

Sygn. akt I ACa 577/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 listopada 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny:

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Edyta Buczkowska-Żuk
Sędziowie:	SSA Wiesława Kaźmierska (spr.) SSA Agnieszka Sołtyka
Protokolant:	sekr.sądowy Justyna Kotlicka

po rozpoznaniu w dniu 14 listopada 2012 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa J. B. (1)

przeciwko Spółdzielni Mieszkaniowej (...)w S.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 25 czerwca 2012 r., sygn. akt I C 691/09

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt. II i IV w ten sposób, że:

- 1. zasądza od pozwanej na rzecz powoda dalszą kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) wraz z odsetkami ustawowymi od 13 marca 2007 r. do dnia zapłaty, a w pozostałej części powództwo oddala,**
- 2. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 3 970 (trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt złotych, tytułem kosztów postępowania,**

II. oddala apelację powoda w pozostałym zakresie;

III. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 385 zł (trzysta osiemdziesiąt pięć złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Wiesława kaźmierska Edyta Buczkowska-Żuk Agnieszka Sołtyka

Sygn. akt: I ACa 577/12

UZASADNIENIE

J. B. (1) wniósł o zasądzenie od pozwanej Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w S. kwoty 82 447,90 zł wraz z odsetkami ustawowymi naliczanymi do dnia zapłaty:

- od kwoty 26 084,11 zł od dnia 5 lipca 2006 r.

- od kwoty 8 000 zł od dnia 20 lipca 2006 r.

- od kwoty 27 000 zł od dnia 1 sierpnia 2006 r.

- od kwoty 4 000 zł od dnia 1 sierpnia 2006 r. i

- od kwoty 17 363,79 zł od dnia 5 sierpnia 2006r. oraz zasądzenia na jego rzecz kosztów postępowania. W uzasadnieniu wskazał, że dochodzi od pozwanej zwrotu nienależnego świadczenia tj. należności wyegzekwowanych przez Komornika w oparciu o tytuł wykonawczy w postaci wyroku Sądu Apelacyjnego Szczecinie z 11 maja 2006r. (sygn. akt I ACa 846/05) zaopatrzonego w klauzulę wykonalności 16 maja 2006 r. i wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z 23 marca 2005 r. (sygn. I C 820/04) zaopatrzonego w klauzulę wykonalności 16 maja 2006 r. W związku z uchynieniem przez Sąd Najwyższy wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 11 maja 2006r. i ponownym rozpoznaniu sprawy najpierw przez Sąd Okręgowy Szczecinie, a następnie Sąd Apelacyjny – wskutek wywiezionej przez powoda apelacji – wyrokiem z 7 maja 2009 r. ostatecznie zasądzona została od powoda na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej (...) kwota 10 900 zł, wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od 2 kwietnia 2004 r. i zostało oddalone powództwo i apelacja pozostałej części oraz zasądzona została od pozwanej Spółdzielni Mieszkaniowej (...) na rzecz powoda kwota 13 388 zł tytułem zwrotu kosztów całego postępowania. Powód podkreślił, że pozwana nie zwróciła mu nienależnego jej świadczenia, dlatego pełnomocnik powoda pismem z dnia 29 maja 2009 r. wezwał pozwaną do dobrowolnego zwrotu kwoty 110 008,98 zł. Pozwana do dnia wytoczenia powództwa nie dokonała zwrotu tej należności.

Jako podstawę prawną żądania powód wskazał art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c. w zw. z art. 479¹ pkt 1 k.p.c.

Podał, że na dochodzoną przez niego kwotę 82 447,90 zł składają się następujące należności:

1. 46 996,71 zł należność główna, która stanowi różnicę pomiędzy należnością główną zasądzoną wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z 23 marca 2005 r., a należnością główną wynikającą z wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 7 maja 2009 r.,

2. 13 578,29 zł stanowiąca odsetki ustawowe od w/w. należności głównej, liczone zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z 23 marca 2005 r., tj. od 2 kwietnia 2004 r. do dnia zapłaty tj. 4 sierpnia 2006 r. (kwota ta stanowi różnicę pomiędzy odsetkami ustawowymi zasądzonymi wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 23 marca 2005 r., a odsetkami ustawowymi zasądzonymi wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 7 maja 2009 r.,

3. 8 518,98 zł stanowiąca 82% wyegzekwowanych w toku postępowania egzekucyjnego kosztów postępowania sądowego,

4. 1 090,60 zł stanowiąca 82% pobranych w toku postępowania egzekucyjnego zaliczek.

5. 11 525,32 zł stanowiąca 82% pobranych w toku postępowania egzekucyjnego kosztów egzekucji,

6. 738 zł stanowiąca 82% wyegzekwowanych w toku postępowania egzekucyjnego kosztów zastępstwa radcowskiego w postępowaniu egzekucyjnym.

Wskazał nadto, że dochodzi odsetek ustawowych od dnia następnego po dniu wyegzekwowania od niego poszczególnych kwot do dnia zapłaty, przy czym wyegzekwowana od niego w dniu 19 czerwca 2006 r. kwota 10 000

zł oraz część kwoty w wysokości 3 915,89 zł, wyegzekwowana w dniu 4 lipca 2006 r. zostały zaliczone przez powoda na poczet przysługujących pozwanej od powoda należności zasądzonych wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 7 maja 2009 r., sygn. akt I A Ca 57/09 (należność główna 10 900 zł oraz odsetki ustawowe w kwocie 3 015,89 zł).

Nakazem zapłaty z 16 czerwca 2009 r. wydanym w postępowaniu upominawczym, Sąd Okręgowy w Szczecinie orzekł w całości zgodnie z żądaniem pozwu, nadto zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 7 740 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (k. 19).

Sprzeciw od w/w nakazu wniosła pozwana Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) w S. wnosząc o oddalenie powództwa, nadto zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych. W uzasadnieniu sprzeciwu między innymi wskazała, że postępowanie prowadzone było w oparciu o tytuł wykonawczy w postaci wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 11 maja 2006r.

Pozwana podniosła zarzut potrącenia wierzytelności objętej pozwem z wierzytelnością, jaka przysługuje Spółdzielni w stosunku do J. B. (1) z tytułu kosztów związanych z eksploatacją lokalu użytkowego położonego w S. przy ul (...) w okresie od 1 stycznia 2006 r. do 31 grudnia 2008 r. (a więc w okresie nie będącym dotychczas przedmiotem sporu pomiędzy stronami). Na wierzytelność pozwanej wobec powoda składa się:

1. podatek od nieruchomości za lokal użytkowy powoda za rok 2006 r. w kwocie 5 283,12 zł, za rok 2007 r. w kwocie 5 316,40 zł i za rok 2008 r. w kwocie 5 459,28 zł, co daje razem 16 058,80 zł + 22 % podatku VAT = 19 591,74 zł;

2. koszty ogrzewania lokalu użytkowego powoda w okresach grzewczych od 1 października 2005 r. do 30 września 2006 r. w kwocie 15 227,77 zł, od 1 października 2006 r. do 30 września 2007 r. w kwocie 18 115,66 zł, od 1 października 2007r. do 30 września 2008 r. w kwocie 20 635,5 1 zł, co daje razem: 53 978,94 zł;

3. koszt wody gospodarczej związanej z eksploatacją lokalu powoda w wysokości za rok 2006 - 120,00 zł, za rok 2007 - 120,00 zł, -za rok 2008 - 120,00 złotych,

4. koszt wody i kanalizacji w lokalu powoda za okres 1 styczeń 2006 r. - 31 grudnia 2008 r.

5. koszty eksploatacyjne lokalu powoda, na które składają się fundusz remontowy oraz tzw. opłata eksploatacyjna. Fundusz remontowy obejmuje koszty pozwanej Spółdzielni ponoszone na mienie spółdzielni (remonty i bieżącą konserwację). Łącznie wydatki pozwanej na fundusz remontowy (przeprowadzone remonty) przypadający na powoda (powierzchnia lokalu użytkowego powoda to 240,58 m) wynosił odpowiednio w roku 2006 - 6 598,00 zł, w roku 2007- 7 340,02 zł, -w roku 2008:- 7 148,20 zł, co daje łącznie 21 086,22 zł + podatek VAT 22 % = 25 725,19 zł

Pozwana podkreśliła dalej, że do poszczególnych kosztów ponoszonych przez nią dodany został podatek VAT. Pozwana zaprzeczyła, aby była zobowiązana do zwrotu powodowi kwot opisanych w uzasadnieniu pozwu, pod pozycjami 4 i 5 tj. 82% pobranych w toku postępowania egzekucyjnego zaliczek (kwoty 1 090,60 zł) i 82 % pobranych w toku postępowania egzekucyjnego kosztów egzekucji (kwoty 11 525,32 zł). Zakwestionowała żądanie pozwu także w zakresie odsetek. Podkreśliła, że egzekucja kwot dochodzonych w toku tego procesu przez powoda została przeprowadzona przez komornika w oparciu o tytuł wykonawczy, stąd też - w czasie postępowania egzekucyjnego - nie można wskazać pozwanej Spółdzielni jako dłużnika, a powoda jako wierzyciela. Pozwana Spółdzielnia nie znajdowała się też w zwłoce. Pierwsze wezwanie, którym powód wezwał pozwaną do zwrotu wyegzekwowanych przez nią kwot datowane jest na 28 lutego 2007 r., a nadane zostało listem poleconym w Urzędzie Pocztowym 2 marca 2007 r. Zdaniem pozwanej, ewentualnie dopiero od daty wyznaczonej pozwanej na zapłatę w ww. piśmie można mówić o jej zwłoce w spełnieniu świadczenia pieniężnego.

Wyrokiem z 25 czerwca 2012 r. Sąd Okręgowy Szczecinie zasądził od pozwanej Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w S. na rzecz powoda J. B. (2) kwotę 1725,61 zł z odsetkami ustawowymi od 13 marca 2007r. (pkt. I wyroku), oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt. II) oraz zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 86,29 zł tytułem częściowego zwrotu opłaty od pozwu (pkt. IV), a od powoda na rzecz pozwanej kwotę 3465,59, tytułem

częściowego zwrotu kosztów zastępstwa procesowego i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kwotę 3663, zł tytułem częściowego zwrotu wydatków.

Wyrokując, Sąd pierwszej instancji ustalił, że powodowi przysługuje spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu użytkowego położonego w S. przy ul. (...), którego powierzchnia użytkowa wynosi (...) m². Zarząd nieruchomością wspólną związaną z tym lokalem sprawuje pozwana Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) w S.. Powód nie jest członkiem tej Spółdzielni od 27 września 2001r. W spółdzielni tej przeważają lokale mieszkalne, lokale użytkowe stanowią niewielki odsetek wszystkich wyodrębnionych lokali.

J. B. (1) oraz Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) w S. pozostawali w sporze co do wysokości czynszu należnego Spółdzielni od powoda za okres 1 marca 2002 r. - 29 lutego 2004 r., skapitalizowanych odsetek od czynszu za okresie 1 marca 2002 r. - 29 lutego 2004 r. oraz skapitalizowanych odsetek od czynszu za okres 1 kwietnia 2001 r. - 28 lutego 2002 r. Spółdzielnia dochodziła od J. B. (1) z ww. tytułu łącznej kwoty 57 896,71 zł z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu, tj. od 2 kwietnia 2004 r.

Wyrokiem z 23 marca 2005 r., zapadłym w sprawie o sygn. I C 820/04 Sąd Okręgowy w Szczecinie uwzględnił w całości powyższe żądanie, nadto zasądził od J. B. (1) na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w S. kwotę 7 689,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu. Apelacja powoda od tego wyroku została oddalona wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 11 maja 2006 roku, w sprawie o sygn. akt I A Ca 846/05 oraz zasądzone zostały od powoda na rzecz Spółdzielni koszty postępowania apelacyjnego w wysokości 2 700 złotych. Ten wyrok, na skutek skargi kasacyjnej powoda, został z kolei uchylony wyrokiem Sądu Najwyższego z 15 lutego 2007r., a sprawa została przekazana do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w Szczecinie. Przyczyną wydania takiego orzeczenia było nierozważnie -wobec błędnego przyjęcia, że art. 58 k.c. nie ma zastosowania do osoby niebędącej członkiem Spółdzielni - ważności statutu i wydanych na jego podstawie uchwał Rady Nadzorczej dotyczących wysokości poszczególnych, kwestionowanych przez J. B. (1) składników czynszu. Wyrokiem z 27 października 2007 r. Sąd Apelacyjny uchylił wyrok Sądu Okręgowego z 25 marca 2005r.i przekazał mu sprawę do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach procesu. Rozpoznając sprawę ponownie, Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z 17 listopada 2008 r., zapadłym w sprawie o sygn. I C 940/07 uwzględnił powództwo w całości i zasądził od J. B. (2) na rzecz Spółdzielni kwotę 14 737,06 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania. Wyrokiem z 7 maja 2009 r., zapadłym w sprawie o sygn. I A Ca 57/09 Sąd Apelacyjny w Szczecinie zmienił wyrok Sądu Okręgowego z 17 listopada 2008 r., w ten sposób, że zasądził od J. B. (1) na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w S. kwotę 10 900,00 zł z odsetkami ustawowymi od 2 kwietnia 2004 r., a w pozostałej części powództwo oddalił (pkt I), oddalił apelację J. B. (2) w pozostałej części (pkt II), zasądził od Spółdzielni na rzecz J. B. (1) 13 388,00 zł tytułem zwrotu kosztów całego postępowania. Sąd Apelacyjny uznał za zasadne zarzuty J. B. (1) dotyczące opłaty eksploatacyjnej, przyjął m.in., że § 100 ust. 6 statutu w sposób niezasadniony różnicujący sytuację właścicieli lokali mieszkalnych i użytkowych, jako taki jest sprzeczny z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz § 18 Prawa spółdzielczego. Powyższą sprawę J. B. (1) wygrał w 82%. Bezsporne, a nadto dowody:

Przed wydaniem wyroku przez Sąd Najwyższy Spółdzielnia Mieszkaniowa złożyła wniosek o wszczęcie postępowania egzekucyjnego w oparciu o tytuł wykonawczy w postaci wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 11 maja 2006 r. sygn. akt I A Ca 846/05 i wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z 23 marca 2005 r., sygn. I C 820/04, zaopatrzone w klauzulę wykonalności, w toku którego wyegzekwowała od J. B. (1) 57 896,71 zł tytułem należności głównej wynikającej i 16 753,49 zł tytułem odsetek ustawowych od należności głównej, liczonych od 2 kwietnia 2004 r. do dnia zapłaty, tj. do 4 sierpnia 2006 r., sumę 7 689 zł tytułem kosztów procesu w pierwszej instancji, 2 700 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym, 1330zł, tytułem uiszczonej przez wierzyciela zaliczki na koszty egzekucji, a także 900 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu egzekucyjnym i 14 055,27 zł tytułem kosztów egzekucji. Komornik zwrócił Spółdzielni wcześniej przez nią uiszczoną zaliczkę w kwocie 1 330,00 zł, jej pełnomocnikowi przekazał 900,00 zł. Całe roszczenie zostało zaspokojone, postępowanie egzekucyjne zakończono.

Pismem z 28 lutego 2007r., pełnomocnik J. B. (1) wezwał Spółdzielnię do zwrotu powyższej wyegzekwowanej kwoty powiększonej o skapitalizowane odsetki, liczone od dnia wyegzekwowania przez komornika. Powołał się na wyrok

Sądu Najwyższego z 15 lutego 2007 r. uchylający wyrok Sądu Apelacyjnego stanowiący podstawę prowadzenia egzekucji. Wyzначył termin do zapłaty - 7 dni od otrzymania wezwania. Wezwanie zostało nadane listem poleconym 2 marca 2007 r. W odpowiedzi na powyższe, pismem z 9 marca 2007r. Spółdzielnia poinformowała J. B. (1), że żadaną kwotę oddała do depozytu sądowego wraz z wnioskiem o zezwolenie na jej złożenie. Kwota ta nie została skutecznie złożona do depozytu sądowego. Spółdzielnia nie zwróciła jej też J. B. (1). Pismem z 29 maja 2009r. powód ponowił żądanie zwrotu wyegzekwowanej kwoty powiększonej o odsetki liczone od dnia wyegzekwowania przez komornika zaznaczając, że żąda jedynie 82% kosztów postępowania sądowego, egzekucyjnego i zaliczki. Spółdzielnia nie dokonała zwrotu żądanej kwoty.

Ustalił następnie Sąd Okręgowy, że pomiędzy stronami pozostawała sporna także wysokość poszczególnych składników czynszu za lokal użytkowy przy ul. (...) w okresie 1 stycznia 2006 r. - 31 grudnia 2008 r. Przed Sądem Rejonowym (...) w S. toczyła się między nimi sprawa o zapłatę brakującej (zdaniem Spółdzielni) części czynszu za okres styczeń - październik 2006 r. Postępowanie to zostało prawomocnie umorzone, a czynsz za okres 1 stycznia 2006 r. - 31 grudnia 2008 r. nie był (nawet w części) przedmiotem żadnego innego procesu. Wg. dalszych ustaleń Sądu, J. B. (1) uiszczał w okresie 1 stycznia 2006 r. - 31 grudnia 2008 czynsz z tym, że w wysokości niższej niż żądana przez spółdzielnię. Uiszczył zaliczki w następujących kwotach: w 2006 r. 13 000,00 zł, w 2007 r. kwotę 5000,00 zł, w 2008 r. 2 000,00 zł. Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) uiszczała podatek od nieruchomości od powierzchni użytkowej budynku związanej z prowadzeniem działalności gospodarczej w stawkach 18,00 zł/m²-za rok 2006, 18,15 zł/m²-za rok 2007, 18,59 - zł/m²-za rok 2008. Kwota podatku, przypadająca na lokal powoda (o powierzchni 240,58 m²) to łącznie 13 169,35 zł, w tym za rok 2006 - 4 330,44 zł, za rok 2007 - 4 366,563 zł, za rok 2008 -4 472,38 zł ([240,58 m² x 18 zł] + [240,58 m² x 18,15 zł] + [240,58 m² x 18,59 zł]).

Ustalił Sąd także, że w budynku, w którym znajduje się lokal powoda, od października 2006r. rozliczenie kosztów ogrzewania następuje według podzielników elektronicznych, wcześniej następowało według podzielników cieczowych. Rozliczenie następowało w 50% według podzielników, w 50% według powierzchni lokalu. Stawki przyjmowane do tych rozliczeń były - w okresie stosowania podzielników cieczowych - wyższe dla lokali użytkowych (w stosunku do lokali mieszkalnych), w pozostałym okresie stawki te były identyczne dla lokali użytkowych i mieszkalnych. W okresie rozliczania za pomocą podzielników cieczowych (1 stycznia 2006 r. - 30 września 2006 r.) Spółdzielnia stosowała wobec lokalu powoda poprawny współczynnik grzejnikowy oraz lokalowy $R_m = 0,84520$ (uwzględniającego m.in. położenie lokalu powoda na parterze, jego zabezpieczenie przed utratą ciepła), stosowała jednak zawyżone (w stosunku do lokali mieszkalnych) stawki za jednostkę poboru m² powierzchni. W okresie rozliczania za pomocą podzielników elektronicznych (1 października 2006 r. - 31 grudnia 2008 r.) Spółdzielnia stosowała wobec lokalu powoda poprawny współczynnik grzejnikowy, błędny współczynnik lokalowy $R_m = 1$, stosowała identyczne stawki jak wobec lokali mieszkalnych. Koszt ogrzania lokalu powoda w okresie 1 stycznia 2006 r. - 30 września 2006 r., przy zastosowaniu poprawnych współczynników i stawek identycznych z przyjętymi wobec lokali mieszkalnych wynosił faktycznie 7 337,00 zł. Stosunek tego kosztu do średniego kosztu ogrzewania w całym budynku (bez kosztów wykonania rozliczenia) to 180%. Stosunek ten jest zasadny wobec stanu drzwi, okien w lokalu powoda i sposobu eksploatacji (cechujących się stosunkowo dużą przepuszczalnością ciepła). Koszt ogrzania lokalu powoda w okresie 1 października 2006 r. - 31 grudnia 2008 r. wyliczony w oparciu o stosunek do średniego kosztu ogrzewania w tym budynku, tj. 180% wynosi 19 209,24 zł. Jest to koszt szacunkowy, najbardziej odpowiadający, niemożliwemu aktualnie do ustalenia, rzeczywistemu kosztowi ogrzania lokalu powoda w tym okresie. Odczyty z podzielników elektronicznych nie przedstawiają faktycznego zużycia ciepła (wobec rażącej dysproporcji kosztów ustalonych w oparciu o te odczyty, tj. w granicach 280 -369%, do średniej wartości ogrzania budynku). W okresie zmiany podzielników cieczowych na elektroniczne w ww. budynku nie dokonano żadnych zmian wpływających na stopień utraty ciepła tego budynku lub poszczególnych lokali (przykładowo: ocieplenia, wymiana okien). Łącznie koszt ogrzania lokalu powoda w okresie 1 stycznia 2006 r. - 31 grudnia 2008 r. to 26 546,24 złotych.

Na posiedzeniu Zarządu pozwanej Spółdzielni 15 marca 1995 r. Zarząd, w związku z koniecznością pokrycia kosztów związanych z zużyciem wody na spółdzielcze cele ogólnogospodarcze oraz kosztów związanych z dokonywaniem odczytów i prowadzenia rozliczeń, wprowadził zryczałtowaną opłatę stałą w pozycji „zimna” woda w wysokości 10,00

zł netto (10,70 zł brutto) za miesiąc od każdego lokalu użytkowego. Opłata ta obowiązuje od 1 marca 1995 r. Opłata ta jest ryczałtem ustalonym w związku z możliwością pobrania wody na zewnątrz (poza lokalami jest kran dostępny dla osób zajmujących lokale). Obowiązywała ona w ww. wysokości - dla lokali użytkowych - także w okresie od 1 stycznia 2006r. do 31 grudnia 2008 r. W tym samym czasie - dla lokali mieszkalnych - obowiązywała opłata w kwocie 3,85 zł za miesiąc. Łączny koszt pobranej zimnej, ciepłej wody oraz kanalizacji w stosunku do lokalu powoda za okres 1 stycznia 2006 r. - 31 grudnia 2008 r. to 498,96 zł (w tym 7% podatek VAT).

Ustalił następnie także Sąd pierwszej instancji, że koszty funduszu remontowego w okresie 1 stycznia 2006 r. - 31 grudnia 2008 r., przypadające na lokal powoda przy założeniu, że są wyliczane według takich samych zasad i stawek jak w stosunku do lokali mieszkalnych winny wynieść 10 335,24 zł. Koszty opłaty eksploatacyjnej (przede wszystkim energia, utrzymanie czystości, ubezpieczenie, koszty administracyjne) za okres 1 stycznia 2006 r. - 31 grudnia 2008 r., przypadające na lokal powoda, przy założeniu, że są wyliczane według takich samych zasad i stawek jak w stosunku do lokali mieszkalnych winny wynieść 17 379,48 zł.

Po dokonaniu takich ustaleń faktycznych, jak i, że zgodnie ze statutem pozwanej Spółdzielni, obowiązującym od lutego lub marca 2006r., osoby nie będące członkami spółdzielni, którym przysługują spółdzielcze własnościowe prawa do lokali są obowiązane uczestniczyć w wydatkach związanych z eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości w częściach przypadających na ich lokale, eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości stanowiących mienie Spółdzielni oraz w zobowiązaniach Spółdzielni z innych tytułów przez uiszczanie opłat na takich samych zasadach jak członkowie Spółdzielni, są zobowiązane do świadczeń na fundusz remontowy zasobów mieszkaniowych Spółdzielni oraz ponoszenia kosztów eksploatacji i utrzymania nieruchomości: dostawa wody, energii, wywóz śmieci, koszty bieżącej konserwacji i napraw, remontów urządzeń technicznych, infrastruktury technicznej, zieleni, placów, chodników opłat za grunty, koszty zarządzania nieruchomością, a ponadto koszty centralnego ogrzewania, eksploatacji dźwigów, odpisy na fundusz remontowy, koszty poniesione z usuwaniem awarii związanych z utrzymaniem zasobów spółdzielczych oraz koszty działalności społecznej i oświatowo – kulturalnej, a w związku z wyższymi kosztami utrzymania lokali użytkowych wynikającymi z większej intensywności użytkowania, wyższych stawek opłat za usługi komunalne (woda, kanalizacja, wywóz śmieci) i innych dodatkowych ponoszonych kosztów z tego tytułu, rozliczenie kosztów eksploatacji i remontów zasobów Spółdzielni dokonywane jest według przyjętego kryterium (lokale użytkowe obciążane są w granicach: 17% - 25% ponoszonych kosztów, pozostałe koszty obciążają lokale mieszkalne), a procentowe obciążenie przypadające na lokale użytkowe wynika z kalkulacji przeprowadzonej w celu ustalania wysokości stawki eksploatacyjnej dla danego roku, Sąd pierwszej instancji doszedł do przekonania, że roszczenie powoda, przy uwzględnieniu zarzutu potrącenia, okazało się zasadne tylko częściowo.

Sąd miał na uwadze, że w odniesieniu do dochodzonej przez powoda kwoty 82 447,90 zł wraz z odsetkami ustawowymi pozwana w odpowiedzi na pozew podniosła w całości zasadnie zarzut kwestionujący, że jest zobowiązana do zwrotu powodowi pobranych w toku postępowania egzekucyjnego zaliczek w wys. 1 090,60 zł oraz kosztów egzekucji w wys. 11 525,32 zł, jak i zasadny zarzut skierowany przeciwko żądaniu odsetek od dnia następnego po ich wyegzekwowaniu przez komornika. Jak wywodził Sąd, powód dochodzi zapłaty tych kwot na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu tj. art. 405 i 410 k.c., a koszty postępowania egzekucyjnego nie stanowią jednak wzbogacenia po stronie pozwanej i tym samym brak jest podstaw do nakazania pozwanej ich zwrotu. W odniesieniu do żądania zapłaty odsetek od dnia następnego po ich wyegzekwowaniu, Sąd podzielił argumentację pozwanej zawartą w odpowiedzi na pozew. Powód nie wykazał, żeby jego roszczenie stało się wymagalne z datą wyegzekwowania wskazanych kwot przez komornika, albowiem egzekucja była prowadzona w oparciu o tytuł wykonawczy. Sąd uznał, że powód może się domagać odsetek za opóźnienie dopiero od 13 marca 2007 r., albowiem wezwanie do zapłaty w terminie siedmiu dni od jego otrzymania, zostało doręczone pozwanej 5 marca 2007 r., co wynika z daty wskazanej w piśmie pozwanej z 9 marca 2007 r. W tej sytuacji pierwszym terminem opóźnienia jest dzień następny po dniu wyznaczonym przez powoda na spełnienie świadczenia (art. 481 k.c. w zw. z art. 476 k.c.) W rezultacie uznał Sąd, że tytułem zwrotu nienależnego świadczenia powód może domagać się od pozwanej zapłaty kwoty 69 831,98 zł (82447,90 zł - 1090,60 zł - 11525,32 zł = 69 831,98 zł).

W odniesieniu do zarzutu potrącenia kwoty 116 368,49 zł Sąd uznał, że potrącenie jest zasadne tylko do kwoty 68 106,37 zł. Sąd uznał, że co do zasady brak jest podstaw do zróżnicowania sytuacji właścicieli lokali użytkowych i mieszkalnych. Zgodnie z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, członkowie spółdzielni oraz osoby niebędące członkami powinni uczestniczyć w pokrywaniu kosztów związanych z eksploatacją w częściach przypadających na ich lokale. Podstawą ewentualnego zróżnicowania nie może zatem być przeznaczenie lokalu, a natomiast mogą być okoliczności, które faktycznie powodują że odniesieniu do poszczególnych lokali te koszty są różne. Ciężar dowodu, że tak jest w każdym przypadku spoczywa na Spółdzielni, która domaga się wyższych opłat. Postanowienia statutu sprzeczne zasadami wynikającymi z ww. ustawy nie mogą zatem być stosowane. Koszty te Sąd ustalił w oparciu o założenie, że koszty przypadające na lokal powoda powinny być takie jak w odniesieniu do lokali mieszkalnych i tak w związku z powyższym Sąd uznał, że potrącenie jest zasadne co do kwot: 13 169,35 zł (podatek od nieruchomości), 26 546,24 zł (koszty ogrzewania), 177,10 zł (koszty wody gospodarczej), 498,96 zł (koszty wody i kanalizacji), 10 335,24 zł (fundusz remontowy) i 17379,48 zł (koszty eksploatacyjne) tj. łącznie 68 106,37 zł. odwołując się od wyliczeń powołanych przez siebie biegłych

Sąd uznał, że koszty wody gospodarczej, które powód powinien zapłacić wynoszą 177,10 zł. Sąd obniżył, koszty obliczone przez biegłego F. K. na kwotę 385,20 zł przy uwzględnieniu opłaty ryczałtowej, jak za lokal mieszkalny tj. 3,85 zł miesięcznie (a nie wg. stawki dla lokali użytkowych tj. 10.70 zł). Stawkę opłaty wskazał powód na rozprawie 26 lipca 2010 r. Koszty wody i kanalizacji wskazane przez biegłego na kwotę 959.33 zł są – w ocenie Sądu - wyższe od przedstawionych przez pozwaną do potrącenia. W tej sytuacji Sąd nie znalazł podstaw do ich uwzględnienia w niższej wysokości. W odniesieniu do funduszu remontowego i opłat eksploatacyjnych Sąd uznał, że kwoty przedstawione z tego tytułu powinny wynosić odpowiednio 10335,24 zł oraz 17379,48 zł. W tym zakresie Sąd oparł się na ustaleniach biegłego P. W.. Biegły wskazał, że opłaty eksploatacyjne obciążające lokal powoda były wyższe od obciążających lokale mieszkalne. Kierując się przewidzianym w postanowieniu Sądu założeniem, że powinny one być takie jak dla lokali mieszkalnych biegły obliczył ich wysokość za okres od 1 stycznia 2006 r. do 31 października 2006 r. na kwoty 3031,30 zł i 4859,70 zł, oraz za okres od 1 listopada 2006 r. do 31 grudnia 2008 r. na kwoty 7303.94 zł i 12519,78 zł. Sąd uznał, że sporządzone trzy opinie wraz z przesłuchaniem biegłych na rozprawach stanowią materiał dowodowy, który jest wystarczający do oparcia na nim ustaleń stanowiących podstawę wydania wyroku. Biegli udzielili odpowiedzi na zarzuty kierowane przeciwko ich opiniom, które w sposób przekonywujący wyjaśniały przyczyny zajmowanych stanowisk. W sytuacjach wymagających dodatkowych opinii Sąd zlecił ich wykonanie biegłym P. W. i J. N.. Z tego względu brak jest podstaw do dopuszczenia dowodu z opinii uzupełniającej z zakresu ogrzewania i wniosek w tym zakresie został oddalony na rozprawie 11 czerwca 2012 r.

Roszczenie powoda jest zatem uzasadnione do kwoty 1725,61 zł (69831,98 zł - 68106,37 zł = 1725,61 zł), z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od daty wymagalności tj. od 13 marca 2007 r.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu Sąd wydał na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z § 6 ust. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. nr 163, poz. 1349 z 2002 r. ze zmianami).

Apelację od części wyroku wniósł pozwany zarzucając naruszenie prawa materialnego tj.

1. art. 415 k.c. poprzez jego niezastosowanie w sprawie i formalne rozpatrzenie powództwa jedynie na podstawie prawnej wskazanej przez powoda, a co za tym idzie błędne uznanie, iż na rzecz powoda nie mogą być zasądzone kwoty odpowiadające pobranym w toku postępowania egzekucyjnego kwotom zaliczek w wysokości 1.090,60 zł i kosztów egzekucji w wysokości 11.525,32 zł pomimo, iż podstawa egzekucji, na skutek zmiany orzeczeń uprawniających do prowadzenie postępowania egzekucyjnego, w części odpadła,

2. naruszenie przepisu art. 4 ust. 1(1) ustawy z dnia 15.12.2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 119, poz. 1116 ze zm.) w zw. z art. 6 k.c. poprzez błędne uznanie, że koszty ogrzewania lokalu powoda za okres od 1.10.2006 r. do 31.12.2008 r. wynoszą 19.209,24 zł, w sytuacji, gdy koszty te są jedynie kosztami szacunkowymi, a

zatem nie odpowiadają faktycznym kosztom ogrzewania lokalu w ww. okresie, a co za tym idzie pozwana nie wykazała w tym zakresie kosztów przypadających na lokal powoda,

3. naruszenie przepisu art. 499 k.c. poprzez brak zasądzenia po pozwanej na rzecz powoda odsetek ustawowych od kwot skutecznie potrąconych w procesie za okres, gdy pozwana nie miała jeszcze prawa do potrącenia, gdyż wierzytelność pozwanej nie istniała, a istniała wierzytelność powoda.

Błędne ustalenie kwoty, którą pozwana zgłosiła do potrącenia poprzez brak uwzględnienia kwoty 20.000,- zł wpłaconej przez powoda na rzecz pozwanej oraz błędne ustalenie kwoty, którą pozwana mogła skutecznie potrącić w toku procesu, poprzez przyjęcie, że pozwanej przysługują koszty ogrzewania w kwocie 19.209,24 zł

Zarzucając powyższe, powód wniósł o zmianę pkt II zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda J. B. (1) kwoty 51.825,16 wraz i odsetkami ustawowymi liczonymi od kwoty 51.825,16zł od dnia 13.03.2007 r. do dnia zapłaty i od kwoty 11.935,95 z od dnia 13.03.2007 r. do dnia 31.12.2007 r. oraz o zmianę pkt IV wyroku poprzez - zastosowanie przepisu art. 100 zd. 2 k.p.c. i art. 103 k.p.c - i zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda w całości kosztów procesu, tj. kosztów opłaty od pozwu w kwocie 4.036,71 zł (tj. po uwzględnieniu zasądzonej kwoty 86,29 zł) kosztów zastępstwa procesowego i kosztów opłaty od pełnomocnictwa w kwocie 3.617, zł, zwrotu wydatków w kwocie 2.000,- zł; ewentualnie o zasądzenie stosunkowo, (tj. z uwzględnieniem wyniku sprawy po rozpatrzeniu apelacji przez Sąd Apelacyjny) od pozwanej na rzecz powoda kosztów procesu, tj. kosztów opłat od pozwu, kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych i opłaty c! pełnomocnictwa, a w całości zasądzenie zwrotu wydatków w kwocie 2.000,- zł z tytułu zaliczki poniesionej przez powoda na biegłych, a zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania przed Sądem II instancji w tym kosztów zastępstwa radcowskiego wg norm przepisanych.

Ewentualnie powód wniósł o uchylenie wyroku Sądu I instancji w zaskarżonym zakresie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, a nadto o zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa radcowskiego wg norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje;

Apelacja zasługiwała jedynie na częściowe uwzględnienie.

Apelujący powód kwestionując oddalenie jego żądania co do kwot z tytułu pobranych w postępowaniu egzekucyjnym zaliczek (kwota 1 090,60 zł) i kosztów egzekucyjnych (11 523,32 zł) nie zdołał wykazać, że kwoty te - aczkolwiek zostały poniesione przez powoda wskutek wszczętej przez pozwaną egzekucji na podstawie posiadanych przez nią tytułów wykonawczych – należne są powodowi z uwagi na bezpodstawne wzbogacenie pozwanej (która to podstawę prawną stanowiła przezeń przywoływana w pozwie i była podtrzymywana w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji), czy też- jak to wskazuje w apelacji – na podstawie art. 415 kodeksu cywilnego, jako naprawienie szkody. O ile nie może być kwestionowane, że w/w koszty powód poniósł, a zatem jego majątek został zubożony o tę wartość, to o tyle również nie może budzić wątpliwości, że o tę wartość nie wzbogaciła się pozwana. Poglądu takiego nie zmienia, że egzekucja komornicza powodująca te wydatki została wszczęta na wniosek pozwanej, która w chwili jej wszczynania była wierzycielem posiadającym prawomocny tytuł wykonawczy. Dochodzący zapłaty powód zwrotu tak pobranych zaliczek podstawy prawnej upatrywał w art.405 kc w zw. z art.410 kc. W świetle tych przepisów nie może budzić wątpliwości, że wykonanie orzeczenia tj. prawomocnego wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie - (utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego zasądzający egzekwowane świadczenie), które następnie zostało częściowo zmienione wskutek postępowania odwoławczego (tj. w części odpowiadającej ostatecznemu częściowemu oddaleniu powództwa Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w stosunku do powoda - okazało się być świadczeniem nienależnym, co jednak nie czyni zasadnym żądania zwrotu wyegzekwowanych przez komornika od aktualnego powoda zaliczek na postępowanie egzekucyjne prowadzone przez ówczesnego wierzyciela- pozwaną Spółdzielnię Mieszkaniową. Z bezpodstawnym wzbogaceniem mamy bowiem do czynienia wówczas, gdy następuje „przesunięcie” majątkowe pomiędzy majątkami bezpodstawnie wzbogaconego a zubożonego. Zapis art. 405 kc stanowi, że bezpodstawnie wzbogacony winien odnieść korzyść kosztem zburzonego, a co może polegać na bezpośrednim przesunięciu majątku zubożonego do majątku wzbogaconego, bądź zaoszczędzeniu wydatków przez wzbogaconego, bądź też uzyskaniu majątku (korzyści), który

winien był wejść do majątku zubożonego. Żadna z tych sytuacji w sporze nie zachodziła, jeżeli uwzględni się, że dochodzony przez powoda zwrot zaliczek pobranych przez komornika na prowadzone postępowanie egzekucyjne w żadnym razie, ani nie przysporzył korzyści Spółdzielni, ani też nie pozwolił jej na zaoszczędzenie wydatków. Jako wierzyciel wszczynający postępowanie egzekucyjne na podstawie wówczas prawomocnego wyroku zaopatrzonego w klauzulę wykonalności nie wydatkowała tych sum ani też nigdy nie wpłynęły one do jej majątku, a ich naliczenie i ostateczne wyegzekwowanie było czynnością egzekutora i stanowiło należną mu „opłatę” za czynności egzekucyjne.

Podzielając co do zasady pogląd wyrażony przez apelującego i poparty w przytoczonym przezeń orzecznictwie Sądu Najwyższego, Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że w sytuacji, kiedy strona reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika na kanwie przytoczonych przez siebie okoliczności faktycznych, - nie kwestionowanych w ogóle przez przeciwnika sporu i tak też w konsekwencji przyjętych przez sąd pierwszej instancji za podstawę orzekania - konsekwentnie powołuje, jako jedyną podstawę prawe dochodzonego roszczenia, którą- i to co do części roszczenia oddalonego przez ten sąd, jako właśnie nie znajdującego uzasadnienia w dowodzonej przez powoda konstrukcji prawnej - dopiero zmienia w postępowaniu odwoławczym, to brak jest podstaw do uwzględnienia roszczenia na zmienionej podstawie prawnej w oparciu o te same ustalenia faktyczne. Nie wymaga głębszych wywodów, że przytoczenie w pozwie podstawy prawnej (a tym bardziej podtrzymywanie jej konsekwentnie przez całe postępowanie pierwszoinstancyjne) determinuje dowodzenie tak po stronie powodowej, jak też i „obronę” po stronie pozwanej. W sytuacji, kiedy powód dochodzi roszczenia upatrując jego zasadności w bezpodstawnym wzbogaceniu pozwanego kosztem powoda właśnie, to z kolei dochodzenie odszkodowania rozumieniu art.415 kc, na które powołuje się dopiero w postępowaniu odwoławczym – po częściowo oddalonym roszczeniu - był zobowiązany do wykazania, że egzekwowanie wierzytelności stwierdzonej tytułem wykonawczym-prawomocnym wyrokiem, było czynem niedozwolonym, a następnie do wykazania przesłanek odpowiedzialności deliktowej (tutaj winy skoro powołuje się na art.415 kc) oraz szkody w rozumieniu przepisów art. 361-363 kodeksu cywilnego .Zadość natomiast wykazaniu zaistnienia zawinionej odpowiedzialności cywilnej pozwanej nie mogło czynić powoływanie się powoda na następcze, w ramach postępowania odwoławczego, częściowe oddalenie powództwa zawierające wierzytelność egzekwowaną na podstawie tytułu wykonawczego, jakim był prawomocny wyrok sądowy zaopatrzony w klauzulę wykonalności.

Nie jest również zasadny zarzut apelującego powódka, co do naruszenia art. 499 kodeksu cywilnego , bowiem jak stanowi to statut pozwanej Spółdzielni, wszystkie należności objęte potrąceniem są płatne z góry każdego miesiąca, jak też i mogą być obciążone odsetkami należnymi za opóźnienie w ich płatności. Powód zatem nie płacąc należności w tak ustalony sposób, pozostawał w opóźnieniu nie, jak wywodzi od 13 marca 2007r., lecz za każdy kolejny miesiąc należności z tego tytułu, nie płacąc od stycznia 2006 roku.

Również za nie znajdujący w sprawie uzasadnienia należało uznać zarzut naruszenia przez Sąd I instancji art.4 ust.1(1) ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych w zw. z art.6 kc, a to poprzez błędne wyliczenie kosztów ogrzewania lokalu zajmowanego przez powoda za okres 1 stycznia 2006r. do 31 grudnia 2008r. Wprawdzie apelujący kwestionując przyjęte przez Sąd pierwszej instancji- zgodnie z opinią powołanego w sprawie biegłego - wyliczenie tych kosztów nie powołuje się na naruszenie stosownych przepisów procedury, to czyniąc zarzut naruszenia prawa materialnego (wyżej cyt) i polemizując z wyliczeniami biegłego pośredni odwołuje się do naruszenia przepisów kodeksu postępowania cywilnego w zakresie oceny zgromadzonych dowodów, a sprowadzający się do zakwestionowania przyjęcia, że zasadnym było obciążenie powoda kosztami szacunkowymi a nie rzeczywistymi ogrzewania zajmowanego przezeń lokalu, w okresie od 1 października 2006 roku do 31 grudnia 2008 roku (apelujący powód nie kwestionował wyliczeń za ogrzewanie za okres od 1 stycznia do 30 września 2006r.), a zatem za okres, kiedy nastąpiła zmiana rozliczeń za ogrzewanie związana z używaniem odczynników elektronicznych w miejsce do tego czasu stosowanych odczynników cieczowych.

Podzielając stanowisko Sądu pierwszej instancji, Sąd Apelacyjny akcentuje, że opinia biegłego ma na celu ułatwienie sądowi należytej oceny zebranego materiału dowodowego, wtedy gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne (por. postanowienie SN z dnia 7 listopada 2000 roku I CKN 1170/98, OSNC 2001, nr 4, poz. 64). Sąd nie jest związany opinią biegłego i powinien ją oceniać na równi z innymi środkami dowodowymi w ramach swobodnej oceny dowodów, według art. 233 § 1 k.p.c., lecz co odróżnia ją pod tym względem, to szczególne dla tego dowodu kryteria

oceny, które stanowią: poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego w niej stanowiska oraz stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, a także zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w powiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (wyrok SN z dnia 27.09.2002 r., II CKN 817/00). Zadaniem biegłego jest udzielenie sądowi, na podstawie posiadanych wiadomości fachowych i doświadczenia zawodowego, informacji i wiadomości niezbędnych do ustalenia i oceny okoliczności sprawy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2003 r., IV CKN 1763/00). Opinia biegłego ma na celu ułatwienie sądowi oceny zebranego materiału, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Nie może być natomiast sama – co w odniesieniu do zarzutów apelacji należy wyraźnie podkreślić – źródłem materiału faktycznego sprawy, ani tym bardziej stanowić podstawy ustalenia okoliczności będących przedmiotem oceny biegłego. Dlatego też wskazywane w opinii ogólne zasady sąd musi odnieść do konkretnych okoliczności rozpoznawanej sprawy mając na uwadze ostateczne ustalenia faktyczne (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 kwietnia 2006 r., V CSK 11/06, niepubl.). Innymi słowy opinia biegłego nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia o przesłankach prawnych, gdyż pojęcie „wiadomości specjalnych” z art. 278 § 1 k.p.c. nie obejmuje wiedzy dotyczącej treści obowiązującego prawa oraz reguł jego wykładni.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego sporu trzeba mieć na uwadze, że faktyczne rozliczane koszty ogrzewania przez Spółdzielnię po wprowadzeniu odczynników elektronicznych mogło być – i było- tylko metodą szacunkową z uwzględnieniem powierzchni lokalu w stosunku do średniej w budynku, w którym lokal powoda się znajduje. Takie rozliczenie, przy uwzględnieniu współczynników redukcyjnych, przewiduje prawo energetyczne w art. 45 ust. 8 pkt 1 w zw. z ust. 2 (Dz. Ust 2012r. tekst jed.).

Biegły w swojej opinii, wyliczając zużycie ciepła w lokalu powoda, który znajduje się na parterze budynku, przy zewnętrznej ścianie, nie przyjął współczynnika RM-1 obowiązującego dla najcieplejszego pomieszczenia w środkowej części budynku, jak stanowi to regulamin rozliczeń pozwanej Spółdzielni, bowiem dawałoby to wzrost wyliczonych kosztów użycia ciepła w lokalu powoda w stosunku do średnich w budynku do 380% i pozostał – uwzględniając właśnie położenie lokalu- przy stosowaniu średniego zużycia, jakie było stosowane przy odczytnikach parowych (cieczowych) używanych w okresie do końca września 2006 roku. Ponieważ stanowisko biegłego w tym względzie zostało przekonywująco i logicznie uzasadnione, z uwzględnieniem obowiązujących zapisów tak prawa energetycznego, jak i art.4 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych a także regulaminu rozliczeń zużycia ciepła obowiązującego w Spółdzielni, przeto Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutów apelującego co błędności tych wyliczeń, bo nie odzwierciedlających rzeczywistego zużycia, jako spełniające wszystkie wyżej przywołane kryteria poprawności i fachowości opinii biegłego. Znamiennym pozostaje, że powód również nie wskazał, jakie było rzeczywiste (nie jest możliwe obliczenie takowe dla każdego oddzielnie lokalu przy zbiorowym zasilaniu i uwzględnianiu części wspólnych), ale przywołał na poparcie swojego stanowiska wyliczenia stosowane przy uwzględnieniu podzielników cieczowych, a które w konsekwencji- przyjmując 180% w stosunku do średniego zużycia ciepła w budynku przyjął właśnie Sąd pierwszej instancji.

Apelujący nie wskazał także, aby ustalony przez Sąd pierwszej instancji termin płatności ustawowych odsetek był nieprawidłowy w świetle bezspornej okoliczności, że egzekwując należność pozwana działa na podstawie prawomocnego tytułu wykonawczego (a nie ewentualnie prawomocnego tytułu zabezpieczającego) i był wówczas wierzycielem egzekwującym. Prawidłowo zatem, dopiero z chwilą wezwania do zapłaty - zwrotu wyegzekwowanej na podstawie tego tytułu należności- można mówić o pozostawaniu w opóźnieniu wezwanej w sprawie pozwanej Spółdzielni.

Zgodzić natomiast należało się z zarzutem nie uwzględnienia przy obliczaniu zasadności zgłoszonego przez pozwaną zarzutu potrącenia, wpłaconej przez powoda kwoty 20 000 złotych, tytułem należności objętej zarzutem potrącenia. To, że pozwany sumę tę wpłacił na rzecz Spółdzielni nie było sporne, a sama pozwana na fakt ten powołała się zgłaszając zarzut potrącenia. Skoro zatem suma zaległych należności powoda na rzecz pozwanej, z tytułu „opłat” objętych zarzutem i kwotą potrącenia okazała się być niższa niż zgłoszona przez Spółdzielnię (i to już po odjęciu wpłaconej przez powoda kwoty 20 000 złotych, bowiem pozwana wyliczyła tę zaległość na kwotę 116 384,49 (uzasadnienie sprzeciwu),

a zgłosiła zarzut na kwotę 96 368,49złoty, to od ustalonej przez Sąd pierwszej instancji zaległości należało odliczyć już uiszczoną sumę 20 000 zł., którą wraz z odsetkami należnymi na podstawie art.481 k.c. należało zasądzić na rzecz powoda, a tym samym zmniejszając kwotę uwzględnionego zarzutu potrącenia zgłoszonego przez pozwaną w stosunku do żądania pozwu.

Mając zatem na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny- na podstawie art.386§1 kodeksu postępowania cywilnego- zmienił zaskarżony wyrok i orzekł, jak w pkt. I pkt.1 sentencji wyroku, oddalając apelację w pozostałym zakresie (pkt. II sentencji).

O kosztach postępowania za obie instancje orzeczono na podstawie art.100 kodeksu postępowania cywilnego.

W. Kaźmierska E. Buczkowska-Żuk A. Sołtyka