

Sygn. akt VII AGa 531/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 grudnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Magdalena Sajur - Kordula

Sędziowie: SA Jolanta de Heij-Kaplińska (spr.)

SA Marek Kolasiński

Protokolant: praktykant absolwencki Magdalena Wójcicka

po rozpoznaniu w dniu 5 grudnia 2018 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

przeciwko K. S.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 20 grudnia 2016 r., sygn. akt XXVI GC 802/15

I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo w ten sposób, że w punkcie pierwszym zasądza od K. S. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 4 345,64 zł (cztery tysiące trzysta czterdzieści pięć złotych sześćdziesiąt cztery grosze) z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 7 stycznia 2011 roku do dnia zapłaty;

II. oddala apelację w pozostałym zakresie;

III. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz K. S. kwotę 4 050 zł (cztery tysiące pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VII AGa 531/18

UZASADNIENIE

Powód (...) (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wystąpił przeciwko K. S. o zapłatę kwoty 87 538,04 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od 7 stycznia 2011 r. do dnia zapłaty. Uzasadniając roszczenie powód wskazał, że w lokalu położonym przy ul. (...) w W., użytkowanym przez pozwaną jako sklep, doszło do nielegalnego poboru energii, co spowodowało szkodę w majątku powoda. Uzasadniając wysokość dochodzonej kwoty powód wyjaśnił, że opłata za nielegalny pobór energii została ustalona w oparciu o obowiązującą taryfę, opublikowaną na stronie internetowej Urzędu Regulacji Energetyki oraz kalkulację.

27 sierpnia 2012 r. Sąd Rejonowy (...) w L. wydał nakaz zapłaty w elektronicznym postępowaniu upominawczym, w którym uwzględnił żądanie pozwu.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwana K. S. wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie na jej rzecz od powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu sprzeciwu wskazała, że opłata za nielegalny pobór energii oparta została na nieprawidłowym założeniu strony powodowej, że pozwana dokonała w sposób nielegalny zmian na plombie licznika. Ponadto zarzuciła, że roszczenie powoda o zapłatę kwoty 87 538,04 zł było nieudowodnione, tak co do zasady jak i wysokości. Z ostrożności procesowej pozwana wskazała, że odsetki mogły by być należne powodowi jedynie od dnia doręczenia pozwanej odpisu pozwu.

Wyrokiem z dnia 20 grudnia 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. przeciwko K. S. o zapłatę i ustalił, że powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. przegrał sprawę w całości i obciążył go kosztami postępowania w sprawie zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, przy czym szczegółowe wyliczenie tych kosztów pozostawił referendarzowi sądowemu.

Powyższy wyrok został wydany na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych:

K. S. prowadziła działalność gospodarczą pod nazwą (...) (...) K. S. i w ramach tej działalności nieprzerwanie od lutego 1994 r. prowadziła sklep spożywczy w lokalu położonym przy ul. (...) w W.. Lokal ten K. S. najmowała od spółdzielni mieszkaniowej – Spółdzielni (...) P. z siedzibą w W.. W lokalu był zamontowany licznik do pomiaru poboru energii elektrycznej. K. S. stała się odbiorcą energii elektrycznej w ww. lokalu w dacie rozpoczęcia najmu tego lokalu od spółdzielni na podstawie porozumienia zawartego ze spółdzielnią 28 lutego 1994 r.

Licznik energii elektrycznej znajdował się w oddzielnym pomieszczeniu w magazynie lokalu najmowanego przez K. S., do którego swobodnie mógł wejść każdy z pracowników sklepu spożywczego oraz inne osoby prowadzące działalność gospodarczą w pawilonie przy ul. (...) w W.. Swobodny dostęp do tego licznika mieli także pracownicy dostawcy energii elektrycznej (...).

13 października 2010 r. pracownicy (...), K. D. i T. W. w sklepie prowadzonym przez K. S., przeprowadzili kontrolę układu pomiarowego licznika energii elektrycznej, w tym stanu oplombowania i prawidłowości poboru energii elektrycznej. W wyniku przeprowadzonych czynności kontrolujący ustalili, że na osłonie przekładników oraz tablicy licznikowej nie było plomb monterskich, a plomby legalizacyjne nie były autentyczne a jedynie podobne do oryginalnych (na liczniku nr (...)).

W wyniku badań laboratoryjnych stwierdzono, że licznik nie spełniał wymagań przepisów legalizacyjnych z uwagi na różnice w odległości oraz kształcie oznaczeń literowo – cyfrowych i znaków graficznych znajdujących się na powierzchniach plomb nałożonych na licznik, a oznaczeniami literowo – cyfrowymi i znakami graficznymi plomby porównawczej. Trzy ołowiane plomby legalizacyjne zabezpieczające licznik energii elektrycznej prądu trójfazowego były nieoryginalne. Oryginalne plomby zakładane podczas legalizacji licznika nr (...) zostały zerwane przed 13 października 2010 r.

23 grudnia 2010 r. (...) wystawił rachunek obciążający K. S. za nielegalny pobór energii elektrycznej w lokalu przy ul. (...) w W. na kwotę 87 538,04 zł i wezwał ją do zapłaty. Podstawą wyliczenia kwoty należnej za nielegalny pobór energii nie było realne zużycie energii pobranej poza licznikiem. Opłata taka nie odnosiła się wprost do zużycia, została wyliczona na podstawie taryfy.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W. 2 września 2016 r. zmienił nazwę na (...) (...) sp. z o.o. z siedzibą w W..

Sąd Okręgowy dokonał ustaleń faktycznych na podstawie dokumentów i wydruków przedłożonych przez strony, w tym protokołu kontroli nr (...) 2010 r. z 13 października 2010 r. wraz z załącznikiem nr 1. Wnioski o dopuszczenie dowodu z dokumentów zgłoszone przez pozwaną w piśmie opatrzonym datą 19 kwietnia 2016 r. podlegały oddaleniu, jako że dokumenty te nie były istotne z punktu interesów pozwanej. Dokumenty te mogłyby ewentualnie być uznane za istotne, gdyby powód wykazał w sprawie, że doszło w ogóle do „poboru energii”, o czym poniżej w rozważaniach,

i że powód zamontował w lokalu przy ul. (...) w W. liczniki niewadliwe. Podobnie, to powód – skoro powoływał się na nielegalny pobór energii i obciążył pozwaną dodatkową kwotą 87 538,04 zł z tego tytułu, powinien wykazać, że nielegalny pobór energii w lokalu użytkowanym przez pozwaną, wystąpił i to powód a nie pozwana był obowiązany - celem udowodnienia tej tezy - powoływać na tę okoliczność dowody, jak np. przedstawić dokumentację wskazującą chociażby na zużycie energii w spornym lokalu w stopniu znacząco wyższym niż ten, na który opiewały wystawiane przez (...) rachunki. Takich jednak wniosków powód nie tylko nie zgłosił, nie podnosił w sprawie nawet takich twierdzeń.

Ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy oparł także o dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu mechanoskopii M. W.. Dowód z opinii biegłego sądowego potwierdził, że trzy ołowiane plomby legalizacyjne zabezpieczające licznik nr (...) były nieoryginalne, a po naruszeniu oryginalnych plomb był możliwy dostęp do wewnętrznych elementów licznika, a w konsekwencji istniała możliwość (ewentualność) niekontrolowanego poboru energii. Biegły przyznał również, że do przeprowadzenia zmian w liczniku był wymagany pewien zasób wiedzy specjalistycznej, więc bez odpowiedniego przygotowania nie każdy mógł dokonać takich zmian. Z opinii wynikało jednoznacznie, że na podstawie samego wyglądu poddanych badaniom plomb zaciśniętych na liczniku, nie było możliwe określenie czasu ich nałożenia na licznik. W oparciu o ten dowód Sąd Okręgowy ustalił również, że bez przeprowadzenia badań wewnętrznych elementów licznika pod kątem ujawnienia na nich ewentualnych mechanicznych śladów niefabrycznej ingerencji (np. w postaci zarysowań lub wgnieceń) nie można było udzielić odpowiedzi na pytania, czy doszło do zmiany w danych licznika, czyli czy „cofnięto licznik”, a jeśli tak to, czy jakiegokolwiek ślady to potwierdzają (badań takich nie przeprowadzono, ponieważ strona powodowa nie wyraziła na nie zgody). Biegły wskazał jednak, że nawet gdyby takie badania zostały przeprowadzone to i tak kwestia ewentualnej pozafabrycznej ingerencji nie zostałaby rozstrzygnięta w sposób kategoryczny. W przypadku tego licznika przy odpowiednio starannej manualnej manipulacji elementami liczydła (kółkami zębatymi) można by było je przestawić bez pozostawienia widocznych śladów.

Zarzuty do opinii biegłego sądowego zgłoszone przez K. S. w piśmie opatrzonym datą 19 kwietnia 2016 r. oraz zgłoszone przez powoda w piśmie opatrzonym datą 2 sierpnia 2016 r. stanowiły jedynie polemikę z wnioskami wynikającymi z głównej opinii biegłego M. W., niemniej jednak biegły w sposób wyczerpujący odniósł się do nich w pisemnej i ustnej opinii uzupełniającej. W ocenie Sądu opinia biegłego sądowego została sporządzona w sposób kompleksowy i rzetelny w oparciu o dokładną analizę przedstawionej przez strony dokumentacji oraz badanie licznika energii nr (...) i jego plomb. Wnioski, jakie postawił biegły, były związane a jednocześnie wyczerpujące oraz pochodziły od osoby, która posiada wysoki poziom wiedzy specjalistycznej w zakresie mechanoskopii. Nadto sposób motywowania twierdzeń był zgodny z zasadami logiki i wiedzy ogólnej. Merytoryczne przygotowanie biegłego do sporządzania opinii w sprawie nie zostało skutecznie podważone przez żadną ze stron.

Ustalenia faktyczne Sąd poczynił także w oparciu o okoliczności bezsporne i niezaprzeczone przez strony, które sąd uznał w sprawie za uzasadnione na podstawie art. 229 k.p.c. i art. 230 k.p.c.

Podstawą ustaleń faktycznych w niniejszej sprawie były także częściowo zeznania świadków K. D. i T. W., którzy byli pracownikami (...). Na podstawie zeznań tych świadków Sąd Okręgowy ustalił, że podczas kontroli przeprowadzonej 13 października 2013 r. zostało stwierdzone, iż plomby na liczniku zamontowanym w sklepie pozwanej różniły się od plomb legalizacyjnych kształtem znaków graficznych. Świadczyli potwierdzili, że w trakcie kontroli zdjęli licznik, spisali protokół oraz oddali licznik do laboratorium w celu przeprowadzenia szczegółowych badań. Na podstawie zeznań tych świadków, Sąd ustalił również, że licznik był zainstalowany w pomieszczeniu wewnątrz sklepu, na zapleczu. W ocenie Sądu Okręgowego zeznania powyższych świadków były logiczne, spójne z pozostałym w sprawie materiałem dowodowym, w szczególności w postaci protokołu kontroli oraz zostały złożone w sposób spontaniczny. Dlatego też Sąd uznał je za wiarygodne. Zeznania te nie dowodziły jednak w żadnym stopniu, że miał miejsce pobór energii w lokalu pozwanej. Podstawę ustaleń stanu faktycznego stanowiły także częściowo zeznania świadka P. B., który jako pracownik (...) zajmował się zatwierdzaniem opłat z tytułu nielegalnego poboru energii. Zeznania tego świadka potwierdziły, że podstawą wyliczenia kwoty należnej za nielegalny pobór energii nie było realne zużycie energii pobieranej poza licznikiem. Opłata taka nie odnosiła się wprost do zużycia, a została wyliczona na podstawie taryfy. W ocenie Sądu brak było podstaw aby kwestionować wiarygodność zeznań tego świadka, zeznania były

stanowcze. W pozostałej jednak części Sąd pominął zeznania tego świadka, ponieważ nie wyjaśniły kwestii istotnych w sprawie.

Na podstawie zeznań świadka L. J. Sąd Okręgowy ustalił, że licznik znajdował się wewnątrz sklepu, w jego magazynie w oddzielnym pomieszczeniu, co zostało dodatkowo potwierdzone rysunkiem świadka sporządzonym na rozprawie 17 maja 2016 r. (szkic). Świadek potwierdziła, że do tego pomieszczenia mógł wejść każdy, nawet przypadkowo, ponieważ nie było ono zamykane na klucz. Swobodny dostęp do tego pomieszczenia mieli inni pracownicy sklepu oraz pracownik elektrowni, który spisywał stan licznika. Powyższe zeznania Sąd ocenił jako wiarygodne, ponieważ były logiczne i spójne. Sąd Okręgowy ustalając stan faktyczny oparł się również o dowód z zeznań stron, który w sprawie został ograniczony do przesłuchania pozwanej K. S.. Zeznania pozwanej były wiarygodne, jako że złożone zostały w sposób spontaniczny, bez zatajania czegokolwiek.

Sąd Okręgowy wskazał, że powód swoje żądanie oparł na przepisie art. 57 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (dalej: ustawa), zgodnie z którym w razie nielegalnego pobierania paliw lub energii przedsiębiorstwo energetyczne może pobierać od odbiorcy, a w przypadku gdy pobór paliw lub energii nastąpił bez zawarcia umowy, może pobierać od osoby lub osób nielegalnie pobierających paliwa lub energię opłatę w wysokości określonej w taryfie, chyba że nielegalne pobieranie paliw lub energii wynikało z wyłącznej winy osoby trzeciej, za którą odbiorca nie ponosi odpowiedzialności, albo dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych. Przyjmuje się, że wskazany powyżej opiera się na zasadzie odpowiedzialności cywilnoprawnej. Ogólne przesłanki tej odpowiedzialności konstytuuje przepis art. 361 k.c., zgodnie z którym zobowiązany do naprawienia szkody ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Aby można więc było mówić o odpowiedzialności cywilnoprawnej, muszą być spełnione łącznie trzy przesłanki: po pierwsze zdarzenie wywołujące szkodę, po drugie musi wystąpić szkoda, po trzecie zaś - normalny związek przyczynowy pomiędzy zachowaniem się sprawcy szkody a samą szkodą. Zdarzeniem wywołującym szkodę, na gruncie art. 57 ust. 1 ustawy, jest nielegalny pobór energii.

Wedle art. 3 pkt. 18 cytowanej ustawy, nielegalne pobieranie energii to pobieranie energii bez zawarcia umowy, z całkowitym albo częściowym pominięciem układu pomiarowo – rozliczeniowego lub poprzez ingerencję w ten układ mającą wpływ na zafałszowanie dokonywanych pomiarów. W wypadku nielegalnego pobierania energii przedsiębiorstwo energetyczne ma do wyboru dwie możliwości: pobranie opłaty w wysokości określonej w taryfach za nielegalnie pobraną energię albo dochodzenie odszkodowania na zasadach ogólnych. W niniejszej sprawie powód dochodził od pozwanej opłaty za nielegalnie pobraną energię w wysokości określonej w taryfach. Roszczenie z tytułu opłaty za nielegalny pobór energii ma charakter rekompensaty za poniesioną szkodę, ale jednocześnie zawiera w sobie element represyjny. W niniejszej sprawie strona powodowa dochodziła tego szczególnego rodzaju, zryczałtowanego odszkodowania określonego w art. 57 ust. 1 ustawy od pozwanej w związku z pobieraniem energii elektrycznej w sposób nielegalny.

Dla porządku Sąd Okręgowy wyjaśnił, że stanowisko pozwanej, w którym zakwestionowała istnienie legitymacji czynnej po stronie powoda, z uwagi na brak umowy zawartej pomiędzy stronami było niezasadne. W sprawie bezspornym pozostawało bowiem, że pozwana była odbiorcą energii, co związane było z zawartą przez nią umowy najmu lokalu użytkowego, w którym prowadziła sklep i w którym znajdował się sporny licznik, status odbiorcy energii elektrycznej pozwanej, wynikał z Porozumienia zawartego 28 lutego 1994 r. ze spółdzielnią mieszkaniową, od której ten lokal pozwana najmowała.

W przedmiotowej sprawie kwestią sporną było, czy pozwana dopuściła się ingerencji w ustrój licznika w taki sposób, że mogło to umożliwiać nielegalny pobór energii elektrycznej, ale kwestią istotną dla rozstrzygnięcia sprawy a zatem rozważania w ogóle odpowiedzialności pozwanej, było przede wszystkim to, czy rzeczywiście do takiego nielegalnego poboru energii elektrycznej doszło, innymi słowy czy miał miejsce „pobór” nielegalny uzasadniający obciążenie pozwanej kwotą dochodzoną pozwem (wskutek którego powodowa spółka doznała uszczerbku w majątku). Zgodnie bowiem z powołanym przepisem art. 57 ust. 1 ustawy, przedsiębiorstwo energetyczne może domagać się od odbiorcy stosownej opłaty w wysokości określonej w taryfie, w razie nielegalnego pobierania paliw lub energii.

Stanowisko powoda sprowadzało się do tezy, że do wykazania odpowiedzialności za nielegalny pobór energii elektrycznej wystarczy taki stan, w którym istnieje sama możliwość nielegalnego poboru energii elektrycznej, nie jest natomiast potrzebny dowód, że pobór energii rzeczywiście nastąpił. W ocenie Sądu Okręgowego takie stanowisko było błędne. Samo bowiem stwierdzenie ingerencji w układ pomiarowy licznika nie jest wystarczające do uznania, że doszło do nielegalnego poboru energii. Z powołanego przepisu wynika, że przedsiębiorstwo energetyczne może obciążyć odbiorcę energii elektrycznej opłatami określonymi w art. 57 ust. 1 ustawy, tylko wtedy, gdy taka energia została rzeczywiście pobrana. Takie też stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z 10 grudnia 2009 r. (sygn. akt III CZP 107/09 LEX nr 531131), w uzasadnieniu której wyjaśnił, że z art. 57 ust. 1 w zw. z art. 3 pkt 18 ustawy jednoznacznie wynika, że obowiązek uiszczenia opłaty powstaje w wypadku nielegalnego pobrania energii, a więc faktycznego, a nie tylko potencjalnego jej odbierania i korzystania z niej. W świetle powyższego stanowiska Sądu Najwyższego, które Sąd orzekający w niniejszej sprawie w pełni aprobuje, to na powodzie spoczywał obowiązek wykazania szkody i jej wysokości, a więc rozmiarów faktycznego nielegalnego pobrania energii. Wykazanie, że pobór energii w sposób nielegalny rzeczywiście nastąpił, jest warunkiem koniecznym odpowiedzialności opartej na podstawie art. 57 ust. 1 przywołanej ustawy, albowiem to właśnie rzeczywisty nielegalny pobór energii jest zdarzeniem, z którym ustawa łączy odpowiedzialność cywilnoprawną przewidzianą w art. 57 ust. 1 ustawy – nie zaś jedynie zaistnienie możliwości tego nielegalnego poboru. Ciężar udowodnienia tych okoliczności zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 k.c. spoczywał na stronie powodowej.

Powód w sprawie nie wykazał, aby w lokalu przy ul. (...) w W. w okresie, w którym lokal ten użytkowała pozwana, doszło w sposób nielegalny do pobrania energii elektrycznej (a wskutek tego do powstania szkody po stronie powodowej spółki). W niniejszej sprawie wykazane zostało jedynie, że trzy ołowiane plomby legalizacyjne zabezpieczające licznik energii elektrycznej były nieoryginalne. Po naruszeniu oryginalnych plomb zaistniał co prawda dostęp do wewnętrznych elementów licznika, ale taki stan rzeczy dawał jedynie możliwość niekontrolowanego poboru energii elektrycznej. Biegły wskazał również, że bez przeprowadzenia badań wewnętrznych elementów licznika pod kątem ujawnienia na nich ewentualnych mechanicznych śladów niefabrycznej ingerencji (np. zarysowań lub wgnieceń), nie ma możliwości, aby kategorycznie stwierdzić, czy doszło do jakichkolwiek zmian w danych licznika (czy doszło do tzw. „cofnięcia licznika”). Biegły bez przeprowadzenia badań wewnętrznych elementów licznika pod kątem ujawnienia na nich ewentualnych mechanicznych śladów niefabrycznej ingerencji (np. zarysowań lub wgnieceń), nie mógł udzielić odpowiedzi na postawione pytanie. Biegły nie mógł zbadać mechanizmu pomiarowego samego układu bowiem na takie badanie powód nie wyraził zgody. Biegły nie wykluczył także okoliczności (ani jej nie potwierdził), że w lokalu pozwanej (...) (...) (...) przy ul. (...), w W. mogła zostać zaplombowana (od początku) plomba nieoryginalna. W wydanej opinii mechanoskopijnej potwierdził jedynie, że nieoryginalne plomby były zaciśnięte na znajdującym się liczniku.

Dla przyjęcia, że miał miejsce nielegalny pobór energii konieczne jest wykazanie, iż doszło do poboru energii z całkowitym pominięciem układu pomiarowo – rozliczeniowego lub poprzez ingerencję w ten układ, mającą wpływ na zafałszowanie pomiarów dokonywanych przez układ pomiarowo – rozliczeniowy. Aby udowodnić, że doszło do nielegalnego poboru energii niewystarczające jest wykazanie przez powoda samej ingerencji w układ pomiarowo – rozliczeniowy. Konieczne jest wykazanie, że powyższa ingerencja miała wpływ na zafałszowanie pomiarów dokonywanych przez układ pomiarowo-rozliczeniowy, a zatem, że nielegalny pobór energii rzeczywiście nastąpił. Takie też stanowisko, oprócz Sądu orzekającego w sprawie niniejszej, zaprezentowane zostało w orzecznictwie sądów powszechnych. Mianowicie, Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 14 lipca 2010 r., podkreślił także, iż sam fakt manipulacji w układzie rozliczeniowo – pomiarowym nie stanowi dowodu na to, że wystąpił nielegalny pobór energii, albowiem konieczną i niezbędną przesłanką do uznania, iż doszło do nielegalnego poboru energii, jest wykazanie, że ingerencja ta miała wpływ na zafałszowanie pomiarów dokonywanych przez ten układ (por. sygn. akt III Ca 448/10 LEX nr 171418).

Sąd Okręgowy podkreślił, że na powodzie spoczywał ciężar udowodnienia uszkodzenia licznika i nielegalnego poboru energii oraz związku przyczynowego pomiędzy tymi zdarzeniami, celem wykazania zasadności dochodzenia wskazanej w pozwie opłaty na podstawie przyjętej taryfy.

Z dowodów zaferowanych przez powoda wynikało, że z licznika zostały zerwane plomby legalizacyjne i monterskie, co wskazywało jedynie – jak potwierdził dowód z opinii biegłego sądowego - na możliwość ingerencji w układ pomiarowy. Na tej podstawie nie sposób jednak wyciągnąć dalej idących wniosków, zgodnie z którymi doszło do ingerencji w układ pomiarowo - rozliczeniowy a wskutek tego do nielegalnego poboru energii. W sprawie brak było dowodu na to, że pobór energii nastąpił. Bez przeprowadzenia badań wewnętrznych licznika niemożliwym było ustalenie, że taka sytuacja miała miejsce. Powyższych okoliczności nie potwierdziły również przeprowadzone dowody z zeznań świadków K. D., T. W. ani P. B.. Świadek P. B. przedstawił jedynie sposób wyliczenia należności objętej żądaniem pozwu. Zeznania K. D. i T. W. potwierdziły wyłącznie, że w czasie kontroli przeprowadzonej 13 października 2010 r. w sklepie przy ul. (...) stwierdzono na układzie pomiarowym istnienie nieoryginalnych plomb legalizacyjnych. Opinia biegłego sądowego potwierdziła stanowisko powoda w tym zakresie, mianowicie, że cechy w postaci kształtów i wymiarów charakteryzujących wzory wizerunków awersu i rewersu trzech plomb zabezpieczających licznik nie odpowiadają analogicznym wzorom wizerunków cech legalizacyjnych.

Zdaniem Sądu Okręgowego zeznania pozwanej wskazujące, że zużycie energii elektrycznej w okresie od 2001 r. do 2010 r. kształtowało się na podobnym poziomie co po przeprowadzeniu kontroli, a na przestrzeni lat rachunki nigdy nie były znacznie niższe oraz że nie wygenerowała żadnych większych oszczędności, wyłączając oczywiście normalne użytkowanie lokalu np. wyłączenie lodówki były wiarygodne. Okoliczności sprawy wskazują, że pozwana nie miała interesu w ingerencji w układ pomiarowo – rozliczeniowy, skoro wskazywał on zbliżony poziom zużycia energii elektrycznej zarówno przed kontrolą, jak i po jej przeprowadzeniu. Ponadto z zeznań pozwanej oraz świadka L. J. wynikało, że licznik był zamontowany w oddzielnym pomieszczeniu na zapleczu sklepu i miała do niego dostęp nieograniczona liczba osób, w tym pracownicy elektrowni, inne osoby wynajmujące od pozwanej lokale użytkowe, a nawet osoby postronne. Biegły sądowy w swoich uzupełniających opiniach pisemnej i ustnej również potwierdził, że do przeprowadzenia zmian w liczniku byłaby wymagana wiedza specjalistyczna. Bez odpowiedniego przygotowania nie każdy mógłby dokonać zmian w układzie pomiarowo – rozliczeniowym. Dla Sądu Okręgowego istotne było, że biegły sądowy stwierdził również, iż nie było możliwe określenie czasu nałożenia nieoryginalnych plomb. Sąd Okręgowy stanął więc na stanowisku, że strona powodowa zaniechała wykazania podstawowej przesłanki odpowiedzialności – poboru energii (powstania i wysokości szkody), a powołane przez nią dowody były niewystarczające dla wykazania powyższych okoliczności. Powoływanie się jedynie na potencjalną możliwość powstania szkody jest niewystarczające do przypisania powodowi możliwości obciążania pozwanej opłatą za nielegalny pobór.

Jednocześnie dla poniesienia odpowiedzialności pozwanej nie jest wystarczające samo nawet przyjęcie, że ingerencja w licznik rzeczywiście skutkowałą zmianą wskazań pobrań energii. Pozwana mogła jedynie odpowiadać za stan licznika i jego prawidłowe działanie dopiero od momentu jego zainstalowania, pod warunkiem że zamontowano oryginalny licznik (bez wad) z prawidłowo działającym mechanizmem. W niniejszej sprawie powód nie wykazał także, że licznik zamontowany w lokalu, w którym pozwana prowadziła działalność gospodarczą, w chwili montażu był wolny od wad, tj. że nie miała miejsca uprzednia (przed montażem licznika) ingerencja osób trzecich (przed zamontowaniem lub w trakcie takiego montażu). Na powyższe okoliczności zwróciło także uwagę orzecznictwo sądów, w tym Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 11 lutego 2015 r. (sygn. akt III CA 1017/14 LEX nr 1765584). W niniejszej sprawie powód przedstawił natomiast tylko jeden protokół dotyczący licznika i to protokół, który stwierdzał wady przedmiotowego licznika dopiero podczas kontroli przeprowadzonej przez przedstawicieli powoda 13 października 2010 r. Wówczas to licznik został zdemontowany. W sprawie bezsporne było natomiast, że do pomieszczenia, w którym znajdował się licznik, mieli dostęp także pracownicy powoda.

Ponadto, w ocenie Sądu Okręgowego powód był zobowiązany wykazać, kiedy doszło do zarzucanego nielegalnego poboru energii wskutek ingerencji w układ pomiarowy. W ocenie Sądu określenie czasu zdarzenia powodującego pobór energii poprzez wskazanie „w nieustalonym czasie do 13 października 2010 r.” jest niewystarczające. Te okoliczności są istotne, bowiem nielegalny pobór musi się odbyć wskutek ingerencji w układ pomiarowy przez odbiorcę energii, zatem po zamontowaniu w lokalu licznika i to licznika wolnego od wad. Powód nie zdołał natomiast wykazać, kiedy konkretnie ewentualny nielegalny pobór energii miał miejsce, ograniczając się w tym zakresie jedynie do wskazania okresu od 2001 r. do 13 października 2010 r., czyli do dnia przeprowadzenia krytycznej kontroli. Powód

sam przyznał, że w okresie tych dziewięciu lat doszło po raz pierwszy do zerwania plomb legalizacyjnych i monterskich oraz założenia plomb nieoryginalnych, jednak trudno sprecyzować, kiedy dokładnie te czynności miały miejsce oraz ile razy do nich doszło. Strona powodowa nie potrafiła kategorycznie wskazać, w jakim czasie miał miejsce zarzucany nielegalny pobór energii. Niemożność ta wynikać mogła zapewne z tego, że takiego poboru nie było. W ocenie Sądu Okręgowego sprecyzowanie okresu nielegalnego poboru energii było niezbędne, ponieważ pozwanej nie powinny obciążać zaniechania powoda w tym zakresie. Pozwana nie miałaby możliwości podniesienia zarzutu przedawnienia, a to, biorąc pod uwagę aż dziewięcioletni okres, kiedy mógł wystąpić nielegalny pobór energii, mogłoby mieć kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, gdyby doszło do ustalenia odpowiedzialności pozwanej.

Reasumując Sąd Okręgowy stwierdził, że w niniejszej sprawie powód nie zdołał udowodnić, że w lokalu przy ul. (...) w W. w okresie, w którym pozwana prowadziła działalność gospodarczą, doszło do nielegalnego poboru energii. Okoliczność, że na liczniku zostały zamontowane trzy nieoryginalne plomby oraz fakt, że plomby monterskie zostały zerwane, nie stanowiła jeszcze przesłanki do przypisania pozwanej odpowiedzialności za nielegalny pobór energii. Wobec powyższego, z uwagi na brak podstaw do zastosowania w sprawie art. 57 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 18 ustawy, albo też innych przepisów uprawniających do żądania odszkodowania, powództwo polegało oddaleniu.

Sąd Okręgowy o kosztach postępowania rozstrzygnął na podstawie art. 98 k.p.c. ustalając, że powód przegrał sprawę w całości i obciążył go kosztami postępowania zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu. Szczegółowe wyliczenia tych kosztów na podstawie art. 108 § 1 zdanie 2 k.p.c. Sąd pozostawił referendarzowi sądowemu.

Od wyroku apelację wniósł powód zaskarżając go w całości i zarzucił naruszenie prawa materialnego przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w szczególności:

- 1) art. 57 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 2007 r. Prawo energetyczne, przez przyjęcie, że ciężar dowodu wyłącznej winy osoby trzeciej, za którą odbiorca nie ponosi odpowiedzialności spoczywa na przedsiębiorstwie energetycznym a nie na odbiorcy, który taką okolicznością może uwolnić się od odpowiedzialności,
- 2) art. 3 pkt 18 ustawy z dnia 10 kwietnia 2007 r. Prawo energetyczne, przez przyjęcie, że celowe pozbawienie ważności legalizacji układu pomiarowo- rozliczeniowego dokonane przez zerwanie wszystkich zabezpieczających go plomb legalizacyjnych Urzędu Miar i zastąpienie ich podrobionymi plombami niewiadomego pochodzenia nie stanowi ingerencji w ten układ, która traktowana jest jako nielegalny pobór energii elektrycznej,
- 3) art. 3 k.c. przez przyjęcie, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która zaprzecza, a nie tej która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Wskazując na te zarzuty powód wnosił o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku, uwzględnienie powództwa i orzeczenie zgodnie z żądaniem pozwu,
2. ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia przez sąd pierwszej instancji.

Pozwana w odpowiedzi na apelację wносиła o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie od powoda na jej rzecz zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm prawem przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja powoda zasługiwała na częściowe uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny w całości podzielił ustalenia faktyczne, dokonane w sprawie przez Sąd pierwszej instancji, czyniąc je jednocześnie podstawą swojego rozstrzygnięcia. Sąd Okręgowy, w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania dowodowego, ustalił wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, które znajdowały

odzwierciedlenie w całokształcie zaoferowanego przez strony materiału dowodowego. Wniosków Sądu pierwszej instancji i oceny prawnej wywiedzionej na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego i zgromadzonych dowodów Sąd Apelacyjny nie podziela, stąd wyrok podlegał zmianie.

Zawarte w apelacji zarzuty naruszenia prawa materialnego koncentrowały się na zanegowaniu przyjętego przez Sąd pierwszej instancji rozkładu ciężaru dowodu oraz przyjęcia braku nielegalnego pobrania energii.

Sąd pierwszej instancji przytoczył treść art. 3 pkt 18 ustawy prawo energetyczne oraz zakreślił spór do faktu, czy pozwana dopuściła się ingerencji w licznik w taki sposób, że mogło to umożliwić nielegalny pobór energii elektrycznej. Jednak istotną kwestią było, czy rzeczywiście do takiego nielegalnego poboru energii elektrycznej doszło, a więc czy miał miejsce pobór nielegalny uzasadniający obciążenie pozwanej kwotą dochodzoną pozwem. Na powódzie spoczywa obowiązek wykazania szkody i jej wysokości, czyli rozmiaru faktycznego nielegalnego pobrania energii. W ocenie Sądu pierwszej instancji powód nie wykazał, aby w lokalu użytkowanym przez pozwaną doszło w sposób nielegalny do pobrania energii elektrycznej. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, aby doszło do nielegalnego poboru energii elektrycznej niewystarczające jest wykazanie samej ingerencji w układ pomiarowo- rozliczeniowy, konieczne jest wykazanie, że taka ingerencja miała wpływ na zafalszowanie pomiarów dokonanych przez ten układ a zatem, że nielegalny pobór energii rzeczywiście nastąpił.

Pogląd Sądu pierwszej instancji sprowadza się do przełożenia akcentu na zafalszowanie pomiarów faktycznego poboru energii, który będzie świadczył o ingerencji w układ pomiarowo rozliczeniowy, a tymczasem w ocenie Sądu Apelacyjnego chodzi o ingerencję w układ pomiarowo rozliczeniowy, która prowadzi do nielegalnego poboru energii.

Czym jest nielegalne pobieranie paliw lub energii wyjaśnia ustawa Prawo energetyczne przyjmując w art. 3 pkt 18, że jest nim pobieranie paliw lub energii bez zawarcia umowy, z całkowitym albo częściowym pominięciem układu pomiarowo-rozliczeniowego lub poprzez ingerencję w ten układ mającą wpływ na zafalszowanie pomiarów dokonywanych przez układ pomiarowo-rozliczeniowy. Jest w sprawie oczywiste, że pozwana była odbiorcą energii na podstawie umowy. miał miejsce pobór energii i pozwana płaciła rachunki. Do tego bezsporne jest, że doszło do ingerencji w układ pomiarowo-rozliczeniowy. Jak wyjaśnił Sąd pierwszej instancji zostało wykazane, że trzy ołowiane plomby legalizacyjne zabezpieczające licznik energii elektrycznej były nieoryginalne.

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie energią elektryczną (Dz.U. 2007 Nr 128, poz. 895 w wersji obowiązującej do 2011-09-26 a więc w dacie kontroli układu pomiarowego), przez układ pomiarowo-rozliczeniowy rozumie się liczniki i inne urządzenia pomiarowe lub pomiarowo-rozliczeniowe, w szczególności: liczniki energii czynnej, liczniki energii biernej oraz przekładniki prądowe i napięciowe, a także układy połączeń między nimi, służące bezpośrednio lub pośrednio do pomiarów energii elektrycznej i rozliczeń za tę energię. Zerwanie plomb legalizacyjnych stanowiąc przypadek ingerencji w układ pomiarowo-rozliczeniowy ma wpływ na zafalszowanie wyników pomiarów, gdyż odbiorca energii zyskuje dostęp do wewnętrznych elementów licznika bez pozostawienia śladów na wewnętrznych mechanizmach licznika podczas ingerencji. Jak Sąd pierwszej instancji stwierdził, w oparciu o opinię biegłego, manipulacji elementami liczydła wewnątrz licznika można dokonać w taki sposób, że nie powstaną żadne ślady ani rysy czy uszkodzenia obudowy i wewnętrznych elementów urządzenia. Skoro z ustaleń biegłego wynika, że zostały naruszone plomby oryginalne, to tym samym doszło do ingerencji w układ pomiarowo-rozliczeniowy i dalsze ustalanie, czy zmieniono wewnętrzne elementy licznika jest zbędne.

Nie było przedmiotem sporu, że energia elektryczna była faktycznie pobierana. Sąd pierwszej instancji przypisanie nielegalnego poboru energii warunkował wykazaniem, że powyższa ingerencja miała wpływ na zafalszowanie pomiarów dokonywanych przez układ pomiarowo-rozliczeniowy i tym samym rzeczywiście pobór energii nastąpił. Innymi słowy tylko różnica w poziomie zużycia energii elektrycznej dowodziłaby nielegalnego jej poboru. Sąd pierwszej instancji łączy więc skutek nielegalnego poboru energii z przyczyną ingerencji w układ pomiarowo-rozliczeniowy tylko dla tych przypadków, gdy następuje matematyczna różnica zużycia energii elektrycznej. Zdaniem Sądu Apelacyjnego ingerencja w działanie urządzenia pomiarowego rejestrującego pobór energii elektrycznej jest

stanem, w którym istnieje pobór energii bez możliwości zmierzenia jej rzeczywistej ilości, gdyż urządzenia rejestrujące zostały pozbawione swojej funkcji. Nieuzasadnione jest wyłączenie tych przypadków nielegalnego poboru energii, gdy właśnie wskutek ingerencji nie ma możliwości zmierzenia różnicy poziomu zużycia energii elektrycznej, a kwalifikowanie tylko takich przypadków, gdy pobór energii zmieni dane na rachunku. Innymi słowy Sąd pierwszej instancji za nielegalny przyjmuje taki pobór energii, który ma odzwierciedlenie w wysokości opłat (zmniejszenie do dotychczasowych), wykluczając niekontrolowany przepływ energii w większej ilości przy utrzymaniu tego samego poziomu opłat. Sąd Apelacyjny nie podziela takiego poglądu. Jak trafnie wskazuje apelujący, ingerencję w licznik przeprowadza się w ten sposób, aby tych różnic w sposób wyraźny nie było. Pomiary nie oddają istoty zjawiska polegającego nie na zmniejszeniu opłat, lecz na zwiększeniu poboru energii elektrycznej przy zachowaniu dotychczasowych płatności.

Wspomniane rozporządzenie w §44 różnicowało sytuacje, gdy energia elektryczna jest pobierana z całkowitym lub częściowym pominięciem układu pomiarowo-rozliczeniowego lub poprzez ingerencję w ten układ mającą wpływ na zafalszowanie pomiarów dokonywanych przez układ pomiarowo-rozliczeniowy. Przedsiębiorstwo energetyczne może obciążyć odbiorcę opłatami, zarówno dla przypadku gdy (i) udowodni okres nielegalnego pobierania energii elektrycznej przyjmując wielkości mocy umownej i zużycia tej energii, jakie wystąpiły w analogicznym okresie przed powstaniem nielegalnego pobierania energii elektrycznej lub po jego ustaniu, jak i gdy (ii) nie można ustalić ilości nielegalnie pobranej energii elektrycznej przyjmując ilości energii elektrycznej uwzględniające rzeczywistą możliwość pobierania energii przez danego odbiorcę wynikające z mocy i rodzaju zainstalowanych odbiorników. Kryterium faktycznego zużycia energii elektrycznej, jak przyjął Sąd pierwszej instancji jest niewłaściwym kierunkiem wykładni art. 3 pkt 18 ustawy. Wystarczy sama ingerencja w układ pomiarowo-rozliczeniowy mająca wpływ na zafalszowanie pomiarów dokonywanych przez ten układ stanowi o nielegalnym pobieraniu energii, a nie nielegalne pobieranie energii jako różnica poziomu jej zużycia dowodzi ingerencji w układ pomiarowo-rozliczeniowy. Ilości nielegalnie pobranej energii są istotne dla sposobu ustalenia wysokości opłaty, a nie deliktu. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko wyrażone w uchwale Sądu Najwyższego z 10 grudnia 2009 r. w sprawie III CZP 107/09 (OSNC 2010/5/77), że określone w art. 3 pkt 18 prawa energetycznego przypadki nielegalnego poboru energii stanowią delikt, a przewidziana w art. 57 ust. 1 pkt 1 tej ustawy opłata za nielegalnie pobraną energię ma charakter cywilnoprawny i odszkodowawczy.

Zgodnie z art. 57 ust. 1 ustawy w wersji obowiązującej przed wejściem w życie noweli z dnia 8 stycznia 2010 r., w razie nielegalnego pobierania paliw lub energii z sieci, przedsiębiorstwo energetyczne mogło pobierać opłaty za nielegalnie pobrane paliwo lub energię w wysokości określonej w taryfach lub dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych. Natomiast po wejściu w życie tej noweli, w razie nielegalnego pobierania paliw lub energii, przedsiębiorstwo energetyczne może: 1) pobierać od odbiorcy, a w przypadku, gdy odbiór paliw lub energii nastąpił bez zawarcia umowy, może pobierać od osoby lub osób nielegalnie pobierających paliwa lub energie opłatę w wysokości określonej w taryfie, chyba że nielegalne pobieranie paliw lub energii wynikało z wyłącznej winy osoby trzeciej, za którą odbiorca nie ponosi odpowiedzialności albo 2) dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych. Zarówno przed, jak i po nowelizacji prawa energetycznego ustawą z dnia 8 stycznia 2010 r., przedsiębiorstwo energetyczne było i jest uprawnione do dochodzenia opłaty w wysokości określonej w taryfie (odszkodowania ryczałtowego), albo odszkodowania na zasadach ogólnych. Dla przypadku odszkodowania ryczałtowego, przedsiębiorstwo energetyczne jest zwolnione z obowiązku udowodnienia faktycznej ilości pobranej nielegalnie energii. Przedsiębiorstwo energetyczne jest obowiązane do wykazania zaistnienia jednej z sytuacji określonej art. 3 pkt 18 ustawy oraz podstaw kalkulacji naliczenia opłaty tj. podstaw zaszeregowania do określonej grupy taryfowej i przyjęcia rocznego ryczałtowego zużycia.

Trybunał Konstytucyjny w sprawie P 50/13 zajmując się charakterem prawnym opłat z art. 57 ust. 1 pkt 1 wyjaśnił, odwołując się do poglądów literatury, że opłata przewidziana w art. 57 ust. 1 pkt 1 prawa energetycznego ma charakter cywilnoprawny i pełni funkcję odszkodowawczą, stanowiąc wypadek odmiennego uregulowania sposobu ustalania szkody z zastosowaniem stawek opłat zawartych w taryfie, na co zezwala art. 361 § 2 k.c.(por. powoływane w wyroku M. Balwicka-Szczyrba, glosa do uchwały SN z dnia 10 grudnia 2009 r., III CZP 107/09, „Gdańskie Studia Prawnicze - Przegląd Orzecznictwa” nr 11/2011, s. 77; M. Sieradzka, glosa do uchwały SN z dnia 10 grudnia 2009 r., III CZP 107/09, Lex; M. Balwicka-Szczyrba, Zasady dochodzenia roszczeń z tytułu nielegalnego pobierania energii

elektrycznej w znowelizowanym prawie energetycznym, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2010, tom XXIV, s. 190). Opłata stanowi szczególny rodzaj zryczałtowanego odszkodowania obciążającego odbiorcę względem dostawcy oraz szczególny sposób obliczania wysokości odszkodowania.

Sformułowanie przepisu art. 57 ust. 1 ustawy wskazuje, że pobierający nielegalnie energię odpowiada na zasadzie ryzyka, niezależnie od swego zawinienia, a uwolnić się od zapłaty zryczałtowanej opłaty może tylko w przypadku wykazania, że pobór ten wynikał z wyłącznej winy osoby trzeciej, za którą nie ponosi odpowiedzialności. Ustalenie nielegalnego poboru energii nie wymaga badania winy sprawcy w znaczeniu subiektywnym (zob. wyroki Sądu Najwyższego z 9 kwietnia 2003 r., I CKN 252/2001, OSNC 2004 r. Nr 7-8, poz. 110, z 27 marca 2008 r., II CSK 489/2007, uzasadnienie uchwały z 10 grudnia 2009 r., III CZP 107/2009, OSNC 2010 r. Nr 5, poz. 77). Wina odbiorcy energii nie jest przesłanką odpowiedzialności na podstawie art. 57 ust. 1 pkt 1 ustawy. Na pozwanej ciążył dowód przesłanki egzoneracyjnej, że inna osoba spowodowała ingerencje w układ, czego pozwana nie udowodniła. Co do zasady ustalenie i przypisanie winy osobie trzeciej związane jest zawsze z konkretnie oznaczonym podmiotem. Niezidentyfikowanie tego podmiotu i ogólnikowe stwierdzenie, że każdy miał dostęp, jest równoznaczne z upadkiem wskazanej przesłanki egzoneracyjnej. Zdaniem Sądu Apelacyjnego podobnie jak w przypadku art. 435 k.c. anonimowość sprawcy nie pozwala na wyłączenie go z kręgu osób, za zachowanie których odpowiedzialność ponosi odbiorca (por. per analogia wyrok SN z dnia 18 października 1982 r., I CR 160/82, tak samo w wyroku SN z dnia 8 listopada 1988 r., II CR 315/88).

Mimo, że doszło do naruszenia przepisów prawa materialnego roszczenie powoda nie może być uwzględnione w całości. Powołane powyżej przepisy rozporządzenia nie wskazują wprost czy przy wymiarze należy brać pod uwagę fakt, że część energii została zmierzona i opłacona, czy też jest to okoliczność dla wymiaru nieistotna. Nie może być obojętny fakt, że odbiorca płacił za energię, którą wykazywał układ pomiarowo-rozliczeniowy. W ocenie Sądu Apelacyjnego, nadanie opłacie charakteru odszkodowawczego oznacza, że jej wymiar winien być zależny od ilości nielegalnie pobranej energii. Dla przypadku, gdy ilości nielegalnie pobranej energii nie można dokładnie ustalić, zastosowano mechanizm jej ustalenia na podstawie posiadanych przez odbiorcę urządzeń, czyli ile odbiorca mógł rzeczywiście energii pobrać. Z drugiej strony pobór energii nie może być oderwany od działalności odbiorcy, gdyż inaczej ryczałtowa ilość energii byłaby nieproporcjonalna do jego potrzeb a naliczona opłata nieadekwatna do rozmiaru szkody przedsiębiorstwa energetycznego. Sąd Apelacyjny miał na uwadze brak dowodów, czy odbiorniki były zainstalowane (k. 30), braku mocy i rodzaju zainstalowanych odbiorników, braku umowy określającej moc umową (zamawianą przez odbiorcę dla każdego przyłącza/miejsca dostarczania odrębnie), brak określenia czasu ingerencji w układ pomiarowo-rozliczeniowy. Pozwana została zakwalifikowana do grupy taryfowej C11 obejmującej odbiorców zasilanych z sieci elektroenergetycznych niskiego napięcia o mocy umownej nie większej niż 40 kW i prądzie znamionowym zabezpieczenia przelicznikowego nie większym niż 63 A. W konsekwencji racjonalnie jest przyjęcie ilości energii elektrycznej uwzględniającej rzeczywistą możliwość pobrania energii na poziomie 40 kWh adekwatnej do mocy umownej taryfy C 11. Możliwość wykorzystania energii o mocy 40 kW jest równoważna 40 000 W, czyli 40 kWh. Dlatego taka zmienna podstawiona do obliczenia ryczałtowej ilości pobranej energii 3 fazy x 150 A x 40 kWh daje 18 000 kWh. Przyjęcie 135 000 kWh stawałoby się nieproporcjonalnie zawyżone do potrzeb sklepu o nieznaną ilość odbiorników. Zaś ryczałtowa ilość przekraczająca 5 krotnie stan licznika (31 090,52 kWh) nieadekwatna do szkody przedsiębiorstwa energetycznego.

Po drugie, decyzja Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 5 lutego 2010 roku (...) (k. 142) dotyczy dystrybucji energii elektrycznej a nie obrotu. Według decyzji Prezesa URE powód mógł świadczyć usługi dystrybucji energii elektrycznej lub stosownie do umowy kompleksowej łączyć sprzedaż energii elektrycznej i świadczyć usługi dystrybucji energii elektrycznej. Usługa dystrybucji obejmowała a) dystrybucję energii elektrycznej, b) utrzymywanie ciągłości i niezawodności dostaw energii elektrycznej, c) utrzymywanie parametrów jakościowych energii elektrycznej. W świetle tych postanowień nie ma uzasadnienia dla naliczenia kwoty 53 244 zł kalkulowanej za obrót, gdyż powód nie wykazał, aby w ujęciu prawa energetycznego był przedsiębiorcą wykonującym działalność gospodarczą w zakresie obrotu.

Istotne dla wyliczenia odszkodowania ryczałtowego są dane wynikające z kalkulacji rachunku z tytułu nielegalnego poboru energii elektrycznej z 8 grudnia 2010 r. (k. 32). Świadek B. zeznał jak wyliczał opłatę i wynika, że zastosował

taryfę z 5 lutego 2010 roku (k. 234 v). Przypadek ingerencji w układ pomiarowo-rozliczeniowy przy nieustalonej ilości pobranej nielegalnie energii według pkt 7.5 uprawnia operatora do obciążenia dwukrotnością stawki opłat dla grupy taryfowej, do której zakwalifikowany jest odbiorca oraz dwukrotności ceny energii elektrycznej przyjmując wielkość mocy umownej określonej w umowie i ilość energii elektrycznej uwzględniając rzeczywistą możliwość pobierania energii przez dany podmiot wynikające z mocy i rodzaju zainstalowanych odbiorników nie większe niż 300 kWh dla układu z przekładnikami prądu pomiar półpośredni za każdy 1A prądu znamionowego obwodu pierwotnego przekładnika prądowego. W konsekwencji za dystrybucję i przesył uwzględniając dane z taryfy zatwierdzonej decyzją z dnia 5 lutego 2010 roku (...) (i) składnik zmienny wynosi 0,119 zł, (ii) składnik stały wynosi 3,15 zł (iii) opłata abonamentowa wynosi 2,02 zł i (iv) opłata przejściowa wynosi 1,35 zł. Obliczenie przedstawia się dla (i) ilości nielegalnie pobranych kWh 4 287,6 zł (0,1191 zł x 18 000 kWh x 2) (ii) opłaty abonamentowej 4,04 zł, (iii) składnika stałego 37,80 zł i (iv) opłaty przejściowej 16,20 zł. Łącznie należne odszkodowanie ryczałtowe do zapłaty powodowi wynosi 4 345,64 zł.

Podniesione zarzuty prawa materialnego doprowadziły do zmiany wyroku przez Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 §1 k.p.c. poprzez zasądzenie na rzecz powoda kwoty 4 345,64 zł z odsetkami za opóźnienie od dnia 7 stycznia 2011 roku do dnia zapłaty. W pozostałym zakresie apelacja podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c. Dla rozstrzygnięcia o kosztach postępowania zastosowanie znajduje art. 100 k.p.c. zdanie drugie przyjąwszy, że powód jest obowiązany do zwrotu wszystkich kosztów, gdyż pozwana uległa tylko od nieznacznej części swego żądania (5%).

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono w punkcie trzecim wyroku na podstawie art. 100 k.p.c. zdanie drugie (analogicznie jak dla kosztów za postępowanie przed pierwszą instancją) przy uwzględnieniu, że apelacja została wniesiona 2 marca 2017 roku i zastosowanie winne znaleźć przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia pełnomocnika procesowego przepisy § 2 pkt 6 w związku z §10 ustęp 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości ws. opłat za czynności radców prawnych z dnia 22 października 2015 r. Do kosztów podlegających zwrotowi na rzecz pozwanego wliczono kwotę 4 050 zł.

Marek Kolasiński Magdalena Sajur-Kordula Jolanta de Heij-Kaplińska