

Sygn. akt I ACa 403/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 maja 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Hanna Nowicka de Poraj (spr.)
Sędziowie:	SSA Józef Wąsik SSO del. Krzysztof Hejosz
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 27 maja 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w K.**

przeciwko (...) **spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) w K.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Gospodarczego w Krakowie

z dnia 11 grudnia 2013 r. sygn. akt IX GC 718/12

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 2 700zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

I ACa 403/14

UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka z o.o. Sp.k. w K., jako inwestor zadania polegającego na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. (...) w K., domagał się zasądzenia od pozwanego wykonawcy (...) Sp. o.o. K., kwoty 100.000 zł z ustawowymi odsetkami od 22 lipca 2012 r, tytułem kary umownej za wykonanie części robót budowlanych niezgodnie z umową, tj. za pomocą podwykonawców bez pisemnej

zgody powoda.

Pozwany (...) Sp. o.o. K., w sprzecznie od nakazu zapłaty wniósł o oddalenie powództwa, zarzucając, że:

1/ powód wiedział o wykonywaniu robót przez podwykonawców i akceptował to,

2/ powód po raz pierwszy podniósł zarzut powierzenia części robót podwykonawcom po upływie niemal 9 miesięcy od pozytywnego odbioru obiektu,

3/ powód domaga się kary umownej ze względu na wytoczenie przez pozwanego czterech powództw o wynagrodzenie za wykonane roboty,

Takie postępowanie świadczy o tym, że powód świadomie dopuszczał do wykonywania robót za pomocą podwykonawców, aby wykorzystać to odpowiedniej dla niego w chwili, co stanowi nadużycie prawa podmiotowego.

Wyrokiem z dnia 11 grudnia 2013 r, sygn. akt IX GC 718/12, Sąd Okręgowy w Krakowie oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 5 400 zł, tytułem kosztów postępowania.

W uzasadnieniu Sąd Okręgowy ustalił, że strony w dniu 14 kwietnia 2010r. zawarły umowę o wykonanie przez pozwanego wykonawcę wielorodzinnego budynku mieszkalnego wraz z instalacjami przy ul. (...) w K.. Zgodnie z § 3.9 umowy powierzenie choćby części robót przez wykonawcę podwykonawcy wymagało pisemnej zgody powodowego inwestora udzielonej przed zawarciem umowy z podwykonawcą. Zgodnie z § 6.3 umowy w przypadku powierzenia jakichkolwiek robót podmiotom lub osobom nie wymienionym w umowie bez pisemnej zgody inwestora wykonawca zobowiązany był do zapłaty kary umownej w 100.000 zł.

Wykonawca zamówił część robót u podwykonawców, którzy z kolei, także częściowo, posługiwali się podwykonawcami. Już w chwili rozpoczęcia robót wykonawca wpisał do dziennika budowy podwykonawców: (...) Sp. z o.o., (...) s.c. i PHU (...). (...) Sp. z o.o. została zgłoszona inwestorowi odrębnym pismem i inwestor wyraził zgodę. Poza wyżej wymienionymi przedsiębiorcami roboty były wykonywane przez następujących przedsiębiorców: (...) A. K. (1), (...)R. G., Zakład Usług (...) inż. J. G., Zakład (...), (...) Sp. z o.o., PPHU (...) Sp. z o.o. (...) to podwykonawcy pozwanego lub podwykonawcy podwykonawców.

W dniu 4 listopada 2011r. strony podpisały protokół końcowy odbioru robót, zestawienie wykonanych prac, dokumentację powykonawczą oraz wykaz usterek z terminem ich usunięcia. W dniu 19 grudnia 2011r. strony sporządziły protokół przeglądu budynku potwierdzający usunięcie wad.

Pozwany pismem z 26 kwietnia 2012r. przesłał powodowi wykaz niezapłaconych należności podwykonawców i wezwał powoda do zapłaty wynagrodzenia. Pismem z 19 czerwca 2012r. powód złożył oświadczenie o potrąceniu wynagrodzenia pozwanego z karą umowną za opóźnienie w wykonaniu robót w wysokości 1.106.700 zł. Następnie wykonawca (tu pozwany) uzyskał przeciwko inwestorowi (tu powód) dwa nakazy zapłaty z 18 czerwca 2012r. na łączną sumę 233.458,77 zł. Na skutek zarzutów inwestora Sąd Okręgowy w Krakowie nieprawomocnym wyrokiem z 23 maja 2013r. uchylił nakazy i oddalił powództwo uznając zasadność kary umownej za opóźnienie. Pismem z dnia 16 lipca 2012 r powód obciążył pozwanego kwota 100.000 zł tytułem kary umownej za zlecenie robot podwykonawcom.

Ocena powyższych faktów doprowadziła Sad Okręgowy do wniosku, o bezzasadności powództwa.

Pozwany wykonawca już przy rozpoczęciu robót wpisał do dziennika budowy podwykonawców, na których powód, jako inwestor, nie udzielił zgody w formie pisemnej. Mimo tego powód nie zażądał ich zgłoszenia i nie obciążył pozwanego karą umowną. Inwestor nie uczynił tego także po przedstawieniu przez wykonawcę stanu rozliczeń z podwykonawcami (wymaganego przez § 4.7 umowy) pismem z 26 kwietnia 2012r. Inwestor zażądał kary 100.000 zł za posługiwanie się podwykonawcami dopiero po otrzymaniu nakazów zapłaty z 18 czerwca 2012r. Powyższe wskazuje, że celem inwestora nie było wyegzekwowanie od wykonawcy obowiązku uzyskiwania pisemnej zgody na posługiwanie się poszczególnymi podwykonawcami.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że celem kary umownej nie może być uzyskanie przysporzenia przez uprawnionego do kary, gdyż byłaby to ukryta darowizna lub inna czynność (zapis o karze służyłby ukrywaniu darowizny lub innej

czynności). Zastrzeżenie kary jest skuteczne, jeśli strony zakładają, że zobowiązany wykona swoje zobowiązanie niepieniężne. Kara umowna ma dwa cele. Po pierwsze służy wyegzekwowaniu obowiązku świadczenia niepieniężnego (groźba kary ma skłaniać zobowiązanego do wykonania świadczenia, nawet jeśli pojawiają się trudności z jego wykonaniem). Po drugie kara stanowi zryczałtowane odszkodowanie za niewykonanie zobowiązania niepieniężnego, tzn. jej celem jest uniknięcie dowodzenia wysokości szkody.

W niniejszej sprawie inwestor nie wykorzystał prawa do kary umownej do żadnego z tych celów. Mimo możliwości przypomnienia pozwanemu wykonawcy o zastrzeżonej karze w toku budowy inwestor tolerował niezwracanie się do niego o pisemne zgody na poszczególnych podwykonawców. Zażądanie kary ponad pół roku po ostatecznym odbiorze budynku nie służyło wyegzekwowaniu od wykonawcy obowiązku uzyskiwania zgody na podwykonawców. Nie służyło także naprawieniu szkody, gdyż inwestor nie wskazał żadnej szkody ani niebezpieczeństwa powstania szkody. Dlatego obciążenie wykonawcy karą po zakończeniu budowy było sprzeczne z przeznaczeniem prawa do kary umownej i na podstawie art. 5 K.c. powództwo zostało oddalone.

Sąd Okręgowy odniósł się następnie do problemu reprezentacji pozwanego. Pismem z 9 grudnia 2013r. pozwany wniósł o zawieszenie postępowania na podstawie art. 174 § 1 p.2 K.p.c. ze względu na spór co do składu zarządu strony pozwanej. W toku procesu udziały w pozwanej spółce z o.o. zostały sprzedane, a nabywca udziałów zmienił zarząd, który z kolei odwołał pełnomocnictwo adw. J. S.. Dotychczasowy zarząd pozwanego kwestionuje skuteczność umowy sprzedaży udziałów, a tym samym skuteczność swojego odwołania i powołania nowego zarządu. W ocenie Sądu Okręgowego w sprawie nie zachodzą określone w art. 174 § 1 p.2 K.p.c. braki w składzie zarządu pozwanej spółki. Okoliczność, że dwa konkurencyjne zarządy spierają się o prawo zarządzania spółką nie jest podstawą do zawieszenia postępowania sądowego z udziałem spółki. Dopóki konkurujące zarządy nie dokonują sprzecznych czynności procesowych, sąd prowadzący postępowanie nie musi rozstrzygać o prawie do dokonywania tych czynności.

Niewątpliwie w dniu 23 kwietnia 2013r. adw. J. S. był pełnomocnikiem procesowym pozwanego i zawiadomienie go o posiedzeniu w dniu 10 grudnia 2013r. było skuteczne. Późniejsze zmiany zarządu i pełnomocnika nie mają wpływu na prawidłowe zawiadomienie stron o posiedzeniu w dniu 10 grudnia 2013r. Na posiedzeniu w dniu 10 grudnia 2013r. stawiał się tylko jeden z dwóch konkurujących zarządów (dotychczasowy) z adw. J. S.. Jedynymi czynnościami procesowymi tych osób było przyznanie autentyczności dokumentów przedłożonych przez powoda oraz wniesienie zastrzeżeń co do pominięcia wniosków dowodowych pozwanego. Ponieważ wcześniej pozwany i tak nie przeczył autentyczności dokumentów, przyznanie autentyczności nie było istotne. Biorąc powyższe pod uwagę sąd uznał sprawę za wyjaśnioną i wydał wyrok. Już po wydaniu wyroku drugi z zarządów pozwanego pismem z 11 grudnia 2013r. wskazał nowy adres pozwanej spółki.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. zasądzając wynagrodzenie z tytułu kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 1,5 stawki minimalnej.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżył w całości powód apelacją, zarzucając co następuje.

1/ rażący błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść rozstrzygnięcia polegający na przyjęciu, że wykonawca (pozwany) już po rozpoczęciu robót wpisał do dziennika budowy podwykonawców, na których inwestor (powód) nie udzielił zgody w formie pisemnej oraz, że inwestor miał tolerować obecność podwykonawców na budowie, podczas gdy z materiału dowodowego nie wynika, by do dziennika budowy zostali wpisani wykonawcy, za zatrudnienie których powód żąda kary umownej oraz, by inwestor miał tolerować obecność tych podwykonawców na budowie;

2/ rażące naruszenie prawa materialnego, tj. art. 5 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że dochodzenie kary umownej po upływie sześciu miesięcy od daty ziszczenia się przesłanki uprawniającej do jej nałożenia jest sprzeczne z przeznaczeniem tej kary i jako takie stanowi nadużycie prawa podmiotowego.

Powód domagał się zmiany zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa w całości.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji. Wpłynęły dwa pisma w tym przedmiocie, jedno, podpisane przez odwołanego z funkcji Prezesa Zarządu pozwanej W. S., drugie podpisane przez pełnomocnika umocowanego przez A. K. (2) – nowego Prezesa Zarządu Spółki. W. S. wniósł dodatkowo o zawieszenie postępowania na zasadzie art. 177 § 1 pkt. 1 k.p.c., z uwagi na to, że orzeczenie o wpisie nowego zarządu pozwanej spółki do KRS nie jest jeszcze prawomocny.

SĄD APELACYJNY ZWAŻYŁ CO NASTĘPUJE.

Apelacja powoda jest bezzasadna.

1/ W pierwszej jednak kolejności należy odnieść się do wniosku W. S. o zawieszenie postępowania apelacyjnego na zasadzie art. 177 § 1 k.p.c. Wniosek ten nie może zostać uwzględniony. W aktualnym odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego (nr KRS (...) – k. 365-367 akt niniejszych), jako Prezes Zarządu (...) spółki ograniczoną odpowiedzialnością w K., wpisany jest A. K. (2), który jest uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki. Art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym (tj. Dz.U. z 2013 r, 2013, poz. 1203) ustanawia domniemanie, że dane wpisane (choćby nieprawomocnie) do rejestru są prawdziwe. Jest to domniemanie prawne, w rozumieniu art. 234 k.p.c., które może zostać obalone, jednakże ciężar wykazania faktu, że dane wpisane do rejestru nie są prawdziwe, spoczywa na osobach, które z okoliczności tej wywodzą skutki prawne. W niniejszej sprawie były Prezes Zarządu (...) spółki z o.o, nie wykazał, że wpis A. K. (2) nastąpił nieprawie.

Należy zauważyć, że jak na razie w obrocie prawnym istnieje uchwała o powołaniu A. K. (2) na Prezesa Zarządu Spółki. Uchwała ta stanowiła podstawę zmiany wpisów w KRS. Dopiero wyeliminowanie jej z obrotu prawnego wyrokiem sądu (przez uchylenie czy też stwierdzenie nieważności) może doprowadzić do obalenia domniemania wynikającego z treści kwestionowanego wpisu. W myśl stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 lutego 2011 r. III CSK 150/10, wyrok stwierdzający nieważność uchwały walnego zgromadzenia wspólników wywiera skutek *ex tunc*, co nie oznacza jednak, że uchwała była od początku nieważna. Skutek *ex tunc* niweczy byt prawny zaskarżonej uchwały od chwili jej powzięcia, prowadząc do sytuacji jakby uchwałą w ogóle nie została podjęta. Możliwość powołania się na ten skutek powstaje dopiero wtedy, gdy zapadnie prawomocny wyrok stwierdzający sprzeczność uchwały z prawem. W przeciwnym wypadku uchwała musi być respektowana zarówno w stosunkach pomiędzy wspólnikami, jak i przez osoby trzecie. Brak takiego wyroku uniemożliwia przyjęcie, że pozwany w niniejszej sprawie obalił domniemanie wynikające z aktualnego wpisu w KRS. Samo zaskarżenie przez W. S. przedmiotowego wpisu nie może prowadzić do zawieszenia niniejszego postępowania. Wpis do rejestru KRS nie ma charakteru konstytutywnego, wobec czego sąd nie narusza art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c. odmawiając zawieszenia postępowania w związku z toczącym się postępowaniem rejestrowym (por. postanowienie Sadu Najwyższego z dnia 6 grudnia 1999 roku, III CKN 883/99, Lex nr 529709).

2/ Zarzuty podniesione w apelacji powoda nie mogą odnieść skutku.

Ustalenia faktyczne Sadu Okręgowego są w zasadzie prawidłowe, obejmują one zresztą okoliczności bezsporne między stronami. Pozwany nietrafnie zarzuca temu Sądowi ustalenie, jakoby wszyscy podwykonawcy zostali ujawnieni w dzienniku budowy. Po pierwsze, okoliczność ta ma znaczenie drugorzędne, po drugie w żadnym razie nie wynika ona z uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Sąd Okręgowy wyraźnie wskazał, że jedynie wykonywanie robót przez trzech podwykonawców zostało ujawnione w dzienniku budowy, z tym, że tylko co do jednego z nich pozwany – zgodnie z §3.9 umowy – uzyskał pisemną zgodę inwestora. Co do siedmiu podwykonawców pozwany nie dokonał wpisu w dzienniku budowy i nie uzyskał pisemnej zgody inwestora – i właśnie to uchybienie było przyczyną naliczenia przez powoda kary umownej.

Brak jest natomiast jednoznacznych dowodów na to, że powód tolerował obecność na placu budowy innych podmiotów niż wykonawca. Takie twierdzenie pojawia się w uzasadnieniu wyroku, jednakże nie jest uprawnione w sytuacji, gdy Sąd Okręgowy pominął wszystkie dowody (zeznania świadków) zmierzające do wykazania tej okoliczności. Uznać jednak należy, że dowody te Sąd Okręgowy słusznie uznał za zbędne dla rozstrzygnięcia sporu.

Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu Okręgowego, iż w okolicznościach niniejszej sprawy powód nie nabył uprawnienia do obciążenia pozwanego karą umowną.

Na gruncie przepisów kodeksu cywilnego kara umowna ma przede wszystkim funkcje kompensacyjną. Przejawia się ona w tym, że kara umowna stanowi dla wierzyciela surogat odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Mimo, iż wystąpienie szkody nie jest warunkiem dochodzenia kary umownej, postuluje się by strony, ustalając wysokość kary brały pod uwagę jej zasadniczo kompensacyjny charakter (funkcja delimitacyjna kary). Kara umowna będąca przedmiotem niniejszego postępowania w żadnym razie nie pełni funkcji kompensacyjnej. Taką funkcje pełnią naliczone pozwanemu przez powoda kary umowne za opóźnienie w wykonaniu przedmiotowego zadania inwestycyjnego. Powód naliczył te kary w wysokości 1 106 700 zł i potrącił je z wierzytelnością pozwanego o wypłatę wynagrodzenia. Okoliczność ta jest bezsporna. Pozwany nie uznaje zasadności potrącenia – sprawa jest w toku (por. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 maja 2013, sygn. akt IX GC 573/12 – k. 342). Kara za opóźnienie w wykonaniu robót spełnia – między innymi – funkcję kompensacyjną, kara 100 000 zł, naliczona w oparciu o § 6.3 umowy, nie ma żadnego związku z kompensata szkody.

Ważnym zadaniem kary umownej jest zabezpieczenie wykonania zobowiązania, tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Takie oddziaływanie można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem jej zastrzeżenie ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Kara umowna w tym zakresie służy ochronie interesów prawnych wierzyciela (zapobieganie niewykonaniu zobowiązania). Stymulująco może działać wysokość ustalonej kary umownej, wybrany rodzaj kary, a także względ na łatwość dochodzenia tego świadczenia. Odzwierciedleniem funkcji mobilizującej kary umownej jest poniekąd przepis art. 483 § 2 k.c., wyłączający, co do zasady, możliwość uchylenia się przez dłużnika od wykonania zobowiązania przez zapłatę kary umownej. Zastrzeżenie kary umownej w kontekście wspomnianego przepisu prowadzi do wzmocnienia reguły realnego wykonania zobowiązania. Bez wątpienia – na co zwrócił już uwagę Sad I instancji – kara umowna będąca przedmiotem niniejszego postępowania nie realizuje funkcji stymulacyjnej. Pozwany nie domagał się w trakcie budowy zaprzestania wykonywania robót przez podwykonawców, bądź też zalegalizowania tych działań przez wykonawcę, to jest uzyskanie pisemnej zgody na wykonywanie robót przez określone podmioty. Naliczono bowiem karę umowną w sytuacji, gdy zobowiązanie (wykonanie zadania inwestycyjnego) zostało pół roku wcześniej w całości wykonane.

Przedmiotowa kara umowna pełni, w założeniu, przede wszystkim funkcję represyjną. Jest sankcją cywilnoprawną za naruszenie § 3.9 umowy. W piśmiennictwie podkreśla się, że represyjny charakter kary umownej uwypukla się wtedy, gdy strony zawierając umowę ustalają karę umowną w wysokości przekraczającej wartość potencjalnej szkody, która może w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Represyjna funkcja kary wyraża się przede wszystkim w tym, że obowiązek zapłaty kary ma charakter bezwzględny, to znaczy istnieje również wtedy, gdy w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, wierzyciel w ogóle niw poniósł szkody.

Jednakże jak wynika z treści art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. konieczną przesłanką naliczenia kary umownej jest zawsze niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Niewykonaniem zobowiązania jest brak spełnienia świadczenia przy jednoczesnym istnieniu okoliczności, wyłączających jego spełnienie w przyszłości. Kodeks cywilny zawiera cztery rodzaje niewykonania zobowiązania – są to niemożliwość świadczenia, za którą dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, niemożliwość świadczenia, za którą dłużnik ponosi odpowiedzialność, opóźnienie i zwłoka (czyli: opóźnienie zwykłe, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności oraz kwalifikowane, za które ponosi odpowiedzialność). Nienależytym wykonaniem zobowiązania będzie sytuacja, gdy świadczenie zostanie wprawdzie spełnione, lecz nie będzie ono prawidłowe, gdyż odbiegało będzie w jakimś stopniu, większym lub mniejszym, od świadczenia wymaganego (zob. art. 353 i art. 354 k.c.). Innymi słowy – z przypadkiem nienależytego wykonania zobowiązania będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy wprawdzie świadczenie zostanie spełnione, lecz interes wierzyciela nie zostanie zaspokojony w sposób wynikający z treści zobowiązania. Przy czym każde, nawet najlżejsze uchybienie zobowiązaniu przez dłużnika, bez względu na to, na czym by ono polegało, stanowić będzie nienależyte wykonanie (por. przegląd piśmiennictwa – Agnieszka Rzetecka Gil, Kodeks cywilny, Komentarz do art. 471 k.c. Lex/

El., 2011). Z kolei w orzecznictwie przyjęto, że nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce wtedy, gdy zachowanie dłużnika zmierzało do spełnienia świadczenia, jednak osiągnięty przez niego wynik nie spełnia wymogów świadczenia, do którego dłużnik był zobowiązany (wyrok SA w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009 r., V ACa 88/09, LEX nr 523881).

Jak z tego wynika pojęcie niewykonania zobowiązania jest szerokie. Mimo to zapis przewidujący karę umowną dla wykonawcy za powierzenie robót podmiotom nieobjętym umową, bez pisemnej zgody inwestora, budzi zastrzeżenia co do swej ważności, tj. zgodności z przepisami art. 483 i 484 k.c. w zw. z art. 471 k.c. Zapis §6.3 umowy odrywa się całkowicie od kompensacyjnej funkcji kary umownej, która jest istotą tej instytucji. Stosownie do treści art. 483 § 1 k.c. kara umowna służy naprawieniu szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Pozostałe funkcje kary mają pomocnicze znaczenie. Umowa z dnia 14 kwietnia 2010 r, zawiera w § 6-tym, klauzule dotyczące kary umownej za niewykonanie, lub nienależyte wykonanie umowy. Podstawą naliczenia kar są tu zwłoka w wykonaniu umowy, naprawieniu usterek i przeprowadzeniu odbiorów, czy też zawinione odstąpienie od umowy. Wykonanie robót przez podmiot, którego inwestor nie zaakceptował, w formie przewidzianej umową, ze swej istoty nie jest źródłem szkody. Pomiedzy nieprawidłowym aktem zatrudnienia podwykonawcy a szkodą brak jest jakiegokolwiek relacji przyczynowo-skutkowej. Źródłem potencjalnej szkody może być natomiast opieszale bądź niezgodne ze sztuką zawodu działanie danego podwykonawcy. Tego rodzaju nienależyte wykonanie zobowiązania obciąża względem inwestora samego wykonawcę i zostało w umowie obwarowane stosownymi karami umownymi (np. za zwłokę w wykonaniu zobowiązania). W tym kontekście, naruszenie zakazu powierzania robót podwykonawcy bez zgody inwestora – choć jest naruszeniem umowy – z nie stanowi jednak, jak się zdaje, nienależytego wykonania umowy, które może być obwarowane sankcją kary umownej. Postanowienie zawarte w § 6.3 umowy stanowi superfluum dublujące odpowiedzialność pozwanego i jako takie jest niedopuszczalne w świetle art. 483 § 1 k.c.

Nawet gdyby przyjąć, że brak jest podstaw by a limine wykluczyć ważność przedmiotowego postanowienia umowy, to uznać należy, że realizacja uprawnień powoda do naliczenia kary nastąpiła w takich okolicznościach faktycznych, które wykluczają istnienie po stronie powoda prawa podmiotowego objętego zgłoszonym w pozwie roszczeniem procesowym. Sąd Apelacyjny podziela bez zastrzeżeń pogląd Sądu I instancji, iż naliczenie kar umownych przez inwestora w niniejszej sprawie stanowi nadużycie prawa podmiotowego, w rozumieniu art. 5 k.c. Jak wynika z niekwestionowanych ustaleń faktycznych Sądu I instancji zadanie inwestycyjne zostało odebrane bezusterkowo. Pomiedzy stronami toczy się spór sądowy, którego przedmiotem jest odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie w realizacji robót, co ma decydujące znaczenie dla oceny prawidłowości obciążenia tegoż wykonawcy karą umowną naliczoną w oparciu o zapis § 6.1a umowy. Kara umowna w wysokości 100 000 zł, została naliczona sześć miesięcy po dokonaniu bezusterkowego odbioru robót i oddaniu budynku do użytkowania. Działanie powoda stanowiło tu oczywistą retorsję. Naliczenie kary nastąpiło po wezwaniu powoda przez pozwanego do zapłaty reszty wynagrodzenia. Tego rodzaju działanie w oczywisty sposób nie realizuje żadnej z funkcji kary umownej, ma jedynie na celu uzyskanie przez powoda dodatkowego przysporzenia. Postępowanie powoda narusza zasady lojalności kontraktowej i uczciwości kupieckiej, niezależnie od tego czy twierdzenie powoda o braku wiedzy o działaniach podwykonawców są prawdziwe czy też nie.

Zarzuty apelującego nie prowadzą do odmiennych wniosków, co musiało doprowadzić do oddalenia apelacji, jako bezzasadnej w oparciu o przepis art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto na zasadzie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c.