



Sygn. akt III CSK 279/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 października 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Grzegorz Misiurek (przewodniczący)

SSN Monika Koba (sprawozdawca)

SSN Paweł Grzegorczyk

w sprawie z powództwa C. sp. z o.o. w W.

przeciwko Miastu i Gminie M.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 23 października 2019 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 10 marca 2017 r., sygn. akt I ACa (...),

1) odrzuca skargę kasacyjną w części dotyczącej umorzenia postępowania apelacyjnego (punkt 1),

2) uchyla zaskarżony wyrok w części oddalającej apelację co do kwoty 2.271.435,96 (dwa miliony dwieście siedemdziesiąt jeden tysięcy czterysta trzydzieści pięć złotych i dziewięćdziesiąt sześć groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 30 stycznia 2015 r. (punkt 2) oraz rozstrzygającej o kosztach postępowania apelacyjnego (punkt 3) i w tym zakresie przekazuje sprawę

**Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania i
rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego,
3) oddała skargę kasacyjną w pozostałej części.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 13 lipca 2016 r. Sąd Okręgowy w K. rozstrzygając powództwo C. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: „C.”) przeciwko Miastu i Gminie M. o zapłatę kwoty 1.885.673,63 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 9 stycznia 2015 r. tytułem kary umownej oraz kwoty 2.271 435,96 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 stycznia 2015r. tytułem równowartości kary umownej pobranej przez pozwaną z gwarancji ubezpieczeniowej (1.885673,63 zł) wraz ze skapitalizowanymi odsetkami za okres od dnia 19 czerwca 2013 r. do dnia 29 stycznia 2015 r. (385.762,33 zł), umorzył postępowanie w zakresie roszczenia o zapłatę odsetek od kwoty 1.885.673,63 zł do dnia 8 stycznia 2015 r., a w pozostałym zakresie oddalił powództwo.

Sąd Okręgowy ustalił, że strony łączyła umowa z dnia 12 grudnia 2011 r. o roboty budowlane, zgodnie z którą objęta nią inwestycja miała zostać zrealizowana do dnia 12 września 2013 r. Powód powierzył wykonanie zleconych mu prac (poza pracami geologicznymi) H. spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: „H.”), a pozwana na podstawie zawartej przez strony umowy przekazu regulowała wynagrodzenie za wykonywane prace bezpośrednio podwykonawcy. W drugiej połowie 2012 r. sytuacja ekonomiczna C. była bardzo trudna. Prace były wykonywane z opóźnieniem z uwagi na trudne warunki pogodowe oraz niewystarczającą obsługę kontraktu ze strony powoda. Pozwana zwracała się wielokrotnie do powoda o przyspieszenie tempa prac. W trzecim kwartale 2012 r. do pozwanej wpłynęło dziewięć zajęć komorniczych wierzytelności powoda na kwotę około jednego miliona zł. Wpływała również korespondencja, z której wynikało, że powód nie wykonuje obowiązków wobec H., na skutek czego spółka ta nie rozlicza się z podwykonawcami. We wrześniu 2012 r. pozwana zwróciła się do powoda o wstrzymanie wystawienia faktury do czasu usunięcia wątpliwości

dotyczących zakresu wykonanych robót budowlanych. Mimo wyjaśnienia zastrzeżeń pozwanej powód nadal jednak nie wystawiał faktury.

Na wniosek wierzycieli powoda doszło do wszczęcia postępowania upadłościowego, a pozwana powołując się jedynie na ten fakt oraz treść § 14 ust. 2 lit. a umowy, złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy i wezwała C. do zaprzestania wykonywania dalszych prac. 14 listopada 2012 r. również spółka H., mająca szereg zastrzeżeń do współpracy z powodem, odstąpiła od umowy z nim. Po odstąpieniu od umowy pozwana dokonała inwentaryzacji prac, co pozwoliło na ich odebranie i zapłatę wynagrodzenia bezpośrednio podwykonawcom. Przedstawiciele powoda nie wzięli udziału w inwentaryzacji, wskazując jednak w jaki sposób pozwana powinna rozliczyć bezpośrednio podwykonawców. Powód kwestionując odstąpienie od umowy i koncentrując się na żądaniu wypłaty na jego rzecz kary umownej, nie był zainteresowany kontynuowaniem współpracy i nie wyrażał gotowości dalszej realizacji umowy. Inwestycja została zakończona przez innego wykonawcę w 2013 r. Powódka obciążyła powoda karą umowną i złożyła do TUiR (...) S.A. w W. (dalej: „(...)”) dyspozycję wypłaty z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej kwoty 1.885 672,63 zł, która została zrealizowana. Ubezpieczyciel wezwał C. do zwrotu kwoty wypłaconej tytułem gwarancji ubezpieczeniowej, jednak powód nie dokonał jej zwrotu.

Postępowanie o ogłoszenie upadłości C. zostało umorzone na skutek cofnięcia wniosku, powód zaspokoił bowiem wierzycieli, którzy zainicjowali to postępowanie. 20 listopada 2012 r. sąd rejestrowy wykreślił siedzibę powoda i wszystkich jego członków zarządu, a nowa siedziba, prezes zarządu i prokurent zostali ujawnieni w KRS dopiero 11 kwietnia 2013 r. W pierwszej połowie 2013 r. powód nie uzyskał żadnych przychodów. Pozwana i H. złożyły wniosek o ogłoszenie upadłości powoda, który został oddalony z uwagi na brak majątku wystarczającego na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego. Ostatecznie upadłość C. została ogłoszona 12 grudnia 2013 r., a następnie postępowanie upadłościowe zostało umorzone w dniu 31 lipca 2014 r. z uwagi na brak środków w masie upadłości na jego kontynuowanie. 30 grudnia 2014 r. powód złożył oświadczenie, że odstępuje od umowy z pozwaną.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że powództwo jest bezzasadne w całości. W pierwszej kolejności stwierdził, że pozwana powołując się na wszczęcie wobec powoda postępowania o ogłoszenie upadłości nieskutecznie odstąpiła od umowy. Miał na względzie, że § 14 ust. 2 lit. a umowy stron wprowadzający jako podstawę odstąpienia od umowy złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości jest nieważny, jako sprzeczny z art. 83 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (jedn. tekst: Dz.U. z 2019 r., poz. 498). Za bezprzedmiotowe uznał badanie, czy istniały inne podstawy do odstąpienia od umowy, skoro pozwana nie powołała się na nie w swoim oświadczeniu o odstąpieniu od umowy. W konsekwencji przyjął, że pozwana nie miała podstaw do obciążenia powoda karą umowną zastrzeżoną na wypadek odstąpienia od umowy z jego winy i zaspokojenia się z gwarancji ubezpieczeniowej. Mimo zajętego stanowiska nie znalazł jednak podstaw do zasądzenia kwoty 2.271.435,96 zł uznając, że pozwana nie jest bezpodstawnie wzbogacona kosztem powoda, skoro nie uiścił on na jej rzecz żadnej kwoty tytułem kary umownej. Wprawdzie ubezpieczyciel domaga się zwrotu kwoty wypłaconej z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej, ale powód nie zaspokoił jego roszczeń z tego tytułu, a do powstania roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia nie jest wystarczające zwiększenie pasywów powoda z tego tytułu. W konsekwencji przyjął, że jedynym podmiotem, który mógłby zgłosić roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia jest (...).

Po drugie, jako bezzasadne ocenił naliczenie przez powoda kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy. Miał na względzie, że oświadczenie to złożone w toku procesu (30 grudnia 2014 r.) miało pozorny charakter. W tej dacie obwodnica M. już dawno była wybudowana, nie istniał zatem przedmiot robót, który mógłby być wykonywany przez powoda. Powód nie wykazał także, by po dacie bezskutecznego odstąpienia przez pozwaną od umowy domagał się umożliwienia mu kontynuowania robót, pozostawał w gotowości do realizacji inwestycji i miał takie możliwości finansowe i organizacyjne. Ograniczył się jedynie do kwestionowania zasadności odstąpienia przez pozwaną od umowy i zgłoszenia żądania wypłaty kary umownej. Nie miał także realnej możliwości kontynuowania robót i zrealizowania przedmiotu umowy, skoro przez okres sześciu miesięcy nie

posiadał ani siedziby ani organów uprawnionych do jego reprezentowania, w pierwszej połowie 2013 r. nie odnotował żadnych przychodów, a jego sytuacja finansowa była bardzo trudna i uzasadniała ogłoszenie upadłości. Potwierdza to oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości powoda z uwagi na brak środków na przeprowadzenie postępowania upadłościowego. Wprawdzie upadłość została następnie ogłoszona, ale postępowanie zostało umorzone z uwagi na brak środków na jego kontynuowanie. W jego toku również syndyk nie domagał się umożliwienia upadłemu kontynuowania robót budowlanych w ramach umowy łączącej strony. Ponadto zrealizowanie inwestycji nie miało znaczenia dla sytuacji finansowej powoda, kontrakt na ponad 18 milionów zł powód przekazał bowiem podwykonawcy, zadawalając się marżą na poziomie 1,5% (niespełna 300.000 zł).

Sąd Apelacyjny w (...), orzekając na skutek apelacji powoda, wyrokiem z dnia 10 marca 2017 r. umorzył postępowanie apelacyjne, co do punktu pierwszego zaskarżonego wyroku, a w pozostałym zakresie oddalił apelację, dzieląc w pełni ustalenia faktyczne i rozważania prawne poczynione przez Sąd Okręgowy. Przyjmując, że powód nie odstąpił skutecznie od umowy o roboty budowlane Sąd Apelacyjny dodatkowo ustalił, że wynika to z następującej sekwencji zdarzeń: wszczęcia w sierpniu 2012 r. postępowania o ogłoszenie upadłości powoda, odstąpienia przez pozwaną od umowy pismem z dnia 13 listopada 2012 r., odstąpienia od umowy pismem z dnia 14 listopada 2012 r., z przyczyn leżących po stronie powoda, przez jego generalnego podwykonawcę, który realizował niemalże całość robót objętych umową. Ustalił także, że H. poinformowała pozwaną, że opuści plac budowy i przerwie wykonywanie robót niezwłocznie po zabezpieczeniu wykonywanych prac, może to jednak uczynić w trybie natychmiastowym jeżeli uzyska pisemne potwierdzenie, że taka jest wola inwestora. W reakcji na powyższe pismem z dnia 16 listopada 2012 r. pozwana wezwała podwykonawców do natychmiastowego przerwania robót, odwołując się do ustania stosunku prawnego z powodem i wyznaczyła termin inwentaryzacji robót oraz protokolarnego przejęcia placu budowy. Pismem z dnia 22 listopada 2012 r. prokurent powoda (co do którego, brak pewności czy w tej dacie mógł reprezentować powoda) oświadczył, że odstąpienie od umowy jest przedwczesne i stanowi rażące naruszenie postanowień umowy, nie zaistniała bowiem

przesłanka odstąpienia w postaci wszczęcia postępowania upadłościowego (§ 14 ust. 2 pkt a umowy). Jednocześnie poinformował o obciążeniu pozwanej karą umowną odwołując się do § 14 ust. 3 umowy, który uprawnia do obciążenia kontrahenta karą umowną jeżeli z jego winy strona odstępuje od umowy. Oświadczenie to było nieskuteczne, powód nie odstąpił bowiem od umowy. W dniu 20 listopada 2012 r. sąd rejestrowy wykreślił siedzibę powoda i wszystkich jego członków, a nowa siedziba, prezes zarządu i prokurent zostali ujawnieni w rejestrze dopiero w dniu 11 kwietnia 2013 r. Postanowieniem z dnia 29 listopada 2012 r. sąd umorzył postępowanie o ogłoszenie upadłości powoda na skutek cofnięcia przez wierzycieli wniosku. Pismem z dnia 4 stycznia 2013 r. prokurent powoda po raz kolejny poinformował pozwaną, że nie było podstaw do odstąpienia od umowy. W czerwcu 2013 r. pozwana zawarła umowę na wykonanie zadania „Obwodnica M.” z innym wykonawcą, który dokończył realizację inwestycji z końcem 2013 r. W marcu 2013 r. powód wystąpił o zapłatę kary umownej w kwocie 100.000 zł w związku z odstąpieniem przez pozwaną od umowy mimo, że umowa łącząca strony takiej możliwości nie przewidywała. W toku procesu 12 grudnia 2013 r. została ogłoszona upadłość powoda, a 31 lipca 2014 r. postępowanie upadłościowe zostało umorzone z uwagi na brak środków w masie upadłości na pokrycie jego kosztów. Dopiero w dniu 30 grudnia 2014 r. powód złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy powołując się na jej § 14 ust. 1, podając w uzasadnieniu, że pozwana w sposób podstawowy naruszyła postanowienia umowy wywołując po jego stronie utratę zasadniczych korzyści. Wynikało to z faktu, że w sposób bezpodstawny i zawiniony odstąpiła od umowy uniemożliwiając powodowi zrealizowanie jej przedmiotu oraz wezwała podwykonawców do natychmiastowego zaprzestania robót budowlanych i przejęła plac budowy.

W świetle uzupełniających ustaleń Sąd Apelacyjny wskazał, że uzasadnioną podstawą odstąpienia od umowy nie może być także wezwanie przez pozwaną w dniu 16 listopada 2012 r. podwykonawców do opuszczenia placu budowy, skoro uprzednio (14 listopada 2012 r.) generalny podwykonawca odstąpił od umowy z powodem, co oznacza, że przyczyną niemożności zrealizowania umowy i pozbawienia powoda korzyści z tego tytułu był brak podwykonawcy, a nie odstąpienie przez pozwaną od umowy. Niezależnie od powyższego Sąd Apelacyjny

podzielił stanowisko Sądu Okręgowego, że odstąpienie przez powoda od umowy było nieskuteczne, skoro z podstawy faktycznej rozstrzygnięcia jednoznacznie wynika, że zawarta przez strony umowa o roboty budowlane wygasła *per facta concludentia*. Powód odstąpił od umowy w dacie, gdy inwestycja od roku była już zakończona przez innego wykonawcę, a stosunek umowny wygasł i już nie łączył stron. Oba stronom należy w takim stanie faktycznym przypisać wolę zakończenia stosunku umownego, pozwanej wskutek nieskutecznego odstąpienia od umowy, a powodowi przez brak woli kontynuowania umowy.

Sąd Apelacyjny podzielił także stanowisko Sądu Okręgowego w zakresie braku podstaw domagania się przez powoda kwoty 2.271.435, 96 zł, skoro nie uiścił na rzecz [...] żadnej kwoty z tytułu bezpodstawnie zrealizowanej przez pozwaną gwarancji ubezpieczeniowej. Nie dopatrzył się również możliwości zasądzenia tej kwoty tytułem odszkodowania, skoro powód oparł podstawę żądania na przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu.

W skardze kasacyjnej powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w całości, wnosząc o jego uchylenie i orzeczenie co do istoty sprawy przez uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie: art. 378 § 1 k.p.c. polegające na ograniczeniu rozpoznania sprawy w zakresie roszczenia o zapłatę kwoty 2.271.435,96 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 stycznia 2015r. jedynie do badania zasadności tego roszczenia z perspektywy art. 405 i art. 410 k.c. z pominięciem innych przepisów prawa materialnego, w szczególności art. 415 k.c. i 471 k.c., podczas gdy sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji, co przesądza o obowiązku dokonania „z urzędu” oceny prawidłowości rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji z punktu widzenia jego zgodności z przepisami prawa materialnego oraz art. 405 k.c., w zw. z art. 410 k.c. przez błędną wykładnię polegającą na bezpodstawnym przyjęciu, że pomimo stwierdzonej przez Sąd bezskuteczności odstąpienia przez pozwaną od umowy i bezzasadności naliczenia kary umownej, a następnie jej zaspokojenia z gwarancji ubezpieczeniowej powód, który nie spełnił roszczenia regresowego na rzecz

gwaranta nie może dochodzić zasądzenia na jego rzecz tej kwoty na podstawie art. 405 w zw. z art. 410 k.c., art. 471 k.c. przez jego błędną wykładnię i niezastosowanie w sytuacji, gdy Sąd w sposób jednoznaczny stwierdził, bezskuteczność odstąpienia przez pozwaną od umowy i brak materialnoprawnych podstaw do realizacji gwarancji, a tym samym nie może ulegać wątpliwości, że zachowanie pozwanego było sprzeczne z łączącą strony umową i doprowadziło do powstania po stronie powoda szkody rozumianej jako zobowiązanie do spełnienia na rzecz gwaranta roszczenia regresowego odpowiadającego wartości wypłaconego na rzecz pozwanej świadczenia tytułem zrealizowania udzielonej gwarancji ubezpieczeniowej, a także art. 60 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie polegające na bezpodstawnym przyjęciu, że w okolicznościach niniejszej sprawy zawarta między stronami umowa o roboty budowlane wygasła *per facta concludentia* oraz błędną wykładnię art. 493 § 1 k.c. a w konsekwencji bezzasadne odmówienie powodowi prawa do odstąpienia od zawartej z pozwaną umowy o roboty budowlane w sytuacji, gdy dokończenie realizowanego świadczenia powoda polegającego na wybudowaniu określonego odcinka drogi, stało się niemożliwe do wykonania wskutek okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi pozwana, która nakazała wszystkim podwykonawcom powoda opuszczenie placu budowy, a następnie rozpisała nowy przetarg na dokończenie prac i przekazała teren budowy innemu wykonawcy, co w konsekwencji „aktywowałoby” po stronie powoda uprawnienie do naliczenia i obciążenia pozwanej karą umowną stosownie do treści § 16 ust. 5 lit b zawartej między stronami umowy.

Pozwana w odpowiedzi na skargę kasacyjną oraz w piśmie procesowym z dnia 26 września 2019r. wniosła o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.

Prokurator Generalny zajmując stanowisko w trybie art. 398⁸ § 1 k.p.c. wyraził pogląd, że skarga kasacyjna powinna zostać uwzględniona, choć nie wszystkie jej zarzuty mają usprawiedliwione podstawy.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Powód objął zakresem zaskarżenia także rozstrzygnięcie zawarte w punkcie pierwszym wyroku, w którym Sąd Apelacyjny umorzył częściowo postępowanie apelacyjne. Od postanowienia Sądu drugiej instancji powziętego w tym przedmiocie nie przysługuje skarga kasacyjna (art. 398¹ § 1 i 398² k.p.c.), co skutkuje odrzuceniem w tej części skargi, jako niedopuszczalnej (art. 398⁶ § 3 k.p.c.).

Wykonywanie umowy gwarancji ubezpieczeniowej jest czynnością ubezpieczeniową (art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej - jedn. tekst: Dz.U. z 2019 r. poz. 381, ze zm. – dalej: „ustawa o działalności ubezpieczeniowej”), podobną konstrukcyjnie do gwarancji bankowej (art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe – jedn. tekst: Dz.U. z 2018 r., poz. 2187, ze zm.). Treść gwarancji ubezpieczeniowej nie została uregulowana w ustawie o działalności ubezpieczeniowej, jest więc ona czynnością prawną, której treść jest kształtowana wolą stron w ramach zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.). W praktyce kontraktowej stosunek zlecenia gwarancji wiążący ubezpieczyciela (gwaranta) i dłużnika ze stosunku podstawowego (podmiot zlecający wystawienie gwarancji) wynika z umowy, na podstawie której ubezpieczyciel zobowiązuje się wobec zlecającego do wystawienia na rzecz gwarantariusza gwarancji określonej treści, a zlecający zobowiązuje się do zapłacenia ubezpieczycielowi składki ubezpieczeniowej. Umowa reguluje także rozliczenia stron na wypadek wypłaty gwarancji na rzecz beneficjenta. Z kolei treścią stosunku gwarancji wiążącego ubezpieczyciela (gwaranta) i wierzyciela ze stosunku podstawowego (beneficjenta gwarancji - gwarantariusza) jest spełnienie świadczenia pieniężnego na rzecz beneficjenta po realizacji przez niego określonych wymogów. Gwarancja może mieć charakter kauzalny lub abstrakcyjny. Gwarant nie może podnosić wobec gwarantariusza zarzutów z umowy zlecenia gwarancji ubezpieczeniowej ani ze stosunku podstawowego, chyba że strony ukształtują zobowiązanie gwaranta jako akcesoryjne (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166, uchwała Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 1995 r., III CRN 70/94, OSNC 1995, nr 5, poz. 86, z dnia 16 kwietnia 1996 r., III CRN 38/96,

nie publ., z dnia 25 czerwca 1999 r., II CKN 402/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 16, z dnia 14 stycznia 2004 r., I CK 102/03, nie publ., z dnia 12 kwietnia 2006 r., III CSK 25/06, nie publ., z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010, nr 11, poz. 146, z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12, OSNC – ZD 2014, nr 1, poz. 14, z dnia 23 września 2013 r., II CSK 670/12, OSNC 2014, nr 5, poz. 53, i z dnia 21 sierpnia 2014 r., IV CSK 683/13, M.Pr.Bank. 2016/1/24-29).

W przypadku w którym gwarant realizuje na rzecz beneficjenta gwarancję, mimo braku merytorycznych przesłanek ze stosunku podstawowego - roszczenia wykonawcy wobec beneficjenta gwarancji mogą być dochodzone na podstawie odpowiedzialności kontraktowej za szkodę (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2013 r., I CSK 769/12, OSNC – ZD 2014, nr 4, poz. 70). Kwota pobrana bezpodstawnie przez inwestora z gwarancji może być kwalifikowana jako szkoda wykonawcy (art. 471 k.c.). Skorzystanie z gwarancji mimo braku merytorycznych podstaw stanowi nienależyte wykonanie zobowiązania, a między szkodą, a skorzystaniem z gwarancji istnieje związek przyczynowy, gdyby bowiem inwestor zaniechał korzystania z gwarancji, nie powstałaby szkoda (wymagalne zobowiązanie powoda wobec ubezpieczyciela).

Nie można jednak wykluczyć w takim stanie faktycznym odpowiedzialności z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, skoro inwestor uzyskał korzyść z realizacji gwarancji, mimo braku spełnienia warunków materialnych uzasadniających przesunięcie majątkowe między inwestorem, a wykonawcą. Świadczenie gwaranta z umowy gwarancyjnej, mimo że stanowi samodzielne zobowiązanie gwaranta wobec gwarantariusza i służy umorzeniu jego własnego długu jest jednocześnie zarachowywane przez wierzyciela ze stosunku podstawowego na poczet świadczenia dłużnika z tego stosunku prawnego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09).

Wbrew stanowisku Sądów obu instancji zrealizowana została przesłanka zubożenia powoda pozostająca w związku ze stanem wzbogacenia pozwanej. Wartość majątkowa nie musi wyjść z majątku zubożonego – wystarczy, że zostaje uzyskana jego kosztem, czyli gdy sfera jego praw jest źródłem wzbogacenia. Formuła zubożenia z art. 405 k.c. jest pojemna, a w orzecznictwie pojęcie to jest

rozumiane elastycznie (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2014 r., II CSK 52/14, Glosa 2015, nr 3, str. 41, z dnia 25 października 2012 r., I CSK 139/12, IC 2013, nr 12, str. 40, i z dnia 8 marca 2018 r., II CSK 299/17, nie publ.). Wprawdzie zubożenia nie należy identyfikować z pojęciem szkody w postaci *damnum emergens* albo *lucrum cessans*, ale każda szkoda jest zubożeniem. Skoro skorzystanie z gwarancji skutkuje tym, że wykonawca musi zwrócić gwarantowi wypłaconą inwestorowi kwotę, korzyść jest uzyskana przez inwestora kosztem wykonawcy zwiększa bowiem jego pasywa (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2006 r., V CSK 289/06, M.Prawn. 2007, nr 3, str. 116, z dnia 20 lipca 2007 r., I CSK 105/07, nie publ., z dnia 2 sierpnia 2007 r., V CSK 152/07, nie publ., z dnia 24 listopada 2009 r., V CSK 169/09, M.Prawn. 2010, nr 19, str. 4, z dnia 14 stycznia 2010 r., IV CSK 274/09, nie publ., z dnia 25 października 2012 r., I CSK 139/12, nie publ., i z dnia 16 stycznia 2014 r., IV CSK 203/13, nie publ.).

W judykaturze dominuje jednak zapatrywanie że przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu należy stosować, gdy brak innego środka prawnego umożliwiającego przywrócenie równowagi majątkowej naruszonej bez prawnego uzasadnienia. Przeważa również, zasługujący na podzielenie pogląd, że zbieg roszczeń odszkodowawczych *ex contractu* z roszczeniami z bezpodstawnego wzbogacenia należy co do zasady wyłączyć, istnienie bowiem stosunku umownego uzasadnia dochodzenie roszczeń opartych na odpowiedzialności kontraktowej uwzględniających ich szczególny kontekst normatywny (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1969 r., II CR 530/68, OSNCP 1969, nr 12, poz. 224, z dnia 4 listopada 1980 r., II CR 394/80, OSNC 1981, nr 7, poz. 134, z dnia 19 lutego 2002 r., IV CKN 786/00, nie publ., z dnia 30 stycznia 2007 r., IV CSK 221/06, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 17, str. 942, z dnia 7 maja 2009 r., IV CSK 523/08, OSNC – ZD 2010, nr A, poz. 12, i z dnia 7 maja 2015 r., II CSK 444/14, nie publ.).

Sąd Apelacyjny nie poczynił jednak żadnych ustaleń dotyczących charakteru gwarancji ubezpieczeniowej, która zabezpieczała wykonanie łączącej strony umowy o roboty budowlane, a dokonanie takich ustaleń w postępowaniu kasacyjnym nie jest możliwe (art. 398¹³ § 2 k.p.c.). Charakter zobowiązania gwaranta zależy od wykładni umowy gwarancji, a brak ustaleń co do treści tej

umowy i nie dokonanie jej wykładni, czyni uzasadnionymi zarzuty naruszenia art. 405 i art. 471 k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/ 12). Jednocześnie brak ustaleń dotyczących warunków merytorycznych i trybu skorzystania z gwarancji przez pozwaną czyni przedwczesną ocenę, czy właściwą podstawą prawną roszczenia w okolicznościach sprawy powinny być przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu czy o odpowiedzialności kontraktowej oraz czy gwarant dysponował instrumentami prawnymi pozwalającymi na odzyskanie wypłaconych środków. Wprawdzie z § 13 ust. 2 i 4 umowy wynika, że gwarancja ubezpieczeniowa miała być bezwarunkowa i nieodwołalna, nie jest jednak jasne jaką treść w badanej sprawie ostatecznie gwarancja ta przybrała.

Bezzasadne zrealizowanie przez pozwaną żądania wypłaty należności z gwarancji ubezpieczeniowej nie może być natomiast traktowane jako czyn niedozwolony (art. 415 k.c.). Może on bowiem mieć miejsce jedynie wtedy, gdy sprawca szkody naruszył obowiązek powszechny ciążyący na wszystkich. Działanie pozwanej polegające na zgłoszeniu żądania wypłaty sumy ubezpieczeniowej, mimo braku materialnoprawnych podstaw w stosunku podstawowym mogło naruszać jedynie postanowienia umowy o roboty budowlane ewentualnie umowy gwarancyjnej. Bezpodstawne zrealizowanie uprawnienia (nie wykonanie obowiązku) wynikającego z zobowiązania nie może być samo przez się uważane za działanie bezprawne w rozumieniu art. 415 k.c. (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 października 1997 r., II CKN 2012/97, OSNC 1998, nr 3, poz. 42 i z dnia 13 lutego 2004 r., IV CK 40/03, nie publ.).

Nie może być ono również traktowane, jako nienależne świadczenie. Uzyskanie nienależnego świadczenia jest szczególnym przypadkiem bezpodstawnego wzbogacenia, który charakteryzuje się brakiem podstawy prawnej świadczenia i zawężeniem stanów wzbogacenia do uzyskania świadczenia. Stosowanie art. 410 k.c. do roszczeń wykonawcy wobec inwestora o zwrot kwoty pobranej z gwarancji jest wyłączone, przejście korzyści (świadczenia) odbywa się bowiem w wyniku działania inwestora i ubezpieczyciela, bez udziału dłużnika ze stosunku podstawowego (wykonawcy), którego rola ogranicza się do udzielenia zlecenia wystawienia gwarancji. Nie może być ono identyfikowane ze świadczeniem w ramach zrealizowania gwarancji, skoro stanowi zapłatę długu

gwaranta w ramach stosunku gwarancji, a nie świadczenie przekazane mu przez dłużnika ze stosunku podstawowego.

W judykaturze Sądu Najwyższego utrwalony jest pogląd, że granice przedmiotu sporu wyznacza nie tylko treść żądania, ale także jego podstawa faktyczna rozumiana jako okoliczności faktyczne powoływane na uzasadnienie żądania wydania wyroku określonej treści (art. 187 § 1 pkt 1 i 2 k.p.c.). W konsekwencji, jeżeli z powołanych w pozwie okoliczności faktycznych wynika, że roszczenie jest uzasadnione, to należy je uwzględnić, nawet jeśli powód wskazał błędnie podstawę prawną żądania (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 2 maja 1957 r., OSNC 1957, nr 3, poz. 72, z dnia 28 kwietnia 1998 r., II CKN 712/97, OSNC 1998, nr 11, poz. 187, z dnia 5 września 2002 r., II CKN 829/00, nie publ., z dnia 6 grudnia 2006 r., IV CSK 269/06, nie publ., z dnia 24 maja 2007 r., V CSK 25/07, OSNC – ZD 2008, nr B, poz. 32, z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07, MoP 2007, nr 24, str. 1339, z dnia 27 marca 2008 r., II CSK 524/07, nie publ., z dnia 5 grudnia 2008 r., III CSK 228/08, nie publ., z dnia 21 maja 2009 r., V CSK 439/08, nie publ., z dnia 16 września 2009 r., II CSK 189/09, nie publ., i z dnia 12 października 2016 r., II CSK 14/16, nie publ.).

Powód jako podstawę prawną powództwa wskazywał bezpodstawne wzbogacenie. Jednak podmiot inicjujący postępowanie zgodnie z zasadą *da mihi factum dabo tibi ius* ma jedynie obowiązek sprecyzować żądanie i przytoczyć uzasadniające je okoliczności faktyczne. Wybór i zastosowanie właściwej adekwatnej do roszczenia powoda i wskazanej przez niego podstawy faktycznej - normy prawa materialnego, stanowiącej podstawę prawną rozstrzygnięcia należy w myśl zasady *iura novit curia* wyłącznie do sądu, tak by zapewnić powodowi należyłą ochronę prawną zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy. Oddalenie powództwa nie powinno bowiem co do zasady następować z powodu jego wadliwej podstawy prawnej, a z uwagi na jego bezzasadność w świetle prawa. Możliwość zakwalifikowania powołanej podstawy faktycznej według różnych podstaw prawnych nakłada zatem na sąd obowiązek ich rozważenia i zastosowania jednej z nich, nawet odmiennej od wskazanej przez powoda, a wykonanie tego obowiązku, również przez sąd drugiej instancji, nie narusza art. 321 § 1 k.p.c. (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego

2002 r., III CKN 182/01, nie publ.) Przemawia za tym także zasada ekonomii procesowej, aby nie zmuszać strony do wszczynania kolejnego procesu sądowego jeżeli istota roszczenia jest dowiedziona.

Pobranie gwarancji, mimo braku przesłanek merytorycznych powinno skutkować obowiązkiem jej zwrotu, niezależnie od tego jaka byłaby podstawa roszczenia (art. 405 k.c. czy art. 471 k.c.). Zarzut naruszenia art. 378 § 1 k.p.c. zasługuje zatem na uwzględnienie, Sąd Apelacyjny jako sąd merytoryczny miał bowiem obowiązek stosowania prawa materialnego z urzędu, bez względu na zarzuty zgłoszone przez strony w apelacji (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – zasada prawna - z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008, nr 6, poz. 55).

Z przytoczonych względów zaskarżony wyrok podlegał uchyleniu w części oddalającej apelację co do kwoty 2.271 435,96 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 stycznia 2015 r. (punkt 2) i rozstrzygającej o kosztach postępowania apelacyjnego (punkt 3), a sprawa przekazaniu w tym zakresie Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania (art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.) oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego (art. 108 § 2 w związku z art. 391 § 1 i 398²¹ k.p.c.).

W pozostałej części, co do kwoty 1.885.673,63 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 9 stycznia 2015 r. dochodzonej tytułem kary umownej, skarga kasacyjna jako bezzasadna podlega oddaleniu.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie wskazywano, że zgodnie z zasadą swobody formy (art. 60 k.c.) - z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych - oświadczenia woli mogą być składane w sposób dorozumiany, co dotyczy również rozwiązania umowy (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 2010 r., V CSK 430/09, OSNC – ZD 2011, nr 2, poz. 25). W okolicznościach sprawy nie było jednak podstaw do przyjęcia by strony miały wolę konkludentnego rozwiązania umowy. Jednoznacznie o tym przekonuje złożenie przez pozwaną oświadczenia o odstąpieniu od umowy i zachowanie powoda, który ograniczył się do jego zakwestionowania, zrealizowania żądania opuszczenia placu budowy i rozliczenia dotychczas wykonanych prac oraz

zgłoszenia żądania wypłacenia kary umownej. Odstąpienie od umowy jest prawnokształtującym oświadczeniem woli składanym drugiej stronie zobowiązania, powodującym zakończenie stosunku obligacyjnego, bez potrzeby uzyskiwania zgody, a nawet przy sprzeciwie dłużnika. Odstąpienie od umowy przyjęte do wiadomości przez drugą stronę nie może być elementem rozwiązania umowy w drodze *actus contrarius*, skoro taki sposób likwidacji umowy wymaga zgody obu stron (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 2005 r., II CK 72/05, nie publ.).

Ponadto, Sąd Apelacyjny pominął, że w § 20 ust. 1 i 2 umowy o roboty budowlane jej strony przewidywały, że wszelkie zmiany umowy oraz oświadczenia stron pod rygorem nieważności wymagają formy pisemnej. Współkształtowanie przez czynność następczą i umowę pierwotną treści stosunku prawnego oznacza konieczność przyjęcia dla konkludentnego rozwiązania umowy tego samego rygoru który został przewidziany dla umowy pierwotnej (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 1980 r., II CR 110/80, OSNC 1980, nr 11, poz. 222 i z dnia 17 maja 2013 r., I CSK 505/12, OSNC - ZD 2014, nr C, poz. 50). Nie było zatem możliwe konkludentne rozwiązanie umowy zgodną wolą stron.

Zaskarżony wyrok w tej części odpowiada jednak prawu, bezzasadny jest bowiem zarzut naruszenia art. 493 §1 k.c. Wobec związania Sądu Najwyższego podstawami skargi (art. 398¹³ § 1 k.p.c.) weryfikacja prawidłowości stanowiska Sądu Apelacyjnego dotyczącego bezskuteczności odstąpienia przez pozwaną od umowy nie jest możliwa. Oceny zatem wymaga jedynie skuteczność odstąpienia od umowy przez powoda i będąca jego konsekwencją zasadność naliczenia kary umownej.

Prawo do odstąpienia od umowy nie jest roszczeniem, nie ulega więc przedawnieniu, a końcowego terminu na skorzystanie z tego uprawnienia kształtującego nigdzie nie określono (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2016 r., II CSK 67/15, nie publ.). Przyjąć zatem należy, że prawo wierzyciela do wykonania tego uprawnienia prawokształtującego ograniczone jest, biegnącym równolegle, terminem przedawnienia. Dla roszczenia o wykonanie zobowiązania (umożliwienia realizacji robót budowlanych), którego niewykonanie

stanowiło podstawę odstąpienia od umowy termin przedawnienia wynosi trzy lata (art. 118 k.c.) i ten termin, ograniczał powodowi możliwość odstąpienia od umowy, jednak w dacie złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy nie upłynął.

W okolicznościach sprawy odstąpienie od umowy motywowane następczą niemożnością świadczenia wywołaną przez pozwaną, stanowiło jednak nadużycie prawa podmiotowego (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 1998 r., II CR 365/87, OSP 1989, z. 6, poz. 120). Z podstawy faktycznej zaskarżonego rozstrzygnięcia wynika, że powód odstąpił od umowy w toku procesu (30 grudnia 2014 r.), po umorzeniu wobec niego postępowania upadłościowego z braku środków w masie upadłości nawet na koszty postępowania upadłościowego, po ponad dwóch latach od złożenia nieskutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez pozwaną (13 listopada 2012 r.), odstąpieniu od umowy przez generalnego wykonawcę powoda (14 listopada 2012 r.), w dacie kiedy inwestycja została już wykonana przez innego wykonawcę. Nie można aprobować skorzystania przez powoda z tego uprawnienia, skoro w stosownym czasie nie podjął czynności zmierzających do zobligowania zamawiającego do umożliwienia mu kontynuowania robót w ramach obowiązku współdziałania z wykonawcą niezbędnego do realizacji umowy. U podstaw takiej postawy powoda legł w istocie brak po jego stronie realnych możliwości organizacyjnych i finansowych dalszej realizacji inwestycji i związany z tym brak zainteresowania trwaniem umowy. Odstąpienie od umowy motywowane uniemożliwieniem przez inwestora kontynuowania realizacji inwestycji, której powód nie był w stanie dokończyć, służy instrumentalnemu skorzystaniu z instytucji odstąpienia od umowy, w oderwaniu od jej rzeczywistej funkcji, co nie może być akceptowane (art. 5 k.c.). Nadużycie przez powoda prawa do odstąpienia od umowy skutkowało brakiem podstaw do żądania zasądzenia kary umownej (§ 14 ust. 3 i § 16 ust. 5 b umowy), oddalenie przez Sąd drugiej instancji apelacji w tym zakresie było zatem prawidłowe.

Z przytoczonych względów na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną w pozostałej części.

