



Sygn. akt V CSK 256/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 marca 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jan Górowski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Władysław Pawlak

SSN Roman Trzaskowski

w sprawie z powództwa T. S.A. w K.
przeciwko H.S.
o zapłatę
oraz z powództwa wzajemnego H.S.
przeciwko T. S.A. w K.
o zapłatę, ustalenie i zobowiązanie,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym
w Izbie Cywilnej w dniu 21 marca 2018 r.,
skargi kasacyjnej pozwanej (powódki wzajemnej)
od wyroku Sądu Apelacyjnego w K.
z dnia 19 grudnia 2016 r., sygn. akt V ACa .../15,

**oddala skargę kasacyjną, pozostawiając rozstrzygnięcie o
kosztach postępowania kasacyjnego w orzeczeniu kończącym
postępowanie w sprawie.**

UZASADNIENIE

Powódka – pozwana wzajemna T. Spółka Akcyjna w K. wystąpiła do Sądu Rejonowego w G. z pozwem, w którym domagała się zasądzenia od pozwanej H.S. kwoty 28 404,90 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 kwietnia 2011 r., podnosząc, że pozwana dopuściła się nielegalnego poboru energii elektrycznej.

Pozwana H.S. wniosła o oddalenie powództwa głównego i wystąpiła z powództwem wzajemnym, które wielokrotnie modyfikowała (wystąpiła o roszczenia określone w części historycznej uzasadnienia Sądu Apelacyjnego).

Wyrokiem z dnia 12 czerwca 2015 r. Sąd Okręgowy w G. oddalił powództwo główne w całości (pkt 1 wyroku), ustalił, że zobowiązanie płynące z faktury Vat nr D/140270/2011/U z dnia 28 marca 2011 r. wystawionej przez V. Poland S.A. w G. nie istnieje (pkt 4 wyroku), zasądził od T. S.A. w K. na rzecz H. S. kwotę 30 595,68 zł (pkt 5 wyroku), oddalił wniosek H.S. o nadanie wyrokowi rygoru natychmiastowej wykonalności (pkt 6 wyroku) i w pozostałym zakresie powództwo H.S. oddalił.

Ustalił, że w dniu 1 lutego 2011 r. na nieruchomości położonej w G. przy ul. K. 33 została przeprowadzona kontrola instalacji elektrycznej. W chwili przeprowadzenia tej kontroli (około godz. 8) kontrolerzy J. K. i J. W. nie dysponowali upoważnieniem do jej przeprowadzenia. Upoważnienie to o numerze 366893/2011/NPE zostało wystawione dopiero około godz. 9.30 przez A. S., do którego jeden z kontrolujących zadzwonił z miejsca zdarzenia. W systemie ewidencyjnym S. przyjęcie nowego zgłoszenia odnotowano o godz. 9.29. Kontrola obejmowała oględziny zewnętrzne licznika, sprawdzenie jego wskazań oraz przekładników prądowych. Na podstawie wskazań analizatora ANOT-IO kontrolerzy stwierdzili uchyb licznika typu C 52 nr 6378402, wynoszący + 87,82 % kWh. Kontrolujący wybudowali licznik i zapakowali go do tzw. bezpiecznej koperty, a na jego miejsce zamontowali inny układ pomiarowy. Koperta nie miała zabezpieczeń przed oddziaływaniem pola magnetycznego, to jest zabezpieczenia wskazującego, że licznik nie znajdował się w takim polu.

Obecny przy kontroli J. S. nie miał wiedzy o charakterze i zakresie kontroli, a nadto pierwotne zlecenie będące podstawą do wejścia na nieruchomość zostało zniszczone i na miejscu wypisano nowe. W następstwie przeprowadzonej kontroli

poprzednik prawny powódki - pozwanej wzajemnej wystawił notę obciążeniową, nie ustalając uprzednio rzeczywistej liczby odbiorników u pozwanej - powódki wzajemnej i ich mocy, a następnie pismem z dnia 28 kwietnia 2011 r. wezwał ją do zapłaty wskazanej w notie kwoty.

W niewyjaśnionych okolicznościach na kopercie z licznikiem umieszczono dopisek „ekspertyza specjalna”. Licznik był magazynowany w magazynie głównym powódki. Następnie zdemontowany u pozwanej - powódki wzajemnej licznik bez formalnego skierowania trafił do związanego z powódką umową Biura Wycen i Ekspertyz M. R. w C. Licznik ten, również w toku procesu, przewożony był w kopertach bezpiecznych, które jednak nie chroniły przed oddziaływaniem pola magnetycznego, a które to koperty przy wykonywaniu kolejnych badań pozostawiano wewnątrz istniejącego opakowania.

Wykonana na zlecenie poprzednika prawnego powódki - pozwanej wzajemnej ekspertyza M.R. nosi datę 14 lutego 2011 r., jednak faktycznym autorem badań było biuro badań P. w C. M.R. jedynie sygnował przeprowadzone tam badania, sam nie mając uprawnień do ich wykonywania, ani upoważnienia do dokonywania legalizacji pierwotnej lub ponownej liczników energii elektrycznej. Obecnie biuro M.R. jest zlikwidowane, a dokumentację związaną z jego działalnością zniszczono.

W firmie poprzednika pozwanej panował chaos i bałagan. H.S. wystawiano faktury VAT i ich korekty, przy czym nigdy nie wyjaśniono jej sposobu i podstawy wystawienia tych faktur, których konsekwencją były monity i wezwania do zapłaty wysyłane z różnych spółek grupy T., co zainteresowana odbierała jako nękanie. Pozwaną obligowano do oczekiwania na inkasenta w godzinach dla niej niekorzystnych, ponadto co roku w toku procesu H.S. otrzymywała zawyżoną prognozę zużycia energii elektrycznej, a jej pisma nie odnosiły oczekiwanego skutku. Dodatkowo w dniu 14 marca 2008 r. doszło do incydentu polegającego na tym, że pracownik poprzednika prawnego powódki - pozwanej wzajemnej wtargnął przez płot na nieruchomość pozwanej - powódki wzajemnej, a w domu była tylko małoletnia osoba.

W umowie H.S. z poprzednikiem prawnym powódki - pozwanej wzajemnej z dnia 2 stycznia 2004 r. moc określono na 40 kW, zabezpieczenia przelicznikowe na

63 A, a energia elektryczna miała być wykorzystywana na potrzeby gospodarstwa domowego. Układ pomiarowy był układem zamontowanym wcześniej i składał się z licznika C52a i przekładnika prądowego o przekładni głównej 150/5. Określono granice eksploatacji w sposób odmienny, niż w umowie z poprzednim użytkownikiem. Ustalono, że miejscem dostarczenia i odbioru energii elektrycznej są zaciski prądowe na wyjściu od zabezpieczeń głównych w złączu w kierunku instalacji odbiorców oraz, że granicą własności urządzeń są zaciski prądowe na wyjściu przewodów od zabezpieczenia w złączu, w kierunku instalacji odbiorcy. Licznik, będący przedmiotem sporu, został zamontowany na nieruchomości przy ul. K. 33 w G. dnia 13 kwietnia 2005 r.

Był to licznik trójfazowy indukcyjny, wyprodukowany w 1984 r. nr fabr. 6378402, produkcji PAFAL, legalizowany ponownie w 2005 r., napięcie 3x220/380 V, klasa dokładności 2. Ilości faktycznie zużytej energii elektrycznej mierzonej tym licznikiem nie można określić z powodu braku danych pozwalających na dokonanie obliczeń, ponieważ materiał dowodowy (rzeczowy) jest w stanie naruszonym. Przed 2005 r. na nieruchomości tej prowadził swoje przedsiębiorstwo J. S., który wraz z małżonką pozwaną - powódką wzajemną H. S. nabył własność nieruchomości wraz z infrastrukturą obejmującą między innymi „...linię elektryczną (kablową), wodociąg stalowy, centralę telefoniczną linię kablową instalację oświetleniową drogi i placu...” od przedsiębiorstwa Zakład Rozruchu Urządzeń Energetycznych „E.”, dla którego w 1985 r. ustalono warunki przyłączeń urządzeń elektrycznych, a decyzją administracyjną z 1987 r. zatwierdzono plan zagospodarowania terenu pod budowę zaplecza techniczno-usługowego w G. przy ul. K.. Na nieruchomości pozwanej powódki wzajemnej znajduje się stacja trafo SN/NN oznaczona obecnie jako G 62. W 1997 r. J. S. zawarł umowę na dostarczanie energii elektrycznej do obiektu w G. przy ul. K. 33 dla celów oświetlenia biura. Maksymalny pobór mocy ustalono na 74 kW. Granice eksploatacji urządzeń ustalono na zaciskach kabla n/n zasilającego w stacji nr G 62.

W oparciu o powyższe ustalenia Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo główne jest niezasadne, natomiast powództwo wzajemne zasługuje na uwzględnienie jedynie w części. Wskazał, że na podstawie dokumentów zgromadzonych można jedynie stwierdzić, iż zamontowany u pozwanej - powódki

wzajemnej licznik źle mierzy ilość pobranej energii elektrycznej, a nie iż wskazania te były zaniżone, czy zawyżone, a tym samym aby H.S. pobierała prąd w ilości większej niż wskazywał licznik. Sąd Okręgowy uznał bowiem, że dołączona do pozwu ekspertyza M.R. jest wadliwa - nie miał on bowiem stosownych uprawnień i mimo przewidzianego umową obowiązku wykonania badań osobiście zlecał ich przeprowadzenie innemu podmiotowi, który to fakt ujawniła biegła, sporządzając opinię w sprawie. Co więcej, w trakcie tych badań zleconych M.R. przedmiotowy licznik został trwale uszkodzony.

Odnosząc się do dowodów w postaci opinii biegłych, Sąd Okręgowy wskazał, że opinia biegłego M. P. (niekorzystna dla powódki) nie mogła zostać uwzględniona, ponieważ biegły ten swe rozważania oparł na błędnych danych. Natomiast biegła H. D. (której wynik był podobny) podjęła bezskuteczną próbę naprawienia licznika, a ostatecznie oparła swą opinię na wynikach badań przeprowadzonych na zlecenie M.R., a zatem na tych danych, którymi posłużyła się powódka - pozwana wzajemna. Ostatecznie, Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że doprowadzając do zniszczenia licznika (co miało miejsce u M.R.), spółka sama pozbawiła się dowodu na poparcie swych twierdzeń.

Rozstrzygając o zażądaniu zapłaty odszkodowania z tytułu nielegalnego poboru energii elektrycznej, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że – odmiennie, niż podnosiła H.S. - orzeczenie sądu cywilnego nie wymaga uprzedniego przesądzenia tej kwestii na drodze postępowania karnego, jednakże uwzględnienie powództwa i obciążenie odbiorcy opłatą, o jakiej mowa w art. 57 ust. 1 ustawy z dnia 10.04.1997 r. Prawo energetyczne (jedn. tekst: Dz.U. z 2012 r., poz. 1059 ze zm., dalej: „Pr. energ.”), wymaga wykazania, co w sprawie nie miało miejsca, iż energia elektryczna rzeczywiście została pobrana (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r., III CZP 107/09, OSNC 2010, nr 54, poz. 348 ze zm.).

Powołując się na poglądy judykatury, wskazał, że ciężar dowodu nielegalnego poboru energii spoczywa na powodzie, który może ją wykazać za pomocą wszystkich środków dowodowych. Po analizie zgromadzonych w sprawie dowodów Sąd Okręgowy stwierdził jednak, że żądanie to nie zostało wykazane, ani co do zasady, ani co do wysokości. Tymczasem, opłatę, o jakiej mowa w art. 57

ust. 1 Pr. energ., można pobierać, gdy wystąpią uzasadniające ją przesłanki, i w wysokości określonej w taryfie.

Odnosząc się kolejno do roszczeń zawartych w powództwie wzajemnym, Sąd Okręgowy stwierdził, że powódka wzajemna nie wykazała roszczenia o zapłatę kwoty 34 347,22 zł (art. 6 k.c. w zw. z art. 278 k.p.c.) tytułem zwrotu nienależnie pobranych opłat. Wskazał, że jest to kwestia analogiczna do problematyki roszczenia głównego – w tej materii powinien wypowiedzieć się biegły, niemniej H.S. takiego wniosku nie zgłaszała, a powołaniu biegłego na wniosek strony przeciwnej sprzeciwiała się; oponowała także przeciwko wezwaniu biegłej na rozprawę.

Według oceny Sądu Okręgowego, zasadne okazało się żądanie ustalenia nieistnienia wierzytelności określonej fakturą VAT nr D/140270/201 I/U. Należność ta dotyczyła kosztów wymiany licznika uszkodzonego przez odbiorcę, przy czym powódka - pozwana wzajemna nie udowodniła, że faktycznie taka sytuacja miała miejsce. Wskazał, że mimo, iż powódka powstrzymała się z dochodzeniem tej kwoty, to jednak w obrocie prawnym istniało wezwanie do zapłaty, co z kolei uzasadniało interes prawny powódki w rozumieniu art.189 k.p.c., dla tego żądania.

Jako bezpodstawne uznał żądanie zapłaty zadośćuczynienia oraz zobowiązanie powódki pozwanej wzajemnej do złożenia oświadczenia o przeproszeniu. Jego zdaniem, skoro strony wiązał stosunek prawny wynikający z umowy o dostarczanie energii elektrycznej, a podstawę faktyczną roszczeń stanowiło nienależyte wykonanie umowy przez powódkę - pozwaną wzajemną, to nie można było dochodzić roszczeń wynikających z art. 23 i art. 24 k.c. w zw. z art. 448 k.c. Podniósł, że podstawą zadośćuczynienia może być tylko czyn niedozwolony, a nie niewykonanie umowy.

Jako niezasadne Sąd Okręgowy ocenił także żądanie odszkodowania z tytułu niemożności powiększenia przez powódkę wzajemną H. S. kolekcji złotych monet. Pomiędzy działaniem pozwanej wzajemnej a ewentualną szkodą po stronie powódki wzajemnej brak było bowiem związku przyczynowego w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c.

Jako bezpodstawne Sąd Okręgowy uznał także żądanie wymiany licznika na fabrycznie nowy tzw. licznik inteligentny, wskazując, że nie występuje obowiązek

ustawowy, który pozwoliłby przymusić spółkę na drodze sądowej do dokonania takiej zmiany. Wskazał przy tym, że żądana przez powódkę wzajemną wymiana licznika jest w świetle założeń polityki energetycznej państwa i projektowanej nowej ustawy Prawo energetyczne przewidziana do dnia 31 grudnia 2020 r. Ponadto - powołując się na art. 316 k.p.c. - w odniesieniu do żądania zaproponowania powódce wzajemnej bezpłatnej zmiany obecnej taryfy rozliczeniowej na taryfę inteligentną podkreślił, że żądanie to zostało obwarowane zastrzeżeniem „natychmiast po jej wprowadzeniu na rynek”, a zatem dotyczy zdarzenia przyszłego i niepewnego. Podobnie, jako nie znajdujące oparcia w przepisach prawa, Sąd Okręgowy ocenił żądanie powódki wzajemnej zobowiązania pozwanej wzajemnej do dokonywania rozliczeń za zużyłą energię elektryczną na podstawie odczytów z licznika w przedziale dwumiesięcznym bez dodatkowych opłat przez okres dwóch lat. Wskazał przy tym, że zgodnie z art. 353¹ k.c. każdy klient może zwrócić się o zmianę warunków umowy, ale ostatecznie o treści umowy decydują obie strony, a zatem także przedsiębiorca energetyczny.

Również, jako niewykazane, oddalił żądanie oparte na twierdzeniu, że powódka - pozwana wzajemna przywłaszczyła sobie zabudowany na jej nieruchomości układ pomiarowo-rozliczeniowy, składający się z licznika i przekładników. W tej materii podniósł, że ustalenie granicy urządzenia pomiarowego, zwłaszcza wobec lakonicznego opisu infrastruktury nabywanej przez małżonków Stępień, zawartego w akcie notarialnym, wymagało wiadomości specjalnych, zwłaszcza, iż w umowach o dostarczanie energii do posesji przy ulicy K. 33 dopatrywał się różnic odnośnie granic własności urządzeń. Podkreślił, że ponieważ powódka wzajemna nie wykazała, iż przysługuje jej prawo własności licznika, niezasadne okazały się jej roszczenia mające za przedmiot zwrot opłat uiszczanych z tytułu korzystania z licznika (art. 405 k.c.), odszkodowania za sprzeczne z prawem użytkowanie licznika (art. 415 k.c.) oraz o zapłatę z tytułu bieżącego korzystania z licznika (art. 225 k.c.).

Sąd Okręgowy oddalił też żądanie zapłaty odszkodowania odpowiadającego kwocie, która nie mieściła się w granicach kosztów procesu, a odpowiadała wydatkom poniesionym przez pełnomocników powódki wzajemnej związanym z ich dojazdem na rozprawy, obejmującym koszty przelotu samolotem z Brukseli i inne

koszty dojazdu, a nadto zwrot utraconych zarobków. Wskazał, że powierzenie zastępstwa procesowego członkom rodziny, którzy ponosili związane z tym koszty było decyzją pozwanej - powódki wzajemnej i że skorzystanie z pomocy prawnej adwokata, czy radcy prawnego byłoby dla strony mniej kosztowne. Podkreślił też, że dochodzenie kwot związanych z kosztami procesu jest zgodnie z art. 98 § 2 k.p.c. ograniczone i iż w sprawie nie zaistniały przesłanki do odstąpienia od tej zasady.

Jako uzasadnione ocenił natomiast Sąd Okręgowy żądanie zasądzenia bonifikaty w wysokości 30 595,68 zł., na podstawie § 42 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 18 sierpnia 2011 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie energią elektryczną (jedn. tekst: Dz.U. z 2013 r., poz. 1200, dalej: „rozporządzenie z 2011 r.”), które w przypadku niedotrzymania przez przedsiębiorstwo energetyczne standardów jakościowych obsługi odbiorców przewiduje, że odbiorcom przysługuje bonifikata za przedłużenie czternastodniowego terminu rozpatrzenia wniosku lub reklamacji odbiorcy w sprawie zasad oraz rozliczeń i udzielenia odpowiedzi, za każdy dzień zwłoki w wysokości 1/250 przeciętnego wynagrodzenia w gospodarce narodowej w roku kalendarzowym poprzedzającym rok zatwierdzenia taryfy (pkt 12 powołanego paragrafu). Stwierdził bowiem, że H.S. nie otrzymała w okresie objętym roszczeniem odpowiedzi, a powódka - pozwana wzajemna uprzednio bonifikaty takiej nie wypłaciła.

Wniosek pozwanej - powódki wzajemnej o nadaniu wyrokowi rygoru natychmiastowej wykonalności Sąd Okręgowy oddalił na podstawie art. 333 § 3 k.p.c. ze względu na to, że powódka - pozwana wzajemna jest potentatem w swojej branży i nie zachodzi obawa uniemożliwienia lub utrudnienia wykonania wyroku.

Na skutek apelacji obu stron od powyższego wyroku Sądu Okręgowego w G. z dnia 12 czerwca 2015 r. Sąd Apelacyjny w K. wyrokiem z dnia 19 grudnia 2016 r. uchylił zaskarżony wyrok w punkcie 7 w części dotyczącej rozstrzygnięcia o dochodzonym przez pozwaną – powódkę wzajemną żądaniu zasądzenia zadośćuczynienia oraz zobowiązania powódki – pozwanej wzajemnej do złożenia oświadczenia o przeproszeniu, a także w punkcie 8 dotyczącym kosztów procesu i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w G. do ponownego

rozpoznania, oddalił apelację pozwanej – powódki wzajemnej w pozostałej części oraz oddalił apelację powódki – pozwanej wzajemnej w całości.

Ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy - poza ustaleniami niezbędnymi dla rozstrzygnięcia o żądaniach: o zadośćuczynienie oraz do złożenia oświadczenia o przeproszeniu – uznał za prawidłowe i uczynił je podstawą swojego rozstrzygnięcia. Stwierdził, że faktem jest, iż ostatecznie biegła nie odniosła się na rozprawie do zarzutów stawianych wobec jej opinii przez pozwaną - powódkę wzajemną, co stanowiło podstawę podniesienia przez powódkę H. S. w apelacji zarzutu naruszenia art. 286 k.p.c. Podniósł, że w związku z tym wezwał biegłą na rozprawę celem umożliwienia obu stronom zadawania ewentualnych pytań, jednakże ostatecznie zaniechał dokonania tej czynności. Jak bowiem wynikało z oświadczenia pełnomocników pozwanej - powódki wzajemnej złożonego na rozprawie apelacyjnej, skarżąca ta nie miała pytań do biegłej, a nawet sprzeciwiała się jej wezwaniu, natomiast powódka - pozwana wzajemna nie kwestionowała opinii.

Odnosząc się do zarzutów procesowych, jakie podniosła w swej apelacji H.S., w pierwszej kolejności zauważył, że okoliczności faktyczne dotyczące sposobu przeprowadzenia kontroli oraz stanu zdemontowanego u niej licznika zostały ustalone w sposób dla skarżącej korzystny, co ostatecznie doprowadziło Sąd Okręgowy do wniosku o bezzasadności roszczenia o zapłatę odszkodowania za nielegalny pobór energii elektrycznej. Stwierdził, że także ocena samej opinii biegłej została dokonana przez Sąd pierwszej instancji w sposób oczekiwany przez skarżącą, tj. dla niej korzystny. Z tego względu wnioski dowodowe zamieszczone w piśmie procesowym z dnia 28 października 2016 r. (k. 2824) oddalił, wskazując, że prowadzenie postępowania dowodowego, aby uzyskać rezultat już zrealizowany, nie jest uzasadnione. Sąd Apelacyjny nie dopatrywał się również podstaw do uwzględnienia wniosku pozwanej - powódki wzajemnej o wyłączenie biegłej Haliny Dąbrowskiej, wobec czego wniosek ten oddalił postanowieniem z 10 listopada 2016 r. na podstawie art. 48 k.p.c. i art. 49 k.p.c. w zw. z art. 281 k.p.c.

Zgodził się z Sądem Okręgowym, że powódka wzajemna nie udowodniła swych roszczeń związanych z żądaniem odszkodowania (z różnych tytułów) w wysokości 34 347,22zł. Jeżeli chodzi o odszkodowanie z tytułu zwrotu opłat za

energię elektryczną, wyliczonych w oparciu zawyżone, wedle H.S. wskazania licznika wskazał, że w tym wypadku chodzi o odszkodowanie z tytułu nienależytego wykonania umowy o dostarczanie energii elektrycznej (art. 471 k.c.). Stwierdził, że kwota ta została obliczona z uwzględnieniem uchybu wynoszącego 87,82%, dokonanego urządzeniem ANOT w czasie kontroli w 2011 r. Jego zdaniem, Sąd Okręgowy zasadnie uznał, że żądania tego powódka wzajemna nie wykazała, ponieważ w tym celu konieczne było przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, o co skarżąca nie wnosiła i przeciwko czemu oponowała. Podkreślił, że choć powódka wzajemna poprzez swoich pełnomocników składała obszerne pisma procesowe w sprawie, jednak wniosek taki nie został zgłoszony. Podniósł, że odmiennie niż oczekuje skarżąca, podstawy zasądzenia dochodzonej kwoty nie może stanowić jedynie „korekta” uiszczonych należności, uwzględniająca stwierdzony uchyb licznika. Z okoliczności sprawy nie wynika bowiem, jak uchyb ten kształtował się na przestrzeni czasu, od którego umowa została zawarta, a po wtóre, nie wiadomo z jakiej liczby odbiorników i o jakiej mocy w tym czasie korzystała powódka wzajemna i członkowie jej rodziny.

Podkreślił, że skarżąca co do tego roszczenia wykazuje się niekonsekwencją, skoro z jednej strony podważa prawidłowość wskazań omawianego przyrządu pomiarowego, gdyż przeczy nielegalnej ingerencji w działanie licznika, a z drugiej na wskazaniach tych opiera korzystne dla siebie wyliczenia. W związku z tym stwierdził, że skoro Sądy obu instancji doszły do przekonania, iż same jedynie wskazania urządzenia ANOT nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do stwierdzenia nielegalnego poboru energii elektrycznej (gdyż to wymagałoby także badań licznika), to podobnie nie mogą one stanowić podstawy do przyjęcia, że faktyczne zużycie energii było mniejsze i to w zakresie odpowiadającemu stwierdzonemu uchybowi.

Podzielił stanowisko Sądu pierwszej instancji, że powódka wzajemna nie udowodniła także roszczenia o zasądzenie odszkodowania w wysokości 53 605,38zł z tytułu niemożliwości korzystania z wolnych środków finansowych poprzez ich lokowanie w zakup złotych monet. Wskazał, że obowiązkiem H.S. było udowodnienie zdarzenia powodującego tę szkodę (zawyżenie opłat na określoną kwotę i jej pobranie przez pozwaną wzajemną), wysokości szkody (w postaci

utraconych korzyści), a także związku przyczynowego pomiędzy tymi wydarzeniami (art. 361 § 1 k.c.). Podkreślił, że wysokości ewentualnej nadpłaty nie wykazano. Nie udowodniono także wysokości szkody, która - co istotne - miała wedle twierdzeń pozwu wzajemnego uwzględniać naliczone odsetki.

Podobnie, jako niezasadne, ocenił żądania związane z zapłatą należności z tytułu nienależnie pobranych środków za dzierżawę urządzenia pomiarowego i za sprzeczne z umową wykorzystywanie do prowadzenia rozliczeń układu pomiarowego stanowiącego zdaniem H.S. jej własność. Podkreślił, że w procesie nie wykazano, ani podstawy tych roszczeń, ani ich wysokości. Wskazał, że skarżąca nie wykazała, iż jest właścicielem tego urządzenia (art. 222 k.c.), ani iż przysługują jej roszczenia z tym związane, których w sprawie dochodzi.

W odniesieniu do żądania zmierzającego do ukształtowania łączącego strony stosunku prawnego (nakazania powódce - pozwanej wzajemnej wymiany licznika na inteligentny oraz zaoferowania nieodpłatnej zmiany taryfy oraz częstotliwości przeprowadzania odczytów) wskazał, że zasadnie uznał Sąd Okręgowy, iż powódce wzajemnej roszczenia takie nie służą. Nie wynikają one z treści umowy zawartej przez strony, a uprawnienie sądu w zakresie ingerowania w treść praw i obowiązków stron stosunku zobowiązaniowego, nie tylko nie może naruszać zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), ale także winno znajdować podstawę normatywną, której brak.

Podzielił także stanowisko Sądu Okręgowego, że poniesione przez pozwaną - powódkę wzajemną koszty związane z udziałem jej pełnomocników w procesie w zakresie, w jakim nie mieszczą się w pojęciu „kosztów celowych” (art. 98 k.p.c.), nie stanowią szkody, która podlega naprawieniu na zasadach ogólnych. Wyrzucił zapatrywanie, że stanowiłoby to obejście przepisów regulujących zasady rządzące ponoszeniem przez stronę przegrywającą kosztów związanych z udziałem w sprawie.

Ocenił, że w zakresie, w jakim apelacja H.S. została oddalona, nie doszło także do naruszenia prawa materialnego. Zauważył, że skarżąca nie może opierać swoich zarzutów materialnych na brzemieniu unijnego aktu prawnego w postaci Załącznika nr 1 „Środki z zakresu ochrony konsumentów” Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72WE z dnia 13 lipca 2009 r. Jest to bowiem akt prawa

unijnego, który wymaga dopiero wprowadzenia (implementacji) do krajowego porządku prawnego. Dopiero z tą chwilą uzyskuje ona moc prawną wiążącą wszystkich uczestników obrotu prawnego. Dyrektywa przed jej implementacją może stanowić podstawę roszczeń, jednak tylko w relacjach pomiędzy podmiotem prawa a państwem, które poprzez wadliwą implementację dyrektywny lub brak implementacji podlega odpowiedzialności odszkodowawczej. Skutek ten nie powstaje natomiast w relacjach pomiędzy uczestnikami obrotu, co czyni zarzut naruszenia prawa wspólnotowego niezasadnym.

Podniósł, że apelacja musiała jednak odnieść skutek w zakresie, w jakim kwestionuje zaskarżony wyrok w części oddalającej żądanie zasądzenia zadośćuczynienia oraz zobowiązania pozwanej wzajemnej do złożenia oświadczenia o przeproszeniu. W sprawie bowiem powódka wzajemna dochodziła wymienionych roszczeń, powołując się na krzywdę wywołaną nękaniami jej przez pozwaną wzajemną, co doprowadziło między innymi do rozstroju zdrowia skarżącej. Wskazał, że umknęło uwadze Sądu Okręgowego, iż zgodnie z art. 443 k.c. dopuszczalny jest zbieg odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej, a w ramach tej ostatniej zachodzą podstawy do badania zasadności roszczeń o ochronę dóbr osobistych. Zadośćuczynienie związane ze stanem jej zdrowia, który wedle skarżącej się pogorszył, ma związek z działaniami pozwanej wzajemnej, w tym z naruszaniem miru domowego. Stwierdził, że niewątpliwie zdrowie oraz nietykalność mieszkania stanowią dobra osobiste, których naruszenie rodzi roszczenia przewidziane w art. 24 k.c. i art. 448 k.c.

W skardze kasacyjnej powódka wzajemna zarzuciła naruszenie § 44 ust. 1 rozporządzenia przez błędne jego zastosowanie i co za tym idzie błędne przyjęcie, że określenie rzeczywistej możliwości pobierania energii, wynikające z mocy i rodzaju zainstalowanych odbiorników, niezbędne jest do wyliczenia kwoty korekty zawyżonych opłat pobranych przez przedsiębiorstwo energetyczne, podczas gdy przepis ten nie odnosi się do sposobu obliczania ilości energii, ani co za tym idzie, kwot z tytułu zawyżonych nienależnie pobranych opłat, wynikających z rozliczeń prowadzonych w oparciu o wadliwy licznik zawyżający wskazania, a jedynie tylko i wyłącznie reguluje zasady postępowania i obliczania kar na rzecz dystrybutorów w przypadku stwierdzenia nielegalnego poboru energii, czego dowodzi błędne

zastosowanie treści tego przepisu, jako uzasadnienia do oddalenia żądania o zwrot zawyżonych nienależnie pobranych opłat o wskazania wadliwego licznika; § 38 ust. 1. i 2 w zw. z § 37 ust. 1. i 2. rozporządzenia przez jego błędne niezastosowanie do wyliczenia kwoty należącej powodce wzajemnej z tytułu wieloletniego pobierania przez pozwaną wzajemną zawyżonych opłat w okresie od 13 kwietnia 2005 r., do dnia 1 lutego 2011 r. w oparciu o wskazania wadliwego licznika nr 6378402 oraz do wykorzystania weryfikacji tego wyliczenia faktury korygującej VAT nr 81599/3010835143/2011/K; art. 481 § 1 k.c. przez jego niezastosowanie, przez brak zobowiązania spółki do zapłaty ustawowych odsetek od zasądzonej tytułem bonifikaty kwoty 30 595,68 zł; art. 383¹ k.c. przez jego niezastosowanie przy orzekaniu w kwestii żądania skarżącej rozliczania się z rzeczywiście pobranej ilości energii elektrycznej w interwale dwumiesięcznym bez ponoszenia przez skarżącą dodatkowych kosztów za skorzystanie z tego sposobu zapłaty; art. 385¹ § 1 i 3 k.c. w zw. z art. 1 ust 2 oraz art. 4f Pr. energ. przez ich niezastosowanie do sądowego uregulowania warunków umownych z konsumentem, jakim jest skarżąca i w związku z tym niezobowiązanie Tauronu do zmiany narzuconych arbitralnie, z wykorzystaniem pozycji dominującej w umowie stron nr 195/B/2004 oraz monopolistycznej pozycji rynkowej niekorzystnych i przynoszących nieuzasadniony dochód powodowej spółce, a straty finansowe skarżącej i w związku z tym niezobowiązanie jej do wymiany układu pomiarowego na nowoczesny licznik do pomiaru bezpośredniego; art. 361 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 363 § 1 i 2 k.c. przez ich błędną wykładnię i przez przyjęcie, że nie doszło do straty w majątku skarżącej oraz, że nie doszło do utraty przez skarżącą korzyści za co spółka jest zobowiązana.

W ramach naruszenia przepisów postępowania H. S. zarzuciła naruszenie art. 326 § 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 379 pkt 4 k.p.c. przez niezastosowanie i ogłoszenie wyroku w dniu 19 kwietnia 2016 r. przez sędziego, który nie był sprawozdawcą, ani nie brał udziału w jego wydaniu; art. 157 § 1 k.p.c. oraz art. 158 § 1, 1¹, 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 326 § 2 i 3 k.p.c. przez ich błędne niezastosowanie, co uniemożliwia stwierdzenie, że wyrok został ogłoszony zgodnie z obowiązującymi przepisami i co wraz innymi przesłankami, jak zapis w portalu informacyjnym, wskazuje, że w zakresie wyrokowania postępowanie jest dotknięte nieważnością postępowania; art. 367 § 3 w zw. z art. 45 § 1 i 2 oraz art. 47 § 1 i 2 ustawy z dnia

27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz § 50 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2015 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych w zw. z art. 45 ust. 1 Konstytucji przez ich niezastosowanie i rozpoznanie sprawy przez skład sądu sprzeczny z przepisami prawa; art. 49. k.p.c. w zw. z art. 45 ust. 1. Konstytucji przez błędną jego wykładnię, co doprowadziło do orzekania w sprawie sędziego, wobec którego złożono zasadny wniosek o wyłączenie i co stanowi przyczynę nieważności postępowania określoną w art 379 pkt 4 k.p.c., a gdyby rozpoznanie sprawy na kolejnych rozprawach apelacyjnych przez ośmiorga sędziów stanowiło tylko uchybienie mające na wynik sprawy, to wzięcie pod uwagę, że było to podstawą poczynienia błędnych ustaleń faktycznych; art. 278 § 1 k.p.c., art. 286 k.p.c., art. 289 k.p.c., art. 290 § 1 i § 2 k.p.c. przez ich błędne niezastosowanie, co w konsekwencji pozbawiło skarżącą możliwości obrony jej praw (art. 379 pkt 5 k.p.c.), a co najmniej było uchybieniem mającym wpływ na wynik sprawy na skutek niepozyskania przez Sąd wiadomości specjalnych, co bezpośrednio wpłynęło na błędne ustalenie stanu faktycznego przez Sąd drugiej instancji przez niewysłuchanie opinii biegłego, tym samym uniemożliwiając weryfikację błędnych ustaleń podjętych w oparciu o brak wiedzy specjalnej; art. 233 § 1 i 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 378 § 1 k.p.c. oraz art. 382 k.p.c. a także w zw. z art. 278 § 1, art. 286, art. 289 i art. 289 i art. 290 § 1 k.p.c. przez błędne zastosowanie, polegające na przyjęciu przez Sąd drugiej instancji za własne ustaleń Sądu pierwszej instancji, bez rozważań merytorycznych w tej kwestii, bez przytoczenia w uzasadnieniu przepisów prawa, na których oparte jest rozstrzygnięcie oraz przez oparcie się na nierzetelnej opinii biegłej, w sytuacji gdy zarzuty apelacji obejmowały przede wszystkim sprzeczność ustaleń Sądu pierwszej instancji ze zgromadzonym materiałem dowodowym oraz podważały ustalenia, wnioski i tezy poczynione lub pominięte przez nierzetelną i nieposiadającą wymaganej wiedzy specjalnej biegłą, co skutkowało tym, że zarzuty apelacyjne w ten sposób nie zostały rozpoznane; art. 328 § 2. k.p.c. w zw. z art. 391 §1 k.p.c. oraz w zw. z art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, a także ewentualnie art 387 § 2¹ k.p.c. przez ich niezastosowanie, tj. przez niepowołanie w uzasadnieniu wyroku podstawy prawnej oraz przepisów prawa, na których Sąd drugiej instancji oparł swoje rozstrzygnięcie

w poszczególnych kwestiach, co ma istotny wpływ na wynik sprawy, jak i uniemożliwia właściwy nadzór instancyjny nad wydanym wyrokiem w części objętej skargą; art. 234 k.p.c., art. 6 k.c., w zw. z art. 227 k.p.c., z art. 232 k.p.c., z art. 236 k.p.c. i z art. 391 § 1. k.p.c. w zw. z art. 7 k.c., art. 336 k.c., art. 337 k.c., art. 339 k.k., art. 340 k.c. i art. 341 k.c. w zw. z art. 344 § 1 k.c. oraz w zw. art. 53 § 2 k.c. przez ich błędne niezastosowanie, tj. niezastosowanie domniemań dobrej wiary, samoistności posiadania oraz jego ciągłości, nie odwróceniu ciężaru dowodu na spółkę zarówno w aspekcie prawa własności układu pomiarowego, jak i w aspekcie dowiedzenia okresu, w którym licznik zamontowany w nieruchomości skarżącej zawyżał wskazania zużywanej energii elektrycznej, pomimo, że powódka (pozwana wzajemna), mimo ciążącego na niej obowiązku wynikającego z zaprzeczenia przez skarżącą, nie wykazała żadnej aktywności dowodowej w zakresie prawa własności do układu pomiarowego zainstalowanego na nieruchomości H.S., który to układ przynosi spółce korzyści prawne w rozumieniu art. 53 § 2 k.c. i którymi to korzyściami są opłaty pobierane za układ pomiarowy przez powódkę (pozwaną wzajemną) od skarżącej; art. 378 § 1 k.p.c. w związku z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającą dyrektywę 2003/54/WE (Dz. U. UE. L. z 2009 r. Nr 211, poz. 55), która została implementowana do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 26 lipca 2013 r. o zmianie ustawy — Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw, Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, która została implementowana ustawą z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta, Dyrektywą 2006/32/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 kwietnia 2006 r. w sprawie efektywności końcowego wykorzystania energii i usług energetycznych oraz uchylającą dyrektywę Rady 93/76/EWG (Dz. Urz. UE L 114 z 27.04.2006, str. 64) implementowaną ustawą z dnia 15 kwietnia 2011 r. o efektywności energetycznej (Dz.U. Nr 94 poz. 551), poprzez jego błędne zastosowanie i nierozpoznanie sprawy przez Sąd Apelacyjny w granicach apelacji, tj. nieodniesienie się w żaden sposób do przepisów zaimplementowanych Dyrektyw Europejskich, na które skarżąca odwołała się w apelacji.

H.S. wniosła o uchylenie wyroku w zaskarżanym zakresie tj. o uchylenie rozstrzygnięcia zawartego w pkt. 2 wyroku z dnia 19 grudnia 2016 i o przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w K.; a w przypadku stwierdzenia podstaw - o uchylenie w zaskarżanej części również zaskarżonego orzeczenia Sądu Okręgowego w G. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania temu sądowi, ewentualnie w przypadku uznania za nieuzasadnioną podstawy naruszenia przepisów postępowania, o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i rozstrzygnięcie sprawy co do istoty.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Nieuzasadnione są zarzuty dotyczące nieważności postępowania. Jak trafnie podniosła powodowa spółka, zakaz prowadzenia dowodów w postępowaniu kasacyjnym nie stoi na przeszkodzie prowadzeniu dowodów mających na celu ocenę zarzutu nieważności postępowania przed sądem drugiej instancji, przy czym dowody te mogą być przeprowadzone z urzędu (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 12 października 2016 r., II CSK 58/16, LEX nr 2147278).

Trzeba więc stwierdzić, że został sporządzony protokół ogłoszenia wyroku Sądu Apelacyjnego w dniu 19 grudnia 2016 r., przez sędziego sprawozdawcę, podpisany przez tego sędziego i protokolanta, w tzw. skróconej wersji (por. k. 2861). Dowodzi tego także wokanda publikacyjna, dołączona do pisma Spółki z dnia 6 lipca 2017 r.

Protokół z ogłoszenia, pomimo swoich braków formalnych jest protokołem w rozumieniu art. 157 i 158 k.p.c. Celem protokołu jest bowiem zapewnienie odtworzenia w każdym stanie sprawy przebiegu posiedzenia, aby umożliwić w ten sposób wydanie prawidłowego rozstrzygnięcia, jak i kontroli prawidłowości samego posiedzenia i ustalenia dokonanych na nim czynności. Powołany dokument z dnia 19 grudnia 2016 r. pozwala na odtworzenie, jak przebiegało to posiedzenie Sądu, ustalenie, że wyrok został wtedy ogłoszony i kto ogłosił ten wyrok. Skoro został on także podpisany przez sędziego i protokolanta, to spełnia on zasadnicze wymagania pozwalające uznać go za protokół w rozumieniu kodeksu postępowania cywilnego. Jak wiadomo, protokół sądowy jest dokumentem urzędowym i ma moc dowodową określoną w art. 244 § 1 k.p.c., tj. stanowi dowód tego, co zostało w nim

urzędowo zaświadczone (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 kwietnia 2010 r., III CSK 178 /09, LEX nr 852664).

Trzeba zgodzić się ze stanowiskiem zawartym w odpowiedzi na skargę kasacyjną, że nieważność postępowania w rozumieniu art. 379 pkt 4 k.p.c., dotyczy tylko udziału w postępowaniu sędziego wyłączonego z mocy ustawy, a nie podlegającego wyłączeniu na wniosek w myśl art. 49 k.p.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2009 r., IV CSK 242/09, LEX nr 677897). Zasadne także jest stanowisko zawarte w odpowiedzi na skargę kasacyjną, że o możliwości wyłączenia sędziego od rozpoznania sprawy nie decyduje samo subiektywne przekonanie strony o braku jego bezstronności, ale faktyczne wystąpienie okoliczności uzasadniających to odczucie. Innymi słowy, instytucja wyłączenia sędziego na wniosek nie jest związana z wystąpieniem jakiejkolwiek wątpliwości co do bezstronności sędziego rozpoznającego sprawę, ale z ujawnieniem się uzasadnionych wątpliwości, co do bezstronności sędziego (art. 49 k.p.c.). Oczywiście ciężar uprawdopodobnienia wystąpienia takich okoliczności spoczywa na stronie składającej wniosek o wyłączenie sędziego. Rzeczywiście H.S. nie wykazała wystąpienia takich okoliczności i nie jest nią sam fakt uprzedniej pracy sędziego w Sądzie pierwszej instancji, w którym zapadł zaskarżony wyrok (por. wniosek z dnia 23 kwietnia 2016 r., k. 1275). Na marginesie można zauważyć, że H.S. występowała także z nieuzasadnionym wnioskiem o wyłączenie sędziego rozstrzygającego sprawę w pierwszej instancji, który został prawomocnie oddalony.

Podzielić także należy pogląd, że przyczyną wyłączenia sędziego nie może być – zarzucane mu – niewłaściwe prowadzenie postępowania – tj. dopuszczenie się uchybień procesowych (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2017 r., III UO 3/16, LEX nr 2203503). Okolicznością, która więc nie mogła prowadzić do wyłączenia sędziego sprawozdawcy, był podnoszony przez H. S. fakt, że sędzia sprawozdawca orzekała w sprawie w postępowaniach zażaleniowych i wydawała orzeczenia na niekorzyść skarżącej. Podkreślić z całą mocą należy, że wniosek H.S. o wyłączenie sędziego Sądu Apelacyjnego sprawozdawcy w sprawie został oddalony postanowieniem z dnia 10 maja 2016 r., albowiem powódka wzajemna nie przedstawiła we wniosku okoliczności, które uzasadniałyby wyłączenie sędziego na podstawie art. 49 k.p.c., zwłaszcza po skonfrontowaniu ich

z faktami wynikającymi z oświadczenia sędziego. Skoro H.S. nie skorzystała z zażalenia na postanowienie z dnia 10 maja 2016 r., to przemawia to za uznaniem także przez skarżącą argumentacji Sądu Apelacyjnego przedstawionej w jego uzasadnieniu.

Zgodnie z art. 367 § 3 k.p.c. rozpoznanie sprawy w postępowaniu apelacyjnym następuje w składzie trzech sędziów zawodowych i w takim składzie została sprawa rozpoznana. Występujące natomiast zmiany w składzie orzekającym nie świadczyły, że sprawa została rozpoznana w składzie sprzecznym z ustawą. Ustawodawca w postępowaniu cywilnym nie przyjął zasady jednolitości i niezmienności składu sędziowskiego. Wymagane jest natomiast, aby wyrok został wydany przez sędziów, przed którymi odbyła się rozprawa poprzedzająca bezpośrednio wydanie wyroku (art. 323 k.p.c.). Przepis ten stanowi zatem wyjątek od istniejącej np. w procesie karnym zasady jednolitości składu orzekającego w trakcie rozprawy (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 września 2004 r., II PK 163 /04, niepubl.).

Wbrew postanowieniu § 50 regulaminu sądowego, w postanowieniu cywilnym nie obowiązuje zasada ciągłości składu sądu ani tzw. zasada ciągłości referatu, co oznacza, że nie jest konieczne, aby wszystkie posiedzenia jawne składające się na rozprawę, odbywały się przed tym samym składem oraz z udziałem tego samego sędziego (por. uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2016 r., III CZP 103/15, OSNC 2016, nr 11, poz. 124). Artykuł 323 k.p.c. wymaga więc tego, aby wyrok został wydany przez sędziów, przed którymi odbyła się rozprawa bezpośrednio poprzedzająca jego wydanie. W czasie rozpoznawania sprawy skład sądu może być zatem, jakkolwiek jest to niepożądane, zmieniony wielokrotnie. Pamiętać przy tym należy, że § 50 regulaminu nie regulował procedury cywilnej i składu orzekającego w postępowaniu cywilnym, który winien daną sprawę rozpoznać, po wtóre adresowany jest on do przewodniczącego wydziału, a po trzecie został on uchylony w dniu 1 lipca 2016 r., a zatem nie mógł mieć on zastosowania do rozpraw, które miały miejsce w sprawie po tej dacie. Z kolei powołane w skardze art. 45 § 1 i § 2 u.s.p. i art 47 § 1 u.s.p. nie wyłączają, ani nie ograniczają normy wynikającej z art. 323 k.p.c., a zatem zarzut ich naruszenia jest oczywiście bezpodstawny.

Sąd Apelacyjny nie dopuścił się także, w sposób mający wpływ na wynik sprawy, naruszenia art. 278 § 1 k.p.c., art. 286 k.p.c., art. 289 k.p.c. oraz art. 290 § 1 i art. 2 k.p.c., choć oczywiście uchylił swe własne postanowienie wzywające biegłą H. D. do złożenia opinii uzupełniającej, która miała udzielić odpowiedzi na pytania stron, postawione jeszcze w toku postępowania pierwszoinstancyjnego.

W tej materii należy zwrócić uwagę, że pozwana zastępowana między innymi przez córkę, prawnika z tytułem naukowym (nagrodzoną nagrodą im. prof. dr S. K., stypendystkę Instytutu Maxa Plancka, por. k. 1285), jak wynika z rozważań Sądu pierwszej instancji, nie wystąpiła wtedy z wnioskiem o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, choć niewątpliwie roszczenia zgłoszone w pozwie wzajemnym z dnia 30 września 2011 r. wymagały przeprowadzenia tego dowodu. Jest oczywistym, że pozwana – powódka wzajemna miała prawo w procesie zakwestionować prywatną ekspertyzę dr inż. M.R. dotyczącą zdjętego u H.S. licznika energii elektrycznej typ C52a nr fabryczny 6378402 i charakterystyczne jest, iż zamiast zgłosić ten wniosek wystąpiła do niego z żądaniem (pismo z dnia 24 marca 2011 r.) zmiany stanowiska zawartego w tej ekspertyzie, pod rygorem podjęcia przeciwko niemu kroków prawnych, jak i powiadomienia Senatu Politechniki C. i innych podmiotów o niewłaściwych praktykach podczas przeprowadzenia badań.

Na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2012 r. mąż powódki wzajemnej – jej pełnomocnik podtrzymał swe dotychczasowe stanowisko o niecelowości dopuszczenia w sprawie dowodu z opinii biegłego. Gdy na rozprawie w dniu 6 listopada 2012 r. pełnomocnik T. zwrócił uwagę, że wniosek spółki o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego jest wnioskiem zgłoszonym już w pozwie, pełnomocnik H.S. podniósł, iż biegły sądowy nic nie wniesie do sprawy i wniósł o oddalenie tego wniosku dowodowego. Gdy na rozprawie w dniu 6 grudnia 2012 r. Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego pełnomocnik H.S. wniósł sprzeciw co do dopuszczenia tego dowodu, a w szczególności co do badania licznika. W piśmie z dnia 28 stycznia 2013 r. pełnomocnik ten wystąpił z wnioskiem o wyłączenie biegłego K. G., który Sąd uwzględnił postanowieniem z dnia 31 stycznia 2013 r. Wniósł także o wyłączenie następnego biegłego M. P., który Sąd Okręgowy oddalił postanowieniem z dnia 25 marca 2013 r.

Pełnomocnik H.S. w piśmie z dnia 29 listopada 2013 r. podtrzymał swój wniosek „o niedopuszczenie dowodu z opinii biegłego M.P., jak również wniosek o wyłączenie biegłego M.P. oraz jego opinii z toczącego się postępowania”.

Po wyznaczeniu na kolejnego biegłego przez Sąd Okręgowy w G. H. D. w piśmie z dnia 26 marca 2014 r. pełnomocnik H.S. wniósł także o jej wyłączenie i wniosek ten został oddalony postanowieniem z dnia 11 kwietnia 2014 r. Wobec wezwania stron przez Sąd Okręgowy do pisemnego ustosunkowania się do jej opinii w piśmie z dnia 9 września 2014 r. pełnomocnik H.S., sprzeciwił się wezwaniu tej biegłej do sporządzenia opinii uzupełniającej. Na rozprawie w dniu 16 września 2014 r. do ustnego uzupełnienia opinii nie doszło, gdyż pełnomocnik pozwanej złożył wniosek o wyłączenie sędziego. Na rozprawie w dniu 5 maja 2015 r., Sąd Okręgowy między innymi pominął dowód z opinii biegłego M. P. i oddalił wnioski pełnomocnika H.S. dotyczące biegłej H. D. oraz postanowił, w zaistniałej sytuacji procesowej, nie wzywać już ją na rozprawę.

Skarżąca w apelacji zarzuciła między innymi oparcie się przez Sąd Okręgowy na skrajnie nierzetelnych, niekompletnych i stronniczych biegłych, niestawianie im przez Sąd pytań zasadniczych dla rozstrzygnięć kwestii pozwu wzajemnego. Podniosła, że wielokrotnie wносиła o zamknięcie rozprawy w zakresie powództwa głównego oraz prowadzenie postępowania w zakresie powództwa wzajemnego i podkreśliła, iż wielokrotnie wskazywała na konieczność powołania rzetelnych, niezależnych od powódki biegłych np. pisma z dnia 28 czerwca 2013 r. i z dnia 26 marca 2014 r.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 13 października 2016 r., pełnomocnik H.S. oświadczył, że jeżeli istnieje konieczność zasięgnięcia dowodu z opinii biegłych, to nie zgadza się, aby tym biegłym była H.D. i podtrzymał podniesione wcześniej skierowane do jej opinii zarzuty. Sąd Apelacyjny wezwał wtedy na kolejną rozprawę biegłą H.D. dla ustnego uzupełnienia opinii i określił stronom termin jednego miesiąca celem złożenia ewentualnych pytań do biegłej. Pełnomocnik H.S. takich pytań nie przygotował, lecz zgłosił wnioski dowodowe przede wszystkim osobowe, które miałyby wykazać nefachowość opinii tej biegłej i podniósł, że w razie ich nieuwzględnienia i oparcia wyroku lub jego części na opinii biegłego H.D. wystąpi ze skargą do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

W piśmie z dnia 9 listopada 2016 r. Pełnomocnik H.S. złożył kolejny wniosek o wyłączenie biegłej H.D. i z ostrożności procesowej na podstawie art 290 k.p.c. wniósł o powołanie w charakterze biegłego instytutu naukowo badawczego tj. Głównego Urzędu Miar. Zapowiedział także, że w wypadku oparcia orzeczenia na opinii biegłej H.D. wystąpi ze skargą do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Wniosek ten został oddalony postanowieniem Sądu Apelacyjnego z dnia 21 listopada 2016 r. Kolejny wniosek o wyłączenie biegłej złożył pełnomocnik H.S. na rozprawie w dniu 13 grudnia 2016 r. Wtedy to Sąd Apelacyjny postanowił pominąć dowód z ustnych wyjaśnień biegłej H.D. i oddalić wnioski dowodowe zgłoszone w postępowaniu apelacyjnym, udzielił głosu stronom w ramach końcowych przemówień pełnomocnikom stron i zamknął rozprawę.

W związku z naprowadzonymi okolicznościami trzeba podnieść, że zgodnie z zasadą kontradyktoryjności ciężar dowodu spoczywa na stronach postępowania cywilnego. To one, a nie sąd, są wyłącznym dysponentem toczącego się postępowania i one wreszcie ponoszą odpowiedzialność za jego wynik (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1996 r., I CKU 45/96, OSNC 1997, nr 6 - 7, poz. 76; z dnia 7 marca 1997 r., II CKN 70/96, OSNC 1997, nr 8, poz. 113; z dnia 7 października 1998 r., II UKN 244/98, OSNAPIUS 1999, nr 20, poz. 662; z dnia 11 października 2000 r., II UKN 33/00, OSNP 2002, nr 10, poz. 251). Strona, która nie przytoczyła na czas wystarczających dowodów na poparcie swoich twierdzeń, ponosi ryzyko niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia.

Zmiany kodeksu postępowania cywilnego, jakie wystąpiły w nowej rzeczywistości społeczno-gospodarczej niewątpliwie doprowadziły do wzmocnienia zasady kontradyktoryjności na gruncie procesu cywilnego. Oznacza to, jak podniesiono w literaturze, mniejszą rolę sądu w gromadzeniu środków dowodowych, a zwiększone obowiązki stron. Przy tak profesjonalnym pełnomocniku, jakiego miała H.S., Sąd nie miał obowiązku dopuszczenia jakiegokolwiek środka dowodowego z urzędu, w tym przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego (por. odpowiednio wyroki Sądu Najwyższego z dnia z dnia 26 października 2006 r., I CSK 166/06, LEX nr 209297, z dnia 23 lipca 2003 r., II CKN 320/01 LEX nr 1129330 i z dnia 20 października 1999 r., II CKN 392/98, LEX nr 1218126). Co prawda, sąd na podstawie art. 232 zdanie drugie k.p.c. może

powołać dowód niewskazany przez strony, ale jest to jego uprawnienie, a nie obowiązek i nieprzeprowadzenie takiego dowodu nie stanowi skutecznej podstawy kasacyjnej naruszenia prawa procesowego (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1996 r., I CKU 45/96, OSNC 1997 r., nr 6-7, poz. 76. i z dnia 16 grudnia 1997 r., II UKN 406/97, OSNP 1998, nr 21, poz. 643). Nie można też na gruncie wzmocnionej zasady kontradyktoryjności postawić skutecznie sądowi zarzutu niewyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy.

Gdyby założyć nawet, że Sąd pierwszej instancji miał obowiązek w odniesieniu do roszczeń skarżącej, zwłaszcza o zapłatę kwoty 34 347 zł tytułem zwrotu nie pobranych nienależnie opłat za energię elektryczną, przeprowadzić z urzędu dowód z opinii biegłego, to w przedstawionych okolicznościach sprawy trzeba było dojść do wniosku, że uniemożliwił jego przeprowadzenie pełnomocnik skarżącej. Pomimo bowiem oddalenia wniosku o wyłączenie biegłej H.D. przez Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 11 kwietnia 2014 r. w piśmie z dnia 9 września 2014 r., sprzeciwił się wezwaniu tej biegłej do sporządzenia opinii uzupełniającej. Skoro więc wniosek o wyłączenie biegłej został oddalony, to wysokiej klasy prawnik powinien zdawać sobie sprawę, że skutków prawnych tego sprzeciwu (por. poza tym art. 281 k.p.c.). W tym stanie rzeczy, brak podstawy do oceny, że sąd naruszył w sposób istotny art. 278 § 1 czy art. 286 k.p.c., skoro przeprowadzeniu z urzędu dowodu z opinii biegłego sprzeciwiła się strona reprezentowana przez profesjonalistkę, choć mógł on mieć znaczenie dla wykazania jej roszczeń.

Skarżąca przeoczyła, że w postępowaniu apelacyjnym ustawodawca przewidział prekluzję dowodową, a Sąd także drugiej instancji musiał mieć na uwadze także i to, że powódka wzajemna już wcześniej występowała ze skargą na przewlekłość tj., że sprawa nie została rozpoznana bez nieuzasadnionej zwłoki. Pełnomocnik H.S. występując w piśmie z dnia 9 listopada 2016 r. o wyłączenie biegłej H.D., choć z ostrożności procesowej na podstawie art. 290 k.p.c. wniósł o powołanie w charakterze biegłego instytutu naukowo badawczego tj. Głównego Urzędu Miar, niemniej wniosek ten był nieuzasadniony, gdyż naruszał art. 381 k.p.c. H.S. w toku postępowania przed Sądem Okręgowym nie zgłosiła własnego wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, natomiast

wносиła o wyłączenie wszystkich biegłych dopuszczonych z wniosku strony przeciwnej. W świetle powołanych okoliczności, to skarżąca powinna była przed sądem pierwszej instancji wystąpić z tym wnioskiem, z którym wystąpiła w postępowaniu apelacyjnym dopiero w dniu 9 listopada 2016 r. Trafnie więc Sąd Apelacyjny go oddalił na rozprawie w dniu 13 grudnia 2016 r. gdyż był spóźniony (por. np. odpowiednio wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 30 stycznia 2009 r., II CSK 440/08, LEX nr 527122 i z dnia 5 listopada 2003 r., IV CK 192/02, LEX nr 602278 i orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 1935 r., C.III 616/34 Zb. Urz. 1935, poz. 437). Z tych względów nie był także uzasadniony zarzut opisany w pkt I skargi kasacyjnej (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2017 r., V CSK 296/16, LEX nr 22974/22 i z dnia 30 stycznia 2009 r., II CSK 440/08, LEX nr 527122).

To samo dotyczy zarzutu obrazy naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. W judykaturze utrwalony jest pogląd, że obraza art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. może stanowić usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie zawiera wszystkich koniecznych elementów, bądź zawiera tak kardynalne braki, które uniemożliwiają kontrolę kasacyjną (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 8 października 1997 r., I CKN 312/97, z dnia 19 lutego 2002 r., IV CKN 718/00, z dnia 18 marca 2003 r., IV CKN 11862/00, z dnia 20 lutego 2003 r., I CKN 65/01, z dnia 22 maja 2003 r., II CKN 121/01, niepubl. i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83).

Dodać należy, że artykuł 328 § 2 k.p.c. ma odpowiednie zastosowanie w postępowaniu kasacyjnym przez odesłanie zawarte w art. 391 § 1 k.p.c. Zakres tego zastosowania zależy od rodzaju wydanego orzeczenia, oraz od czynności procesowych podjętych przez sąd odwoławczy, wynikających z zarzutów apelacyjnych, limitowanych granicami kognicji sądu drugiej instancji. Jeżeli sąd odwoławczy, jak miało miejsce w sprawie, oddala apelację i orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu w pierwszej instancji nie musi powtarzać dokonanych ustaleń, gdyż wystarczy stwierdzenie, że przyjmuje je za własne. Wystarczy także wtedy, gdy jako podstawę prawną rozstrzygnięcia wskazuje art. 385 k.p.c. (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia

1935 r., C III 680/34. Zb. Urz. 1936, poz. 379, z dnia 14 lutego 1938, r. C II 2172/37, Przegląd Sądowy 1938, poz. 380 i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83).

Uzasadnienie Sądu Okręgowego nie zawiera takich braków, które uniemożliwiłyby kontrolę kasacyjną zaskarżonego wyroku, a wbrew zarzutowi skarżącej, Sąd Okręgowy, skoro w rozpoznawanym zakresie oddalił apelację H.S., mógł przyjąć jako własne ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji. Wskazał także podstawę prawną rozstrzygnięcia, skoro do tej części zaskarżonego orzeczenia powołał art. 385 k.p.c.

Według oceny Sądu Najwyższego, pozwana – powódka wzajemna rzeczywiście nie wykazała jakoby była właścicielką układu pomiarowego i aby w okresie istotnym dla jej roszczenia o odszkodowanie zdjęty w dniu 1 lutego 2011 r. licznik zawyżał zużycie energii elektrycznej. Trafny był bowiem pogląd Sądów *meriti*, że w tym wypadku ciężar udowodnienia tych faktów spoczywał na H.S., gdyż to ona chciała z nich wywieść skutki prawne. Okoliczności sprawy wskazują na to, że skarżąca nie władała, ani stacją trafo, ani układem pomiarowym, ani tym bardziej zaplombowanym licznikiem. To pracownicy zakładu energetycznego w dniu 1 lutego 2011 r., zdjęli sporny licznik i zabrali go, bez oporu ze strony J. S. oraz zamontowali inny licznik. Odwołanie się zatem przez skarżącą do domniemań związanych z posiadaniem nie było trafne, co z kolei czyniło bezpodstawnym zarzut oznaczony literą „n”.

Naruszenia art. 378 § 1 k.p.c. w zw. z powołanymi w skardze Dyrektywami Parlamentu Europejskiego skarżąca dopatrywała się przez nierozpoznanie sprawy w granicach apelacji tj. między innymi nieodniesienie się w żaden sposób do przepisów zaimplementowanych Dyrektyw Europejskich, na które skarżąca powoływała się w apelacji. Ani jednak w samym zarzucie, ani w jego uzasadnieniu skarżąca nie wskazała ani jednego przepisu z powołanych Dyrektów, czy z ustaw stanowiących ich implementację, który miałby zostać naruszony. Zarzut ten więc został sformułowany zbyt ogólnie, aby nadawał się do kontroli kasacyjnej. W judykaturze ugruntowany jest od lat trzydziestych ubiegłego wieku pogląd, że zarzuty kasacyjne powinny być przedstawione tak szczegółowo, aby Sąd Najwyższy, bez poszukiwań w innych pismach procesowych (aktach sprawy

sądów *meriti*), miał w nich omówienie wytkniętej wady. Nie jest wystarczające ograniczenie się do wskazania danego aktu prawnego jako naruszonego, ale konieczne jest takie uzasadnienie podnoszonej podstawy kasacyjnej, w którym wskazano naruszone konkretne przepisy - oznaczone numerem artykułu (paragrafu) ustawy, na czym to naruszenie polegało oraz jaki mogło mieć wpływ na wynik sprawy (por. np. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego C.III. 303/38 powołaną w kodeks postępowania cywilnego, w opracowaniu J.I. Litauera i W. Świącickiego, cz. I, Warszawa 1947. S. 220, orz. Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 1936 r. C. III 83/35, Zb. Urz. 1937, poz. 82 i wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 1997 r., II CKN 21/96, OSNC 1997, nr 5, poz. 61 i z dnia 11 marca 1997 r., III CKN 13/97, OSNC 1997, nr 8 poz. 114).

Naruszenie jednak art. 278 k.p.c. występuje wtedy, gdy sąd drugiej instancji nie rozpozna konkretnego zarzutu, a hipotezą tego unormowania nie jest objęta wada w postaci trafnego jego rozpoznania. Już z samej skargi kasacyjnej wynika, że Sąd Okręgowy rozpoznał zarzut obrazy wskazanych w skardze kasacyjnej Dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady.

W tym stanie rzeczy należało ocenić jako niezasadną podstawę naruszenia prawa procesowego i przystąpić do oceny zarzutów materialnych. Naruszenie § 38 ust 1 i 2 w zw. z art. 37 ust 1 i 2 Rozporządzenia miało nastąpić „przez jego niezastosowanie do wyliczenia kwoty należnej pozwanej (powódce wzajemnej) z tytułu wieloletniego pobierania przez powódkę (pозwaną wzajemną) zawyżonych opłat w okresie od dnia 13 kwietnia 2005 r. do dnia 1 lutego 2011 r. w oparciu o wskazania wadliwego licznika nr 6378402 oraz do weryfikacji i korekty opartej na podnoszonych w tym punkcie przepisach, niezgodnego z obowiązującymi przepisami prawa sporządzonego przez powódkę (pозwaną wzajemną) wyliczenia kwoty faktury korygującej VAT nr 815994/3010835143/2011/K”.

Tymczasem, Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 18 sierpnia 2011 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf weszło w życie w dniu 27 września 2011 r. Było ono poprzedzone Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 2 lipca 2007 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie energią elektryczną (Dz. U. Nr 128, poz. 895 ze zm.), które na podstawie art. 21 ustawy z dnia 8 stycznia 2010 r.

o zmianie ustawy Prawo energetyczne oraz o zmianie innych ustaw (Dz.U. Nr 21, poz. 104) straciło moc dopiero z dniem 27 września 2011 r. Już z tego względu wskazane w omawianym zarzucie przepisy Rozporządzenia z 2011 r. nie mogły mieć, co do tak sformułowanego zarzutu zastosowania. Charakterystyczne przy tym było, że jeszcze w apelacji skarżąca jeden z zarzutów oparła na naruszeniu § 40 ustęp 2 ale Rozporządzenia z 2007 r., który jednak nie był przedmiotem zarzutu kasacyjnego.

Wprawdzie § 44 Rozporządzenia nie miał w sprawie zastosowania, gdyż reguluje on tylko zasady postępowania i obliczania kar na rzecz dystrybutorów w przypadku stwierdzenia nielegalnego poboru energii, ale jego nietrafne zastosowanie nie pozostawało w bezpośrednim związku z oddaleniem żądania o zwrot zawyżonych, niezależnie pobranych opłat w oparciu o wskazania wadliwego licznika. Jak wynika to bowiem już z powyższych uwag, pozwana H. S. nie wykazała jakoby taki pobór miał miejsce. Innymi słowy, § 44 Rozporządzenia nie stanowił podstawy oddalenia powództwa o odszkodowanie w kwocie 34 347,22 zł.

Bezpodstawny był także zarzut obrazy art. 481 § 1 k.c. Jak zasadnie bowiem podniosła spółka w odpowiedzi na skargę kasacyjną, skarżąca w piśmie z dnia 16 maja 2014 r. dokonała rozszerzenia powództwa z tytułu bonifikaty w kwocie 30 595,68 zł wynikającej z niedotrzymania przez spółkę standardów jakościowych obsługi odbiorcy, nie zgłaszając roszczenia o odsetki od tej kwoty. W takim wypadku, gdyby Sąd Apelacyjny zasądził odsetki, to orzekłby ponad żądanie i naruszyłby normę wynikającą z art. 321 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2011 r., III CSK 136/11, LEX nr 1131125). Dodać należy, że w postępowaniu apelacyjnym nie można w zasadzie występować z roszczeniem o odsetki od danego roszczenia głównego, jeżeli nie było ono zgłoszone w postępowaniu pierwszoinstancyjnym (art. 383 k.p.c.).

Artykuł 383¹ k.c. zawiera unormowanie stanowiące zakaz żądania przedsiębiorcy od konsumenta opłaty za skorzystanie z określonego sposobu zapłaty przewyższającej poniesione przez przedsiębiorcę koszty, w związku z tym sposobem zapłaty. Nie jest on źródłem roszczenia konsumenta do przedsiębiorcy

o wprowadzenie nowego sposobu zapłaty - w sprawie rozliczania się przez pozwaną w interwale dwumiesięcznym. Gdyby więc dopiero taki sposób rozliczania pomiędzy stronami został wprowadzony art. 383¹ k.c. mogły mieć zastosowanie.

Przed wszystkim jednak art. 383¹ k.c. został wprowadzony do systemu prawnego z dniem 25 grudnia 2014 r. na podstawie art. 44 pkt 2 prawa konsumenckiego (Ustawa z dnia 30 maja 2014 r., Dz. U. z 2017 r., poz. 683) i zgodnie z art. 51 tego prawa ma zastosowanie do umów, które zostały zawarte od tego dnia. Tymczasem, umowa nr 195/B/2004 została zawarta w dniu 2 stycznia 2004 r. Ze wskazanych więc względów art. 383¹ k.c. nie mógł mieć w sprawie zastosowania.

Naruszenie art. 385¹ § 1 i 3 k.c. w zw. z art. 1. 2 w zw. z art. 4 f. Pr. energ. nie mogło nastąpić w wyniku odmowy uwzględnienia żądania wymiany układu pomiarowego na nowoczesny (na licznik inteligentny), gdyż tego typu roszczenie nie wynika z tych unormowań. W tej materii, trafnie podniósł już Sąd Okręgowy, że nie występuje obowiązek ustawowy, który pozwoliłby przymusić powódkę - pozwaną wzajemną na drodze sądowej do dokonania takiej zmiany. Zasadnie też wskazał Sąd Apelacyjny, że nie wynika ono także z zawartej umowy stron. Oczywiście taka wymiana będzie możliwa dopiero w przyszłości, co wynika z założeń polityki energetycznej państwa (por. M.P. 20190 nr 2, poz. 11). Ponadto, skarżąca powinna zdawać sobie z tego sprawę, skoro żądanie to zostało obwarowane zastrzeżeniem „natychmiast po jej wprowadzeniu na rynek”, to takie roszczenie obecnie jest przedwczesne.

Zarzut naruszenia art. 361 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 363 § 1 1 i 2 k. c. został skonstruowany wadliwie. Jest oczywistym, że zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania z którego szkoda wynikła (art. 361 § 1 k.c.). Z kolei § 2 art. 361 k.c. wyraża zasadę pełnego odszkodowania tj. że w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł (*damnum emergens*), oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono (*lucrum cesans*). Natomiast art. 363 § 1 k.c. określa formy naprawienia szkody, a § 2 tego przepisu wyraża zasadę według której, jeżeli

naprawienie szkody ma nastąpić w pieniądzu, wysokość odszkodowania powinna być ustalona według cen z daty ustalenia odszkodowania.

Nie jest zagadnieniem z zakresu wykładni tych przepisów przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, że nie doszło do straty w majątku skarżącej, podobnie nie jest kwestią z zakresu wykładni prawa określenie wszystkich naruszających prawo działań, których dopuszczać się miała i według skarżącej nadal się dopuszcza powódka, gdyż należą one do sfery faktów, a nie prawa. Pomawianie H.S. o uszkodzenie układu pomiarowego i nielegalny pobór energii elektrycznej to zdarzenia, które H.S. podniosła na uzasadnienie roszczenia o zapłatę zadośćuczynienia ostatecznie w kwocie 15 000 zł. Skoro więc w tym zakresie Sąd Apelacyjny uchylił wyrok Sądu pierwszej instancji i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, to powoływanie się na nie w skardze kasacyjnej jest oczywiście bezzasadnie.

Trzeba zgodzić się ze stanowiskiem zawartym w odpowiedzi na skargę kasacyjną, że uzasadnieniem zarzutu obrazu art. 361 § 1 i 2 w zw. z art. 363 § 1 i 2 k.c. w odniesieniu do roszczenia o zasądzenie odszkodowania w wysokości 53 605.38 zł z tytułu niemożności korzystania z wolnych środków finansowych przez ich lokowanie w zakup złotych monet jest w dużej mierze kwestionowanie dokonanych przez Sądy *meriti* ustaleń faktycznych. Tymczasem, nie budzi wątpliwości pogląd, że Sąd Najwyższy, rozstrzygając o skardze jest, zgodnie z art. 398¹³ § 2 k.p.c. związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia. Związanie to wyklucza nie tylko przeprowadzenie w jakimkolwiek zakresie dowodów, lecz także badanie, czy sąd drugiej instancji nie przekroczył granic swobodnej ich oceny. Z tego punktu widzenia każdy zarzut skargi kasacyjnej, który ma na celu polemikę z ustaleniami faktycznymi sądu drugiej instancji, chociażby pod pozorem kwestionowania wykładni lub niewłaściwego zastosowania określonych przepisów prawa materialnego, z uwagi na jego sprzeczność z art. 398³ § 3 k.p.c. jest *a limine* niedopuszczalny (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2017 r., V CSK 600/16, LEX nr 2401839)

Roszczenia nie można wykazywać oświadczeniem pisemnym, w którym jedynie można przedstawiać okoliczności uzasadniające żądanie (w tym wypadku

w piśmie skarżącej z dnia 16 lutego 2012 r.), lecz twierdzenia te, gdy są, tak jak w omawianym przypadku, sporne, należy udowodnić dowodami przewidzianymi przez kodeks postępowania cywilnego. Sąd Najwyższy podziela w pełni stanowisko Sądów *meriti*, że z przyczyn przez nie zasygnalizowanych H.S. nie udowodniła zdarzenia powodującego szkodę, tj. zawyżenia opłat na określoną kwotę i jej pobranie przez pozwaną wzajemną. Odwołanie się przez pozwaną w tym zakresie do faktury korygującej VAT nr 815994/3010835143/2011/K nie zmienia tej oceny. Jak wiadomo, wpłaty na energię odbywają się zaliczkowo i dopiero z upływem okresu rozliczeniowego następuje dopłata albo zwrot nadpłaconej należności. Poza tym, w świetle ujawnionych w sprawie okoliczności nie można było rzeczywiście przyjąć, że fakt zwrotu wyliczonej na podstawie danych dostawcy energii elektrycznej nadpłaty potwierdzonej tą fakturą oznaczał, iż sporna nadpłata dochodzona przez skarżącą rzeczywiście wystąpiła.

Trafne jest także stanowisko Sądów *meriti*, że skarżąca także nie udowodniła wysokości tej szkody. W wypadku dochodzenia utraconych korzyści ocena wysokości szkody zawsze opiera się na przypuszczalnych zyskach, jakie poszkodowany osiągnąłby gdyby mu szkody nie wyrządzono. Wystąpienie tego rodzaju szkody musi cechować się wysokim stopniem prawdopodobieństwa, aby mogło zostać uznane za udowodnione. W sprawie taki stan rzeczy nie wystąpił. W zasadzie same tylko twierdzenia skarżącej o inwestowaniu wolnych środków finansowych w zakup złotych monet nie jest wystarczające do przyjęcia z jednej strony, że szkoda ta faktycznie wystąpiła, a z drugiej, iż odpowiada kwocie dochodzonej pozwem.

Wobec niezasadności także podniesionych zarzutów materialnych, skargę kasacyjną, jako bezpodstawną należało oddalić (art. 398¹⁴ k.p.c.).

aj