

Sygn. akt I ACa 1693/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 maja 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Hanna Nowicka de Poraj (spr.)
Sędziowie:	SSA Barbara Górczanowska SSA Sławomir Jamróg
Protokolant:	sekr. sądowy Katarzyna Rogowska

po rozpoznaniu w dniu 10 maja 2017 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa T. M.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością

w K.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 20 września 2016 r. sygn. akt IX GC 6/15

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 5 400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Barbara Górczanowska SSA Hanna Nowicka de Poraj SSA Sławomir Jamróg

I ACa 1693/16

UZASADNIENIE

Powód T. M. domagał się zasądzenia solidarnie od pozwanych B. B., (...) sp.z.o.o. w K. kwoty 108.157,41 zł z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu.

W uzasadnieniu podał, że w/w roszczenie pieniężne to kaucja i wynagrodzenia za wykonanie tynków i wylewek na budowie przy ul. (...) w K., gdzie pozwana spółka była inwestorem, a pozostali pozwani (jako wspólnicy spółki cywilnej

(...) byli generalnym wykonawcą. 12 sierpnia 2013 roku powód zawarł ze współnikami spółki cywilnej umowę, zgodnie z po zakończeniu każdego etapu powód był uprawniony do wystawienia faktury, z terminem płatności 45 dni od dnia doręczenia faktury. Powód wystawił faktury:

- nr (...) – w dniu 30.11.2013r, na kwotę 77.813,46 zł (doręczona zamawiającemu w dniu 31.10.2013r.), z czego zostaje do zapłaty kwota 15.210,98 zł;

- nr (...). w dniu 30.11.2013r. na kwotę 87.579,12 zł (doręczona zamawiającemu w dniu 31.10.2013r.), z czego po odliczeniu kaucji pozostaje do zapłaty 83.524,53 zł.

W dniu 30.11.2013r. został podpisany przez zamawiającego ((...)), inwestora i powoda protokół końcowy potwierdzający wykonanie robót. Powód pismem z dnia 29.05.2014r. wezwał pozwanych do zapłaty.

Pozwana spółka dokonała wpłat bezpośrednio na rzecz powoda, tj. w dniu 22.01.2014r. kwoty 5000 zł na poczet faktury VAT nr (...) i kwoty 14 000 zł w dniu 02.05.2014r, na poczet faktury VAT nr (...). Pozwani dokonali wpłat: kwoty 20000 zł w dniu 25.02.2014r. na poczet faktury VAT nr (...), kwoty 10000 zł w dniu 18.03.2014r. na poczet faktury VAT nr (...). Z faktury VAT nr (...) zatem pozostała do zapłaty kwota 15210,98 zł.

Poza tym powód żądał zwrotu połowy kaucji w kwocie 6808,75 zł, która powinna być zwrócona w terminie 7 dni od dnia usunięcia usterek i kwoty 2613,15 zł tytułem odsetek od zapłaconej po terminie części należności z faktury nr (...).

Powód wskazał, że pozwana spółka odpowiada na podstawie(...) bowiem wiedziała o zawarciu umowy między powodem a generalnym wykonawcą (...) i na wykonywanie robót przez powoda się godziła, o czym świadczą też tytuły dokonywanych przez spółkę wpłat, gdzie wskazano, że wpłaty są dokonywane za S. z tytułu konkretnych faktur. Powód wskazał, że pozwany wiedział o wykonywaniu przez niego robót i na to się godził.

Nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 18.08.2014r. sygn. akt IX GNc 925/14 Sąd zasądził żadaną kwotę solidarnie od pozwanych Z. G., B. B. (2) i pozwanej spółki. Nakaz zapłaty co do Z. G. i B. B. (2) uprawomocnił się.

(...) sp.z.o.o. w K. w zarzutach od nakazu zapłaty wniosła o uchylenie nakazu i oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu. Pozwana wniosła także o nakazanie powodowi zwrotu pozwanej kwoty 124.686,49 z ustawowymi odsetkami od dnia 22.01.2015r. do dnia zapłaty, a to tytułem zwrotu kwoty wyegzekwowanej od spółki w toku egzekucji na podstawie nakazu zapłaty z dnia 18.08.2014r. na początku grudnia 2014r.

W uzasadnieniu pozwany zarzucił, że powód nie udowodnił, by uzyskał zgodę pozwanej spółki na zawarcie umowy z generalnym wykonawcą lub, co najmniej, na wykonywanie przez siebie prac na inwestycji. Pozwany nie uczestniczył w odbiorach robót powoda ani też nie był o nich informowana. Pozwany ani przez powoda ani przez (...) spółki (...) nie był poinformowany o wykonywaniu robót przez powoda. Umowa o generalne wykonawstwo przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe i pozwany zapłacił należności za tynki i wylewki generalnemu wykonawcy, stąd uwzględnienie powództwa byłoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Wpłaty części wynagrodzenia na rzecz powoda pozwany dokonał w 2014r. z uwagi na wyraźną dyspozycję współników S., którzy wnosili o zapłatę własnych faktur przed terminem płatności w zamian za 1 % skonta, jednakże jako odbiorcę środków wskazując inne podmioty, w tym powoda. Zapłaty zostały dokonane już po wykonaniu prac przez powoda, stąd nie mogą być uznane za wyrażenie zgody na wykonywanie prac przez powoda jako podwykonawcę. W dzienniku budowy brak wpisów mogących świadczyć o obecności powoda na budowie. Powód zatem nie dopełnił aktów staranności, by uzyskać zgodę inwestora na wykonywanie robót.

Wyrokiem z dnia 20 września 2016 r, sygn. IX GC 6/15, Sąd Okręgowy w Krakowie uchylił w całości wcześniej wydany nakaz zapłaty, w stosunku do pozwanego (...) spółki z o.o. w K. i: I/ oddalił powództwo w stosunku do tego pozwanego, II/ zasądził od powoda na rzecz strony pozwanego kwotę 7.773 zł tytułem kosztów procesu, III/ nakazał powodowi zwrot na rzecz pozwanego kwoty 124.686,49 zł, wyegzekwowanej na podstawie wydanego wcześniej nakazu zapłaty, wyegzekwowana na rzecz powoda w postępowaniu egzekucyjnym.

W uzasadnieniu Sąd Okręgowy uznał za bezsporne, że pozwany (...) sp. z o.o. w K. był inwestorem inwestycji przy ul. (...) w K. - Budynek Mieszkalny Wielorodzinny Etap IV E. segment (...) Generalnym wykonawcą byli (...) spółki (...): Z. G. i B. B. (2). Pozwany dokonała wpłat bezpośrednio na rzecz powoda, tj. w dniu 22.01.2014r. kwoty 5000 zł na poczet faktury VAT nr (...) i kwoty 14000 zł w dniu 02.05.2014r. na poczet faktury VAT nr (...). Na podstawie nakazu zapłaty z dnia 18.08.2014r. zaopatrzonego w klauzulę wykonalności powód wszczął postępowanie egzekucyjne przed komornikiem, w wyniku czego od pozwanego została wyegzekwowana kwota 124.686,49 zł.

Kolejno Sąd Okręgowy ustalił, że powód w ramach prowadzonej działalności gospodarczej od wielu lat wykonuje tynki i wylewki na budowach. Prezes zarządu pozwanego po raz pierwszy występował w roli reprezentanta inwestora na budowie. Przed zawarciem umowy o generalne wykonawstwo ze współnikami S., prezes zarządu pozwanej sprawdzał, jakie inwestycje wykonali i otrzymał zapewnienie współników, że posiadają odpowiednie zaplecze, w tym wykwalifikowanych pracowników różnych branż, by wykonać inwestycję kompleksowo.

Pomiędzy pozwaną spółką a generalnym wykonawcą Z. G. i B. B. (2) (...) s.c.) w dniu 17 maja 2012 r. została zawarta umowa o generalne wykonawstwo co do inwestycji przy ul. (...). Zgodnie z umową wykonawca był uprawniony do podzlecenia jedynie tych robót, które zostały określone jako roboty do podzlecenia w harmonogramie lub w inny sposób uzgodnione z zamawiającym. Wykonawca miał przedstawić zamawiającemu wraz z wnioskiem o udzielenie zgody na podzlecenie dokumenty: projekt umowy o podwykonawstwo, szczegółowy zakres robót powierzonych podwykonawcy wraz z dokumentacją dotyczącą jej wykonania, oświadczenie podwykonawcy o zgodzie na cesję określoną w klauzuli(...)Nigdy nie powstał harmonogram robót do wykonania w ramach podwykonawstwa ani też wykaz podwykonawców. (...) s.c. zapewniali prezesa zarządu pozwanego, że wykonują roboty własnymi pracownikami. Pozwany zapłacił generalnemu wykonawcy za prace określone w harmonogramie rzeczowo finansowym jako roboty tynkarskie i wylewki. Wykonane przez generalnego wykonawcę roboty były odbierane, w imieniu inwestora – przez inspektora nadzoru Z. B., w imieniu generalnego wykonawcy – przez kierownika budowy M. R..

Powoda na inwestycję przy ul. (...) sprowadził kierownik budowy M. R.. Wymieniony pracował wcześniej z powodem. Powód przyjechał na budowę obejrzeć zakres robót. Do powoda docierały już wówczas informacje, że spółka (...) nie cieszy się dobrą opinią na rynku i nie płaci wykonawcom. M. R. przekazał powodowi informację o tym, kto jest inwestorem i o tym, że inwestor jest solidnym płatnikiem. Powód przed przyjęciem oferty znał prezesa zarządu pozwanej bowiem spotykali się czasami na kortach tenisowych. Powód zdecydował się podjąć wykonywania robót bowiem uznał, że osoba prezesa zarządu spółki będącej inwestorem gwarantuje zapłatę. W dniu 12.08.2013r. powód zawarł z generalnym wykonawcą umowę o wykonanie prac budowlanych. Zgodnie z umową po zakończeniu każdego etapu powód był uprawniony do wystawienia faktury z terminem płatności 45 dni od dnia doręczenia faktury. Pierwsze wystawione przez powoda faktury generalny wykonawca zapłacił. Powód wykonał prace i wystawił faktury: nr (...)r. w dniu 30.11.2013r. na kwotę 77.813,46 zł (doręczona zamawiającemu w dniu 31.10.2013r.) i nr (...) w dniu 30.11.2013r. na kwotę 87.579,12 zł (doręczona zamawiającemu w dniu 31.10.2013r.), z czego po odliczeniu kaucji pozostaje do zapłaty 83.524,53 zł. W dniach 31.10.2013r. i 30.11.2013r. zostały podpisane przez M. R. z ramienia wykonawcy(...)i przez przedstawiciela powoda protokoły potwierdzające wykonanie robót. Wykonawca zapłacił powodowi: 20000 zł w dniu 25.02.2014r. na poczet faktury VAT nr (...), 10000 zł w dniu 18.03.2014r. na poczet faktury VAT nr (...). Z faktury VAT nr (...) pozostała zatem do zapłaty kwota 15210,98 zł. Poza tym pozostaje do zwrotu na rzecz powoda połowa kaucji w kwocie 6808,75 zł, która powinna być zwrócona w terminie 7 dni od dnia usunięcia usterek. Odsetki ustawowe od zapłaconej po terminie części należności z faktury nr (...) wynoszą 2613,15 zł.

Powód nie sprawdzał, czy generalny wykonawca poinformował pozwanego, jako inwestora o umowie zawartej z powodem, jako podwykonawcą. Sam też nie poinformował o tym prezesa zarządu pozwanego. Powód uważał, że prezes zarządu pozwanego wie o tym, że powód prace wykonuje. Powód uważał, że o jego pracy na budowie prezes zarządu pozwanego wie od generalnego wykonawcy. Powód w trakcie wykonywania prac spotkał raz prezesa zarządu pozwanej spółki na budowie, ale było to spotkanie przypadkowe i bardzo krótkie, w trakcie którego obie strony wymieniły powitania, natomiast nie rozmawiały o budowie. Powód uważał, że skoro prezes zarządu widział go na budowie, a

wiedział, że powód w ramach działalności wykonuje niemal wyłącznie tynki i wylewki, to wie, że powód wykonuje prace na budowie i jakie.

Pozwany rozliczył się z generalnym wykonawcą, płacąc na bieżąco. Prezes zarządu pozwanego powziął informację, iż prace wykonują nie pracownicy lecz podwykonawcy spółki (...), w tym powód już po wykonaniu prac przez powoda. Było to w grudniu 2013r., gdy była zamawiana winda, za którą inwestor zapłacił zaliczkę generalnemu wykonawcy, a której dostarczenie się opóźniało. Wówczas inwestor zainteresował się przyczynami opóźnienia. Okazało się, że generalny wykonawca nie zapłacił wielu podwykonawcom, którzy zaczęli zgłaszać się do inwestora po zapłatę. Doszło do spotkań inwestora, podwykonawców i generalnego wykonawcy, w trakcie których omawiano problem dokończenia prac i rozliczeń. Generalny wykonawca miał kłopoty finansowe i pewne prace inwestor zakończył we własnym zakresie w 2014r. Pismem z dnia 21.01.2014r. skierowanym do inwestora generalny wykonawca poprosił, by inwestor dokonał płatności z faktury nr (...) przed terminem płatności w zamian za 1% skonta oraz by dokonał płatności w ten sposób, by kwoty wskazane w piśmie zapłacił bezpośrednio na rzecz wskazanych mu za wymienione faktury. Polecenie obejmowało, między innymi, należności powoda (5000 zł za fakturę nr (...))r). Następnie w piśmie z dnia 29.04.2014r. generalny wykonawca wskazał, by inwestor zapłacił mu kolejną fakturę a zapłaty dokonał, między innymi, na rzecz powoda 14 000 zł za fakturę nr (...)). Inwestor dokonał zapłaty, w obu przypadkach, zgodnie z poleceniem.

Na początku 2014r. przez nabywcę mieszkania została zgłoszona usterka w pracach wykonywanych przez powoda. Wówczas prezes zarządu pozwanego zgłosił usterkę M. R., a ten podał mu kontakt do osoby odpowiedzialnej u powoda za usuwanie usterek. Prezes pozwanego skontaktował się telefonicznie z tą osobą. Usterka została usunięta.

Pismem z dnia 29.05.2014r. powód wezwał pozwanego do zapłaty a ten odmówił, argumentując, że nie został poinformowany o zamiarze powierzenia prac powodowi, stąd nie mógł wyrazić zgody na prace.

Powód nie uczestniczył w czynnościach odbiorowych. Pracownicy powoda nie pracowali w kamizelkach z logo jego firmy, a pracowali w ubraniach białych ze względu na wykonywanie brudnych prac. Na budowie nie odbywały się narady w trakcie prac.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Sąd Okręgowy wiele miejsca poświęcił zeznaniom świadków i stron. Wskazał, że w ustaleniach stanu faktycznego oparł się na zeznaniach świadków M. B. (pracownik powoda – kierownik robót), Z. B. (inspektor nadzoru inwestora), J. M. (1) (podwykonawca S.), M. J. (inżynier budowy ze strony S.), częściowo M. R. (kierownik budowy z ramienia (...)). Zeznania świadka M. R. w zakresie, w jakim zeznał, że prezes zarządu pozwanego wiedział o wykonywaniu prac przez powoda Sąd uznał za niewiarygodne. Świadek sprowadził powoda na budowę, gdyż znał go z innych inwestycji i zapewnił powoda, że inwestor gwarantuje zapłatę (w tym czasie i powód i świadek R. wiedzieli już, że solidność jego kontrahenta S., budzi wątpliwości). M. R., jako kierownikowi budowy z ramienia (...), zależało na pozyskaniu podwykonawcy do tynków i wylewek, których to prac nie dokończyła poprzednia firma i na sprawnym zakończeniu robót. Dodatkowo powód swoje prace wykonał i to zasadniczo bez usterek. Gdy więc okazało się, że generalny wykonawca nie zapłacił całego wynagrodzenia powodowi i doszło do niniejszego procesu, świadek M. R. – zdaniem Sądu Okręgowego – starał się w swoich zeznaniach poprawić sytuację procesową powoda. Być może, wywodzi Sąd, świadek uznał, że w opisany wyżej sposób przyczynił się do tego, że powód musi dochodzić zapłaty w procesie sądowym. Sąd zauważył w zeznaniach świadka R. brak bezstronności w zakresie twierdzeń, że prezes zarządu pozwanej wiedział o wykonywaniu prac przez powoda już w trakcie wykonywania tych prac. Twierdzenia tego świadek nie poparł przytoczeniem żadnych faktów, w szczególności nie potrafił wskazać, kiedy i w jakich okolicznościach inwestor miał zostać poinformowany o wykonywaniu robót przez powoda. Zeznania świadka są ogólne, zeznał jedynie, że nie pamięta okoliczności przekazania tej informacji prezesowi zarządu pozwanej, myśli jednak, że ją przekazał. Z drugiej strony M. R. przyznał, że ani umowa zawarta z powodem ani protokoły odbioru prac nie były okazywane inwestorowi. Sąd zauważył, że gdy okazano świadkowi pismo z dnia 21.01.2014r., ten zeznał, że drogą dedukcji wnioskuje, iż skoro w piśmie wskazano podwykonawców to inwestor o nich wiedział. Świadek zeznał, że z inwestorem nie były omawiane roboty do wykonania dla poszczególnych podwykonawców. Zatem na podstawie zeznań M. R. będącego najbardziej zaangażowanym w wykonywanie robót na budowie, spośród świadków przesłuchanych w sprawie, nie można ustalić, iż prezes pozwanej wiedział o wykonywaniu prac przez

powoda wcześniej niż w grudniu 2013r., tj. już po zakończeniu tych robót, gdy nastąpiła eskalacja problemów z płatnościami na rzecz wszystkich podwykonawców. Taki sam wniosek wynika z zeznań pozostałych świadków, którzy wyrazili jedynie przypuszczenie, że prezes pozwanej wiedział o wykonywaniu prac przez powoda. Świadek M. J. zeznał jedynie, że się domyśla, iż inwestor wiedział o powodzie na budowie, świadkowie M. B. i J. M. (1) potwierdzili, że na budowie nie było cyklicznych narad, dopiero pod koniec 2013r., gdy nastąpiły problemy z płatnościami dla wszystkich podwykonawców, czyli po wykonaniu m.in. robót powoda inwestor się dowiedział o podwykonawcach. Żaden ze świadków nie potwierdził okoliczności, by inwestor wiedział o powodzie jako podwykonawcy. Inspektor nadzoru, świadek Z. B., zeznała, że uważała, iż wszyscy pracownicy są z firmy (...), prace odbierała od M. R. bez udziału przedstawiciela powoda. Zeznała, że nie widziała powoda przy odbiorach i że S. nie zgłosiło żadnych podwykonawców, bo wspólnicy S. twierdzili, że prace wykonują ich pracownicy.

Zeznania prezesa zarządu pozwanej i zeznania powoda Sąd ocenił jako wiarygodne bowiem były spójne i logiczne, za wyjątkiem tego, czy prezes zarządu pozwanej wiedział o tym, iż powód pracuje na budowie jako podwykonawca. W przytoczonym zakresie Sąd dał wiarę zeznaniom prezesa zarządu pozwanej, iż nie ten wiedział, że powód wykonywał prace na budowie jako podwykonawca, odmienną relację powoda Sąd uznał za niewiarygodną. Ani powód ani świadkowie nie potrafili określić kiedy i w jakich okolicznościach prezes został poinformowany o podwykonawstwie powoda. Jedyne co wynika z tych zeznań, to to, że prezes zarządu pozwanej wiedział o pracy powoda w momencie, gdy S. miała już poważne problemy finansowe i różni podwykonawcy zaczęli zgłaszać roszczenia finansowe do inwestora. Jednak z zeznań wynika, że był to okres grudnia 2013r., a z pewnością po 30.11.2013r., zatem po zakończeniu prac przez powoda. Z żadnego dowodu nie wynika natomiast, by prezes zarządu pozwanej był zawiadomiony o obecności powoda jako podwykonawcy na budowie przed rozpoczęciem prac przez powoda lub w ich trakcie. Sam powód zeznał, że on nie informował prezesa zarządu pozwanej o tym, że wykonuje prace na budowie jako podwykonawca, i nie potrafił swojego zaniechania logicznie wytłumaczyć. W ocenie Sadu powód podjął się prac uważając, że skoro zna prezesa pozwanej to dostanie zapłatę, tym bardziej, że M. R. zapewnił go, że inwestor płaci terminowo. Jednak powód nie dopełnił aktów staranności co do poinformowania inwestora o swojej pracy na budowie.

Ocena dokonanych ustaleń faktycznych doprowadziła Sąd Apelacyjny do wniosku o bezzasadności powództwa.

W pierwszej jednak kolejności Sąd Okręgowy odniósł się do wniosku powoda o odrzucenie sprzeciwu pozwanej. Sąd zauważył, że nakaz zapłaty z dnia 18 sierpnia 2014 r. został wysłany na adres pozwanej wskazany w pozwie, tj. os. (...) w K.. Przesyłka została zwrócona przez operatora pocztowego z adnotacją o dwukrotnym awizowaniu w okresie od 08.09.2014r. do 23.09.2014r. i pozostawieniu zawiadomienia w skrzynce pocztowej. Postanowieniem z dnia 15.10.2014r. Sąd nadał nakazowi klauzulę wykonalności uznając nakaz za skutecznie doręczony i prawomocny. Na podstawie w/w tytułu powód wszczął postępowanie egzekucyjne przed Komornikiem przy Sądzie Rejonowym (...)D. U., pod sygn. akt Km 1977/14. W dniu 24.11.2014r. prezes zarządu pozwanej złożył wniosek o doręczenie nakazu zapłaty wskazując, że o nakazie dowiedział się w dniu 21.11.2014r., gdy komornik doręczył zawiadomienie o wszczęciu egzekucji. Biuro spółki jest czynne w każdy dzień roboczy od 8.00 do 16.00, a spółka nie otrzymała żadnego awizo. Spółka prowadzi działalność deweloperską i w dniu 01.07.2014r. uzyskała decyzję o pozwoleniu na użytkowanie budynku przy ul. (...) i sukcesywnie przenosi własność lokali na nabywców i wszelką korespondencję odbiera. Pozwany wskazał, że operator dopuścił się uchybień w doręczeniu bowiem pozwany nie posiada skrzynki pocztowej ani przy wejściu do budynku ani przy wejściu do lokalu.

Sąd Okręgowy uznał, że w opisanej wyżej sytuacji nie doszło do skutecznego doręczenia nakazu zapłaty, tym samym jego uprawomocnienia, stąd też – wbrew stanowisku powoda – pozwany nie musiał składać wniosku o przywrócenie terminu do wniesienia zarzutów. Zarządzono ponowne doręczenie nakazu zapłaty i po skutecznym doręczeniu pozwana wniosła zarzuty. Powyższej oceny nie zmienia także to, że pozwany nie zaskarżył postanowienia o nadaniu nakazowi klauzuli wykonalności. Wszak tryb zaskarżenia wskazanego postanowienia jest niezależny od podjęcia środków mających na celu skuteczne doręczenie i zaskarżenie nakazu zapłaty. Z kolei prawomocność orzeczenia jest stanem obiektywnym, uwarunkowanym upływem terminu do zaskarżenia orzeczenia, który z kolei nie może rozpocząć biegu przed skutecznym doręczeniem orzeczenia.

Przedstawiając stanowisko merytoryczne Sąd Okręgowy odwołał się do treści art. 647¹ §§ 1, 2 i 3 k.c., które przytoczył *in extenso*.

Sąd wskazał, że bezspornym w sprawie było, że pozwana spółka była inwestorem na inwestycji przy ul. (...) w K. a generalnym wykonawcą byli wspólnicy spółki cywilnej (...): Z. G. i B. B. (2). Z dowodów z dokumentów wynikało też, że powód zawarł z generalnym wykonawcą umowę pisemną na wykonanie wylewek i tynków na wskazanej inwestycji. Sporną kwestią było ustalenie, czy zarząd pozwanego, tj. prezes W. O. (1) wiedział o tym, że powód jako podwykonawca wykonuje prace na budowie na rzecz inwestora i tym samym, czy ponosi odpowiedzialność za zapłatę na rzecz powoda w świetle art. 647¹ § 5 k.c. Powołany przepis stanowi, że zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Wskazując na szereg orzeczeń Sądu Najwyższego Sąd Okręgowy wskazał, że zgoda inwestora na wykonanie prac przez podwykonawcę może być wyrażona jako „zgoda bierna”, „zgoda czynna wyraźna”, „zgoda czynna dorozumiana”, przy czym dla przyjęcia odpowiedzialności inwestora konieczna jest zgoda, a nie jest wystarczająca sama wiedza inwestora. Nadto przyjąć należy, że inwestor odpowiada w świetle art. 647¹ § 5 k.c. także wówczas, gdy mając możliwość zapoznania się z umową zawartą między generalnym wykonawcą i podwykonawcą z takiej możliwości rezygnuje i tym samym rezygnuje z możliwości wyrażenia zgody na prace podwykonawcy. Jednak w przytoczonej sytuacji inwestor odpowiada przy spełnieniu dodatkowych warunków, tj. przy ustaleniu, że inwestor o pracach podwykonawcy faktycznie wie i je akceptuje, np. uczestniczy w odbiorach tych prac, a jedynie nie zapoznaje się z dokumentami regulującymi prace podwykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie powód, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie odwołał, że pozwany inwestor wyraził zgodę na zawarcie umowy między powodem a generalnym wykonawcą czy też na wykonywanie przez powoda prac na inwestycji w charakterze podwykonawcy. Na podstawie przeprowadzonych dowodów Sąd ustalił, iż prezes pozwanego nigdy nie poznał treści pisemnej umowy powoda z generalnym wykonawcą, nie został poinformowany jakie wynagrodzenie i jakie roboty do wykonania ustalił powód ze współnikami S.. Prezes pozwanego dowiedział się o wykonywaniu robót przez powoda jako podwykonawcy, gdy w grudniu 2013r. okazało się, że generalny wykonawca przestał płacić swoim podwykonawcom ze względu na problemy finansowe. Było to zatem już po zakończeniu robót przez powoda. Przed i w trakcie wykonywania robót przez podwykonawcę prezes zarządu pozwanego o wykonywaniu robót przez powoda nie wiedział, nie uczestniczył w odbiorach tych robót i – pomimo, że znał powoda i spotkali się raz przypadkowo na budowie – nie omawiał z powodem prac. Pierwsze faktury z tytułu wynagrodzenia płacił powodowi generalny wykonawca. Pozwany, jako inwestor, zapłacił powodowi dwa razy część wynagrodzenia, ale było to w 2014r., już po zakończeniu prac przez powoda i na wyraźne polecenie generalnego wykonawcy. Zapłata ta zatem nie świadczy o tym, że pozwany już w 2013r. w trakcie wykonywania prac przez powoda wiedział o jego obecności na budowie. Z treści zeznań świadków i dokumentów (w tym pisma z dnia 21.01.2014r.) wynika, że pozwany dowiedział się o powodzie jako podwykonawcy dopiero po wykonaniu przez niego robót i było to w grudniu 2013r. Generalny wykonawca – wbrew treści umowy łączącej go z inwestorem – nie przedstawił inwestorowi harmonogramu prac, które zamierza powierzyć podwykonawcom ani też listy podwykonawców. Zapewnił inwestora, że wykonuje prace własnymi siłami. Pozwany na bieżąco płacił generalnemu wykonawcy za prace, w tym za wylewki i tynki. Zdaniem Sądu Okręgowego, w świetle powyższych faktów, nie można ustalić istnienia nawet dorozumianej zgody pozwanego inwestora na zawarcie umowy podwykonawstwa na prace powoda. Protokoły odbiorów były sporządzane przez inspektora nadzoru Z. B. ze strony inwestora i kierownika budowy M. R. ze strony generalnego wykonawcy, z kolei roboty wykonane przez powoda były odbierane przez generalnego wykonawcę bez udziału inwestora. Narad na budowie nie było. Żadne spotkania inwestora z podwykonawcami do czasu eskalacji problemów finansowych generalnego wykonawcy, tj. do grudnia 2013r. nie miały miejsca. Inspektor nadzoru nie wiedziała, że powód wykonuje roboty jako podwykonawca, stąd – jak wynika z jej zeznań – także tego faktu nie zgłaszała prezesowi pozwanej spółki. Kierownik budowy M. R. także nie potrafił wskazać momentu – w trakcie wykonywania prac przez powoda – w którym by zgłosił pozwanemu powoda jako podwykonawcę. Powód jako podwykonawca pracował od wielu lat na różnych budowach i przystępując do podpisania umowy o roboty budowlane z generalnym wykonawcą zdawał sobie sprawę z tego, że na umowę musi wyrazić zgodę inwestor. Jednak nie dopełnił aktu staranności i nie zgłosił umowy W. O. (1) pomimo, że go znał

ani też, nie pytał kierownika budowy, czy ten to uczynił imieniem wykonawcy. Powód nie potrafił wytłumaczyć, dlaczego nie dopełnił wskazanych aktów staranności. Tymczasem prezes zarządu pozwanego zeznał, że miał protokoły odbioru podpisane przez inspektora nadzoru i generalnego wykonawcę więc płacił – zgodnie z umową – generalnemu wykonawcy. Dopiero po wykonaniu robót przez powoda dowiedział się o istnieniu podwykonawców nierozliczonych, w tym powoda.

Konkludując Sąd Okręgowy podkreślił, że przepis art. 647¹ k.c. ma służyć ochronie podwykonawców przed nieuczciwymi praktykami inwestorów i generalnych wykonawców, ale ma też służyć ochronie inwestora przed podwójną zapłatą w sytuacji, gdy nie wyraził zgody na prace podwykonawców i rozliczył się z generalnym wykonawcą, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie. W opisanej sytuacji zatem odpowiedzialność inwestora z art. 647¹ k.c. nie może służyć podwykonawcy do uzyskania zapłaty od inwestora, nawet jeśli generalny wykonawca stał się niewypłacalny i podwykonawcy nie zapłacił. Warunkiem uzyskania zatem podwójnej gwarancji zapłaty, tj. od jednego z dwóch solidarnie odpowiedzialnych podmiotów (inwestora lub generalnego wykonawcy) jest dopełnienie aktu staranności, tj. uzyskania zgody inwestora na prace podwykonawcy. Jeśli podwykonawca takiej zgody nie uzyska, może żądać skutecznie zapłaty wyłącznie od generalnego wykonawcy, z którym zawarł umowę na roboty.

Podnosząc powyższe argumenty Sąd Okręgowy w punkcie I wyroku na podstawie art. 496 k.p.c. uchylił nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 18.08.2014r. i w punkcie II powództwo względem spółki oddalił. O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na zasadzie art. 98 k.p.c. przedstawiając ich szczegółowe rozliczenie.

W punkcie IV Sąd nakazał powodowi zwrot stronie pozwanej kwoty 124.686,49 zł, oddalając wniosek restytucyjny w pozostałym zakresie, tj. co do żądanie zwrotu odsetek od tej kwoty od dnia 22.01.2015r. do dnia zapłaty. Sąd przypomniał, że na podstawie nakazu z dnia 18.08.2014r. od pozwanej spółki, w toku egzekucji przeprowadzonej na podstawie nakazu zapłaty (po stwierdzeniu jego prawomocności przed ujawnieniem faktu braku skutecznego doręczenia nakazu), została wyegzekwowana kwota 124.686,49 zł. Sąd podzielił to stanowisko doktryny, które wskazuje, iż w opisanej sytuacji znajdzie w drodze analogii poprzez art. 353² k.p.c. zastosowanie przepis art. 338 § 1 k.p.c., który stanowi, że uchylając lub zmieniając wyrok, któremu został nadany rygor natychmiastowej wykonalności, sąd na wniosek pozwanego orzeka w orzeczeniu kończącym postępowanie o zwrocie spełnionego lub wyegzekwowanego świadczenia lub o przywróceniu poprzedniego stanu. Wszak w sprawie świadczenie zostało wyegzekwowane w toku postępowania egzekucyjnego na podstawie nakazu zapłaty zaopatrzonego w klauzulę wykonalności jako orzeczenie prawomocne. Nie znajdują zatem do zwrotu świadczenia zastosowania przepisy regulujące zwrot świadczenia wyegzekwowanego w postępowaniu zabezpieczającym czy na podstawie nieprawomocnego nakazu zapłaty – 746 k.p.c. czy art.492 k.p.c., a w takich sytuacjach wyklucza się stosowanie art. 338 k.p.c. Natomiast żądanie odsetek w ramach wniosku restytucyjnego było niezasadne w niniejszym procesie bowiem było żądaniem ponad wartość wyegzekwowanego roszczenia, a zgodnie z art. 338 § 2 k.p.c. pozwany ma możliwość dochodzenia w osobnym procesie naprawienia szkody poniesionej wskutek wykonania uchylonego wyroku.

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

1/ naruszenie art. 494 § 1 k.p.c. przez jego niezastosowanie tj, przez nieodrżucenie zarzutów pozwanego pomimo ich złożenia po terminie, w przypadku nie obalenia domniemania doręczenia przesyłki pocztowej zawierającej nakaz zapłaty oraz niezłożenia prawidłowego wniosku o przywrócenie terminu do złożenia zarzutów od nakazu zapłaty;

2/ naruszenie art. 252 k.p.c. w zw. z art. 244 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 17 prawa pocztowego przez przyjęcie jedynie na podstawie niczym niepopartych twierdzeń pozwanego, nieprawdziwości dokumentu urzędowego – potwierdzenia nadania przesyłki rejestrowanej, wydanego przez placówkę pocztową wyznaczonego operatora, pomimo, że pozwany nie udowodnił, to jest nie wykazał, że nie otrzymał awiza, że nie posiadał w chwili doręczenia przesyłki sądowej skrzynki oddawczej, tego, że awizo nie zostało pozostawione w innym miejscu;

3/ naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 139 § 1 k.p.c. przez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i bezpodstawne przyjęcie, że nie miało miejsca domniemanie doręczenia pozwanej spółce przesyłki sądowej zawierającej nakaz zapłaty;

4/ naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i bezpodstawne przyjęcie, że pozwany w chwili doręczenia przesyłki sądowej zawierającej nakaz zapłaty nie posiadał skrzynki oddawczej;

5/ naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów przejawiającej się w:

a/ braku wszechstronnego rozważenia całości zebranego materiału dowodowego i oparcia istotnych ustaleń wyłącznie na zeznaniach prezesa zarządu pozwanego, które sprzeczne są ze spójnymi zeznaniami świadków M. R., M. J., J. M. (1), M. B. oraz powoda, w szczególności przy bezpodstawnej odmowie wiarygodności zeznaniom, świadka M. R. (w części) z uwagi na bezpodstawne przyjęcie przez Sąd, że jego zeznania miały poprawić sytuację procesową powoda a w konsekwencji dokonania dowolnych ustaleń w zakresie stanu faktycznego sprawy;

b/ dokonaniu błędnej oceny materiału dowodowego i bezkrytycznym przyjęciu, że pozwany nie wiedział o podwykonawcach w tym o powodzie oraz, że dowiedział się o tym, że powód jest podwykonawcą po ukończeniu przez powoda prac na inwestycji, co mając na uwadze nie tylko zeznania świadków M. R., M. J., J. M. (2), M. B. oraz powoda, z których wynikają zupełnie inne wnioski jak również zwyczaje panujące przy takich inwestycjach, jak również relacje pozasłużbowej pomiędzy powodem a prezesem zarządu pozwanego, zupełnie nieprawdopodobnym jest przyjęcie, że powód będący przedsiębiorcą jak i inspektorem nadzoru, który w jego imieniu sprawował nadzór nad realizowaną inwestycją, nie mieli żadnego pojęcia na temat tego co dzieje się na inwestycji ani kto realizuje prace oraz za jakie wynagrodzenie –

co skutkowało błędnym przyjęciem, że nie zostały spełnione przesłanki odpowiedzialności inwestora (pозwanej spółki) względem podwykonawcy (powoda) wynikające z art. 647¹ § 5 k.c.

6/ naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. przez niewskazanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyczyn, dla których Sąd uznał za wiarygodne zeznania strony pozwanej oraz przyczyn odmowy wiarygodności spójnym zeznaniom świadka M. B., M. J., J. M. (1), M. R. jak i powoda a w szczególności w zakresie tego czy i od kiedy inwestor wiedział od podwykonawcy o osobie powoda;

7/ naruszenie art. 338 k.p.c. przez jego zastosowanie podczas gdy przepis ten nie ma zastosowania w przypadku nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu nakazowym.

Podnosząc powyższe zarzuty pozwany domagał się odrzucenia zarzutów pozwanego od nakazu zapłaty oraz zmiany zaskarżonego wyroku przez utrzymanie w mocy nakazu zapłaty wydanego przez Sąd Okręgowy w dniu 18 sierpnia 2014 roku, sygn.. akt IX GNc 925/14, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku przez utrzymanie w/w nakazu zapłaty w mocy. Powód wniósł ponadto o zasądzenie pod pozwanego kosztów procesu za obie instancje.

SĄD APELACYJNY (...).

Apelacja powoda jest bezzasadna.

1/ W pierwszej kolejności odnieść należy się do tych zarzutów, które zmierzają do odrzucenia sprzeciwu pozwanego, co doprowadziłoby do konieczności uchylecia zaskarżonego wyroku i czego z kolei skutkiem byłoby pozostanie w mocy nakazu zapłaty z dnia 18 marca 2014 roku.

Nie ma racji powód o ile twierdzi, że pozwany po otrzymaniu zawiadomienia o wszczęciu egzekucji od komornika winien był złożyć wniosek o przywrócenie terminu do złożenia sprzeciwu. Pozwany w swoim wniosku o doręczenie nakazu zapłaty twierdził, że stanowiący podstawę wydania tytułu wykonawczego nakaz zapłaty, nie został mu doręczony. Wskazywał, że nie jest prawdą, że otrzymał (w jakikolwiek sposób) zawiadomienie o możliwości odebrania

przesyłki (awizo), w szczególności dokumentu takiego nie pozostawiono w skrzynce oddawczej, gdyż pozwany nie posiada takiej skrzynki. Gdyby zarzuty pozwanego okazały się prawdziwe to należałoby przyjąć, że do doręczenia pozwanemu nakazu zapłaty w ogóle nie doszło. Dla przyjęcia, że fakt doręczenia zastępczego (art. 139 k.p.c.) miał miejsce, konieczne jest wyczerpanie przewidzianych przepisami prawa procedur regulujących sposób dokonania takiego doręczenia. Jak wynika z treści art. 139 § 1 k.p.c. jeżeli doręczenie właściwe pisma sądowego uczestnikowi postępowania, za pośrednictwem operatora pocztowego na adres przez niego wskazany, okazało się niemożliwe, należy je złożyć w placówce pocztowej tego operatora, umieszczając zawiadomienie o tym w drzwiach mieszkania adresata lub w oddawczej skrzynce pocztowej ze wskazaniem, gdzie i kiedy pismo pozostawiono, oraz pouczeniem, że należy je odebrać w terminie 7 dni od dnia umieszczenia zawiadomienia. Zawiadomienie dla adresata, o którym stanowi art. 139 § 1, sporządza doręczyciel, wskazując w nim placówkę pocztową operatora, z którego przesyłkę należy odebrać w ciągu 7 dni, licząc od pozostawienia zawiadomienia (§ 6 ust. 2 oraz § 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 października 2010 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym, tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1222, dalej: "rozporz." lub "rozporządzenie"). Zgodnie z § 7 ust. 2 rozporz., placówka operatora pocztowego potwierdza przyjęcie przesyłki i opatruje ją na stronie adresowej adnotacją „nie podjęto w terminie” oraz odciskiem datownika. W przypadku bezskutecznego upływu tego terminu, czynność zawiadomienia należy powtórzyć. Jeżeli osoba uprawniona nie zgłosi się po odbiór przesyłki złożonej w placówce pocztowej operatora, szczegółowe czynności tej placówki określa § 8 ust. 2 powołanego rozporządzenia. Przesyłkę niepodjętą placówka pocztowa operatora opatruje na stronie adresowej adnotacją „nie podjęto w terminie” oraz odciskiem datownika i wraz z formularzem potwierdzenia odbioru odsyła sądowi wysyłającemu niezwłocznie po upływie ostatniego dnia do odbioru przesyłki (§ 10).

W uzasadnieniu postanowienia z dnia 28 listopada 2014 r, I CZ 90/14, Sąd Najwyższy zaaprobował pogląd, że uchybienie organu doręczającego zawiadomienie wraz z pouczeniem, wymaganym przez art. 139 § 1 k.p.c., nie wywołuje skutków doręczenia zastępczego. Stanowi to konsekwencję założenia, że przeprowadzenie czynności doręczenia zastępczego, zgodnie z regułami objętymi art. 139 § 1 i rozporządzenia z dnia 12 października 2010 r, stanowi podstawę do przyjęcia domniemania, że doręczenie przesyłki sądowej zostało dokonane. Domniemanie doręczenia pisma adresatowi może być obalone przez wykazanie niepodobieństwa zaistnienia tego skutku. W rozpoznawanej sprawie pozwany twierdził, że stwierdzenie w dokumencie urzędowym dowodu doręczenia, że operator pocztowy pozostawił dwukrotne zawiadomienie o przesyłce (awizo), jest nieprawdziwe, podobnie, jak zawarta w dokumencie doręczenia informacja, że zawiadomienia (awiza) pozostawiono w skrzynce oddawczej. Jeśli zarzuty pozwanego są zasadne, do doręczenia przesyłki sądowej zawierającej nakaz zapłaty nie doszło. Jednakże dokument dowodu doręczenia ma charakter dokumentu urzędowego (art. 244 k.p.c.) co oznacza domniemanie prawdziwości informacji w nim zawartych a co za ty idzie domniemanie prawidłowości i skuteczności doręczenia. Obalenie tego domniemania obciąża adresata przesyłki i polega na wykazaniu niepodobieństwa zaistnienia tego skutku.

Jak się zdaje pozwany miał tego świadomość, gdyż we wniosku o doręczenie nakazu zapłaty wnosił o dopuszczenie szeregu dowodów osobowych jak też dowodów z dokumentu, na okoliczności tego, że spółka nie otrzymała zawiadomienia o pozostawieniu przesyłki w urzędzie pocztowym. W tej sytuacji rzeczą Sądu Okręgowego było przeprowadzenie wnioskowanych dowodów, po wcześniejszym ograniczeniu rozprawy, w trybie art. 220 k.p.c. do te wstępnej kwestii, Tymczasem Sąd Okręgowy, nie bacząc na domniemanie skuteczności doręczenia nakazu zapłaty, doręczył ten nakaz ponownie pozwanemu, a po wpłynięciu sprzeciwu rozpoczął rozprawę. Stroną, która powinna protestować przeciwko takiemu procedowaniu był powód – pozwany nie mógł składać zarzutów co do decyzji sądu, której był beneficjentem. Tymczasem powód nie zgłosił żadnych zarzutów, które zmierzałyby do odrzucenia sprzeciwu, lecz wdał się w spór co do istoty sprawy. Takie zarzuty pojawiły się dopiero w końcowej fazie procesu i w świetle treści art. 162 k.p.c. były spóźnione, na co zwracał uwagę pozwany. Z tych samych przyczyn należy uznać za spóźnione zawarte w punktach 1-4 apelacji zarzuty naruszenia prawa procesowego (art. 494 § 1 k.p.c. art. 252 k.p.c. w zw. z art. 244 § 1 k.p.c. i z art. 17 prawa pocztowego, art. 233 § k.p.c. w zw. z art. 139 § 1 k.p.c.).

2/ Pozostałe zarzuty apelacyjne dotyczą oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, która stanowiła podstawę przyjęcia przez Sąd Okręgowy iż brak jest dostatecznych podstaw do tego, by ustalić, że przedstawiciel pozwanego (prezes zarządu spółki – W. O. (1)) wiedział o treści umowy zawartej pomiędzy generalnym wykonawcą (wspólnicy S.) a powodem i wyrażał na nią zgodę.

Warto w tym miejscu przypomnieć, że przesłanka zgody inwestora przewidziana w art. 647¹ § 2 k.c. była wielokrotnie przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego. W uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 kwietnia 2008 r., III CZP 6/08, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że zgoda ta jest specyficzną konstrukcją prawną, zbudowaną na potrzeby umowy o roboty budowlane, i nie ma do niej zastosowania art. 63 § 2 k.c., wobec czego może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 KC); niezależnie od tego zgodę uważa się za wyrażoną w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. (zob. OSNC 2008, nr 11, poz. 121).

Kontynuacją tego kierunku wykładni były późniejsze orzeczenia, do których prawidłowo odwołał się Sąd Okręgowy, a w których Sąd Najwyższy wyjaśniał, że zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą może być wyrażona w dwojaki sposób: bierny, objawiający się brakiem zgłoszenia przez inwestora na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, albo czynny, polegający na wyraźnym lub dorozumianym oświadczeniu woli (art. 60 k.,c.). Zgoda czynna może przybrać różną formę; inwestor może wyrazić ją w sposób wyraźny pisemnie lub ustnie albo przez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę. Może nastąpić to poprzez czynności faktyczne, w sposób dorozumiany, np. przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót oraz dokonywanie innych podobnych czynności. Zgoda, o której mowa, jest jednak oświadczeniem woli o charakterze zindywidualizowanym, dotyczyć ma bowiem zawarcia przez wykonawcę z podwykonawcą konkretnej umowy, o określonej treści. W chwili wyrażenia zgody na zawarcie umowy inwestor powinien więc posiadać wiedzę o jej istotnych postanowieniach, decydujących o zakresie jego solidarnej odpowiedzialności z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy albo powinien co najmniej mieć zapewnioną możliwość zapoznania się z tymi postanowieniami. Nie jest jednak w tym celu konieczne przedstawienie inwestorowi umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji, inwestor nie musi bowiem znać treści całej umowy lub jej projektu. Jego znajomość istotnych postanowień umowy podwykonawczej decydujących o zakresie jego odpowiedzialności nie musi też pochodzić od wykonawcy lub podwykonawcy, może mieć dowolne źródło i nie musi być ukierunkowana na zawarcie umowy podwykonawczej (zob. m.in.: uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r., III CZP 108/15, Biuletyn SN 2016, nr 2, s. 7 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2008 r., II CSK 80/08, M. Prawn. 2008, nr 22, s. 1215, z dnia 11 grudnia 2008 r., IV CSK 323/08, z dnia 20 stycznia 2009 r., II CSK 417/08, z dnia 2 lipca 2009 r., V CSK 24/09, z dnia 6 października 2010 r., II CSK 210/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 59, z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 152/10, z dnia 5 września 2012 r., IV CSK 91/12, z dnia 27 czerwca 2013 r., III CSK 298/12, z dnia 16 kwietnia 2014 r., V CSK 296/13, M. Prawn. 2014, nr 24, s. 1310, z dnia 27 maja 2015 r., II CSK 483/14, z dnia 18 czerwca 2015 r., III CSK 370/14, z dnia 19 czerwca 2015 r., IV CSK 580/14, i z dnia 20 sierpnia 2015 r., II CSK 551/14).

Odnosząc powyższe w do realiów niniejszej sprawy stwierdzić należy co następuje. Nie budzi żadnych wątpliwości, że inwestor nie wyraził na podwykonawstwo powoda zgody biernej ani też zgody czynnej wyraźnej. Generalny wykonawca nie przedstawił inwestorowi ani umowy z podwykonawcą (powodem), ani szczegółowego zakresu powierzonych mu prac, wraz z dokumentacją, mimo, że obowiązek taki spoczywał na nim na mocy umowy o generalne wykonawstwo z dnia 17 maja 2012 roku (punkt 4.4 umowy). Nie budzi też wątpliwości, że inwestor nie wyraził zgody czynnej wyraźnej. Zatem jedyną formą zgody, którą można było rozważać w okolicznościach faktycznych sprawy, była zgoda czynna dorozumiana. W tym też kierunku – prawidłowo – szły zarówno ustalenia faktyczne jak i rozważania prawne Sądu I instancji.

Ustalenia faktyczne Sądu I instancji nie budzą żadnych zastrzeżeń Sadu Apelacyjnego. Są one prawidłowe, poprzedzone swobodną lecz nie dowolną, oceną zgromadzonego w sprawie materiału. Zawarty w apelacji zarzut

naruszenia przez ten Sąd przepisu art. 233 § 1 k.p.c. jest bezzasadny i nie może doprowadzić do zmiany ustaleń faktycznych tego Sadu.

Dla wykazania, że W. O. (1) – upoważniony do składania oświadczeń woli imieniem pozwanego, prezes zarządu spółki – wyraził zgodę na podwykonawstwo powoda, powód powoływał się, przede wszystkim, na dwie okoliczności faktyczne: 1/ fakt wykonania na jego rzecz częściowej zapłaty bezpośrednio przez inwestora, 2/ fakt zgłoszenia przez inwestora reklamacji co do drobnych usterek bezpośrednio do firmy powoda. Powód – jak się zdaje – przyjmuje, że zaistnienie w/w okoliczności jest wystarczające do przyjęcia zgody inwestora na podwykonawstwo, na zasadzie domniemania faktycznego z art. 231 k.p.c. Jednakże w ocenie Sadu Apelacyjnego szczegółowe rozważenie okoliczności na które powołuje się powód, z jednoczesnym uwzględnieniem szerszego spektrum wydarzeń, nie pozwala na przyjęcie, że istnieje podstawa do ustalenia, że inwestor w dorozumiany sposób zgodził się na podwykonawstwo powoda. Sąd Okręgowy trafnie zauważył, że częściowa zapłata zrealizowana przez pozwanego na rzecz powoda, nastąpiła na wyraźne życzenie generalnego wykonawcy. W pismach z dnia 21 stycznia 2014 r i 29 września 2014 r wspólnik (...) s.c. zwrócił się do powoda o zapłatę własnej należności (załączając wystawione przez siebie faktury), wskazując by inwestor zrealizował swoje zobowiązanie przez dokonanie zapłaty na rzecz osób trzecich, w tym powoda. Wskazanie w treści w/w pism numerów faktur wystawionych przez te osoby trzecie (w tym powoda) stanowiły jedynie konieczny do wskazania w dokumencie przelewu bankowego tytuł zapłaty i nie były dla inwestora dostatecznie czytelną wskazówką na okoliczność korzystania przez generalnego wykonawcę z usług podwykonawców. Żądanie generalnego wykonawcy stanowiło wyłącznie wskazanie sposobu wykonania zobowiązania zapłaty, ze skutkiem zwalniającym względem inwestora. W istocie więc, na podstawie w/w pism inwestor dokonał zapłaty nie na rzecz powoda a na rzecz swojego kontrahenta – s.c. (...) – w sposób wskazany przez tegoż kontrahenta. Fakt dokonania tej zapłaty nie stanowi w żadnym razie podstawy do domniemania istnienia dorozumianej zgody na zawarcie umowy podwykonawczej z powodem. Podstawy takiej nie tworzy również to że W. O. (1) zwrócił się telefonicznie do pracownika powoda, w sprawie stwierdzonych usterek w pracach wykonanych przez powoda. Jak wynika z prawidłowych ustaleń Sadu I instancji W. O. (1) poinformował o zaistnieniu usterki kierownika budowy M. R., jako przedstawiciela generalnego wykonawcy, a ten dał mu numer telefonu osoby „odpowiedzialnej za usuwanie usterek”. Nie był to zresztą numer telefonu powoda, lecz pracownika powoda, osoby nieznanej W. O. (1).

Zarzucając zaskarżonemu wyrokowi naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. apelujący stoi na stanowisku, iż Sąd Okręgowy błędnie ocenił zeznania świadków przesłuchanych w sprawie, z których – w ocenie apelującego – jednoznacznie wynika, że prezes zarządu pozwanej spółki wiedział i godził się na podwykonawstwo powoda. Zarzuty te są bezzasadne. Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił dowody osobowe i przekonująco wyjaśnił dlaczego wiarygodność zeznań poszczególnych osób budzi jego wątpliwości. Sąd zwrócił uwagę na niestanowczość i niespójność w zeznaniach świadka M. R., który nie potrafił przekonująco wyjaśnić kiedy i w jakich okolicznościach prezes zarządu pozwanego miał dowiedzieć się wykonywaniu prac przez powoda. Oceniając te zeznania Sąd Okręgowy trafnie zauważył, że świadek zatrudniając powoda działał pod presją terminów (poprzedni podwykonawca tynków i wylewek „zszedł z budowy” nie kończąc prac) orasz, że sam świadek nie ubiegał się o zgodę inwestora na zatrudnienie powoda, sądząc, że pozwany, będąc solidnym przedsiębiorcą, a nadto znajomym powoda, zapłaci za wykonane roboty. W zeznaniach tego świadka, jako inicjatora zawarcia umowy podwykonawczej, rzeczywiście widoczna jest tendencja do niepogarszania pozycji procesowej powoda. Jego zeznania trafnie zostały uznane za nieprzekonujące w tej części, gdy zapewniał o zgodzie inwestora udzielonej przed zakończeniem wykonywania umowy.

Wbrew wywodom apelującego Sąd Okręgowy trafnie przyjął, że także zeznania pozostałych świadków nie stanowią dostatecznych dowodów na zgodę inwestora. Inspektor nadzoru Z. B. stanowczo zeznała, że nie pamięta powoda z budowy a w szczególności że nie uczestniczył on w czynnościach odbioru robót tynkarskich i wylewek. Pracownik powoda świadek M. B. widział powoda rozmawiającego na budowie wyłącznie z M. R. a o rzekomych kontaktach z inwestorem słyszał jedynie od powoda. Zeznał: „znaliśmy inwestora, więc weszliśmy na budowę”, co jedynie potwierdza pogląd Sadu I instancji, iż to dobra reputacja pozwanego i fakt, że powód znał prywatnie W. O. (2) zdecydował o przyjęciu propozycji M. R.. Kolejny świadek, J. M. (1), zeznał jedynie, że był przekonany, iż inwestor wiedział, że firma powoda pracowała na inwestycji. Jednakże, jak wynika z kolejnego fragmentu zeznań świadka,

przekonanie to było uzasadnione tym, że powód często rozmawiał na budowie z M. R.. Świadek M. J. również stanowczo zeznał o częstych kontaktach powoda z M. R., jak chodzi o kontakty powoda z prezesem zarządu pozwanego wyraził jedynie przypuszczenie, że „na budowie raz panowie wpadli na siebie”. Świadek wyraził też przypuszczenie, że inwestor wiedział o firmie powoda („mogę się tylko domyślać”) nie ujawnił jednak skąd czerpie takie przypuszczenie.

Zeznania samego powoda również nie stanowią jednoznacznej podstawy do przyjęcia, że inwestor wyraził zgodę na treść umowy zawartej przez powoda ze współnikami S.. Powód co prawda zeznał, że w lutym lub marcu w trakcie spotkania na korcie tenisowym W. O. (1) mówił mu o rozpoczynającej się inwestycji, pytając, czy nie wykonałby tynków, jednakże powód „podszedł do tego sceptycznie”. Panowie mieli kontakt około kwietnia, wówczas powód przypomniał W. O. o poprzedniej rozmowie, ten jednak miał powiedzieć, że ma już innego podwykonawcę. Powód podjął się prac za namową M. R., W. O. spotkał raz na budowie, wymienili jedynie pozdrowienia. Powód zaprzeczył, by informował prezesa pozwanego o tym, że zawarł umowę podwykonawczą, nie okazał mu umowy, twierdził natomiast, że kilkakrotnie rozmawiał z pozwanym telefonicznie. Brak jednakże dowodów na to, że rozmowy te rzeczywiście miały miejsce przed realizacją zamówienia przez powoda. To, że w/w rozmawiali wielokrotnie w roku 2014 jest wiarygodne, jednakże nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Szereg innych uwag i wątpliwości z odniesieniu zgromadzonych dowodów podniósł w uzasadnieniu Sąd Okręgowy. W świetle przedstawionych przez Sąd Apelacyjny argumentów były to wątpliwości uzasadnione a w związku z zasadą ciężaru dowodu z art. 6 k.c. muszą być tłumaczone na niekorzyść powoda. Zgromadzony materiał dowodowy nie dostarczył podstaw do ustalenia takich faktów, które stanowiłyby podstawę do przyjęcia, iż pozwany rzeczywiście wyraził zgodę na zawarcie umowy podwykonawczej z powodem. Jest poza sporem, że prezes zarządu spółki nie został poinformowany o umowie podwykonawczej. Trudno też przyjąć, że tolerował on obecność pracowników powoda a placu budowy, skoro, jak wynika z ustaleń Sądu, nie nosili oni ubrań pozwalających na identyfikację firmy, a sam powód, jak zeznał, w godzinach pracy pozwanego nie był na budowie. Brak było wpisów w dzienniku budowy, które pozwalałyby W. O. (1) na trafne rozpoznanie osoby wykonującej prace a w czynnościach odbiorowych powód nie uczestniczył. Będąc przedmiotem dowodu dokumenty pozwalały jedynie na ustalenie, że powód dowiedział się o umowie z powodem już po wykonaniu umowy podwykonawczej.

3/ Oczywiście bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 338 k.p.c. Przepis normuje restitutio in integrum – instytucję, która jest środkiem likwidacji bezpośrednich skutków wynikających z wykonania wadliwego orzeczenia. Na podstawie art. 338 sąd orzeka o restytucji w postępowaniu incydentalnym dla toczącego się procesu. Rację ma apelujący o ile wskazuje, iż zgodnie z poglądami judykatury, art. 338 nie może być odpowiednio stosowany (zob. art. 353²) do nakazów zapłaty wydanych w postępowaniu nakazowym, które z chwilą ich wydania stanowią tytuł zabezpieczenia (art. 492 § 1 zdanie pierwsze). Oznacza to, że pozwanemu (obowiązanyemu) nie przysługuje roszczenie restytucyjne z art. 338, lecz wyłącznie roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej wykonaniem zabezpieczenia na podstawie art. 746 § 1 (wyrok SN z dnia 10 czerwca 2005 r., II CK 712/04, LEX nr 180865).

W rozpoznawanej sprawie sytuacja jest zgoła odmienna. Abstrahując od tego czy zasadnie – wydany w toku postępowania nieprawomocny nakaz zapłaty został uznany za tytuł wykonawczy a objęta nim należność nie została zabezpieczona lecz wyegzekwowana, to jest przekazana bezwarunkowo do dyspozycji powoda. W takich sytuacjach przepis art. 338 k.p.c. znajduje pełnoprawne zastosowanie (art. 353² k.p.c.).

Mając na uwadze wszystkie przytoczone wyżej argumenty Sąd Apelacyjny oddalił apelację powoda, jako bezzasadną, w oparciu o przepis art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na zasadzie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c.

SSA Barbara Górczanowska SSA Hanna Nowicka de Poraj SSA Sławomir Jamróg