



Sygn. akt II CSK 733/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 sierpnia 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jan Górowski (przewodniczący)

SSN Monika Koba (sprawozdawca)

SSN Anna Owczarek

Protokolant Anna Banasiuk

w sprawie z powództwa Syndyka Masy Upadłości "E." Spółki z
ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w Z.
przeciwko Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej Spółce
z ograniczoną odpowiedzialnością w S.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 9 sierpnia 2016 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej
od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 23 czerwca 2015 r.,

I. oddala skargę kasacyjną;

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 19 września 2014 r. Sąd Okręgowy w S. zasądził od pozwanej Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej (dalej: „MPGK”) na rzecz powoda Syndyka masy upadłości „E.” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w Z. (dalej: „syndyka”) kwotę 854.609, 50 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 28 lutego 2013 r. i kosztami procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, iż w dniu 5 stycznia 2011 r. MPGK zawarło w trybie zamówień publicznych umowę, zmienioną aneksem z dnia 19 kwietnia 2011 r., z konsorcjum, które tworzyli „E.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „E.”), jako lider konsorcjum oraz „EC.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „EC.”) i H. M.. Jej przedmiotem było wykonanie przez konsorcjum rozbudowy, przebudowy i modernizacji oczyszczalni ścieków w S., finansowanej ze środków Europejskiego Funduszu Spójności, za łącznym wynagrodzeniem 45.881.836,45 zł, w terminie 30 miesięcy. Strony uzgodniły, że jeżeli wykonawca nie wypełnia jakiegokolwiek zobowiązania kontraktowego, to ustanowiony przez zamawiającego inżynier kontraktu może wystosować do niego wezwanie do usunięcia uchybienia i naprawy w ustalonym racjonalnie czasie (klauszula 15.1). Natomiast w klauzuli 15.2 kontraktu strony między innymi uzgodniły, iż zamawiający będzie uprawniony do wypowiedzenia kontraktu, jeśli wykonawca nie zastosuje się do wezwania, do naprawy uchybienia wydanego na mocy klauzuli 15.1, opuszcza roboty, lub w inny sposób jasno okazuje zamiar odstąpienia od wykonywania zobowiązań objętych kontraktem oraz bez racjonalnego usprawiedliwienia nie prowadzi robót. Z kolei w klauzuli 15.4 ppkt c szczególnych warunków kontraktu zamawiającemu przyznano uprawnienie do żądania od wykonawcy kary umownej w wysokości równej maksymalnej kwocie kar za zwłokę określonych w załączniku do oferty, czyli 25% zatwierdzonej kwoty kontraktowej, w razie wypowiedzenia umowy z winy wykonawcy.

Na przełomie sierpnia i września 2012 r. inżynier kontraktu, wobec stwierdzenia braku zadawalającego postępu robót i znacznych rozbieżności z harmonogramem, wezwał lidera konsorcjum do przedstawienia programu naprawczego i podjęcia działań umożliwiających ukończenie kontraktu

w uzgodnionym terminie. Ponadto, w związku z przekroczeniem parametrów ścieków oczyszczonych, wezwał do podjęcia w trybie pilnym działań naprawczych w zakresie doprowadzenia procesu technologicznego do stanu zgodnego z kontraktem. Mimo ponowienia wezwania i wyznaczenia kolejnego terminu na realizację zaleceń inżyniera kontraktu, nie zostały one wykonane. Lider konsorcjum wyjaśnił jedynie, iż nie uzyskano przedłużenia umowy kredytowej, w związku, z czym wykonawca nie posiada środków finansowych na prowadzenie działalności gospodarczej i przedłożenie planu naprawczego nie jest możliwe. W późniejszym czasie tempo prac realizowanych przez konsorcjum, jeszcze bardziej spadło, a na początku września 2012 r. cały personel wykonawcy, poza kierownikiem budowy, został wycofany z placu budowy. Również podwykonawcy, poza jednym, finansowanym bezpośrednio przez zamawiającego, nie przystąpili do wykonywania prac lub przerwali już prowadzone. Wykonawcy działający w ramach konsorcjum zaprzestali regulowania płatności na rzecz podwykonawców, usługodawców i dostawców materiałów. W tym okresie, mimo upływu 20 miesięcy od zawarcia umowy, czyli 2/3 czasu przeznaczonego na jej realizację, zaawansowanie wykonania robót wynosiło zaledwie 18,5%, a wykonawca opóźniał się z wykonaniem przedmiotu umowy w stopniu uzasadniającym przekonanie, iż nie ukończy prac w umówionym terminie. W dniu 11 września 2012 r. „E.” wystawiła na rzecz MPGK fakturę na kwotę 2.494.846,20 zł za prace wykonane w okresie rozliczeniowym od 1 maja 2012 r. do 31 lipca 2012 r., płatną w terminie trzydziestu dni, zgodnie z warunkami kontraktu.

Postanowieniem z dnia 17 października 2012 r. Sąd Rejonowy w Z. ogłosił upadłość „E.” obejmującą likwidację majątku dłużnika. Natomiast pismem z dnia 23 października 2012 r., skierowanym odrębnie do wszystkich członków konsorcjum, a doręczonym syndykowi 26 października 2012 r. MPGK wypowiedziała kontrakt, z zachowaniem czternastodniowego terminu wypowiedzenia, z uwagi na istotne opóźnienie prac, w stosunku do przyjętego harmonogramu bazowego, przybierające poziom krytyczny, nie przedstawienie programu naprawczego, mimo wezwań inżyniera kontraktu, nie podejmowanie działań zmierzających do dotrzymania zobowiązań kontraktowych, brak gotowości do wykonania przedmiotu kontraktu w terminie w nim określonym, zaprzestanie dokonywania płatności

podwykonawcom, usługodawcom i dostawcom materiałów, przerwanie wykonywania robót i brak możliwości ich wykonania zgodnie z kontraktem, w świetle stanu ich zaawansowania. W związku z wypowiedzeniem umowy z winy wykonawcy MPGK naliczyła karę umowną w kwocie 11.377.203,35 zł i pismem z dnia 20 grudnia 2012 r. wezwała syndyka do jej uiszczenia. Natomiast syndyk w dniu 23 stycznia 2013 r. wystawił MPGK fakturę końcową na kwotę 3.639.449,79 zł, zgodnie z wyceną inżyniera kontraktu, obejmującą prace wykonane do dnia ogłoszenia upadłości.

Postanowieniem z dnia 31 stycznia 2013 r. Sąd Rejonowy zezwolił syndykowi na odstąpienie od umowy zawartej z MPGK. Pismem z dnia 25 lutego 2013 r. syndyk odstąpił od umowy, odwołując się do treści art. 98 § 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 233 z późn. zm., dalej: „u.p.u.”) i uznając wypowiedzenie kontraktu z winy wykonawcy dokonane przez MPGK za nieskuteczne. Z kolei MPGK podtrzymała swoje stanowisko o skuteczności wypowiedzenia wskazując, iż naliczona kara umowna uległa zmniejszeniu do kwoty 7.772.498,28 zł, wobec uzyskania wypłaty w kwocie 3.640.705,07 zł z ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu. W piśmie z dnia 19 kwietnia 2013 r. skierowanym do syndyka, MPGK dokonała potrącenia przysługującej jej należności w kwocie 13.016.184,77 zł z należnościami wzajemnymi wykonawcy w łącznej kwocie 6.134.295,99 zł, wynikającymi z faktur wystawionych przez lidera konsorcjum i syndyka za wykonane prace. Na wierzytelność MPGK złożyły się następujące kwoty: 5.253.092,31 zł tytułem zaspokojenia roszczeń podwykonawców; 19.996,23 zł tytułem należności związanej z udostępnieniem wykonawcy instalacji elektrycznej i wodno-kanalizacyjnej, energii elektrycznej, wody i odprowadzenia ścieków; 6.597,95 zł tytułem kosztów poniesionych przez zamawiającego na realizację robót zabezpieczających, 7.736.498,28 zł tytułem kary umownej naliczonej w związku z rozwiązaniem kontraktu z winy wykonawcy, w części nie pokrytej przez gwaranta. Syndyk zaakceptował dokonane potrącenie, poza wierzytelnością z tytułu kary umownej i wezwał MPGK do zapłaty kwoty 854.100 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót, po dokonaniu potrącenia. Natomiast MPGK w piśmie z dnia 12 czerwca 2013 r. wezwała syndyka do zapłaty dodatkowo kwoty 93.255,76 zł

tytułem kary umownej, która wraz z kwotą 11.377.203,35 zł, objętą uprzednim wezwaniem, stanowiła karę umowną odpowiadającą 25% kwoty kontraktowej. Z kolei w dniu 6 września 2013 r. zgłosiła w Sądzie Rejonowym wierzytelność przysługującą jej wobec upadłej, w kwocie 6.975.144,54 zł tytułem kary umownej, jednak syndyk odmówił uznania tej kwoty na liście wierzytelności, przyjmując, iż odstąpienie przez MPGK od umowy, po ogłoszeniu upadłości było nieskuteczne, a dokonanie tej czynności warunkowało naliczenie kary umownej. Sprzeciw pozwanej od decyzji syndyka postanowieniem z dnia 25 kwietnia 2014 r. został oddalony przez sędziego komisarza, a wywiedzione przez nią zażalenie oddalone przez Sąd Rejonowy w Z.

Sąd Okręgowy uznał, iż żądanie powoda jest uzasadnione w całości, obejmuje, bowiem wynagrodzenie za prace wykonane przez upadłą spółkę, przed ogłoszeniem upadłości, których pozwana nie negowała. Nie znalazł podstaw do kwestionowania legitymacji czynnej powoda, wskazując, iż jako lider konsorcjum, E. była uprawniona do dochodzenia roszczeń i samodzielnego występowania w procesie, a w jej miejsce wstąpił syndyk. Ponadto, wobec ogłoszenia upadłości doszło do odstąpienia od umowy konsorcjum, co uzasadnia analogiczne stosowanie przepisów dotyczących spółki cywilnej i uprawnia każdego ze współników do samodzielnego dochodzenia roszczeń. Pozwana koncentrowała natomiast swoją obronę przed roszczeniem pozwu na zgłoszeniu zarzutu potrącenia, który Sąd uznał za nieuzasadniony, kara umowna została, bowiem naliczona w związku z odstąpieniem przez pozwaną od umowy z winy wykonawcy, a odstąpienie to był nieskuteczne. Stwierdził, iż po dacie ogłoszenia upadłości, zgodnie z art. 98 ust. 1 u.p.u., prawo do odstąpienia od umowy ma jedynie syndyk, a uprawnienia drugiej strony zostały zredukowane do możliwości podjęcia czynności wymienionych w art. 98 ust. 2 i 99 u.p.u. Przeciwnie stanowisko niweczyłoby sens regulacji art. 98 u.p.u., czyniąc ją bezprzedmiotową. Dopiero, gdy syndyk oświadczy, iż żąda wykonania przez kontrahenta umowy wzajemnej, obowiązuje ona strony w pierwotnym kształcie, wraz z prawem wypłacalnego kontrahenta upadłego do odstąpienia od umowy. Przyjął, iż syndyk może skorzystać z tego uprawnienia również w sytuacji, gdy upadły nie jest jedynym dłużnikiem (wierzycielem) w wielostronnym stosunku wzajemnym, bez potrzeby

uzyskiwania zgody osoby trzeciej, będącej również stroną tego stosunku. Mając na względzie regulację art. 84 u.p.u. uznał, iż wolą ustawodawcy było pozbawienie skuteczności jedynie takich uprawnień umownych, których kontrahent upadłego nie wykonał przed ogłoszeniem upadłości, a które pozostają w sprzeczności z celami postępowania upadłościowego. Tak właśnie ocenić należy skorzystanie przez pozwaną z prawa do odstąpienia od umowy, skoro postępowanie upadłościowe jest nastawione na maksymalne zaspokojenie roszczeń wierzycieli upadłego, wykonanie umowy może przynieść masie zysk, a cel ten niweczyłoby skorzystanie z umownego prawa odstąpienia. W konsekwencji uznał, iż kontrahent upadłego mógłby skorzystać z prawa do odstąpienia od umowy, jedynie gdyby nabył je na podstawie ustawy, z uwagi na zaistniałe po stronie syndyka nieprawidłowości przy wykonywaniu umowy. Dostrzegł również, iż skorzystanie z prawa odstąpienia, wiąże się z obowiązkiem zapłaty kary umownej, co wpływa na stan zobowiązań masy upadłości, a zatem interesy wszystkich wierzycieli. Natomiast uznanie realizacji prawa do odstąpienia za bezskuteczne, powoduje, iż pozwana musi swe roszczenia wykazywać i dochodzić na zasadach wynikających z art. 99 u.p.u., od czego jest zwolniona w przypadku kary umownej.

Po rozpoznaniu apelacji pozwanej Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 23 czerwca 2015 r. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanej koszty procesu za obie instancje. Podzielając, ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy, nie podzielił jego oceny jakoby żądanie zasądzenia wynagrodzenia za wykonane prace było niesporne, a zarzut potrącenia nieuzasadniony. Ponadto w oparciu o uzupełniające postępowanie dowodowe ustalił, iż po dokonaniu wypowiedzenia umowy przez pozwaną, ani upadła spółka, ani pozostali konsorcjanci nie realizowali umowy w żadnym zakresie, a na początku października 2012 r. oczywistym było, że konsorcjum nie będzie w stanie wykonać umowy w terminie i faktycznie zaprzestało jej wykonywania, nie przeprowadzając nawet prac zabezpieczających. Dodatkowo, w listopadzie 2012 r. syndyk wypowiedział wszystkie umowy związane z dostawą mediów na budowę realizowaną w ramach zawartego kontraktu, przeprowadził spis inwentarza, a w grudniu 2012 r. zabrał z placu budowy cały sprzęt należący do upadłej. Natomiast po dokonaniu przez pozwaną wypowiedzenia umowy inżynier

kontraktu, z udziałem obu stron, wycenił wszystkie wykonane prace według stanu i cen na dzień wypowiedzenia. Pozwana otrzymując faktury za wykonane prace nie ustalała, jaka ich część została wykonana wyłącznie przez upadłą, a jaka przez pozostałych członków konsorcjum, skoro zgodnie z umową E., jako lider, był upoważniony do wystawiania faktur w imieniu pozostałych konsorcjantów. W związku z niewykonaniem umowy przez konsorcjum, pozwana ogłosiła kolejny przetarg, a nowy wykonawca wznowił prace dopiero jesienią 2013 r.

Sąd Apelacyjny odwołując się do oświadczenia syndyka, iż zapłaty żąda wyłącznie za prace wykonane przez upadłą spółkę i nie działa w ramach umowy konsorcjum, w imieniu innych konsorcjantów, stwierdził, iż powód nie wykazał, by kwota dochodzona pozvem obejmowała jedynie należność za prace wykonane przez E., ani jakie konkretnie prace wykonała upadła i jaka jest ich wartość. Zwrócił uwagę, iż wobec uznania przez syndyka wiarygodności wzajemnych pozwanej na kwotę 5.279.686,49 zł, należność stwierdzona fakturą z dnia 11 września 2012 r. opiewająca na kwotę 2.494.846,20 zł uległa umorzeniu w całości, natomiast stwierdzona fakturą z dnia 28 stycznia 2013 r. do kwoty 854.609,50 zł. Jednak faktura z dnia 28 stycznia 2013 r. została wystawiona przez syndyka w oparciu o wycenę inżyniera kontraktu, która obejmowała kwotę 2.383.387,76 zł za projektowanie i dokumenty wystawcy, kwotę 81.506 zł za prace towarzyszące i kwotę 4.458.943,02 zł za wykonanie obiektów i urządzeń. Tymczasem, z umowy konsorcjum wynika, iż autorem prac projektowych była EC., a nie upadła spółka, zatem twierdzeniom syndyka przeczy, zaoferowany przez niego materiał dowodowy. Skoro w skład kwoty dochodzonej pozvem wchodzi również wartość prac wykonanych przez innych konsorcjantów, do ich dochodzenia nie jest uprawniony ani lider konsorcjum, ani konsorcjum, lecz wyłącznie wszyscy członkowie konsorcjum łącznie.

Ponadto, Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że nawet gdyby syndyk wykazał, iż dochodzi wyłącznie zasądzenia należności za prace wykonane przez upadłą spółkę lub był legitymowany do żądania zasądzenia na swoją rzecz wynagrodzenia za prace wykonane przez innych członków konsorcjum, to i tak powództwo podlegałoby oddaleniu pozwana, bowiem skutecznie odstąpiła od umowy, co rozstrzyga o zasadności podniesionego zarzutu potrącenia. Przyjął, iż

jeszcze przed ogłoszeniem upadłości zaistniały przesłanki do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy, skoro na około miesiąc przed tą datą nie była ona wykonywana, konsorcjum nie reagowało, na kierowane do lidera wezwania i nic nie wskazywało na to, by prace mogły być w przyszłości wznowione. Podkreślił, iż po wypowiedzeniu umowy przez pozwaną, syndyk wystawił fakturę końcową, zgodną z ustaleniami inżyniera kontraktu, dokonał spisu inwentarza, usunął z placu budowy sprzęt należący do upadłej, co wskazuje, iż w istocie nie rozważał możliwości kontynuowania umowy. Uznał, iż w okolicznościach sprawy wykonanie przez pozwaną prawa do odstąpienia od umowy, nie pozbawiało syndyka przysługującego mu na mocy art. 98 ust. 1 u.p.u. prawa wyboru między żądaniem wykonania umowy lub odstąpieniem od niej, bowiem syndyk nie miał faktycznych możliwości realizowania umowy, bez narażenia masy upadłości na duże straty, a podjęte przez niego czynności wyraźnie wskazywały na taki stan rzeczy, jeszcze przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Nie było, zatem podstaw do uznania, iż wykonanie przez pozwaną prawa do odstąpienia od umowy było bezskuteczne wobec masy upadłości nie uniemożliwiało, bowiem, ani nie utrudniało osiągnięcia celu postępowania upadłościowego, z perspektywy regulacji art. 84 ust. 1 u.p.u. Nie dopatrywał się także podstaw do stwierdzenia tej bezskuteczności w fakcie, iż podstawą naliczenia kary umownej, było odstąpienie od umowy, skoro nastąpiło ono z powodu nienależytego wykonania zobowiązania przez upadłą, a kara umowna stanowi formę rekompensaty za szkodę doznaną przez wierzyciela wskutek niewykonania zobowiązania. Ponadto, pozwana mogła skutecznie przedstawić do potrącenia jedynie karę umowną w kwocie odpowiadającej żądaniu pozwu, w sytuacji, gdy wynosiła ona ponad jedenaście milionów złotych, przy wartości kontraktu ponad czterdzieści milionów złotych i jego wykonaniu, na dzień odstąpienia od umowy, w 18%, gdy powinien być w tej fazie wykonany w 75%. Powód nie domagał się miarkowania kary umownej, a sam fakt, iż przy jej dochodzeniu wierzyciel nie musi wykazywać szkody, co byłby zobligowany uczynić przy stosowaniu regulacji art. 99 u.p.u., nie może być podstawą stwierdzenia bezskuteczności postanowienia umownego o ustanowieniu kary umownej.

W skardze kasacyjnej powód zaskarżając wyrok Sądu Apelacyjnego w całości, zarzucił naruszenie: art. 98, 84 i 99 u.p.u. oraz art. 229, 230, 382, 503

§ 1 k.p.c., 386 § 4 w związku z art. 195 k.p.c., 386 § 4 k.p.c. w związku z art. 176 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: „Konstytucji”), a także art. 45 Konstytucji. Formułując te zarzuty, skarżący domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku w całości i przekazania sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, ewentualnie jego uchylenia i wydania orzeczenia, co do istoty sprawy przez oddalenie apelacji pozwanej, z uwzględnieniem kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Nie mogą odnieść skutku zarzuty zgłoszone w ramach drugiej podstawy kasacyjnej (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.). W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, iż przewidziane w art. 398³ § 3 k.p.c. wyłączenie zarzutów nie mogących stanowić podstawy kasacyjnej dotyczy obok art. 233 § 1 k.p.c., także przepisów regulujących tak zwane bezdowodowe ustalanie faktów, czyli art. 229 i 230 k.p.c., co czyni zarzuty skargi oparte na ich naruszeniu chybionymi (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2006 r., V CSK 146/06, nie publ. oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2008 r., IV CSK 404/07, nie publ. i z dnia 9 października 2014 r., I CSK 544/14, OSNC-ZD 2016, nr 1, poz.4).

Z kolei art. 382 k.p.c. stanowi ogólną dyrektywę interpretacyjną, wyrażającą istotę postępowania apelacyjnego. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że powołanie się na ten przepis, może wyjątkowo stanowić usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej, jeżeli skarżący wykaże, że sąd drugiej instancji bezpodstawnie pominął część zebranego w sprawie materiału, orzekając wyłącznie na podstawie materiału zgromadzonego przed Sądem pierwszej instancji albo opart swe merytoryczne orzeczenie na własnym materiale, z pominięciem wyników postępowania dowodowego przeprowadzonego przez Sąd pierwszej instancji, a uchybienie to, mogło mieć wpływ na wynik sprawy (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 1998 r., II CKN 815/97, Wokanda 1999, nr 1, s. 6, z dnia 22 lutego 2007 r., III CSK 337/06, nie publ., z dnia 9 czerwca 2005 r., III CK 674/04, nie publ. i z dnia 5 lutego 2014r., V CSK 140/13, nie publ.). Natomiast sposób konstruowania tego zarzutu przez powoda w istocie sprowadza się do tezy, że Sąd Apelacyjny błędnie ocenił zebrany w sprawie materiał dowodowy, w tym zwłaszcza w zakresie zeznań syndyka, z jednej strony dając im wiarę, a z drugiej

strony, czyniąc ustalenia z nimi sprzeczne. Nie sposób także zgodzić się z twierdzeniem, jakoby Sąd Apelacyjny pominął w podstawie faktycznej rozstrzygnięcia korespondencję syndyka związaną z odstąpieniem od umowy, skoro została ona ujęta w ustaleniach poczynionych przez Sąd Okręgowy, które Sąd Apelacyjny podzielił. Natomiast kwestia wadliwego wnioskowania przez Sąd, którego ostateczną konsekwencją jest błędne ustalenie stanu faktycznego, nie może być poddana kontroli kasacyjnej (art. 398¹³ § 2 k.p.c.).

Zarzut dotyczący naruszenia art. 503 § 1 k.p.c. w kształcie przytoczonym przez skarżącego jest bezzasadny, skoro przepis ten reguluje postępowanie przed Sądem pierwszej instancji, a powód stawiając zarzut jego naruszenia Sądowi drugiej instancji nie odwołał się do regulacji art. 391 § 1 k.p.c. Ponadto, jego motywacja jest nieadekwatna do istoty zagadnienia, skoro skarżący twierdzi, iż pozwana nie składała w obu instancjach zarzutów dotyczących objęcia pozwem również wartości prac wykonanych przez innych konsorcjantów, natomiast sąd zajął się tą kwestią z urzędu, a nie na skutek spóźnionej inicjatywy pozwanej, którą zgodnie z art. 503 § 1 k.p.c. powinien pominąć.

Zarzut naruszenia art. 386 § 4 k.p.c. w związku z art. 176 ust. 1 Konstytucji jest bezzasadny, skorzystanie bądź nieskorzystanie przez sąd z tej regulacji jest bowiem efektem, czynności podjętych na wcześniejszych etapach postępowania, nie zaś przyczyną zarzucanej wadliwości rozstrzygnięcia, nie może być, zatem postrzegane, jako uchybienie przepisom prawa procesowego, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2012 r., IV CSK 166/12, M.Pr.Bank. 2013/10/42, z dnia 9 maja 2013 r., II CNP 72/12, nie publ. i z dnia 6 lutego 2015 r., II CSK 317/14, nie publ.).

Zgodnie z art. 391 § 1 k.p.c. przepis art. 195 k.p.c. nie ma zastosowania w postępowaniu apelacyjnym, w którym obowiązuje zasada niezmienności stron postępowania w stosunku do stanu, który istniał, w chwili zamknięcia rozprawy, przed sądem pierwszej instancji. Naruszenie art. 195 k.p.c. Sąd odwoławczy bierze pod rozwagę z urzędu, w ramach badania naruszenia przez Sąd pierwszej instancji przepisów prawa materialnego, bowiem nieusunięcie braku pełnej legitymacji procesowej w przypadku współuczestnictwa koniecznego, jest przeszkodą do uwzględnienia powództwa (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 8 października

2004 r., V CSK 663/03, nie publ. i z dnia 17 listopada 2010 r., I CSK 67/10, nie publ.) Sąd Apelacyjny nie naruszył jednak art. 386 § 4 w związku z art. 195 k.p.c., skoro syndyk w toku postępowania apelacyjnego jednoznacznie oświadczył, że dochodzi należności jedynie w imieniu upadłej spółki, a nie, jako lider konsorcjum. Stwierdził również, iż pozew obejmuje jedynie, prace wykonane przez upadłą spółkę, co pozostawało w sprzeczności z poczynionymi przez Sąd Apelacyjny ustaleniami faktycznymi. W takiej sytuacji procesowej, Sąd *meriti* trafnie uznał, iż żądanie pozwu nie zostało udowodnione, skoro powód domagał się zapłaty wyłącznie na swoją rzecz, za prace wykonane przez innych konsorcjantów.

Nie ma też żadnych podstaw by dopatrywać się naruszenia przez Sąd odwoławczy art. 45 Konstytucji, przez niezachowanie bezstronności przy rozpoznawaniu sprawy, co miało się wyrażać w sposobie procedowania, zmierzającym do weryfikacji bezspornych między stronami okoliczności. Skarżący dysponował bowiem instrumentarium pozwalającym mu reagować na występujące, w jego przekonaniu, naruszenia procedury cywilnej, poprzez składanie zastrzeżeń w trybie art. 162 k.p.c. czy wniosku o wyłączenie sędziego. Natomiast nie skorzystanie z tych uprawnień, abstrahując od ich skuteczności, nie pozwala na formułowanie zarzutów na płaszczyźnie konstytucyjnej, skoro uszczegółowienie zasad zapewniających prawo do bezstronnego sądu następuje w przepisach procedury cywilnej. Nie jest również jasne, w czym miałyby się wyrażać naruszenie prawa do bezstronnego Sądu, skoro z ustaleń Sądu Apelacyjnego znajdujących potwierdzenie w materiale dowodowym wynika, że znaczna część należności objętej fakturami, będącymi przedmiotem rozliczeń w sprawie, w której wniesiono skargę, dotyczy prac wykonanych przez innego członka konsorcjum. W takiej sytuacji procesowej, już dowody przedstawione przez skarżącego, przeczyły tezie, jakoby dochodził wyłącznie wynagrodzenia za prace wykonane przez upadłą spółkę.

Zarzuty zgłoszone w ramach pierwszej podstawy kasacyjnej (art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c.) nie zasługują na uwzględnienie. Ustawowe lub umowne prawo odstąpienia ma za zadanie chronić interes strony korzystającej z tego instrumentu, umożliwiając wyjście ze stosunku prawnego, który przestał pełnić swoje funkcje. Wprawdzie ogłoszenie upadłości wywiera daleko idące skutki w stosunkach

zobowiązaniowych upadłego, ale sama umowa, jako źródło stosunku zobowiązaniowego nie wygasa, pozostaje ważna i skuteczna z wyjątkami wyraźnie wskazanymi w u.p.u.

Wbrew stanowisku skarżącego art. 98 ust. 1 i 2 u.p.u. nie narusza ustawowego czy umownego prawa kontrahenta upadłego do odstąpienia od umowy, nabytego przed ogłoszeniem upadłości, chyba, że syndyk zażąda jej wykonania, a postanowienie umowy, stanowiące podstawę odstąpienia, jest bezskuteczne w stosunku do masy upadłości na podstawie art. 84 ust. 1 u.p.u. Art. 98 u.p.u. będący zasadniczo odpowiednikiem art. 39 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. Prawo upadłościowe (jedn. tekst: Dz.U. z 1991 r., Nr 118, poz. 512, z późn. zm.), przyznając syndykowi ustawowe prawo do odstąpienia od umowy, stanowi głęboką ingerencję w podstawowe zasady stosunków zobowiązaniowych i jako taki nie powinien być wykładany rozszerzająco. Wyposaża on syndyka w prawo odstępowania od umów wzajemnych nawet, gdy ich wykonanie w czasie trwania procedury upadłościowej jest obiektywnie możliwe oraz żądania kontynuowania umowy, w przypadku, gdy daje perspektywę wzbogacenia masy lub utrzymania przedsiębiorstwa upadłego. Nie wynika z niego jednak, by masa upadłości nie była związana sytuacją prawną istniejącą w dacie ogłoszenia upadłości, w ramach której kontrahent upadłego nabył prawo do odstąpienia od umowy. Ogłoszenie upadłości nie pozbawia ani nie zawiesza automatycznie praw wierzyciela, mogą być one, zatem modyfikowane tylko w takim zakresie, w jakim na to pozwala prawo upadłościowe. Zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego jak i doktrynie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym u.p.u. zawiera wyjątki od zasad obowiązujących poza upadłością. Jeżeli takie odrębne przepisy nie istnieją, należy także w upadłości stosować reguły kodeksu cywilnego, z uwzględnieniem, iż przepisy przewidujące odstępstwa od pewnych zasad powinny być interpretowane ściśle (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 1997 r., I CKN 3/97, OSNC 1997, nr 8, poz. 109 i z dnia 22 marca 2012 r., V CSK 95/11, nie publ.).

Art. 84 u.p.u. w brzmieniu obowiązującym do 2 maja 2009 r., tj. wejścia w życie 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, dalej: „ustawa nowelizująca”) stanowił, iż zmiana lub wygaśnięcie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, są możliwe jedynie według przepisów ustawy, a czynność prawna dokonana z naruszeniem ustawy jest bezskuteczna wobec masy upadłości, nawet, jeżeli umowa stron przewiduje inny skutek. W świetle takiej regulacji, w powiązaniu z uprawnieniami syndyka wynikającymi z art. 98 ust. 1 i 2 u.p.u., nie budziło wątpliwości, iż kontrahent upadłego nie może wykonywać uprawnień prawnokształtujących po ogłoszeniu upadłości i pozbawiony jest w zasadzie wpływu na losy umowy, niezależnie od przyczyny, dla której umowa wzajemna nie jest jeszcze wykonana w całości. Zgodnie natomiast przyjmowano, iż w przypadku, gdy syndyk zażąda wykonania umowy, to związany jest sytuacją prawną upadłego istniejącą w chwili ogłoszenia upadłości. Ponadto, w doktrynie, przeważał pogląd, prezentowany z odwołaniem do wykładni funkcjonalnej, iż przepis art. 84 u.p.u. nie stanowi przeszkody do podejmowania czynności prawnych prowadzących do zmiany czy wygaśnięcia stosunku prawnego łączącego upadłego, wszędzie tam, gdzie upoważnia do tego prawo materialne, jeżeli nie pozostaje to w sprzeczności z przepisami u.p.u. i nie prowadzi do ich obejścia.

Natomiast art. 84 ust. 1 u.p.u. w brzmieniu nadanym mu ustawą nowelizującą, uchyla dotychczasowy zakaz dokonywania przez kontrahenta upadłego czynności prawnokształtujących prowadzących do zmiany lub wygaśnięcia stosunku prawnego, a w to miejsce wprowadza klauzulę generalną pozwalającą na stwierdzenie bezskuteczności jedynie tych postanowień umownych, których stroną jest upadły, które uniemożliwiają lub utrudniają osiągnięcie celu postępowania upadłościowego. Z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej wynika, iż przyczyną zmiany było przyjęcie, że przepis ten w dotychczasowym brzmieniu był interpretowany, jako podstawa wykluczenia po ogłoszeniu upadłości wszelkich czynności prawnych prowadzących do zmiany lub wygaśnięcia stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, co jest sprzeczne z celem, któremu ta regulacja miała służyć. Uznano, iż nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że w sytuacji, gdy po ogłoszeniu upadłości syndyk nie wykonuje zobowiązań z umów, które pozostają w mocy, po tej dacie, druga strona powinna mieć możliwość wypowiedzenia umowy na zasadach ogólnych,

a proponowana w miejsce dotychczasowej regulacji klauzula generalna, pozwoli na pominięcie tylko tych postanowień umownych, które uniemożliwiałyby lub utrudniały osiągnięcie celu postępowania upadłościowego (Sejm RP VI Kadencji, nr druku: 654). Zmiana art. 84 u.p.u. wskazuje, iż nie było intencją ustawodawcy pozbawienie kontrahenta upadłego skorzystania z uprawnień wynikających z umowy, których nie zdążył wykorzystać przed ogłoszeniem upadłości, lecz tylko takich, które pozostają w opozycji do celów postępowania upadłościowego. Nie przekonuje stanowisko, iż pominięcie przez ustawodawcę wprost zagadnienia, czy strona może na zasadach ogólnych odstąpić od umowy, jeżeli prawo to nabyła przed ogłoszeniem upadłości, przemawia za odebraniem jej tego uprawnienia.

Wobec analizowanej zmiany legislacyjnej, Sąd Apelacyjny prawidłowo przyjął, iż w stanie prawnym istniejącym w dacie wykonania przez pozwaną prawa odstąpienia (26 października 2012 r.) przepisy u.p.u. nie stały na przeszkodzie odstąpieniu przez kontrahenta upadłego od umowy, jeżeli podstawy ustawowe czy kontraktowe do odstąpienia zaistniały przed ogłoszeniem upadłości.

Skarżący błędnie zakłada, iż każdorazowo, z mocy art. 98 ust. 1 i 2 u.p.u. w związku z art. 84 ust. 1 u.p.u. wykonanie prawa odstąpienia od umowy jest bezskuteczne wobec masy upadłości, jako uniemożliwiające syndykowi skorzystanie z ustawowego uprawnienia do odstąpienia od umowy, lub zażądania jej wykonania. W literaturze przedmiotu wykładnia art. 84 ust. 1 u.p.u. nie jest pozbawiona rozbieżności, wskazuje się na jego ogólnikowość, nieprecyzyjność, niemożność jednoznacznej identyfikacji w oparciu o jego treść bezskutecznych w stosunku do masy postanowień umownych oraz możliwość dowolnej interpretacji, stwarzającej zagrożenia dla pewności obrotu gospodarczego.

Niewątpliwie bezskuteczność w rozumieniu art. 84 ust. 1 u.p.u. następuje z mocy prawa i dotyczy postanowienia umowy uniemożliwiającego lub utrudniającego osiągnięcie celów postępowania upadłościowego. Zostały one określone w art. 2 u.p.u., z którego wynika, iż postępowanie upadłościowe należy prowadzić tak, aby roszczenia wierzycieli mogły zostać zaspokojone w jak najwyższym stopniu, a jeśli racjonalne względy na to pozwolą – dotychczasowe przedsiębiorstwo dłużnika zostało zachowane. W orzecznictwie i doktrynie wskazywano, iż jako postanowienia bezskuteczne wobec masy upadłości na tej

podstawie prawnej można kwalifikować przykładowo: *pactum de non petendo*, *pactum de non cedendo*, umowne prawo pierwokupu, ustanowione na składnikach mienia upadłego, umowne ograniczenia dotyczące zbywania składników mienia upadłego, *pactum in favorem tertii* na podstawie, którego świadczenie należne upadłemu miałyby otrzymać osoba trzecia - jako mające oczywiście negatywny wpływ na realizację celów postępowania upadłościowego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2011 r., V CSK 204/10, nie publ.). Rozszerzając ten katalog, można przyjąć, iż taki charakter ma również skorzystanie z umownego prawa odstąpienia, w opozycji do żądania syndyka wykonania umowy, gdyby uniemożliwiało to zachowanie dotychczasowego przedsiębiorstwa dłużnika, czy jego sprzedaż w całości lub uzyskanie przez masę upadłości znacznego zysku.

Stosowanie klauzuli generalnej z art. 84 ust. 1 u.p.u. powinno być, rozważone w okolicznościach konkretnej sprawy, z uwzględnieniem kryteriów obiektywnych i odniesione każdorazowo do celów postępowania upadłościowego. Tymczasem Sąd pierwszej instancji przyjął, iż skorzystanie z prawa odstąpienia jest bezskuteczne wobec masy upadłości, skoro syndyk mógł zażądać wykonania umowy, która mogła przynieść masie upadłości zysk. Z poczynionych w sprawie ustaleń wynika, że ani upadła spółka ani pozostali konsorcjanci nie mieli żadnych możliwości realizacji kontraktu. Możliwości takich nie miał także syndyk, na co jednoznacznie wskazywały jego czynności polegające na zabraniu mienia upadłego z placu budowy, wypowiedzeniu umów na dostawę mediów, przystąpienie do końcowego rozliczenia. W konsekwencji odstąpienie (nazywane w kontrakcie wypowiedzeniem) od umowy przez pozwaną, nie mogło być bezskuteczne wobec masy upadłości, skoro syndyk nie zażądał wykonania umowy, nie pozostawało to, bowiem w interesie masy upadłości, a jedynie mogło ją narazić na poważne straty. Nie można, zatem twierdzić, iż wykonanie przez pozwaną prawa odstąpienia od umowy, uniemożliwiło syndykowi prawo wyboru przysługujące mu z mocy art. 98 ust. 1 u.p.u.

Trudno również aprobować stanowisko, iż umożliwienie stronie przeciwnej skorzystania z prawa odstąpienia od umowy, czyni regulację art. 98 u.p.u. bezprzedmiotową. Kontrahent upadłego może bowiem nie nabyć prawa do odstąpienia od umowy przed ogłoszeniem upadłości lub być zainteresowany

wykonaniem umowy, a syndyk może zażądać wykonania umowy i ubiegać się o stwierdzenie, że wykonanie przez stronę przeciwną prawa odstąpienia jest bezskuteczne wobec masy upadłości na podstawie art. 84 ust. 1 u.p.u.

Bezskuteczność ta nie może także polegać na pozbawieniu pozwanej prawa do naliczenia kary umownej i odesłaniu jej na drogę dochodzenia odszkodowania wynikającą z art. 99 u.p.u., skoro umowa łącząca strony nie wygasła na skutek wykonania przez syndyka prawa odstąpienia. Samo ogłoszenie upadłości dłużnika nie powoduje wygaśnięcia roszczeń wierzyciela, a zmienia się jedynie sposób, w jaki wierzyciel poszukuje zaspokojenia. Skuteczne odstąpienie od umowy przez pozwaną, czyniło zbędnym odstąpienie syndyka i stosowanie w stosunku do MPKGK art. 99 u.p.u. Natomiast art. 98 ust.1 u.p.u. ma służyć zapewnieniu syndykowi prawa odstąpienia od umowy, jedynie z tej przyczyny, iż doszło do ogłoszenia upadłości, którego to uprawnienia nie posiada kontrahent upadłego, w czym wyraża się niesymetryczność pozycji stron i wyraźne preferowanie interesów masy, przez ukierunkowanie na eliminację więzi umownych powstałych przed ogłoszeniem upadłości, chyba, że w szczególnych sytuacjach, ich kontynuacja przyniesie masie upadłości realny zysk. Kontrahent upadłego nie tylko nie ma takiego uprawnienia, ale próba jego umownego przyznania, skutkowałaby nieważnością, w świetle regulacji art. 83 u.p.u. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2014 r., III CSK 15/14, nie publ.). Syndykowi zagwarantowano także prawo żądania wykonania umowy, mimo toczącego się postępowania upadłościowego, którego to uprawnienia nie posiada strona przeciwna, a przewidziane dla niej w umowie uprawnienie do odstąpienia od umowy, będzie mogło być uznane za bezskuteczne, jako sprzeczne z celami postępowania upadłościowego, jeśli okaże się, iż wykonanie umowy leży w interesie masy upadłości.

Z art. 98 ust. 1 u.p.u. nie wynika natomiast, by miał on służyć uniemożliwianiu kontrahentowi skorzystania z prawa odstąpienia, tylko w tym celu, by nie mógł zgłosić roszczenia z tytułu kary umownej. Do redukcji kary umownej służą inne instrumenty prawne (art. 484 § 2 k.c.), z których w toku postępowania nie skorzystano. Nie ma podstaw do przyjęcia, by wierzyciele z umów wzajemnych mieli w szczególny sposób ponosić koszty niewypłacalności upadłego.

Ponadto z poczynionych w sprawie ustaleń wynika, iż pozwana nabyła nie

tylko uprawnienie do odstąpienia od umowy, w oparciu o postanowienia umowy, ale również zrealizowane zostały przesłanki ustawowe, do wykonania tego prawa kształtującego (art. 636 § 1 w związku z art. 656 k.c.), a to wyklucza możliwość przyjęcia, by czynność ta była bezskuteczna wobec masy upadłości na podstawie art. 84 ust. 1 u.p.u., skoro dotyczy on tylko postanowień umownych.

Nie do zaakceptowania jest również postulowany przez skarżącego kierunek wykładni art. 84 ust. 1 u.p.u., zgodnie, z którym, każda klauzula umowna niekorzystna dla upadłego, mogłaby być uznana za bezskuteczną wobec masy upadłości. Art. 84 ust. 1 u.p.u. stanowi normę zabezpieczającą cel postępowania upadłościowego, którego przejawem, jest takie ukształtowanie sytuacji prawnej upadłego, by efektywnie i szybko spieniężyć majątek poddany temu rodzajowi egzekucji uniwersalnej. Umieszczenie w umowie zapisu umożliwiającego wypowiedzenie czy odstąpienie od umowy w razie niewykonania czy wadliwego wykonania zobowiązania przez drugą stronę, czy też popadnięcia przez nią w zwłokę i zastrzeżenie w związku z tym uprawnienia do naliczania kary umownej, nie wskazuje na chęć obejścia przepisów prawa upadłościowego czy sprzeczność z celami tego postępowania, a jest powszechnie praktykowaną klauzulą umowną, występującą częstokroć w sytuacjach niezwiązanych z upadłością, w razie dobrego stanu majątkowego strony.

Z przytoczonych względów na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. Sąd Najwyższy oddalił skargę, orzekając o kosztach postępowania kasacyjnego na podstawie art. 98 § 1 i 3, 99 w zw. z art. 391 § 1, 398²¹ k.p.c. i § 12 ust. 4 pkt 1 w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst. jedn: Dz.U. z 2013 r., poz. 490, ze zm.) w zw. z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1804).

db