

Sygn. akt I ACa 285/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 września 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Małgorzata Stanek

Sędziowie: SA Dariusz Limiera (spr.)

del. SO Marta Witoszyńska

Protokolant: st. sekr. sąd. Kamila Jarosińska

po rozpoznaniu w dniu 20 września 2017 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **z ograniczoną odpowiedzialnością w W.**

przeciwko (...) **Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 19 grudnia 2016 r. sygn. akt X GC 247/13

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Łodzi do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt ACa 285/17

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 19 grudnia 2016 r. Sąd Okręgowy w Łodzi w sprawie, sygn. akt X GC 247/13, z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. o zapłatę 238.891,78,-zł:

1. zasądził od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 238.891,78 zł z:

a) odsetkami umownymi w wysokości dwukrotności odsetek ustawowych od kwoty 205.385,78 zł od dnia 3 lipca 2010 roku do dnia zapłaty,

b) odsetkami ustawowymi od kwoty 33.506 zł od dnia 20 września 2012 roku do dnia zapłaty,

oraz kwotę 19.162 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

2. nakazał zwrócić na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. kwotę 442,86 zł tytułem niewykorzystanej zaliczki, uiszczonej w dniu 29 grudnia 2014 roku, zaksięgowanej pod pozycją (...)/ (...).

Sąd Okręgowy ustalił:

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. jest przedsiębiorcą zarejestrowanym w Krajowym Rejestrze Sądowym za numerem (...).

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. jest przedsiębiorcą zarejestrowanym w Krajowym Rejestrze Sądowym za numerem (...).

W dniu 23 lipca 2008 roku pomiędzy pozwaną, jako zamawiającym, a powódką, jako wykonawcą została zawarta umowa o wykonanie renowacji dachu. Przedmiotem umowy było wykonanie renowacji dachu oraz uszczelnienie vitrolitów

o łącznej powierzchni 77.000 m² w cenie 61 zł za 1 m² na hali 240 (bez części biurowej) przy ulicy Posag 7 panien w W., polegającej na:

- usunięciu krzewów i ziemi ze starej powierzchni dachu,
- usunięciu puchli z papy poprzez ich nacinanie,
- ogólnym przygotowaniu podłoża pod natrysk pianki izolacyjnej,
- pokryciu dachu poprzez naniesienie metodą natryskową pianki poliuretanowej o grubości ok. 3 cm na koryta oraz skosy szedów,
- naniesieniu na piankę poliuretanową na skosach szedów farby zabezpieczającej ją przed promieniami UV,
- natryśnięciu powłoki elastomerowej o grubości 1 mm na koryta szedów oraz vitrolity i obróbki blacharskie.

Wykonawca miał do wykonania przedmiotu umowy użyć agregaty do nanoszenia poliuretanów G. – G. E.-20 oraz H-XP3, pianki poliuretanowej

o gęstości pozornej 60 kg/m³ firmy (...). o.o., powłoki poliuretanowej (...) 85 P. firmy (...), farby aluminiowo – refleksyjnej.

Przedmiot umowy miał być wykonywany sukcesywnie w zależności od warunków pogodowych. W roku 2008 wykonawca zobowiązał się wykonać ok. 1/2 przedmiotu umowy, a pozostałą część w 2009 roku.

Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 61 zł za 1 m² wykonanej renowacji dachu oraz uszczelnienia vitrolitów plus podatek VAT według stawki 22%. Ogólna powierzchnia dachu wynosiła 77.000 m², co daje kwotę 4.697.000 zł netto. Płatność wynagrodzenia miała być realizowana na podstawie faktur VAT wystawianych w oparciu o podpisane przez strony protokoły odbioru określające powierzchnię wykonanej renowacji dachu. Zamawiający miał płacić należność przelewem w terminie 7 dni od dnia otrzymania prawidłowo wystawionej faktury.

W przypadku niezapłacenia przez zamawiającego w terminie należności wynikającej z faktur VAT wystawionych na podstawie umowy, strony w § 8 ust. 2 umowy ustaliły, że zamawiający zapłaci wykonawcy odsetki w wysokości podwójnych odsetek ustawowych.

Odbiory miały następować etapami w każdy piątek w formie protokołu odbioru. Wykonanie przedmiotu w całości miał zostać potwierdzony w całości protokołem odbioru końcowego. Ważność protokołu odbioru wymagała złożenia na nim podpisu w imieniu zamawiającego przez M. M. lub J. K..

Wykonawca udzielił zamawiającemu 96 miesięcznej gwarancji na przedmiot umowy. Bieg okresy gwarancji rozpoczynał się od podpisania odbioru końcowego. Na okres gwarancji wykonawca miał wystawić zamawiającemu weksel na kwotę 300.000 zł. Do weksla miał zostać sporządzony aneks do umowy, określający warunki jego

ewentualnego wykorzystania. Zamawiający został zobowiązany do powiadomienia wykonawcy o powstałych wadach lub usterkach przedmiotu umowy w ciągu 10 dni kalendarzowych od ich ewentualnego ujawnienia.

Dla wszelkich zmian umowy zastrzeżono formę pisemną pod rygorem nieważności.

Prace były wykonywane zgodnie z techniką przewidzianą w umowie. Odbywały się odbiory częściowe, wszelkie przecieki były likwidowane przed podpisaniem protokołu. Pozwana płaciła wynagrodzenie na podstawie faktur.

W dniu 21 września 2009 roku zostały odebrane roboty wykonane w okresie od 1 lipca 2009 roku do 21 września 2009 roku. Przedstawiciele inwestora

i wykonawcy stwierdzili wykonanie prac naprawy hali szedy 13 do 33 o wartości wg kosztorysu wykonawczego 1.437.282 zł, a jakość robót określili na dobrą.

W protokole znalazł się zapis o potrąceniu 7% jako okres gwarancji do 30 listopada 2009 roku, po czym na okres gwarancji miał być wystawiony weksel gwarancyjny. Potrącona kwota wyniosła 168.349 zł netto. Na podstawie tego protokołu został wystawiona faktura końcowa.

Powódka nigdy nie wystawiła weksla gwarancyjnego.

W listopadzie 2009 roku inspektor nadzoru zwrócił się do pracownika pozwanej o wstrzymanie należnej zapłaty do czasu usunięcia usterek.

Powódka w dniu 4 marca 2010 roku wystawiła notę odsetkową nr 1/02/2010, wzywając pozwaną do zapłaty kwoty 16.753 zł tytułem odsetek za opóźnienie

w płatności faktury nr (...) z dnia 22 września 2009 roku z terminem płatności do dnia 29 lipca 2009 roku. Należność z faktury została zapłacona przez pozwaną

w 3 ratach w dniach 9 października 2009 roku, 11 lutego 2010 roku i 15 lutego 2010 roku. W piśmie z dnia 15 kwietnia 2010 roku powódka poinformowała pozwaną, że nota odsetkowa nie zawiera podwójnych odsetek ustawowych, które winny być naliczone zgodnie z umową. Powódka wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 33.506 zł, na która następnie wystawiła notę odsetkową nr 1/06/2010. W odpowiedzi pozwana nie zaakceptowała noty nr 1/06/2010 podając, że odsetkami od faktury została obciążona już notą nr 1/02/2010.

W dniu 7 czerwca 2010 roku powódka wystawiła pozwanej fakturę VAT nr (...) na kwotę 205.399,20 zł brutto (168.360,00 zł netto) tytułem naprawy dachu hali 240 przy ul. Posag 7 panien w W., z terminem płatności do 2 lipca 2010 roku.

Pozwana zapłaciła powódce całe wynagrodzenie za wykonane prace poza zatrzymaną kwotą 168.349 zł netto.

Pozwana nigdy nie zgłaszała zastrzeżeń co do sposobu wykonania prac, ani wad w wykonanych pracach.

Po wykonaniu prac przez powoda hala została zdewastowana przez wandalów. Zniszczeniu uległ także dach. Przed dewastacją zdarzały się niewielkie przecieki.

W lipcu 2010 roku na zlecenie powoda została sporządzona opinia i ocena techniczna – budowlana dotycząca pokrycia dachu oraz konstrukcji hali stalowej przy ul. Posag 7 panien 8 w W.. Na potrzeby opinii została sporządzona dokumentacja fotograficzna. Została również wykonana inwentaryzacja budowlana. Wówczas hala była zniszczona, prowadzone były prace demontażowe.

Pismem z dnia 30 stycznia 2012 roku, doręczonym pozwanej w dniu 1 lutego 2012 roku, powódka wezwał pozwaną do zapłaty kwoty 205.399,20 zł i kwoty 33.506 zł.

W trakcie procesu rozpoczęła się rozbiórka haki nr 240. Ostatecznie hala została rozebrana w całości, a pozwany sprzedał nieruchomość.

Renowacja dachu oraz uszczelnienie vitrolitów na hali nr 240 nie zostało wykonane prawidłowo przez powoda. Nieprawidłowo przygotowano istniejące pokrycie pod przyszłe pokrycie realizowane zgodnie z umową łączącą strony. Przyjęta technologia była rozwiązaniem nowatorskim. Usunięcie wad było możliwe poprzez wykonanie od nowa pokrycia w korytach zlewnych po długości każdego z szedów. Nieusunięcie wad uzasadnia obniżenie wynagrodzenia o kwotę 583.512,34 zł brutto.

Sąd I instancji pominął dowód dokumentów w postaci aprobat technicznych, informacji technicznych, certyfikatów, atestów, raportów klasyfikacyjnych, kart charakterystyki, deklaracji zgodności dotyczących materiałów, które miały być zastosowane do remontu dachu. Dokumenty te nie stanowią podstawy ustaleń faktycznych istotnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia o żądaniu pozwu.

Pominięciu według Sądu Okręgowego, jako spóźniony podlegał wniosek o przesłuchanie strony pozwanej zgłoszony na rozprawie w dniu 13 listopada 2015 roku.

Ustalając czy umowa została wykonana prawidłowo przez powoda, Sąd oparł się na opinii biegłego sądowego (...) budownictwa (...). Biegły sądowy wyczerpująco uzasadnił istnienie i przyczyny wad w pracach powoda oraz wysokość kwoty, o jaka należałoby obniżyć wynagrodzenie. Zatem Sąd dokonując ustaleń faktycznych oparł się w całości na opinii biegłego. Opinia biegłego jest pełna, jasna, należyście umotywowana, nie budzi wątpliwości, co do swej fachowości oraz rzetelności, nie zawiera sprzeczności, posługuje się logicznymi argumentami, wyrażone w niej poglądy są w pełni zrozumiałe. Opinia została sporządzona przez osobę kompetentną i nie zainteresowaną wynikiem sprawy, przy pomocy weryfikowalnych metod badawczych, opiera się o aktualny stan wiedzy, uwzględnia zebrany w sprawie materiał dowodowy. Biegły na rozprawie szczegółowo odniósł się do zarzutów zgłoszonych przez stronę pozwaną. W dalszej kolejności strona pozwana nie kwestionowała opinii biegłego sądowego.

Sąd Okręgowy nie dał wiary głoślownym twierdzeniem pozwanej, aby informowała powoda o wadach. Żaden ze świadków nie potwierdził, że pozwana zawiadamiała powódkę o stwierdzonych wadach w odebranych robotach. Jedyne dokument, na który powołała się strona pozwana pochodził od inspektora nadzoru, ale adresowany był do pracownika pozwanej, a nie do powoda. Nie może zatem skutecznie dowodzić faktu powiadomienia powódki o przeciekach z dachu. Z faktu zlecenie przez powódkę sporządzenia prywatnych opinii i inwentaryzacji również nie można wywieść logicznego wniosku, że nastąpiło to na skutek zawiadomienia powódki o wadach. Bezsprzeczne jest, że po odebraniu robót nastąpiła dewastacja hali przez osoby trzecie. Racjonalne jest zatem wyjaśnienie pozwanej, iż to właśnie dewastacja hali i dachu była przyczyną powołania rzeczoznawców. Jednocześnie powódka wyraźnie zaprzeczyła, aby otrzymała od pozwanej jakiegokolwiek zastrzeżenia co do wykonanych prac, czy informacje o stwierdzonych wadach. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na stronie pozwanej w myśl art. 6 k.c.

Za głoślowne Sąd I instancji uznał także twierdzenia pozwanej, jakoby strony dokonały zmiany postanowień umowy w zakresie wysokości odsetek w przypadku uchybienia terminowi płatności wynagrodzenia. Na tę okoliczność nie zostały zgłoszone żadne wnioski dowodowe. Z faktu wystawienia pierwotnie noty księgowej za opóźnienie w płatności wynagrodzenia z faktury nr (...) i jej przyjęcia przez pozwana nie można wnioskować, że strony zmieniły postanowienia umowy. Zmiana umowy wymagała bowiem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Powódka już kilka dni po wystawieniu noty odsetkowej wezwała pozwaną do zapłaty odsetek za opóźnienie zgodnie z umową w wysokości podwójnych odsetek ustawowych, co dobitnie świadczy o braku zgodnych ustaleń w zakresie obniżenia wysokości odsetek.

Przy powyższych ustaleniach i ocenach Sąd pierwszej instancji przyjął, że strony łączyła umowa o roboty budowlane, zawarta w formie pisemnej w dniu 23 lipca 2008 roku. Pozwana, jako inwestor zleciła wykonanie prac powódce, jako wykonawcy. W myśl art. 647 k.c., przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy

i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Przepis Kodeksu cywilnego o umowie o roboty budowlane stosuje się także do umowy o wykonanie remontu budynku lub budowli (art. 658 k.c.); do oceny tych robót zastosowanie mają bowiem te same zasady.

Do umowy o roboty budowlane w zakresie wynagrodzenia mają odpowiednie zastosowanie przepisy umowy o dzieło. Zgodnie z dyspozycją art. 642 § 1 k.c. przyjmującemu zlecenie należy się wynagrodzenie w chwili oddania dzieła. Natomiast jeśli dzieło ma być oddawane częściami, a wynagrodzenie zostało obliczone za każdą część z osobna, wynagrodzenie należy się z chwilą spełnienia każdego ze świadczeń częściowych. (§ 2 art. 642 k.c.).

Wynagrodzenie powoda na podstawie umowy o wykonanie prac miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego. Przepisy Kodeksu cywilnego o umowie

o roboty budowlane posługują się ogólnym pojęciem wynagrodzenia, jednak w nauce prawa przyjmuje się jako nie budzące wątpliwości, że nie ma przeszkód, by strony, podobnie jak w umowie o dzieło, umownie określiły zarówno wynagrodzenie ryczałtowe (art. 632 k.c.), jak i kosztorysowe (art. 629 k.c.) – por. G. B. i in., Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia – Zobowiązania, t. II, W. 1997, s. 160. W praktyce wynagrodzenie za roboty budowlane stosuje się właśnie jako wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe. W tym pierwszym przypadku strony określają, jakie prace są będą wykonywane w ramach umowy i za jaką wartość, zaś w drugim umowa określa zakres planowanych prac oraz obliczenia kosztorysowe z uwzględnieniem obowiązujących cen lub stawek (por. analogicznie art. 629 k.c.).

Strony wyraźnie określiły zakres prac w umowie oraz określiły wysokość wynagrodzenia w odniesieniu do 1 m² wykonanej renowacji dachu oraz uszczelnienia witorlitów.

Bezspornym jest, że powódka wykonała prace w zakresie wynikającym

z umowy, prace zostały odebrane w oparciu o protokoły bezusterkowe. Pozwana zobowiązana jest zatem do zapłaty powodowi umówionego wynagrodzenia w całości za wykonaną powierzchnię prac. Powódka otrzymała wynagrodzenie w przeważającej części, a do zapłaty pozostała kwota 168.349 zł netto (205.385,78 zł brutto), dochodzona niniejszym pozwem. tytułem wynagrodzenia. Wysokość niezapłaconego dotychczas wynagrodzenia jest niesporna między stronami.

Pozwana odmawiając zapłaty podniosła, że roszczenie w tym zakresie jest niewymagalne, bowiem nie upłynął okres gwarancji, a sporna kwota została zatrzymana na okres gwarancji. Pozwana pomija jednak, że umowa stron przewidywała zabezpieczenie na okres gwarancji w formie weksla wystawionego przez powódkę. W protokole odbioru wykonanych robót z dnia 21 września 2019 roku strony co prawda uzgodniły zatrzymanie 7% wartości odebranych prac tj. kwotę 168.349 zł netto, ale zatrzymanie miało nastąpić do dnia 30 listopada 2009 roku. Po tym terminie zatrzymana kwota powinna być zapłacona powódce, jako reszta wynagrodzenia. Na przeszkodzie wymagalności roszczenia o zapłatę ostatniej części wynagrodzenia nie stoi fakt braku wystawienia weksla gwarancyjnego. Po pierwsze strony nie uzależniły wypłaty zatrzymanej kwoty od wystawienia weksla. Po drugie poza sporem jest, że pozwana nie zwracała się do pozwanej o wystawienie weksla. W tym czasie prace powoda były już zniszczone, a pozwana rozpoczęła demontaż hali. Skoro pozwana prowadziła prace rozbiórkowe to nie była zainteresowana naprawą dachu w ramach gwarancji. Strony w umowie nie sprecyzowały warunków udzielonej gwarancji i zakresu roszczeń przysługujących zamawiającemu. Stosując odpowiednio art. 577 § 3 k.c. zgodnie z którym, jeżeli została udzielona gwarancja co do jakości rzeczy sprzedanej,yczytuje się w razie wątpliwości, że gwarant jest obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad, o ile wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w oświadczeniu gwarancyjnym, należy przyjąć, że w okresie gwarancji powódka byłaby zobowiązana do usuwania wad i usterek, które ujawniłyby się w związku z nienależycie wykonanymi pracami remontowymi. Oczywistym jest, że powódka nie byłaby zobowiązana do usunięcia skutków aktów wandalizmu i celowego zniszczenia mienia. Z chwilą rozebrania hali nie ulega wątpliwości, że wszelkie roszczenia w ramach gwarancji wygasły, świadczenie stało się bowiem niemożliwe do spełnienia.

Pozwana powoływała się również na istnienie wad w wykonanych pracach, które wynikały z nienależyciego wykonania umowy. Należy jednak zwrócić uwagę, że pozwana reprezentowana przez zawodowego pełnomocnika nie zgłosiła

żadnych roszczeń z tytułu ujawnionych wad, ani roszczeń z rękojmi, ani z gwarancji, ani odszkodowawczych na podstawie art. 471 k.c. Samo wystąpienie wad nie zwalnia pozwanej z obowiązku zapłaty wynagrodzenia zgodnie z umową. Dopiero zgłoszenie konkretnych roszczeń mogłoby skutkować uchynieniem obowiązku zapłaty wynagrodzenia. W szczególności jednak pozwana winna zgłosić zarzut potrącenia przysługującej jej wierzytelności, aby móc skutecznie w ramach niniejszego procesu dochodzić roszczeń od powódki.

Z kolei roszczenie o obniżenie wynagrodzenia, które mogłoby skutkować wykazaniem że należność dochodzona pozwem jest nienależna z uwagi na wcześniejsze wypłacenie powodowi wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu obniżonemu, ewentualnie przysługiwałoby pozwanej w oparciu

o przepisy o rękojmi. Przy czym pozwana dla zachowania roszczeń z rękojmi winni powiadomić powoda o wadzie niezwłocznie po jej wykryciu. Zgodnie z łączącą strony umową zamawiający powinien zawiadomić wykonawcę o powstałych wadach

i usterkach w terminie 10 dni kalendarzowych od ich ewentualnego wykrycia.

Z ustaleń Sądu wynika, że pozwana nie zgłosiła wad powódce i nie wzywała do ich usunięcia. Niewątpliwie posiadała wiedzę o wadach, skoro na przecieki wskazywał inspektor nadzoru w piśmie z dnia 10 listopada 2009 roku (k. 299).

Zdaniem Sądu Okręgowego do rękojmi za wady działa (obiektu budowlanego) z mocy art. 638 k.c. znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy o rękojmi przy sprzedaży, w tym przepisy dotyczące zawiadomienia drugiej strony w określonym terminie o wykryciu wad oraz o utracie uprawnień w razie niezachowania tego terminu. W myśl art. 563 § 1 k.c. kupujący traci uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy, jeżeli nie zawiadomi sprzedawcy o wadzie w ciągu miesiąca od jej wykrycia, a w wypadku gdy zbadanie rzeczy jest w danych stosunkach przyjęte, jeżeli nie zawiadomi sprzedawcy o wadzie w ciągu miesiąca po upływie czasu,

w którym przy zachowaniu należytej staranności mógł ją wykryć. Jednakże przy sprzedaży między osobami prowadzącymi działalność gospodarczą utrata uprawnień z tytułu rękojmi następuje, jeżeli kupujący nie zbadał rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju i nie zawiadomił niezwłocznie sprzedawcy

o dostrzeżonej wadzie, a w wypadku gdy wada wyszła na jaw dopiero później - jeżeli nie zawiadomił sprzedawcy niezwłocznie po jej wykryciu (art. 563 § 2 k.c.). Do zachowania terminów zawiadomienia o wadach rzeczy sprzedanej wystarczy wysłanie przed upływem tych terminów listu poleconego (art. 563 § 3 k.c.). Pozwana tego nie uczyniła i utraciła roszczenia z tytułu rękojmi. Tym samym Sąd uznał, że brak jest podstaw do obniżenia wynagrodzenia. Tym bardziej, że pozwana nawet takiego żądania nie sformułowała, ani złożyła oświadczenia o obniżeniu wynagrodzenia (art. 560 § 1 k.c. w zw. z art. 638 § 1 k.c. i art. 656 § 1 k.c., a także art. 637 § 2 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy)

Należało zatem zasądzić od pozwanej na rzecz powódki kwotę 205.385,78 zł z tytułu niewypłaconej części wynagrodzenia za wykonane roboty remontowe, na podstawie umowy stron i na podstawie art. 647 k.c.

O odsetkach od kwoty 205.385,78 zł Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. Strony w umowie ustaliły 7-dniowy termin płatności wynagrodzenia przelewem. Faktura VAT numer (...) została wystawiona w dniu 7 czerwca 2010 roku. W fakturze oznaczono termin zapłaty do dnia 2 lipca 2010 roku (25 dni).

Z kolei w umowie strony zastrzegły odsetki za opóźnienie w wysokości podwójnych odsetek ustawowych. Odsetki za opóźnienie należało zatem zasądzić zgodnie

z żądaniem od dnia 3 lipca 2010 roku, bowiem świadczenie w tej dacie było już wymagalne, co rodzi obowiązek zapłaty odsetek w wysokości odsetek umownych, czyli w wysokości podwójnych odsetek ustawowych.

Żądanie zasądzenia kwoty 33.506 zł, według Sądu pierwszej instancji znajduje podstawę prawną w przepisie art. 481 § 1 i 2 k.c. oraz § 8 ust. 2 umowy. Niesporne jest, że pozwana zapłaciła po terminie należności z faktury nr (...),

a wysokość odsetek ustawowych od kwoty faktury za czas opóźnienia wynosiła łącznie 16.753,00 zł. Pozwana bowiem przyznała wysokość skapitalizowanych odsetek w wysokości ustawowej. Zgodnie z umową łączącą strony powódce przysługują jednak odsetki w wysokości podwójnych odsetek ustawowych, co czyni zasadnym żądanie zapłaty kwoty 33.506 zł (16.753,00 zł x 2).

O odsetkach od zasądzonej kwoty 33.506 zł tytułem skapitalizowanych odsetek Sąd orzekł na podstawie art. 482 § 1 k.c.

Na podstawie art. 84 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 623) Sąd Okręgowy nakazał zwrócić na rzecz pozwanej kwotę 442,86 zł tytułem niewykorzystanej zaliczki na wynagrodzenie biegłego.

O obowiązku zwrotu kosztów procesu Sąd orzekł w oparciu o wyrażoną w art. 98 k.p.c. zasadę odpowiedzialności za wynik procesu. na zasądzoną z tego tytułu od pozwanej na rzecz powódki kwotę 19.162 zł składa się opłata od pozwu w kwocie 11.945 zł, wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w kwocie 7.200 zł (zgodnie z § 6 pkt 7 obowiązującego w dacie wniesienia pozwu rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, tj. Dz.U. 2013 r., poz. 461 ze zm.) oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa.

Apelację od tego wyroku wniosła strona pozwana, która zarzuciła:

I. naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na treść rozstrzygnięcia tj.:

1. art.233 k.p.c.

a. przez przyjęcie, że powód pomimo wadliwego wykonania dzieła zasadnie żądał zapłaty potrąconego wynagrodzenia;

b. przez przyjęcie, że pozwany wykonywał nadzór nad pracami powoda i przyjęcie, że łącząca strony umowa była umową o roboty budowlane, podczas gdy zdaniem pozwanego była to umowa o dzieło;

c. przez przydaniu wiary zeznaniom świadka M. M., podczas gdy w świetle opinii biegłego i zawodu świadka – filozof – świadek ten nie ma wiedzy fachowej w zakresie budownictwa;

2. art.328 § 2 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego ustalenia faktów uzasadnieniu i uznanie, że korespondencja pracownika pozwanego do wyznaczonej osoby do kontaktu ze strony pozwanego nie stanowi zgłoszenia przecieków dachu, a tym samym nie stanowi wezwania do usunięcia wadliwości prac, w świetle praktyki stron.

II. naruszenie prawa materialnego tj.:

1. art.353.1 k.c. poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że treść umowy łączącej strony wskazuje, że jest to umowa o roboty budowlane, w sytuacji gdy umowa ta ze względu na treść jest umową o dzieło;

2. art.118 w zw. z art.646 k.c. poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że nie doszło do przedawnienia;

3. art.471 k.c. poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że naprawa została wykonana w sposób prawidłowy, w sytuacji wadliwości prac;

4. art.627 k.c. poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że umowa łącząca strony jest umową o roboty budowlane, podczas gdy jest to umowa o dzieło.

Pozwana Spółka podniosła zarzut potrącenia z mocy art.499 k.c. wzajemnych wierzytelności.

Do apelacji strona pozwana załączyła:

- oświadczenie o potrąceniu wierzytelności,
- oświadczenie - zarzut przedawnienia.

W związku z powyższym apelująca Spółka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości, zasądzenie zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego i przeprowadzenie dowodów z oświadczeń o potrąceniu wierzytelności i o przedawnieniu.

Powodowa Spółka w odpowiedzi na apelację wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Podniosła zarzut przedawnienia roszczenia ze zgłoszonej do potrącenia wierzytelności.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja okazała się uzasadniona, gdyż istnieją podstawy do stwierdzenia, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy, co skutkuje koniecznością uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Wskazać należy, jak wyjaśnił to Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 września 1998 r., sygn. akt II CKN 897/97, OSNC 1999, Nr 1, poz. 22, że nierozpoznanie istoty sprawy oznacza zaniechanie przez Sąd I instancji zbadania materialnej podstawy żądania pozwu albo pominięcie merytorycznych zarzutów pozwanego. Jednocześnie w orzeczeniu z dnia 11 marca 1998 r., sygn. akt III CKN 411/97, nie publ., Sąd Najwyższy stwierdził, że nierozpoznanie istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c. oznacza niewyjaśnienie i pozostawienie poza oceną okoliczności faktycznych, stanowiących przesłanki zastosowania normy prawa materialnego, będącej podstawą roszczenia (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 8 września 2016 roku, II CZ 96/16 Lex 2112308).

Stało się tak na skutek nowych okoliczności materialnoprawnych podniesionych dopiero w apelacji strony pozwanej. Tymi okolicznościami jest zarzut przedawnienia roszczeń i zarzut potrącenia wierzytelności. Oba te zarzuty mogą być zgłoszone na każdym etapie aż do prawomocnego zakończenia procesu. Oznacza to, że podlegają ocenie przez sąd II instancji w ramach wniesionej apelacji.

O ile jednak zarzut przedawnienia roszczeń może zostać rozpoznany bez uszczerbku dla praw stron, gdyż dotyczy interpretacji umowy i zakwalifikowania jej charakteru prawnego, o tyle rzetelne rozpoznanie zarzutu potrącenia wymaga umożliwienia stronom przedstawienia nowej argumentacji i być może rozszerzenia postępowania dowodowego. Dla rzetelności procesu i lojalności procesowej koniecznym jest w tej sytuacji uchylenie zaskarżonego wyroku, o czym jeszcze będzie mowa w dalszej części uzasadnienia.

Sąd Apelacyjny podkreśla, że stan faktyczny został w niniejszej sprawie przez Sąd Okręgowy ustalony prawidłowo, zgodnie z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, oferowanego przez strony postępowania. Sąd ustalenia te Sąd Apelacyjny w pełni zaakceptował, przyjmując za własne, bez zbędnej konieczności ponownego ich przytaczania.

W pierwszej kolejności należy się odnieść do zarzutów dotyczących naruszenia prawa procesowego, bowiem zarzuty naruszenia prawa materialnego mogą być właściwie ocenione tylko na tle prawidłowo ustalonego stanu faktycznego.

Chybiony jest zarzut naruszenia przez Sąd pierwszej instancji art. 233 k.p.c. polegający na dokonaniu przez tenże sąd oceny dowodów z przekroczeniem zasady swobodnej ich oceny, a w szczególności pominięcie potrzeby analizy charakteru prawnego umowy stron. Ostatecznie powództwo zostało oparte na twierdzeniach o zawarciu umowy o renowację dachu bez bliższego określenia jej charakteru prawnego. Ta okoliczność stała się sporną między stronami na etapie postępowania odwoławczego. Natomiast od początku strona pozwana kwestionowała jakość wykonanych przez powoda prac. Jej ustalenie wymagało jednak wiedzy specjalnej, a zatem Sąd Okręgowy mógł dokonać weryfikacji twierdzeń pozwu, posiłkując się wnioskami opinii biegłego, przy braku innych przesłanek.

Sąd Apelacyjny pragnie również zauważyć, że gdy z materiału dowodowego wyłaniają się dwie wersje wydarzeń pozostające względem siebie w sprzeczności, sąd według swobodnego uznania decyduje, którą spośród prawdopodobnych wersji uznaje za prawdziwą. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 9 stycznia 2004 r., sygn. akt IV CK 339/02 (opubl. w systemie informatycznym Lex pod nr (...)), wskazał, że wiarygodność i moc poszczególnych dowodów nie podlega klasyfikacji parametrycznej, stąd przekonanie uczestników postępowania może być odmienne od przekonania składu orzekającego. Rozwiązanie pozornej sprzeczności istnienia dwóch usprawiedliwionych sądów (mniemań) tkwi w ustawowym przyznaniu kompetencji składowi orzekającemu ustalenia według swobodnego uznania, którą spośród prawdopodobnych wersji uznaje za prawdziwą. Sam fakt, że dowód przeprowadzony w sprawie został oceniony niezgodnie z intencją skarżącego nie oznacza zatem naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Ocena dowodów należy bowiem do sądu orzekającego i nawet w sytuacji, w której z dowodu można było wywieść wnioski inne niż przyjęte przez sąd, do naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. dojść może tylko wtedy, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej, albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego została dokonana bez przekroczenia granic wyznaczonych treścią art. 233 § 1 k.p.c., co znalazło swój wyraz w należyтым uzasadnieniu wyroku (art. 328 § 2 k.p.c.). Zaznaczyć należy, że zarzut naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. byłby skuteczny wówczas, gdyby skarżący wykazał uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, tj. regułom logicznego myślenia, zasadzie doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2005 r., sygn. akt III CK 314/05, Lex nr 172176). Ocena mocy i wiarygodności dowodów, przeprowadzona w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, mogłaby być skutecznie podważona w postępowaniu odwoławczym tylko wówczas, gdyby pozwany wykazał, że zawiera ona błędy logiczne, wewnętrzne sprzeczności itp.

W przedmiotowej sprawie Sąd Okręgowy dysponował określonym materiałem dowodowym zaoferowanym przez strony, który następnie poddał ocenie, wynik której dał mu podstawy do poczynienia prawidłowych ustaleń faktycznych, które Sąd odwoławczy przyjmuje za własne. Ocena ta jest wszechstronna, bezstronna i zgodna z zasadą swobodnej oceny dowodów. Sąd I instancji odniósł się zarówno do zeznań świadków zawnioskowanych przez strony, stron i dokumentów.

Przede wszystkim strona pozwana nie przedstawiła żadnych dowodów pozwalających odmiennie ocenić stan faktyczny niż zrobił to Sąd Okręgowy, a zwłaszcza podważyć dokonane prawidłowo ustalenie, że umowa wiążąca strony była umową o roboty budowlane, a nie umową o dzieło.

Zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

W myśl zaś art. 658 k.c. przepisy o umowie o roboty budowlane stosuje się odpowiednio do umowy o wykonanie remontu budynku lub budowli.

W ustalonym stanie faktycznym występuje szereg elementów świadczących o charakterze „budowlanym” umowy pomimo braku projektu, szczegółowego nadzoru czy też zezwolenia.

Strony w umowie wyznaczyły osoby do nadzoru nad prawidłowym wykonaniem umowy. Wtórny i nieistotny jest, że pełnomocnik pozwanego nie miał specjalistycznego wykształcenia i przygotowania skoro posługiwał się wykwalifikowanym pracownikiem tj. inż. W. P. tytułującym się na dokumentach jako inspektor nadzoru.

Strony do odbioru poszczególnych etapów robót używały protokołów odbioru wykonanych robót (budowlano – remontowych). W protokołach tych stosowały nomenklaturę z umowy o roboty budowlane i także tytuły: inwestor, wykonawca, inspektor nadzoru.

Co więcej inspektor nadzoru W. P. w piśmie z dnia 10.11.2009 r. wskazał na wadliwość wykonanych prac i występowanie przecieków. Postulował wstrzymanie zapłaty do czasu zlikwidowania przecieków.

Wszystkie te okoliczności faktyczne świadczą dobitnie o tym, że strony traktowały sporną umowę jako umowę o roboty budowlane.

Znajduje to wzmocnienie w zapisach prawa budowlanego, przede wszystkim w definicji remontu z art.3 pkt 8 pr.bud., który stanowi, że przez remont należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Takie odtworzenie pierwotnej funkcji dachu typu szedowego, tj. szczelności i odprowadzenia wód opadowych, miało miejsce w tej sprawie.

Por. G. J. (red.) Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia Zobowiązania. Wyd. LexisNexis 2013 r.: „Stosując odpowiednio art. 647¹k.c. do normy wynikającej z art. 658 k.c., trzeba więc przyjąć, jak trafnie podniesiono w literaturze, że do umów o wykonanie remontu w rozumieniu przepisów prawa budowlanego, a więc dotyczących wykonania robót budowlanych, niezależnie od tego, czy będą dotyczyły całego obiektu budowlanego, czy niektórych jego części, stosuje się przepisy tytułu XVI księgi trzeciej Kodeksu cywilnego. Dla prawidłowego zakwalifikowania przedmiotowych umów nie ma więc zasadniczego znaczenia wielkość objętego nimi przedsięwzięcia, lecz odpowiedź na pytanie, czy dotyczyło ono remontu obiektu budowlanego w rozumieniu art. 658 k.c. (...) Jeżeli zatem przedmiotem umowy jest remont budynku, czy budowli, bądź jego części, to zachowuje ona postać umowy nazwanej o roboty budowlane, jeżeli jej przedmiot jest częścią remontu w rozumieniu art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego”.

Wszystkie powyższe rozważania sprawiają, że Sąd I instancji prawidłowo zakwalifikował umowę stron jako umowę o roboty budowlane, a tym samym zarzuty apelacji naruszenia art.233, art.328 § 2 k.p.c. oraz art.353.1, art.627 k.c. są niezasadne.

To implikuje niezasadność zarzut naruszenia art.118 w zw. z art.646 k.c., gdyż w takiej sytuacji nie ma zastosowania dwuletni termin przedawnienia z art.646 k.c. ale ogólny trzyletni termin przedawnienia roszczeń z art.118 k.c.

W tej sprawie do przedawnienia nie doszło albowiem termin zapłaty faktury nr (...) mijał w dniu 2.07.2010 r., a noty odsetkowej w dniu 15.04.2010 r. Pozew natomiast został wniesiony w dniu 20.09.2012 r., a więc przed upływem trzech lat.

Niezasadne są zarzuty skierowane do ustaleń Sądu Okręgowego w zakresie wadliwości wykonanych prac, skali obniżenia należnego wynagrodzenia

o 583.512,34,-zł. Ustalenia te dokonane zostały na podstawie opinii biegłego Z. H., której wniosków żadna ze stron nie podważyła. Samo niezadowolenie strony z treści opinii nie jest podstawą do jej dyskwalifikacji. Niezasadna jest także próba podważania tej opinii tylko na podstawie tego, że w chwili wydawania opinii spornego dachu już nie było. To strona pozwana złożyła wniosek o dopuszczenie takiego dowodu, mogła więc zadbać o jego zabezpieczenie jeszcze przed rozbiórką, zwłaszcza, że istniała wcześniejsza ekspertyza zlecona przez stronę powodową i dokumentacja zdjęciowa. Pozwany nie przedstawił dowodów pozwalających na odmienne wnioski. Na zdjęciach widać zastoiny wody na połaciach dachu. Zarzutu apelacji mają w tym zakresie jedynie charakter nieuzasadnionej polemiki.

Również zarzuty co do ustaleń o braku postępowania reklamacyjnego pozwanego wobec powoda są niezasadne. Sąd Apelacyjny w całości podzielił ustalenia i ocenę Sądu Okręgowego bez potrzeby ich ponownego przytaczania. Brak jakichkolwiek relewantnych dowodów, że strona pozwana reklamował jakość prac

i zgłaszała z tego tytułu roszczenia. Biorąc pod uwagę skalę prac i profesjonalizm stron jest to ewidentne naruszenie ciężaru dowodu określonego w art.6 k.c., którego negatywne skutki obciążają pozwanego.

To oznacza, że ustalenia i ocena Sądu Okręgowego, że strona pozwana nie zachowała terminów do zawiadomienia wykonawcy o wadach prac, a przez to utraciła roszczenia z tytułu rękojmi są w pełni prawidłowe.

Odmiennej oceny należy dokonać natomiast w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej powoda na gruncie art.471 k.c.

Niewątpliwie prace zostały wykonane częściowo wadliwie co skutkowało koniecznością obniżenia należnego wynagrodzenia o 583.512,34,-zł. W tym zakresie pozwany wykazał, że po jego stronie mogło dojść do powstania szkody poprzez zapłacenie zawyżonego wynagrodzenia. Wprawdzie przed Sądem I instancji nie zgłosił skutecznie roszczeń z tego tytułu ale w postępowaniu apelacyjnym zgłosił procesowy zarzut potrącenia i załączył skuteczne materialnoprawne oświadczenie zarządu pozwanej Spółki o potrąceniu wierzytelności dochodzonych przez powoda w tym procesie z własną wierzytelnością o obniżenie należnego wynagrodzenia. To oświadczenie co do zasady spełnia przesłanki z art.498 - 499 k.c. Nie było jednak przedmiotem rozważań Sądu I instancji z uwagi na brak aktywności pozwanego na tym polu.

Podkreślić należy, że co do zasady zarzut powoda o przedawnieniu wierzytelności pozwanego przedstawionej do potrącenia wydaje się, że nie może na obecnym etapie odnieść skutku z uwagi na treść art. 502 k.c. zgodnie, z którym wierzytelność przedawniona może być potrącona, jeżeli w chwili, gdy potrącenie stało się możliwe, przedawnienie jeszcze nie nastąpiło.

Potrącenie jest możliwe gdy stan potrącalności powstał wtedy gdy przedawnienie jeszcze nie nastąpiło. Stan potrącalności jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze, w tej sprawie powstał w chwili gdy obie wierzytelności były wymagalne i mogły być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. W tej sprawie tą chwilą mogło być wymagalność płatności faktury nr (...) w dniu 2.07.2010 r., a noty odsetkowej w dniu 15.04.2010 r.,

a wymagalność odszkodowania zawyżonego wynagrodzenia mogła powstać w chwili końcowego odbioru prac, co miało miejsce protokołem z 21.09.2009 r. Porównanie tych dat i zastosowanie trzyletniego okresu przedawnienia wskazywałoby na brak przedawnienia w chwili potrącalności.

Te okoliczności powinny być rozważone przez Sąd I instancji dopiero po umożliwieniu stronom przedstawienia swojej argumentacji zarówno procesowej jak i materialnej w tym zakresie, aby zachować dwuinstancyjność ocen.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie V CZ 35/16 stwierdził co następuje: „W postępowaniu apelacyjnym sąd drugiej instancji, kontynuując postępowanie przed sądem pierwszej instancji, rozpoznaje sprawę na nowo w sposób - w zasadzie - nieograniczony (art. 378 § 1 i art. 382 k.p.c.).

W konsekwencji, w razie uwzględnienia apelacji - z reguły - zmienia zaskarżony wyrok i orzeka co do istoty sprawy (art. 386 § 1 k.p.c.). Uchylenie zaskarżonego wyroku połączone z przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji dopuszczone zostało jedynie w przypadkach określonych w art. 386 § 2 i 4 k.p.c. Kontroli prawidłowości takiego orzeczenia służy zażalenie przewidziane w art. 394¹ § 1¹ k.p.c. Ocenie Sądu Najwyższego może być poddana jedynie trafność zakwalifikowania wskazanych wyżej przypadków jako przesłanek uzasadniających wydanie orzeczenia kasatoryjnego. Dokonywana w tym zakresie kontrola ma charakter czysto procesowy, a zatem nie może wkraczać

w merytoryczne kompetencje sądu drugiej instancji rozpoznającego apelację.

Pojęcie nierozpoznania istoty sprawy jest interpretowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego jako wadliwość rozstrzygnięcia polegająca na wydaniu przez sąd pierwszej instancji orzeczenia, które nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, bądź na zaniechaniu zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony z powodu bezpodstawnego przyjęcia, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca

roszczenie (zob. m.in. postanowienia: z dnia 23 września 1998 r., II CKN 897/97, OSNC 1999, Nr 1, poz. 22; z dnia 15 lipca 1998 r. II CKN 838/97, nie publ.; z dnia 3 lutego 1999 r., III CKN 151/98, nie publ. oraz wyroki: z dnia 12 lutego 2002 r., I CKN 486/00, OSP 2003 Nr 3, poz. 36 i z dnia 21 października 2005 r., III CK 161/05, nie publ.). Przyjmuje się, że nierozpoznanie istoty sprawy następuje także w sytuacji dokonania przez sąd pierwszej instancji oceny prawnej roszczenia bez oparcia jej o właściwie ustaloną podstawę faktyczną i konieczności czynienia przez sąd odwoławczy po raz pierwszy ustaleń faktycznych; zachodzi wtedy konieczność uchylenia wyroku Sądu pierwszej instancji z uwagi na obowiązek respektowania konstytucyjnej zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego (zob. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 5 grudnia 2012 r., I CZ 168/12, OSNC 2013 r. Nr 5, poz. 68 i z dnia 20 lutego 2015 r., V CZ 119/14). Tożsama sytuacja wystąpiła w sprawie niniejszej, gdyż pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu po wydaniu wyroku przez Sąd pierwszej instancji i zgłosiła zarzut potrącenia w postępowaniu apelacyjnym.

W orzecznictwie podkreśla się, że w świetle przepisów prawa materialnego regulujących potrącenie jest obojętne, kiedy oświadczenie o potrąceniu zostanie złożone (zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2005 r., III CK 540/04, nie publ.). Oświadczenie o potrąceniu stanowi materialnoprawną podstawę zarzutu potrącenia; zarzut ten nie może zatem zostać podniesiony przed złożeniem oświadczenia o potrąceniu. Nie ulega wątpliwości, że w zaistniałej sytuacji potrzeba przeprowadzenia postępowania dowodowego w zakresie niezbędnym do oceny zasadności zarzutu potrącenia, a tym samym odnoszącym się do istoty sprawy, wynika dopiero na etapie postępowania apelacyjnego. Dokonanie jednak stosownych ustaleń dopiero przez Sąd Apelacyjny pozbawiłoby strony możliwości skutecznego podważenia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia z uwagi na zakaz podnoszenia w skardze kasacyjnej zarzutów dotyczących ustalenia faktów lub oceny dowodów, przewidziany w art. 398³ § 3 k.p.c. oraz zasadę związania Sądu Najwyższego ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia (art. 398¹³ § 2 in fine). Prowadziłoby to do naruszenia konstytucyjnej zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego.”

Należy zatem uznać, że konieczność rozważenia zarzutu potrącenia i przeprowadzenia w tym zakresie postępowania dowodowego w całości usprawiedliwiła - w świetle art. 368 § 4 k.p.c. - wydanie przez Sąd Apelacyjny orzeczenia kasatoryjnego.

W konsekwencji uznając, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sporu na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. należało uchylić zaskarżony wyrok i sprawę przekazać Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy przede wszystkim umożliwi stronom zajęcie pełnego stanowiska, a następnie oceni skuteczność zgłoszonego zarzutu potrącenia.

Na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. Sąd Apelacyjny pozostawił Sądowi pierwszej instancji rozstrzygnięcie o kosztach instancji odwoławczej.