

UMOWA O ROBOTY BUDOWLANE W PRAKTYCE SĄDOWEJ I ARBITRAŻOWEJ

redakcja naukowa

Marcin Dziurda, Bartosz Wołodkiewicz

Mateusz Kożuchowicz, Aleksandra Kuzawińska

Maria Łabno, Jan Markiewicz, Marek Miller

Szymon Siuda, Piotr Stenko, Agnieszka Suchecka

Przemysław Tacij, Łukasz Wojdalski, Antoni Żukowski



Wolters Kluwer

UMOWA O ROBOTY BUDOWLANE W PRAKTYCE SĄDOWEJ I ARBITRAŻOWEJ

redakcja naukowa

Marcin Dziurda, Bartosz Wołodkiewicz

Mateusz Kożuchowicz, Aleksandra Kuzawińska

Maria Łabno, Jan Markiewicz, Marek Miller

Szymon Siuda, Piotr Stenko, Agnieszka Suhecka

Przemysław Tacij, Łukasz Wojdalski, Antoni Żukowski



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2024

SERIA **MONOGRAFIE**

Stan prawny na 3 lipca 2024 r.

Recenzentka

Dr hab. Anna Kościółek, prof. Uniwersytetu Rzeszowskiego

Wydawczyni

Małgorzata Stańczak

Redaktorka prowadząca

Joanna Tchorek

Opracowanie redakcyjne

Katarzyna Kruś

Projekt okładek serii

Wojtek Janikowski, Przemek Dębowski

prawolubni[♥]

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujemy prawo i własność

Więcej na www.legalnakultura.pl

Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2024

ISBN 978-83-8358-876-6

ISSN 1897-4392

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. +48 728 313 462

e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIIS TREŚCI

Wprowadzenie	7
<i>Marek Miller</i>	
Czy kara umowna nadal stanowi skuteczny środek zabezpieczenia należytego wykonania zobowiązania? Uwagi na tle orzecznictwa	9
<i>Jan Markiewicz</i>	
Odpowiedzialność zamawiającego wobec wykonawcy za teren budowy – wybrane zagadnienia sporne.....	25
<i>Łukasz Wojdalski</i>	
Roboty dodatkowe a wynagrodzenie ryczałtowe w umowach o roboty budowlane.....	47
<i>Maria Łabno</i>	
Rozumienie przesłanki nieprzewidywalności skutków zmiany stosunków na gruncie klauzuli <i>rebus sic stantibus</i> w kontekście wzrostu cen notowanego w ostatnich latach – analiza orzecznictwa.....	65
<i>Agnieszka Suchecka, Szymon Siuda</i>	
Odstąpienie od umowy o roboty budowlane – uwagi praktyczne	95

Aleksandra Kuzawińska

Konsorcjum – legitymacja czynna w procesie oraz formułowanie roszczeń w sporach dotyczących umowy o roboty budowlane	113
---	------------

Przemysław Tacij

Czynności procesowe strony i interwenienta ubocznego wobec perspektywy roszczenia w razie niekorzystnego rozstrzygnięcia sporu – zagadnienia wybrane	133
---	------------

Mateusz Kozuchowicz

Ochrona praw inwestora a prawo wykonawcy do żądania gwarancji zapłaty	167
--	------------

Piotr Stenko

Roszczenia prewencyjne związane z bezpodstawnym skorzystaniem z gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej...	191
---	------------

Antoni Żukowski

Konfiguracja podmiotowa i przedmiotowa w postępowaniu zabezpieczającym zmierzającym do ochrony środków z gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych.....	229
--	------------

WPROWADZENIE

Spory związane z umowami o roboty budowlane mają obecnie ogromne znaczenie w praktyce sądowej i arbitrażowej. Niestabilność otoczenia rynkowego, które w dalszym ciągu odczuwa skutki pandemii COVID-19 oraz agresji Rosji na Ukrainę, powoduje, że w zasadzie każdy większy kontrakt budowlany stanowi źródło sporów między inwestorem a wykonawcą.

Liczba i znaczenie tych sporów powodują, że wciąż pojawiają się nowe koncepcje wśród pełnomocników oraz nowe tendencje w orzecznictwie. Profesjonalne, skuteczne prowadzenie sporów budowlanych wymaga ich znajomości. Cały czas kształtuje się orzecznictwo dotyczące kar umownych i ich miarkowania, waloryzacji, odstąpienia od umowy, sposobu dochodzenia roszczeń w sytuacji, gdy wykonawca działał w formie konsorcjum. Istotne znaczenie mają także kwestie procesowe, m.in. odnoszące się do interwencji ubocznej (zwłaszcza podmiotów takich jak projektanci) oraz postępowania zabezpieczającego (w szczególności, gdy dotyczy realizacji gwarancji na zabezpieczenie należytego wykonania umowy).

Książka przedstawia aktualny stan orzecznictwa i doktryny dotyczący wszystkich tych zagadnień. Skład Autorów zapewnia uwzględnienie perspektywy zarówno inwestorów, jak i wykonawców, zarówno podmiotów prywatnych, jak i publicznych, w tym Prokuraturii Generalnej RP, której rekomendacje dotyczące kar umownych oraz waloryzacji mają istotny wpływ na praktykę zamówień publicznych.

Ze względu na bardzo dużą liczbę sporów – zarówno sądowych, jak i arbitrażowych – związanych z umowami o roboty budowlane niezbędna jest znajomość najnowszych stanowisk orzecznictwa i doktryny odnoszących się do najistotniejszych zagadnień praktycznych. Z wyzwaniem tym zmierzili się Autorzy opracowań zawartych w niniejszej publikacji, prezentując nie tylko dotychczasowy dorobek myśli prawniczej, lecz także korzystając z doświadczeń wynikłych z codziennej praktyki sądowej. Klarowność wywodów łączących te perspektywy pozwala wyrazić przekonanie, że publikacja przyczyni się do rozstrzygania ujawniających się w toku sporów budowlanych wątpliwości związanych tak z wykładnią prawa materialnego, jak i procesowego.

Niniejsza publikacja została przygotowana na podstawie referatów wygłoszonych podczas konferencji „Umowa o roboty budowlane w praktyce sądów powszechnych i arbitrażowych”, zorganizowanej 24.11.2023 r. przez Katedrę Postępowania Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz Koło Naukowe Mediacji, Negocjacji i Arbitrażu przy współpracy wydawnictwa Wolters Kluwer Polska, Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej oraz kancelarii CMS, Dentons, DZP oraz Łaszczuk i Wspólnicy. Nagranie konferencji jest dostępne na kanale YouTube Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

Pragniemy wyrazić podziękowania Autorom za trud włożony w przygotowanie artykułów stanowiących nie tylko prezentację treści wystąpień konferencyjnych, lecz uzupełnionych i rozbudowanych o nowe spostrzeżenia i refleksje, dokonywane nierzadko pod wpływem wymiany poglądów i doświadczeń w trakcie konferencji. Świadczy to o trafności przyjętej formuły konferencji, umożliwiającej ocenę spornych zagadnień zarówno z punktu widzenia nauki prawa, jak i praktyki.

*Marcin Dziurda
Bartosz Wołodkiewicz*

Marek Miller

CZY KARA UMOWNA NADAL STANOWI SKUTECZNY ŚRODEK ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA ZOBOWIĄZANIA? UWAGI NA TLE ORZECZNICTWA

1. W pierwszej kolejności kilka słów wyjaśnienia co do tytułu. Pytanie w nim zawarte może kłócić się z dość powszechną intuicją, że kara umowna jest zabezpieczeniem skutecznym, o czym świadczy chociażby jej powszechne wykorzystanie. Jak twierdzi się w wielu orzeczeniach sądowych i wypowiedziach doktryny, kara umowna jest sposobem na istotne wzmocnienie wężła obligacyjnego, a gdy dłużnik nie wykona zobowiązania – instrumentem kompensaty uszczerbków doznanych przez wierzyciela¹. Na ugruntowanie tego poglądu zdecydowanie wpłynęła uchwała powiększonego składu Sądu Najwyższego z 6.11.2003 r., III CZP 61/03, w której przesądzono, że: „Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody”. Sąd Najwyższy rozwiął wątpliwości, że do przesłanek kary umownej, które wykazuje wierzyciel, należą jedynie ważne zastrzeżenia kary i nienależyte wykonanie lub niewykonanie

¹ Por. R. Tanajewska [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, LEX 2023, art. 483; Z. Gawlik [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna*, red. A. Kidyba, LEX, art. 483; uchwała SN z 6.11.2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004/5, poz. 69; wyrok SN z 8.08.2008 r., V CSK 85/08, LEX nr 457785.

zobowiązania niepieniężnego. Dochodzenie kary umownej jest więc uproszczone, a pozycja wierzyciela jest uprzywilejowana w stosunku do normalnych zasad odpowiedzialności kontraktowej. Dzieje się tak, ponieważ spory o wystąpienie szkody i jej wysokość znacznie obciążają strony w postępowaniach sądowych z zakresu odpowiedzialności cywilnej. Nierzadko te kwestie stanowią główną oś sporu cywilnego. W znacznej więc mierze w konsekwencjach poglądu wyrażonego w uchwale Sądu Najwyższego z 6.11.2003 r., III CZP 61/03, wyraża się podstawowa zaleta kary umownej.

Z czego wynika więc sygnalizowane zastrzeżenie co do skuteczności kary umownej? Asumpt do takich wątpliwości daje przede wszystkim praktyka jej dochodzenia w procesie cywilnym. Normalne jest, że judykatura dotycząca danej instytucji prawa cywilnego będzie zawierała orzeczenia, które można określić mianem budzących wątpliwości, w tym zawierających odstępstwa od głównych linii orzeczniczych. Jednak problemy dla praktyki stosowania danej instytucji zaczynają się wtedy, gdy niemożliwe lub znacznie utrudnione jest ustalenie, na podstawie jakich **zasad** kształtowany jest pogląd orzecznictwa na temat danej instytucji prawnej. Taką sytuację można zaobserwować w przypadku kary umownej.

2. Najważniejsze cechy kary wyrażają się w stwierdzeniu, że jest ona opartym na swobodzie umów, zatem ukształtowanym przez strony, mechanizmem zabezpieczenia wykonania przez dłużnika zobowiązania niepieniężnego, a gdyby to nie nastąpiło z przyczyn, za które on odpowiada, ustalenia z góry (określona suma pieniężna) zasad kompensacji negatywnych konsekwencji tego stanu rzeczy. Istotne jest również, że odpowiedzialność z tytułu kary konwencjonalnej powstaje niezależnie od istnienia szkody po stronie wierzyciela. W takim ujęciu wyrażają się wszystkie funkcje, które – jak powszechnie przyjmuje się – realizuje kara umowna. Zostały one wymienione w uchwale Sądu Najwyższego z 16.01.1984 r., III CZP 70/83², w której stwierdzono, że „podstawową funkcją kary umownej – w świetle przepisów kodeksu cywilnego – jest funkcja kompensacyjna. Nie mniej istotne są też dalsze funkcje: stymulacyjna, represyjna, sygnalizacyjna i procesowa”. Tymczasem analiza

² OSNC 1984/8, poz. 131.

orzecznictwa wskazuje, że dominuje raczej założenie o potrzebie ingerencji sądów w zastrzeżone przez strony kary umowne, szczególnie przez instytucję miarkowania. Rzadziej można obserwować powściągliwe działanie w tej materii, respektujące zasadę swobody umów. Ponadto, mimo częstego powoływania się na wszystkie wskazane funkcje kary, ostateczna decyzja orzecznicza ogranicza się z reguły jedynie do respektowania funkcji kompensacyjnej.

3. Powyższe zastrzeżenia do judykatury najlepiej zobrazować przez wskazanie reprezentatywnych przykładów. W pierwszej kolejności można podać grupę orzeczeń³, które dotyczyły kwestii możliwości dochodzenia kary umownej zastrzeżonej za nienależyte wykonanie zobowiązania w przypadku odstąpienia od umowy, a także możliwości kumulacji kary za zwłokę w wykonaniu zobowiązania z karą związaną przez strony z odstąpieniem od umowy. W wyroku z 24.05.2012 r., V CSK 260/11, Sąd Najwyższy przyjął, że: „Odstąpienie od umowy, także dokonane na podstawie przepisów ustawy, wywołuje skutek *ex tunc*, określony w art. 395 § 2 k.c., tj. umowa uważana jest za niezawartą. W konsekwencji, zgodnie z zasadą *accessorium sequitur principale*, przestają obowiązywać także postanowienia umowne dotyczące kary umownej, dzieląc los zobowiązania głównego. Utrzymują się natomiast jedynie te z nich, przełamując powołaną wyżej zasadę, przewidziane przez strony na wypadek odstąpienia od umowy, tj. gdy w następstwie wykonania przez jedną ze stron umowy uprawnienia prawnokształtującego umowę uważa się za niezawartą, a tym samym aktualizuje się odpowiedzialność odszkodowawcza, na podstawie art. 494 w zw. z art. 471 k.c., drugiej ze stron umowy”. Natomiast we wskazanej uchwale z 18.07.2012 r., III CZP 39/12, Sąd Najwyższy uznał, że: „Roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy”.

³ Por. wyrok SN z 24.05.2012 r., V CSK 260/11, LEX nr 1162612; wyrok SN z 28.01.2011 r., I CSK 315/10, LEX nr 784898; uchwała SN z 18.07.2012 r., III CZP 39/12, LEX nr 1271627.

Powyższe tezy wynikają z dogmatycznego podejścia Sądu Najwyższego. Wynika ono z założenia, że szkoda powstała na skutek nienależytego wykonania zobowiązania musi być częścią szkody, która jest skutkiem niewykonania zobowiązania. Niewykonanie zobowiązania jest bowiem najdalej idącym naruszeniem umowy. Zdaniem Sądu Najwyższego strony, zastrzegając karę konwencjonalną związaną z niewykonaniem zobowiązania, w ramach kalkulacji przyszłej szkody uwzględniają również negatywne dla wierzyciela skutki nienależytego wykonania zobowiązania. Ponadto przyjęcie skutku *ex tunc* wykonania prawa do odstąpienia unicestwia łączący strony węzeł obligacyjny, co uniemożliwia dochodzenie kar umownych, które z niego wynikają. Co prawda w orzeczeniach tych dostrzeżono, że strony mogłyby postanowić inaczej w umowie, ale – zdaniem sądu – musiałyby to uczynić wyraźnie.

Zdaniem autora przy rozstrzyganiu tego problemu Sąd Najwyższy powinien oprzeć się przede wszystkim na woli stron, w szczególności na tym, jakie cele przypisywały poszczególnym karom. Nie ma żadnych przeszkód prawnych, aby uznać, że w umowie strony przewidziały kumulację kary związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania i kary przysługującej w związku z niewykonaniem zobowiązania. Kary te mogą bowiem realizować inne interesy wierzyciela i pełnić odmienne funkcje. Jedynie dla przykładu można wskazać, że kara za zwłokę w wykonaniu zobowiązania może pełnić funkcję stymulującą, a kara powstająca w związku z odstąpieniem od umowy realizować funkcję kompensacyjną. Odpowiedzi na pytanie, czy kary te można kumulować i czy kary związane z nienależytym wykonaniem zobowiązania „przeżywają” odstąpienie od umowy, należy poszukiwać przede wszystkim w wykładni konkretnej umowy, a nie w dogmatycznych ustaleniach co do relacji tych dwóch kar. W świetle dyrektyw wykładni umów nie można zgodzić się z Sądem Najwyższym, że strony muszą wyraźnie zastrzegać relacje obu kar, aby można było uznać, iż nie występuje między nimi kolizja. Oczywiście najprostsze w interpretacji są umowy zawierające wyraźne wypowiedzi stron co do kumulacji kar, ale wzajemna relacja różnych kar może być również ustalana w inny sposób, na przykład przez analizę wysokości tych sankcji (maksymalnej wysokości). Trudno uznać, żeby kara za zwłokę i kara w związku z odstąpieniem od umowy miały realizować ten sam cel, gdy maksymalna wysokość

tej pierwszej przekracza wysokość tej drugiej. Podobnie niskie limity kary związanej z odstąpieniem (np. 10% wartości wynagrodzenia) budzą wątpliwości co do spełniania przez nią postulowanej w omawianych orzeczeniach roli kompensowania całej szkody związanej z niewykonaniem zobowiązania. Przemawiać będą one za tym, że kara w związku z odstąpieniem nie odgrywa głównej roli w systemie kar wynikającym z umowy. Należy również zwrócić uwagę, że używany we wskazanych orzeczeniach argument dotyczący relacji szkody związanej z niewykonaniem zobowiązania do szkody wynikłej z nienależytego wykonania pomija pozakompensacyjne funkcje kary umownej oraz pozamajątkowe elementy szkody. Nawet bowiem w przypadku przyjęcia, że szkoda związana z niewykonaniem zobowiązania „pochłania” szkodę w związku z nienależytym wykonaniem umowy, nie możemy wyprowadzić tego samego wniosku co do relacji kary związanej z odstąpieniem od umowy i kary za nienależyte wykonanie zobowiązania, jeżeli pełnią one inne niż kompensacyjna funkcje.

Różnica w prezentowanych powyżej podejściach do określania dozwolonej relacji omawianych rodzajów kar ma istotne znaczenie dla praktyki obrotu cywilnoprawnego. Dogmatyczne podejście Sądu Najwyższego zostało odebrane w obrocie jako wykluczające taką kumulację i podważające znaczenie kar za nienależyte wykonanie zobowiązania w przypadku, gdy w umowie zawarta jest kara w związku z odstąpieniem od niej. Doprowadziło to do sztucznego utrzymywania umów, mimo podstaw do ich zakończenia przez wykonanie prawa do odstąpienia w celu „uratowania” kar za nienależyte wykonanie zobowiązania. Natomiast w treści umów strony bezrefleksyjnie powtarzają deklarację, że dopuścili kumulację kar lub przewidują możliwość dochodzenia kar powstałych w trakcie wykonywania umowy, mimo odstąpienia od umowy. Tymczasem rozwiązaniem pożądanym byłoby tworzenie w umowach jasnych systemów kar umownych, z których wynikałoby, jaką funkcję pełnią poszczególne kary i jaki jest ich wzajemny stosunek. W konkretnych przypadkach zasady przyjęte przez Sąd Najwyższy w omawianych orzeczeniach mogą być zgodne z intencją stron lub przeciwnie – mogą nie oddawać ich zamiaru. Trudno znaleźć argument wykluczający pozostawienie tej kwestii stronom. Nawet w przypadku skutków *ex tunc* odstąpienia od umowy Sąd Najwyższy przewiduje wyjątek dotyczący

utrzymania się kary związanej z odstąpieniem właśnie ze względu na wolę stron zastrzeżenia jej na tę okoliczność.

Drugą grupą orzeczeń⁴, na którą należy zwrócić uwagę, stanowią judykaty, które negują ważność kary umownej określonej przez podanie w umowie podstaw do jej ustalenia, a nie konkretnej kwoty pieniężnej znanej już przy zawarciu umowy. Przede wszystkim może chodzić o kary naliczane za każdy dzień opóźnienia, w których nie określono ich górnej granicy, albo takie, w których wysokość kary jest wyliczana na podstawie podanego miernika (np. wartość niewykonanej części zobowiązania), którego wartość nie jest znana w chwili zawierania umowy. W wyroku Sądu Najwyższego z 22.10.2015 r., IV CSK 687/14, podniesiono, że: „Nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości”. Również w tym przypadku za pomocą wykładni gramatycznej użytego w art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego⁵ zwrotu „określona suma”, a także kierując się ochroną dłużnika przed zaciągnięciem zobowiązania wiecznego, zaniegowano swobodę stron w określaniu sankcji umownych. Już *prima facie* można dostrzec, że podane argumenty nie są przekonujące. Zwrot „określona suma” wcale nie musi być odczytywany jako podanie w umowie konkretnej kwoty pieniężnej, a pojęcie zobowiązania wiecznego nie jest adekwatne do kary umownej narastającej wraz z powstawaniem opóźnienia w wykonaniu zobowiązania, skoro stan ten może być w każdej chwili przerwany przez wykonanie zobowiązania przez dłużnika.

⁴ Zob. np. wyrok SN z 22.10.2015 r., IV CSK 687/14, LEX nr 1943856; uchwała SN z 9.12.2015 r., III CZP 26/21, LEX nr 3268887.

⁵ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) – dalej k.c.

Ponadto posłużenie się argumentem zobowiązania wiecznego wiąże się z granicami swobody umów, a konkretnie właściwością stosunku, a trudno konstruować tezę o niezgodności omawianych kar z naturą zobowiązania, skoro ustawodawca dopuszcza podobne rozwiązania w stosunku do zobowiązań pieniężnych w postaci odsetek za opóźnienie bez wprowadzenia ich górnej granicy. Ponownie posługując się argumentami dogmatycznymi, Sąd Najwyższy zanegował więc stosowanie rozwiązań, które miały charakter użyteczny, ponieważ pozwalały na dostosowanie kary do stopnia naruszenia zobowiązania (upływ czasu, zakres naruszonego zobowiązania). Pod pewnymi względami były one również względniejsze dla dłużnika.

Również w tym przypadku orzecznictwo wymusiło poszukiwanie w praktyce rozwiązań umownych, które miały przeciwdziałać nieważności tego rodzaju postanowień. Polegały one na wprowadzeniu maksymalnej kwoty kary w przypadku opóźnienia, konkretnej kwoty za określone przejawy naruszenia zobowiązania, a także uzależnieniu wysokości kary od wartości znanych już w chwili zawarcia umowy (pełna wartość jednego ze świadczeń). Rozwiązania te utrudniają jednak pełne dostosowanie kary do funkcji, które ma ona pełnić, a także interesu wierzyciela, który ma ona zabezpieczać. Mogą one przy tym prowadzić do zastrzegania kar nadmiarowych, niezgodnych z interesem dłużnika. Przykładowo, po osiągnięciu górnej granicy kary za zwłokę dłużnik może nie mieć interesu w dalszym wykonywaniu zobowiązania. Innym przykładem jest sytuacja, w której uzależnienie kary od całej wartości świadczenia (traktowanej jako punkt odniesienia, ponieważ jest znana w chwili zawierania umowy) może być nieadekwatne w przypadku, gdy niewykonana jest jedynie jego część (ta wartość nie jest znana w chwili zawierania umowy). Należy przyznać, że trafność wskazanych tez została zanegowana w innych orzeczeniach Sądu Najwyższego. Jednak nie realizuje postulatu pewności prawa wydanie jednego dnia dwóch uchwał Sądu Najwyższego zawierających odmienne tezy w omawianym przedmiocie⁶.

⁶ Zob. uchwała SN z 9.12.2021 r., III CZP 16/21, OSNC 2022/7–8, poz. 68; uchwała SN z 9.12.2021 r., III CZP 26/21.

Największą niepewność w zastrzeganiu i dochodzeniu kar umownych wprowadza orzecznictwo dotyczące instytucji ich miarkowania. Wyraźnego podkreślenia wymaga, że sformułowana powyżej krytyczna uwaga nie oznacza generalnego kwestionowania przepisu art. 484 § 2 k.c. Rozwiązanie wprowadzone w tym przepisie ma uzasadnienie aksjologiczne, oparte chociażby na konieczności antycypowania przy określaniu wysokości kary przyszłych negatywnych skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Miarkowanie stanowi reakcję na nieadekwatność wysokości kary w stosunku do rzeczywistego naruszenia interesu wierzyciela, która jest możliwa do ustalenia jedynie *post factum*. Jeżeli dysproporcja wysokości kary do skutków naruszenia zobowiązania przybiera rażący charakter, korekta kary jest uzasadniona. Oznacza ona, że przewidywania stron były nieprawidłowe i utrzymanie wysokości kary skutkowałoby naruszeniem interesu dłużnika.

Na marginesie należy zauważyć, że nieuzasadnione są pojawiające się niekiedy pomysły, aby w przepisach prawa przewidzieć górną granicę wysokości kar umownych. Dotyczą one głównie umów zawieranych w zamówieniach publicznych, jak też w tej dziedzinie wskazują na niezrozumienie istoty kary umownej. Nie ma bowiem możliwości ustalenia jednego limitu kary umownej właściwego dla wszystkich umów zawieranych w zamówieniach publicznych – nawet w ramach pewnej grupy umów (np. umowa o roboty budowlane). Nawet bowiem w tej grupie umów wachlarz interesów zabezpieczanych karami umownymi jest tak szeroki, że zasadą powinna być różnorodność limitów kar (dostosowanych do konkretnej umowy). Jedynie dla przykładu można wskazać, że inne funkcje będzie pełnić kara umowna za zwłokę w wykonaniu zobowiązania w umowie o wybudowanie drogi, gdy termin zakończenia prac nie wynika ze szczególnych uwarunkowań, a inne, gdy od wykonania tej umowy zależy realizacja innych umów, uzyskanie dofinansowania ze środków europejskich czy też wywiązanie się ze zobowiązań międzynarodowych (budowa sieci dróg). W podanych przypadkach już tylko szkoda majątkowa, która może powstać w wyniku niewykonania zobowiązania, może różnić się w sposób diametralny, tj. może jej w ogóle nie być albo może wielokrotnie przekraczać wartość kontraktu. Kwestia wysokości górnej granicy kar powinna być więc pozostawiona stronom, z uwzględnieniem moderacyjnej roli sądów w tym zakresie.

Przyjęcie, że sądowa kontrola wysokości kar umownych jest uzasadniona, nie powinna oznaczać zgody na powszechność miarkowania i dowolność rozstrzygnięć w tym przedmiocie. Dostrzeżenie bowiem podstawowej cechy kary umownej, polegającej na oparciu jej na zasadzie swobody umów, jednoznacznie prowadzi do wniosku, że ingerencja sądu w jej uregulowanie przez strony, w tym w określenie jej wysokości, powinna mieć charakter wyjątkowy. Taki postulat ograniczonej roli sądów jest formułowany zarówno w orzecznictwie⁷, jak i w doktrynie⁸. W praktyce powinniśmy więc obserwować niski odsetek orzeczeń, w którym sądy dokonują miarkowania kar. Tymczasem prawidłowość taka nie potwierdza się w sprawach prowadzonych przez Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej. Z własnych analiz Prokuratury Generalnej⁹ wynika, że w sprawach o kary umowne jest powszechnie zgłaszany wniosek o ich miarkowanie i w **większości** spraw jest on uwzględniany. Co ciekawe, aż w 40% spraw sąd zmiarkował karę dokładnie o 50%. Niestety, wskazuje to na przypadkowość rozstrzygnięć sądowych w omawianym zakresie. Trudno bowiem przyjąć, aby w blisko połowie różnych spraw uzasadniony był akurat ten sam poziom miarkowania.

Już kryteria ilościowe wskazują, że nie można uznać, iż kara umowna jest obecnie pewnym środkiem zabezpieczenia wykonania zobowiązania, skoro strony mogą z większym prawdopodobieństwem przyjąć, że ich wola co do samodzielnego określenia zasad odpowiedzialności zostanie zmieniona przez sąd, niż to, że sąd uszanuje ich uzgodnienie. Praktyka orzecznicza przemawia więc za uznaniem, że sądy nie postrzegają kary umownej jako wyrazu swobody umów, a raczej jako element umowy, który powinien podlegać korekcie sądu na podstawie jego poczucia sprawiedliwości. Gdy dodamy do tego, że kara umowna przestaje pełnić funkcje stymulujące do wykonania zobowiązania, skoro dłużnik może liczyć, że uniknie przynajmniej w znacznej części tej sankcji, zachodzi pytanie, czy przynajmniej nie dochodzi do częściowego zatarcia różnic pomiędzy karą umowną a odszkodowaniem na zasadach ogólnych.

⁷ Wyrok SN z 11.09.2019 r., IV CSK 473/18, LEX nr 2751795.

⁸ J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Warszawa 2008, s. 304.

⁹ Analiza robocza przeprowadzona w 2023 r. na podstawie ok. 200 orzeczeń.

Ponadto analiza typowego uzasadnienia orzeczenia, w którym sąd miarkuje karę umowną, pozwala na stwierdzenie, że jedynie deklaratorywnie zawiera ono wyliczenie różnych funkcji kary konwencjonalnej i szeregu kryteriów miarkowania kary, takich jak: znaczne wykonanie zobowiązania, porównanie kary do szkody, do wartości przedmiotu świadczenia czy części niewykonanego zobowiązania, a także uwzględnienie wagi uchybionego obowiązku i stopnia winy dłużnika. Natomiast w dalszej kolejności rzadko następuje konkretyzacja znaczenia tych poszczególnych kryteriów miarkowania do przyjętego poziomu miarkowania. Judykatura nie wypracowała wskazówek co do aplikacji wskazanych kryteriów do określenia granic adekwatnej kary. Oczywiście dostrzec należy, że instytucja miarkowania kary jest elementem prawa sędziowskiego i decyzja w tym zakresie zależy od konkretnego przypadku. Gdy jednak zastosowanie miarkowania przestaje być wyjątkiem, a staje się zasadą, brak jakiejkolwiek przewidywalności co do zasad zastosowania miarkowania negatywnie wpływa na znaczenie kary jako instrumentu zabezpieczenia zobowiązania. Jedynie przykładowo można wskazać, że nie odnajdziemy w orzecznictwie wytycznych co do stosunku wysokości kary do wartości szkody. Tymczasem to kryterium miarkowania jest często stosowane. Należy dostrzec trudność w jednoznacznym określeniu, kiedy mamy do czynienia z rażącą dysproporcją w stosunku wysokości kary do wartości szkody, ale doprecyzowanie tej kwestii jest możliwe (i pożyteczne), szczególnie w tych przypadkach, gdy strony nadają karze jedynie kompensacyjny charakter. Uczynienie przez sądy z miarkowania zasady, a nie wyjątku, powoduje, że wypracowanie jasnych kryteriów zastosowania art. 484 § 2 k.c. nabiera dodatkowego znaczenia. Możliwość przewidzenia kryteriów miarkowania pozwalałaby stronom na zastrzeżenie kar o takiej treści, że zasadniczo nie powinny być one moderowane przez sąd. Strony określają wysokość kar na przyszłość. Siłą rzeczy pojawia się więc po stronie wierzyciela pokusa nadmiernego zabezpieczenia wykonania zobowiązania i uniknięcia nieznanych jeszcze skutków jego niewykonania. Przy racjonalnym podejściu w celu uniknięcia w miarę pewnego miarkowania wierzyciel powinien raczej ograniczyć swoje dążenia w określaniu wysokości kary umownej. Jednak jego zdolność ustalenia przynajmniej ram, w których powinien się poruszać, jest zależna od tego, czy z orzecznictwa wynikają w miarę jasne kryteria miarkowania. Obecnie postulat ten nie jest spełniony.

Tworzy się więc samonapędzający się mechanizm, w którym w praktyce obrotu wysokość kar jest nadmierna, wobec czego sądy je miarkują, a jednocześnie częste ograniczanie przez sądy wysokości kar skłania wierzycieli raczej do ich podwyższania, niż obniżania.

W tym kontekście nie można się w pełni zgodzić z wielokrotnie powtarzaną w orzecznictwie tezą, że: „Jeżeli sąd decyduje się zmniejszyć uzgodnioną karę umowną, specyfika prawa sędziowskiego i nieostry charakter powołanych kryteriów sprawiają, że nie można oczekiwać, iż uzasadnienie decyzji co do stopnia redukcji kary umownej zostanie oparte na precyzyjnych kalkulacjach lub obliczeniach poddających się każdorazowo pełnej obiektywizacji. Przeciwnie – w miarkowaniu kary umownej tkwi element uznania i oszacowania dokonywanego przez sąd”¹⁰. Nie polemizując z oczywistym stwierdzeniem, że miarkowanie kar umownych jest elementem prawa sędziowskiego i opiera się na zastosowaniu klauzul generalnych, jednocześnie należy zauważyć, że jest to głęboka ingerencja w autonomię woli stron i wymaga możliwie pełnego i jasnego uzasadnienia decyzji sądu. Tam, gdzie jest to możliwe, sąd powinien dążyć do konkretyzacji i obiektywizacji swojej decyzji. Truizmem jest stwierdzenie, że swoboda sędziowska nie oznacza dowolności. Tymczasem taki charakter będzie miało orzeczenie, z którego strony nie będą mogły wywnioskować, z jakich przyczyn sąd przyjął określoną wysokość kary umownej w wyniku miarkowania.

Przyjrzyjmy się, jakie problemy powoduje samo ustalenie, że kara umowna jest rażąco wygórowana. Ta ustawowa przesłanka naturalnie skłania do dokonywania porównań. Skoro kara ma być wygórowana, to powinien być jakiś punkt odniesienia dla ustalenia takiego charakteru kary. W omawianej relacji po jednej jej stronie występuje suma pieniężna (kwota kary), zatem naturalne jest poszukiwanie przez sąd punktów odniesienia również mających wartość pieniężną. Stąd często przy miarkowaniu pojawia się kryterium wysokości wynagrodzenia, wartość niespełnionego świadczenia czy wysokość szkody. Tymczasem znaczenie funkcji prewencyjnej i stymulacyjnej kary, a także chronionych przez karę interesów niemajątkowych wierzyciela, jest na etapie

¹⁰ Wyrok SN z 19.01.2024 r., II CSKP 865/22, LEX nr 3658475.

miarkowania trudne, jeśli nie niemożliwe do oszacowania. Znajduje to odzwierciedlenie w orzecznictwie, w którym powołanie się na inne niż kompensacyjna funkcje kary i inne niż majątkowe uszczerbki związane z naruszeniem zobowiązania następuje raczej w ramach wstępnego wymiennienia przez sąd poglądów dotyczących miarkowania niż istotnych kryteriów w fazie ustalenia przez sąd uzasadnionej wysokości kary. Prowadzi to do naturalnego (choć nieprawidłowego) pomniejszenia znaczenia pozamajątkowego wymiaru kary umownej. Taki sam skutek ma często powtarzana w orzecznictwie teza, że zapłata kary umownej nie może prowadzić do wzbogacenia się wierzyciela¹¹. Ocena, czy nastąpiło nieprawidłowe „wzbogacenie” się wierzyciela, jest dokonywana przez sąd w sferze wartości majątkowych (wysokość kary vs. wartość świadczenia, wysokość szkody, wartość niewykonanej części zobowiązania). Ustalenie przez sąd, że „wzbogacenie” występuje, nie jest korygowane następnie przez analizę, czy na wysokość kary nie miały wpływu pozamajątkowe cele kary.

Na koniec rozważań o miarkowaniu należy również zwrócić uwagę na procesowe trudności z niektórymi przesłankami miarkowania. Zrozumiałe jest, dlaczego ze względu na funkcję kompensacyjną kary sądy przy miarkowaniu biorą pod uwagę wysokość szkody. Jednak z punktu widzenia procesowego jest to problematyczne. Szkada i jej wysokość nie są przesłankami dochodzenia kary. Zatem okoliczności faktyczne dotyczące tych elementów nie są wprowadzane do procesu w wyniku realizacji ciężarów procesowych wierzyciela. Z orzecznictwa jasno wynika, że fakty konieczne do miarkowania powinny być dowodzone przez dłużnika. Dłużnik jest więc obciążony obowiązkiem wykazania, że szkoda nie wystąpiła albo że jej wysokość przemawia za miarkowaniem kary. Z oczywistych względów możliwości dowodowe dłużnika w tym zakresie są ograniczone. W praktyce sądy w różny sposób próbują obejść ten problem. W niektórych przypadkach decyzje sądu o miarkowaniu podejmowane są na podstawie różnego rodzaju domniemań faktycznych dotyczących skutków niewykonania kontraktów danego rodzaju. Czasami to wierzyciel jest zmuszany do wykazania szkody i jej wysokości, aby obalić twierdzenie dłużnika, że szkoda nie wystąpiła. Oba

¹¹ Por. wyrok SN z 18.12.2018 r., IV CSK 491/17, LEX nr 2618489.

rozwiązania rodzą uzasadnione wątpliwości. Ponadto konieczność prowadzenia przez wierzyciela dowodu na okoliczność wystąpienia szkody i jej wysokości stanowi zaprzeczenie ułatwieniu, które kara umowna powinna dawać w stosunku do odszkodowania na zasadach ogólnych. W zasadzie więc miarkowanie z powodu dysproporcji w relacji wysokości kary do wartości szkody powinno być wyjątkiem, ograniczonym do tych przypadków, gdy dłużnik w rzeczywistości jest w stanie wykazać te okoliczności albo niewystąpienie szkody lub jej wysokość wynika z materiału procesowego z innych przyczyn, niż osobne dowodzenie tych kwestii na potrzeby miarkowania kary.

4. Powyżej przedstawiona analiza nieprawidłowego orzecznictwa dotyczącego kary umownej ma charakter przykładowy. Ma ona na celu udowodnienie postawionej na początku tezy, że znaczenie kary umownej jako skutecznego środka zabezpieczenia zobowiązania zostało znacząco podważone. Mam nadzieję, że udało mi się wykazać zasadność postawionej tezy, a przynajmniej zasiać wątpliwości co do efektywności kary umownej. *Prima facie* można uznać, że taki stan jest niekorzystny dla wierzyciela, którego interesy zabezpiecza kara, dla dłużnika stwarza natomiast okazję do uwolnienia się od zobowiązania. Jednak zachwianie prawidłowego funkcjonowania jednej z podstawowych instytucji prawa zobowiązań prowadzi do poszukiwania przez wierzycieli często sztucznych i niepotrzebnych rozwiązań, które w ich ocenie polepszą sytuację, np. wysokie kary umowne, sztucznie dobrane ograniczenia wysokości kar umownych czy sankcje gwarancyjne. Prowadzi to z kolei do pogorszenia sytuacji dłużnika. Zatem niepewność wywołana orzecznictwem dotyczącym kary konwencjonalnej wpływa negatywnie na obie strony.

Zachodzi pytanie, czy istnieją sposoby na poprawę funkcjonowania omawianej instytucji. Na pewno zmiana praktyki sądów, o ile nie następuje przez interwencję ustawową, nie jest prosta. Skoro jednak dostrzeżonym niedomaganiem jest niedostateczne uwzględnianie przez sąd woli stron, powinna ona być w umowie jasno określona (np. w preambule umowy). Jednoznacznie sformułowana umowa będzie sądowi ułatwiać poczynienie ustaleń na podstawie art. 65 § 2 k.c. Dotyczyć to może podkreślenia, że kara realizuje również funkcję prewencyjną lub stymulacyjną. Podobnie zasadne jest wskazanie, jakie interesy poza-

majątkowe ma zabezpieczać kara konwencjonalna. Uzasadnione jest również określenie wzajemnej relacji różnych kar, aby wyłączyć uznanie, że zabezpieczają ten sam interes. Podkreślenia wymaga, że nie chodzi o bezrefleksyjne wymienianie w umowie wszelkich możliwych funkcji i interesów, które kary potencjalnie mają zabezpieczać. Postulowane działanie ma sens tylko wtedy, gdy będzie miało ono charakter prze-myślany i będzie dotyczyć jedynie rzeczywistych potrzeb wierzyciela. Drugim warunkiem jest rozsądne podejście stron (przede wszystkim wierzyciela) do kar umownych, którego przeciwieństwem jest uznanie, że w umowie kara ma się po prostu znaleźć, i to najlepiej w znacznej wysokości. Jedynie przemyślane ustalenie naruszeń, za które ma zostać przewidziana kara, właściwe dobranie jej przesłanek i określenie adekwatnej wysokości do zabezpieczanego interesu zmniejszają ryzyko jej miarkowania. Na wszystkie te warunki zwróciła uwagę Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej w wydanych przez nią wytycznych pod nazwą „Rekomendacje w zakresie formułowania postanowień umów dotyczących kar umownych”¹². Wytyczne te mają zastosowanie w wydawanych przez Prokuratorię Generalną opiniach co do umów zawieranych przez Skarb Państwa i państwowe osoby prawne. Należy więc uznać, że będą one miały wpływ na formułowanie postanowień umownych przez znaczną część podmiotów publicznych.

Sama zmiana treści umów nie jest wystarczająca, praktyka sądów również powinna się zmienić. Zdaniem autora podstawowe znaczenie ma dostateczne uwzględnianie przez sądy podstawowej cechy kary umownej polegającej na oparciu jej na swobodzie umów. Ma to znaczenie w dwóch aspektach. Po pierwsze, ingerencja w zastrzeżone przez strony kary umowne powinna być wyjątkiem w praktyce sądów. Dotyczy to również instytucji miarkowania kar. Po drugie, problemy orzecznicze dotyczące kary umownej powinny być rozstrzygane głównie na gruncie wykładni umowy, a nie formułowania dogmatycznych wskazówek orzeczniczych. Konieczne jest również wyjście przez sądy z gorsetu postrzegania kary jako części kompensacyjnego systemu odpowiedzialności cywilnej i dostrzeżenie (nie tylko przez mechaniczne wskazanie w treści uzasadnie-

¹² <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/rekomendacje-i-wzory-postanowien-umow2>.

nia) pozakompensacyjnych funkcji kary i pozamajątkowych interesów wierzyciela zabezpieczanych karą. Na koniec warto wskazać, że można odnaleźć szereg orzeczeń sądów, które w pełni realizują te postulaty.

Tytułem przykładu można podać wyrok Sądu Najwyższego z 6.12.2019 r., V CSK 458/18¹³. Podkreślono w nim, że przy badaniu, czy miarkowanie kary umownej jest uzasadnione i w jakim zakresie, konieczne jest uwzględnienie uszczerbków, które nie podlegałyby kompensacji na podstawie art. 471 k.c., przy czym chodzi nie tylko o trudno uchwytne dla dyferencyjnej metody ustalania odszkodowania szkody majątkowe, lecz także o uszczerbki o charakterze niemajątkowym¹⁴.

W realiach sprawy z 14.04.2005 r., II CK 626/04, Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Motywy zaskarżonego wyroku w zestawieniu z materiałem sprawy nie pozwalały przyjąć, by Sąd Apelacyjny prawidłowo zastosował przywołane kryteria. Za punkt wyjścia do redukcji kary umownej uznał, że zastrzeżona w umowie stawka dzienna kary wynosząca 0,5% wynagrodzenia znacząco przewyższała przeciętne stawki stosowane na rynku robót budowlanych, które wahają się od 0,1% do 0,2% dziennie. W judykaturze Sądu Najwyższego wskazuje się jednak, że relacja między stawką stanowiącą podstawę określenia wysokości zastrzeżonej kary umownej a stawkami stosowanymi w obrocie przy zastrzeganiu takich kar, nie stanowi wystarczającej podstawy do oceny, czy zastrzeżona kara jest rażąco wygórowana¹⁵. [...] W rozważaniach Sądu Apelacyjnego brak zarazem wyjaśnienia, na jakiej podstawie ustalił przeciętną stawkę kar umownych i jakiego rodzaju obowiązków umownych stawka ta dotyczy, a tym samym czy mogła być ona odniesiona do okoliczności sprawy. Argument ten nie mógł być zatem uznany za miarodajną podstawę zmniejszenia wysokości kary umownej”.

Wyrok SN z 6.12.2019 r., V CSK 458/18, ukazuje, że miarkowanie kary umownej – o ile jest uzasadnione – może uwzględniać różne jej funkcje,

¹³ OSNC-ZD 2021/3, poz. 27.

¹⁴ Por. wyrok SN z 14.04.2005 r., II CK 626/04, LEX nr 189075.

¹⁵ Por. wyroki SN z 26.01.2011 r., II CSK 318/10, LEX nr 784914; z 5.10.2011 r., IV CSK 659/10, LEX nr 1102547; z 23.05.2013 r., IV CSK 644/12, LEX nr 1365722.

a jednocześnie nie powinno być mechaniczne i pozbawione skonkretyzowanego uzasadnienia.

Streszczenie

Kara umowna jest uważana za skuteczny instrument zabezpieczania wykonania zobowiązania. Jednak ze względu na orzecznictwo sądów, szczególnie dotyczące miarkowania kary umownej, środek ten traci swoje znaczenie. W artykule wskazano sposoby w zakresie zastrzegania kar oraz orzekania o nich, przywracające temu środkowi jego znaczenie.

Słowa kluczowe: *kara umowna, miarkowanie kary umownej, kara rażąco wygórowana*

Bibliografia

- Gawlik Z. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna*, red. A. Kidyba, LEX
- Jastrzębski J., *Kara umowna*, Warszawa 2008
- Tanajewska R. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, LEX 2023

Marek Miller – Wiceprezes Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej.

Jan Markiewicz

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZAMAWIAJĄCEGO WOBEK WYKONAWCY ZA TEREN BUDOWY – WYBRANE ZAGADNIENIA SPORNE

1. Wprowadzenie

Zlecający wykonanie obiektu budowlanego inwestor w sposób naturalny dąży do tego, aby zrealizowany on został za cenę jak najniższą, najlepiej z góry określoną i niezmienną w toku realizacji inwestycji, w założonym terminie i w jak najwyższym standardzie. Poza wspólnym dążeniem do wykonania obiektu wykonawca robót – kontrahent inwestora – ma zgoła przeciwne cele. Oczekuje, że otrzyma wynagrodzenie, które odpowiadać będzie kosztom rzeczywiście poniesionym na budowie, a nie zakładanym jedynie na etapie ofertowania, oraz że uzyska jak najwyższą marżę. Wykonawca oczekuje, że czas realizacji będzie dostosowany do warunków terenu budowy oraz że zostanie on wydłużony, gdy warunki okażą się inne niż zakładane, rodząc konieczność wykonania dodatkowych prac.

Inwestorzy oferujący zamówienie na roboty budowlane przenoszą swoje dążenia na treść proponowanych wykonawcom umów. W kontekście zamówień publicznych inklinacja ta jest szczególnie silna – umowy zawierane w tym trybie, podobnie jak treść całej dokumentacji przetargowej, nie podlegają zasadniczo negocjacjom. Dlatego umowy oferowane