



Sygn. akt IV CSK 487/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 września 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Mirosława Wysocka (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Agnieszka Piotrowska

SSN Roman Trzaskowski

Protokolant Izabela Czapowska

w sprawie z powództwa "I." Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w R.
przeciwko Powiatowi R.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej

w dniu 18 września 2019 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 29 maja 2018 r., sygn. akt I AGa (...),

**uchyła zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania i orzeczenia o
kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

„I.” sp. z o.o. w R. w pozwie z dnia 24 czerwca 2015 r. skierowanym
przeciwko Powiatowi R. i M. S.A. w W. wnosił o ustalenie nieistnienia roszczenia
Powiatu „o wypłatę kwoty z gwarancji bankowej” udzielonej z tytułu bliżej opisanych

kar umownych i nakazanie bankowi zaniechania wypłaty na rzecz Powiatu R. kwoty 334 309,08 zł oraz o ustalenie nieistnienia po jego stronie roszczenia o zapłatę kar umownych na podstawie umowy stron z dnia 30 czerwca 2011 r.

W związku z tym, że bank w dniu 6 lipca 2015 r. zrealizował wypłatę z gwarancji bankowej powód w piśmie z dnia 6 sierpnia 2015 r. zmienił żądanie pozwu w ten sposób, że wniósł o zasądzenie od Powiatu R. kwoty 334 309,08 zł z odsetkami ewentualnie o zobowiązanie tego pozwanego do złożenia oświadczenia o cofnięciu skierowanego do M. pisma z dnia 9 czerwca 2015 r., zawierającego żądanie zapłaty na podstawie udzielonej gwarancji, o nakazanie pozwanemu zwrotu na rzecz tego banku kwoty 334 309,08 zł i o zakazanie pozwanemu składania do banku pism zawierających żądania wypłaty z gwarancji bankowej. Powód cofnął powództwo wobec M. i postępowanie w stosunku do tego pozwanego zostało umorzone.

Wyrokiem z dnia 6 czerwca 2017 r. Sąd Okręgowy w L. oddalił powództwo; w wyroku tym ani w jego uzasadnieniu nie odniósł się do żądania ewentualnego. Apelację powoda oddalił Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 29 maja 2018 r., opierając rozstrzygnięcie na następujących podstawach.

Strony zawarły w dniu 30 czerwca 2011 r. umowę o wykonanie przez powoda pływalni w R., za ryczałtowe wynagrodzenie 11 939 610 zł, w terminie do dnia 31 października 2012 r., w której wykonawca udzielił zamawiającemu gwarancji na okres 60 miesięcy. Ustalono, że wykonawca będzie zobowiązany zapłacić zamawiającemu kary umowne między innymi za każdy dzień zwłoki w terminowym usunięciu wad lub awarii stwierdzonych przy odbiorach lub ujawnionych w okresie rękojmi i gwarancji w wysokości 0,2% umówionego wynagrodzenia ryczałtowego. Zgodnie z umową, powód wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej. W dniu 23 maja 2013 r. B. S.A., poprzednik prawny M. wystawił na zlecenie powoda gwarancję wykonania kontraktowych zobowiązań wynikających z umowy stron, zobowiązując się nieodwołalnie do zapłacenia pozwanemu na pierwsze żądanie każdej kwoty do maksymalnej wysokości 358 188,30 zł.

W dniu 6 lipca 2015 r. M. wypłacił pozwanemu na jego żądanie, zawarte w piśmie z dnia 9 czerwca 2015 r., z tytułu udzielonej gwarancji kwotę 334 309,08 zł. Kwota ta odpowiadała wyliczonej przez zamawiającego karze umownej za nieterminowe usunięcie usterek, czyli za okres od dnia 15 września 2014 r. do dnia 26 września 2014 r. oraz 28 - 29 września 2014 r.

Powód zaprzeczał okolicznościom powoływanym przez pozwanego jako podstawę żądania kar umownych, jednak w tym zakresie Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji i stwierdził, że z przyczyn leżących po stronie powoda doszło do opóźnienia w usuwaniu usterek, które wyniosło łącznie 14 dni, co uzasadnia wniosek, że pozwanemu należała się kara umowna; wysokość kary została obliczona zgodnie z postanowieniami umowy i prawidłowo wypłacona przez bank z udzielonej na zlecenie powoda gwarancji. Roszczenia z tytułu kar umownych były, wbrew twierdzeniom powoda, objęte gwarancją bankową.

W ocenie Sądu Apelacyjnego odnoszącej się do żądania ewentualnego, wysoce wątpliwe, niezależnie od podstawy prawnej, jest ujęcie żądania zakładające możliwość ukształtowania wyrokiem stosunku prawnego między pozwanym a podmiotem trzecim, niebiorącym udziału w postępowaniu, jak i to, że jako roszczenie główne wskazano żądanie pieniężne, które z zasady jest żądaniem możliwym do spełnienia, a oddalenie takiego żądania jako niezasadnego nie daje podstaw do orzekania o żądaniu ewentualnym.

Odnosząc się do apelacyjnych zarzutów dotyczących nierozpoznania przez Sąd pierwszej instancji żądania miarkowania kary umownej Sąd odwoławczy stwierdził, że żądanie miarkowania nie zostało skutecznie zgłoszone w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, lecz zgłoszono je dopiero w apelacji jako roszczenie nowe w rozumieniu art. 383 k.p.c.

Sąd Apelacyjny przedstawił, powołując się na orzeczenia i piśmiennictwo, różne stanowiska odnoszące się do warunków umożliwiających miarkowanie kary umownej przez sąd. Podkreślił, że w nowszym orzecznictwie przeważa tendencja, zgodnie z którą dłużnik, zwłaszcza reprezentowany przez fachowego pełnomocnika, powinien sformułować wniosek o miarkowanie kary w sposób wyraźny, ze wskazaniem przesłanki, na którą się powołuje. Takie wymaganie jest

tym bardziej uzasadnione, gdy - jak ma to miejsce w niniejszej sprawie - dłużnikiem, który chce skorzystać z miarkowania kary umownej, jest powód, który kształtuje żądania pozwu, jego podstawę faktyczną oraz wnioski dowodowe. Zdaniem Sądu, powód nie sformułował wyraźnie żądania miarkowania w pozwie, w pismach procesowych ani ustnie na rozprawie. Jedynie w uzasadnieniu pisma z dnia 6 sierpnia 2015 r., precyzującego zmienione żądanie, powód zawarł wzmiankę, że „nawet gdyby istniały podstawy do naliczania kar umownych przez cały okres wskazanego przez pozwanego opóźnienia to biorąc pod uwagę okoliczności przedmiotowej sprawy kara umowna naliczona przez pozwanego winna podlegać miarkowaniu przez Sąd. Pozwany nie poniósł bowiem żadnej szkody, a basen został ponownie otwarty zgodnie z planowanym terminem po przerwie technologicznej, która również była przewidziana i zaplanowana”. Sąd Apelacyjny stwierdził, że gdyby nawet przyjąć, iż twierdzenie to stanowiło skuteczne złożenie wniosku o miarkowanie kar umownych, to „w ślad za nim nie poszły żadne dowody na okoliczność braku szkody po stronie pozwanego”, a żaden ze zgłoszonych dowodów „nawet nie zmierzał” (co wynika z tez dowodowych) do wykazania okoliczności braku szkody. Za spóźniony uznał Sąd zgłoszony w postępowaniu apelacyjnym wniosek o przeprowadzenie dowodu z dokumentu mającego obrazować rentowność pływalni, gdyż mógł on zostać powołany w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że przeciwko uwzględnieniu roszczenia powoda przemawia też nierozważana przez Sąd pierwszej instancji podstawa prawna zwrotu nienależnego świadczenia w oparciu o art. 405 i n. k.c. To, że zapłata kar umownych już nastąpiła „sugerowałoby brak możliwości ich miarkowania na zasadzie art. 484 § 2 k.c.”, gdyż z chwilą zapłaty przez dłużnika kary umownej prawo żądania jej miarkowania wygasa. Świadczenie z tytułu kary umownej nie może być uznane za nienależne, jeżeli nie doszło do jego miarkowania przez sąd, skoro dokonanie zmiarkowania ma charakter konstytutywny, a po zapłaceniu kary, prowadzącym do wygaśnięcia zobowiązania, nie jest już możliwe wystąpienie o jego miarkowanie. Sąd odnotował jednak orzeczenia Sądu Najwyższego, w których wyrażono pogląd, że miarkowanie kary umownej wywołuje skutki *ex tunc*.

Powód oparł skargę kasacyjną na obu podstawach przewidzianych w art. 398³ § 1 k.p.c. Zarzucił naruszenie prawa materialnego przez: 1. błędną wykładnię art. 484 § 2 k.c. polegającą na uznaniu, że zarzut miarkowania kary umownej musi być wyrażony wprost i połączony z wnioskami dowodowymi, na przyjęciu, że cytowana wzmianka w uzasadnieniu pisma nie stanowiła zgłoszenia żądania miarkowania oraz na uznaniu, że zapłacenie kary umownej przez osobę trzecią, nawet wbrew woli dłużnika, pozbawia go uprawnienia przewidzianego w tym przepisie 2. niezastosowanie art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 i 484 § 1 k.c., 3. niewłaściwe zastosowanie reguł zawartych w art. 65 § 1 i 2 k.c. przy wykładni zapisów protokołów sporządzonych w związku ze stwierdzonymi usterekami. W ramach podstawy mogącego mieć wpływ na wynik sprawy naruszenia przepisów postępowania powód zarzucił naruszenie art. 386 § 1 w zw. z art. 484 § 2 k.c., art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 i 484 § 1 k.c. oraz art. 316, 381, 217 § 2 i 207 § 6 w zw. z art. 382 i 391 § 1 k.p.c., art. 382 § 2 w zw. z art. 391 § 1 oraz art. 191 i 383 k.p.c. Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu ewentualnie o uchylenie wyroku w całości i jego zmianę przez uwzględnienie apelacji powoda i zasądzenie dochodzonej kwoty z kosztami procesu oraz zasądzenie kwoty 15 317 zł tytułem zwrotu świadczenia spełnionego przez powoda na rzecz pozwanego z tytułu kosztów zasądzonych przez Sądy pierwszej i drugiej instancji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Na obecnym etapie postępowania poza rozważaniami pozostaje wiążące ustalenie, że powód dopuścił się z przyczyn leżących po jego stronie opóźnienia w usunięciu usterek. Do tych kwestii odnosił się jeden tylko zarzut skargi - naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c., uzasadniony w ten sposób, że zastosowanie przewidzianych w tych przepisach reguł wykładni oświadczeń woli do interpretacji protokołów (...) powinno - zdaniem skarżącego - prowadzić do innych wniosków co do umówionego terminu usunięcia usterek. Ustalenie treści oświadczeń woli należy do ustaleń faktycznych, a co do ich wykładni, twierdzenie skarżącego, że rzeczywisty termin ustalonej naprawy był inny, niż określony wyrażnie w porozumieniu, nie może zastąpić argumentów prawnych przekonujących

o naruszeniu przez Sąd reguł zawartych w art. 65 k.c., a takich w skardze nie przedstawiono.

W pozostałym zakresie podstawy skargi, z wyjątkiem zarzutu dotyczącego żądania ewentualnego, odnoszą się - w różnych aspektach - do kwestii miarkowania kary umownej oraz do niezastosowania w sprawie art. 5 k.c.

Żądania ewentualnego dotyczy chybiony zarzut naruszenia art. 191 i 383 k.p.c. W razie wniesienia pozwu zawierającego żądanie ewentualne występuje kumulacja dwóch różnych roszczeń procesowych. O roszczeniach tych sąd orzeka kolejno i w zależności od tego, jak orzeknie o roszczeniu zgłoszonym na pierwszym miejscu. Jeżeli sąd uwzględni pierwsze ze zgłoszonych żądań nie rozstrzyga już o roszczeniu ewentualnym; o żądaniu tym sąd orzeka w razie nieuwzględnienia żądania zasadniczego i wyrokiem w takiej sytuacji jest objęte orzeczenie o oddaleniu żądania zasadniczego oraz rozstrzygnięcie o żądaniu ewentualnym (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 7 września 1960 r., II CR 366/59, niepubl. i wyrok z dnia 5 czerwca 2007 r., I CSK 86/07, niepubl.). Nierozstrzygnięcie o żądaniu ewentualnym mimo oddalenia powództwa co do pierwszego żądania stwarza sytuację, w której sąd nie orzekł o całości żądania, co umożliwia stronie złożenie wniosku o uzupełnienie orzeczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 1998 r., I PKN 419/98, OSNAP 1999, nr 24, poz. 783 oraz postanowienie z dnia 25 maja 2017 r., II CZ 16/17, niepubl.). W razie niezłożenia takiego wniosku brak jest możliwości zaskarżenia w tym zakresie ze względu na nieistnienie orzeczenia. Skoro zatem skarżący nie złożył wniosku o uzupełnienie wyroku Sądu pierwszej instancji, nie mógł w tym zakresie skutecznie wnieść apelacji. Zawarty w apelacji wniosek o wydanie orzeczenia dotyczącego żądania ewentualnego, i to różniącego się od sformułowanego w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji, był zgłoszonym nowym roszczeniem, z którym na tym etapie postępowania nie można wystąpić ze względu na ograniczenie wynikające z art. 383 k.p.c. W tej sytuacji jedynie dodatkowe znaczenie miały dalsze okoliczności, takie jak trafne zastrzeżenia Sądu Apelacyjnego dotyczące potencjalnego oddziaływania żądania powoda na sytuację prawną podmiotu trzeciego oraz treść wniosku kasacyjnego.

Zarzuty skargi koncentrują się zasadniczo, w różnych ujęciach, na twierdzeniu o błędnym niezastosowaniu przez Sąd przepisu o miarkowaniu kary umownej. Ze względu na nietypową sytuację, polegającą na tym, że powód nie bronił się w procesie przed żądaniem zasądzenia kary umownej, lecz żądał zwrotu kary, która została zapłacona, należało oczekiwać od powoda sprecyzowania podstawy roszczenia o zwrot, która nie mogła w tej konfiguracji ograniczać się do przepisów o karze umownej. Pod tym kątem nie rozważał też sprawy Sąd pierwszej instancji, a Sąd Apelacyjny powołał art. 405 k.c. jedynie w kontekście skutków zapłacenia kary umownej.

Ustaliwszy, że pozwany (zamawiający) był formalnie uprawniony do skorzystania z gwarancji bankowej, gdyż ziściły się przesłanki kary umownej, bowiem usunięcie usterek dzieła nastąpiło po upływie umówionego terminu z przyczyn leżących po stronie powoda (wykonawcy), Sąd Apelacyjny negatywnie ocenił powoływaną przez powoda podstawę zwrotu, którą miało stanowić dokonane *post factum* miarkowanie kary.

Stanowisko Sądu Apelacyjnego opierało się zasadniczo na ocenie, że skarżący nie zgłosił w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji żądania miarkowania, a zgłoszenie takiego żądania w postępowaniu apelacyjnym było niedopuszczalne w świetle art. 383 k.p.c. Rozważając jedynie potencjalnie możliwość uznania sformułowania zawartego w piśmie powoda z dnia 6 sierpnia 2015 r. za zgłoszenie wniosku o dokonanie miarkowania kary umownej Sąd Apelacyjny stwierdził, że żądanie to nie zostało udowodnione, a zgłoszony w postępowaniu apelacyjnym wniosek dowodowy był spóźniony. Ostatecznie, argumentował Sąd Apelacyjny, przy uwzględnieniu, że kara została zapłacona, a miarkowanie przez sąd ma charakter konstytutywny, nie było możliwe skuteczne domaganie się zwrotu nienależnego świadczenia na podstawie art. 405 i n. k.c.

Z art. 484 § 2 k.c. wynika, że zmniejszenie kary umownej może nastąpić na żądanie dłużnika. Z powodu braku ustawowego określenia, czy i jakim wymaganiom ta inicjatywa dłużnika powinna - dla swej skuteczności - odpowiadać, w piśmiennictwie i w judykaturze utrzymują się w tej kwestii rozbieżności, co zostało odnotowane przez Sąd, a także wyeksponowane w skardze. W orzecznictwie

Sądu Najwyższego można co do tego zagadnienia zidentyfikować trzy zasadnicze nurty: 1. w żądaniu dłużnika oddalenia powództwa o zapłatę kary umownej zawarty jest *implicite* wniosek o obniżenie kary (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 1976 r., I CR 221/76, OSNC 1977, nr 4, poz. 76, z dnia 16 lipca 1998 r., I CKN 802/97, OSNC 1999, nr 2, poz. 32, z dnia 22 maja 2002 r., I CKN 1567/99, OSNC 2003, nr 7-8, poz. 109 i z dnia 4 grudnia 2003 r., II CK 271/02, niepubl.), 2. wniosek o obniżenie kary może w sposób dorozumiany wynikać z podniesienia zarzutu rażącego wygórowania kary umownej (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2010 r., V CSK 217/09, niepubl. i z dnia 26 października 2016 r., III CSK 312/15, niepubl.), 3. wniosek o miarkowanie kary umownej powinien być sformułowany w sposób wyraźny, ze wskazaniem przesłanki, na której się opiera oraz uzasadnieniem jej spełnienia (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2002 r., I CKN 821/00, niepubl., z dnia 6 lutego 2008 r., II CSK 421/07, niepubl., z dnia 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 494/09, OSNC-ZD 2010, nr 4, poz. 115 i z dnia 12 lutego 2015 r., IV CSK 276/14, niepubl.). Wątpliwości natomiast nie budzi, że dłużnika obciąża ciężar udowodnienia, iż zachodzi przesłanka (przesłanki) miarkowania kary umownej.

Prawidłowe zgłoszenie wniosku o miarkowanie kary umownej z jednej strony nakłada na sąd obowiązek jego rozważenia, a z drugiej – stanowi podstawę ingerencji sądu w umownie ukształtowany stosunek zobowiązaniowy. W ocenie Sądu Najwyższego rozpoznającego skargę, „żądanie” (tak w ustawie) dłużnika zmniejszenia kary umownej powinno być wyraźnie sformułowane. Także przy takim stanowisku należało, wbrew odmiennej ocenie Sądu Apelacyjnego, uznać, że powód w piśmie z dnia 6 sierpnia 2015 r. w sposób dostatecznie wyraźny wniósł - w razie uznania, że kara umowna co do zasady pozwanemu się należała - o miarkowanie kary przez sąd i wskazał podstawę tego wniosku.

W rezultacie błędnej oceny nie doczekał się rozważenia apelacyjny zarzut nierozpoznania tego żądania przez Sąd pierwszej instancji; wadliwe też było stanowisko Sądu Apelacyjnego, że wniosek ten „pojawił się” dopiero w apelacji, i to jako nowe żądanie w rozumieniu art. 383 k.p.c. Ze względu na ocenę Sądu Najwyższego, iż wniosek powoda został złożony w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji, kwestia dopuszczalności jego zgłoszenia

w postępowaniu apelacyjnym traci na znaczeniu, co nie zwalnia z powinności wyjaśnienia, że, wbrew stanowisku Sądu Apelacyjnego, a zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w piśmiennictwie i przyjmowanym w orzecznictwie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2008 r., II CSK 421/07, niepubl.), wniosek o miarkowanie nie jest „nowym roszczeniem”, do którego stosowałoby się ograniczenie ustanowione w art. 383 k.p.c.

Ostatecznie, wniosek powoda o zmniejszenie kary umownej nie został poddany merytorycznej ocenie ani w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji, ani w postępowaniu apelacyjnym. Należy w związku z tym przypomnieć, że miarkowanie kary umownej ma na celu umożliwienie dłużnikowi obrony przed nadmiernie dolegliwymi skutkami sankcji kontraktowej oraz realizację postulatu słuszności w odniesieniu do konkretnego przypadku, i ten właśnie element aksjologiczny był eksponowany przez powoda.

Według Sądu Apelacyjnego, niezależnie od tego, czy formalnie wniosek o miarkowanie można było uznać za złożony, na jego uzasadnienie nie zostały powołane żadne dowody zmierzające do wykazania braku szkody po stronie pozwanego, a wniosek dowodowy zgłoszony na tę okoliczność w postępowaniu apelacyjnym był spóźniony. Sąd nie uwzględniał w swych rozważaniach, że zasadniczo twierdzenie co do tego faktu (braku szkody) nie było podważane przez pozwanego, który kwestionował jedynie jego wpływ na zasadność domagania się kary umownej.

Powód powoływał się na brak szkody i twierdził, że w okolicznościach sprawy karę tę należy uznać za rażąco wygórowaną. Pojęcie „rażącego wygórowania” kary umownej występujące w art. 484 § 2 k.c. jest zwrotem niedookreślonym, a kryteria zredukowania kary nie zostały wskazane, co umożliwia sądowi dostosowanie przyjętych kryteriów do występujących *in casu* postanowień umownych oraz konkretnych okoliczności faktycznych. O „rażącym wygórowaniu” kary mogą świadczyć różne okoliczności, między innymi takie, jak wysokość poniesionej szkody, stosunek kary umownej do wynagrodzenia lub do potencjalnego odszkodowania na zasadach ogólnych, rażąca niewspółmierność kary do wartości całego zobowiązania głównego i szkody, wartość świadczenia

spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem, niski stopień winy dłużnika. Jak trafnie stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06 (niepubl.), eksponowanie kryterium szkody w zakresie miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. nie pozostaje w konflikcie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego - zasadą prawną z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 (OSNC 2004, nr 5, poz. 69). W uchwale tej przyjęto, że szkoda nie jest przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej, zastrzegając jednocześnie w uzasadnieniu, że brak szkody lub jej nieznaczna wysokość może stanowić kryterium redukowania wysokości kary.

Okoliczności powoływane przez powoda były zatem miarodajne dla oceny przesłanek miarkowania kary. Należy podkreślić, że znaczna ich część poddawała się ocenie pod tym kątem bezpośrednio na podstawie ustaleń faktycznych, z których wynikały np. proporcje kary do wysokości całego wynagrodzenia lub do potencjalnego odszkodowania, przy uwzględnieniu rodzaju i skutków opóźnienia w usunięciu usterek. Powód dążył do wzmocnienia swej tezy o rażącym wygórowaniu szkody przez powołanie w apelacji, i w dodatkowym piśmie, dowodów z dokumentu. Należy zgodzić się z oceną Sądu Apelacyjnego, że dowody te mogły być powołane w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji, co jednak nie przesądza, by odnoszące się do tego aspektu sprawy zarzuty kasacyjne były pozbawione podstaw.

W obowiązującym systemie apelacji pełnej postępowanie apelacyjne zmierza do ponownego rozpoznania całokształtu sprawy, a nie tylko kontroli prawidłowości orzeczenia sądu pierwszej instancji. Prawo do powoływania twierdzeń faktycznych i dowodów, jako element prawa do wysłuchania jest jednym z elementów konstytucyjnego prawa do sądu, co nie stoi na przeszkodzie ustanowieniu ograniczeń czasowych do ich zgłaszania, mających służyć zapewnieniu szybkości i sprawności postępowania, stanowiących także wartość rangi konstytucyjnej. Właściwe wyważenie tych racji przez sąd odwoławczy jest istotne dla oceny jego decyzji pod kątem prawidłowości zastosowania art. 381 k.p.c. Przepis ten, który ma na celu zapobieżenie przewlekaniu sprawy, nie może stanowić przeszkody w wyjaśnieniu okoliczności koniecznych do prawidłowego rozstrzygnięcia, zwłaszcza, gdy nie zostało stwierdzone,

że przeprowadzenie dowodu spowoduje zwłokę w rozpoznaniu sprawy. Należy także mieć na względzie, że „materiał zebrany” w rozumieniu art. 382 k.p.c. obejmuje nie tylko dowody przeprowadzone w sprawie, ale także fakty notoryjnie znane (art. 228 § 1 k.p.c.), znane sądowi z urzędu (art. 228 § 2 k.p.c.), przyznane (art. 229 k.p.c.) lub niezaprzeczone (art. 230 k.p.c.) (por. uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 1999 r., III CZP 59/98, OSNC 1999, nr 7-8, poz. 124 oraz postanowienie z dnia 5 maja 2000 r., II CKN 853/00, niepubl. i wyrok z dnia 21 marca 2019 r., II CSK 62/18, niepubl.).

Powołane okoliczności, przy uwzględnieniu, że wniosek o miarkowanie w ogóle nie został rozpoznany przez Sąd pierwszej instancji, że nie spotkało się to z odpowiednią reakcją Sądu odwoławczego oraz że także ten Sąd żądania merytorycznie nie zbadał, przekonywały o zasadności zarzutów skargi naruszenia przepisów postępowania, art. 381 i 382 k.p.c.

Całkowicie chybiony natomiast, zwłaszcza w kontekście jego uzasadnienia, jest zarzut naruszenia art. 316 k.p.c. (bez oznaczenia jednostki redakcyjnej), który określa chwilę miarodajną dla orzekania.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, bezpodstawność domagania się przez powoda miarkowania kary umownej wynika także z faktu, że z powodu zapłacenia kary prawo żądania jej miarkowania wygasło. Kwestia wpływu zapłaty kary umownej na możliwość jej redukcji nie jest wolna od kontrowersji, lecz teza Sądu o generalnym wyłączeniu takiej możliwości jest za daleko idąca. Istotnie, spełnienie świadczenia powoduje wygaśnięcie obowiązku świadczenia, do którego mogłaby się odnosić ingerencja sądu, a jego orzeczenie w tym przedmiocie ma charakter konstytutywny. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, z aprobatą przeważającej części doktryny, że orzeczenie miarkujące wywołuje skutek *ex tunc* - od chwili, w której roszczenie o jej zapłatę stało się wymagalne (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07, niepubl. i z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 644/12, niepubl.). Konstytutywny wyrok sądu modyfikuje stosunek obligacyjny ze skutkiem od chwili, kiedy kara miała być zapłacona. Konsekwencją tego stanowiska jest uznanie, że potrącenie, które stanowi swoisty surogat spełnienia świadczenia, nie wyłącza żądania miarkowania kary

w postępowaniu sądowym, w szczególności wtedy, gdyż czynność ta (potrącenie) była kwestionowana przez dłużnika (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2008 r., IV CSK 49/08, niepubl.), jak również przyjęcie, że dłużnik może zapobiec utracie możliwości miarkowania kary, czyniąc przy dokonywaniu zapłaty odpowiednie zastrzeżenie (por. art. 411 pkt 1 k.c.). Z tych względów, i także z uwagi na funkcję ochronną art. 484 § 2 k.c., brak jest podstaw do wyłączenia *a priori* możliwości ubiegania się o sądową redukcję kary umownej, która została zapłacona, co uzasadnia dopuszczenie dokonywania oceny na kanwie okoliczności sprawy. Takie okoliczności wystąpiły w sprawie niniejszej, chociaż bowiem zapłata została dokonana na podstawie udzielonej przez powoda gwarancji (zawierającej w sobie zgodę na wypłatę), nie bez znaczenia było, że powód, kwestionując zasadność domagania się przez pozwanego kary umownej, nie ograniczył się do biernego kontestowania tej czynności, ale podjął konkretne działania, by zapłacie zapobiec.

Z powołanych względów zarzut naruszenia art. 484 § 2 k.c. Sąd Najwyższy uznał za uzasadniony.

Powód, niezależnie od żądania miarkowania kary umownej, twierdził, z powołaniem się na art. 5 k.c., że zachodziła również podstawa do oceny wykorzystania przez pozwanego zastrzeżenia umownego jako sprzecznego z zasadami współżycia społecznego. To twierdzenie, wraz z okolicznościami przytoczonymi na jej poparcie, powód podniósł w apelacji. Żaden z Sądów pod tym kątem sprawy nie rozważał.

Sformułowany na tym tle procesowy zarzut kasacyjny nie może odnieść skutku, jako powołany wadliwie, bo z pominięciem mogącego stanowić jego podstawę art. 378 § 1 k.p.c. Kwestia potencjalnego zastosowania art. 5 k.c. nie traci z tego powodu całkowicie na znaczeniu, gdyż rozpoznanie sprawy powinno było obejmować także ten jej aspekt. Należy zgodzić się z przeważającym zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2002 r., I CKN 1567/99, OSNC 2003, nr 7-8, poz. 109, z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, OSNC-ZD 2008, nr 2, poz. 44 i z dnia 11 października 2007 r., IV CSK 181/07 (OSNC-ZD 2008, nr 2, poz. 48), choć nie bez wyjątków

(por. odosobniony wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2008 r., I CSK 126/08, niepubl.), stanowiskiem, że niedopuszczalne jest prawokształtujące obniżenie kary na podstawie konstrukcji nadużycia prawa (art. 5 k.c.). Nie wyłącza to dopuszczalności oceny samego żądania kary umownej pod kątem ewentualnego nadużycia prawa, także bowiem domaganie się kary umownej, jak każdy inny przypadek korzystania z prawa podmiotowego, może wypełniać kryteria wskazane w art. 5 k.c. (por. też wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 i z dnia 26 października 2016 r., III CSK 312/15). W obecnym stanie sprawy brak jest podstaw do przypisania Sądowi Apelacyjnemu błędnego niezastosowania art. 5 k.c., zasadny jest natomiast zarzut jego nierozważenia jako koniecznego elementu rozpoznania sprawy.

Z tych względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. orzekł, jak w sentencji.

as

jw