



Sygn. akt V CSK 458/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 grudnia 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Paweł Grzegorzczak (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Krzysztof Pietrzykowski

SSN Agnieszka Piotrowska

Protokolant Izabella Janke

w sprawie z powództwa P. S.A. w K.

przeciwko Przedsiębiorstwu Budowlanemu "A." Sp. z o.o. w W. i K. Sp. z o.o.

Spółce komandytowej w W.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 6 grudnia 2019 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej i pozwanej Przedsiębiorstwa Budowlanego "A." Sp. z o.o. w W.

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt I AGa (...),

1. oddała skargę kasacyjną powódki;

2. uchyła zaskarżony wyrok w punkcie 1

a) tiret pierwsze, w części zasądzającej od pozwanej Przedsiębiorstwa Budowlanego "A." Sp. z o.o. w W. na rzecz powódki kwotę 223.756,77 (dwieście dwadzieścia trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt sześć 77/100) złotych z ustawowymi

odsetkami od 8.09.2013 r. do 31.12.2015 r., a od 1.01.2016 r. z ustawowymi odsetkami za opóźnienie do dnia zapłaty;

b) tiret drugie;

c) tiret czwarte, w części nakazującej pozwanej Przedsiębiorstwu Budowlanemu "A." Sp. z o.o. w W. uiszczenie na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w W. kwoty 991,24 (dziewięćset dziewięćdziesiąt jeden 24/100) zł tytułem zwrotu wydatków na opinię biegłego,

oraz w punkcie 3, w części zasądzającej od pozwanej Przedsiębiorstwa Budowlanego "A." Sp. z o.o. we Wrocławiu na rzecz powódki koszty postępowania apelacyjnego i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...), pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

P. S.A. w K. domagała się zasądzenia solidarnie od pozwanych Przedsiębiorstwa Budowlanego A. Sp. z o.o. w W. (A.) i K. Sp. z o.o. Sp. k. w W. (K.) kwoty 322 832,12 zł z ustawowymi odsetkami. Żądana kwota obejmowała resztę wynagrodzenia z umowy podwykonawczej z dnia 9 sierpnia 2012 r. łączącej powódkę z A., za zapłatę którego na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. odpowiadała również K. jako inwestor.

Sąd pierwszej instancji - Sąd Okręgowy w W. ustalił, że pozwane łączyła umowa z dnia 24 lipca 2012 r. o wybudowanie „pod klucz” samoobsługowego centrum handlowego w S. w terminie do dnia 17 stycznia 2013 r., za wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 16 794 000 zł.

A. była zobowiązana m.in. do dostarczenia K., jako inwestorowi, w ciągu 30 dni od otwarcia centrum dokumentacji powykonawczej zgodnie z tzw. listą kontrolną oraz zestawienia urządzeń. Brak listy kontrolnej i zestawienia urządzeń był równoznaczny z brakiem kompletnej dokumentacji i uprawniał K. do

zatrzymania części wynagrodzenia. Pozwane od 13 lat współpracowały przy budowie marketów dla K.

A., jako generalny wykonawca, zawarła z powódką umowę podwykonawczą o wykonanie robót ziemnych, sieciowych i drogowych. W umowie podwykonawczej wskazano rodzaje prac do wykonania, zgodnie z dokumentacją techniczną i projektem oraz zgodnie ze standardami K.. Powódka oświadczyła, że zapoznała się ze stawianymi jej warunkami i wymaganiami.

Roboty miały być zrealizowane w okresie od dnia 13 sierpnia 2012 r. do dnia 23 listopada 2012 r. Orientacyjne wynagrodzenie miało wynosić 2 722 000 zł netto. Inwestor wyznaczył przedstawiciela na budowie, którym był kierownik projektu. W dniu zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego powódka była obowiązana przedstawić kompletną dokumentację powykonawczą według listy kontrolnej K. w trzech egzemplarzach na piśmie (oryginał i dwie kopie) oraz w trzech egzemplarzach w wersji elektronicznej (CD), z certyfikatami, deklaracjami zgodności, protokołami oraz wynikami badań, prób i pomiarów, oraz wszystkimi dokumentami dotyczącymi wyrobów budowlanych, zgodnie z prawem budowlanym i innymi wymaganymi przez inwestora dokumentami. W umowie przewidziano fakturowanie częściowe według kolejnych protokołów odbioru i końcowe, na podstawie protokołu odbioru końcowego, co wymagało także przedłożenia kompletu dokumentów – dokumentacji powykonawczej wraz z listą kontrolną K.. Datą odbioru miała być data podpisania protokołu odbioru końcowego.

Powódka zobowiązała się ponadto do połączenia z linkiem internetowym udostępniającym dokumentację techniczną z aktualizacjami, do uzgodnienia z generalnym wykonawcą wszystkich materiałów i urządzeń, a także do samodzielnych napraw uszkodzeń powstałych z jej winy w toku pracy. Integralną część umowy stanowiły dokumentacja techniczna wraz z aktualizacjami, dostępna na stronie internetowej K. oraz harmonogram rzeczowy robót. Powódka udzieliła pięcioletniej gwarancji na wykonane roboty.

W umowie podwykonawczej przewidziano kary umowne:

- za opóźnienie z własnej winy w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji lub rękojmi - 0,5% wynagrodzenia netto dziennie za cały okres opóźnienia;
- za opóźnienie w dostawie dokumentów – 0,5% wynagrodzenia netto za każdy dzień okresu opóźnienia.

Aneksem nr 1 przesunięto termin końcowy na dzień 16 stycznia 2013 r., a ostateczną wartość wynagrodzenia określono na kwotę 3 002 268,15 zł.

Pełna dokumentacja była przez cały czas dostępna na wskazanej w umowie stronie internetowej. Dokumentacja kontrolna sporządzona ściśle według listy kontrolnej, określającej wszystkie szczegóły, była ważna dla inwestora, ponieważ pozwalała właściwie eksploatować obiekt.

Powódka nie została formalnie zgłoszona jako podwykonawca, ale przedstawiciel inwestora wiedział o roli powódki na budowie i znał zakres powierzonych jej robót, nie był natomiast zainteresowany warunkami umowy podwykonawczej, w tym wysokością wynagrodzenia. W toku prac przedstawiciele powódki na bieżąco konsultowali niektóre kwestie bezpośrednio ze służbami nadzorczymi K.. Dotyczyło to m.in. zgody na zatwierdzenie obrzeży krawężników z fazą ze względu na trudności z nabyciem obrzeży bezfazowych, których oczekiwała K.. Kierownik budowy wyraził zgodę na obrzeża fazowane, zastrzegając konieczność zachowania prawidłowego styku, tj. równego poziomu nawierzchni i właściwego spadku.

W e-mailu z dnia 17 stycznia 2013 r. pracownik A. przypomniał podwykonawcom, w tym powódce, o obowiązku złożenia pełnej dokumentacji powykonawczej w umownym terminie, załączając listę kontrolną z wykazem dokumentów, która od początku była dostępna dla podwykonawców. Gotowość do odbioru końcowego powódka zgłosiła w dniu 17 stycznia 2013 r., a termin odbioru wyznaczono na dzień 7 lutego 2013 r. Powódka nie dysponowała do tej daty pełną dokumentacją powykonawczą.

W dniu 6 lutego 2013 r. doszło do odbioru obiektu między pozwanymi; A. nie przedstawiła wtedy K. dokumentacji powykonawczej zgodnej z listą kontrolną, wobec czego K. zatrzymała wynagrodzenie w wysokości ok. 1 mln zł. K. zgłosiła

ponadto wady w robotach sanitarnych i drogowych, przy czym większość wad instalacji sanitarnej usunięto do dnia 20 lutego 2013 r. Otwarcie marketu nastąpiło w dniu 21 lutego 2013 r. W czasie przeglądów w kwietniu i maju 2013 r. K. nadal wskazywała nieusunięte wady w pracach powódki.

W sporządzonym przez powódkę i A. protokole rozpoczęcia czynności odbiorowych stwierdzono terminowe wykonanie prac. Powódka zadeklarowała dostarczenie dokumentacji powykonawczej do dnia 15 marca 2013 r. A. przekazała powódce wykaz usterek, odpowiadający zastrzeżeniom inwestora. Powódka zadeklarowała, że do dnia 13 lutego 2013 r. przekaże informację o terminach i sposobie ich usunięcia, natomiast do dnia 15 lutego 2013 r. usunie usterki w instalacji sanitarnej zewnętrznej. W dniu 15 lutego 2013 r. powódka przekazała A. dokumentację powykonawczą, do której zgłoszono szereg istotnych uwag, zarówno co do wartości, jak i co do formy. Ostateczny termin na dostarczenie dokumentacji wyznaczono powódce na dzień 14 marca 2013 r., także w tym dniu przekazana dokumentacja nie była jednak kompletna. Kontakty powódki z A. co do dokumentacji powykonawczej trwały jeszcze w lipcu 2013 r.

W dniu 28 czerwca 2013 r. protokolarnie stwierdzono usunięcie większości wad w wykonanych przez powódkę pracach drogowych; pozostałe wady postanowiono potraktować jako wady trwałe, co miało skutkować obniżeniem wynagrodzenia, bądź jako usterki gwarancyjne. Po odbiorze końcowym powódka wystawiła fakturę końcową na kwotę 344 729,82 zł i doręczyła ją pozwanej w dniu 15 sierpnia 2013 r. Z kwoty tej dokonano bezspornych potrąceń, po których do zapłaty pozostała kwota 322 832,12 zł.

A. wystawiła na rzecz powódki notę księgową z dnia 4 marca 2013 r. na łączną kwotę 322 832,12 zł z tytułu kar umownych za 55 dni opóźnienia w usunięciu wad fizycznych oraz za 55 dni opóźnienia w dostarczeniu dokumentacji odbiorowej i jednocześnie złożyła oświadczenie o potrąceniu kary umownej z należnością powódki. Powódka zakwestionowała zasadność naliczenia kary oraz jej potrącenia.

Wychodząc z tych założeń, Sąd Okręgowy uznał powództwo za nieuzasadnione co do należności głównej, przyjmując jako należne kary umowne naliczone powódce przez pozwaną A. z obu wskazanych tytułów.

Sąd przyjął, nawiązując do przeprowadzonych w sprawie dowodów, w tym do opinii biegłego, że wadliwość prac drogowych była oczywista, podobnie jak odpowiedzialność powódki za nieusunięcie wad w wyznaczonym terminie. O wadliwości zadecydowała niewłaściwa technologia prac, która nie zapewniła równego poziomu na styku oporników z powierzchnią i właściwego spadku wody, co doprowadziło do wykruszenia się asfaltu. Co do dokumentacji powykonawczej, Sąd podniósł, że obowiązek jej sporządzenia według ściśle określonych reguł wynikał wprost z umowy, natomiast zeznania świadków, które miały wskazywać na brak dostępu do informacji o tych wymaganiach, okazały się niewiarygodne.

Odnosząc się do oświadczenia o potrąceniu, Sąd zważył, że A. doręczyła powódce notę księgową w dniu 6 września 2013 r. W tym dniu nie mogło jednak dojść do potrącenia, ponieważ wierzytelność z tytułu kary umownej nie była jeszcze wymagalna. Nie ulegało jednak wątpliwości, że oświadczenie o potrąceniu było składane przez A. również w kolejnych pismach procesowych, w których pozwana ta podtrzymywała swoje stanowisko co do naliczenia i potrącenia kar umownych. Należało zatem uznać, że skutek potrącenia ziścił się z dniem 8 września 2013 r., ponieważ w tej dacie wierzytelność z tytułu kar umownych stała się wymagalna.

Sąd przyjął, że wierzytelność o zapłatę kar umownych była niewątpliwa, skoro potwierdziło się zawinione przez powódkę opóźnienie w dostarczeniu kompletnej dokumentacji powykonawczej oraz w usunięciu wad fizycznych robót drogowych. Sąd zauważył też, że pełna kara umowna liczona z każdego z tych tytułów za 55 dni opóźnienia wynosiła kwotę 825 605 zł (łącznie kwotę 1 651 210 zł), a zatem A. liczyła karę w istocie tylko za 11 dni opóźnienia, mimo że zwłoka w przekazaniu dokumentacji i usunięciu wad była dłuższa. Sąd wskazał, że przedstawiona do potrącenia kara z każdego z jej tytułów wynosiła 161 416,06 zł, co było zrozumiałe również dla strony powodowej. Pozwana A., składając oświadczenie o potrąceniu, sama miarkowała zatem kary umowne, które jej przysługiwały, z kwoty przekraczającej 800 000 zł do kwoty 161 416,06 zł.

Miarkowanie to było w ocenie Sądu wystarczające i już z tej przyczyny Sąd Okręgowy uznał za nieusprawiedliwiony wniosek powódki o miarkowanie kary umownej. Dodatkowo Sąd uznał, że naliczona kara umowna wynosi ok. 10,5% wynagrodzenia umownego, co wyklucza przyjęcie jej rażącego wygórowania.

Odnosząc karę do wysokości szkody poniesionej przez A., Sąd Okręgowy stwierdził, że kara umowna pełni nie tylko funkcję kompensacyjną, ale także motywacyjną i represyjną. Ma ona przymuszać do tego, by szybko zostało wykonane to, na czym zależało stronie pozwanej. A. i inwestora łączyły długoletnie relacje, a na skutek problemów związanych z inwestycją ucierpiał wizerunek spółki, a jednocześnie A. uzyskała wynagrodzenie z opóźnieniem. Utraty dobrego imienia nie da się wycenić, ale cel kary umownej polega m.in. na kompensacji takiej właśnie niematerialnej straty. Usuwanie wad i ciągle sprawdzanie dokumentacji powykonawczej powodowało ponadto angażowanie sił i środków pozwanej, co również trudno przeliczyć na wartość realnej szkody, a jednak pracownicy pozwanej przez ponad pół roku byli zaangażowani w korespondencję z powódką, domagali się ciągle dokumentacji, którą należało uzupełnić, usunięcia wad, konsultowali sposób ich usuwania oraz stawiali się na kolejne odbiory. Nie można zatem przyjąć, by A. nie poniosła żadnej szkody.

W konsekwencji, Sąd Okręgowy uznał, że powództwo było uzasadnione tylko co do odsetek za opóźnienie należnych wyłącznie od generalnego wykonawcy i z tego tytułu zasądził od A. na rzecz powódki ustawowe odsetki od kwoty 322 832,12 zł od dnia 5 września 2013 r. do dnia 7 września 2013 r., a w pozostałym zakresie powództwo oddalił.

Na skutek apelacji powódki, Sąd drugiej instancji - Sąd Apelacyjny w (...), wyrokiem z dnia 16 kwietnia 2018 r. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powódki kwotę 223 756,77 zł z ustawowymi odsetkami, a w pozostałym zakresie oddalił powództwo i apelację.

Sąd Apelacyjny przyjął, w ślad za Sądem Okręgowym, że co do zasady odpowiedzialność powódki zarówno za wady fizyczne, a tym samym za nieterminowe ich usunięcie, jak i za spóźnione przekazanie prawidłowej dokumentacji powykonawczej, nie budziła jakichkolwiek wątpliwości.

Sąd Apelacyjny nie miał także wątpliwości co do tego, że w obu przypadkach spóźnienie wynosiło nie mniej niż 55 dni. Powódka niezasadnie utrzymywała, że wyznaczanie przez A. coraz to dalszych terminów na usunięcie wad, które następowało ze względu na niedotrzymanie terminów pierwotnych, kreowało w aspekcie uprawnienia do naliczania kar umownych nowe terminy, uchylające terminy poprzednie, a zarazem konsekwencje ich niedochowania. Rozumowanie to pozostawało w oczywistej sprzeczności z obowiązującym w dacie zawierania umowy art. 637 k.c., mającym w sprawie zastosowanie w powiązaniu z art. 656 k.c. i równałoby się premiowaniu nieterminowości wykonawcy w realizacji jego obowiązków.

Sąd podzielił również stanowisko, że nie wystąpiły żadne okoliczności, które usprawiedliwiałyby niedochowanie wiążącego powódkę umownego terminu dostarczenia dokumentacji powykonawczej i wyznaczonego terminu usunięcia wad. Za skuteczne uznał też oświadczenie o potrąceniu, przyjmując, że mimo przedwczesności oświadczenia złożonego w nocy obciążeniowej, stanowiącej wezwanie do zapłaty kary umownej, pozwana A. ponawiała wolę potrącenia.

Za zasadny Sąd Apelacyjny uznał natomiast zarzut zaniechania miarkowania przedstawionych do potrącenia kar umownych.

Karę sprowadzoną przez A. do kwoty 161 416, 06 zł za opóźnienie w realizacji każdego z dwóch nieterminowo wykonanych zobowiązań Sąd ocenił w okolicznościach sprawy jako rażąco wygórowaną. Ocena taka wynikała przede wszystkim ze stawki dziennej kary, wynoszącej 0,5% wynagrodzenia powódki, zarówno za opóźnienie w dostarczeniu dokumentacji powykonawczej, jak i za opóźnienie w usunięciu wad, niezależnie od ich ilości, charakteru i uciążliwości. Zdaniem Sądu, rażące wygórowanie zastrzeżonej kary, znacząco przewyższającej przeciętne stawki stosowane na rynku robót budowlanych (0,1% - 0,2% dziennie), potwierdzały wyliczenia Sądu Okręgowego, które pokazują, że przy stawce dziennej w wysokości 15 011 zł pełna kara za 55 dni z każdego z tytułów wynosiłaby ponad 825 623 zł, łącznie 1 651 000 zł, czyli przeszło połowę wynagrodzenia powódki.

Za nieprzekonujący uznał Sąd Apelacyjny argument, że naliczona kara wyczerpuje jedynie ok. 10,5% wynagrodzenia. Powódka słusznie podniosła, że karę równą 10% wynagrodzenia w umowie podwykonawczej zastrzeżono dla każdej ze stron na wypadek odstąpienia od tej umowy, które jest rozwiązaniem ostatecznym, przewidzianym jako represja za drastyczne naruszenia obowiązków umownych, i które generuje znaczną szkodę oraz istotnie zakłóca działalność przedsiębiorcy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie bez znaczenia był fakt, że dominującym składnikiem wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych są koszty materiału, robocizny i sprzętu, a w latach 2012-2014 przeciętny udział zysku w wynagrodzeniu nie przekraczał 10,5%, co Sądowi było wiadome z działalności orzeczniczej w sprawach gospodarczych. Mimo że strony uzgodniły wynagrodzenie ryczałtowe, a szczegóły jego kalkulacji były Sądowi nieznane, w ocenie Sądu można było z wysokim stopniem prawdopodobieństwa przyjąć, że naliczona kara pochłaniała zysk powódki z tytułu zawartej umowy, o ile go nie przekraczała.

Odnosząc wysokość kary umownej do skutków, które wiązały się z nieterminowym wykonaniem obowiązków przez powódkę, Sąd przyjął, że ciężar wykazania braku szkody spoczywał co do zasady na powódce, jednak wiązało się to z trudnościami w dowodzeniu okoliczności negatywnej (nieistniejącej). Straty wizerunkowe jako takie nie stanowią szkody majątkowej, której naprawieniu służy kara umowna, będąca zryczałtowanym odszkodowaniem należnym zgodnie z art. 471 k.c. Straty te musiałyby przełożyć się na szkodę majątkową (np. utratę kontraktu, zerwanie współpracy), ponieważ kara umowna nie służy wyrównaniu szkody potencjalnej. Wskazywane przez pozwaną A. wstrzymanie wynagrodzenia dotyczyło natomiast całej inwestycji, realizowanej za kwotę 16 794 000 zł netto, przy udziale wielu wykonawców zobligowanych do terminowego złożenia dokumentacji i usunięcia wad. Żadna z pozwanych nie podnosiła ponadto, by A. obciążono karami umownymi z tego tytułu. Powódce można zatem przypisać odpowiedzialność za szkodę obejmującą co najwyżej część odsetek ustawowych od zatrzymanego wynagrodzenia i koszty zaangażowania pracowników pozwanej A. w kompletowanie prawidłowej

dokumentacji powykonawczej oraz nadzór nad pracami związanymi z usuwaniem wad.

Ostatecznie, mając na względzie te okoliczności, Sąd Apelacyjny umniejszył karę umowną za spóźnione dostarczenie dokumentacji powykonawczej do 0,01% wynagrodzenia powódki dziennie, co odpowiadało kwocie 300,23 zł, czyli do kwoty 16 512 zł.

Te same argumenty przemawiały w ocenie Sądu Apelacyjnego za miarkowaniem kary należnej za nieterminowe usunięcie wad fizycznych. W tym przypadku Sąd uwzględnił jednak większą rangę i dolegliwość wad jakościowych oraz niezrozumiałą opieszałość powódki w pracach naprawczych, które wymagały kilku dni. Na korzyść powódki Sąd Apelacyjny podniósł natomiast, że część wada. potraktowała jako nieusuwalne i zapowiedziała realizację przysługujących jej z tego tytułu uprawnień, podczas gdy obwarowane karą umowną spóźnienia prac naprawczych mogą dotyczyć jedynie wad nadających się do usunięcia. Otwarcie centrum handlowego nastąpiło ponadto już w dniu 21 lutego 2013 r., co świadczyło o braku istotnych przeszkód w prowadzeniu działalności handlowej. Za właściwą Sąd uznał w związku z tym karę w stawce 0,05% wynagrodzenia dziennie (1501,14 zł), co sprowadzało karę do kwoty 82 562 zł.

Sąd przyjął, że łączna kara w wysokości 99 075,35 zł rekompensuje pozwanej A. niewielką szkodę, którą można powiązać ze spóźnieniem powódki i w dostatecznym stopniu odpowiada funkcji represyjnej.

Wyrok Sądu Apelacyjnego zaskarżyły skargami kasacyjnymi powódka oraz A.. Powódka zarzuciła naruszenie art. 65 k.c., art. 455 k.c., art. 498 § 2 w związku z art. 499 k.c., art. 65 w związku z art. 498 § 2 i art. 499 k.c., art. 91 k.p.c. w związku z art. 61 k.c., art. 498 § 2 k.c. i art. 499 k.c., wnosząc o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w części i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonym zakresie i orzeczenie co do istoty sprawy przez zasądzenie na rzecz powódki od pozwanych solidarnie kwoty 99 075,35 zł z ustawowymi odsetkami. A., wnosząc o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie o zmianę wyroku, zarzuciła naruszenie art. 484 § 2 k.c., art. 228 § 2

k.p.c., art. 321 w związku z art. 187 § 1 i art. 378 k.p.c. oraz art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c., a także art. 102 k.p.c.

Pozwana K. wniosła o odrzucenie, względnie oddalenie skargi kasacyjnej powódki oraz o rozpoznanie przez Sąd Najwyższy skargi kasacyjnej A. na jej rzecz z urzędu na podstawie art. 398²¹ w związku z art. 378 § 2 k.p.c., ponieważ będące przedmiotem zaskarżenia skargą kasacyjną A. obowiązki są wspólne dla obu pozwanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Wnosząc o rozpoznanie skargi kasacyjnej na jej rzecz z urzędu pozwana K. podniosła, że na podstawie art. 647¹ § 1 k.c. ponosi solidarną odpowiedzialność z pozwaną A., zgodnie zaś z art. 378 § 2 k.p.c., w granicach zaskarżenia sąd drugiej instancji może z urzędu rozpoznać sprawę także na rzecz współuczestników, którzy nie zaskarżyli wyroku, gdy będące przedmiotem zaskarżenia prawa lub obowiązki są dla nich wspólne. Unormowanie to, zdaniem K., ma odpowiednie stosowanie w postępowaniu kasacyjnym (art. 398²¹ k.p.c.).

Przepis art. 378 k.p.c. reguluje zakres rozpoznania sprawy przez sąd drugiej instancji, przy czym wynikająca z art. 378 § 2 k.p.c. możliwość rozpoznania sprawy z urzędu na rzecz współuczestników, którzy nie zaskarżyli wyroku, stanowi odstępstwo od wynikającej z art. 378 § 1 k.p.c. zasady, że sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę tylko w podmiotowych i przedmiotowych granicach zaskarżenia, tj. - z zastrzeżeniem współuczestników jednolitych - tylko na rzecz tego współuczestnika, który zaskarżył wyrok. Odpowiednikiem art. 378 k.p.c. w postępowaniu kasacyjnym jest art. 398¹³ § 1 k.p.c., według którego Sąd Najwyższy rozpoznaje skargę kasacyjną w granicach zaskarżenia, co - *lege non distinguente* - odnosi się zarówno do granic podmiotowych, jak i przedmiotowych, oraz w granicach podstaw kasacyjnych. Przepis ten reguluje tę samą materię, co art. 378 k.p.c., brak w nim jednak ustanowionego w art. 378 § 2 k.p.c. wyjątku.

W konsekwencji, należało podzielić stanowisko, że stosowanie art. 378 § 2 k.p.c. w postępowaniu kasacyjnym jest niedopuszczalne (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1999 r., III CKN 468/98, OSP 2000, nr 7-8, poz. 117, z dnia 9 marca 2005 r., III CK 271/04, niepubl., z dnia 10 października

2008 r., II CSK 216/08, niepubl., z dnia 25 lutego 2010 r., I CSK 194/08, OSP 2013, nr 11, poz. 110, i z dnia 14 czerwca 2017 r., IV CSK 104/17, OSNC 2018, nr 3, poz. 35; odmiennie np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2012 r., II CSK 740/11, Pal. 2013, nr 1-2, s. 174). Przeciwnie zapatrywanie kolidowałoby z art. 398²¹ k.p.c., który odsyła wprawdzie do odpowiedniego stosowania w postępowaniu przed Sądem Najwyższym przepisów o apelacji, jednak tylko w zakresie nieunormowanym przepisami o postępowaniu kasacyjnym, *scil.*, jeżeli nie ma szczególnych przepisów o postępowaniu przed Sądem Najwyższym.

Przeciwko stosowaniu art. 378 § 2 k.p.c. w postępowaniu kasacyjnym przemawia ponadto nadzwyczajny charakter skargi kasacyjnej jako środka zaskarżenia przysługującego wyłącznie od prawomocnych orzeczeń sądowych (art. 398¹ § 1 *ab initio* k.p.c.) i związany z tym zwiększony rygoryzm w zakresie związania Sądu Najwyższego granicami rozpoznania skargi kasacyjnej, które każdorazowo wyznacza strona skarżąca (art. 398¹³ § 1 k.p.c.).

Brak było zatem podstaw do rozpoznania skargi kasacyjnej A. z urzędu na rzecz pozwanej K..

Przechodząc do oceny skargi kasacyjnej powódki, sformułowane w niej zarzuty koncentrowały się wokół skuteczności złożonego przez A. oświadczenia o potrąceniu. Powódka zarzucała, że wierzytelność pozwanej nie stała się wymagalna, ponieważ Sady *meriti* błędnie przyjęły, iż powódka została wezwana do zapłaty, następnie, że pozwana, wbrew ocenie Sądów *meriti*, nie złożyła skutecznego oświadczenia o potrąceniu, wreszcie, że pełnomocnik procesowy powódki w świetle art. 91 k.p.c. nie był umocowany do przyjmowania materialnoprawnych oświadczeń woli, w tym oświadczenia o potrąceniu.

Wierzytelność z tytułu kary umownej, w braku innych ustaleń stron, ma charakter bezterminowy, staje się zatem wymagalna zgodnie z art. 455 k.c. niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do spełnienia świadczenia (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014 r., III CZP 76/14, OSNC 2015, nr 7-8, poz. 86). Jedną z przesłanek skuteczności potrącenia jest wymagalność wierzytelności przysługującej potrącającemu (art. 498 § 1 k.c., por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2019 r., II CSK 41/18, niepubl. i powołane tam orzecznictwo).

Wierzyciel zamierzający przedstawić do potrącenia wierzytelność z tytułu kary umownej powinien zatem wezwać dłużnika do zapłaty w celu postawienia przysługującej mu wierzytelności wzajemnej w stan wymagalności.

Sądy *meriti* trafnie przyjęły, że w okolicznościach sprawy A. wzywała powódkę do zapłaty, ponieważ skutki takie należało przypisać pismu z dnia 4 września 2013 r. wraz z towarzyszącą mu notą księgową.

Wezwanie do zapłaty nie wymaga szczególnej formy, może być dokonane w sposób dorozumiany, jeżeli tylko z zachowania wierzyciela dostatecznie wynika wola przyjęcia świadczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2017 r., V CSK 395/16, niepubl.). Nie jest konieczne, by w wezwaniu do zapłaty został wprost oznaczony termin spełnienia świadczenia, w braku oznaczonego terminu dłużnik jest bowiem obowiązany świadczyć niezwłocznie, stosownie do art. 455 k.c. We wspomnianym piśmie z dnia 4 września 2013 r. A. poinformowała powódkę, że przysługują jej kary umowne zgodnie z § 8 umowy podwykonawczej, wskazała okres opóźnienia, za który kary zostały naliczone i oświadczyła, że obciąża powódkę karami w określonej kwocie. Sformułowanie o obciążeniu powódki kwotą 322 832,12 zł tytułem kar umownych znalazło się również w przesłanej z pismem notcie księgowej, w której dodatkowo oświadczone, że kwota ta zostaje rozliczona przez kompensatę z fakturą wystawioną przez powódkę.

Okoliczność, że złożone tymi pismami oświadczenie o potrąceniu zostało przez Sądy *meriti* uznane za bezskuteczne wobec niewymagalności wierzytelności przedstawianej do potrącenia nie stała na przeszkodzie wywiedzeniu z nich wezwania do zapłaty (art. 65 i art. 60 k.c.). Racją jest wprowadzić, co eksponowała skarżąca w skardze kasacyjnej, że A. kierując do powódki pisma datowane na dzień 4 września 2013 r. nie oczekiwała efektywnego spełnienia świadczenia przez powódkę. A. nie zmierzała bowiem do realnego spełnienia świadczenia przez powódkę, lecz do jego umorzenia w drodze potrącenia. Skoro jednak skutek ten okazał się niemożliwy do osiągnięcia, nic nie stało na przeszkodzie, by utrzymać skutek złożonego przez A. oświadczenia w zredukowanej postaci, polegającej na postawieniu wierzytelności A. w stan wymagalności, co otwierało drogę do jej skutecznego przedstawienia do potrącenia w przyszłości, do czego A.

jednoznacznie dążyła, a ewentualnie dochodzenia w inny sposób. Zabieg taki odpowiadał z jednej strony intencji pozwanej, skoro składając rozważane oświadczenie zmierzała przez mechanizm potrącenia do wywołania takich skutków, jakby należne jej świadczenie zostało przez powódkę spełnione, z drugiej zaś strony treść pisma pozwalała zorientować się powódkę co do tego, że pozwanej, w jej przekonaniu, przysługuje wobec powódki skonkretyzowane kwotowo świadczenie, którego zamierza dochodzić.

Odmienne zapatrywanie nie wynikało z powołanego w skardze kasacyjnej wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2015 r., IV CSK 141/15, niepubl. W wyroku tym Sąd Najwyższy zanegował skuteczność oświadczenia woli o potrąceniu złożonego bez wcześniejszego wezwania do zapłaty, nie podejmował natomiast zagadnienia, czy oświadczenie o potrąceniu, które okazało się nieskuteczne ze względu na brak wymagalności wierzytelności przedstawianej do potrącenia, mogłoby być *in casu* potraktowane jako wezwanie do zapłaty w rozumieniu art. 455 k.c.

Dodać trzeba, że oświadczenie woli o potrąceniu nie prowadzi wprawdzie do efektywnego uzyskania świadczenia, wyraża ono jednak przekonanie potrącającego, że przysługuje mu skonkretyzowana należność, którą zamierza przymusowo zaspokoić z majątku dłużnika – wierzyciela wzajemnego. Podobnie jak wezwanie do zapłaty, sygnalizuje ono zatem dłużnikowi, że wierzyciel zmierza do zaspokojenia swego prawa, pociąga jednak za sobą dalej idące konsekwencje, polegające na przymusowym zaspokojeniu przysługującej mu wierzytelności. W sytuacji, w której skutek ten nie może nastąpić ze względu na niewymagalność wierzytelności wzajemnej, traktowanie złożonego oświadczenia o potrąceniu *per non est* z tym skutkiem, by konieczne było każdorazowo odrębne wezwanie do zapłaty w celu postawienia wierzytelności w stan wymagalności, a następnie złożenie kolejnego oświadczenia o potrąceniu, byłoby nadmiernym rygoryzmem, niemającym uzasadnienia w art. 60 i art. 65 § 1 k.c.

Podzielić należało również zapatrywanie Sądu Apelacyjnego, że pozwana skutecznie wyraziła wolę potrącenia przysługującej jej wierzytelności wzajemnej. Jakkolwiek Sąd Apelacyjny nieprawidłowo odwołał się w tej mierze do pisma

powódki z dnia 7 października 2013 r., to w przywołanym przez Sąd piśmie A. z dnia 20 września 2013 r. pozwana jednoznacznie podtrzymała stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 4 września 2013 r., a tym samym wolę dokonania kompensaty wzajemnych wierzytelności. Oświadczenie o potrąceniu może być złożone także w sposób dorozumiany, przez każde zachowanie wyrażające w dostateczny sposób taką wolę (art. 60 k.c.; por. np. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 1937 r., C.III 297/35, Zb. Urz. 1938, poz. 43, wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 listopada 1973 r., II CR 606/73, niepubl. i z dnia 22 kwietnia 2010 r., V CSK 379/09, niepubl.). Skoro, jak wynikało z ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego, nota z dnia 4 września 2013 r. została doręczona powódce w dniu 6 września 2013 r., można było przyjąć, że wymaganie wymagalności wierzytelności przedstawianej do potrącenia zostało wówczas spełnione.

Przytoczone w skardze kasacyjnej twierdzenie, że pismo z dnia 20 września 2013 r. nie zostało podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania A., stanowiło nowe twierdzenie faktyczne, które nie mogło podlegać uwzględnieniu w postępowaniu kasacyjnym (art. 398¹³ § 2 k.p.c.), a zarazem ciężar wykazania tej okoliczności spoczywał na powódce.

W okolicznościach sprawy, należało także zauważyć, że w piśmie z dnia 17 września 2013 r., stanowiącym odpowiedź na pismo A., w którym zawarto oświadczenie o potrąceniu, powódka nie podważała skuteczności potrącenia z powołaniem się na brak wymagalności wierzytelności z tytułu kary umownej; nie podnosiła także, że nie była uprzednio wzywana do zapłaty, a jedynie wskazywała na brak merytorycznych podstaw do obciążenia karą umowną. W pozwie wskazała zaś, że istotą sporu jest ustalenie zasadności naliczenia przez A. kar umownych i skuteczność złożonego w związku z tymi karami oświadczenia o potrąceniu, przy czym całość argumentacji zaprezentowanej w tej mierze przez powódkę sprowadzała się do bezzasadności obciążenia jej karami umownymi. W istocie zatem powódka odczytywała składane przez pozwaną A. na etapie przedprocesowym oświadczenia zgodnie z wolą i zamiarem A., jako zmierzające do umorzenia wierzytelności w drodze potrącenia. Dopiero na etapie postępowania apelacyjnego, w związku z poczynionymi przez Sąd Okręgowy rozważaniami

dotyczącymi wymagalności wierzytelności przysługującej A. jako warunku dokonania potrącenia, powódka zakwestionowała ocenę Sądu Okręgowego co do spełnienia tego wymagania, a w konsekwencji podważyła skuteczność oświadczenia o potrąceniu ze względu na okoliczności jego złożenia.

Przyjęcie, że pozwana A. na etapie poprzedzającym wszczęcie procesu skutecznie przedstawiła do potrącenia swoją wierzytelność, eliminowało potrzebę rozważania dopuszczalności objęcia jednym oświadczeniem wezwania do zapłaty i oświadczenia o potrąceniu, przy założeniu, że oświadczenie to wywierałoby skutek po bezskutecznym upływie oznaczonego terminu do spełnienia świadczenia, względnie terminu wynikającego z art. 455 k.c. (por. odpowiednio wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2015 r., V CSK 698/14, niepubl.; zob. też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2013 r., III CZP 85/12, OSNC 2013, nr 11, poz. 132).

Zarzuty naruszenia art. 65 k.c., art. 455 k.c. i związane z nimi zarzuty naruszenia art. 498 § 2 i art. 499 k.c. okazały się zatem nieuzasadnione. Stanowisko, że pozwana A. dokonała potrącenia przed wszczęciem procesu uchylało jednocześnie konieczność oceny dalszych zarzutów kasacyjnych, związanych z zakresem umocowania pełnomocnika procesowego powódki do odebrania w jej imieniu materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu.

Skarga kasacyjna powódki podlegała w tym stanie rzeczy oddaleniu.

Zarzuty kasacyjne pozwanej A. dotyczyły błędnego, zdaniem skarżącej, skorzystania przez Sąd Apelacyjny z kompetencji do miarkowania kary umownej. W przekonaniu skarżącej, Sąd Apelacyjny nieprawidłowo uznał, że w okolicznościach sprawy istniały podstawy miarkowania kary umownej, dokonał miarkowania w oderwaniu od stymulującej i represyjnej funkcji kary, a także oparł rozstrzygnięcie na faktach niepowołanych przez powoda.

W zakresie drugiej podstawy kasacyjnej (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.), najistotniejsze znaczenie miał zarzut naruszenia art. 228 § 2 k.p.c., który A. wiązała z uwzględnieniem przez Sąd Apelacyjny faktów znanych mu z urzędu bez wcześniejszego zwrócenia na nie uwagi stronom. Miarkując żadaną karę umowną Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że z wysokim prawdopodobieństwem pochłaniała

ona zysk powódki, o ile go nie przekraczała; wskazał przy tym, że w latach 2012-2014 przeciętny udział zysku w wynagrodzeniu umownym w przypadku robót budowlanych nie przekraczał 10,5%, co stanowi fakt wiadomy Sądowi z urzędu.

Choć zestawienie obu paragrafów art. 228 k.p.c. w miarodajnym w sprawie brzmieniu nie rozstrzyga tej kwestii jednoznacznie, przyjąć należy, że sąd może włączyć do podstawy faktycznej rozstrzygnięcia fakty znane mu z urzędu także bez powołania się na nie przez strony. Konieczne jest jednak zwrócenie stronom uwagi na kwalifikowane w ten sposób fakty i umożliwienie im wypowiedzenia się co do nich przed wydaniem orzeczenia. Strony nie orientują się w faktach znanych sądowi *ex officio*, a w procesie opartym o zasadę kontradiktoryjności strona nie może być zaskakiwana poszerzeniem przez sąd z urzędu podstawy faktycznej rozstrzygnięcia i to w sposób uniemożliwiający podjęcie reakcji, w tym próby przeprowadzenia dowodu przeciwności (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 sierpnia 2009 r., II CSK 166/09, OSNC-ZD 2010, nr B, poz. 55 i powołane tam wcześniejsze orzecznictwo). Konieczność uprzedzenia stron, a zwłaszcza tej strony, na niekorzyść której przemawiają fakty znane sądowi z urzędu, wynika nie tylko wprost z art. 228 § 2 k.p.c.; uczynienie zadość tej powinności przez sąd jest niezbędne także z punktu widzenia przysługującego stronom konstytucyjnego prawa do wysłuchania (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP). Jeżeli fakt uwzględniony przez sąd z urzędu rzutował na treść wyroku, zaniechanie uprzedzenia o nim jest uchybieniem procesowym, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy.

Mimo że z materiału sprawy nie wynikało, by Sąd Apelacyjny zwrócił stronom uwagę na znane mu z urzędu fakty, które uczynił następnie podstawą rozstrzygnięcia, *in casu* zarzut skarżącej należało jednak uznać za nieuzasadniony. Sąd Apelacyjny rozpoznał apelację na rozprawie, na której - jak wynikało z protokołu - skarżąca A. była nieobecna mimo prawidłowego zawiadomienia. Przepis art. 228 § 2 k.p.c. ma na celu umożliwienie stronom wypowiedzenia się co do faktów znanych sądowi z urzędu, w sytuacji jednak, w której strona z własnej woli nie bierze udziału w rozprawie, na której sąd obowiązany jest uprzedzić strony o tych faktach, nie może zarzucać, że sąd nie zrealizował powinności wynikającej z tego unormowania. Sąd nie jest zobowiązany uprzedzać strony o faktach znanych mu z urzędu w przypadku, w którym strona - przez swoją nieobecność na rozprawie

– pozbawia się uprawnienia do poznania takich faktów i związanej z nim możliwości ustosunkowania się do nich, taka zaś sytuacja miała miejsce w sprawie, w której złożono skargę kasacyjną.

Wbrew zarzutom A. nie doszło także do naruszenia art. 321 § 1 k.p.c., nie każde bowiem uwzględnienie faktu niepowołanego przez stronę powodową, nawet jeśli byłoby nieprawidłowe, jest równoznaczne z orzeczeniem o *aliud*, a tym bardziej z zasądzeniem ponad żądanie (*plus*) w rozumieniu tego przepisu.

Nieuzasadniony był również zarzut naruszenia art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. W utrwalonym orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że naruszenie wymagań co do sposobu sporządzenia uzasadnienia przez sąd drugiej instancji może tylko wtedy stanowić skuteczny zarzut skargi kasacyjnej, gdy sposób zredagowania uzasadnienia uniemożliwia efektywną kontrolę kasacyjną (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2017 r., I CSK 93/17, niepubl. i z dnia 5 października 2018 r., I CSK 608/17, niepubl. oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2017 r., II CSK 203/17, niepubl., a także przywołane tam dalsze orzecznictwo). W okolicznościach sprawy sytuacja taka nie miała miejsca, a motywy zaskarżonego wyroku pozwalały odtworzyć rozumowanie Sądu Apelacyjnego.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia art. 484 § 2 k.c., należało zważyć, że miarkowanie kary umownej ma na celu przeciwdziałanie dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary, a godnym ochrony interesem wierzyciela. W judykaturze akcentuje się, że kompetencję tę sąd powinien realizować powściągliwie, zważywszy, że ingeruje ona w autonomię woli stron (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 1998 r., I CKN 802/97, OSNC 1999, nr 2, poz. 32, z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06, niepubl., z dnia 27 lutego 2009 r., II CSK 511/08, niepubl. i z dnia 28 lutego 2019 r., I PK 257/17, niepubl.). Z drugiej strony trzeba mieć na względzie, że mechanizm sądowego miarkowania wysokości kary umownej jest tradycyjnym elementem ustawowego unormowania tej instytucji (por. art. 85 § 1 k.z.), a jego wprowadzenie przez ustawodawcę - obok ogólnej klauzuli nadużycia prawa (art. 5 k.c.) - świadczy o dostrzeżeniu

immanentnego ryzyka związanego z nadmiernym obciążeniem strony umowy na skutek zastrzeżenia kary umownej.

Miarkowanie kary umownej lokuje się w sferze tzw. prawa sędziowskiego, co oznacza, że sądowi *meriti* przysługuje, w pewnych granicach, uznanie co do tego, czy żądanie miarkowania zasługuje na uwzględnienie i w jakim zakresie. W orzecznictwie przyjmuje się, że katalog okoliczności mogących uzasadniać miarkowanie kary umownej ma otwarty charakter. Zalicza się do nich m.in. relację między wysokością należnej kary, a szkodą, względnie odszkodowaniem należnym wierzycielowi na zasadach ogólnych, relację między wysokością należnej kary, a wartością przedmiotu umowy, relację między wysokością należnej kary, a wysokością należnego wynagrodzenia, charakter (wagę) naruszonych postanowień umownych, długotrwałość i dolegliwość ich naruszenia, a także ewentualną korzyść czerpaną przez dłużnika z tytułu naruszenia zobowiązania (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06, niepubl., z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 644/12, niepubl., z dnia 2 kwietnia 2014 r., IV CSK 416/13, niepubl., z dnia 17 czerwca 2016 r., IV CSK 674/15, niepubl., z dnia 18 grudnia 2018 r., IV CSK 491/17, niepubl., i z dnia 5 marca 2019 r., II CSK 58/18, niepubl., a także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 października 2018 r., V CSK 217/18, niepubl.).

Częściowe dochodzenie kary umownej przez wierzyciela nie stoi na przeszkodzie jej miarkowaniu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2019 r., II CSK 58/18, niepubl.), co należy odnieść także do sytuacji, w której wierzyciel przedstawia do potrącenia część należnej kary umownej. Ciężar dowodu w zakresie okoliczności uzasadniających miarkowanie spoczywa na dłużniku. Sięgając do podstawowego kryterium miarkowania, jakim jest relacja między wysokością kary, a szkodą wyrządzoną wierzycielowi, należy przy tym mieć na względzie, że kara umowna służy nie tylko kompensacji szkody majątkowej, lecz wszystkich negatywnych konsekwencji powstałych dla wierzyciela na skutek naruszenia zobowiązania, w tym o niematerialnym i trudno uchwytym charakterze. Interes chroniony przez zastrzeżenie kary umownej nie musi zatem ograniczać się do interesu ściśle majątkowego (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69). Ponadto, niezależnie od

funkcji kompensacyjnej, kara umowna powinna oddziaływać prewencyjnie, zmierzając do mobilizowania dłużnika do prawidłowego, w tym terminowego, wykonania zobowiązania (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 1975 r., III CRN 406/74, OSNCP 1976, nr 2, poz. 34, z dnia 27 września 2013 r., I CSK 748/12, OSNC 2014, nr 6, poz. 67, z dnia 11 grudnia 2018 r., IV CNP 35/17, niepubl.).

Motywy zaskarżonego wyroku w zestawieniu z materiałem sprawy nie pozwalały przyjąć, by Sąd Apelacyjny prawidłowo zastosował przywołane kryteria.

Za punkt wyjścia do redukcji kary umownej Sąd uznał, że zastrzeżona w umowie stawka dzienna kary wynosząca 0,5% wynagrodzenia znacząco przewyższała przeciętne stawki stosowane na rynku robót budowlanych, które wahają się od 0,1% do 0,2% dziennie. W judykaturze Sądu Najwyższego wskazuje się jednak, że relacja między stawką stanowiącą podstawę określenia wysokości zastrzeżonej kary umownej, a stawkami stosowanymi w obrocie przy zastrzeganiu takich kar, nie stanowi wystarczającej podstawy do oceny, czy zastrzeżona kara jest rażąco wygórowana (por. wyroki Sądu Najwyższego dnia 26 stycznia 2011 r., II CSK 318/10, niepubl., z dnia 5 października 2011 r., IV CSK 659/10, niepubl. i z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 644/12, niepubl.). W rozważaniach Sądu brak zarazem wyjaśnienia, na jakiej podstawie Sąd ustalił przyjętą przez siebie przeciętną stawkę kar umownych i jakiego rodzaju obowiązków umownych stawka ta dotyczy, a tym samym, czy mogła być ona odniesiona do okoliczności sprawy. Argument ten nie mógł być zatem uznany za miarodajną podstawę umniejszenia wysokości kary umownej.

Podstawy uznania kary umownej zastrzeżonej w stawce dziennej z tytułu opóźnienia w wykonaniu zobowiązania za rażąco wygórowaną nie może także stanowić prosta relacja do kary umownej zastrzeżonej w tej samej umowie na wypadek odstąpienia od umowy. Wysokość kary umownej z tytułu opóźnienia w wykonaniu zobowiązania, liczonej według stawki dziennej, narasta z upływem czasu. Z upływem czasu zwiększa się również zazwyczaj dolegliwość dla wierzyciela związana z niewykonaniem zobowiązania; zwiększeniu może ulegać także rozmiar ewentualnej szkody. Ostateczną wysokość liczonej w ten sposób

kary umownej za opóźnienie trudno zestawiać z wysokością kary związanej z odstąpieniem od umowy, ustalonej w stałej stawce liczonej od wysokości wynagrodzenia umownego.

Nie można było także zaakceptować stanowiska Sądu Apelacyjnego co do oceny najistotniejszego kryterium miarkowania kary umownej, jako rażąco wygórowanej, odnoszącego się do wysokości szkody poniesionej przez A.. W zaskarżonym wyroku Sąd nieprawidłowo utożsamiał interes wierzyciela chroniony instytucją kary umownej ze szkodą majątkową i jej naprawieniem na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.). Tymczasem, jak wynika już z przywołanego wcześniej orzecznictwa, kara umowna służy kompensacji wszelkich uszczerbków powstałych po stronie wierzyciela w związku z naruszeniem zobowiązania, w tym o charakterze niemajątkowym. W przypadku przedsiębiorców wiąże się to dodatkowo z faktem, że doznane przez nich uszczerbki niemajątkowe często przekładają się na interesy o majątkowym charakterze.

W konsekwencji, przy badaniu, czy miarkowanie kary umownej jest uzasadnione i w jakim zakresie, konieczne jest uwzględnienie uszczerbków, które nie podlegałyby kompensacji na podstawie art. 471 k.c., przy czym chodzi tu nie tylko o trudno uchwytnie dla dyferencyjnej metody ustalania odszkodowania szkody majątkowe, lecz także uszczerbki o niemajątkowym charakterze (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 2005 r., II CK 626/04, niepubl., w którym wprost wskazano na utratę zaufania kontrahentów w związku z niewywiązaniem się ze zobowiązań). Jeżeli zatem, jak wynikało z ustaleń Sądu Okręgowego, niepodważonych w postępowaniu apelacyjnym, wizerunek A. w kontekście jej długoletnich relacji z inwestorem uległ pogorszeniu, to okoliczność ta powinna być uwzględniona przez Sąd Apelacyjny, niezależnie od tego, czy miało to bezpośrednie przełożenie na poniesienie straty lub utracony zysk.

Z uwzględnieniem dotychczasowych uwag, z motywów zaskarżonego wyroku nie wynikało wreszcie, z jakich powodów Sąd Apelacyjny uznał za adekwatną w okolicznościach sprawy redukcję kary umownej do stawki dziesięciokrotnie i – odpowiednio – dwukrotnie niższej w zestawieniu z dolnym progiem stawek uznanych przezeń w uzasadnieniu wyroku za „rynkowe”, a jeżeli

za kryterium odniesienia uznać ustalenia umowne – redukcję pięćdziesięciokrotną i - odpowiednio - dziesięciokrotną wobec stawek uzgodnionych w umowie. Pomijając nieprawidłowe pozostawienie poza zakresem rozważań uszczerbku niemajątkowego, Sąd Apelacyjny nie zanegował, że po stronie A. doszło do powstania szkody majątkowej, a miarkowanie kary umownej nie powinno prowadzić do jej ścisłego dostosowania do wysokości szkody. Z ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy wynikało ponadto, że wina powódki w zakresie opóźnienia okazała się bezdyskusyjna, również Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę na niezrozumiałą opieszałość powódki w usuwaniu wad, nie wskazując zarazem na okoliczności faktyczne, które mogłyby łagodzić stopień winy po jej stronie.

Brak wpływu opóźnienia na rozpoczęcie działalności handlowej w budowanym obiekcie mógł mieć znaczenie - w płaszczyźnie całokształtu miarodajnych okoliczności - przy miarkowaniu kary związanej z usuwaniem wad, nie uzasadniał jednak stopnia zastosowanej przez Sąd Apelacyjny redukcji. Z motywów zaskarżonego wyroku wynikało zresztą, że zasadniczą wagę Sąd Apelacyjny przywiązywał także w odniesieniu do kary z tego tytułu do argumentów omówionych wcześniej.

Wychodząc z tych założeń, nie można było przyjąć, by Sąd Apelacyjny dokonując miarkowania kary umownej, zachował przysługujące mu granice uznania. Skutkowało to naruszeniem art. 484 § 2 k.c. i pociągało za sobą konieczność uchylecia zaskarżonego wyroku w części, w jakiej Sąd Apelacyjny uwzględnił powództwo przeciwko A. i przekazania sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania.

Z tych względów, na podstawie art. 398¹⁴ i art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji.