpisanie aneksu przedłużającego termin zakończenia robót budowlanych do 18 września 2014 r. Ustalenia faktyczne nie wskazują na zawinienie strony powodowej odnośnie do wykrycia wad projektowych. Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000, nr 9, poz. 173). Zwrócić też uwagę należy na okoliczność, że strona powodowa w związku z realizacją umowy korzystała z kredytu bankowego, a zatem zabezpieczenie terminowej zapłaty za roboty budowlane nie pozostawało dla niej bez znaczenia.

W kwestii oceny realizacji przez stronę powodową przysługujących jej ustawowych uprawnień, co do zasady podważających skuteczność uznania tych działań za nadużycie prawa istotnym jest, że nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy (generalnego wykonawcy) do żądania od inwestora gwarancji zapłaty (art. 649² § 1 k.c.). Poza tym, zgodnie z zawartą przez strony umową, H. G. nie był osobą uprawnioną do reprezentacji strony pozwanej. W związku z tym brak podstaw do przyjęcia, aby strona powodowa w zmian za zawarcie aneksu (m.in. przedłużającego termin zakończenia robót budowlanych), który przecież został uzgodniony przed wystąpieniem przez powódkę z żądaniem udzielenia gwarancji zapłaty wynagrodzenia, cofnęła to żądanie składając stosowne oświadczenie wobec właściwych reprezentantów strony pozwanej. Nie można więc przypisać stronie powodowej postępowania sprzecznego z wywołanym przez nią u strony pozwanej zaufaniem (*venire contra factum proprium*). Wszak w piśmie z dnia 13 czerwca 2014 r. strona pozwana w odpowiedzi na pismo strony powodowej z dnia 7 kwietnia 2014 r. nie powoływała się na negocjacje z powódką, w wyniku których ta miała zrezygnować z domagania się udzielenia gwarancji zapłaty, lecz oświadczyła, iż nie widzi podstaw do wnioskowania o zagrożeniu terminowej zapłaty za wykonanie robót budowlanych.

Z istnienia domniemania, że korzystający z prawa podmiotowego postępuje zgodnie z zasadami współzycia społecznego, wysuwa się jako oczywisty wniosek, iż ciężar dowodu istnienia okoliczności faktycznych uzasadniających ten zarzut spoczywa na tym, kto ten zarzut podnosi (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 1965 r., III CR 278/65, OSNCP 1966, nr 7-8, poz. 130). Wprawdzie strona pozwana wprost zarzutu tego w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji nie wyartykułowała, jednak konsekwencje wynikające z przepisu art. 5 k.c., jako mającego charakter materialno-prawny mogą być zastosowane z urzędu, przy czym ciężar udowodnienia okoliczności faktycznych uzasadniających jego zastosowanie spoczywał w tym wypadku na pozwanym.

Strona pozwana nie sprostала temu obowiązkowi i nie udowodniła występowania w tej sprawie szczególnych okoliczności kwalifikujących oświadczenie woli strony powodowej o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane z powodu nie udzielenia gwarancji zapłaty za te roboty, jako działanie podpadające pod przepis art. 5 k.c. W szczególności nie wykazała, aby podjęła konkretne działania zmierzające do ustanowienia tej gwarancji, oraz aby wypełnienie tego obowiązku z uwagi na konieczność wdrożenia procedury przetargowej nie było możliwe. Strona pozwana nie wносиła w związku z tym o wydłużenie wyznaczonego przez powodową spółkę najkrótszego 45 dniowego terminu (art. 649⁴ § 1 k.c.) na przedstawienie tej gwarancji.

W odpowiedzi na pozew strona pozwana zarzucała stronie powodowej brak współdziałania, o którym mowa w art. 354 § 2 k.c. (wierzyciel powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania przez dłużnika w sposób odpowiadający treści tego zobowiązania, jego celowi społeczno - gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom), jednak nie wykazuje, że to z powodu braku tego współdziałania nie mogło dojść do ustanowienia gwarancji zapłaty.

Podkreślić należy, iż strona powodowa jako wykonawca była uprawniona do żądania udzielenia tej gwarancji niezależnie od przewidzianego w umowie prawa do żądania zaliczek na roboty budowlane, tym bardziej, że jak wynika z § 14 ust. 5

umowy, z takim wnioskiem wiązał się obowiązek wykonawcy do wniesienia zmwającemu 100% zabezpieczenia na udzielone zaliczki w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej.

Jakkolwiek uznanie, że w danej sprawie z uwagi na całokształt okoliczności faktycznych, wniesione powództwo stanowi nadużycie prawa ma charakter ocenny i jest przejawem dyskrecjonalnej władzy sądu *meriti*, to jednak w stanie faktycznym tej sprawy zastosowanie instytucji nadużycia prawa było wynikiem dowolnej oceny Sądu drugiej instancji i w konsekwencji doszło do naruszenia art. 5 k.c.

Z tych względów, Sąd Najwyższy rozstrzygając skargę kasacyjną strony powodowej orzekł na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 398²¹ k.p.c. i art. 391 § 1 k.p.c.

jw

r.g.