

Sygn. akt I ACa 638/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 grudnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Elżbieta Borowska
Sędziowie	:	SA Jadwiga Chojnowska SO del. Grażyna Wołosowicz (spr.)
Protokolant	:	Sylwia Radek - Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 19 grudnia 2014 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w L.**

przeciwko **R. R. (1)**

o zapłatę

na skutek apelacji **pozwanego**

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 20 grudnia 2013 r. sygn. akt VII GC 294/13

I. **oddala apelację;**

II. **zasądza od pozwanego R. R. (1) na rzecz powódki (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w L. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za drugą instancję.**

UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka z o.o. w L. w pozwie o zapłatę w postępowaniu nakazowym skierowanym przeciwko pozwanemu R. R. (2) (...) w B. domagał się zasądzenia na swoją rzecz kwoty 1.932,760,15 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 1 lipca 2013 r. oraz kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych tytułem zwrotu kaucji gwarancyjnej.

W uzasadnieniu powołał się na warunki łączącej strony umowy z dnia 18 sierpnia 2011 roku oraz porozumienie z dnia 24 kwietnia 2012 roku, z którego to wywodził, że pozwany winien wypłacić na jego rzecz kaucję gwarancyjną

zgodnie z zapisem, która na skutek potrącenia z niesporną wierzytelnością pozwanego w kwocie 67.239,85 złotych pomniejszona została do kwoty 1.932.760,15 złotych.

Nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu nakazowym w dniu 4 września 2013 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku orzekł zgodnie z żądaniem pozwu (k. 56).

Pozwany złożył zarzuty do nakazu zapłaty wnosząc o jego uchylenie i oddalenie powództwa w całości. Pozwany podnosił:

- zarzut nieistnienia roszczenia dochodzonego pozwem, w postaci żądania zapłaty kwoty 1.932.760,15 zł z tytułu zwrotu kaucji gwarancyjnej na podstawie łączącej strony umowy nr (...) z dnia 18 sierpnia 2011 r. oraz sporządzonego do niej w dniu 24 kwietnia 2013 r. porozumienia, z uwagi na zaspokojenie w/w wierzytelności w wyniku jej potrącenia z wierzytelnością, jaka przysługuje pozwanemu w związku z odstąpieniem od umowy nr (...) z dnia 18 sierpnia 2011 r. z tytułu kar umownych zastrzeżonych na wypadek odstąpienia od umowy;

- zarzut potrącenia roszczenia dochodzonego pozwem, z uwagi na zaspokojenie ww. wierzytelności w wyniku jej potrącenia z wierzytelnością, jaka przysługuje pozwanemu w związku z odstąpieniem od umowy nr (...) z dnia 18 sierpnia 2011 r. z tytułu kar umownych zastrzeżonych na podstawie ww. umowy na wypadek odstąpienia od Umowy w wysokości 8.646.607 zł do kwoty wierzytelności niższej.

W uzasadnieniu stanowiska wskazał, że powód nie wywiązywał się ze zobowiązań umownych i opóźniał się z wykonywaniem prac, dlatego w dniu 16 kwietnia 2013 r. pozwany odstąpił od umowy. W dniu 24 kwietnia 2011 r. strony podpisały porozumienie, w którym zgodnie postanowiły o dalszym istnieniu umowy i sprecyzowały kwestie kolejnych płatności, jakie miały następować w toku realizacji inwestycji. Ustaliły w porozumieniu między innymi, że zamawiający zapłaci na rzecz Wykonawcy kwotę ustalonego zadłużenia w ten sposób, że w pierwszej kolejności dokona wpłaty sumy 3.000.000,00 złotych. Ustalono zostało, iż z powyższej kwoty Wykonawca zaspokoi roszczenia Podwykonawców, co zostanie udokumentowane oświadczeniem własnym oraz dowodami zapłaty. W przypadku niewywiązania się Wykonawcy z tego zobowiązania, Zamawiającemu przysługuje prawo zatrzymania niezapłaconej Podwykonawcom kwoty z najwcześniej wymagalnego wynagrodzenia Wykonawcy. Zdaniem pozwanego powód nie realizował postanowień umowy ani podpisanego porozumienia. Nie wykonywał wymagalnych płatności na rzecz podwykonawców w skutek, czego były znaczne opóźnienia w realizacji robót. Stopień opóźnienia w realizacji prac dowodził, zdaniem pozwanego niemożliwością dochowania terminów przewidzianych umową. Jednocześnie pozwany otrzymał informację od podwykonawców (...) Sp. z o.o. o braku regulowania przez spółkę wymaganych zobowiązań. W zaistniałym stanie sprawy w dniu 9 sierpnia 2013 r. wystosował pismo, w którym wskazał, że powód narusza postanowienia umowy i sporządzonego do niej porozumienia, oraz że pomimo otrzymania od pozwanego ustalonej kwoty wynagrodzenia nie zaspokoił z niej roszczeń podwykonawców. Powyższe zdaniem pozwanego upoważniało go do odstąpienia od umowy w dniu 26 sierpnia 2013 r. Oświadczenie o odstąpieniu doręczono powodowi, który je zakwestionował składając własne odstąpienie od umowy, a w dniu 29 sierpnia 2013 r. wniósł pozew do Sądu.

Zdaniem pozwanego odstąpienie od umowy w świetle naruszenia przez powoda warunków umowy i jej faktycznego niewykonania znajdowało uzasadnienie w zapisach łączącej strony umowy. Pozwany twierdził, że zaistniała każda przesłanka z § 14 pkt. 6 umowy, tj. brak kontynuacji prac pomimo wezwania Zamawiającego złożonego na piśmie, przerwania prac przez Wykonawcę na czas przekraczający 2 tygodnie realizacji robót z przyczyn innych niż wina Zamawiającego lub siła wyższa, zwłoka Wykonawcy w realizacji umowy o ponad 30 dni w stosunku do ustalonego harmonogramu realizacyjnego, po uprzednim wezwaniu do przestrzegania harmonogramu naprawczego i nie podjęciu w tym kierunku działań korygujących przez Wykonawcę. Dlatego zdaniem pozwanego oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 26 sierpnia 2013 roku było skuteczne i rodzi konsekwencje prawne w postaci utraty bytu łączącej strony umowy, która przestaje obowiązywać ex tunc. Ponadto wskazał, że jego stanowisko znajduje uzasadnienie w treści przepisu art. 491 k.c.

Dalej pozwany wskazywał, że podstawowym obowiązkiem powoda wynikającym z umowy było terminowe i należyte jej wykonanie. Umowa określała ściśle zarówno harmonogram prac jak też termin ich zakończenia. Powód popadł

w zwłokę (opóźniał się) w wykonywaniu prac objętych umową. W dniu 24 kwietnia 2013 roku zostało pomiędzy stronami Porozumienie, które miało wpłynąć na tempo ich realizacji. Powód zobowiązał się, bowiem do wykonania do końca maja 2013 roku przerobu o wartości 3.000.000 złotych a co za tymi idzie do przyspieszenia wykonywania prac oraz w tym celu zapewnienia większej ilości osób na budowie. Powyższe zobowiązanie nie zostało dotrzymane. Roboty praktycznie nie były realizowane. Podwykonawcy informowali pozwanego, o fakcie zakazania im przez (...) realizacji przez nich prac na budowie. W związku z otrzymanym poleceniem zaprzestania prac, nie mogli ich faktycznie wykonywać, co znacznie spowalniało cały proces inwestycyjny. Porozumienia nie zmieniło sytuacji. Powód nadal nie wypełniał warunków Umowy, nie wykonywał prac w ustalonych terminach, nie przedłożył harmonogramu naprawczego, nie oddelegował obiecanej ilości pracowników. Mając powyższe na uwadze, pozwany kilkakrotnie celem doprowadzenia do realizacji prac, wezwał (...) do wykonywania Umowy oraz warunków Porozumienia. Zakreślił termin, do którego powyższe obowiązki winny zostać zrealizowane. Żądania nie przyniosły żadnych skutków. Spełniony został tym samym przewidziany art. 491 k.c. warunek uprawniający do odstąpienia od Umowy. Powód nienależycie wykonywał zobowiązania na rzecz pozwanego, został skutecznie wezwany do ich realizacji w określonym terminie, obowiązku powyższego pomimo upływu określonego terminu nie dochował. Tym samym zaktualizowało się uprawnienie pozwanego do odstąpienia do Umowy w oparciu o przepis art. 491 k.c. Zdaniem pozwanego zatem na dzień złożenia oświadczenia o zakończeniu stosunku prawnego istniały zarówno faktyczne jak i prawne podstawy do skorzystania z uprawnienia do odstąpienia od umowy. Zarówno w oparciu o zapisy umowy, jak też art. 635 k.c. w zw. z art. 656 k.c. jak też w oparciu o art. 491 k.c. odstąpienie było skuteczne. Pozwany podkreślał, że brak zachowania przez powoda ustalonego w umowie terminu realizacji prac skutkuje powstaniem po stronie pozwanego szkody, której zakres i granice są bardzo poważne. Umowy zawarte pomiędzy (...) sp. z o.o. – inwestorem przewidują uprawnienie do naliczania kar umownych za nieterminowe wykonanie umowy. Niedochowanie przez powoda terminu przewidzianego umową skutkuje automatycznie opóźnieniem po stronie inwestora w stosunku do kontrahentów - nabywców lokali, co za tym idzie naliczaniem kar umownych oraz wystąpieniem przez nich z roszczeniami odszkodowawczymi. Wysokość przysługującej kary umownej została ustalona na podstawie treści umowy łączącej strony (§ 14 ust. 3). Pozwany wskazał, że zgodnie z Aneks nr (...) do umowy wartość robót ustalona została na sumę 86.466.070 zł netto, stąd też w świetle treści § 14 ust. 3 umowy wartość kar umownych zdaniem pozwanego obejmuje kwotę 8.644.607 zł.

Zdaniem pozwanego potrącenie wzajemnych wierzytelności dokonane pismem z dnia 18 września 2013 r. było skuteczne i rodzi konsekwencje prawne. Podnosił, że dokonał on w oparciu o przepisy art. 498 i 499 k.c. potrącenia przysługującej mu w stosunku do (...) Sp. z o.o. wierzytelności z tytułu kar umownych za odstąpienie od umowy nr (...) kwocie 8.644.607 złotych z wierzytelnością jaka przysługuje (...) Sp. z o.o. w stosunku do (...) w kwocie 1.932.760,15 złotych z tytułu zwrotu kaucji gwarancyjnej zastrzeżonej Umową nr (...), która jest przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie. Kompensata wzajemnych roszczeń skuteczna jest do wysokości wierzytelności niższej. Zdaniem pozwanego w wyniku skutecznego doręczenia oświadczenia, kwota objęta niniejszym postępowaniem została w całości zaspokojona. Roszczenie wygasło. W wyniku dokonanego potrącenia wzajemnych wierzytelności roszczenie objęte wydanym w niniejszej sprawie nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym wygasło w skutek zaspokojenia. W związku z powyższym pozwany podniósł zarzut nieistnienia roszczenia dochodzonego pozwem z uwagi na jego zaspokojenie w drodze potrącenia.

Z ostrożności procesowej pozwany na wypadek nie uznania skuteczności potrącenia dokonanego pismem z dnia 18 września 2013r. oświadczył, że dokonuje potrącenia przysługującej (...) w stosunku do (...) Sp. z o.o. wierzytelności z tytułu kar umownych za odstąpienie od umowy nr (...) w kwocie 8.646.607 złotych z wierzytelnością jaka przysługuje powodowi w stosunku do pozwanego w kwocie 1.932.760,15 złotych z tytułu dochodzonej w niniejszym postępowaniu kwoty stanowiącej zwrot kaucji gwarancyjnej zastrzeżonej umową (...) do kwoty wierzytelności niższej i podnosi w tym zakresie stosowny zarzut potrącenia i zaspokojenia roszczenia. Zdaniem pozwanego przysługiwanie roszczeń przedstawionych do potrącenia, ich wymagalność, forma pieniężna oraz dopuszczalność dochodzenia na drodze sądowej zostały wykazane. W konsekwencji spełnione zostały wszystkie przesłanki warunkujące potrącenie w oparciu o przepis art. 498 k.c. i 499 k.c. na podstawie oświadczenia złożonego przez pozwanego. Zdaniem pozwanego w wyniku potrącenia roszczenie dochodzone pozwem w niniejszym postępowaniu jest zaspokojone.

Postanowieniem z dnia 21 stycznia 2014 roku Sąd Rejonowy Lublin – Wschód w Lublinie z siedzibą w Świdniku ogłosił upadłość (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w L. obejmująca likwidację majątku dłużnika oraz wyznaczył syndyka masy upadłości w osobie J. P. (postanowienie k.1696-1697 akt).

Wyrokiem z dnia 20 grudnia 2013 roku Sąd Okręgowy w Białymstoku utrzymał w mocy w całości nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 4 września 2013 roku; sygn. akt VII GNe 346/13.

Z ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy wynikało, że bezspornym w sprawie było, że (...)działając jako Generalny Wykonawca realizuje na rzecz (...) w B. - roboty budowlane obejmujące kompleksowe wykonanie zadania inwestycyjnego pod nazwą (...). W dniu 18 sierpnia 2011 roku (...)zawarł z (...) Sp. z o.o. w L. umowę nr (...) na podstawie, której powód (...) Spółka z o.o. zobowiązał się do wykonania na rzecz pozwanego robót budowlanych polegających na kompleksowym wykonaniu zadania inwestycyjnego pod nazwą (...) w W.. W § 11 ustaliły, że wykonawca (powód) udziela gwarancji należytego wykonania umowy poprzez udzielenie kaucji gwarancyjnej na warunkach opisanych w §10 ust. 13 umowy. W myśl tego postanowienia umowy powód wyraził zgodę na zabezpieczenie należytego wykonania umowy polegające na wpłaceniu przez powoda na rzecz pozwanego (Zamawiającego) w terminie do 31 sierpnia 2011 r. kwoty zabezpieczenia w wysokości 4.000.000 złotych tytułem kaucji. Dalej strony ustaliły, że kwota kaucji - gwarancji należytego wykonania umowy zostanie zwrócona Wykonawcy (powodowi), w ten sposób, że pozwany zapłaci powodowi dodatkowo comiesięcznie kwotę 5% wartości zafakturowanych robót, aż do osiągnięcia kwoty 4.000.000 złotych. W przypadku rozwiązania lub odstąpienia od umowy przez jedną ze stron bądź przerwania wykonywania realizacji przedmiotu umowy z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę (powoda) z jakiegokolwiek powodu, Zamawiający (pozwany) zobowiązany jest do zwrotu wpłaconej kaucji w wysokości, jaka nie została zwrócona Wykonawcy, zgodnie z postanowieniem zawartym w zdaniu powyżej. Natomiast w § 14 umowy strony przewidziały kary umowne i odszkodowania oraz podstawy do odstąpienia od umowy na okoliczność opóźnienia w wykonaniu zadania i innych okoliczności. Między innymi w §14 pkt. 1 umowy zastrzegły, że powód zapłaci pozwanemu karę umowną równą 0,5% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w całości. W pkt. 6 powołanego paragrafu przewidziały możliwość odstąpienia od umowy przez Zamawiającego do dnia wywiązania się przez Wykonawcę z umowy w przypadku braku rozpoczęcia przez Wykonawcę w terminie 14 dni robót bez uzasadnionych przyczyn oraz braku kontynuacji prac pomimo wezwania Zamawiającego złożonego na piśmie lub przerwania prac przez Wykonawcę na czas przekraczający 2 tygodnie realizacji robót z przyczyn innych niż wina Zamawiającego lub siła wyższa, lub zwłoka Wykonawcy w realizacji Umowy o ponad 30 dni w stosunku do ustalonego harmonogramu realizacyjnego, po uprzednim wezwaniu do przedstawienia harmonogramu naprawczego i nie podjęciu w tym kierunku działań korygujących przez Wykonawcę (k.21-44).

Z dalszych ustaleń Sądu Okręgowego wynikało, że strony parokrotnie dokonywały następnie zmiany treści umowy sporządzając do niej aneksy (łącznie sporządzono sześć aneksów). Aneksy dotyczyły głównie zakresu powierzonych prac oraz wynagrodzenia, które było odpowiednio modyfikowane. Na podstawie aneksu nr (...) do umowy strony przesunęły do 2 września 2013 r. ostateczny termin wykonania przedmiotu umowy (k.38). Pismem z dnia 16 kwietnia 2013 roku pozwany odstąpił od łączącej strony Umowy i jednocześnie wezwał powoda do zapłaty przysługującej mu z tego tytułu kary umownej.

Sąd I instancji ustalił następnie, że w dniu 24 kwietnia 2013 roku strony zawarły Porozumienie w preambule, którego oświadczyły, że łączy je umowa z dnia 18 sierpnia 2011 r. nr (...). Dalej zgodnie oświadczyły, że powód na dzień zawarcia porozumienia wystawił na rzecz pozwanego faktury na łączną kwotę 4.182.609,95 złotych brutto, zgodnie z załącznikiem nr 1 do porozumienia oraz, że na dzień zawarcia porozumienia (...) R. R. (1) zobowiązany jest do zwrotu na rzecz Wykonawcy tj. powoda części kaucji – gwarancji dobrego wykonania w kwocie 2.000.000 złotych (k.45-49).

W dniu 19 sierpnia 2013 r. powód wystosował do pozwanego pismo z informacją o dokonaniu potrącenia z wierzytelnością w kwocie 67.239,85 zł z częścią wymagalnych wierzytelności przysługujących dla (...) R. R. (1) a wynikających z faktur (...), korekty noty nr (...)z wierzytelnością wzajemną (...) Sp. z o.o. wynikającą z częścią wymagalnej kaucji (§ 1 ust. 1 lit. C porozumienia 2.000.000 zł) w kwocie 67.239,85 złotych (k.50). W dniu 21 sierpnia

2013 r. powód skierował do pozwanego ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty domagając się zapłaty kwoty 1.932.760,15 zł wraz z odsetkami (k.51).

Pismem z dnia 26 sierpnia 2013 roku pozwany odstąpił od umowy nr (...) z dnia 18 sierpnia 2011 roku wskazując, że (...) Sp. z o.o. nie wykonała §1 ust. 2 Porozumienia którym zobowiązała się w terminie 7 dni od dnia otrzymania zapłaty od pozwanego kwoty określonej w pkt. 1 lit. a porozumienia uregulować zobowiązania wobec podwykonawców oraz dopuścił się zwłoki w realizacji robót, które zgodnie z Anekssem nr (...) do umowy łączącej strony miały zostać ukończone do dnia 2 września 2013 roku. Jednocześnie powołując się na § 14 ust. 3 umowy wezwał powoda do zapłaty w terminie 7 dni od daty otrzymania pisma kary umownej w wysokości 10 % wynagrodzenia tj. 8.646.607 zł (k.209-212).

W dniu 30 sierpnia 2013 roku powód wystąpił do Sądu Okręgowego w Białymstoku z pozwem o zapłatę w postępowaniu nakazowym przeciwko pozwanemu (k.3-5). W dniu 4 września 2013 roku Sąd Okręgowy w Białymstoku wydał nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym sygn. akt VII GNc 346/13 uwzględniając żądanie powoda w całości (k.56). Przedmiotowy nakaz zapłaty wraz z odpisem pozwu został doręczony pozwanemu w dniu 9 września 2013 roku (k.58).

W dniu 18 września 2013 roku pozwany wystosował do powoda pismo zatytułowane (...) O (...) zawierające oświadczenie o potrąceniu wierzytelności przysługującej (...) R. R. (1) w stosunku do (...) Sp. z o.o. z tytułu kar umownych w wysokości 8.646.607 złotych z wierzytelnością przysługującą (...) Sp. z o.o. w stosunku do R. R. (1) obejmującą kwotę 1.932.760,15 złotych z tytułu zwrotu kaucji gwarancyjnej opisaną szczegółowo w treści łączącej strony umowy nr (...) oraz sporządzonym do niej porozumieniu z dnia 24 kwietnia 2013 r. (k.221-223).

Zdaniem Sądu Okręgowego rola Sądu orzekającego w przedmiotowej sprawie sprowadzała się do oceny zasadności złożonych przez pozwanego zarzutów od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 4 września 2013 r., a w szczególności oceny czy doszło do wygaśnięcia roszczenia objętego żądaniem pozwu na skutek oświadczenia o potrąceniu złożonego w dniu 18 września 2013 roku i złożonego alternatywnie zarzutu potrącenia w zarzutach. Po zapoznaniu się z argumentacją pozwanego zawartą w obszernych zarzutach, zgłoszonymi dowodami Sąd Okręgowy zdecydował o utrzymaniu wyżej wymienionego orzeczenia w mocy.

Wskazywał, że w przedmiotowej sprawie został wydany nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym w związku z czym należało wziąć pod uwagę przepisy art. 493 § 3 k.p.c., zgodnie z którym (w postępowaniu na skutek zarzutów) do potrącenia mogą być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami, o których mowa w art. 485 k.p.c. W ocenie Sądu I instancji nie ulegało wątpliwości, że oświadczenie o potrąceniu z dnia 18 września 2013 r. (doręczone powodowi 19.09.2013 r.) zostało złożone po otrzymaniu przez pozwanego odpisu nakazu zapłaty wraz z odpisem pozwu, a zatem po zawiśnięciu sporu w przedmiotowej sprawie. Spór między stronami istniał w kwestii, czy w sprawie ma zastosowanie ograniczenie dowodowe z art. 493 § 3 k.p.c., albowiem w zarzutach od nakazu na okoliczność istnienia wierzytelności przedstawionej do potrącenia tj. podstawy do naliczania kar umownych i jej wysokości pozwany zgłosił również dowody w postaci zeznań świadków, opinii biegłego z zakresu budownictwa. Pozwany konsekwentnie twierdził, że oświadczenie o potrąceniu złożone przed upływem terminu do wniesienia zarzutów nie podlega reżimowi przytoczonego wyżej przepisu. Obie strony powoływały się na bogate orzecznictwo SN oraz sądów powszechnych. Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska pozwanego w tej kwestii podnosząc, że w sprawie doszło do wydania orzeczenia w postaci nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym, korzystającego z woli ustawodawcy ze szczególnego statusu tj. szczególnego rodzaju orzeczenia merytorycznego o charakterze warunkowym. Oznaczało to, że stwarza on domniemanie zgodności z prawdą twierdzeń i żądań powoda, wzruszalne w drodze zarzutów, w których ustawodawca wprowadził rygory dotyczące zarzutu potrącenia czy też pozwu wzajemnego. Wywodził ponadto, że analiza uzasadnień orzeczeń sądów na tle rozumienia tego przepisu wskazuje, że kluczową kwestią pozostaje sprawa czy do potrącenia doszło przed, czy po doręczeniu odpisu pozwu a więc przed czy po zawiśnięciu sporu i tym samym czy rygor z art.493§ 3 k.p.c. znajdzie zastosowanie. Wskazywał, że zgodnie z poglądem wyrażonym w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2005 r., III CZP 56/05, LEX 156970, przewidziane w art. 493 § 3 k.p.c. wymaganie udowodnienia wierzytelności przedstawionej do potrącenia dokumentami wskazanymi w art. 485

k.p.c. nie dotyczy sytuacji, w której do potrącenia doszło przed doręczeniem pozwanemu nakazu zapłaty i pozwu (por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 20.06.2013 r., I ACa 615/13, LEX 1362998). Podobnie m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 10 października 2012 r., I ACa 639/12, w którym Sąd wyraził pogląd, iż przewidziane w art. 493 § 3 k.p.c. wymaganie udowodnienia wiarytelności przedstawionej do potrącenia dokumentami wskazanymi w art. 485 k.p.c. nie dotyczy sytuacji, w której do potrącenia doszło przed doręczeniem pozwanemu nakazu zapłaty i pozwu. Jeżeli zaś do potrącenia wcześniej nie doszło, rygor z tego przepisu w pełni znajduje zastosowanie. Zbieżny pogląd został wyrażony także w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25.05.2010r., V ACa 130/10 (Biuletyn SAKa 2010/3/29-30), w którym Sąd wskazał, iż ograniczenie obrony pozwanego w postępowaniu nakazowym poprzez podniesienie zarzutu potrącenia tylko do wiarytelności udowodnionych dokumentami, o których mowa w art. 485 k.p.c. wpisuje się w cel postępowania nakazowego ze względu na cel tego postępowania jakim jest zapewnienie powodowi uzyskania szybkiego tytułu egzekucyjnego i wprowadzenie swoistej równowagi stron tego postępowania odrębnego, gdy obie strony mogą wykazywać swe powództwo i opierać obronę na podstawie takich samych środków dowodowych. Z powyższego wynikało zdaniem Sądu Okręgowego jednoznacznie, że oparcie zarzutu potrącenia na innych dowodach niż podane w art.485 k.p.c. jest skuteczne tylko wtedy, gdy do potrącenia doszło przed doręczeniem pozwanemu nakazu zapłaty i pozwu. Podobne stanowisko wyraził Sąd Apelacyjny w Poznaniu z dnia 10.10.2012 r. sygn. akt IACa 639/12 artykułując wprost, że w takiej sytuacji gdy do potrącenia nie doszło przed doręczeniem pozwanemu nakazu zapłaty i pozwu rygor z przepisu art. 493 § 3 k.p.c. w pełni znajduje zastosowanie.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdził, że bezspornym było, że pozwany otrzymał nakaz zapłaty wraz z pozwem 9 września 2013r., natomiast oświadczenie woli w przedmiocie potrącenia z 18 września 2013r. doszło do wiadomości powoda jako adresata 19 września 2013 r., a zatem złożył je po otrzymaniu nakazu zapłaty i pozwu. Dlatego też w myśl przywołanych wyżej rozważań zasadnym jest twierdzenie, że pozwany mógł się powoływać na zarzut wygaśnięcia wiarytelności dochodzonej pozwem wskutek dokonanego potrącenia, ale musiał wykazać powyższe dowodami o których mowa w art.485 k.p.c., gdyż zarówno w dacie wydania nakazu zapłaty, jak również w dacie doręczenia pozwanemu nakazu zapłaty wraz z pozwem, nie wystąpił skutek oświadczenia woli w przedmiocie potrącenia tj. umorzenie wiarytelności wzajemnych. Wymogowi temu nie sprostał.

Również z wyżej przytoczonych racji zgłoszony przez pozwanego z ostrożności procesowej zarzut potrącenia nie zasługiwał zdaniem Sądu I instancji na uznanie. Wskazywał, że w myśl art. 493 § 3 k.p.c. pozwany może w piśmie zawierającym zarzuty zgłosić zarzut potrącenia, ale tylko wtedy, gdy do zarzutów dołączy dowody z dokumentów wymienionych w art. 485 § 1k.p.c. Analiza treści wniosków dowodowych zawartych w zarzutach wskazywała, że pozwany zamierzał wykazać istnienie swojej wiarytelności przedstawionej do potrącenia nie tylko dokumentami prywatnymi ale i zeznaniami świadków oraz dowodem z opinii biegłego rzeczoznawcy. Wobec stanowiska procesowego powoda, który negował podstawy potrącenia należało uznać, że żaden z przedstawionych dokumentów zdecydowanie nie spełniał wymagań określonych normą przepisu art.485 k.p.c. Z powyższego w sposób oczywisty wynikało, że pozwany celem udowodnienia swojej wiarytelności nie odwołał się jedynie do dokumentów, ale i do innych środków dowodowych, których przeprowadzenie miało dopiero wykazać, czy w istocie pozwanemu przysługuje (przysługiwało) wobec powoda wiarytelność w przedstawionej do potrącenia wysokości. Stąd też nie można było przyjąć, aby pozwany wykazał swą wiarytelność w sposób wymagany przepisami.

W dalszej kolejności należało przechodząc do pozostałych zarzutów pozwanego poruszonych w zarzutach, w tym okoliczności, które świadczyły o nienależytym wykonaniu przez powoda umowy, w szczególności na niezachowanie warunków porozumienia zawartego w dniu 24 kwietnia 2013 roku, które uzasadniały odstąpienie od łączącej strony umowy w dniu 26 sierpnia 2013 r. i obciążenie powoda karami umownymi za opóźnienie w wykonaniu robót w kwocie 8.644.607 złotych - zdaniem Sądu I instancji dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy decydujące znaczenie miała ocena zapisów porozumienia jako samoistnej podstawy roszczenia objętego żądaniem pozwu i kwestia związana z jego obowiązywaniem w kontekście odstąpienia przez pozwanego od umowy z dnia 26.08.2013 r. Inaczej mówiąc czy odstąpienie od umowy przez pozwanego skutkowało tym, że przestała ona obowiązywać ze skutkiem ex tunc, a więc i dotyczyło to również Porozumienia.

Sąd Okręgowy wskazywał w tym kontekście, że niewątpliwie umowa łącząca strony z 18.08.2011 r. jest umową o roboty budowlane na podstawie której pozwany powierzył powodowi do wykonania zadanie inwestycyjne pod nazwą (...)obejmująca realizacje pod klucz lokali w budynkach mieszkalnych szczegółowo opisany w § 1 umowy. Przedmiot umowy był podzielny na części (elementy robót), określone w harmonogramie realizacyjnym, odbieranych częściowo z określeniem wartości wykonanych prac wskazanych w protokole i opłacanych częściowo i do dnia złożenia przez pozwanego oświadczenia w przedmiocie odstąpienia od umowy z 26.08.2013 r. doszło już do wykonania określonych etapów prac, na które powód wystawił faktury. Stwierdził, że gdyby nawet hipotetycznie uznać, że odstąpienie było skuteczne to wbrew stanowisku strony pozwanej (powód nie zajmował stanowiska), odstąpienie od umowy nie wywarło by skutku ex tunc, jak spodziewał się tego pozwany, jednakże ex nunc co oznacza, że w żaden sposób nie niweczyłoby to ustaleń Porozumienia z 24 kwietnia 2013 r.

Wskazywał następnie, że kwestia skutków odstąpienia od umowy (w tym wypadku bez znaczenia czy umownego czy ustawowego) była przedmiotem rozważań Sądów zarówno Najwyższego jak i Apelacyjnego w Krakowie. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 marca 2004 r. IV CK 172/03, LEX 112927 świadczenia wykonawcy wynikające z umów o roboty budowlane jest podzielne (art. 379 § 2 k.c.). W myśl art. 379 § 2 k.c. podzielność świadczenia występuje wtedy, gdy może ono być spełnione bez istotnej zmiany jego przedmiotu lub wartości. Przy świadczeniu z umowy o roboty budowlane zachowanie dłużnika polega na wykonaniu określonych robót, których efektem jest wytworzenie oznaczonego w umowie obiektu, stanowiącego następnie przedmiot odbioru. Nie ma przeszkód, aby strony umówiły się, że przedmiotem konkretnej umowy o roboty budowlane nie jest cały obiekt lecz jego część. Tak też w istocie jest z reguły przy bardziej skomplikowanych obiektach. Oprócz umowy inwestora z generalnym wykonawcą, której przedmiotem jest cały obiekt, pojawiają się umowy dotyczące wykonania robót odnoszących się tylko do wyodrębnionej jego części. Świadczenie z umowy o roboty budowlane może, zatem być spełnione częściowo bez istotnej zmiany jego przedmiotu. To, że świadczenie z umowy o roboty budowlane może być spełnione częściowo wynika również z art. 654 k.c. Przepis ten wyraźnie zakłada, że tylko postanowienia umowy o roboty budowlane może w konkretnej sytuacji wyłączyć możliwość spełnienia świadczenia częściowo. Skoro świadczenie jest podzielne nie ma przeszkód, aby odstąpienie od umowy dotyczyło tylko reszty niespełnionego świadczenia. Charakter świadczenia wykonawcy w robotach budowlanych wskazuje, że chodzi o świadczenie, którego zwrot jest fizycznie niemożliwy. Powyższe przemawia za przyjęciem, aby uznać w niektórych sytuacjach możliwość ograniczenia skutków odstąpienia od umowy ex nunc. Wywodził, że Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 7 grudnia 2012 r. sygn. akt I ACa 1152/12 wskazał, że skuteczne odstąpienie od umowy tworzy nowy stan prawny między stronami w ten sposób, że od chwili jego złożenia umowa wzajemna przestaje wiązać, a strony nie są już obustronnie wobec siebie zobowiązane do świadczeń przewidzianych w umowie, a to co ewentualnie świadczyły już wcześniej, podlega zwrotowi. Jeżeli umowa została już wykonana choćby częściowo, zachodzi konieczność uregulowania sytuacji stron zwłaszcza rozliczenia się ze spełnionych świadczeń. Zwrot spełnianych świadczeń wzajemnych powinien być dokonany w zasadzie w naturze. W przypadku umów o charakterze ciągłym, nie jest możliwe przyjęcie takiego stanu, jakby umowa nigdy nie została zawarta. Jak wskazano dalej w ślad za poglądem Sądu Najwyższego w wyroku przywołanym wyżej, świadczenie z umowy o roboty budowlane jest podzielne, bowiem z reguły można je spełnić bez istotnej zmiany przedmiotu świadczenia. W takim wypadku skutkiem odstąpienia jest unicestwienie umowy na przyszłość (ex nunc), nie naruszając stosunku prawnego w zakresie spełnionego już świadczenia.

Odnosząc powyższe rozważania do realiów sprawy oraz mając na uwadze całokształt warunków łączącej strony umowy zdaniem Sądu Okręgowego należało przyjąć, że umowa łącząca strony w przedmiotowej sprawie miała charakter podzielny i ewentualnie skutek tego odstąpienia nie był ex tunc, jak chce pozwany, ale ex nunc. W związku z tym odstąpienie od umowy z dnia 26 sierpnia 2013 r. nie mogło niweczyć Porozumienia z dnia 24.04.2013 r., z którego jest wywodzone żądanie pozwu. Tym samym Porozumienie to w ocenie Sądu I instancji mogło stanowić samodzielną podstawę żądania zwrotu kaucji.

Wskazywał następnie, że Porozumienie z 24.04.2013 r. zostało zawarte na określonym już etapie zaawansowania robót, z zafakturowaniem robót na łączną kwotę 4.182.609,95 złotych. Na datę zawarcia podpisania porozumienia w preambule, a więc we wstępnym oświadczeniu stron, w sposób jednoznaczny ustaliły między innymi, że na datę

podpisania porozumienia pozwany był już zobowiązany do zwrotu części kaucji w kwocie 2.000.000 złotych, które już po potrąceniu dokonany w dniu 19.08.2013 r. (k.50), jest przedmiotem procedowania w niniejszej sprawie – pkt. 3 preambuły. Analiza z kolei zapisu § 1, 2 jak i następnych w ocenie sądu prowadzi do wniosku, że spłata tejże należności w terminie do dnia 30.06.2013 r. była bezwarunkowa, nie przysługiwało co do niej prawo wstrzymania się z wypłatą (w odróżnieniu do należności z § 1pkt 1 lit a). Powyższa wykładnia koreluje zresztą ze stanowiskiem samego pozwanego prezentowanym na datę składania oświadczenia o potrąceniu, które obejmować może przecież wierzytelności wymagalne. Zarzuty podnoszone przez pozwanego w końcowej fazie postępowania odnośnie uwarunkowania wypłaty kwoty 2.000.000 złotych od rozliczeń z podwykonawcami nie znajdowała uzasadnienia w treści jej postanowień, nie były podnoszone w zarzutach.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Sądu I instancji, należało uznać, że odstąpienie od umowy nawet gdyby przyjął je za skuteczne, na które powołuje się pozwany nie mogło niweczyć Porozumienia i stanowić o braku podstaw do wywodzenia roszczenia pozwu z tego Porozumienia.

Dlatego Sąd Okręgowy uznał, że roszczenie pozwu zasługiwało na ochronę i nakaz zapłaty powinien być utrzymany w mocy na podstawie art.496 k.p.c.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 20 grudnia 2013 roku wniósł pozwany R. R. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) R. R. (1), który zaskarżył powyższy wyrok w całości, zarzucając mu:

I. naruszenie przepisów postępowania, co miało istotny wpływ na wynik sprawy poprzez niewłaściwe ich zastosowanie, w szczególności:

1) **art. 493 § 3 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, iż w oparciu o ten przepis winna zostać dokonana ocena zgłoszonego zarzutu potrącenia, w sytuacji gdy do potrącenia doszło poza postępowaniem na podstawie oświadczenia doręczonego bezpośrednio powodowi przed złożeniem zarzutów do nakazu zapłaty, w konsekwencji czego w dacie wdania się przez pozwanego w spór, roszczenie powoda wygasło na skutek kompensaty wzajemnych roszczeń,**

2) **art. 485 § 1 pkt. 1 k.p.c. w zw. z art. 129 § 2 i 3 k.p.c. w związku z art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 8 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2010 r., nr 10, poz. 65 z późn. zm.) poprzez błędną wykładnię przywołanych przepisów polegającą na uznaniu, iż nie są dokumentem urzędowym pisma pozwanego w postaci:**

a) **odstąpienia od łączącej strony umowy z dnia 26 sierpnia 2013 roku zawierające informację o naliczeniu kary umownej i wezwaniu do jej uiszczenia, wraz z potwierdzeniem odbioru,**

b) **oświadczenia o potrąceniu z dnia 18 września 2013 roku wraz z potwierdzeniem odbioru, które to dokumenty, przedłożone w załączeniu do zarzutów do nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym, zostały poświadczane za zgodność z oryginałem przez występującego w sprawie radcę prawnego, a co za tym idzie są dokumentami urzędowymi w rozumieniu przepisów k.p.c.,**

3) **art. 493 § 3 k.p.c. w związku z art. 485 § 1 pkt. 1 k.p.c. w zw. z art. 129 § 2 i 3 k.p.c. w związku z art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 8 lipca 1982 r. o radcach prawnych poprzez niewłaściwe zastosowanie przywołanych przepisów polegające na uznaniu, iż przedstawione przez pozwanego pisma w postaci:**

a) **odstąpienia od łączącej strony umowy z dnia 26 sierpnia 2013 roku zawierające informację o naliczeniu kary umownej i wezwaniu do jej uiszczenia wraz z potwierdzeniem odbioru,**

b) **oświadczenia o potrąceniu z dnia 18 września 2013 roku wraz z potwierdzeniem odbioru, pomimo, iż zostały poświadczane za zgodność z oryginałem przez występującego w sprawie radcę**

prawnego, nie mogą być podstawą zarzutu potrącenia, zgłoszonego przez pozwanego w zarzutach od nakazu zapłaty,

- 4) **art. 493 § 3 k.p.c. w związku z art. 485 k.p.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na:**
 - a) **przyjęciu, iż przedstawione przez pozwanego dokumenty wskazujące fakt naliczenia kar umownych oraz ich wysokość nie spełniają wymogów przewidzianych przez powyższe przepisy, a co za tym idzie zgłoszony przez pozwanego zarzut potrącenia jest niedopuszczalny i nieskuteczny,**
 - b) **przyjęciu, iż przedstawiony przez pozwanego dokument w postaci oświadczenia o potrąceniu wzajemnych roszczeń, doręczony stronie przeciwnej poza postępowaniem sądowym, nie spełnia wymogów przewidzianych przez powyższe przepisy, a co za tym idzie zarzut potrącenia jest niedopuszczalny i nieskuteczny,**
 - c) **przyjęciu, iż powołanie przez pozwanego innych dowodów – poza dowodami z dokumentów – na okoliczność przysługiwania mu w stosunku do powoda wierzytelności, która została przedstawiona do potrącenia deprecjonuje lub/i pozbawia mocy dowodowej przedłożone dokumenty, w sytuacji gdy dowody osobowe oraz dowód z opinii biegłego miały jedynie charakter pomocniczy i powołane zostały na wypadek kwestionowania roszczenia przez stronę przeciwną istnienia lub/i wysokości wierzytelności (...), w stosunku do (...),**
- 5) **art. 493 § 1 zd. 2 k.p.c. w związku z art. 217 § 2 k.p.c. poprzez odmowę przeprowadzenia dowodu z przedłożonych przez pozwanego dokumentów w postaci wystosowanych przez podwykonawców (...) wezwań do zapłaty, pomimo, iż możliwość powołania powyższych dowodów pojawiła się dopiero na etapie sprawy, a ich przeprowadzenie nie spowodowało przewlekłości postępowania,**
- 6) **art. 493 § 1 zd. 2 k.p.c. w związku z art. 496 k.c. poprzez odmowę uwzględnienia zgłoszonego przez pozwanego w piśmie z dnia 16 grudnia 2013 roku zarzutu materialnoprawnego „zatrzymania” jako spóźnionego, w sytuacji gdy pozwany nie miał możliwości zgłoszenia powyższego zarzutu na wcześniejszym etapie sprawy, a co za tym idzie zarzut ten winien zostać przez Sąd rozpatrzony,**
- 7) **art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego i nieuzasadnione przyjęcie, że w opinii pozwanego fakt przysługiwania pozwanemu wierzytelności przedstawionej do potrącenia, jest wątpliwy, bądź też ustalenie jej wysokości bądź istnienia wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego, w sytuacji gdy zgłoszone przez pozwanego wnioski dowodowe osobowe oraz z opinii biegłego miały na celu wykazanie bezpodstawności twierdzeń strony przeciwnej, która kwestionowała roszczenie pozwanego,**
- 8) **art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku niezgodnie z wymogami statuowanymi wskazaną normą, a tym samym uniemożliwienie przeprowadzenia kontroli instancyjnej przedmiotowego orzeczenia;**

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, co miało istotny wpływ na wynik sprawy poprzez niewłaściwe ich zastosowanie, w szczególności:

- 1) **art. 499 k.c. w związku z art. 498 § 1 i 2 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie wskazanych przepisów polegające na odmowie uwzględnienia dokonanego przez pozwanego potrącenia wzajemnych wierzytelności, w konsekwencji czego roszczenie objęte postępowaniem zostało w całości zaspokojone,**

2) **art. 496 k.c. poprzez niezastosowanie przywołanego przepisu, a tym samym nieudzielenie zabezpieczenia przysługującego pozwanemu w stosunku do powoda roszczenia o zwrot należności jakie winny zostać zapłacone podwykonawcom powoda,**

3) **art. 5 k.c. poprzez brak zastosowania w niniejszej sprawie i uznanie, iż pozwany ma obowiązek zapłaty na rzecz powoda kwoty udzielonego zabezpieczenia w sytuacji, gdy w związku z ogłoszeniem upadłości likwidacyjnej przez (...) sp. z o. o., zaspokojenie roszczeń (...)z tytułu gwarancji oraz rękojmi jak też udzielenie gwarancji bankowej jest nieprawdopodobne, a ponadto pozwany – na podstawie art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c. zobowiązany jest do zaspokojenia roszczeń podwykonawców, którzy nie otrzymali zapłaty od powoda.**

Wskazując na powyższe zarzuty, wnosił o:

1. **zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylene wydanego w sprawie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 4 września 2013 roku, sygn. akt VII GNC 346/13 i oddalenie powództwa w całości;**

2. **zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym według norm przepisanych,**

ewentualnie

3. **uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania,**

4. **zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym według norm przepisanych.**

Ponadto oświadczył, że pozwany składa oświadczenie o zatrzymaniu i jednocześnie podnosi procesowy zarzut zatrzymania kwoty zasądzonej w zaskarżonym orzeczeniu tj. 1 932 760,15 złotych na poczet zabezpieczenia roszczeń gwarancyjnych i rękojmianych przez okres udzielonej przez powoda gwarancji tj. 3 lata.

SĄD APELACYJNY ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:

Apelacja pozwanego nie zasługiwała na uwzględnienie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy wyjaśnił okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy oraz poczynił poprawne ustalenia faktyczne i prawne. Sąd Apelacyjny podziela je i przyjmuje za własne.

W pierwszej kolejności Sąd Apelacyjny uznaje za nieuzasadniony zarzut naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. Stanowczego podkreślenia bowiem wymaga, że Sąd Okręgowy poddał wnikliwej ocenie całość materiału dowodowego zgodnie z doświadczeniem życiowym oraz szeroko z odniesieniem się do aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz Sądów Apelacyjnych i nie wykazuje ona błędów natury faktycznej i logicznej, z całą pewnością mieszcząc się w zakresie swobody wyznaczonej treścią przepisu art. 233 § 1 k.p.c.

Wbrew przekonaniu skarżącego, Sąd I instancji nie naruszył również przepisu art. 328 § 2 k.p.c. w zakresie zarzucanego mu w apelacji sporządzenia uzasadnienia wyroku niezgodnie z wymogami statuowanymi wskazaną normą, a tym samym w sposób uniemożliwiający przeprowadzenie kontroli instancyjnej przedmiotowego orzeczenia.

Wskazać trzeba, że o skutecznym postawieniu tego zarzutu można mówić tylko wtedy, gdy uzasadnienie wyroku nie zawiera elementów pozwalających na weryfikację stanowiska Sądu, przy czym braki te muszą być tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia jest w ogóle nieujawniona lub jest ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej kontroli instancyjnej. Tymczasem, uzasadnienie zaskarżonego wyroku w tej kwestii zawiera wystarczającą -

odpowiednio do przedstawionego przez obie strony materiału dowodowego - rekonstrukcję stanu faktycznego oraz jego subsumpcję do prawidłowych norm prawa materialnego. Sąd Okręgowy dokładnie wskazał, jakie dowody stanowiły podstawę dokonania poczynionych ustaleń faktycznych wraz z przedstawieniem ich oceny. Zarzut naruszenia powyższego przepisu jest tu więc całkowicie bezzasadny. Odmiennej oceny nie może uzasadniać jedynie subiektywne przekonanie pozwanego, nieoparte przy tym argumentami o nieprawidłowości dokonanych przez Sąd I instancji ustaleń faktycznych lub ich oceny prawnej. Podstawy takiego zarzutu nie może bowiem stanowić dążenie w istocie do tego, aby w sprawie przyjęte zostały ustalenia faktyczne i zapatrywania prawne skarżącego, pomimo że nie mają one wystarczającego uzasadnienia w treści zebranego materiału dowodowego.

Z niewadliwych ustaleń Sądu Okręgowego wynikało, że strony łączyła Umowa nr (...) o roboty budowlane z 18 sierpnia 2011 roku, a dotycząca realizacji (...) Z postanowień ww. Umowy wynikało m.in., że Wykonawca (powód w niniejszej sprawie) udzielił zabezpieczenia należytego wykonania umowy poprzez udzielenie kaucji gwarancyjnej polegającej na wpłaceniu przez Wykonawcę tytułem należytego wykonania umowy na rzecz Zamawiającego (pozwanego w niniejszej sprawie) kwoty zabezpieczenia w wysokości 4 000 000 złotych. Ustalono ponadto, że kwota kaucji – gwarancji należytego wykonania umowy, zostanie zwrócona Wykonawcy, w ten sposób, że Zamawiający zapłaci dodatkowo comiesięcznie kwotę 5% wartości zafakturowanych robót, aż do osiągnięcia kwoty 4 000 000 złotych, w przypadku opóźnienia w płatności jakiegokolwiek kwoty, Wykonawca ma prawo do odsetek ustawowych (§ 11 w zw. z § 10 ust 13 Umowy). Następnie pismem z dnia 16 kwietnia 2013 roku pozwany odstąpił od łączącej strony Umowy, jednakże w dniu 24 kwietnia 2013 roku strony zawarły Porozumienie w preambule, którego oświadczyły, że nadal łączy je umowa z dnia 18 sierpnia 2011 r. nr (...). Dalej zgodnie oświadczyły, że powód na dzień zawarcia porozumienia wystawił na rzecz pozwanego faktury na łączną kwotę 4.182.609,95 złotych brutto, zgodnie z załącznikiem nr 1 do porozumienia oraz, że na dzień zawarcia porozumienia (...) R. R. (1) zobowiązany jest do zwrotu na rzecz Wykonawcy części kaucji – gwarancji dobrego wykonania w kwocie 2.000.000 złotych (preambuła pkt. 3 Porozumienia), przy czym w §1 ust. 1 lit.c Porozumienia pozwany zobowiązał się do zwrotu części wymagalnej kaucji w kwocie 2 000 000 złotych w terminie do 30 czerwca 2013 r. nie uzależniając zwrotu kaucji od jakichkolwiek warunków.

Sąd Apelacyjny uznaje dalej za niezasadne zarzuty apelacji dotyczące niewłaściwego zastosowania art. 493 § 3 k.p.c. w związku z art. 485 k.p.c. Podkreślenia bowiem wymaga, że postępowanie nakazowe jest sformalizowane oraz cechuje go szereg ograniczeń, zarówno co do zakresu dokumentów, które mogą być wykorzystywane w tym postępowaniu, jak i możliwości zgłaszania zarzutów, w tym zarzutu potrącenia.

Tymczasem pozwany w zarzutach wniesionych w dniu 24 września 2013 roku od wydanego w sprawie nakazu zapłaty, jak prawidłowo ustalił to Sąd pierwszej instancji, nie podważając istnienia podstawy dochodzonego przez powoda roszczenia - podnosił zarzut nieistnienia dochodzonego w niniejszym postępowaniu roszczenia w postaci żądania zapłaty kwoty 1 923 760,15 złotych z tytułu kaucji gwarancyjnej na podstawie łączącej strony Umowy nr (...) z dnia 18 sierpnia 2011 roku oraz sporządzonego do niej w dniu 24 kwietnia 2013 roku Porozumienia z uwagi na zaspokojenie ww. wierzytelności w wyniku jej potrącenia z wierzytelnością jaka przysługiwała pozwanemu w związku z odstąpieniem od Umowy nr (...) z dnia 18 sierpnia 2011 roku z tytułu kar umownych zastrzeżonych na podstawie ww. na wypadek odstąpienia od Umowy ewentualnie zarzut potrącenia roszczenia dochodzonego przez powoda w postaci żądania zapłaty kwoty 1 923 760,15 złotych z tytułu kaucji gwarancyjnej na podstawie łączącej strony Umowy nr (...) z dnia 18 sierpnia 2011 roku oraz sporządzonego do niej w dniu 24 kwietnia 2013 roku Porozumienia z uwagi na zaspokojenie ww. wierzytelności w wyniku jej potrącenia z wierzytelnością jaka przysługiwała pozwanemu w związku z odstąpieniem od Umowy nr (...) z dnia 18 sierpnia 2011 roku z tytułu kar umownych zastrzeżonych na podstawie ww. Umowy na wypadek odstąpienia od Umowy w wysokości 8 646 607 złotych do kwoty wierzytelności niższej (dowód zarzuty k.62 - 102 akt).

W zarzutach od nakazu zapłaty z dnia 4 września 2013 roku pozwany nie kwestionował zatem samej wysokości należnej powodowi kaucji gwarancyjnej na podstawie łączącej strony Umowy nr (...) z dnia 18 sierpnia 2011 roku wraz z aneksami lecz wskazywał jedynie, że na skutek potrącenia wzajemnych roszczeń dokonanego pismem z dnia 18 września 2013 roku w wyniku kompensaty wzajemnych wierzytelności, roszczenie powoda dochodzone w niniejszym postępowaniu wygasło w wyniku zaspokojenia. Jednocześnie zostało złożone do akt oświadczenie o potrąceniu

wzajemnych zobowiązań z 18 września 2013 roku, w tym dochodzonej pozewem kwoty (dowód – oświadczenie o potrąceniu z dnia 18.09.2013 r. – k. 221-223 akt). Nakaz zapłaty z dnia 4 września 2013 roku wraz z odpisem pozwu został doręczony pozwanemu w dniu 10.09.2013 roku (dowód – potwierdzenie doręczenia k. 60 akt), a zatem oświadczenie o potrąceniu zostało złożone przez pozwanego już po doręczeniu mu odpisu nakazu zapłaty i odpisu pozwu.

We wskazanych wyżej okolicznościach, Sąd Okręgowy nie naruszył zatem dyspozycji art. 493 § 3 k.p.c. w zw. z art. 485 k.p.c. prawidłowo dochodząc do wniosku, że w niniejszej sprawie do potrącenia mogły być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami, o których mowa w art. 485 k.p.c., a takich pozwany w toku postępowania nie zaferował.

§ 3 art. 493 k.p.c. jednoznacznie bowiem stanowi, że skorzystanie z zarzutu potrącenia w postępowaniu nakazowym po doręczeniu pozwanemu odpisu nakazu zapłaty i pozwu - zostało dodatkowo ograniczone przez możliwość oparcia go wyłącznie o wierzytelności udowodnione dokumentami wymienionymi w art. 485 k.p.c. (vide: uchwała Sądu Najwyższego z 13 października 2005 r., III CZP 56/05; OSNC 2006, nr 7-8, poz. 119).

Art. 485 § 1 k.p.c. wskazuje natomiast, że okoliczności uzasadniające dochodzone żądanie mogą być udowodnione dołączonym do pozwu: dokumentem urzędowym, zaakceptowanym przez dłużnika rachunkiem, wezwaniem dłużnika do zapłaty i pisemnym oświadczeniem dłużnika o uznaniu długu, zaakceptowanym przez dłużnika żądaniem zapłaty, zwróconym przez bank i nie zapłaconym z powodu braku środków na rachunku bankowym, a także wekslem, czekiem, warrantem lub rewersem. Stosownie do treści art. 244 k.p.c. dokumenty urzędowe są to dokumenty sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w ich zakresie działania, a także dokumenty sporządzone przez organizacje zawodowe, samorządowe, spółdzielcze i inne organizacje pozarządowe w zakresie zleconych im przez ustawę spraw z dziedziny administracji publicznej. Z powyższego jasno wynika, że dokument urzędowy pochodzić musi od organu władzy publicznej lub innego organu państwowego, samorządowego i organizacji zawodowych, samorządowych, spółdzielczych i innych organizacji pozarządowych; jest wydany w zakresie ich kompetencji; dotyczy zakresu spraw z dziedziny administracji publicznej oraz musi być wydany w przepisanej formie (vide: LexisNexis. Kodeks Postępowania Cywilnego. Warszawa 2012. Komentarz pod red. Tadeusza Erecińskiego str.895).

Sąd pierwszej instancji zatem nie naruszył przepisów postępowania tj. art. 485 § 1 pkt. 1 k.p.c. w zw. z art. 129 § 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 8 lipca 1982 roku o radcach prawnych (Dz.U. z 2010, nr. 10, poz. 65 ze zm.) uznając, że złożone do akt pisma pozwanego w postaci odstąpienia od umowy z dnia 26 sierpnia 2013 r. zawierającego informację o naliczeniu kary umownej i wezwaniu do jej uiszczenia oraz oświadczenia o potrąceniu z dnia 18 września 2013 r., potwierdzone za zgodność z oryginałem przez występującego w sprawie radcę prawnego nie są dokumentami urzędowymi w rozumieniu przepisów k.p.c.

Zgodnie z art. 6 wyżej cytowanej Ustawy - Radca prawny ma prawo sporządzania poświadczeń odpisów dokumentów za zgodność z okazanym oryginałem w zakresie określonym odrębnymi przepisami (Poświadczenie powinno zawierać podpis radcy prawnego, datę i oznaczenie miejsca jego sporządzenia, na żądanie - również godzinę dokonania czynności). W myśl art. 129 § 2 k.p.c. zamiast oryginału dokumentu strona może złożyć odpis dokumentu, jeżeli jego zgodność z oryginałem została poświadczona przez występującego w sprawie pełnomocnika strony będącego radcą prawnym. Nie oznacza to jednak, że poświadczony przez Radcę prawnego dokument przez to staje się dokumentem urzędowym i spełnia wymagania, o których mowa w art. 485 k.p.c. Zgodnie bowiem z § 3 art. 129 k.p.c. jedynie zawarte w odpisie dokumentu poświadczenie zgodności z oryginałem przez występującego w sprawie pełnomocnika strony będącego radcą prawnym ma charakter dokumentu urzędowego. Poświadczane mogą być odpisy zarówno dokumentów urzędowych, jak i prywatnych. Wskazane w apelacji pisma pozwanego w postaci odstąpienia od umowy z dnia 26 sierpnia 2013 r. zawierającego informację o naliczeniu kary umownej i wezwaniu do jej uiszczenia oraz oświadczenia o potrąceniu z dnia 18 września 2013 r. stanowią zaś niewątpliwie dokumenty prywatne, a nie urzędowe i stosownie do treści art. 245 k.p.c. stanowią jedynie dowód tego, że osoby, które je podpisały, złożyły oświadczenia zawarte w pismach.

Z uwagi na powyższe Sąd pierwszej instancji prawidłowo przyjął, że ww. pisma nie mogły być podstawą potrącenia, zgłoszonego przez pozwanego w zarzutach od nakazu zapłaty, a w konsekwencji nie doszło także do naruszenia przepisów prawa materialnego tj. art. 499 k.c. w zw. z art. 498 § 1 i 2 k.c. poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na odmowie uwzględnienia dokonanego przez pozwanego potrącenia wzajemnych wierzytelności, co zdaniem skarżącego miało doprowadzić do zaspokojenia powoda. Słusznie też Sąd pierwszej instancji zauważył, że nieuwzględnienie przez Sąd zarzutu potrącenia nie stoi na przeszkodzie w późniejszym dochodzeniu pozwem objętego tym zarzutem roszczenia, co jak wynika z okoliczności sprawy już zostało zainicjowane.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, w realiach sprawy niezasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 496 k.c., w myśl którego, jeżeli skutek odstąpienia od umowy strony mają dokonać zwrotu świadczeń wzajemnych, każdej z nich przysługuje prawo zatrzymania, dopóki druga strona nie zaoferuje zwrotu otrzymanego świadczenia albo nie zabezpieczy roszczenia o zwrot. W tym kontekście podkreślenia wymaga, że prawo zatrzymania jest prawem akcesoryjnym wobec prawa głównego – roszczenia o zwrot przez drugą stronę tego co otrzymała tytułem świadczenia z umowy, od której odstąpiono.

Uprawnienie z art. 496 k.c. znajdzie jednak zastosowanie tylko tam, gdzie doszło do rozwiązania stosunku prawnego ze skutkiem wstecznym (ex tunc), gdyż tylko w takim przypadku powstanie obowiązek zwrotu. Jeżeli jednak dochodzi do odstąpienia od umowy ze skutkiem ex nunc (jak w niniejszej sprawie), żadna ze stron nie jest zobowiązana do zwrotu tego co świadczyła drugiej stronie. Bez takiego obowiązku nie ma zaś mowy o prawie zatrzymania.

Okoliczność, iż w dniu 21 stycznia 2014 roku została ogłoszona upadłość (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w L. również nie uzasadniała uwzględnienia zgłoszonego przez pozwanego prawa zatrzymania celem zabezpieczenia pokrycia przez okres obowiązywania gwarancji kosztów usunięcia usterek w pracach realizowanych przez (...). Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie podziela przy tym pogląd Sądu Najwyższego prezentowany w wyrokach z dnia 16 grudnia 2010r w sprawie I CSK 114/10 (LEX nr 784305), z 19 stycznia 2011 r. w sprawie V CSK 204/10 (LEX nr 784977) oraz z dnia 8 lipca 2011 r. w sprawie IV CSK 40/11 (LEX nr 950439), z których wynika, że aby zobowiązania gwarancyjne wykonawcy robót budowlanych, obejmujące wady tych robót mogły ulec przekształceniu w zobowiązanie pieniężne na podstawie art. 91 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo Upadłościowe i naprawcze – wady te powinny powstać przed ogłoszeniem upadłości wykonawcy co w niniejszej sprawie również nie zostało wykazane.

W tym kontekście należało także zgodzić się ze stanowiskiem pełnomocnika powoda, iż udzielone mu pełnomocnictwo w niniejszej sprawie nie upoważnia go do dokonywania i obierania ze skutkiem dla strony oświadczeń pozwanego o charakterze materialnoprawnym (oświadczenie o potrąceniu, zatrzymaniu) albowiem jest to jedynie pełnomocnictwo procesowe (pełnomocnictwa k. 6 i 1729 akt), które ze swej istoty obejmuje jedynie umocowanie do wszystkich czynności procesowych łączących się ze sprawą wyczerpująco uregulowanych w art. 91 k.p.c., przy czym nie ulega wątpliwości, że niewymienienie czynności, do których podejmowania pełnomocnik został upoważniony oraz brak rozszerzenia uprawnień pełnomocnika poza zakres określony w art. 91 k.p.c. oznacza, że udzielone zostało pełnomocnictwo wyłącznie procesowe.

W powyższych okolicznościach nie budziło także wątpliwości, że nie doszło do naruszenia art. 5 w zw. z art. 647¹ § 5 k.c. poprzez brak zastosowania w niniejszej sprawie, tym bardziej, że zarówno w literaturze, jak i judykaturze ugruntowało się przekonanie o konieczności powściągliwego stosowania konstrukcji nadużycia prawa.

Przytoczone rozważania przesądzają o bezzasadności zarzutów apelacji, która jako pozbawiona uzasadnionych podstaw, podlega oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania, ustalając wysokość należnych powodowi kosztów zastępstwa procesowego na podstawie § 6 pkt. 7 w zw. z art. § 12 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości

z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2013 r., poz. 490).