



Sygn. akt II CSK 318/10

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 stycznia 2011 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Barbara Myszka (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Wojciech Katner

SSN Krzysztof Pietrzykowski

Protokolant Anna Banasiuk

w sprawie z powództwa „M.” S.A.

(poprzednio „M.” Sp. z o.o)

przeciwko Gminie P.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 26 stycznia 2011 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej

od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 4 marca 2010 r.,

uchyla zaskarżony wyrok w części zmieniającej wyrok Sądu pierwszej instancji (pkt I. 1, I. 2, I. 3, I. 4 i I. 5) oraz orzekającej o kosztach postępowania apelacyjnego (pkt IV) i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 21 października 2009 r. Sąd Okręgowy zasądził od pozwanej Gminy na rzecz spółki „M.” sp. z o.o. (obecnie: „M.” S.A.) kwotę 660 318,01 zł z odsetkami, natomiast dalej idące powództwo oddalił.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 31 sierpnia 2005 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane, w której powódka przyjęła do realizacji inwestycję budowy stadionu, a pozwana zobowiązała się do zapłaty wynagrodzenia ryczałtowego w kwocie 2 656 727 zł, natomiast z podatkiem VAT – 3 241 206,94 zł. Termin rozpoczęcia robót uzgodniono na dzień 9 września 2005 r., a termin zakończenia – na dzień 31 października 2006 r. Rozliczenie miało nastąpić na podstawie faktur częściowych oraz faktury końcowej, z tym że podstawą wystawienia faktury częściowej miał być protokół częściowego odbioru robót, zatwierdzony przez inżyniera kontraktu. Pozwana obowiązana była do zapłaty faktur w terminie do 60 dni od daty ich doręczenia. Obowiązującą formę odszkodowania stanowiły kary umowne, w tym za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. Pozwanej przysługiwało prawo potrącenia kar z wynagrodzenia wykonawcy. Wykonawca mógł odstąpić od umowy, jeżeli zamawiający bez uzasadnionej przyczyny odmówi odbioru robót lub podpisania protokołu odbioru albo nie wywiąże się z umownych warunków zapłaty wynagrodzenia.

W dniu 16 maja 2006 r. strony zawarły dodatkową umowę o wykonanie robót. Konieczność rozszerzenia zakresu prac ujawniła się już w chwili rozpoczęcia inwestycji, ale strony postanowiły podpisać umowę późniejszym terminie, by objąć nią wszelkie inne prace, które mogą się jeszcze ujawnić. Powódka zobowiązała się zrealizować dodatkowe prace w terminie do dnia 31 października 2006 r., a pozwana zapłacić wynagrodzenie w kwocie 470 303,17 zł, natomiast z podatkiem VAT – 573 768,65 zł.

Za wykonanie robót objętych umową dodatkową powódka wystawiła trzy faktury: nr 00444W06 z dnia 13 grudnia 2006 r. na kwotę 442 291,18 zł płatną do dnia 14 stycznia 2007 r., nr 00463W06 z dnia 27 grudnia 2006 r. na kwotę

187 537,08 zł płatną do dnia 27 stycznia 2007 r. i nr 00464W06 z dnia 27 grudnia 2006 r. na kwotę 123 316,53 zł płatną do dnia 27 stycznia 2007 r. W piśmie z dnia 12 lutego 2007 r. pozwana oświadczyła, że z wynagrodzenia objętego tymi fakturami potrąca kary za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy. Dodała, że suma należności z faktur, która faktycznie wynosi 680 595,17 zł, nie pokrywa należnych jej kar umownych, kary te bowiem – na dzień dokonania potrącenia – wynoszą 798 514,80 zł. W odpowiedzi powódka pismem z dnia 28 lutego 2007 r. wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 660 595,17 zł tytułem wynagrodzenia objętego wspomnianymi fakturami z zagrożeniem, że w razie nieuregulowania należności odstąpi od umowy, po czym w dniu 26 marca 2007 r. złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy, wskazując jako przyczynę bezskuteczny upływ terminu do zapłaty faktur.

W dniu 26 kwietnia 2007 r. doszło do protokolarnego przekazania pozwanej terenu budowy wraz z materiałami w postaci elementów niezainstalowanego ogrodzenia.

Według stanu na dzień 26 marca 2007 r. wartość robót wykonanych przez powódkę i zatwierdzonych przez inwestora wynosiła 2 985 191,61 zł brutto. Wartość ogółu zatwierdzonych robót stanowiła przy tym 78,25 % wartości netto wynikającej z umów podstawowej i dodatkowej. Konieczność wykonania robót dodatkowych nie miała istotnego wpływu na terminowe zakończenie zadania inwestycyjnego, ponieważ główną przyczyną jego nieterminowej realizacji było opóźnienie w rozpoczęciu robót oraz mały potencjał wykonawcy, a ściśle brak koncentracji ludzi i sprzętu.

Sąd Okręgowy stwierdził, że powódka domagała się zasądzenia kwoty 755 751,85 zł, na którą składała się wartość wykonanych robót podstawowych i dodatkowych, objętych zestawieniem wykonanych robót oraz nieobjęta tym zestawieniem kwota 75 156,68 zł, w skład której powódka zaliczyła wartość robót w toku w kwocie 22 440,68 zł, koszt wykonania muru oporowego – 21 960 zł oraz wartość niewbudowanych materiałów – 30 756 zł. Strony łączyła umowa o roboty budowlane uregulowana w art. 647 i nast. k.c. Powódka złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy, lecz było ono bezskuteczne, skutek nastąpił dopiero

w chwili potwierdzenia tej czynności przez pozwaną, czyli w dniu 26 kwietnia 2007 r., w którym doszło do przekazania terenu budowy. Powódka miała prawo żądać wynagrodzenia za wykonane prace, a pozwanej przysługiwało prawo naliczenia kar umownych. Za podstawę naliczenia kar pozwana przyjęła stawkę dzienną 0,2 %, wynagrodzenie brutto w kwocie 3 814 975,59 zł oraz 104 dni opóźnienia (od 1 listopada 2006 r. do 12 lutego 2007 r.) i w ten sposób wyliczyła ich wysokość na kwotę 753 144,79 zł. Kary w tej wysokości – przy uwzględnieniu, że do dnia przekazania terenu budowy powódka wykonała 78,25 % ogółu robót – są rażąco wygórowane. Powinny zatem, zgodnie z art. 484 § 2 k.c., podlegać miarkowaniu przez ograniczenie okresu, za który przysługuje kara, i przyjęciu za podstawę jej naliczenia wynagrodzenia wynikającego z poszczególnych faktur. Z tytułu niewykonania w terminie prac objętych fakturą nr 00444W06 z dnia 13 grudnia 2006 r. na kwotę 442 291,18 zł należało naliczyć karę za 43 dni opóźnienia (od 1 listopada 2006 r. do 13 grudnia 2006 r.), czyli w kwocie 38 036,94 zł, z tytułu prac objętych fakturą nr 00463W06 z dnia 27 grudnia 2006 r. na kwotę 187 537,08 zł – za 57 dni opóźnienia (od 1 listopada 2006 r. do 27 grudnia 2006 r.), czyli w kwocie 21 378,99 zł, a z tytułu prac objętych fakturą nr 00464W06 z dnia 27 grudnia 2006 r. na kwotę 123 316,53 zł – za 57 dni opóźnienia (od 1 listopada 2006 r. do 27 grudnia 2006 r.), czyli w kwocie 14 057,91 zł. Żądanie przez powódkę wynagrodzenia w kwocie 753 144,79 zł należy – co do zasady – uznać za usprawiedliwione. Nieuzasadnione jest żądanie kwoty 21 960 zł za wykonanie muru oporowego, który nie spełnił swojej roli, natomiast uwzględnieniu powinny podlegać kwoty żądane z tytułu robót w toku i niewbudowanych materiałów. W konsekwencji, Sąd Okręgowy zasądził: z faktury nr 00444W06 kwotę 331 704,62 zł, z faktury nr 00463W06 – 166 158,09 zł, z faktury nr 00464W06 – 109 258,62 zł oraz za roboty w toku i niewbudowane materiały – 53 196,68 zł, tj. ogółem – kwotę 660 318,01 zł.

Po rozpoznaniu sprawy na skutek apelacji obu stron, Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 4 marca 2010 r. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 52 981,76 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 6 września 2007 r. i oddalił powództwo w pozostałej części,

natomiast apelację pozwanej w pozostałej części oraz apelację powódki w całości oddalił.

Sąd Apelacyjny zaaprobował ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji oraz wyprowadzony z nich wniosek, że przyczyny opóźnienia w zakończeniu inwestycji leżały po stronie powódki. Bezpośrednią przyczyną była za mała liczba pracowników i za mała ilość sprzętu w stosunku do potrzeb wynikających z technologii budowy, a pośrednią opóźnienie w rozpoczęciu prac. Za prawidłowe Sąd Apelacyjny uznał również stanowisko Sądu pierwszej instancji co do braku podstaw do odstąpienia od umowy przez powódkę. Podkreślił, że w dniu 26 marca 2007 r. powódka pozostawała w zwłoce z wykonaniem robót, w związku z czym nie zrealizował się obowiązek drugiej strony do zapłaty wynagrodzenia i nie można mówić o zwłoce pozwanej, warunkującej odstąpienie od umowy przez powódkę na podstawie art. 491 § 1 k.c. Sąd Apelacyjny podzielił też ocenę Sądu pierwszej instancji dotyczącą wynagrodzenia za wykonanie muru oporowego. Za zasadny uznał natomiast zarzut naruszenia art. 484 § 2 k.c. Podkreślił, że złożenie przez pozwaną oświadczenia o potrąceniu nie wyklucza możliwości domagania się miarkowania kary umownej, uznał jednak, iż powódka nie wykazała by zaszyły okoliczności uzasadniające miarkowanie. Nie można przyjmować – stwierdził – że zastrzeżona kara w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki była rażąco wygórowana, gdyż jest to w obecnych warunkach rynkowych stawka powszechnie przyjmowana w obrocie. Nie można też przyjmować, by miarkowanie kary było uzasadnione przesłanką znacznego wykonania umowy. Jeżeli kara umowna należy się za zwłokę w spełnieniu całego świadczenia, jej redukcja w zasadzie nie powinna mieć miejsca, chociażby dłużnik wykonał zobowiązanie w znacznej części. Okoliczność, że strony przewidziały wystawianie faktur częściowych nie może przesądzać o sposobie wyliczenia kary umownej od wynagrodzenia wynikającego z poszczególnych faktur. Nie można też tracić z pola widzenia – stwierdził Sąd Apelacyjny – zachowania powódki, która już od początku realizacji inwestycji popadła w zwłokę, gdyż nie rozpoczęła robót we właściwym terminie, nie miała odpowiedniego potencjału wykonawczego i żadnego z etapów robót nie wykonała w terminie. Nie wykazała też, by pozwana w jakikolwiek sposób przyczyniła się do opóźnienia w realizacji inwestycji. Trzeba

uwzględnić także to, że powódka nie dokończyła swojego zadania w związku z czym pozwana zmuszona była ponieść koszty zastępczego wykonania robót. Z tych względów, zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie było podstaw do miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c.

Konkludując Sąd Apelacyjny uznał roszczenie powódki o zapłatę wynagrodzenia w kwocie 753 144,79 zł za bezzasadne, gdyż, zgodnie z art. 498 k.c., na skutek dokonanego przez pozwaną potrącenia kary umownej w kwocie 793 514,80 zł, wierzytelność powódki z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace uległa umorzeniu. Za zasadne Sąd Apelacyjny uznał natomiast żądanie zapłaty za niewbudowane materiały w kwocie 30 756 zł oraz za wykonane roboty w toku, które zostały wycenione przez biegłego na kwotę 22 225,76 zł i w związku z tym zasądził na rzecz powódki kwotę 52 987,76 zł wraz z odsetkami, natomiast apelację pozwanej w pozostałej części oraz apelację powódki w całości oddalił jako bezzasadne.

W skardze kasacyjnej od wyroku Sądu Apelacyjnego powódka, powołując się na podstawę z art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c., wniosła o jego uchylenie w części zmieniającej wyrok Sądu pierwszej instancji (pkt I.1, I.2, I.3, I.4 i I.5) oraz w części orzekającej o kosztach postępowania apelacyjnego (pkt IV) i oddalenie apelacji pozwanej ewentualnie przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania. Wskazała na naruszenie art. 484 § 2 k.c. przez przyjęcie, że wina dłużnika w nieterminowym spełnieniu świadczenia wyłącza możliwość miarkowania kary umownej, że przesłanka wykonania zobowiązania w znacznej części nie znajduje zastosowania w przypadku zastrzeżenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu całości świadczenia, że oceny rażącego wygórowania kary umownej należy dokonywać w odniesieniu do abstrakcyjnej wysokości kary, w oderwaniu od konkretnych okoliczności sprawy i od wysokości szkody poniesionej przez wierzyciela oraz że w niniejszej sprawie nie ma podstaw do zmniejszenia zastrzeżonej kary umownej, i art. 484 w związku z art. 471 i 474 k.c. przez przyjęcie, że samo niewykonanie zobowiązania przez dłużnika jest już samo w sobie szkodą.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie panuje zgoda co do tego, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 483 § 1 i art. 484 § 1 w związku z art. 471 k.c.). Zobowiązany do zapłaty kary może w związku z tym bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika co najmniej w postaci niedbalstwa (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 1965 r., I CR 545/63, OSPiKA 1967, nr 4, poz. 97, z dnia 2 czerwca 1970 r., II CR 167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214, z dnia 27 stycznia 1972 r., I CR 458/71, OSNCP 1972, nr 9, poz. 160, z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, nie publ. i z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 44).

W tym stanie rzeczy trzeba zgodzić się z zarzutem skarżącej, że wina dłużnika sama przez się nie wyłącza możliwości obniżenia kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. Nie powinno to budzić wątpliwości, skoro żądanie zapłaty kary umownej może być uwzględnione tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.).

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c., jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W przepisie tym ustawodawca wskazał dwie przesłanki zmniejszenia kary umownej, nazywanego powszechnie miarkowaniem. Pierwszą z nich jest wykonanie zobowiązania w znacznej części, drugą rażąco wygórowanie kary. Obie przesłanki są równorzędne, stąd wystąpienie którejkolwiek z nich uzasadnia miarkowanie kary umownej.

Gdy chodzi o pierwszą przesłankę Sąd Apelacyjny stanął na stanowisku, że w sytuacji, w której kara umowna należy się za zwłokę w spełnieniu całego świadczenia, jej redukcja w zasadzie nie powinna mieć miejsca, chociażby dłużnik wykonał zobowiązanie w znacznej części. U podstaw tego poglądu legło

przekonanie, że wykonanie zobowiązania w znacznej części oznacza zaspokojenie w istotnym zakresie interesu wierzyciela, do czego nie dochodzi w razie opóźnienia w spełnieniu całego świadczenia. Stanowisko takie – jak trafnie zauważa skarżąca – zajął także Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, stwierdzając, że uprawnienie do zmniejszenia kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części odnosi się tylko do wypadku, gdy kara umowna należy się z powodu niewykonania zobowiązania, a nie nienależytego wykonania zobowiązania, w szczególności opóźnienia w jego wykonaniu (nie publ.). Nie jest to jednak jednolite stanowisko orzecznictwa, o czym świadczą przykładowo wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2002 r., V CKN 1075/00 (nie publ.), z dnia 19 kwietnia 2006 r., V CSK 34/06 (nie publ.) i z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07. W drugim z wymienionych orzeczeń Sąd Najwyższy wyraźnie stwierdził, iż nie podziela oceny, że przesłanki obniżenia kary umownej określone w art. 484 § 2 k.c. nie dotyczą w pełni kary zastrzeżonej na wypadek opóźnienia w oddaniu przez wykonawcę robót ich przedmiotu. Podkreślił, że wykonanie w uzgodnionym przez strony terminie większości robót może uzasadniać obniżenie kary, której wysokość została ustalona w odniesieniu do wartości całych robót. Podobnie w wyroku z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, Sąd Najwyższy podkreślił, że wyrażone w wyroku z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, zapatrywanie, zgodnie z którym przesłanka miarkowania kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części nie jest w zasadzie spełniona w przypadkach zastrzeżenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu całości świadczenia, wywołuje zastrzeżenia. Od okoliczności konkretnego wypadku bowiem zależy, czy częściowe wykonanie robót budowlanych przed popadnięciem w zwłokę ma znaczenie dla wierzyciela i zaspokaja jego godny ochrony interes. Sytuacja taka może wystąpić w szczególności wtedy, gdy przedmiot umowy o roboty budowlane obejmuje wyodrębnione zespoły prac i niektóre z nich zostaną wykonane przed popadnięciem w zwłokę, pozwalając wierzycielowi na korzystanie z ich rezultatu.

Skład orzekający Sądu Najwyższego podziela stanowisko, że miarkowanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w spełnieniu całości świadczenia jest co do zasady dopuszczalne także ze względu na wykonanie przez dłużnika

zobowiązania w znacznej części. Trzeba jednak podkreślić, że zmniejszenie kary z powołaniem się na tę przesłankę zależy od konkretnych okoliczności faktycznych, które pozwalają ocenić czy i ewentualnie w jakim stopniu częściowe wykonanie robót przed popadnięciem w zwłokę zaspokajało interes wierzyciela. Ponieważ Sąd Apelacyjny nie poczynił pod tym kątem żadnych ustaleń, podniesiony przez skarżącą zarzut naruszenia art. 484 § 2 k.c. trzeba uznać za uzasadniony.

Przechodząc do drugiej z przesłanek wskazanych w art. 484 § 2 k.c. trzeba zauważyć, że ustawodawca posłużył się niedookreślonym zwrotem „rażącego wygórowania”. Nie wskazał przy tym kryteriów istotnych dla oceny rażącego wygórowania kary umownej. Kryteria te nie są wprawdzie postrzegane jednolicie, jednak zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie przyjmuje się, że sama relacja między stawką procentową stanowiącą podstawę określenia wysokości zastrzeżonej kary umownej a stawkami procentowymi stosowanymi w obrocie przy zastrzeganiu takich kar nie może stanowić kryterium oceny, czy zastrzeżona kara jest rażąco wygórowana. Przy rozstrzyganiu o miarkowaniu kary umownej z powodu jej nadmiernego wygórowania należy bowiem uwzględniać okoliczności danego wypadku.

W orzecznictwie analizuje się różne kryteria oceny rażącego wygórowania kary umownej. Za jedno z nich przyjmuje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela. Zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, której nadano moc zasady prawnej, 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. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy podkreślił jednak, że brak szkody lub jej nieznaczna wysokość może stanowić kryterium redukcji wysokości kary umownej i to niezależnie od tego, czy w zakresie interpretacji art. 484 § 2 k.c. eksponuje się kryterium „wysokości szkody”, czy tylko „wysokość odszkodowania”, przysługującego wierzycielowi na zasadach ogólnych (OSNC 2004, nr 5, poz. 69). Do wysokości szkody jako kryterium oceny rażącego wygórowania kary Sąd Najwyższy nawiązywał już we wcześniejszych orzeczeniach (zob. wyroki Sądu

Najwyższego z dnia 2 czerwca 1970 r., II CR 167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214, z dnia 14 lipca 1976 r., I CR 221/76, OSNCP 1977, nr 4, poz. 76, i z dnia 21 czerwca 2002 r., V CKN 1075/00, nie publ.), a także w orzeczeniach wydanych po podjęciu powołanej uchwały składu siedmiu sędziów (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 2005 r., II CK 626/04, nie publ., z dnia 19 kwietnia 2006 r., V CSK 34/06, nie publ., z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 44, z dnia 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07, nie publ. i z dnia 20 czerwca 2008 r., IV CSK 49/08, nie publ.).

W innych orzeczeniach Sąd Najwyższy za właściwe kryterium oceny rażącego wygórowania przyjmował stosunek kary umownej do odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, nie publ., z dnia 14 kwietnia 2005 r., II CK 626/04, Izba Cywilna 2006, nr 5, s. 51, z dnia 11 października 2007 r., IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 48 i z dnia 20 czerwca 2008 r., IV CSK 49/08, nie publ.). Podkreślał, że kryterium to należy do najbardziej uniwersalnych, umożliwia bowiem zachowanie konstrukcyjnej niezależności kary umownej od wysokości poniesionej szkody, a ponadto pozwala na uwzględnienie okoliczności mających decydujący wpływ na wysokość odszkodowania na zasadach ogólnych.

Bez względu na to, czy za zasadnicze kryterium oceny rażącego wygórowania kary umownej przyjmie się wysokość szkody czy wysokość odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych, sąd – stosując art. 484 § 2 k.c. – powinien rozważyć okoliczności danego wypadku. Nie może ograniczyć się jedynie do porównania wysokości zastrzeżonych stawek procentowych kar umownych do stawek stosowanych przy zastrzeganiu takich kar w obrocie. Ponieważ Sąd Apelacyjny wyszedł z odmiennego założenia, podniesiony przez skarżącą zarzut naruszenia art. 484 § 2 k.c. trzeba uznać za uzasadniony.

Kolejny zarzut naruszenia art. 484 w związku z 471 i 474 k.c. przez przyjęcie, że samo niewykonanie zobowiązania jest szkodą nie poddaje się kontroli kasacyjnej. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Apelacyjny istotnie zawarł

stwierdzenie, że „z punktu widzenia wierzyciela samo niewykonanie zobowiązania jest szkodą”. Tezy tej jednak bliżej nie rozwinął, w związku z czym nie wiadomo w jakim znaczeniu użył pojęcia szkody. Być może chodziło o objęcie nim wszelkich negatywnych konsekwencji niewykonania zobowiązania bez względu na ich majątkowy czy niemajątkowy charakter. Ocena zasadności zarzutu skarżącej na podstawie fragmentu zdania wybranego z uzasadnienia wyroku jest – co oczywiste – wykluczona.

Z tych względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ § 1 i 108 § 2 w związku z 398²¹ k.p.c. uchylił zaskarżony wyrok w części zmieniającej wyrok Sądu pierwszej instancji oraz orzekającej o kosztach postępowania apelacyjnego i w tym zakresie przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, pozostawiając Sądowi Apelacyjnemu rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.