

卷宗編號: 590/2012

日期: 2012 年 09 月 27 日

關鍵詞: 事實篩選之增加、合同條款的解釋、合同不履行之抗辯、
遲延利息的計算

摘要:

- 雖然被告請求增加待調查事實的聲請不正確(理應請求列為已證事實)，且有關事實陳述方式與反訴中的陳述方式明顯不同，但此並不阻礙原審法官根據《民事訴訟法典》第 5 條及第 430 條第 1 款的規定，作出相應處理，否則將無法審理被告該反訴請求是否成立。
- 《民法典》第 228 條的規定如下：
 - 法律行為意思表示之含義，以一般受意人處於真正受意人位置時，能從表意人之有關行為推知之含義為準，但該含義未能為表意人所預料係屬合理者除外。
 - 如受意人明知表意人之真正意思，則表意人所作之意思表示應以該真正意思為準。
- 在原告沒有履行在保固期內的維修工程的前提下，依照《民法典》第 422 條的規定，被告在有關維修工程完成前，得拒絕作出其本身之給付。
- 由於原告不履行其義務在先，導致有關維修工程需另找他人進行，而相關費用仍未計算出，故應按照《民法典》第 794 條第 4 款的規定處理，即在結算後才開始計算遲延利息。

裁判書制作人

何偉寧

民事及勞動上訴裁判書

卷宗編號: 590/2012

上訴人: A 發展有限公司 (原告)
B(被告)

被上訴人: 同上

日期: 2012 年 09 月 27 日

*

一.概述

原告 A 發展有限公司，詳細身份資料載於卷宗內，不服初級法院民事庭於 2012 年 02 月 16 日駁回其訴訟請求及須向被告 B 返還金額合共港幣 9,676,864.79 元的決定，向本院提出上訴，理由詳載於卷宗第 767 背頁至 794 頁，有關內容在此視為完全轉錄¹。

¹ 原告的上訴結論如下:

- A. A sentença recorrida absolveu o Réu dos pedidos formulados na petição inicial e considerou parcialmente procedente o pedido reconvenicional formulado na Contestação.
- B. Assim, balizado o objecto do recurso nos termos do disposto no art.º 589.º, n.º 2, última parte do CPCM, as questões a decidir são nuclearmente as seguintes:
- i. se o Réu elidiu a presunção resultante do art.º 788.º, n.º 1 do CCM de que o não cumprimento da obrigação de pagamento da terceira prestação do preço da obra prevista na alínea c) da cláusula 8:3 do acordo de conciliação extrajudicial (庭外和解協議), de fls. 87 a 88, celebrado pelas partes em 28/04/2006, não procedeu de culpa sua;
 - ii. se, a Autora tem a obrigação de concluir as instalações de gás do edifício "XXX Garden" (.....街 XXX 花園) no prazo de 14 dias a contar do recebimento da 1.ª prestação de HKD10.330.471,79 prevista na alínea a) da cláusula 8:ª do acordo de fls. 87 a 88;
 - iii. se Autora tem a obrigação de obrigação de obter a licença de utilização das instalações de gás do edifício "XXX Garden", no prazo de 14 dias a contar do recebimento da 1.3 prestação de HKD10.330.471,79 prevista na alínea a) da cláusula 8:ª do acordo de fls.

-
- 87 a 88;
- iv. se houve incumprimento definitivo das as obrigações assumidas na cláusula 7.ª do acordo de fls. 87 a 88, outorgado em 28/04/2006,
 - v. se a não emissão da licença de utilização das instalações de gás do edifício "XXX Garden" no prazo de 14 dias a contar do recebimento da 1.ª prestação de HKD10.330.471,79 prevista na alínea a) da cláusula 8.ª do acordo de fls. 87 a 88 é imputável à Autora; e
 - vi. no caso o atraso na obtenção da licença de utilização das instalações de gás não ser imputável à Autora, se o Réu pode recusar o cumprimento do disposto na alínea c) do artigo 8.º do referido acordo de fls. 87 a 88.
- C. Quanto à questão supra indicada na alínea i) da conclusão B, o Tribunal a quo decidiu que sim, na medida em que considerou ser razoável ao Réu recusar o cumprimento da obrigação de pagamento da última prestação do preço da obra prevista na alínea c) da cláusula 8.ª do acordo.
- D. Para atingir esta conclusão, o Tribunal a quo baseou-se numa dupla presunção: primeiro presumiu o incumprimento da Autora com base nas datas de aprovação do projecto das instalações de gás (20/10/2009) e da apresentação da petição inicial em juízo (14/07/2008), para, em seguida, com base nesta primeira ilação, retirar a presunção de que Autora violou culposamente a obrigação de concluir as instalações de gás e de obter a respectiva licença de utilização.
- E. Quanto às questões supra indicadas nas alíneas ii) e iii) da conclusão B, o Tribunal a quo decidiu que a Autora assumiu a obrigação de concluir a obra das instalações de gás do edifício "XXX Garden" e de obter a licença de utilização dessas instalações no prazo de 14 dias a contar do recebimento da 1.ª prestação de HKD10.330.471,79 prevista na alínea a) da cláusula 8.ª do acordo de fls. 87 a 88 apenas com base no texto da 7.ª cláusula desse acordo e no texto do ponto 19 da "Declaração sobre os Materiais" de fls. 84 a 91.
- F. Quanto à questão supra indicada na alínea iv) da conclusão B, o Tribunal a quo decidiu que a Autora violou as obrigações que assumiu na 7.ª cláusula do acordo de fls. 87 a 88, designadamente o prazo de 14 dias, apenas porque, quando a DSSOPT aprovou o projecto das instalações de gás em 20/10/2009, já a Autora tinha recebido do Réu a 1.ª prestação prevista na alínea a) da cláusula 8.ª do referido há mais de um ano.
- G. Quanto à questão supra indicada na alínea v) da conclusão B, o Tribunal a quo decidiu que, embora a culpa da Autora não resultasse dos factos provados, o Tribunal a quo presumiu que a Autora faltou culposamente ao cumprimento das obrigações que assumiu na cláusula 7.ª do acordo de fls. 87 a 88, com base no disposto no art.º 787.º do CCM.
- H. Mas, salvo melhor opinião, afigura-se não ser de manter o decidido na sentença recorrida.
- I. Desde logo, porque a conclusão de que a Autora tem a obrigação de concluir as instalações de gás e obter a respectiva licença de utilização no prazo de 14 dias assenta numa interpretação

da cláusula 7.ª do Acordo de fls. 87 a 88 e do ponto 19 da Declaração de fls. 84 a 91 contrária ao disposto na cláusula 2.ª do Contrato de Empreitada de fls. 130 a 135 e ao disposto no art.º 229.º do CCM.

- J. É que, conforme a 7.ª cláusula do Acordo de fls. 87 a 88, a Autora obrigou-se apenas a "concluir todas as obras do "Contrato de Empreitada do Projecto de Construção do no Novo Aterro de Macau" de fls. 130 a 135 [obrigação de resultado] e a "tratar junto do governo da aprovação final" [obrigação de meios] dentro de 14 dias após [as partes] assinarem o acordo de conciliação e recebida a 1.ª prestação (cfr. Alínea e) dos Factos Assentes e fls. 87v. dos autos).
- K. Dito por outras palavras: as obras do edifício "XXX Garden" a que se refere a cláusula 7.ª do Acordo de fls. 87 a 88 celebrado pelas partes em 28/04/2006, são apenas as obras cujos projectos foram aprovados DSSOPT e entregues à Autora pelo Réu nos termos e para os efeitos do disposto na cláusula 2.ª do contrato de empreitada de fls. 130 a 135.
- L. Sucede que o projecto das instalações de gás do edifício "XXX Garden" apenas foi aprovado em 20/10/2009 - ou seja, mais de três anos depois da celebração do acordo de fls. 87 a 88 - por despacho do Subdirector da DSSOPT, disso tendo o Réu sido notificado por carta datada de 30/10/2009 (fls. 435).
- M. O que significa que só após a data da notificação ao Réu da aprovação do projecto das instalações de gás pela DSSOPT, poderia o Réu ter facultado esse projecto à Autora para que ela pudesse executá-lo nos termos fixados na 2.ª cláusula do Contrato de Empreitada de fls. 130 a 135, na Declaração sobre os Materiais de fls. 139 a 142 e no n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 79/85/M, de 21 de Agosto.
- N. Pelo que, é evidente que "as obras" referidas na cláusula 7.ª do Acordo de fls. 87 a 88 não podiam incluir as Instalações do Gás, dado tais instalações não poderem ser concluídas nem vistoriadas sem que o respectivo projecto fosse apreciado e aprovado pela DSSOPT.
- O. Ainda que - por hipótese de raciocínio - as obras referidas na cláusula 7.ª do Acordo de fls. 87 a 88 incluíssem as instalações de gás, mesmo assim não poderia a Autora ser responsabilizada por qualquer atraso na sua execução.
- P. É que não sendo a Autora responsável pela nem pela apresentação nem pela aprovação do projecto das instalações de gás, e resultando da lei que a obra só pode ser executada após a aprovação do respectivo projecto pela DSSOPT, afigura-se evidente que a Autora não podia ser responsabilizada pelo facto de a obra não poder ser executada sem a prévia aprovação da DSSOPT, como, de resto, resulta da 2.ª cláusula do Contrato de Empreitada de fls. 130 a 135 e dos art.ºs 3/1 e 42/1 e 3 art.º 65.º, n.º 1 do RGCU.
- Q. Assim ao considerar imputável à Autora a culpa pela não conclusão das obras das instalações de gás e pela não obtenção da respectiva licença de utilização, o Tribunal a quo violou 2.ª cláusula do Contrato de Empreitada de fls. 130 a 135 e os art.ºs 3/1 e 42/1 e 3 art.º 65.º, n.º 1 do RGCU e, por conseguinte, o art.º 793.º, n.º 2, do CCM

-
- R. Por outro lado, o facto de o Réu ter cumprido o disposto na alínea a) e b) da cláusula 8.^a do Acordo de fls. 87 e 88, ou seja, de ter pago à Autora a 1.^a e a 2.^a prestações no valor de HKD13,255,471.79, depois da vistoria e da emissão da licença de utilização do edifício "XXX Garden", respectivamente [alínea g) dos Factos Assentes] prova, nos termos do art.º 209.º, n.º 1 do CCM, que o Réu considerou que a Autora executou todas as obras referidas na cláusula 7.^a do Acordo de fls. 87 a 88.
- S. Isto por o pagamento da terceira prestação prevista na alínea c) da cláusula 8.^a do acordo de fls. 87 a 88 corresponder apenas à mera devolução do valor da garantia previsto no ponto X. 保固金 do contrato de empreitada de fls. 130 a 135.
- T. Sendo que o valor da garantia previsto no ponto X. Garantia (十. 保固金) do contrato de empreitada de fls. 130 a 135 não respeita à quantidade das obras concluídas pela Autora, por se destinar apenas a cobrir os custos de reparação (維修費用) que possam ocorrer após a conclusão dessas obras.
- U. Dito por outras palavras, o pagamento da terceira prestação prevista na alínea c) da cláusula 8.^a do acordo de fls. 87 a 88, não depende da conformidade da obra do edifício "XXX Garden" com o que foi convencionado pelas partes, dado o preço dessas obras já ter sido pago pelo Réu na sequência da vistoria e da emissão da competente licença de utilização nos termos do art.º 48.º, n.º 4 e 50.º, n.º 1 do RGCU [alínea g) dos Factos Assentes], mas apenas do decurso do prazo de um ano sobre a emissão da licença de utilização especificada na alínea h) dos Factos Assentes.
- V. As obras referidas na cláusula 7.^a do Acordo de fls. 87 a 88 são apenas as obras do edifício do edifício "XXX Garden" que, tendo sido executados de acordo com o projecto aprovado pela DSSOPT, foram vistoriadas em 2/05/2006 (fls. 143), dado ser este o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, retiraria da declaração negocial produzida (art.º 228.º, n.º 1 do CCM).
- W. Assim, face à prova plena produzida nos autos, designadamente o ofício da DSSOPT de fls. 435, a interpretação da cláusula 7.^a do acordo de fls. 87 a 88 feita pelo Tribunal a quo no sentido de aí se encontrarem incluídas as obras de instalação de gás referidas no ponto XIX da Declaração sobre os Materiais de fls. 139 a 142, não se afigura conforme ao disposto no art.º 228.º, n.º 1 do CCM, por corresponder a um sentido proibido pela 2.^a cláusula do Contrato de Empreitada de fls. 130 a 135 e pelos art.º 3/1 e 42/1 e 3 e 65.º, n.º 1 do RGCU, cuja violação as partes seguramente não tiveram em vista.
- X. Por outro lado, a expressão: "tratar junto do governo da aprovação final dentro de 14 dias" da cláusula 7.^a do Acordo de fls. 87 a 88 não significa que a Autora assumiu a obrigação de obter a licença de utilização das instalações de gás do edifício "XXX Garden".
- Y. Pelo que, face ao disposto no art.º 230.º, n.º 1, do CCM, o Tribunal a quo não podia ter atribuído a esta expressão da cláusula 7.^a do Acordo de fls. 87 a 88 um sentido que nele não tem um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

-
- Z. Acresce que não sendo a Autora o dono da obra, nem tendo sido mandatada para o representar junto ao governo para requerer quaisquer vistorias e/ou licenças de utilização, afigura-se evidente que a Autora apenas podia cumprir esta obrigação de meios ["tratar junto do governo da aprovação final dentro de 14 dias"] ajudando o Réu na medida das suas possibilidades enquanto empreiteiro.
- AA. Isto é, completando todas as obras de que foi incumbida de acordo com os projectos aprovados pela DSSOPT que lhe foram facultados pelo Réu, para que a vistoria que fosse requerida pelo Réu consentisse a emissão da licença de utilização, como, de facto, consentiu (vide Auto de vistoria de fls. 143).
- BB. Assim, a responsabilidade pela não emissão ou emissão atrasada de qualquer licença, designadamente da licença das instalações de gás, nunca poderia ter sido imputada à Autora, por o requerimento de vistoria e/ou da licença de utilização dessas instalações traduzir o exercício de um poder próprio do dono da obra de que a Autora nunca foi investida, conforme resulta provado pelo Auto de Vistoria de fls. 143, pelo documento de DSSOPT de fls. 161 e pelo requerimento de vistoria de fls. 421 e ss., ambos subscritos pelo Réu em representação do dono da obra.
- CC. Sendo evidente que a Autora não assumiu outras obrigações senão as enunciadas na cláusula 7.ª do Acordo de fls. 87 a 88 assinado pelas partes em 28/04/2006 (cfr. alínea b) dos Factos Assentes).
- DD. E o que aí a Autora assumiu, já integralmente cumpriu, dado que a vistoria da DSSOPT às obras executadas de acordo com os projectos aprovados pela DSSOPT, foi realizada em 02/05/2006 (vide fls. 143 dos autos) tendo a subsequente licença de utilização do edifício "XXX Garden" sido emitida em 10/08/2006 (cfr. alínea h) dos Factos Assentes).
- EE. O que significa que o Autor não violou a 7.ª cláusula nem, por conseguinte, a 10.ª cláusula do Acordo de fls. 87 a 88, pelo que como escreve Calvão da Silva ob. cit., págs. 254/5: "...se a obrigação principal foi cumprida, pontualmente, não há dano a compensar.
- FF. Por outro lado, o Réu não alegou nem provou os factos integradores da excepção peremptória do não cumprimento definitivo do Acordo de fls. 87 a 88 alegada pelo Réu nos artigos 46.º e ss. e 100 da sua Contestação (art.º 335.º, n.º 2 do CCM).
- GG. Concretamente, o Réu não alegou nem provou que à data do Acordo de fls. 87 a 88, em 28/04/2006, já se encontrava aprovado o projecto das instalações de gás (中央石油氣系統) referidas no ponto XIX da Declaração sobre os Materiais de fls. 139 a 142 (art.º 3/1 do RGPU), nem que tinha facultado esse projecto à Autora para que ela o pudesse executar (2.ª cláusula do contrato de empreitada de fls. 130 a 135), nem que tinha requerido e pago a competente licença de obras, sem a qual a Autora não podia dar início à execução das obras das instalações de gás conforme o projecto aprovado pela DSSOPT (n.ºs 1 e 3 do artigo 42.º do RGPU).
- HH. E não tendo o Réu feito a prova de que a Autora se absteve de cumprir, na medida das suas

-
- possibilidades, a obrigação de tratar junto do governo da aprovação final prevista na cláusula 7.ª do acordo de fls. 87 a 88, o Tribunal a quo não podia ter presumido tal incumprimento pelo facto de a licença de utilização das instalações de gás do edifício "XXX Garden" ter sido emitida para além do prazo de 14 dias a contar do recebimento pela Autora da 1.ª prestação de HKD10.330.471,79 prevista na alínea a) da cláusula 8:ª do acordo de fls. 87 a 88, sob pena de violação do disposto no art.º 335.º, n.º 2 do CCM
- II. O tribunal a quo presumiu a culpa da Autora no incumprimento das obrigações de acabar as instalações de gás e de obtenção da sua licença, tendo, por conseguinte, concluído, a final, ser razoável que o Réu recusasse cumprir a obrigação de pagar o valor da terceira prestação (HKD2.929.000,00) previsto na alínea c) da cláusula 8:ª do acordo de fls. 87 a 88.
- JJ. Mas, salvo melhor opinião, tal decisão do Tribunal não se afigura correcta.
- KK. O que nos leva à questão de saber se o Réu elidiu a presunção resultante do art.º 788.º, n.º 1 do CCM de que o não cumprimento da obrigação de pagamento da terceira prestação do preço da obra prevista na alínea c) da cláusula 8:ª do acordo de fls. 87 a 88, celebrado pelas partes em 28/04/2006, não procedeu de culpa sua.
- LL. E, na perspectiva da Autora, o Réu não elidiu essa presunção legal.
- MM. Isto porque beneficiando a Autora, face ao disposto no art.º 337.º, n.º 1 ex vi do art.º 788.º, n.º 1 do CCM, de dispensa ou liberação do ónus da prova do incumprimento da obrigação do Réu/devedor prevista na alínea c) do artigo 8.º do acordo de fls. 87 a 88 quanto ao pagamento da terceira prestação de HKD2,925,000 do preço das obras, por um lado, e não tendo ficado provados quaisquer factos alegados pelo Réu/devedor (impeditivos, modificativos ou extintivos) susceptíveis de elidir a presunção resultante do art.º 788.º, n.º 1 do CCM de que o não cumprimento da obrigação não procedeu de culpa sua, por outro, prevalece, a final, essa presunção legal.
- NN. Com efeito, os factos relativos ao incumprimento culposo pela Autora das obrigações previstas na 7.ª cláusula do acordo de fls. 87 a 88 e, por conseguinte, da sua 10.ª cláusula, enquanto factos supostamente impeditivos ou extintivos do direito invocado pela Autora/credora, integram ou constituem segundo o art.º 412.º, n.º 3 do CPCM, uma excepção peremptória ou de direito material.
- OO. Mas, tendo-se frustrado a prova da matéria dos quesitos 4.º, 5.º, 8.º, 18.º e 20.º da Base Instrutória que o Réu alegara, respectivamente, nos art.º 77.º, 91.º, 78.º, 81.º, 32.º Contestação e no art.º 5.º da Tréplica, não se provou que a falta de cumprimento da obrigação prevista na alínea c) da cláusula 8.ª do acordo de fls. 87 a 88 não procedeu de culpa do Réu (art.º 788.º do CCM), pelo que tudo se passa como se tais factos não tivessem sido alegados.
- PP. E, se tudo se passa como se estes factos não tivessem sido alegados pela parte a quem aproveitavam, ou seja, pelo Réu, isso significa que o Réu não cumpriu o ónus da alegação e prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado na petição inicial pela Autora, conforme lhe impunha o disposto no art.º 335.º, n.º 2 do CCM.

-
- QQ. O Réu tinha assim o duplo ónus da alegação e prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pela Autora, quer na qualidade de réu por força do disposto no art.º 335,º, n.º 2 do CCM, quer na qualidade de reconvinte, por força do disposto no art.º 335,º, n.º 1, do mesmo diploma.
- RR. Designadamente o Réu/reconvinte tinha o ónus de provar, pelo menos, a seguinte factualidade:
1. que incumbia à Autora a responsabilidade pela apresentação e aprovação do projecto das instalações de gás junto à DSSOPT;
 2. que as obras referidas na cláusula 7.a do acordo de fls. 87 a 88 incluíam a obra das instalações de gás, por à data do acordo de fls. 87 a 88, em 28/04/2006, o projecto dessas instalações já se encontrar aprovado pela DSSOPT;
 3. que a Autora se obrigou a obter a licença de utilização das instalações de gás dentro de 14 dias a contar de 28 de Abril de 2006;
 4. que, à data do acordo de fls. 87 a 88, em 28/04/2006, o projecto das instalações de gás aprovado pela DSSOPT já fora entregue pelo Réu à Autora para que ela o executasse conforme previsto na 2.ª cláusula do contrato de empreitada de fls. 130 a 135 e no art.º 311 do RGPU;
 5. que, à data do acordo de fls. 87 a 88, em 28/04/2006, o Réu já tinha requerido e pago a licença de obras necessária à execução das instalações de gás, a que se referem os n.ºs 1 e 3 do artigo 42.º do RGPU;
 6. que, à data do acordo de fls. 87 a 88, em 28/04/2006, nada obstava à execução das obras das instalações de gás pela Autora conforme o projecto aprovado pela DSSOPT;
 7. que a expressão "conclusão da aprovação final" contida na alínea a) da cláusula 8.ª do acordo de fls. 87 a 88 não se referia a todas as obras previstas na cláusula 7.ª desse mesmo acordo;
 8. que a "licença de utilização" prevista na alínea b) da cláusula 8.ª do acordo de fls. 87 a 88 não se referia a todas as obras previstas na cláusula 7.ª desse mesmo acordo;
 9. que os dois pagamentos previstos nas alíneas a) e b) da cláusula 8.ª do acordo de fls. 87 a 88 efectuados pelo Réu à Autora pela "conclusão da aprovação final" e pela emissão da licença de utilização [alínea h) dos "Factos Assentes"] não respeitaram a todas as obras que a Autora se obrigou a executar na cláusula 7.ª desse mesmo acordo.
- SS. Mas o certo é que o Réu não conseguiu fazê-lo, pelo que ao considerar procedente a excepção de não cumprimento deduzida nos art.ºs 46.º, 47.º e 100.º da Contestação e parcialmente procedente o pedido reconvenicional, o Tribunal a quo violou o art.º 335.º, n.º 2 do CCM e o art.º 437.º do CPC.
- TT. Também não poderia o Tribunal a quo ter decidido, por presunção, que as obras referidas na cláusula 7.ª do Acordo de fls. 87 a 88 respeitavam às instalações de gás (石油氣系統).
- UU. Isto porque factos provados na alínea e) dos Factos Assentes e na resposta ao quesito 5.º da

-
- Base Instrutória não consentem a ilação que deles retirou o Tribunal a quo (art.º 342.º do CCM), na medida em que a existência dos factos conhecidos (base da presunção) donde o tribunal recorrido partiu não induzem necessariamente à conclusão da existência dos factos presumidos.
- VV. Por outro lado, ainda que os factos provados na alínea e) dos Factos Assentes e na resposta ao quesito 5.º da Base Instrutória consentissem a ilação que deles retirou o Tribunal a quo, mesmo assim tal ilação teria sido elidida mediante a prova em contrário produzida nos autos (art.º 343.º, n.º 2 do CCM).
- WW. Isto porque a Autora, enquanto reconvida, provou os factos impeditivos e extintivos do direito invocado pelo Réu reconvinde no pedido reconvenicional.
- XX. Com efeito, através da 2.ª cláusula do contrato de empreitada de fis. 130 a 135, do auto de vistoria de fis. 143, das alíneas g) e h) dos Factos Assentes, do ofício da DSSOPT de fls. 435 e das respostas aos quesitos 1.º e 25.º da Base Instrutória, a Autora, enquanto reconvida, provou que cumpriu a obrigação de resultado e a obrigação de meios que assumiu na cláusula 7.ª do acordo de fis. 87 a 88 e que as instalações de gás não faziam parte das obras a realizar por o respectivo projecto não se encontrar aprovado pelas obras públicas.
- YY. E ainda que as instalações de gás fizessem parte das obras que a Autora se obrigou a executar na cláusula "l" do acordo de fis. 87 e 88 - e não fazem - mesmo assim a Autora não seria culpada pelo atraso de emissão de licença de utilização dessas instalações.
- ZZ. Isto por o pedido de aprovação do respectivo projecto na DSSOPT ser da exclusiva responsabilidade do Réu, não tendo por isso a Autora violado a cláusula 7.ª do Acordo de fls. 87 a 88, nem tendo, por conseguinte, de devolver o preço da empreitada que recebeu ao abrigo das alíneas a) e b) da cláusula 8.ª desse mesmo acordo.
- AAA. Daí que, face aos factos assentes, aos factos provados em julgamento e aos factos que resultam provados por documentos autênticos (cuja genuinidade não foi impugnada) e por documentos particulares (cuja autoria foi atribuída ao Réu sem por ele ter sido impugnada), afigura-se ter a Autora cumprido as obrigações previstas na cláusula 7.ª do acordo de fls. 87 e 88, não havendo, por conseguinte, incumprimento da sua parte.
- BBB. Face à sua natureza compensatória, e não moratória, a cláusula penal prevista na cláusula 10.ª do acordo de fls. 87 a 88 e apenas seria devida, pelo empreiteiro, em caso de incumprimento definitivo da execução da obra, e não em função do seu atraso culposo na execução de alguma parte da obra, v.g., as instalações de gás.
- CCC. Acresce que, não se tendo provado que o prazo contratado na cláusula 7.ª do acordo de fls. 87 a 88 fosse insusceptível de ser alterado, o Réu tinha que converter a mora da Autora em incumprimento definitivo, através de interpelação admonitória, ou demonstrar que objectivamente, pela conduta da Autora, tinha perdido interesse na prestação desta.
- DDD. Mas nada disto foi feito pelo Réu, o qual que se limitou a invocar nos art.º 46.º e 47.º da Contestação a excepção de não cumprimento (art.º 422.º do CCM) na modalidade de exceptio

-
- non rite adimpleti contractu, da obrigação da Autora de complementar a instalação do sistema de conserva e condução de gás do petróleo líquido.
- EEE. Não há pois, incumprimento definitivo na medida em a própria exceção de não cumprimento prevista art.º 422.º do CCM que o Réu usou nos art.º 46.º e 47.º da Contestação pressupõe, não o incumprimento definitivo, mas apenas a mora.
- FFF. Com efeito, A exceção de não cumprimento pressupõe a validade do contrato e deve ser invocada quando o contraente que a invoca pretende a manutenção do contrato, tendo apenas em vista suspender o cumprimento da sua obrigação até que o outro contraente, em mora ou que cumpriu defeituosamente, cumpra a sua obrigação ou elimine o defeito.
- GGG. Sendo pacífico que a exceptio não pode ser invocada com sacrifício do princípio da boa fé, o qual constitui um limite à sua invocação, podendo conduzir inclusivamente à sua negação ou à sua redução (Ac. RC, de 09.11.99, CJ, T 5:19).
- HHH. Ora, no caso em apreço foi manifestamente isso que sucedeu.
- III. Isto porque o que o Réu pretendeu ao invocar a exceção de não cumprimento nos art.º 46.º e 47.º da Contestação não foi obter a suspensão a exigibilidade da sua prestação enquanto a Autora não cumprisse a dela, mas, ao invés, não cumprir, de todo, a sua obrigação de pagar o preço acordado na alínea c) da cláusula 8.ª do acordo de fls. 87 a 88.
- JJJ. É o que resulta da contradição lógica entre o alegado nos art.ºs 46.º e 47.º da Contestação, que pressupõe a mora, por um lado, e o art.º 100.º, que pressupõe o incumprimento definitivo, por outro.
- KKK. Sucede que a exceção de não cumprimento do contrato não possibilita essa solução.
- LLL. O recorrido alegou o não cumprimento da obrigação da recorrente para justificar o não pagamento do preço acordado na alínea c) da cláusula 8.a do acordo de fls. 87 a 88 e o incumprimento definitivo para justificar a condenação da Autora na pena convencional prevista na cláusula 10.ª desse mesmo acordo.
- MMM. Mas, fundando-se o pedido reconvenicional, não na simples mora inerente à exceção de não cumprimento, mas no incumprimento definitivo da prestação da contraparte, não bastava ao Réu ter invocado a exceptio nos art.º 46.º e ss. da Contestação, impondo-se que primeiramente interpelasse a Autora para cumprir aquilo a que se tinha obrigado nos termos e para os efeitos do disposto nos art.ºs 797.º, n.º 1, b) e 790.º, n.º 2, ambos do CCM.
- NNN. Tal não aconteceu.
- OOO. Desde logo, porque dos autos não resulta que o recorrido tenha fixado à Autora um prazo admonitório para que esta cumprisse a obrigação em falta, sendo certo que era ao Réu que incumbia alegar e provar tais factos, constitutivos da exceção invocada.
- PPP. Também não resulta alegado nem demonstrado que o recorrido tenha informado a recorrente que não lhe pagava enquanto esta não cumprisse totalmente a sua obrigação, sendo certo que resultou provado que o recorrido foi interpelado para pagar.
- QQQ. Também não resulta demonstrado que o recorrido tenha resolvido o acordo de fls. 87 e 88 por

-
- causa do incumprimento da Autora, nem que a tenha informado de que perdera o interesse na prestação em virtude do cumprimento parcial daquela, sendo certo que, apenas, em sede de contestação veio alegar a referida excepção de não cumprimento, sem que, contudo, tivesse usado da faculdade de resolução do contrato (art.º 790.º, n.º 2 do CCM).
- RRR. No caso concreto, resulta dos articulados não se mostrar sequer alegada factualidade susceptível de integrar, nem a existência de interpelação admonitória, nem a objectiva perda de interesse negocial do Réu sem a qual não era possível ao tribunal a quo considerar convertida a mora do devedor em incumprimento definitivo onde se funda a condenação da Autora.
- SSS. Assim, ao considerar parcialmente procedente o pedido reconvenicional do Réu, o qual se funda na excepção de não cumprimento da clausula 7.º do acordo de fls. 87 a 88, e pressuponda esta exceptio apenas a mora e não o incumprimento definitivo, o Tribunal a quo violou os art.º 787.º e 797.º, n.º 1, b) do CCM.
- TTT. Por outro lado, afigura-se abusiva a conduta do contraente que não pagou o preço acordado, apesar de interpelado extrajudicialmente, e, apenas quando demandado, invoca a excepção de não cumprimento, sem que antes tivesse comunicado ao outro contraente de que não cumpriria enquanto aquele não cumprisse, ou lhe tivesse comunicado a perda de interesse na prestação.
- UUU. Por isso, a conduta do recorrido viola os princípios da boa-fé contratual e consubstancia, de facto, abuso de direito (art.º 326.º ex vi do art.º 752.º, n.º 2 do CCM).
- VVV. E é isso que sucede no caso "sub iudice", dado que, não obstante o recorrido ter alegado a excepção de não cumprimento da cláusula 7.º do acordo de fls. 87 e 88, o certo é que ele não resolveu esse acordo, nem pediu a sua resolução, pelo que sempre teria de improceder o seu pedido reconvenicional.
- WWW. Assim, tendo a cláusula 10.ª do acordo de fls. 87 a 88 a natureza de uma cláusula penal compensatória do incumprimento definitivo, não podia ter sido accionada pelo Réu sem que se verificasse o incumprimento definitivo pela Autora das obrigações previstas na cláusula T? do acordo de fls. 87 a 88, o que qual só teria ocorrido se o Réu tivesse convertido a mora em incumprimento definitivo através da fixação à Autora de um prazo admonitório que ela não tivesse cumprido (art.º 797.º, n.º 1, alínea b) do CCM), o que não se verificou.
- XXX. Se a condenação assentasse na mora da Autora, relativamente a qualquer das cláusulas do acordo de fls. 87 a 88, ainda se podia acompanhar o raciocínio do Tribunal a quo, mas, assentando a condenação no facto de a Autora não ter cumprido o prazo fixado na cláusula 7.ª desse acordo, não pode ser atendido tal fundamento, porque a pena convencional fixada cláusula 10.ª daquele acordo pressupõe o incumprimento definitivo do empreiteiro; sendo que esse só poderia ter ocorrido, repete-se, após a fixação e o decurso de prazo cominatório, que não existiu.
- YYY. Pelo que teria o Réu que ter decaído no pedido reconvenicional, por não se verificar o

-
- pressuposto (incumprimento definitivo) do qual dependia a aplicação cláusula penal compensatória prevista na cláusula 10.^a do acordo de fls. 87 a 88.
- ZZZ. Procede, pois, nesta parte, o recurso, devendo a sentença recorrida ser revogada e o recorrido condenado a pagar à recorrente as quantias prevista na alínea c) da cláusula 8.a do acordo de fls. 87 e 88 acrescida dos juros civis e comerciais vencidos desde a citação até integral pagamento (arts. 793.º, 794.º, n.º 2, al. a) e 795.º do CCM), tendo em conta a matéria de facto provada sob as alíneas h) e e) dos Factos Assentes.
- AAAA. Caso assim não se entenda, sendo a cláusula penal fixada na cláusula 10.^a do contrato de fls. 87 a 88 manifestamente excessiva, nada obsta à sua redução oficiosa.
- BBBB. Desde logo, porque o incumprimento da cláusula 7.^a do contrato do acordo de fls. 87 a 88 ter-se ia devido ao atraso (não imputável à Autora) na aprovação do projecto das instalações de gás pela DSSOPT, conforme resulta, v.g., da força probatória plena do ofício de fls. 435.
- CCCC. Depois, porque o montante da cláusula penal moratória (HKD13,255,471.79) fixado na cláusula 10.^a do acordo de fls. 87 a 88 está muito próximo do valor total do acordo de fls. 87 e 88, (HKD16,180,471.79), sendo 453% superior à parte do preço (HKD2.929.000,00) retido pelo Réu como garantia das obras (alínea c) da cláusula 8.^a).
- DDDD. Depois porque o Réu litigou contra a verdade dos factos por si consabida e as circunstâncias concretas do negócio e os interesses dos intervenientes, tendo sido, por isso, condenado em litigância de má fé.
- EEEE. Assim, tendo em conta o reflexo das razões do não cumprimento da cláusula 7.^a do acordo de fls. 87 a 88 no grau de culpabilidade da Autora, a exagerada desproporção entre o valor total do acordo (HKD16,180,471.79), e a pena convencional estabelecida na sua cláusula 10.^a (HKD13,255,471.79), a má fé do Réu, os interesses dos intervenientes e as demais circunstâncias concretas do negócio, afigura-se mais de acordo com a equidade, a redução do valor da cláusula penal para a quantia de HKD2.929.000,00 que é também o valor que foi considerado suficiente pelas partes na alínea c) da cláusula 8.^a do acordo de fls. 87 a 88 para garantir o integral e correcto cumprimento da empreitada do edifício "XXX Garden".
- FFFF. Caso contrário, cairíamos na situação de abuso de direito prevista no art.º 326.º do CCM, em que o valor da cláusula penal, corresponderia na prática, ao preço total em falta das obras previstas na cláusula 7.^a do acordo de fls. 87 a 88, as quais foram vistoriadas pela DSSOPT em 2/05/2006 e objecto de parecer favorável à emissão da competente licença de utilização em 8/08/2006 (Auto de Vistoria de fls. 143), a qual foi emitida em 10/08/2006 [alínea h) dos Factos Assentes]
- GGGG. Em todo o caso, quer se mantenha ou reduza o valor da pena convencional -fixada na cláusula 10.^a do acordo de fls. 87 a 88, sempre seria devido à Autora a devolução do valor do preço da garantia da obra previsto na alínea c) da cláusula 8.a desse acordo, dado que a haver lugar ao pagamento da cláusula penal, tudo se passa como se o dever de prestar [a obrigação não cumprida] tenha sido substituído pelo dever de indemnizar.

被告就原告之上訴作出答覆，詳載於卷宗第 801 至 802 背頁，有關內容在此視為完全轉錄。

此外，被告 **B** 亦不服初級法院民事庭駁回其反訴請求的決定，向本院提出上訴，理由詳載於卷宗第 759 至 765 背頁，有關內容在此視為完全轉錄²。

HHHH. Daí que ao dever da Autora em indemnizar o Réu por força da cláusula penal prevista cláusula 10.ª do acordo de fls. 87 a 88 corresponda necessariamente o dever do Réu em pagar à Autora a terceira prestação prevista na alínea c) do mesmo acordo.

² 被告的上訴結論如下:

(i)有關違約金的反訴請求

1. 原審法院之所以判處上訴人反訴請求不成立的核心原因在於，上訴人未能證實被上訴人何時開始延誤石油氣設施和取得准照以及何時終止有關之延誤。
2. 雖然既證事實並沒有清楚指出被上訴人延誤石油氣設施工程的始期，但上訴人認為可以從既證事實中推斷出一個合理的始期，法律依據在於《民法典》第 342 條至第 344 條。
3. FACTOS ASSENTES b)及 f)內的 A 指被告為了向原告支付第一期款項，分別向原告開出三張支票，其中一張支票於簽署《庭外和解協議》日已經交付給原告(見答辯狀附件四十)，另外兩張支票則委托趙德和大律師在澳門新口岸.....地段建築工程收則後 2 日將兩張支票交給原告，由於既證事實沒有指出收則的日期，故不能確定趙德和大律師何時將兩張支票交給原告，繼而無從開始計算《庭外和解協議》第 7 條所指的期間。
4. 然而，FACTOS ASSENTES g)證實到“被告履行了 b)提到的協議第 8 條 a)和 b)”，協議第 8 條 b 規定:第二期款港幣貳佰玖拾貳萬伍仟元正(HK\$2,925,000.00)在取得入伙紙後 30 日內支付。
5. 而 FACTOSASSENTES h)證實澳門新口岸.....地段之建築物之入伙紙於 2006 年 8 月 10 日由土地工務運輸局發出。
6. 此外，從第 79/85/M 號法令設立的都市建築總章程第 47 條及第 50 條的條文可以得知，法律規定行政部門在對建築物驗收後方何發出入伙紙，由於既證事實指工務運輸局已經對澳門新口岸.....地段的建築物發出入伙紙，這意味著前述之部門已經對該建築物完成驗收，即完成收則手續。
7. 這樣，從上述事實可以得出，被告於 2006 年 8 月 10 日起計 30 天之後仍沒有完成《新口岸.....地段用料說明》第 19 條規定所指的中央石油氣系統(或稱為液化石油氣儲存及供輸系統的設置工程)，即於 2006 年 9 月 9 日，便處於遲延履行的情況，因為按照付款的邏輯推論，被告應該先支付完第一期款項後，才會向原告支付第二期款項，既然被告已經依約定向原告支付了兩期款項，那麼，支付第一期款項的日期一定先於支付第二期款項的日期，故按第二期款項的支付日期去推算第一期款項的支付日期是合乎日常生活的邏輯的，亦沒有對

-
- 原告做任何損失，反而對其有利。
8. 這樣，2006年9月9日就是被上訴人開始延誤石油氣設施工程之日，被上訴的合議庭裁判並沒有按前述的推定日期去計算違約金的始期，故其違反了《民法典》第344條之規定。
 9. 依據上述的見解所以，調查基礎第20條應以下列方式被證實：原告沒有於約定的日期完成石油氣設施工程，且於2006年9月9日仍未完工。
 10. 上訴人現根據《民事訴訟法典》第599條及以上面提及的理由對原審法院裁定調查基礎第20條不獲證實的回答提出爭執，因卷宗內的證據足以證明石油氣設施工程延誤之開始之日。
 11. 至於何日為延誤終止之日？首先正如上訴人在答辯狀第四十五條、第八十五條及第九十二條所言，石油氣設施於提交答辯狀之時仍未獲核准；而在其後的訴訟調查階段中，由上訴人所提交的文件（見卷宗第377頁）則證明了石油氣系統計劃於2009年10月20日才獲核准。
 12. 換言之，由被上訴人所負責完成的液化石油氣儲存及供輸系統的設置工程直至2009年10月20日仍未獲工務局發出收則合格的證明。
 13. 因此，原審法院在對調查基礎第5條的回答時，至少可以作出以下方式的回答：根據用料說明合同第19點，原告承建的工程包括中央石油汽系統，但這一系統至2009年10月20日仍沒有被設置好和得到政府的驗收。
 14. 作出上述的回答對計算延誤的日數是有意義的，因為，上訴人在一審時所提出的反訴請求是向上訴人支付HKD17,260,000.00，相等於MOP\$17,777,800.00，及加上直至被上訴人完成液化石油氣儲存及供輸系統的設置工程收則合格為止之賠償金額。
 15. 即是說，雙方所約定的違約金的賠償金額既可以如原審法院所理解般，按上訴人最終完成承建石油氣設施並取得准照之日往回推算而得出一個確切的及全部的違約金賠償金額，亦可以按2009年10月20日這日去計出一個確切的部分違約金賠償金額，因這並不妨礙將來在執行判決時定出一個還未賠償的金額。
 16. 所以，上訴人現再同樣根據《民事訴訟法典》第599條及以上理由對原審法院的調查基礎第5條的回答提出爭執，並依據同一法典第629條之規定，請求貴院將事實事宜裁判予以變更。
 17. 綜上所述，基於原審法院已推定了被上訴人為不履行完成石油氣設施及取得有關准照之過錯方，亦認同了和解協議第七條配合承攬合同第五及十三條三款之規定屬違約金條款，且按本上訴之理由可證明到被上訴人最少將石油氣工程延誤了1137天（自2006年9月9日起至2009年10月20日止），那麼，上訴人在一審時所反訴被上訴人支付因延誤863天而生之罰款之請求HKD17,260,000.00理應成立，且還應判處被上訴人支付延誤274天而生之罰款HKD5,480,000.00，因前述兩筆金額所合共的HKD22,740,000.00，相等於MOP\$23,422,200是被告上訴人延誤完成石油氣工程所應支付的部分違約金。
- (ii)有關新口岸.....地段的建築工程所需的一切稅項及法律費用和收則費用的反訴請求
18. 另一項反訴的訴因是根據《澳門新口岸.....地段建築工程承建合同》第四條規定，請求被上訴人支付的新口岸.....地段的建築工程所需的一切稅項及法律費用和收則費用，金額合共MOP\$391,475.00。
 19. 然而，由於原審法院在篩選事實事宜之批示中並沒有將上面所提到的稅項、法律費用和收

原告就被告之上訴作出答覆，詳載於卷宗第 804 背頁至 810 頁，有關內容在此視為完全轉錄。

*

二.事實

已審理查明之事實載於卷宗第 736 背頁至 742 背頁，在此視為完全轉錄³。

則費用合共 MOP\$391,475.00 實際是否由上訴人支付這一事實列入調查基礎，其後，上訴人對該批示提出聲明異議，並在聲明異議中要求將“原告沒有支付《澳門新口岸.....地段建築工程承建合同》第 4 條規定的新口岸.....地段的建築工程所需的一切稅項、法律費用和收則費用?”這一事實加入調查基礎內，但原審法院裁定“Quanto ao facto que a R. Pretende aditar embora alegue que o mesmo consta do contrato não foi invocado na contestação, pelo que nessa parte vai indeferida a reclamação.” 面對原審法院的上述裁定，上訴人仍然不服，故在此提出爭執。

20. 的確，法官在製作篩選事實事宜之批示時只能考慮當事人分條縷述的事實，“然而，由於批示由法官而非當事人作出，為此，法官並非必須使用當事人的表達方式，也就是說，只要不改變陳述事實的意思，法官可以使用不同的字眼。”（見 Viriato Manuel Pinheiro de Lima 著，《民事訴訟法教程》- 第二版譯本，第 245 頁）
21. 因此，只要回看上訴人在一審時所提交的答辯狀第一百零一條至第一百零六條便可得出，上訴人所要求的將“原告沒有支付《澳門新口岸.....地段建築工程承建合同》第 4 條規定的新口岸.....地段的建築工程所需的一切稅項、法律費用和收則費用?”這一事實加入調查基礎內是沒有違反或改變上訴人所陳述之事實之意思。
22. 然而，原審法院在製作篩選事實事宜之批示時沒有將此事實加入到調查基礎內，便是違反了《民事訴訟法典》第 430 條及第 433 條之規定。
23. 根據《民事訴訟法典》第 599 條及第 629 條規定，上訴人現請求貴院擴大事實事宜之範圍，將“原告沒有支付《澳門新口岸.....地段建築工程承建合同》第 4 條規定的新口岸.....地段的建築工程所需的一切稅項、法律費用和收則費用?”列為調查基礎，並依據上訴人於答辯時所提交的附件十三至十九，裁定上指之事實為獲證事實，及依據雙方所簽署的《澳門新口岸.....地段建築工程承建合同》第 4 條之規定，判處被上訴人支付上述稅項、法律費用和收則費用合共 MOP\$391,475.00。

³ 已審理查明事實如下:

- O Autor é uma companhia limitada, inscrita na Conservatória de Registo Comercial e de Bens Móveis de Macau sob o numero de empresário comercial da pessoal singular 15666(SO), exercendo actividade de desenvolvimento dos bens imóveis (已確之事實 A)項).

-
- Na sequência do processo que correu termos neste tribunal sob o numero CV3-06-0003-CAO entre aqui A. e o R. foi celebrado o acordo extrajudicial que consta de folhas 87 e 88 e aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais (已確之事實 B)項).
 - Naquele acordo A. e R. nos termos do artigo 3 do “Contrato de Empreitada das Obras de Construções do Zona dos Novos Aterros do Porto Exterior,,” ajustaram o preço global de construção do mesmo contrato, fixando-o no montante de HK\$54,921,393.00, o réu em causa já pagou ao autor o montante de HK\$42,319,528.21 como quantia das obras, promete pagar o montante de HK\$12,601,864.79 e uma Companhia de Fomento Predial concorda em pagar nome do réu o montante de HK\$3,578,607.00 à A., como subsídio do preço global de construção do aludido edifício, pelo que o R. em causa não necessita de pagar a referida quantia (已確之事實 C)項).
 - Nos termos do acordo referido em b) a A. concordou em devolver ao R. a Livrança (recibo de empréstimo do governo) indicada no artigo 5º do “Contrato de Empreitada das Obras de Construções da Zona dos Novos Aterros do Porto Exterior,,” , aquando da assinatura do acordo de conciliação e recebida a 1ª prestação (已確之事實 D)項).
 - Nos termos do acordo referido em b) foi ainda estabelecido que a A. e a “F Engineering Design and Construction co. Ltd” e “H Engineering and Construction Co, Ltd” concordaram em entregar incondicionalmente ao R. todas as chaves da fracção, os certificados de garantias e instruções dos equipamentos electrónicos, e o direito de posse do edifício da Zona dos novos Aterros do Porto Exterior,, depois da assinatura do acordo de conciliação e recebida a 1ª prestação, declarando ainda a A. que após assinarem o acordo de conciliação e recebida a 1ª prestação irá concluir todas as obras do “Contrato de Empreitada das Obras de Construções da Zona dos Novos Aterros do Porto Exterior,,” e tratar junto do governo da aprovação final dentro de 14 dias, caso contrário irá indemnizar o R. nos termos do artigo 5 e o nº 3 do artigo 13º do mesmo contrato. Além disso, declara que após a fase de aprovação final, irá concluir as infra-estruturas do resort dentro de 90 dias (indicadas no artigo 5º “Esclarecimento do uso de materiais da Zona dos Novos Aterros do Porto Exterior,,”), caso contrário irá indemnizar o R. nos termos do artigo 5 e o nº 3 do artigo 13º do mesmo contrato (已確之事實 E)項).
 - No acordo referido em b) a A. e o R. acordaram a forma de pagamento das obras nos seguintes termos. A) 1ª prestação no montante de HK\$10.330.471,79, a passagem de três cheques, respectivamente, um cheque n.º HA81XXXX do Banco Delta Asia no montante de HK\$5.330.471,79, um cheque n.º HA81XXXX do Banco Delta Asia no montante de HK\$1.421.393,00 e um cheque n.º HC74XXXX do Banco da China no montante de HK\$3.578.607,00 depositado no escritório do advogado Chio Tak Wo, bem como delegou ao advogado Chio Tak Wo para entregar os dois cheques ao autor, 2 dias depois da conclusão da aprovação final na Zona dos Novos Aterros do Porto Exterior,, B) a 2ª prestação no montante de HK\$2.925.000,00 será pago dentro de 30 dias, aquando da obtenção da licença de utilização. C) a 3ª prestação no montante de HK\$2.925.000,00 como depósito e garantia das obras, será pago um ano depois da atribuição da licença de utilização (已確之事實 F)項).

-
- O R. cumpriu o disposto nas alíneas a) e b) do artº 8º do contrato referido em b) (已確之事實 G)項) .
 - A licença de utilização do edifício da Zona dos Novos Aterros do Porto Exterior,,, foi emitida pela DSSOPT em 10 de Agosto de 2006 (已確之事實 H)項) .
 - O Réu não pagou ao autor a quantia referida na alínea C) do artº 8º do acordo mencionado em b) no montante de HK\$2.925.000,00 até 11 de Agosto de 2007 (已確之事實 I)項) .
 - No dia 19 de Dezembro de 2002, a A. e o R. celebraram o Contrato de Empreitada do Projecto de Construção do no Novo Aterro de Macau, o Contrato Suplementar de Empreitada do Projecto de Construção do no Novo Aterro de Macau, e a Declaração sobre os Materiais do no Novo Aterro de Macau. Na 8ª cláusula do Contrato Suplementar de Empreitada do Projecto de Construção do no Novo Aterro de Macau e nas Observações (3) da Declaração sobre os Materiais do no Novo Aterro de Macau, é referido que o Contrato Suplementar de Empreitada do Projecto de Construção do no Novo Aterro de Macau e a Declaração sobre os Materiais do no Novo Aterro de Macau são documentos inseparáveis do Contrato de empreitada do projecto de construção do no Novo Aterro de Macau tudo conforme documento de folhas 130 a 142 que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais (已確之事實 J)項) .
 - A Autora entregou ao Réu todas as chaves das fracções, os certificados de garantias e instruções dos equipamentos electrónicos e o direito de posse do edifício da Zona dos Novos Aterros do Porto Exterior, (調查基礎內容第 1 條) .
 - A Autora enviou uma notificação ao Réu em Fevereiro de 2008, pedindo o pagamento de HK\$2.925.000,00 referida na alínea C) do artº 8º do acordo mencionado na alínea em b) dos factos assentes (調查基礎內容第 2 條) .
 - Em Março de 2008, a Autora através do seu advogado enviou uma carta ao Réu, pedindo o pagamento da quantia acima referida (調查基礎內容第 3 條) .
 - Não provado sem prejuízo do que consta na alínea e) dos factos assentes (調查基礎內容第 4 條) .
 - No ponto 19 da Declaração sobre os Materiais do no Novo Aterro de Macau, as obras empreitadas pela Autora incluem o sistema de abastecimento de gás de petróleo liquefeito (調查基礎內容第 5 條) .
 - Segundo a 12ª cláusula do Contrato de Empreitada do Projecto de Construção do no Novo Aterro de Macau, sem a autorização do Réu, a Autora não pode subempreitar integralmente as obras empreitadas a terceiro apenas o podendo fazer parcialmente (調查基礎內容第 6 條) .
 - Caso a Autora subempreitasse integralmente as obras a terceiro e surgisse acidente de qualidade ou impossibilidade de aprovar a recepção a prazo, a Autora devia assumir a indemnização por todos os danos causados ao Réu (調查基礎內容第 7 條)).
 - No dia 6 de Março de 2007, os serviços de administração do Edf. “XXX Fa Un” informaram a Autora que já expirou o prazo de reparação relativo a (調查基礎內容第 9 條) :
 1. Items 1, 3, 4 da fracção do 12º andar D (nota de 8 de Fevereiro).
 2. Deformação do armário de cozinha da fracção do 10º andar F (nota de 5 de Fevereiro).
 3. Queda de rodapés de baixo do lava loiça da cozinha do 9º andar D (nota de 8 de Fevereiro).

-
4. Infiltração de água na base de chuveiro das fracções do 8º andar A, 9º andar G, 12º andar E (nota de Dezembro, Janeiro, Fevereiro).
 5. Problemas do aparelho de ar condicionado das fracções do 8º andar G (10 de Janeiro).
 6. Candeeiro quadrado do corredor (provavelmente por causa do transformador) das fracções do 3º andar B, 6º andar A, C, F, 10º andar B, 13º andar A e 16º andar B.
 7. Sinalização luminosa de saída dos 11º e 16º andar.
 8. Candeeiro dos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 11º, 12º e 14º andar.
 9. Nota de reparação 1, 2, 3 de 1 de Março (incluindo antena, electricidade e máquina de lavar roupa).
 10. Notas de reparação de 2 e 3 de Março (incluindo infiltração de água, candeeiro, porta, máquina de lavar roupa, fechadura, etc.).
 11. Nota de reparação de 5 de Março (infiltração de água, máquina de lavar roupa e aparelho de ar condicionado).
- No dia 8 de Março de 2007 o Réu através a Companhia de Consulta de Obras K Limitada notificou a Autora e a Companhia de Obras de Construção H Limitada referindo que, uma vez que a reparação não havia sido feita em duas semanas e o contrato estipulava que o Réu tinha o direito de procurar terceiro para realizar a reparação após este prazo, as despesas com as reparações seriam descontadas no valor da garantia caso a Autora não as realizasse no prazo de uma semana (調查基礎內容第 10 條 resposta ao quesito da 10º da base instrutória).
 - No dia 25 de Abril de 2007, o Réu através a Companhia de Consulta de Obras K Limitada notificou a Autora e a Companhia de Obras de Construção H Limitada referindo que, uma vez que a reparação não tinha sido efectuada no prazo de uma semana, a Autora deveria realizar a reparação no prazo de 3 dias sob pena do Réu procurar terceiro para a realizar (調查基礎內容第 11 條).
 - No dia 26 de Abril de 2007, os serviços de administração do Edf. “XXX Fa Un” emitiram à Autora uma nota de reparação, com o seguintes teor (調查基礎內容第 12 條) :
 1. Local público:
 1. A porta de vidro da portaria não se fecha bem.
 2. A fechadura da porta da portaria está estragado.
 3. As pedras no chão abaixo da colona redonda da varanda do edifício (em frente à loja L) estão soltas.
 4. Há infiltração de água em 2 sítios do ginásio, na cozinha, no restaurante e no hall do clube.
 5. A boca da canalização do jardim do clube não é suficientemente grande e o clube fica inundado quando chove.
 6. Há infiltração de água através da fissuras das canalizações da parede exterior do clube.
 2. Local público (iluminação):
 1. Candeeiros quadrados dos corredores: 1 do 16º andar, 3 do 15º andar, 1 do 14º andar, 1 do 12º andar, 2 do 11º andar, 2 do 7º andar, 3 do 4º andar, 1 do 3º andar.

-
2. Candeeiros do 16º andar, 1 do 15º andar, 1 do 14º andar, 1 do 10º andar, 1 do 7º andar, 1 do 5º andar (o quebra-luz do 11º andar estragado).
 3. Candeeiros na saída: 1 do 16º andar, 1 do 15º andar, 1 do 14º andar, 2 do 13º andar, 2 do 12º andar, 2 do 11º andar, 1 do 10º andar, 1 do 9º andar, 1 do 8º andar, 1 do 6º andar, 1 do 5º andar, 2 do 3º andar, 1 do clube, 3 do 1º andar, 4 do 2º andar.
 4. Candeeiros do hall do rés-do-chão estragados: 22 ao todo. Candeeiros estragados nos pisos: candeeiros na entrada dos elevadores do 6º andar a 16º andar não funcionam.
3. Outros no interior:
 1. O armário em cima do frigorífico da fracção do 11º andar B precisa de reparação.
 2. Há fendas na bancada da fracção do 11º andar E.
 3. A porta principal da fracção do 13º andar H está riscada, o proprietário pede para trocar uma nova ou repará-la.
 4. A fracção do 12º andar D precisa das seguintes reparações: a fechadura da porta principal está variada, os armários da cozinha faltam parafusos, a porta está danificada.
 5. A fracção do 13º andar E precisa das seguintes reparações: a porta de madeira está deformada, a parede tem fissuras, os armários da cozinha estão deformados, o rodapé é mais alto que o pavimento.
 6. A fracção do 13º andar D precisa de reparações: a porta do suite, a porta da cozinha, gás e vidro.
 7. A fracção do 13º andar F precisa das seguintes reparações: o aparelho de micro-ondas está mal colocado, todas as janelas e portas são difíceis de abrir e a porta deslizante da varanda está avariada.
 8. A fracção do 14º andar A precisa das seguintes reparações: o aparelho de micro-ondas está mal colocado, todas as janelas e portas são difíceis de abrir e a porta deslizante da varanda está avariada.
 9. O pavimento da fracção do 5º andar G não está bem nivelado, nova pavimentação solicitada.
 4. Ar condicionado:
 1. O aparelho do ar condicionado do suite da fracção do 9º andar A pinga água.
 2. Os 2 aparelhos do ar condicionado da sala do 9º andar C pingam água.
 3. O da fracção do 9º andar D não há electricidade.
 4. O da fracção do 4º andar G não funciona.
 5. O da fracção do 3º andar H não funciona.
 5. Água:
 1. Infiltração na base de chuveiro da fracção do 9º andar C.
 6. Electricidade:
 1. A tomada da cozinha da fracção do 11º andar B não há electricidade.
 2. No suite da fracção do 3º andar F não há electricidade.

-
3. Não há electricidade para a máquina de lavar roupa da fracção do 7º andar D.
- No dia 2 de Maio de 2007, o Réu através a Companhia de Consulta de Obras K Limitada notificou a Autora referindo que, uma vez que as reparações não foram feitas em uma semanas e o contrato estipulava que o Réu tinha o direito de procurar terceiro para realizar a reparação após este prazo, as despesas com as reparações seriam descontadas no valor da garantia caso a Autora não a realizasse no prazo de 3 dias (調查基礎內容第 13 條).
 - No dia 17 de Agosto de 2007, o Réu através a Companhia de Consulta de Obras K Limitada notificou a Autora referindo que, após a reparação dos defeitos do clube do 2º andar e depois de terem inspeccionado o local, o Réu e a Companhia de Consulta de Obras K Limitada verificaram que parte dos defeitos subsistiam pelo que pediram que a Autora acompanhasse o trabalho de reparação e acabasse dentro de 7 dias (調查基礎內容第 14 條).
 - No dia 6 de Setembro de 2007, o Réu através a Companhia de Consulta de Obras K Limitada notificou a Autora referindo que, mesmo após a reparação dos defeitos do clube do 2º andar, o Réu e a Companhia de Consulta de Obras K Limitada descobriram que parte dos mesmos subsistiam pedindo à Autora que acompanhasse o trabalho de reparação e acabasse dentro de 7 dias (調查基礎內容第 15 條).
 - Na correspondência acima referida foram apresentados os seguintes defeitos (調查基礎內容第 16 條):
 1. A boca de drenagem está bloqueada pela grade de aço inoxidável nova instalada na área de diversões infantis ao ar livre e é demasiado estreita, não é adequada à quantidade de água a escoar. Deve ser melhorada.
 2. O remate entre a grade de aço inoxidável nova instalada na área de diversões infantis ao ar livre e a plataforma não está feito.
 3. A vedação contra água deve ser construída até à porta de vidro e deve melhorar a inclinação para evitar tropeçamento.
 4. A boca do tubo de drenagem na plataforma da área de diversões infantis é pequeno demais, a drenagem deve ser melhorada.
 5. A vedação contra água dos dois lados da área de diversões infantis devem ser demolida.
 6. A boca de drenagem em frente à janela de vidro do clube é pequena demais e a capacidade de drenagem insuficiente. Deve ser retirada a tampa e substituí-la por uma grade de ratos móvel.
 7. A tomada impermeável fora do clube é baixa de mais, deve ser alterada.
 - No dia 5 de Novembro de 2007, os serviços de administração do XXX notificou a Autora sobre a necessidade de proceder, entre outras, às seguintes reparações (調查基礎內容第 17 條):
 1. O aparelho de ar condicionado do 13º andar F que pinga água ainda não está reparado.
 2. O problema da drenagem do clube não está completamente resolvido.
 3. Há 5 fracções onde a máquina esterilizadora ainda não está instalada (14º andar B, 14º andar F, 13º andar C, 13º andar E, 11º andar B).
 4. O problema das manchas de água do 8º andar e do hall do rés-do-chão não está resolvido.

*

三.理由陳述

被上訴的原審判決內容摘要如下：

“...

III - 法律理據:

透過本訴訟程序，原告要求本院判處被告向其支付港幣 2,925,000 元之工程款及自被告獲傳喚日起計算之利息。

爲此原告主張，於 2002 年被告受某地段的承批人授權與原告簽署合同，以便原告於該地段上興建一幢建築物；惟物業建成後，雙方因原告應收的報酬問題曾一度發生爭執，並訴諸法院以求解決爭議；其後，雙方達成庭外和解協議，遂捨棄有關請求；然而，被告期後僅遵守了部分協議內容，沒有向原告支付上述款項。

被告答辯反指原告未有按上述合同及協議履行其義務，包括未得被告同意下，分判他人承建有關建築物、沒有如期完成建築物及取得附設的石油氣

5. Iluminação da saída do parque de estacionamento não está reparada.

Estas 5 questões já existiam antes de 23 de Agosto.

- No dia 8 de Outubro de 2007, a DSSOPT notificou o Réu que, uma vez a qualificação do engenheiro que se responsabiliza pelo planeamento do gás ainda não estava confirmada, o plano de revisão do sistema de abastecimento de gás de petróleo liquefeito do registo n.º T-4977 ainda não possuía condição para ser aprovado (調查基礎內容第 19 條).
- A Autora apresentou ao Réu projectos para resolver os problemas do clube no 2º andar (調查基礎內容第 23 條).
- Quanto às obras de instalação do sistema de abastecimento de gás de petróleo liquefeito, os serviços públicos, nomeadamente o Corpo de Bombeiros e a Comissão de Segurança dos Combustíveis, deram vários pareceres, exigindo modificações nomeadamente as referentes ao aumento de distância existente entre o espaço de armazenagem do gás de petróleo liquefeito e a via publico (調查基礎內容第 25 條).

設施的准照、沒有按原合同規定將建築物、包括大廈會所內被發現的瑕疵去除; 此外, 原告要求的利息部份基於雙方於上述司法訴訟捨棄各自提出的請求, 有關權利亦同時消滅。

基於上述所指, 被告對原告提出的請求主張多項永久抗辯及反訴。

此外, 雙方亦互相指控對方為惡意訴訟人。

*

綜觀原被告主張的事實, 本院認為本個案主要涉及以下十個問題:

1. 原告是否履行了和解協議之義務;
2. 原告是否違了不分判之義務;
3. 原告是否沒有如期完成石油氣設施外的其他工程;
4. 原告是否因沒有除去建築物內的瑕疵而不履行其義務;
5. 原告是否沒有如期完成石油氣設施及取得准照而不履行其義務;
6. 被告是否沒有履行其付款義務;
7. 原告之請求;
8. 被告之請求;
9. 被告的惡意訴訟;
10. 原告的惡意訴訟。

*

為正確分析上述問題, 本院先行探討雙方之間是否存在任何法律關係及其類型。

根據已證事實, 雙方以個人名義於2002年12月19日簽訂載於卷宗第130至162頁的三份協議, 協議分別名為『澳門新口岸.....地段建築工程承建合同』、『補充合同』及『用料說明』。按照協議, 原告應在上述地段興建一

幢建築物，被告則負有支付相應報酬予原告之義務。

按《民法典》第1133條之規定“承攬係指一方透過收取報酬而負有義務為他方完成特定工作物之合同”。

基於上述所指之事實，雙方間無疑訂立了一份承攬合同。

此外，已證事實顯示雙方及一名為“L 物業代理”的人士於2008年4月1日至28日期間曾就上述合同關係簽署一份庭外和解協議。協議內，原被告除了就工程總金額達成協議外，還訂明原告需退回『澳門新口岸.....地段建築工程承建補充合同』第五條所指的LIVRANCA(政府借據)予被告；並將澳門新口岸.....地段建築物內所有單位之鎖匙、電器保養書及使用說明書，及占有權無條件移交給被告；並於指定期限內完成上述工程仍未完成的部份，包括辦妥政府收則、完成會所設施；被告則需分期支付工程費，其中最後一期款項則於發出入伙紙後一年支付，期間的款項作為工程的保固金。

考慮到上述情節，即使在簽署和解協議後，雙方之間的關係仍然是一承攬關係，即承攬合同的條款經配合和解協議的內容後繼續約束雙方。事實上，和解協議的多項條文內均引述有關承攬合同，當中第9條更明確規定雙方繼續履行『澳門新口岸.....地段建築工程承建合同』、『澳門新口岸.....地段建築工程承建補充合同』及『澳門新口岸.....地段用料說明』。

因此，本院在審理雙方的權利義務方面，必須同時考慮該承攬合同及另外二份協議的內容。

*

確定雙方的關係後，應逐一分析上指十個問題。然而，因第一個問題與第二、第三、第四及第五個問題相互關連，因此在處理第一個問題時應同時逐一處理此四個問題。

**

原告之履行及不分判義務之違反

如上述，原告自稱已履行合同及和解協議之義務，於2004年6月13日建成建築物及履行了和解協議的其他義務，建築物的入伙紙亦於2006年8月10日發出。

就原告主張之事實方面，從已證事實可見其確有按和解協議將 *livranca* 鎖匙、電器保養書及使用說明書交出，此外亦證實入伙紙已於2006年8月10日發出。根據這些事實，似乎可以認定原告已履行其承建及返還上述物件之義務。

在深入探討原告是否已完全履行承攬合同及和解協議、完成建築工程、取得石油氣設施准照及去除建築物瑕疵之義務之前，本院現先行審理原告有否違反不分判之義務。

已證事實顯示“根據『澳門新口岸.....地段建築工程承建合同』第12條之規定，未經被告同意，原告不得將所承建的工程全部轉判他人承造，如由於原告將承建工程全部轉判他人承造，因而出現質量事故或不能按期竣工收則，使被告帶來的一切損失均由原告承擔賠償”(見“調查基礎”第6及7條答案)。

然而，被告主張“原告未經被告同意下，於2003年7月24日將『澳門新口岸.....地段建築工程承建合同』中所承建的全部工程轉判給F建築策劃及工程有限公司和H建築工程有限公司”之事實則未獲證實。

此外，已證實事實亦顯示雙方之和解協議明確提及上述二家公司亦有義務將鎖匙及其他物件返還予被告(見“已確事實”E項)，這點證明被告知悉有關公司的存在，但未有在和解協議內提及不分判義務之違反問題。

另一方面，被告亦曾於2007年3月8日及4月25日多次將有關建築物之瑕疵問題通知原告及上述其中一家公司，這點亦顯示原告早已知悉有關公司的存在。

因此，即使視該二家公司為原告的次承攬人，被告在上述行為亦顯示他默示同意了原告將工程分判予該二家公司。

因此，被告以原告未經被告同意下分判建築工程予他人之主張不成立。

**

原告之履行及完成石油氣設施外的其他工程之義務

如前述，有關當局已於2006年8月10日發出涉案建築物的入伙紙。此外，已證事實中並沒有任何資料顯示建築工程未完成（就石油氣設施部份留待稍後才作分析），只提及原告曾向被告提交解決會所問題的方案。由於沒有任何資料指出原告未有按雙方協議完成石油氣設施以外的工程，加上有關當局已發出涉案建築物的入伙紙，本院認為根據這些事實應視原告已履行完成石油氣設施以外的工程。應注意本院雖有此認定但不代表視已確定建成部份無任何瑕疵，此問題將在下一部份處理。

**

原告之履行及建築物之瑕疵

除上述防禦外，被告還主張原告所完成的工程存在多處瑕疵，即使被告多番催促，原告仍沒有將之除去。

根據《民法典》第1147條1款之規定“如瑕疵可予除去，定作人或取得工作物之第三人有權要求承攬人除去瑕疵；如瑕疵不能除去，則定作人得要求重造工作物”。

雙方的『澳門新口岸.....地段建築工程承建合同』第9條則規定“本工程

保養期為一年，自工務局驗樓收則合格起計，在保養期內，如樓宇發現任何不妥之處，乙方應立即進行修補，在甲方要求修補的通知書發出七天後仍未見乙方進行維修，甲方有權委托他人進行修補，費用由乙方支付”。

已證事實顯示，被告或有關建築物的管理公司曾多次通知原告到上述建築物以便去除通知書所指的瑕疵，日期分別為2007年3月8日、2007年4月25日、2007年5月2日、2007年8月17日、2007年9月6日及2007年11月5日。

此外亦證實在上述通知書內，被告提及原告必須在服務承諾期限內去除該等瑕疵，惟限期已過但該等瑕疵仍在，如原告不在某一期限內將之去除，被告則會自行委託他人維修，有關費用將於保固金中扣除。

然而，已證事實中並未顯示有關建築物存在被告主張的瑕疵及原告未有將之去除；此外，被告指已另委他人維修的主張亦未獲證實。

按上述事實，本院無法認定原告所完成的工程是否附有瑕疵及原告是否沒有按上述規定將之去除。

基此，被告以工程具瑕疵為由而提出之爭執乃至抵銷及不履行抗辯不成立。

**

原告之履行、完成石油氣設施及取得使用准照之義務

被告亦於答辯時提出原告未有按承攬合同取得石油氣設施之准照，並以此為由提出爭執及不履行抗辯。

原告反駁指未能取得准照，原因為建於大廈內的石油氣設施與公共街道的距離不足，設施規格不符合當局的要求，故不獲批准。

已證事實部份分別證明“根據和解協議，原告需於收到第一期款項後起

計 14 天內完成『澳門新口岸.....地段建築工程承建合同』指的工程和辦妥政府收則”；“『新口岸.....地段用料說明』第 19 條規定，原告承建的工程包括液化石油氣儲存及供輸系的設置工程。”；“於 2007 年 10 月 8 日，土地工務運輸局通知被告，由於負責編制計劃之燃氣工程師的資格尚未被確認，故透過登記編號 T-4977 之石油氣系統修改計劃未具核准條件。”；“消防局及燃料安全委員會等政府部門就液化石油氣儲存及供應系統的設置工程給予許多意見，要求作出修改，包括加大石油氣儲存設施與公共街道間空間。”(見“已證事實”E 項及“調查基礎”第 5、19、及 25 條答案)。

根據上述首二項事實，可見原告確有義務在一定期限內建造石油氣設施及確保該等設施符合相關法律規定，以便取得設施的准照。

其餘二項事實則顯示引致准照未適時發出的原因。

就負責編制計劃的燃氣工程師的資格未被確認問題，根據被告所指，該工程師為原告所聘，故原告應對此負責；然而庭審後此項指控不獲證實。此外，並沒有其他事實證明上述問題是原告引致的，因此僅以此為據，認定石油氣設施未獲批准是基於原告之過錯是不正確的。

至於距離不足的問題，原告指已提出解決方案，但被告及管理公司多次拒絕合作，致令設施不獲批准，此點主張亦未獲證實；由於沒有其他事實足以顯示距離不足問題應歸究哪一方，本院不能單憑上述事實認定被告過錯地引致准照不獲發出。

綜合上述分析，可見僅以該等事實為基礎，本院是無法認定引致石油氣設施未能取得行政准照的過錯屬誰。

就雙方的具體爭議而言，第 377 頁文件顯示，土地工務運輸局僅於 2009 年 10 月 20 日才核准石油氣之系統計劃。這樣，考慮到原告需於『澳門新口

岸.....地段建築工程承建合同』 指的工程收到第一期款項後起計 14 天內完成及取得有關准照，及起訴狀提交時，即 2008 年 7 月 14 日，原告已收取了第一期款項（見起訴狀第 50 條之陳述），原告確沒有於上述期限內履行其義務。

確定了上述問題後，本院仍需探討原告是否過錯不履行（見《民法典》第 787 條之規定）。

如上述，根據已證事實，無法認定石油氣設施之准照未於雙方指定期限內發出過錯誰屬；因此，本院應依據《民法典》第 788 條 1 款之規定，推定原告為過錯不履行完成石油氣設施及取得有關准照之義務。

**

被告之不履行

上文已提及，原告以被告沒有按和解協議支付最後一期工程款而提起本訴訟。

已證事實 F 項清楚列明被告沒有向原告支付此款項。

然而，根據和解協議，原告亦需要履行一系列義務後方有權分期收取全數工程款。

上述分析已認定原告過錯地不履行完成石油氣設施及取得其准照之義務。

因此，被告是有理據拒絕履行最後一期工程款的給付義務。

**

原告之請求

基於上述之認定及分析，毫無疑問地原告要求被告支付最後一期工程款及相關利息之請求均不能成立。

此外，由於該等請求均被否決，本院在此不用再深入分析抵銷、不履行及利息權利已消滅等抗辯。

**

被告之請求

文首提到被告以上述已分析的各项事實作為理據提出多項反訴請求。

其中首二項請求是基於原告不履行承攬合同及和解協議的義務。

綜上分析，被告唯一成立的主張為原告過錯地不依期履行完成石油氣設施及取得相關准照。

由於原告確過錯地違反承攬合同及和解協議，應負上相關民事責任（見《民法典》第 787 條）。

*

此外，雙方簽署的和解協議明確規定二項罰則，一方面協議第七條規定“原告方聲明在簽署本和解協議及收到第一期款項後起計 14 天內完成『澳門新口岸……地段建築工程承建合同』所指之工程和辦妥政府收則，否則應依照同一合同第五條及十三條第三款之規定向被告作出賠償；……。”；另一方面協議第十條規定“倘若原告違反本和解協議，需將收到的第八條款項退回給被告和 L 物業代理有限公司。”。根據承建合同第五及十三條三款之規定，如原告未能依時完成工程，首十天每天罰款港幣一萬元，第十一天起每天罰款港幣二萬元（見載於卷宗第 87 至 88 背頁及 130 至 135 頁文件）。

基於此等規定，被告要求原告賠償相當於 863 天以上的延誤罰款及按和解協議將原告已收到的款項全數返還予被告。

*

根據《民法典》799 條 1 款之規定“對於不履行、瑕疵履行或遲延履行之

情況，當事人得透過協議定出可要求給予之損害賠償或可適用之制裁；前者稱為補償性違約金，後者則稱為強迫性違約金”。

分析上述規定，本院同意被告所指之定性，即有關條款乃雙方訂定的違約金。

按和解協議第七條配合承攬合同第五及十三條三款之規定，遇有逾期的情況時，被告有權按原告延誤的天數收取每天港幣一萬元或二萬元的罰款；因此，被告必須陳述及證明原告何時開始及終止延誤。

至於如何釐定延誤何時終止，就本個案而言，有二個可能性。其一為原告於某日明示或默示表明不會履行該義務 (*incumprimento definitivo*)，此時，作出表示日便為延誤終止日；其二為原告最終完成承建石油氣設施並取得准照，按此，完成及取得准照日便是延誤終止日。延誤日數便按終止日往回推算。

被告在訴辯書狀內曾指出，原告應履行上述義務之期限，即延誤開始日及石油氣設施於訴辯書狀階段仍未完成及相關准照仍未發出。

就開始延誤的日期方面，被告未能證明有關事實。

至於石油氣設施未完成及准照未獲批出之事實，載於卷宗第 377 頁文件顯示設施於 2009 年 10 月 20 日才獲核准，符合被告之主張，即設施於訴辯書狀期間仍未獲核准；但此點未能讓本院清楚認定原告是否於上述日期前已不履行 (*incumprimento definitivo*) 或其延誤狀況僅於 2009 年 10 月 20 日才終止。

欠缺上述二項事實，本院無法認定原告延誤石油氣設施工程的時間始末，故無法得出日數計算罰款，因此無法認定原告是否將工程延誤了 863 天或以上。

根據《民法典》第335條1之規定“創設權利之事實，由主張權利之人負責證明”。

鑑於被告未能證實上指事實，要求原告支付因延誤而支付之罰款之請求不成立。

*

按和解協議第十條之規定，如原告違反了和解協議，需按該規定向被告作出賠償。

上文已認定原告確有不按期履行，即違反和解協議。

有關具體的賠償金額，已證事實顯示原告共收取了港幣13,255,471.79元。然而，和解協議明確指出相關款項的一部份（港幣3,578,607.00元）乃L物業代理有限公司（簡稱“L”）代原告支付，原告無需償還該款項予“L”；此外和解協議第十條規定違反協議時原告需向被告及“L”退回已收款項。由於該款項為“L”給付的，被告當然無權要求原告退回屬於“L”的部份。

對此認定，被告不可主張清理批示已審查了原被告的正當性問題。這是因為清理批示認定原告在程序上具正當性針對被告提起本訴訟，不代表在實體法層面有權行使該部份之權利。

因此，原告僅需向被告返還被告根據和解協議向其支付的款項，即港幣9,676,864.79元（港幣13,255,471.79元 – 港幣3,578,607.00元）。

*

除上述請求外，被告還要求原告向其支付建築工程所需的一切稅項、法律費用和收則費。

綜觀上述已證事實，沒有任何涉及此權利的事實，故此項請求不能成立。

**

被告的惡意訴訟

原告認為被告在答辯時提出一些已過去且雙方無爭議的事實，旨在令訴訟變得複雜及歪曲對案件裁判屬重要的事實。原告以此為據要求本院判處被告為惡意訴訟人。

綜觀被告於本訴訟主張之事實，可見其確提出一些雙方於和解協議時已清楚了解的情節，但當時被告並無提出任何異議（見上文關於不分判的部份）。被告確出爾反爾舊事重提，並以此作出防禦，即明知其完全沒有理據，但仍提出有關防禦。

根據《民事訴訟法典》第 385 條 2 款之規定“因故意或嚴重過失而作出下列行為者，為惡意訴訟人： a) 提出無依據之主張或反對，而其不應不知該主張或反對並無依據； b) 歪曲對案件裁判屬重要之事實之真相，或隱瞞對案件裁判屬重要之事實； c) 嚴重不履行合作義務； d) 以明顯可受非議之方式採用訴訟程序或訴訟手段，以達致違法目的，或妨礙發現事實真相、阻礙法院工作，或無充分理由而拖延裁判之確定。”。

因此，根據《民事訴訟法典》第 385 條 2 款 a) 及 b) 項之規定，視被告為惡意訴訟人，並按《民事訴訟法典》第 385 條 1 款之規定向其科處罰金。

鑑於有關情節，本院認為 10UC 為恰當。

**

原告之惡意訴訟

被告以原告於起訴狀首部份提出與本案無關的事實，致使其需要就該等事實作出爭執。被告認為此舉乃可受非議的方式採用訴訟手段。此外，被告亦指原告在明知其未履行完成石油氣設施之義務的情況下，仍提起本訴訟要求被告支付最後一期工程款，是提出了無依據的主張。

就提出與本案無關的事實方面，考慮到原告主張的事實乃交代雙方關係的始末，某程度上協助本院分析本案雙方之爭議。本院看不到原告之行爲存在任何惡意，令本院無法理解本案之事實真相。

關於原告明知沒有完成石油氣設施之義務仍要求被告支付全款方面，本院認為本個案不符合惡意訴訟之情況。上文分析可見，本院認定原告未有完成石油氣設施之義務，並否決其請求是基於客觀條件：原告未有在雙方協議之期限內完成有關設施，加上雙方均未能證明原告未有完成石油氣設施是對方引致的；換言之，本院並非根據已證事實認定原告過錯地不履行，而是基於法律推定其具過錯。這意味原告主張之事實，即引致石油氣設施未如期完成是因為被告之過錯，不一定與事實不符，惟因證據不足故本院不能作此認定，跟本院確定原告為真正過錯方是有所分別的，二者不可相提並論。因此，本院不可認定原告是明知欠缺理據仍提出有關主張。

IV- 裁 決 (Decisão):

據上論結，本法庭裁定訴訟理由不成立及反訴理由部分成立，裁決如下：

1. 駁回原告 **A 發展有限公司** 之請求，開釋被告 **B**；
2. 判處原告向被告返還金額合共港幣 9,676,864.79 元；
3. 駁回被告之其他反訴請求，開釋原告；
4. 根據《民事訴訟法典》第 385 條 1 及 2 款 a) 及 b) 項之規定，判處被告繳付 10UC 罰款。

訴訟費用由原告及被告按勝負比例分擔。

依法作出通知及登錄本判決。

*

Em face de todo o que fica exposto e justificado, o Tribunal julga improcedente a acção e parcialmente procedente a reconvenção e, em consequência, decide:

- 1. Absolver o Réu, **B**, dos pedidos formulados pela Autora, **Companhia de Desenvolvimento A, Lda.**;*
- 2. Condenar a Autora a restituir ao Réu a quantia de HKD\$9.676.864,79;*
- 3. Absolver a Autora dos restantes pedidos reconventionais formulados pelo Réu;*
- 4. Ao abrigo do disposto no artigo 385º, n.ºs 1 e 2, a) e b) do CPC, condenar o Réu na multa de 10UCs.*

Custas pelas Autora e Réu na proporção dos respectivos decaimentos.

Registe e Notifique.

....”

*

一、原告之上訴

第一部份：關於被判處返還被告合共港幣 9,676,864.79 元方面：

問題一：原告和被告所簽定的和解協議是否包括大廈中央石油氣設施的使用准照須於收取第一期款項後的 14 日內發出？

有關協議內容如下：

“...經過原告方和第一被告方友好協商後，現就上述訴訟卷宗之爭議達成下列協議：

1. 雙方按《澳門新口岸.....地段建築工程承建合同》第三條之規定調整同一合同涉及之工程總間，並將之定為 HKD54,921,393.00 元正。
2. 由於第一被告方已經累計向原告方支付了 HKD42,319,528.21 元的工程費

用，故承諾再向原告方支付 HKD12,601,864.79 元。

3. L 物業代理有限公司同意代第一被告方向原告方支付 HKD3,578,607.00 元正，作為上述建築工程總造價之額外補貼，而第一被告方無需償還此款。
4. 在簽署本和解協議和收到第一批款項起計 10 天內，原告方需簽署一份撤回訴訟文書，根據澳門民事訴訟第 237 條之規定，向澳門初級法院撤回卷宗編號:CV3-06-0003-CAO 之訴訟；而第一被告方亦需簽署一份撤回訴訟文書，向澳門初級法院撤回卷宗編號: CV3-06-0003-CAO 之反訴。
5. 原告方同意在簽署本和解協議和收到本和解協議第 8 條 A 項所指第一次之款項時，退回《澳門新口岸.....地段建築工程補充合同》第五條所指的 LIVRANCA(政府借據)給第一被告方 B 先生。
6. 原告方與 F 建築策劃及工程有限公司及 H 建築工程有限公司同意，在簽署本和解協議時和收到第一批款項的同時，將澳門新口岸.....地段建築物內所有單位之鎖匙及電器保養書及使用說明書，及其占有權無條件移交給第一被告方發展商業權人 B 先生。
7. 原告方聲明在簽署本和解協議及收到第一期款項後起計 14 天內完成《澳門新口岸.....地段建築工程承建合同》所指之工程和辦妥政府收則，否則應依照同一合同第五條和十三條第三款之規定向第一被告方 B 作出賠償；此外，聲明在收則後 90 天內完成《澳門新口岸.....地段用料說明》第五條所指之會所設施，否則賠償如前述。
8. 上述工程款之支付方法如下：
 - A. 第一期款港幣壹仟零叁拾叁萬零肆佰柒拾壹元柒角玖分 (HK\$10,330,471.79)，分別開出三張支票一張(HK\$5,330,471.79)編號

HA81XXXX 之匯業銀行支票; 一張(HK\$1,421,393.00)編號 HA81XXXX 之匯業銀行支票和一張(HK\$3,578,607.00)編號 HC74XXXX 之中國銀行支票則存放在趙德和大律師樓，並委托趙德和大律師在澳門新口岸.....地段建築工程收則後 2 日將兩張支票交給原告方。

- B. 第二期款 港幣貳佰玖拾貳萬伍仟元正(HK\$2,925,000.00)在取得入伙紙後 30 天內支付。
 - C. 第三期款 港幣貳佰玖拾貳萬伍仟元正(HK\$2,925,000.00)作為工程保固金，在入伙紙發出一年後支付。
9. 在本和解協議於簽署日生效，一式五份，簽署人各執一份，第五份則留在雷正義律師樓，此外，原告方和第一被告方聲明繼續履行《澳門新口岸.....地段建築工程承建合同》、《澳門新口岸.....地段建築工程承建補充合同》和《澳門新口岸.....地段用料說明》。
10. 倘若原告方違反本和解協議，需將收到的第 8 條款項退回第一被告方和 L 物業代理有限公司。....”

原審法院認定原告“確有義務在一定期限內建造石油氣設施及確保該等設施符合相關法律規定，以便取得設施的准照”，故判處其違反有關協議。

在尊重不同的見解下，我們對此並不認同。

問題的核心在於如何解釋“收則”一詞，它是否等同於發出使用准照？

答案顯然是否定的。倘是同義詞，那原告和被告就不需另再訂立第二期的付款是在發出入伙紙(大廈使用准照，licença de utilização)後 30 日內作出。

《民法典》第 228 條的規定如下：

- 一、 法律行為意思表示之含義，以一般受意人處於真正受意人位置時，能從表意人之有關行為推知之含義為準，但該含義未能為表意人所預料係屬合理者除外。
- 二、 如受意人明知表意人之真正意思，則表意人所作之意思表示應以該真正意思為準。

從邏輯上來說，原告和被告不可能在簽定有關和解協議時同時賦予“收則”一詞兩種不同的含義：在中央石油氣設施方面則是廣義的概念，當中包括檢驗和准照的發出；而在樓宇使用方面則是狹義的，單純指檢驗，不包括有關使用准照的發出。

另一方面，按照現行的檢驗程序，在時間上是不可能在 14 日內完成整個檢驗和發出使用准照的行政程序。

首先，具權限當局需派員去作檢驗，其後需編製檢驗報告呈上級批准，批准後方可發出有關使用准照。

原告作為建築界業者，必然清楚有關程序和所需時間。在此前提下，如何會簽定一份確保 14 日內完成檢驗且發出使用准照，否則每延遲 1 天罰款一萬，10 天以上每天罰款二萬及需返還已收取款項的協議？

再者，被告在本訴訟答辯前從沒有要求原告就中央石油氣設施使用准照的遲延發出按和解協議的有關規定作出賠償和返還已收取的款項。相反，在樓宇使用准照發出後和中央石油氣設施使用准照沒有發出的情況下，仍按和解協議規定支付了第二期的款項。即使原告向其發出律師信追討第三期款項時，被告透過其委任的代表(K 工程顧問

有限公司，有關建築工程之監理及顧問公司)回覆中也沒有提及有關延誤導致的賠償和返還已收款項的問題，只是表示待“完成燃氣系統並獲有關權限實體批核使用後，及平台層排水系統問題修正後，最後一期的保固金工程款才可按業主及承建商的合約支付”(詳見卷宗第 174 及 175 頁)。

以上種種，足以引證我們認定在和解協議中所使用的“收則”一詞並不包括使用准照發出的觀點，應理解為原告承諾在收取第一期款項後 14 日內辦妥一切與收則有關的手續，否則每天遲延罰款一萬元，10 天以上則每天二萬元及需返還已收取之款項。

由於原告並不負有保證中央石油氣設施的使用准照在收取第一期款項後 14 日內發出的義務，故應廢止原審法院判處其因違反該義務而需返還被告合共港幣 9,676,864.79 元的決定。

*

第二部份：關於請求判處被告支付第三期款項(HK\$2,925,000.00 元)及遲延利息方面：

按照雙方協議，第三期款項應作為工程保固金，在入伙紙發出一年後支付。

根據已審理查明之事實，原告並沒有履行在保固期內的維修工程。在此前提下，依照《民法典》第 422 條的規定，被告在有關維修工程完成前，得拒絕支付有關款項。

然而，時至今日，從被告的答辯中及已證事實中可知該等維修工程已另找他人完成，只是未計算出相關的費用。

另一方面，中央石油氣設施的使用准照亦已發出。

在此情況下，本院認為被告不可再留置有關款項，應從扣除相關的維修費用後支付給原告。

關於遲延利息方面，由於原告不履行其義務在先，導致有關維修工程需另找他人進行，而相關費用仍未計算出，故應按照《民法典》第 794 條第 4 款的規定處理，即在結算後才開始計算遲延利息。

*

二、 被告之上訴

一、 違約金的反訴請求：

1. 使用准照遲延發出方面：

在此我們援引上述關於認定原告不負有保證中央石油氣設施的使用准照於 14 日發出的理據來否定被告在其上訴中所持的立場和觀點。

2. 中央石油氣設施工程未能按和解協議規定完成方面：

如上所述，按照雙方協議，原告需在收取第一期款項後 14 日內辦妥一切“收則”的手續。雖然不包括使用准照的發出，但“收則”先決條件就是所有工程必須已完成，因此，原告有義務保證在有關期間內完成所有中央石油氣設施的工程。

根據卷宗資料顯示，土地工務運輸局於 2006 年 08 月 31 日透過公函通知被告將於 2006 年 09 月 06 日下午三時進行石油氣房檢查(見卷宗第 163 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

從上可見，有關中央石油氣設施肯定在 2006 年 08 月 31 日前已完成。

雖然不知道具體的完工日期，但從被告在本訴訟答辯前從沒有要求原告就中央石油氣設施使用准照的遲延發出按和解協議的有關規

定作出賠償和返還已收取的款項。相反，在樓宇使用准照發出後和中央石油氣設施使用准照沒有發出的情況下，仍按和解協議規定支付了第二期的款項；即使原告向其發出律師信追討第三期款項時，被告透過其委任的代表(K 工程顧問有限公司，有關建築工程之監理及顧問公司)回覆中也沒有提及有關延誤導致的賠償和返還已收款項的問題，只是表示待“完成燃氣系統並獲有關權限實體批核使用後，及平台層排水系統問題修正後，最後一期的保固金工程款才可按業主及承建商的合約支付等事實，可以得出原告並沒有在這方面延誤的結論，從而認定不存在其違反和解協議的事實。

基於此，被告在這部份的上訴並不成立，應以不同的理據維持原審法院在這方面開釋原告的決定。

*

二、 關於篩選事實事宜方面：

在作出清理批示後，被告就篩選事實提出異議，認為應在事實調查疑問表中增加以下事實：

“原告沒有支付《澳門新口岸.....地段建築工程承建合同》第4條規定支付澳門新口岸.....地段的建築工程所需的一切稅項、法律費用和收則費用？”

理由在於該事實對於其提出的反訴是否成立具有重要意義，因其於答辯狀中要求原告支付因沒有履行《澳門新口岸.....地段建築工程承建合同》第4條規定支付澳門新口岸.....地段的建築工程所需的一切稅項、法律費用和收則費用。

原審法院否決了有關聲請，理由如下：

“*Quanto ao facto que a R. pretende aditar embora alegue que o mesmo consta do*

contrato não foi invocado na contestação, pelo que nesse parte vai indeferida a reclamação”.

經分析被告的答辯狀，發現其提出了如下事實：

“第一百零一條

此外，原告和被告於《庭外和解協議》第9條中聲明繼續履行《澳門新口岸.....地段建築工程承建合同》、《澳門新口岸.....地段建築工程承建補充合同》和《澳門新口岸.....地段用料說明》。

第一百零二條

《澳門新口岸.....地段建築工程承建合同》第四條規定，新口岸.....地段的建築工程所需的一切稅項及法律費用和收則費用概由原告負責。

第一百零三條

上條提到的稅項、法律費用和收則費用合共 MOP\$391,475.00(澳門幣叁拾玖萬壹仟肆佰柒拾伍元)實際是由被告支付了。(見附件十三至十九，在此視為完全轉錄)

第一百零四條

這樣，原告對被告負有支付以上兩條提到的稅項、法律費用和收則費用的債務。”

最後，提出了判處原告支付/抵銷該等費用的反訴請求。

原告對有關事實並沒有作出反駁。

在此情況下，雖然被告請求增加待調查事實的聲請不正確(理應請求列為已證事實)，且有關事實陳述方式與反訴中的陳述方式明顯不同，但此並不阻礙原審法官根據《民事訴訟法典》第5條及第430條第1款的規定，作出相應處理，否則將無法審理被告該反訴請求是否

成立。

綜上所述，考慮到有關事實的重要性和原告沒有作出反駁的情況下，我們認為應該在已證事實中增加以下事實：

“K)

被告支付了新口岸.....地段的建築工程所需的一切稅項及法律費用和收則費用共澳門幣 391,475.00 元。”

由於上述事實的增加，我們需根據《民事訴訟法典》第 630 條的規定，在此審理被告這方面的反訴請求。

按照雙方所簽定的協議(《澳門新口岸.....地段建築工程承建合同》第 4 條的規定)，澳門新口岸.....地段的建築工程所需的一切稅項、法律費用和收則費用由原告負責支付，因此，其需返還給被告該款項。

申言之，被告在這方面的反訴是成立的，可在支付給原告的第三期工程款項港幣 2,925,000.00 元中扣除/抵銷。

*

四. 決定

綜上所述，判決如下：

1. 判處原告和被告的上訴部份成立，廢止原審法院與上述認定不符的決定。
2. 在已證事實中增加以下事實：

“K)

被告支付了新口岸.....地段的建築工程所需的一切稅項及法律費用和收則費用共澳門幣 391,475.00 元。”

3. 判處被告向原告支付第三期工程款項共港幣 2,925,000.00 元，

當中需扣除澳門幣 391,475.00 元和待清算的維修工程費用，具體金額在執行裁判時再結算。

4. 遲延利息按照《民法典》第 794 條第 4 款的規定和終審法院於 2011 年 03 月 02 日在卷宗編號第 69/2010 作出的統一司法見解計算。

*

訴訟費用由雙方按勝負比例承擔。

*

作出適當通知。

*

2012 年 09 月 27 日

(裁判書製作人)

何偉寧

(第一助審法官)

簡德道

(第二助審法官)

賴健雄