Sygn. akt I ACa 474/12

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 czerwca 2013r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	***SSA Małgorzata Dzięciołowska***
Sędziowie:	***SA Anna Beniak (spr.)*** ***SO del. Krystyna Golinowska***
Protokolant:	st. sekr. sądowy Jacek Raciborski

po rozpoznaniu w dniu 5 czerwca 2013r. w Łodzi

na rozprawie

sprawy z powództwa ***A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma (...)***

przeciwko ***Gminie P.***

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim

z dnia 30 stycznia 2012r. sygn. akt I C 1317/08

I. zmienia zaskarżony wyrok na następujący:

"1. zasądza od Gminy P. na rzecz powoda kwotę 152.965,28 zł z ustawowymi odsetkami płatnymi następująco:

a) od kwoty 100.781,76 zł od dnia 29 maja 2008 r. do dnia zapłaty,

b) od kwoty 52.183,52 zł od dnia 28 sierpnia 2010 r. do dnia zapłaty;

2. oddala powództwo w pozostałej części;

3. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 11.250 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1.214 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego;

V. nakazuje pobranie na rzecz Skarbu Państwa Sądu Apelacyjnego w Łodzi tytułem zwrotu wydatków poczynionych w postępowaniu apelacyjnym następujących kwot:

a) 228,50 zł od A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma (...)

b) 485,50 zł od Gminy P..

I ACa 474/12

UZASADNIENIE

W niniejszej sprawie powód A. K. dochodził od Gminy P. roszczeń odszkodowawczych nie pokrytych przez ubezpieczyciela z racji zalania prowadzonej przez niego hurtowni sprzętu RTV i AGD wskutek działań pracowników Zakładu Usług (...), będącego jednostką budżetową Gminy. W uzasadnieniu podał, że do szkody doszło wskutek płukania studni głębiowej znajdującej się na sąsiedniej nieruchomości i wypompowywania z niej dużych ilości wody do stawu na działce powoda. Z uwagi na przelanie stawu woda wpłynęła rowem melioracyjnym do hurtowni zalewając jej dolny poziom i przechowywane w niej sprzęty. Powód domagał się ostatecznie zasądzenia kwoty 247.600,68 zł.

Pozwana Gmina P. kwestionowała zasadę odpowiedzialności podnosząc, że wszelkie prace przy oczyszczaniu studni zostały zakończone 28 września 2007 roku, a zatem nie mogły doprowadzić do zalania hurtowni, które zostało stwierdzone w dniu 1 października 2007 roku.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim: 2

1. zasądził od pozwanej Gminy P. na rzecz powoda A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma (...)kwotę 224.515,68 złotych z ustawowymi odsetkami:

od kwoty 100.781,76 zł od dnia 29 maja 2008 roku do dnia zapłaty,

od kwoty 94.125,40 zł od dnia 28 sierpnia 2010 roku do dnia zapłaty,

od kwoty 29.608,52 zł od dnia 08 grudnia 2011roku do dnia zapłaty;

2. oddalił powództwo w pozostałej części;

3. zasądził od pozwanej Gminy P. na rzecz powoda A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma (...)kwotę 21.032 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, na podstawie opinii biegłych J. J. i L. S., że hurtownia została zalana wskutek pompowania wody przez pracowników (...) do stawu powoda i doprowadzenia do jego przelania i wpłynięcia wody do hurtowni. Sąd dokonał następującego rozliczenia szkody doznanej przez powoda:

1) 386.752,82 złotych jako wartość zalanych towarów według cen zakupu, potwierdzonych inwentaryzacją;

2) 315.202,42 zł odszkodowanie przekazane przez (...) S.A.;

3) 71.550,40 zł wartość zalanych towarów nie pokrytych odszkodowaniem,

4) 24.260,10 złotych poniesione koszty związane z usuwaniem szkody na co składają się:

a) 13,356,00 zł netto - z tytułu prac osuszających pomieszczenia;

b) 9.836,04 zł. Netto wynajem pomieszczeń zastępczych;

c) 768,06 zł netto z tytułu zwiększonego zużycia energii elektrycznej przy osuszaniu zalanych pomieszczeń:

d) 300 zł netto z tytułu utylizacji zalanego sprzętu

W konsekwencji Sąd Okręgowy stwierdził że :

1) nie zrekompensowana wartość szkody wyniosła 95.810,50 zł (pkt 3 + pkt4)

2) utracony zysk (nie zrealizowana marża handlowa) wyniósł 128.705,18 zł.

3) ostateczna wartość szkody to kwota 224.515,68 złotych.

Powyższy wyrok został zaskarżony przez stronę pozwaną:

W złożonej apelacji Gmina P. zakwestionowała orzeczenie w zakresie uwzględniającym powództwo zarzucając:

1) naruszenie art. 217 k.p.c. w związku z art. 227 k.p.c. poprzez odmowę przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu hydrogeologii i dowodu z opinii biegłego geodety oraz dowodu z przesłuchania świadków B. W., E. Z. i M. Z. (1) na fakty mające istotne znaczenie dla sprawy,

2) naruszenie zasady bezpośredniości, to jest art. 235 k.p.c. oraz art. 233 § l k.p.c., i art. 236 k.p.c. poprzez oparcie wyroku o akta postępowania prokuratorskiego Ds. 2977/07 przy jednoczesnym braku postanowienia o dopuszczeniu dowodu z tych akt,

3) naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez bezkrytyczne przyjęcie tez postawionych przez biegłego J. J. (2) w jego opinii oraz jednostronnej i nieobiektywnej ocenie zeznań świadków,

4) naruszenie art. 233 k.p.c. art. 236 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez nierozpoznanie zgłoszonych wniosków dowodowych o przeprowadzenie dowodów z dokumentu mapy geodezyjnej oraz pozwu w sprawie zawisłej przed Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim w sprawie INc 55/09,

5) naruszenie art. 828 § l k.c. poprzez zasądzenie na rzecz powoda kwot wypłaconych przez Towarzystwo (...) S.A.,

6) naruszenie art. 361 § l k.c. poprzez przyjęcie, że pomiędzy działaniem Zakładu (...)w P., a zalaniem występuje adekwatny związek przyczynowy,

7) naruszenie art. 363 § l k.c. poprzez wadliwe określenie wysokości przyznanego odszkodowania,

8) naruszenie art. 100 k.p.c. z uwagi na błędne rozliczenie kosztów procesu na zasadzie stosunkowego ich rozliczenia, poprzez pominięcie w rozliczeniu kosztów należnych stronie pozwanej.

W związku z powyższym strona pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego za drugą instancję, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W ocenie Sądu Apelacyjnego złożona przez pozwanego apelacja zawierała uzasadnione zarzuty w zakresie naruszenia prawa procesowego oraz trafnie podnosiła niewykazanie przez powoda wysokości szkody przynajmniej w niektórych jej segmentach. Sąd Apelacyjny zdecydował, że dokona we własnym zakresie uzupełnienia postępowania dowodowego celem usunięcia wskazanych przez pozwaną Gminę P. nieprawidłowości przeprowadzonego postępowania.

Te nieprawidłowości polegały na nieuprawnionym pominięciu dowodu z zeznań zgłoszonych B. W. oraz E. i M. Z. (1), świadka W. Ś. zgłoszonych na potwierdzenie twierdzeń strony pozwanej. Takie pomijanie zgłoszonych przez stronę

dowodów tylko dlatego, że zgromadzony wcześniej materiał dowodowy wskazuje na inny stan rzeczy niż wynikający z tezy dowodowej nie jest dopuszczalne. Pozwany uzasadniając ten zarzut powoływał się na ugruntowane orzecznictwo Sądu Najwyższego, które Sąd Apelacyjny w pełni podziela i akceptuje.

Nie można też nie podzielić zarzutu naruszenia zasady bezpośredniości przez oparcie się na dowodach zawartych w aktach postępowania karnego w sytuacji wydania postanowienia o dopuszczeniu dowodu z tych akt na ostatniej rozprawie, tuż przed głosami stron. Skutkowało to faktycznym uniemożliwieniem stronie pozwanej, która nie brała udziału w postępowaniu karnym, ustosunkowania się do zgromadzonego tam materiału dowodowego i de facto prowadziło do pozbawienia stron możliwości działania i zarzucanego w apelacji naruszenia zasady bezpośredniości.

Zasadny był też zarzut wadliwego określenia wysokości szkody. Pozwany podnosił w apelacji fakt nieuwzględnienia przychodów powoda uzyskanych ze sprzedaży zalanego sprzętu, co zostało udowodnione zeznaniami świadków tj osób nabywających po obniżonych cenach towary pochodzące z zalania.

Zbadania wymagał też zarzut pozwanego, że szkoda obejmująca wydatki na wynajem nowego magazynu i osuszenie zalanej powierzchni została naprawiona przez ubezpieczyciela, który w odrębnym procesie dochodzi do Gminy zwrotu kwot wypłaconych powodowi z tego tytułu .

Te względy spowodowały konieczność uzupełnienia materiału dowodowego, o zeznania świadków zgłoszonych przez stronę pozwaną na okoliczność tego, że (...) nie prowadził prac w dniach 29 -30 września 2007 roku oraz o powoływane przez Sąd Okręgowy dowody przeprowadzone w postępowaniu karnym w tym z opinii biegłego L. S. (2) i świadka P.. Z kolei podniesione przez apelującego zarzuty dotyczące opinii biegłego J. i fakt odwołania się przez niego do opinii L. S. (2) wywołały konieczność uzupełnienia opinii również przez tego biegłego.

Zarzut wadliwości ustalenia odszkodowania wymagał uzupełnienia postępowania również w tym zakresie. Sąd Apelacyjny zdecydował, że uczyni to w prowadzonym postępowaniu apelacyjnym i dopuścił pominięte dowody z zeznań świadków i z akt karnych oraz zobowiązał powoda do złożenia wykazu sprzętów sprzedanych po zalaniu po obniżonych cenach. Strona pozwana odniosła się do złożonych zestawień, a obie strony miały możliwość zgłoszenia ewentualnych wniosków dowodowych.

Na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego

przed Sądem Okręgowym oraz w postępowaniu apelacyjnym

Sąd Apelacyjny ustalił następujący stan faktyczny:

Powód prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą - Firma (...). W dniu l lipca 2003 roku powód zawarł z Agencją (...)reprezentowaną przez R. D. (1) umowę najmu zabudowanej nieruchomości o powierzchni około 40 arów położonej w P. przy ulicy (...). Na nieruchomości tej usytuowany jest magazyn dwukondygnacyjny. Umowa najmu została zawarta na czas nie oznaczony, a po jej zakończeniu najemca miał oddać wynajmującemu przedmiot najmu w stanie nie pogorszonym poza normalne zużycie lokalu (umowa najmu k- 529-530).

W wynajętym magazynie powód prowadził hurtownię sprzętu RTV i AGD pod nazwą Firma (...). Powód mieszka w R. w odległości kilkunastu kilometrów od miejsca prowadzenia działalności gospodarczej (bezsporne).

W dniu 29 września 2007roku, w sobotę, powód zakończył pracę w hurtowni około godziny piętnastej i pojechał do domu do R.. A. K. przyjechał do P. w poniedziałek w dniu l października 2007 roku około godziny ósmej. Pracownicy poinformowali go, że dolna kondygnacja magazynu została zalana. Powód podejrzewał, że woda, która zalała magazyn pochodziła ze studni Zakładu (...)w P.. Niezwłocznie zawiadomił o tym fakcie Komendę Powiatową Policji w R.. Funkcjonariusze przybyli na nieruchomość i od godziny $9^{(50)}$ dokonywali oględzin zalanego terenu. Sporządzili dokumentację fotograficzną zalanego sprzętu, budynku magazynu, działki zajmowanej przez powoda oraz przyległego

terenu pozostającego we władaniu Zakładu (...) stanowiącego jednostkę budżetową Gminy P. (bezsporne - akta Ds. 2977/07zawiadomienie k-1-3, protokoły z oględzin7-9 i 13-14 fotografie k-39-47).

Teren zajmowany przez Zakład (...)oraz nieruchomość dzierżawiona przez powoda graniczą ze sobą. Zarówno Zakład (...)w P. jak i Firma (...) przylegają do ogrodzenia zamkniętej strefy ochrony bezpośredniej ujęcia wody. Zostało ono odkupione przez Gminę P. od (...)Spółdzielni (...)w październiku 1999 roku (bezsporne).

Odległość obudowy studni głębinowej od otwartego zbiornika przeciwpożarowego, który znajduje się terenie Zakładu Usług (...) wynosi około 50 metrów, a do stawu znajdującego się na terenie dzierżawionym przez powoda odległość ta wynosi około 30 metrów. Studnię wykonano w 1965 roku. Przez dłuższy czas nie była użytkowana, ale w związku z planowanym jej włączeniem w komunalną sieć wodociągową w sierpniu 2006 roku wykonano "Operat wodnoprawny na pobór wód podziemnych na terenie komunalnego ujęcia wody w miejscowości P." (opinia biegłego J. J. (2) k-85-86, operat wodnoprawny i kserokopie dokumentacji dotyczącej budowy studni koperta k- 722).

W oparciu o ten operat Starosta Powiatu (...) decyzją z dnia 29 września 2006 roku udzielił Gminie P. pozwolenia wodnoprawnego na pobór wody ze studni w ilości maksymalnie 41,9 m^3 na godzinę, średnio 668 m^3 na dobę. Włączenie studni głębinowej do systemu wodociągowego wymagało wykonania szeregu prac modernizacyjnych, w tym również na samym ujęciu wody (decyzja - pozwolenie wodnoprawne k-93) .

W kwietniu 2007 roku na zlecenie strony pozwanej sporządzono „Projekt budowlany przebudowy instalacji technologicznej stacji wodociągowej przy ulicy (...) wraz z przebudową zewnętrznych sieci wodociągowych". Projekt zakładał m.in. wymianę pompy w studni, modernizację stacji wodociągowej, w tym zastosowanie chloratora oraz wykonanie przełączeń na zewnętrznej sieci wodociągowej dawnego terenu GS (projekt budowlany koperta k- 722) .

Zadanie „Modernizacja Komunalnego ujęcia wody (...)" realizował Zakład (...)w P.. W zakres robót wchodziła także modernizacja urządzeń sterujących pracą pompy. W modernizacji ujęcia uczestniczyło również Przedsiębiorstwo (...) z C., montujące automatykę sterowania. W ramach prowadzonej modernizacji ujęcia wody, między innymi wymieniano pompę i powstała konieczność sprawdzenia wydajności studni, jak również zbadania jakości wody. Przeprowadzenie próbnych pompowań z okresu wykonania robót modernizacyjnych ujęcia winno być dokumentowane przez sporządzanie protokołów. Żadne dokumenty z okresu prowadzenia prac nie zostały okazane biegłemu J., mimo że wnioskował o ich wydanie (opinia biegłego z zakresu inżynierii sanitarnej, budownictwa wodno – melioracyjnego i zagadnień ochrony środowiska J. J.k-86-88 i opinia ustna uzupełniająca z 25 października 2012 r. nagranie - 1:05:12 minuta).

Pracownicy (...) sporządzili dwa protokoły z prób ciśnieniowych przeprowadzonych 21 i 28 września 2007r. oraz z prób szczelności z 25 i 26 września 2007 roku. W dniu 28 września 2007r. spisano notatkę z zakończenia prac związanych z chlorowaniem ujęcia (protokoły złożone w postępowaniu apelacyjnym k- 832-836).

Z fachowego punktu widzenia nie jest możliwe uruchomienie ujęcia wody bez sprawdzenia jego wydajności i zmian poziomów wody w zależności od tej wydajności. Zasady postępowania w wypadku dokumentowania wydajności i jakości wody studni głębinowej, nowo wykonanej, nakazują przeprowadzenie próbnych pompowań dwuetapowo. Etap pierwszy - pompowanie oczyszczające. Etap drugi - pompowanie pomiarowe. Przyjmuje się, że czas pompowania oczyszczającego (po robotach wiertniczych) wynosi 24-30 godzin.

Po zakończeniu pompowania oczyszczającego rozpoczyna się pompowanie pomiarowe, które winno być poprzedzone dezynfekcją otworu. Wlewa się do wnętrza studni środek odkażający i pozostawia w studni na okres 24 godzin. Po tym czasie przeprowadza się właściwe pompowanie pomiarowe, które ma na celu sprawdzenie warunków pracy studni w żądanym zakresie eksploatacyjnym.

W praktyce nie istnieje możliwość ustalenia eksploatacyjnej wydajności studni bez pompowań trwających 36-72 godzin, skutkujących wypompowaniem ze studni od 1.296 m^3 wody do 2.592 m^3 wody. Taki jest sposób postępowania przy ustaleniu wydajności eksploatacyjnej studni nowej. Sprawdzenie wydajności studni nie eksploatowanej, jaką była

sporna studnia należąca do strony pozwanej, polega na przeprowadzeniu takich samych próbnych pompowań, za wyjątkiem ograniczonego znaczenia pompowania oczyszczającego (opinia biegłego J. J. (2) k-86-88).

Opisany sposób postępowania wynika z powszechnie obowiązujących zasad. Zaniechanie eksploatowania studni przez dłuższy czas zawsze wymaga przeprowadzenia pełnego postępowania sprawdzająco – kontrolnego. W tym wypadku uruchamiano studnię po przeprowadzeniu gruntownej modernizacji mechanicznej całego ujęcia, a więc chlorowni, obudowy studni oraz wymiany pompy i całego systemu podawania wody, która poprzednio była podawana pompą o stałej wydajności do hydroforów, które sterowały jej pracą, a nowa pompa pompę sterowana jest tak zwanymi falownikami, a zatem pompa pracuje pod zapotrzebowanie wody jakie w danym momencie występuje w sieci. Przeprowadzenie takiej modernizacji wymagało sprawdzenia działania systemu, jego sprawności i prawidłowości działania, a to można było zrobić przez pompowanie wody. Stwierdzany od wielu lat spadek poziomu wód gruntowych skutkuje potrzebą pompowania wody dla ustalenia aktualnej wydajności studni.

Konieczne też było zdezynfekowanie całego ujęcia podchlorynem sodu i pozostawienie go na 24 godziny, a następnie wypompowanie zachlorowanej wody ze sprawdzeniem efektów tego chlorowania. Można to zrobić tylko w ten w ten sposób, że przy różnych wydajnościach ujęcia patrzeć co się dzieje z dawką chloru, która wprowadzana jest do tej wody. W konsekwencji nie ma takiej możliwości aby uruchomić studnię i wprowadzić z niej wodę do systemu wodociągowego bez całkowitej pewności co do jej dobrej jakości. Groziłoby to skażeniem sieci wodociągowych i narażało całe miasto. Nikt by takiej decyzji nie podjął, a zatem podane wyżej wielogodzinne pompowania było absolutną koniecznością (ustna opinia uzupełniająca płyta k- 737 1:11:40 -1:21:00 minuta)

Obowiązek wykonania takich pompowań wynikał także z treści decyzji Starosty Powiatu (...) z dnia 29 września 2006r. (...). W tym obowiązującym do 31 sierpnia 2026 roku pozwoleniu wodnoprawnym zobowiązano stronę pozwaną m.in. do ...„Prowadzenia pomiarów statycznego lustra wody - podczas remontu lub wymiany pompy, oraz dynamicznego raz w roku wraz z pomiarem kontrolnym wydajności studni i notowania tych danych w książce eksploatacji studni" (decyzja k-93) .

Po stwierdzeniu zalania hurtowni rozważana był również możliwość, ewentualnego niekontrolowanego wypływu wody z hydrantu znajdującego przy granicy działki np. wskutek jego uszkodzenia. Okazało się to niemożliwe ponieważ ten hydrant od dawna był nieczynny, a sieć do której był przyłączony już w latach poprzednich była przeznaczona do rozbiórki. Prace te były objęte projektem budowlanym przebudowy instalacji wodociągowej przy ul. (...) i musiały być wykonane przed przystąpieniem do modernizacji ujęcia, które jak wynika z projektu było ostatnim etapem przebudowy. (opinia ustna uzupełniająca z 25 października 2012 r. nagranie - 1:06 do 1:11 minuta i złożony projekt budowlany k- 722 i zawarta w nim na ostatniej stronie mapa z zaznaczeniem elementów dobudowanych i likwidowanych).

Poza tym gdyby do zalania hurtowni doszło wskutek uszkodzenia hydrantu znajdującego przy granicy działki, to skutkowałoby koniecznością robót remontowych, polegających na zdemontowaniu urządzeń, ich naprawie i ponownym włączeniu do eksploatacji. Na całej długości zbiornika oraz hydrantu nie było śladów wykonywania takich czynności.

Ten hydrant był hydrantem przeciwpożarowym, ale z racji urządzenia w odległości 50 m zbiornika przeciwpożarowego przestał być potrzeby dla celów takiej ochrony. Kilka miesięcy po zalaniu powód zauważył uszkodzenia górnej części hydrantu służącej do odkręcania i ślady butów na gruncie. Zawiadomił o tym policję, która w ramach prowadzonego jeszcze postępowania karnego zajęła się ta kwestią. Zostało potwierdzone, że hydrant od dawna jest nieczynny. W 2006 roku dyrektor (...) wydał zaświadczenie stwierdzające ten fakt. (opinia biegłego L. S. (2) k-27 dopuszczona jako dowód z dokumentu, pismo dyrektora (...) k- 60 akt Ds. 2977/07 opinia ustna uzupełniająca z 25 października 2012 r 1: 24 do1:36, opinia ustna uzupełniająca z 25 października 2012 r 1:05 do1:20 minuta).

Do zalania hurtowni doszło między 29 (sobota) a 30 września (niedziela) 2007 roku na skutek koniecznego wielogodzinnego odpompowywania wody ze studni głębinowej, znajdującej się na terenie (...), którego dokonywano

bez należytego nadzoru (ustna opinia biegłego J. J. (2) k-259 – 260 opinia ustna uzupełniająca z 25 października 2012 r 1: 24 do 1:36).

Potwierdza to istnienie wyrwy w skarpie stwierdzonej podczas oględzin policji z 1 października 2007 roku na nieruchomości przy ulicy (...) w P., dzierżawionej przez powoda, znajdującej się przy granicy z działką (...). Ujęcie wody znajduje się na wyższym poziomie niż działka powoda i woda spływała wężami skierowanymi do stawu, pozostawiając w skarpie wyrwę.

Staw powoda o pojemności retencyjnej około 299 -383 m^3, częściowo zapełniony, nie mógł pomieścić dużych ilości pompowanej wody. Kiedy woda w stawie osiągnęła poziom wlotu do rowu melioracyjnego odprowadzającego wody opadowe z terenu przyległego, wtedy woda ze stawu przelała się tym rowem do hurtowni, a wraz z nią ryby ze stawu przepłynęły do hurtowni . Brak nadzoru przy pompowaniu wody do stawu doprowadził do zalania dolnej kondygnacji magazynu do wysokości około 60- 70 cm na powierzchni 600 m. kw. Zapełnienie stawu, jego przelanie i zalanie 600 metrowej dolnej powierzchni hurtowni do poziomu 60 cm oznaczało, że przelaniu uległo około 360 m^3 wody. Te poziomy wody przelanej ze stawu do hurtowni wskazują na ciągłe pompowanie co najmniej przez 24 godziny.

W normalnych warunkach studnie chłonne urządzone na terenie hurtowni i odbiór wód opadowych następujący poprzez kraty ściekowe w zabezpieczają hurtownię przed zalaniem. Z kolei wykonany rów melioracyjny odprowadza wodę z części pozostałej działki do stawu i stanowi dodatkowe zabezpieczenie przed zalewaniem tego obniżonego terenu. (opinia biegłego L. S. (2) k-27 dopuszczona jako dowód z dokumentu k- 607 i ustna opinia uzupełniająca płyta k-737 0:35 do 0:49 minut).

Zakład (...)w P. funkcjonuje od poniedziałku do piątku, ale jeżeli są do wykonania pilne prace, to pracownicy wykonują je także w soboty i w niedziele. W budynku (...) zamieszkują małżonkowie Z., którzy w czasie prac przy modernizacji ujęcia wody odnawiali swoje mieszkanie. W sobotę trwało sprzątanie mieszkania. Było dużo papierów i innych śmieci do wyrzucenia i małżonkowie razem poszli na istniejące na terenie (...) wysypisko, znajdujące się blisko studni. Usłyszeli duży szum wody i postanowili sprawdzić, czy nie pękła jakaś rura. M. Z. (1) podszedł do płotu i zobaczył szlauchy podłączone do hydrantu, którymi leciała woda do stawu znajdującego się na nieruchomości R. D. (1) dzierżawionej przez powoda. Ta woda była pompowana przez całą sobotę do niedzieli wieczorem. W niedzielę popołudniu zaprzestano pompowania, a węże zwijał wieczorem H. M.. W sobotę M. Z. (1) widział na terenie (...) jego pracowników. W. R. i M. K., długo chodzili po terenie, ale M. Z. nie widział co robili. (protokół z 26 marca 2013 r. zeznania świadka E. Z. protokół z 26 marca 2013 r. 0:08: do 0:20 minuta i zeznania świadka M. Z. (1) 0:27 do 0:34 min) .

M. P. (1) w roku 2007 korzystał z części terenu (...) w ramach umowy dzierżawy zawartej z Gminą przez jego ojca. Na tej działce przechowywali swoje samochody. Mieli tam ustawioną przyczepę campingową, w której na zmianę z ojcem nocowali. Podczas spornego weekendu M. P. usłyszał szum wody. Zainteresował się tym i okazało się, że odgłos dobiega od ujęcia wody. Widać było węże, takie jak strażackie, które biegły w kierunku z hydroforni. Świadek nie widział, w którą stronę były wyprowadzone, bo było już dość ciemno, poza tym punkt, z którego patrzył nie dawał możliwości zobaczenia dokąd biegną te węże. Nie podjął żadnego działania, a potem w przyczepie szybko zasnął. Na pewno następny dzień po był dniem wolnym od pracy i tego dnia M. P. nie słyszał już żadnych odgłosów. Po kilku kolejnych dniach dowiedział się, że doszło do zalania. Wtedy przypomniał sobie o tym szumie wody i pomyślał, że mógł zapobiec zalaniu.(zeznania świadka P. protokół z dnia 31 stycznia 2013 roku 0:08 – 0:20 minuta) .

W sprawie DS. 2977/07 Prokurator Rejonowy w Radomsku prowadził śledztwo w sprawie spowodowania w czasie od 29 września 2007 roku do l października 2007 roku w P. zdarzenia zagrażającego mieniu w wielkich rozmiarach polegającego na zalaniu wodą budynku hurtowni sprzętu RTV i AGD (...), ale zostało ono umorzone ponieważ straty były niższe niż milion złotych, co oznacza nie wypełnienie znamion przestępstwa z art.163 § kk.

Powód zaraz po stwierdzeniu szkody zawiadomił o niej Towarzystwo (...) SA i przystąpił do usuwania skutków szkody. Wszystkie artykuły znajdujące się półkach powyżej poziomu zalania były natychmiast wynoszone i zabezpieczane w

magazynie wynajętym od S. J.. Za dzierżawę tego magazynu powód zapłacił łącznie 12.000 zł brutto, czyli 9.836,04 zł netto (faktury k-12-17). Powód wynajął specjalistyczną firmę (...) do osuszania magazynu, koszt tej usługi wyniósł 16.294,32 zł brutto, 13.356 zł netto (pisma i faktura k-19-22).

Dodatkowe zużycie energii elektrycznej na potrzeby urządzeń osuszających i absorbujących wilgoć stanowiło wydatek 937,03 zł brutto, 768,06 zł netto. Powód oddawał zalane sprzęty do utylizacji za co zapłacił 300 zł netto(pisma i faktury k-18 i 186-195). Łączne koszty związane z usuwaniem szkody wynosiły 24.260,10 złotych netto (opinia biegłej z zakresu rachunkowości D. W. k-397-402).

Głównym przedmiotem działalności Firmy Handlowej (...) jest nabywanie towarów w celu odsprzedaży w stanie nie przetworzonym. Firma zajmuje się handlem sprzętem AGD i RTV. W zalanym magazynie znajdował się nowy sprzęt. Majątek firmy był ubezpieczony w (...) S.A., które zleciło firmie (...) spółce z o.o. w W. wykonanie ekspertyzy w zakresie zaistniałych uszkodzeń oraz ustalenia wysokości szkody.

Firma (...) z udziałem przedstawicieli spółki (...) dokonała inwentaryzacji zalanych towarów w dniach 3 października 2007r. - 4 października 2007r. Przeprowadzono spis z natury, ujmując w nim wszystkie sprzęty zalane i te, która miały zamoczone opakowania. Uniemożliwiało to ich sprzedawanie do sklepów, czyli realizowania zwyklej działalności powoda. Wszystkie te towary zostały wycenione według cen zakupu przez firmę powoda tj. cen uwidocznionych przez dostawców na fakturach dokumentujących ich nabycie przez hurtownię. Z podsumowania wszystkich arkuszy spisowych wynikało, że wartość zalanego towaru, czyli rzeczywistej szkody – ceny zapłaconej przez powoda jego dostawcom wyniosła 386.752,83 zł.

Zakład ubezpieczeń uznał, że część tych sprzętów powód może sprzedać po obniżonych cenach, bez gwarancji i ostatecznie w trzech ratach T.U. (...) wypłacił powodowi odszkodowanie w łącznej kwocie 315.202,14 złotych. Oznacza to, że wypłacone odszkodowania nie pokryło wydatku dokonanego przez powoda na zakup zalanego sprzętu w zakresie kwoty 71.550,41 zł.

Wartość towarów zgromadzonych w hurtowni według cen zakupu netto w dniu l października 2007 roku wynosiła 1.912.708,62 złote. Z tego ogólnego stanu ewidencyjnego wartość zalanych towarów według cen zakupu przez powoda wynosiła 386.752,82 złote, co stanowiło 20,22% ogółu wartości towarów.

Powód zawodowo zajmował się dostarczaniem towarów do sklepów. Gdyby zalane towary zbył w ramach prowadzonej działalności, to uzyskałby 628.859 zł brutto, a z tej kwoty musiałby odprowadzić 113.401 zł podatku VAT. W konsekwencji uzyskałby kwotę 515.458,00 zł, a zatem utracony zysk wynikający z niesprzedania towarów, które uległy zalaniu wyniósł 128.705,18 zł netto. Jest to utracona przez powoda marża handlowa, która byłby uzyskana w wyniku sprzedaży towarów, które uległy zalaniu.

Zestawienie zbiorcze rozliczenia szkody jest następujące:

1) 386.752,82 złotych jako wartość zalanych towarów według cen zakupu,

potwierdzonych inwentaryzacją;

2) 315.202,42 złotych odszkodowanie przekazane przez (...) S.A.

za zalane towary;

3) 71.550,40 zł wartość zalanych towarów nie pokrytych odszkodowaniem;

4) 24.260,10 złotych poniesione koszty związane z usuwaniem szkody na co

składają się:

e) 13,356,00 zł netto - z tytułu prac osuszających;

f) 9.836,04 zł. netto wynajem pomieszczeń zastępczych od S. J.,

g) 768,06 zł netto z tytułu zwiększonego zużycia energii elektrycznej przy osuszaniu zalanych pomieszczeń,

h) 300 zł netto z tytułu utylizacji zalanego sprzętu.

W konsekwencji należy stwierdzić, że :

1. nie zrekompensowana przez ubezpieczyciela wartość szkody wyniosła 95.810,50 zł (pkt 3 + pkt4);

2. utracony zysk (nie zrealizowana marża handlowa) wyniósł 128.705,18 zł; (opinia biegłej z zakresu rachunkowości D. W. k-397-402, k- 483-485, k-522 v) . .

Zgodnie z treścią § 11 umowy z l lipca 2003 roku powód zobowiązany był po zakończeniu umowy najmu oddać wynajmującemu lokal w stanie nie pogorszonym niż normalne zużycie lokalu. Łączny koszt remontu w wyniku którego stan zalanych pomieszczeń zostałby doprowadzony do stanu sprzed zalania wynosiłby 23.085,00 zł (opinia biegłego C. J. k- 513-517). Remont taki nie został wykonany. Wynajmujący R. D. (1) nie będzie żądał od powoda przywrócenia stanu pomieszczeń sprzed zalania ani jakiejkolwiek rekompensaty finansowej (zeznania R. D. k-545) .

Po zakończeniu prac związanych z wyliczeniem wartości szkody przez (...) spółkę z o.o. w W. - w styczniu 2013 roku powód rozpoczął wyprzedaż po obniżonych cenach towarów, które uległy zalaniu, przede wszystkim tych, które znajdowały się na półkach i paletach umieszczonych na niższych poziomach, których opakowania zostały zamoczone, czy zawilgocone i z tego względu nie mogły podlegać sprzedaży do sklepów. Mogły się zdarzyć pojedyncze wypadki, że towar z lekko uszkodzonym opakowaniem został sprzedany do sklepu.

Informacja o tej akcji nazwanej kiermaszem szeroko była ogłaszana i bardzo wiele osób nabywało od powoda towary, które były sprzedawane co do zasady za cenę nie niższą niż 30 % pierwotnej ceny. Towary pochodzące z zalania były sprzedawane bez gwarancji. Bywały sytuacje zbywania jakiegoś towaru drożej, ale także bywały towary sprzedawane za około 1 zł, dotyczyło to głownie drobnego sprzętu np. suszarek. Zbywanie towarów w ramach akcji wyprzedaży nie podlegało żadnej odrębnej ewidencji. W tym samym czasie była prowadzona zwykła sprzedaż towarów nie pochodzących z zalania. Zdarzało się, że ten sam klient kupował określone towary z zalania oraz inne towary pełnowartościowe i na wszystko otrzymywał jeden paragon. Zalane towary stanowiły około 20 % towaru całej hurtowni. Nie było przypadku zalania całego towaru jakiegoś asortymentu. Zalaniu ulegała pewna ilość danego towaru, a reszta znajdująca się wyżej, lub w innym miejscu była pełnowartościowa i podlegała zwykłej sprzedaży (zeznania powoda k- 965-967) .

Towary pochodzące z zalania kupowało po obniżonych cenach bardzo wiele osób, między innymi M. G., K. N., J. J. (4), A. C., T. K. i B. L. R., Z. Ś.. Nikt nie otrzymał paragonu fiskalnego, ale część z nich nie domagała się wydania paragonu z racji obniżenia ceny i wiedzy o jego zalaniu (zeznania wszystkich osób jako świadków k-296 -298 i k-311v- 314).

W czasie prowadzonej akcji wyprzedaży towarów pochodzących z zalania odbywała się w ten sposób, że klienci przychodzili do magazynu, wybierali towar, pracownik magazynu wydawał dowód WZ wypisywany ręcznie , po czym klient szedł na górę do biura i tam płacił powodowi lub jego żonie za nabyty sprzęt. Pracownicy firmy nie prowadzili sprzedaży, bo zajmowali się tym właściciele. Przy sprzedaży towarów zalanych co do zasady nie wydawano paragonów.

Hurtownia zawsze była otwarta od 8 do 17, a w sobotę w godzinach 9 – 15. Bywało, że hurtownia była otwarta do godziny 19, a nawet do godziny 20. (zeznania świadków M. J. płyta k- 790 0:35-0:41 minuta; R. T. płyta k- 902 0:44-1:10 minuta i K. W. (1) płyta k- 902 1:10 do 1:30 minuta).

Powód dniach 30 czerwca 2009 roku, 9 lipca 2009 roku, 19 sierpnia 2009 roku oddawał towary do utylizacji. Zapłacił za usługę 300zł(faktury k- 174- 194).

T.U (...)ubezpieczający środki obrotowe w hurtowni uznał, że powód może sprzedać przynajmniej część towarów znajdujących się w dolnym magazynie po obniżonych cenach i odzyskać 25 % wartości zalanego sprzętu wyliczonego pierwotnie na kwotę 360.111,58 zł. Stanowiłoby 90.027 zł i taka kwota została pierwotnie odliczona od wyliczonej wartości sprzętu. Przyjęto, że powodowi należy się odszkodowanie liczone jako 360.111,58 – 90.027 zł = 270.083,68 zł. Tę sumę powiększono o szkodę wynikająca z uszkodzenia opakowań zlewozmywaków metalowych i ceramicznych to jest 1.880,05 zł i 3.238,69 zł i ustalono odszkodowanie na kwotę 275.202,42 zł.

Na skutek odwołania powoda kwestionującego możliwość odzyskania ze sprzedaży po obniżonych cenach 25 % wartości szkody podjęto negocjacje i ostatecznie uwzględniono korektę spisu towarów ustalając ich wartość ostatecznie na kwotę 386.752,83 zł. Jednocześnie ubezpieczyciel podwyższył odszkodowanie o kolejne 40.000 zł, czyli do kwoty 315.202,42 zł.

Oznacza to, że odszkodowanie nie pokryło 71.550,40 zł, czyli 18,5 % doznanej szkody, którą zdaniem ubezpieczyciela powód powinien pokryć z odzysku w wyniku sprzedaży towaru po obniżonych cenach W dniu 29 stycznia 2008 została zawarta ugoda na kwotę 315.202,42 zł jako odszkodowania, w której powód stwierdził, że jego roszczenia obecne i przyszłe wobec ubezpieczyciela zostały wyczerpane (wyliczenia k-405- 407 ugoda k- 460- 463).

Po wypłaceniu odszkodowania T.U. (...) wystąpił z roszczeniem regresowym przeciwko Gminie P. wskazując miedzy innymi na kwoty wydatkowane przez powoda na usuniecie szkody (odpis pozwu k-211) . W toku prowadzonego postępowania między ubezpieczycielem, a Gminą sygn. akt I C 117/10 ubezpieczyciel przyznał, że nie naprawiał powyższej szkody, jako że wypłacone odszkodowanie obejmowało wyłącznie zniszczone środki obrotowe. Okoliczność ta w toku postępowania apelacyjnego została potwierdzona przez stronę pozwaną (protokół k- 735 v)

Sąd Apelacyjny ocenił zgromadzony materiał dowodowy następująco:

Uzupełnione podstępowanie dowodowe wykazało, że twierdzenia strony pozwanej o zakończeniu wszelkich prac prowadzonych przy modernizacji ujęcia wody w piątek 28 września 2007 roku przed godziną 16 zostały skutecznie podważone. Niewiarygodne są również zeznania pracowników (...) W. K., K. B., K. T., P. G. i W. R., a także B. W., że woda była pompowana wyłącznie do zbiornika przeciwpożarowego i tylko do godzin popołudniowych w dniu 28 września 2007 roku. Sąd nie kwestionuje, że w piątek przed godziną 16 pompowano wodę do tego zbiornika, ale to nie wyklucza pompowania wody w późniejszym czasie do stawu powoda. Powyższy zbiornik miał pojemność około 553 m^3 , a zatem gdyby nawet był pusty (co byłoby sprzeczne z przepisami ppoż), to nie mógłby pomieścić wody, która musiała być wypompowana ze studni.

Twierdzeniom strony pozwanej przeczą również zeznania świadków Z. oraz M. P. złożone w postępowaniu apelacyjnym. Świadkowie Z. mieszkający na terenie (...)u widzieli, jak w sobotę i w niedzielę 29 i 30 września 2007 roku była pompowana woda wężami do stawu powoda. W sobotę po terenie zakładu chodzili M. K. i W. R., a w niedzielę węże pompujące wcześniej wodę zwijał H. M.. Zeznania o pompowaniu wody wężami ze studni w godzinach wieczornych przed dniem wolnym od pracy złożył również M. P. (1). Wskazani świadkowie są wiarygodni, bo w przeciwieństwie do pracowników (...)u zaprzeczających takim pracom, nie są zagrożeni ewentualną odpowiedzialnością za wyrządzenie powodowi szkody.

Należy zwrócić uwagę na to, że całkowitą niewiarygodność zeznań o pompowaniu wody do 28 września 2007 roku wykazują również opinie biegłych L. S. (2) i J. J. (2), którzy zanalizowali zaistniały stan rzeczy i wykluczyli możliwość kilkugodzinnego pompowania wody i tylko do do zbiornika przeciwpożarowego.

Biegły S. powołał się dodatkowo na wyrwę w skarpie przy stawie na nieruchomości powoda od strony ujęcia wody. Zauważyć należy, że mimo omawiana tej kwestii podczas składania uzupełniających opinii przez biegłych (w październiku 2012 r.), do końca procesu nie przedstawiono żadnej alternatywnej przyczyny mogącej skutkować powstaniem wyrwy w stawie w tym konkretnym miejscu.

Biegły J. J. szczegółowo przeanalizował całe wykonywane zadanie inwestycyjne i całkowicie wykluczył zalanie hurtowni w inny sposób niż przez kilkudziesięciogodzinne pompowanie wody, które było absolutnie niezbędne dla uruchomienia studni. Strona pozwana nie powoływała się na stwierdzenie podejmowania działań na terenie ujęcia w dniach 29-30 września przez osoby trzecie, a zatem nie może być wątpliwości co do tego, że działania pracowników (...) były przyczyną zalania hurtowni i powstałej w jego wyniku szkody powoda.

Jeśli chodzi o wysokość szkody, to zdaniem Sadu Apelacyjnego opinia biegłej D. W. przeprowadzona przed Sądem Okręgowym, w części dotyczącej tego, że kwota 71.550,40 zł stanowi rzeczywistą stratę powoda nie pokrytą przez ubezpieczyciela opierała się na błędnych założeniach. Biegła nie miała wątpliwości, że powyższa kwota wynikająca z wyliczenia szkody przez (...) jest ustalona prawidłowo, bo jak stwierdziła „W aktach nie znalazła dokumentów, z których wynikałoby, że zalane towary były sprzedawane. Zalane towary były złomowane i przeznaczone do utylizacji".(k- 522v). „Uszkodzone towary były przekazane do utylizacji i potwierdzone przez wyspecjalizowaną jednostkę (....)w wartości wg cen zakupu netto 70.550 zł i są zbliżone do wartości towarów nie pokrytych odszkodowaniem wynoszącej 71.550,40zł".(k- 399).

Przywołane przekonanie biegłej, że ubezpieczyciel nie wypłacił odszkodowania za towary, które potem niemal w całości zostały przekazane do utylizacji (różnica 1000zł) oraz, że powód nie prowadził sprzedaży zalanych towarów nie znajdują pokrycia w zebranym materiale. Sąd nie kwestionuje faktu przekazania do utylizacji towarów o wartości 70.550 zł, ale nie można wykluczyć, że były to towary objęte wypłaconym przez (...)odszkodowaniem, których niniejszy proces nie dotyczył.

Analizując kwestię odmowy wypłaty części odszkodowania należy przede wszystkim zauważyć, że ubezpieczyciel nie odmówił wypłaty odszkodowania za konkretne towary, lecz uznał, że powód może sprzedać przynajmniej część towarów znajdujących się w dolnym magazynie po obniżonych cenach i odzyskać kwotę 71.550,40 zł, czyli 18,5 % stwierdzonej szkody.

Powód rozpoczął sprzedaż zalanych towarów po obniżonych cenach. Informacje w tym przedmiocie wbrew twierdzeniom biegłej pojawiły się już w toku postępowania przed Sądem Okręgowym (k -274-275, 296 -298, 304, 311-314). Wobec całkowitego pominięcia tej kwestii przez Sąd Okręgowy i zgłoszenia zarzutu apelacyjnego przez Gminę P. Sąd Apelacyjny był zobligowany do zbadania tej kwestii i dlatego na pierwszej rozprawie apelacyjnej zobowiązał powoda do złożenia wykazu sprzętów sprzedanych po obniżonych cenach i kwot uzyskanych ze sprzedaży.

Dopiero złożenie tego zestawienia ja również paragonów dało asumpt do dalszego analizowania tej kwestii, na co słusznie powoływała się strona pozwana. Przeprowadzone postępowanie dowodowe w tym przedmiocie skutecznie podważyło twierdzenie powoda, że nie pokryta przez ubezpieczyciela rzeczywista szkoda wynikająca z zalania towarów wynosi 71.550 zł. Dokonując sprzedaży towarów po obniżonych cenach, co w postępowaniu apelacyjnym stało się okolicznością bezsporną, powód odzyskał przynajmniej znaczącą część nie pokrytej przez ubezpieczyciela kwoty 71.550 zł.

Skoro takie działania zostały podjęte, to powoda obciążało wykazanie kwot uzyskanych ze sprzedaży. W przestawionym Sądowi Apelacyjnemu zestawieniu złożonym 13 lipca 2012 roku i znajdującym się na jego ostatniej karcie posumowaniu wynika, że z wyprzedaży towarów powód odzyskał kwotę 4.535 zł (k- 622-667).

Strona pozwana skutecznie i wielowątkowo zakwestionowała wyliczenie powoda. Wskazała, że świadkowie M. G., K. N., J. J. (4), A. C., T. K. i B. L. R., Z. Ś. składali przez Sądem I instancji zeznania, z których wynika, że nabywali towary pozalaniowe za ceny znacznie wyższe niż 1 zł, bez udokumentowania ceny paragonem. Z kolei w postępowaniu apelacyjnym strona pozwana przedstawiła dowody kwestionujące sprzedawania towarów za ceny niższe niż 30 % ich pierwotnej wartości (poza niektórymi drobnymi towarami np. suszarkami). Zeznania w tym przedmiocie złożyli świadkowie M. J., R. T., K. W. (2).

Sąd Apelacyjny uznał, że przedstawiony przez stronę pozwaną materiał dowodowy skutecznie podważył twierdzenia powoda o odzyskaniu jedynie 4535 zł i z tego względu oddalił pozostałe wnioski dowodowe zgłoszone na te okoliczności (w tym kilkunastu kolejnych świadków). Sąd uznał, że teza stawiana przez stronę pozwaną o sprzedaży towarów i odzyskaniu znacznie wyższej kwoty została w postępowaniu wykazana (art. 217 § 2 k.p.c.).

Powód poza własnym opracowaniem nie przedstawił żadnego dowodu na odzyskanie wskazanej kwoty. Skuteczne podważenie twierdzenia powoda o sprzedaży większości towarów za 1 zł i przedstawionych przez niego wyliczeń obligowało go do udowodnienia swoich twierdzeń. Profesjonalny pełnomocnik powoda sygnalizował zamiar zgłoszenia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego księgowego i wnosił o odroczenie rozprawy dla umożliwienia mu sprecyzowania tezy dowodowej. Ostatecznie taki wniosek nie został zgłoszony (k- 901 oraz 907 in akt).

W tej sytuacji należało przyjąć, że zgłoszona przez powoda do naprawienia w tym procesie szkoda w wysokości 71.550.41 zł nie została wykazana.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Uzupełnione postępowanie dowodowe potwierdziło trafność oceny Sądu Okręgowego, że do zalania magazynu powoda doszło na skutek pompowania dużych ilości wody ze studni głębinowej do stawu powoda wskutek czego doszło do jego przelania i wpłynięcia wody rowem melioracyjnym do dolnej części magazynu, a w konsekwencji zalaniem sprzętów.

Takiego stanu rzeczy dowodzą uzupełnione opinie biegłych, w szczególności biegłego J., który dokonał wyjątkowo szczegółowej analizy w oparciu o uzyskaną dokumentację ujęcia wody z lat 60 –tych ubiegłego wieku, operat wodno prawny na pobór wód podziemnych na terenie ujęcia wody oraz projekt budowlany przebudowy instalacji wodociągowej w P. oraz swoją wiedzę fachową i przekonująco uzasadnił, że strona pozwana musiała pompować wodę co najmniej przez 36 godzin w ilości nie mniejszej niż 36 m^3/na godz., czyli wypompować co najmniej 1296 m^3 wody. Zbiornik przeciwpożarowy na działce pozwanego ma pojemność 553 m^3 wody, a staw powoda do 383 m^3 wody. Gdyby nawet te zbiorniki były puste, to woda musiałaby się przelać. W sprawie nie ma żadnych danych co do tego, czy w zbiorniku była woda przed rozpoczęciem pompowania, ale w stawie powoda musiała być woda, skoro były w nim ryby, które w czasie zalania wpłynęły do hurtowni.

Ocena biegłego J., że pompowanie wody musiało być prowadzone w dniach 29-30 września 2007 roku znalazły pełne potwierdzenie w zeznaniach małżonków Z. przesłuchanych przez Sąd Apelacyjny, (zgłoszonych przez stronę pozwaną, jako dowód na okoliczność, że takie prace nie były prowadzone). Zeznania te znajdują również potwierdzenie w zeznaniach M. P., jak również w tym, że w skarpie przy stawie od strony ujęcia wody powstała wyrwa, widoczna nawet po kilku miesiącach w czasie prowadzenia oględzin przez biegłego S..

Całkowicie nieprawdopodobna okazała się wersja zalania wodą z hydrantu umieszczonego przy granicy działki, skoro co najmniej od 2006 roku według zaświadczenia wydanego przez dyrektora (...) hydrant był nieczynny i przeznaczony do rozbiórki, co musiało być dokonane przed podjęciem prac modernizacyjnych studni.

W tym stanie rzeczy nie może być wątpliwości co do tego, że do zalania hurtowni doprowadzili pracownicy Zakładu(...)będącego jednostką budżetową Gminy P.. Tym samym Gmina ponosi odpowiedzialność za ich działania na zasadzie art. 430 k.c., przy czym jako alternatywną podstawę można wskazać art. 120 k.p. Całkowicie chybiony jest więc zarzut apelacyjny niewykazania związku przyczynowego między działaniem pracowników (...) , a szkodą powoda powstałą w wyniku zalania hurtowni. Nie ulegało więc żadnej wątpliwości, że roszczenie powoda o zapłatę odszkodowania co do zasady zostało wykazane.

Częściowo zasadny okazał się zarzut apelacyjny nieprawidłowego ustalenia wysokości szkody.

Na szkodę powoda uwzględnioną przez Sąd Okręgowy do kwoty 224.515,68 złotych i stanowiącą przedmiot zaskarżenia składały się takie elementy jak:

1. 24.260,10 złotych poniesione koszty związane z usuwaniem szkody tj:

a) 13,356,00 zł netto - z tytułu prac osuszających;

b) 9.836,04 zł. netto wynajem pomieszczeń zastępczych od S. J.,

c) 768,06 zł netto z tytułu zwiększonego zużycia energii elektrycznej przy osuszaniu zalanych pomieszczeń,

d) 300 zł netto z tytułu utylizacji zalanego sprzętu.

2. 128.705,18 złotych - korzyści, które powód mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono (utracony zysk firmy) - nie zrealizowana marża handlowa;

3. 71.550,40 zł wartość zalanych towarów nie pokrytych odszkodowaniem;

Jeśli chodzi o poniesione wydatki w kwocie 24.260,10 zł, to ich zwrot w sposób oczywisty należy się powodowi, jako że stanowią one bezpośrednie następstwo wyrządzonej szkody. W toku postępowania drugoinstancyjnego przestał być aktualny zarzut apelacyjny oparty na przepisie art. 828 k.c., w którym podnoszono, że powyższe kwoty zostały wypłacone przez ubezpieczyciela. Wykazanie faktu naprawienia tej szkody przez ubezpieczycielka obciążało stronę pozwaną.

Gmina pozostaje aktualnie w sporze sądowym z ubezpieczycielem, który wystąpił z roszczeniem regresowym. Gdyby zwrot kwoty 24.260,10 zł był przedmiotem tamtego sporu Gmina mogła to łatwo wykazać. Tak się nie stało, a wręcz przeciwnie strona pozwana potwierdziła treść pisma ubezpieczyciela (k-596 i 735v) i ostatecznie nie kwestionowała twierdzenia powoda, że wypłacone przez TU (...)odszkodowanie nie obejmowało wydatków poniesionych przez powoda na osuszenie magazynu i wynajem pomieszczenia zastępczego na sprzęty znajdujące się na wyższych półkach, które nie uległy zamoczeniu.

Dodać tu trzeba, każdy z poniesionych wydatków powoda został w całości udokumentowany fakturami, które obejmowały: 13.356 zł netto na rzecz firmy (...) za osuszanie magazynu, 768,06 zł netto za energię elektryczną zużytą do osuszania, 9.836,04 zł netto za wynajem pomieszczeń i 300 zł za utylizację– łącznie 24.260,10 zł netto. Powód domagał się początkowo zasądzenia tych wydatków w kwotach brutto, ale biegła prowadząc wyliczenia dokonała korekty w zakresie podatku VAT i ostatecznie wszystkie należności sbyły uwzględnione w cenach netto, jako że powód jest płatnikiem podatku VAT.

Kolejną pozycją dochodzonego roszczenia odszkodowawczego była kwota 128.705,18 zł utraconych korzyści. Jak wynika z treści art. 361 § 2 k.c. naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł i korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Wysokość utraconych korzyści została ustalona przez Sąd Okręgowy na podstawie opinii biegłej z zakresu rachunkowości D. W.. Dokonane przez nią wyliczenie jest przekonujące i opiera się na:

1. ustaleniu wartości zalanego towaru według cen, za które powód dokonuje sprzedaży towarów do swoich odbiorców;

2. odliczeniu podatku VAT i ustaleniu ceny sprzedaży zalanych towarów netto;

3. pomniejszeniu jej o kwotę netto, którą musiał zapłacić powód nabywając te towary do hurtowni.

Wyciągnięty przez biegłą wniosek, że wyliczona kwota stanowi utracony dochód firmy nie budzi wątpliwości. To właśnie z różnicy pomiędzy ceną zakupu od producentów, a ceną zbycia towarów do sklepów utrzymują się hurtownie. Z tego dochodu powód musiał pokrywać wszelkie koszty prowadzonej wówczas działalności, w tym wynajem

spornej nieruchomości, wynagrodzenia ponad 10 zatrudnionych wtedy pracowników, należne składki ZUS-u, koszty ubezpieczenia mienia, wszelkie opłaty itp.

Jeżeli powód sprowadził towary do hurtowni, to poniósł wszystkie związane z tym koszty. Mógł się zatem spodziewać, że prowadząc swoją zwykłą działalność odzyska zainwestowane pieniądze powiększone o marżę handlową pozwalającą na pokrycie kosztów prowadzonej działalności i zysk. Zalanie towarów pozbawiło powoda tej możliwości i w konsekwencji z innych środków musiał pokryć koszty prowadzenia działalności, jak również koszty zwiększonego nakładu pracy wynikającego z zalania, zabezpieczania mienia, jego wyprzedaży itp.

W konsekwencji nie ulega najmniejszej wątpliwości, że szkoda powoda obejmuje również utracony dochód w postaci uzyskiwanej marży handlowej, wyliczonej przez biegłą na 128.705,18 zł. Dodać trzeba, że po pisemnym, a potem ustnym uzupełnieniu opinii przed Sądem Okręgowym żadna ze stron opinii nie kwestionowała (k- 523).Żadnych zarzutów co do tego wyliczenia nie zgłoszono również w apelacji, jak również w toku prowadzonego postępowania.

Przedmiot sporu koncentrował się na udowodnieniu odzyskania przez powoda, kwoty 71.550 ,40 zł, nie wypłaconej przez ubezpieczyciela i w tym zakresie strona apelująca skutecznie podważyła twierdzenia powoda.

Na koniec rozważań dotyczących utraconych korzyści należy jeszcze podnieść, powyższa szkoda nie podlegała naprawieniu w ramach podjętej wyprzedaży towarów pochodzących z zalania, która następowała po cenach znacznie obniżonych względem cen zapłaconych przez powoda producentom tych towarów. Mogła więć prowadzić do odzyskania części nakładów na zakup towarów, a nie marży handlowej powoda. Sąd Apelacyjny oddalając powództwo o zapłatę 71.550 zł jako nieudowodnione, nie miał potrzeby szczegółowego analizowania prowadzonej przez powoda sprzedaży towarów pochodzących z zalania i uzyskanej w ten sposób kwoty. Gdyby jednak teoretycznie założyć, że cześć tych towarów z nieznacznym uszkodzeniem opakowania była sprzedawana do sklepów, to jak twierdził świadek R. T. były one zbywane co najmniej bez marży handlowej powoda, czyli po cenie ich nabycia.

Pozwana Gmina P. skutecznie zakwestionowała w apelacji uwzględnienie w zasądzonym odszkodowaniu kwoty 71.550, 40 zł, zarzucając Sądowi Okręgowemu wadliwe ustalenie odszkodowania poprzez pominięcie faktu sprzedawania przez powoda zalanych towarów.

Powód poza własnym opracowaniem nie przedstawił żadnego dowodu na odzyskanie wyłącznie kwoty 4535 zł. Jak wynika z poczynionych ustaleń faktycznych i oceny dowodów, w sprawie zostało skutecznie podważone powyższe twierdzenie powoda. A. K. nie przedstawił żadnego dowodu wykazującego, wysokość kwoty nie pokrytej ze środków uzyskanych ze wyprzedaży zalanych towarów.

Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu takie stan rzeczy prowadził do obciążenia powoda obowiązkiem wykazania wysokości doznanej szkody . Profesjonalny pełnomocnik powoda sygnalizował zamiar zgłoszenia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego księgowego i wnosił o odroczenie rozprawy dla sprecyzowania tezy dowodowej. Sąd Apelacyjny uwzględnił ten wniosek, ale strona powodowa nie zgłosiła żadnych dowodów pozwalających na precyzyjne ustalenie kwoty odzyskanej w ramach prowadzonej wyprzedaży towarów. Taki stan rzeczy musiał prowadzić do wniosku, że powód nie może skutecznie domagać się zasądzenia należności wynikającej z odmowy wypłaty odszkodowania. Tym samym powództwo co do kwoty 71.550,41 zł podlegało oddaleniu i w tym zakresie wyrok musiał być zmieniony (art. 386 §1 k.p.c.).

W tym miejscu należy dodać, że wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości, na okoliczność ustalenia wysokości szkody poniesionej przez powoda w zakresie różnicy pomiędzy wartością sprzętu wykazanego w spisie inwentaryzacyjnym po zalaniu, a kwotą uzyskaną z jego sprzedaży z uwzględnieniem wypłaconego odszkodowania zgłosiła strona pozwana. Uznając, że powód nie wykazał, że jego szkoda wskutek wyprzedaży zalanych towarów nie została naprawiona, zgłoszony wniosek dowodowy podlegał oddaleniu (art. 217 § 3 k.p.c.) . Sąd oddalił również pozostałe wnioski dowodowe uznając je za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy (k- 907-908, k- 952 – 953) Jeśli zaś chodzi o powoływane w apelacji oddalenie wniosków dowodowych w zakresie z

opinii biegłych geodety i hydrologa, to za trafną należy uznać ocenę Sądu, że naturalny układ terenu i jego spadek w kierunku hurtowni powoda nie ma znaczenia przy mechanicznym pompowaniu wężami 36 m^3 wody/godzinę.

W konsekwencji uwzględnieniu podlegało roszczenie powoda w zakresie zwrotu wydatków poniesionych przez powoda oraz wartości utraconych korzyści – łącznie w kwocie 152.965,28 zł z ustawowymi odsetkami pod daty doręczenia stronie pozwanej wezwania do zapłaty i upływu wyznaczonego w nim terminu oraz od daty doręczenia pisma rozszerzającego żądanie pozwu. W pozostałym zakresie apelacja podlegała oddaleniu (art. 385 k.p.c.).

Wobec zmiany zaskarżonego wyroku w zakresie zasądzonej kwoty innemu rozliczeniu podlegały koszty postępowania. Powód domagał się w Sądzie Okręgowym zasądzenia 247.600 zł. Z tej kwoty uzyskał 152.965,28 zł, czyli wygrał proces w 62%. Całość kosztów poniesionych w I instancji przez powoda wyniosła 22.567,70 zł, a zatem należny powodowi zwrot 62 % kosztów stanowił kwotę 13.991,97 zł. Koszty poniesione w I instancji przez pozwanego wyniosły 7217 zł , a wobec oddalenia powództwa w 38 % należało uznać, że powoda obciąża kwota 2.742 zł. Zasądzeniu na rzecz powoda podlegała więc kwota 11.250 zł .

W postępowaniu apelacyjnym wartość przedmiotu zaskarżenia wynosiła 224.516 zł, że czego uwzględniono ja do kwoty 71.550,40 zł. Oznacza to wygraną powoda w 68 %. Strona pozwana poniosła koszty w wysokości 11,226 opłaty i domagała się zasądzenia podwójnej stawki kosztów zastępstwa procesowego czyli 10.800 zł- łącznie 22.026 zł. Wobec uwzględnienia apelacji w 32% należne pozwanemu koszty wynosiły 7.048 zł . Powód złożył zestawienie wykazujące poniesienie kosztów w łącznej kwocie 12.150 zł . Wygrana w 68 % uzasadniała domaganie się kwoty 8.262 zł. Sąd rozliczył te kwoty i zasądził na rzecz powoda 1214 zł. Wobec tymczasowego pokrycia wydatków czynionych w postępowaniu apelacyjnym w kwocie łącznej 714 zł przez Skarb Państwa Sąd nakazał pobranie od powoda 228,50 zł, a od pozwanego 485,50 zł .