

Sygn. akt I ACa 1220/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 kwietnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA – Edyta Jefimko

Sędzia SA – Roman Dzięczek

Sędzia SO del. – Ada Sędrowska (spr.)

Protokolant – st. sekr. sąd. Katarzyna Foltak

po rozpoznaniu w dniu 10 kwietnia 2013 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa Z. O.

przeciwko (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.

o wydanie lub zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 18 czerwca 2012 r. sygn. akt XXIV C 1177/11

1. oddala apelację,

2. zasądza od Z. O. na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. kwotę 2.700 zł (dwa tysiące siedemset) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego,

3. przyznaje ze środków Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie na rzecz adwokata M. M. kwotę 2.700 zł (dwa tysiące siedemset) powiększoną o należną stawkę podatku od towarów i usług tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej powodowi z urzędu w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt I ACa 1220/12

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 16 lutego 2011 roku Z. O. wniósł o nakazanie pozwanej spółce (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wydanie samochodu osobowego marki B. serii 316i względnie wypłatę równowartości ceny tego pojazdu oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, iż w dniu 5 stycznia 2010 roku wysłał do operatora loterii smsa zgłaszającego go do loterii, w której nagrodą były samochody marki B.. W dniu 1 lutego 2010 roku otrzymał od operatora O. sms o treści informującej, że dokumenty do odbioru samochodu są gotowe i wystawione na jego nazwisko oraz że w celu otrzymania auta wystarczy żeby wysłał smsa, co niezwłocznie uczynił. Pomimo wezwania w dniu 11 maja 2010 roku pozwanej spółki do wydania samochodu lub jego równowartości, nagroda nie została mu wydana. Powód podniósł, iż pismem z dnia 17 maja 2010 roku pozwana poinformowała go, że nagroda mu się nie należy i powołując się na zapisy

regulaminu podkreśliła, że była to loteria, a sms od spółki był jedynie zachętą do uczestnictwa w niej. Powód podniósł ponadto, iż zapoznał się z regulaminem loterii w dniu 9 lutego 2010 roku. Podkreślił, że organizator loterii nie zadbał o dostępność regulaminu w chwili przystępowania do loterii, co wskazuje na nieuczciwe postępowanie. O metodach takiego działania Z. O. dowiedział się z lektury artykułu zamieszczonego w grudniu 2010 roku w (...)

W odpowiedzi na pozew z dnia 29 czerwca 2011 roku, pozwana spółka wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie na jej rzecz od powoda kosztów procesu wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu podniosła zarzut przedawnienia na podstawie art. 21 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. 2009 nr 201 póź. 1540 z późn zm.), zgodnie z którym, roszczenia związane z udziałem w grze hazardowej przedawniają się z upływem 6 miesięcy od dnia wymagalności, w związku z czym okres przedawnienia upłynął dnia 31 października 2010 roku. Pozwana podnosiła ponadto iż w odpowiedzi na pierwszego wysłanego przez powoda smsa przesłała mu informację zwrotną tzw. powitalną, w której poinformowała, że bierze on udział w loterii, wskazała posiadaną przez niego liczbę losów (zwiększających szansę wygranej) i podała miejsce publikacji regulaminu. Ze względu na obszerną treść tej przesłany on został w dwóch sms następujących po sobie. Fakt, że powód zapoznał się z regulaminem dopiero w dniu 9 lutego 2010 roku nastąpił z jego winy a nie organizatora loterii.

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 18 czerwca 2012 roku, sygn. akt XXIV C 1177/11 powództwo oddalił i zasądził od powoda Z. O. na rzecz pozwanej (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. kwotę 3.600 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego i przyznał adwokatowi M. M. – pełnomocnikowi z urzędu powoda wynagrodzenie za pomoc prawną udzieloną z urzędu w kwocie 3.600 złotych powiększoną o stawkę 23 % podatku od towarów i usług i nakazał wypłacić tą kwotę ze Skarbu Państwa (kasy Sądu Okręgowego w Warszawie).

Powyższe orzeczenie zapadło w następującym stanie faktycznym sprawy:

Organizatorem loterii audiotekstowej pod nazwą „B. od O. Druga Edycja” była spółka (...) sp. z o.o. Na jej urządzenie organizator otrzymał odpowiednie zezwolenie Dyrektora Izby Celnej. O organizowanej przez pozwaną loterii powód dowiedział się z reklamowej kampanii telewizyjnej. W dniu 5 stycznia 2010 roku powód Z. O. wysłał do operatora loterii pod nr (...) wiadomość sms w celu zgłoszenia się do loterii, w której główną nagrodą były samochody marki B.. W okresie od dnia 5 stycznia 2010 roku do dnia 3 kwietnia 2010 roku doszło do wymiany wiadomości tekstowych pomiędzy organizatorem loterii a Z. O., w której organizator zachęcał powoda do wysyłania kolejnych smsów w celu zwiększenia szans na zdobycie nagród. W pierwszym smsie przesłanym przez pozwaną w dniu 5 stycznia 2010 roku powód powiadomiony został o tym, że bierze udział w loterii (Witamy w Loterii B.), że ma już 10 losów i a aby zwiększyć szansę na wygraną powinien wysłać kolejne smsy. W tym samym dniu w drugim smsie otrzymał informację „reg. na stronie b. (...)”. Dwukrotnie w dniu 29 stycznia 2010 roku, w dniu 31 stycznia 2010 roku i w dniu 1 lutego 2010 roku powód drogą smsową otrzymał informację „regulamin na(...)”. Równolegle otrzymywał od organizatora apele o wysyłanie kolejnych smsów w celu zwiększenia szans wygranej oraz informacje o tym, że dokumenty B. lub blankiet przekazu są gotowe.

W związku z otrzymaniem w dniu 1 lutego 2010 roku o godzinie 16:48 kolejnego smsa o treści informującej o tym, że „dokumenty przekazania auta B. są gotowe”, powód o godzinie 16:51 wysłał wiadomość na numer specjalny (...)

Wobec nieotrzymania nagrody od organizatora loterii Z. O. zdecydował się wysłać do pozwanej spółki pismo z reklamacją i żądaniem wydania samochodu lub wypłacenia jego równowartości w kwocie 76.550 złotych.

W odpowiedzi na reklamację z dnia 17 maja 2010 roku pozwana spółka poinformowała Z. O., że zgodnie z regulaminem loterii organizator uprawniony jest do wysyłania dodatkowych wiadomości sms w odpowiedzi na przesłane przez uczestnika zgłoszenie. Mogły one zawierać informacje o wprowadzeniu czasu premiowanego dodatkowymi punktami, premiach i quizach, dających możliwość uzyskania dodatkowej ilości punktów oraz wygrania nagrody. Celem tych wiadomości było jedynie zachęcenie uczestników do udziału w loterii, tym samym nie stanowiły one oświadczenia woli organizatora o przyznaniu nagrody powodowi. Podniosła, że do wszystkich uczestników loterii wysyłała wiadomości o podobnej treści, lecz żadna z nich nie miała charakteru publicznego przyrzeczenia nagrody. Dokonane przez powoda

wysłanie wiadomości na specjalny nr (...) nie było jedynym warunkiem otrzymania wygranej w loterii. Podstawą do wygranej było wyłonienie danego uczestnika w drodze losowania. W związku z brakiem wylosowania numeru powoda, nie zostały wobec niego spełnione warunki umożliwiające spełnienie świadczenia przez pozwaną. Podniósł ponadto, że jedyną formą uczestnika o wygranej jest połączenie telefoniczne, które jest podejmowane trzykrotnie. Ze względu na niewylosowanie powoda, nie nawiązano z nim kontaktu informującego o wygranej, w związku z tym reklamacja jest bezpodstawa. Zgodnie z regulaminem loterii przystąpienie do niej następowało poprzez przesłanie zgłoszenia w formie wiadomości sms na odpłatny numer (...), którego koszt wynosił 4 złote plus 22% VAT (4,88 zł z VAT). Każde zgłoszenie było rejestrowane w systemie teleinformatycznym z odpowiednią ilością punktów. Organizator zastrzegł możliwość zwiększenia ilości punktów, dających uczestnikom większe szansę w wylosowaniu nagród oraz wysłania pięciu dodatkowych wiadomości sms z informacjami o wprowadzeniu dodatkowych punktów i możliwości ich uzyskania. Nagrody przyznawane były w drodze losowania poza nagrodami dodatkowymi. Losowania przeprowadzane były w siedzibie organizatora przez komputerowy program loteryjny spośród wszystkich numerów telefonów uczestników. O wynikach losowania laureaci byli informowani połączeniem telefonicznym i tylko taka forma powiadomienia stanowiła podstawę roszczenia o wydanie nagrody. Zgodnie z regulaminem loterii wszelkie roszczenia uczestników w stosunku do organizatora z tytułu urządzenia loterii przedawniały się z upływem 6 miesięcy od dnia ich wymagalności.

Sąd Okręgowy stan faktyczny sprawy ustalił w oparciu o złożone do akt dokumenty oraz zeznania przesłuchanego w charakterze strony powoda. Sąd uznał przedstawione dokumenty za wiarygodne i w pełni oddające stan faktyczny w niniejszej sprawie. Powód nie kwestionował w szczególności przedstawionych przez pozwaną treści korespondencji smsowej. Oceniając zeznania powoda Sąd stwierdził, że są one w większości zgodne z ustalonym stanem faktycznym. Rozbieżności dotyczą momentu wskazania powodowi informacji o możliwości zapoznania się z regulaminem. Za niewiarygodne, w świetle treści prowadzonej przez strony korespondencji smsowej, uznać należy twierdzenia powoda, że informacje o miejscu publikacji regulaminu uzyskał dopiero w dniu 9 lutego 2010 roku.

W tak ustalonym stanie faktycznym sprawy, Sąd Okręgowy zważył, iż powództwo nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Sąd I instancji uznał za zasadny zarzut przedawnienia sformułowany przez stronę pozwaną. Zgodnie bowiem z art. 21 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. 2009 nr 201 póź. 1540 z późn. zm.) roszczenia związane z udziałem w grze hazardowej przedawniają się z upływem 6 miesięcy od dnia wymagalności. Przepis ten znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie. Artykuł 1 powyższej ustawy stanowi bowiem, że ustawa ta określa warunki urządzania i zasady prowadzenia działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach. Z kolei art. 2 ust. 1 pkt 11 tej ustawy do gier losowych zalicza loterie audiotekstowe, w których uczestniczy się przez odpłatne połączenie telefoniczne lub wysyłanie krótkich wiadomości tekstowych (sms) z użyciem publicznej sieci telekomunikacyjnej a podmiot urządzający loterię oferuje wygrane pieniężne lub rzeczowe. Identyczną regulację dotyczącą zasad przedawnienia roszczeń zawierał Roz. VII ust. 7 regulaminu loterii „B. od O. Druga Edycja”.

Powód już pismem z dnia 11 maja 2010 roku, złożył reklamację, w związku z nie doręczeniem mu nagrody. Pismem pozwanej z dnia 17 maja 2010 roku poinformowany został o nieuwzględnieniu reklamacji. Przedmiotowa loteria trwała w okresie od dnia 26 grudnia 2009 roku do dnia 25 maja 2010 roku, zaś wydawanie nagród zgodnie z pkt. VI.7 regulaminu loterii kończyło się z dniem 30 kwietnia 2010 roku. Roszczenie powoda o wydanie nagrody w postaci samochodu B. stało się wymagalne wraz z zakończeniem wydawania nagród w loterii, zatem okres przedawnienia upłynął w dniu 30 października 2010 roku. Powód zaś wniósł pozew w niniejszej sprawie w dniu 15 lutego 2011 roku, a więc już po upływie wspomnianego okresu. Natomiast, fakt złożenia reklamacji przez powoda nie ma wpływu na powyższe. Z treści art. 21 ust 2 ustawy o grach hazardowych wynika co prawda, że bieg przedawnienia ulega zawieszeniu na czas trwania wniesionej reklamacji, jednakże nawet uwzględniając tą okoliczność roszczenia powoda nadal pozostaje przedawnione. Pismem pozwanej z dnia 17 maja 2010 roku Z. O. powiadomiony został o nieuwzględnieniu reklamacji i przyjmując nawet kilkudniowy okres na doręczenie pisma, ustawowy termin 6 miesięcy nie został zachowany. Mając powyższe okoliczności na względzie Sąd Okręgowy stwierdził, iż roszczenie Z. O. przedawniło się i z tych względów powództwo należało oddalić.

Dodatkowo Sąd Okręgowy wskazał, że roszczenie powoda nie zasługiwało na uwzględnienie również pod względem merytorycznym, wskazując, iż stosownie do treści art. 66 k.c. przez „ofertę” rozumie się oświadczenie woli jednej strony kierowane do drugiej strony, które zawiera propozycję zawarcia umowy i określa istotne jej postanowienia. Wskutek skierowania takiej oferty przez pozwaną między innymi do powoda, powstało po jego stronie prawo podmiotowe kształtujące, polegające na tym, że przez jednostronne oświadczenie woli (przyjęcie oferty) mógł on doprowadzić do zawarcia umowy. Powód dokonał tego poprzez wysłanie smsa zgłaszającego go do loterii organizowanej przez pozwaną. Doszło zatem do zawarcia między stronami umowy wzajemnej.

Zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z kolei art. 491 § 1 k.c. jako przepis szczególny dotyczący umów wzajemnych reguluje, iż jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki.

Powód wywodził swoje roszczenie z treści wiadomości tekstowej z dnia 1 lutego 2010 roku, twierdząc, iż zawarta w nim była gwarancja wygrania nagrody głównej w loterii, a więc samochodu marki B.. Z takim stanowiskiem Sąd Okręgowy się nie zgodził. Dokumentem regulującym warunki uczestnictwa i zasady przyznawania nagród był regulamin loterii, z którym każdy uczestnik loterii mógł się zapoznać na stronie internetowej www.orange.pl oraz w siedzibie pozwanej spółki. Zgodnie z Rozdziałem III pkt. 1 powyższego regulaminu przystąpienie do loterii następuje poprzez przesłanie zgłoszenia w formie wiadomości sms na specjalny nr 7400. Dodatkowo, w celu zwiększenia swoich szans na wylosowanie głównej nagrody, uczestnicy mogli wysyłać kolejne wiadomości tekstowe, zwiększające ilość punktów na ich koncie. O wiadomościach tych, zgodnie z regulaminem, organizator informował w kolejnych smsach wysyłanych do uczestników. Owe dodatkowe wiadomości, podobnie jak i inne materiały promocyjne - reklamowe, miały jedynie charakter informujący, co regulował pkt. III.9 regulaminu loterii.

W dniu 5 stycznia 2010 roku powód przystąpił do loterii poprzez wysłanie do operatora O. smsa zgłaszającego go do loterii. O fakcie organizowania przedmiotowej loterii powód dowiedział się z kampanii reklamowej prowadzonej w telewizji. Nieuzasadnione i niczym nie poparte są – zdaniem Sądu Okręgowego - twierdzenia powoda, że z reklamy tej wynikało iż wystarczy wysłać jednego smsa aby wygrać nagrodę. Przeczy temu chociażby nazwa organizowanej gry - „loteria”. Ponadto już w dniu 5 stycznia 2010 roku, w odpowiedzi na zgłoszenie powoda, została mu przesłana informacja tzw. powitalna o tym, że bierze udział w loterii (Witamy w Loterii B.), że ma już 10 losów a w celu zwiększenia szans na wygraną powinien wysyłać kolejne smsy. W tym samym dniu w drugim smsie otrzymał informację Reg. b.(...)

Sąd Okręgowy podkreślił także, że zgodnie z art. 919 § 1 k.c. kto przez ogłoszenie publiczne przyrzekł nagrodę za wykonanie oznaczonej czynności, obowiązany jest przyrzeczenia dotrzymać. Z przedstawionego przez pozwaną spółkę wykazu komunikacji smsowej strony nie wynika natomiast ażeby w treści wiadomości tekstowej z dnia 1 lutego 2010 roku, ani w żadnej innej wiadomości przesłanej powodowi przez organizatora loterii, znajdowały się komunikaty mogące spełniać warunki publicznego przyrzeczenia wydania nagrody jedynie w przypadku wysłania smsa na wskazany przez organizatora numer w rozumieniu przywołanego wcześniej art. 919 k.c. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Sądu Najwyższego „Przyrzeczeniem publicznym w rozumieniu art. 919 § 1 k.c. jest uczynione publicznie przyrzeczenie nagrody za określone zachowanie się. Uznaniu go za uczynione publicznie sprzeciwia się skierowanie oświadczenia przyrzekającego do oznaczonej, indywidualnie określonej osoby, która może ubiegać się o nagrodę” (por. wyrok SN z dnia 12 września 2002 r., sygn. akt IV CKN 1274/00, opubl. 56062). Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Gdańsku w swym wyroku z dnia 30 stycznia 1996 r. stwierdzając, iż „tzw. agresywna oferta nie może być uznana za przyrzeczenie publiczne (art. 919 k.c.), skoro jest skierowana do indywidualnie oznaczonych adresatów poprzez podanie ich imion, nazwisk i adresów, a nadto nie zawiera przyrzeczenia nagrody za wykonanie oznaczonej

czynności, a tylko zapewnienie udziału w losowaniu nagród w razie przyjęcia oferty" (por. wyrok SA w Gdańsku z dnia 30 stycznia 1996 r., sygn. akt I ACr 966/95, opubl. OSA 1996/7-8/40).

W żadnej zaś z wiadomości kierowanych do powoda, pozwana spółka nie umieściła słów mogących świadczyć o wygranej powoda i stanowiących obiektywne przesłanki, domagania się wydania nagrody. Przede wszystkim nigdzie nie padło sformułowanie „zwycięzca”, „wygrałeś”, „nagroda gwarantowana” bądź inne słowa, które w obiektywnym odczuciu mogłyby wywołać pewność otrzymania nagrody w postaci samochodu marki B. jedynie po wysłaniu smsa zgłaszającego do loterii. Informacje zawarte w powyższych komunikatach nie stwierdzały w sposób stanowczy faktu wygrania nagrody, a miały jedynie na celu zachęcenie do dalszego brania udziału w loterii i wysyłania kolejnych wiadomości sms celem zdobycia dodatkowych punktów.

W ocenie Sądu Okręgowego, istotną czynnością, którą każdy uczestnik gier losowych powinien wykonać jest zapoznanie się z regulaminem, zawierającym wszystkie szczegółowe zagadnienia dotyczące organizacji i zasad przyznawania nagród. Rolą organizatora jest natomiast zapewnienie możliwości zapoznania się uczestników z regulaminem. Zgodnie bowiem z treścią art. 384 § 1 k.p.c. ustalony przez jedną stronę wzorzec umowy, w szczególności ogólne warunki umów, wzory umów, regulaminy wiążą Stronę, jeżeli zostały jej doręczone przy zawarciu umowy. Regulamin przedmiotowej loterii był ogólnodostępny na stronie internetowej operatora telefonii komórkowej, z którym współpracował organizator loterii, tj. O.. O dostępności powyższego regulaminu pozwana spółka informowała w swych materiałach promocyjno - reklamowych, w tym również w wiadomościach tekstowych wysyłanych m.in. powodowi. Jak wynika z przywołanego wcześniej wykazu komunikacji sms, o możliwości zapoznania się z regulaminem pozwana spółka informowała powoda sześciokrotnie do dnia 1 lutego 2010 roku, a więc dnia otrzymania przez niego komunikatu, na którym opiera swoje roszczenie. Pierwszy raz w odpowiedzi na sms powoda zgłaszający go do loterii. Mając na względzie zasady doświadczenia życiowego należy stwierdzić, iż przed wysłaniem wiadomości zwrotnej będącej odpowiedzią na smsy pozwanej spółki powód winien był zapoznać się z regulaminem loterii oraz jego postanowieniami dotyczącymi zasad przyznawania uczestnikom loterii nagród. Tymczasem, jak sam przyznał uczynił to dopiero w dniu 9 lutego 2010 roku, tj. 8 dni po wysłaniu przez siebie wiadomości w przeświadczeniu zagwarantowania sobie nagrody w postaci samochodu marki B.. Specyfika tej loterii polegała na tym, że w losowaniu nagród premiowani byli uczestnicy z jak największą ilością punktów, które zdobywało się poprzez wysyłanie w odpowiednim czasie wiadomości tekstowych o specjalnej treści na specjalny numer organizatora loterii. O wyłonieniu zwycięzcy nagrody głównej w postaci samochodu marki B. decydowało, zgodnie z postanowieniami regulaminu, losowanie. Powód powinien być tego świadomy z racji charakteru gry losowej, do której przystąpił i treści cyklicznie wysyłanych do niego wiadomości tekstowych.

Przedmiotowa gra losowa jest umową wzajemną dwustronnie zobowiązującą. Istotą tego rodzaju umowy jest to, że każda ze stron jest jednocześnie wierzycielem i dłużnikiem. Istotą gry losowej, takiej jak przedmiotowa loteria, jest przyznanie przez jedną ze stron korzyści majątkowej w zamian za spełnienie się pewnego przyszłego i niepewnego warunku. W przypadku loterii audiotekstowej warunki umowy uregulowane są w specjalnym wzorcu umowy zwanym regulaminem. Stworzenie regulaminu loterii jest jednym z wymogów ustawowych gier losowych. Organizator loterii dopełnił tego obowiązku, w związku z czym decyzją Izby Celnej z dnia 22 grudnia 2009 roku otrzymał on zezwolenie na jej przeprowadzenie. W niniejszej sprawie pozwana spółka zobowiązała się do wydania powodowi nagrody głównej w postaci samochodu marki B. w razie zgłoszenia się powoda do loterii poprzez wysłanie wiadomości na specjalny nr 7400 oraz wyłonienia jego numeru w drodze losowania.

Jeden z koniecznych do tego warunków, w postaci wysłania smsa przez powoda, został spełniony. Zdarzeniem przyszłym, niepewnym, stanowiącym kolejny warunek realizacji roszczenia przez pozwaną spółkę było wyłonienie numeru powoda w losowaniu. Jak już wcześniej wspomniano do zdarzenia tego nie doszło, zatem spółka (...) sp. z o.o. nie była zobowiązana do wydania nagrody Z. O..

Podkreślenia wymaga ponadto dobrowolny charakter wzięcia udziału w przedmiotowej loterii oraz przyznana regulaminem możliwość zrezygnowania w każdej chwili z otrzymywania od jej organizatora wiadomości o charakterze

promocyjnym poprzez wysłanie na nr (...) lub inny wskazany w materiałach promocyjnych wiadomości sms o treści (...).

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy orzekł jak w wyroku.

Apelację od powyższego orzeczenia wniósł powód, zaskarżając wyrok w części oddalającej powództwo i w części zasądzającej od powoda na rzecz pozwanej kwotę 3.600 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Powód, zarzucił zaskarżonemu wyrokowi:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego, mianowicie:

1. art. 415 k.c. w zw. z art. 442¹ k.c. i art. 361 § 2 k.c. poprzez niezastosowanie tych przepisów, będące wynikiem pominięcia przez Sąd charakteru czynu pozwanego jako czynu niedozwolonego,

2. art. 21 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu 6-miesięcznego terminu przedawnienia roszczenia powoda podczas gdy roszczenie powoda wynika z czynu niedozwolonego, który podlega 3-letniemu terminowi przedawnienia,

3. art. 117 k.c. w zw. z art. 442¹ k.c. regulujących trzyletni termin przedawnienia roszczenia

związanego z odpowiedzialnością ex delicto, przez niezastosowanie wymienionych przepisów do oceny przedawnienia roszczenia powoda w stanie faktycznym sprawy wobec nie uznania, że zostały spełnione przesłanki odpowiedzialności pozwanej,

4. ewentualnie art. 471 k.c. w zw. z art. 491 k.c. przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie tych przepisów w stanie faktycznym sprawy, pomimo, że z materiału dowodowego wynika, iż pozwana nie wykonała zobowiązania i nie wykazała, aby niewykonanie umowy było następstwem okoliczności za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi oraz że w związku z tym powód uprawniony jest do żądania odszkodowania z tytułu utraconych korzyści;

II. naruszenie zasady wykładni oświadczenia woli tj. art. 65 § 1 k.c. polegające na: błędnym ustaleniu przez Sąd, iż treść przekazywanego przez pozwaną oświadczenia woli stanowiła ofertę przystąpienia do loterii polegającej na wielokrotnym wysyłaniu przez powoda smsów bez gwarancji otrzymania samochodu, podczas gdy z treści oświadczenia pozwanej wynika, iż złożyła ona powodowi oświadczenie stanowiące ofertę wydania samochodu w przypadku przyjęcia tej oferty przez powoda.

III. naruszenie przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia a mianowicie:

1. art. 233 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. polegające na braku wszechstronnego rozważenia

całego materiału dowodowego i w konsekwencji:

a) pominięciu dowodu z dokumentu w postaci Decyzji Nr (...) – (...) z dnia 1 grudnia 2011 r. Delegatury UOKiK w K. wskazującej, iż zachowanie pozwanej spółki stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów a wobec tego zachowania te były bezprawne;

b) błędne ustalenie, iż powód mógł zapoznać się w sposób należyty z treścią regulaminu loterii organizowanej przez pozwaną.

2. art. 102 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie i obciążenie powoda kosztami zastępstwa procesowego, w sytuacji gdy zaistniały przesłanki w niniejszej sprawie do nieobciążania powoda kosztami.

Wskazując na powyższe zarzuty, powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie zgodnie z żądaniem pozwu oraz zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych;

ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji z pozostawieniem temu Sądowi orzeczenia w przedmiocie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację, pozwana spółka wniosła o jej oddalenie i utrzymanie w mocy wyroku Sadu I instancji w całości oraz zasądzenie od powoda Z. O. na rzecz pozwanej (...) sp. z o.o. w W. kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest niezasadna.

Na wstępie podkreślić należy, iż Sąd Apelacyjny podziela stanowisko i rozważania Sądu Okręgowego co do zarzutu przedawnienia roszczenia powoda o naprawienie szkody z tytułu nienależytego wykonania umowy przez stronę pozwaną, a także co do braku podstaw samej odpowiedzialności pozwanej spółki opartej na powyższej podstawie.

Mając bowiem na uwadze, iż loteria w której uczestniczył powód prowadzona była na podstawie zezwoleń odpowiednich organów (co nie był w sprawie kwestionowane), powód mógł zgodnie z treścią art.413 § 2 k.c. dochodzić roszczeń z tytułu nienależytego wykonania umowy.

Jednakże, Sąd Apelacyjny podobnie jak Sąd Okręgowy nie miał wątpliwości, iż w myśl art. 2 ust.1 pkt 11 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. 2009, nr 201, poz.1540 z późn. zm.) do gier losowych zalicza się również loterie audiotekstowe, w których – tak jak w okolicznościach niniejszej sprawy - uczestniczy się przez odpłatne połączenie telefoniczne lub wysyłanie krótkich wiadomości tekstowych (sms) z użyciem publicznej sieci telekomunikacyjnej a podmiot zarządzający loterię oferuje wygrane pieniądze lub rzeczowe. Zgodnie zaś z art.21 w/w ustawy, roszczenia związane z udziałem w grze hazardowej przedawniają się z upływem 6 miesięcy od dnia wymagalności. Uwzględniając przy tym zawieszenie biegu przedawnienia w okresie rozpoznania reklamacji powoda, Sąd Okręgowy słusznie ustalił, iż roszczenie uległo przedawnieniu.

Tym samym, choć co do zasady słuszne, jednak bezprzedmiotowe okazały się dalsze rozważania Sądu Okręgowego co do bezzasadności żądania powoda.

Rację trzeba przyznać Sądowi I instancji, iż w sprawie nie mogło być mowy o przyrzeczeniu publicznym w rozumieniu art.919 k.c. Sąd Apelacyjny w pełni podzielił w tym zakresie stanowisko Sądu Okręgowego, poparte wskazanym orzecznictwem Sądu Najwyższego, potwierdzając, iż indywidualnie skierowana oferta nie może być uznana za przyrzeczenie publiczne.

Nie można natomiast odmówić racji stronie skarżącej, iż Sąd Okręgowy nie odniósł się do podstawy prawnej roszczenia sformułowanej przez powoda. Sąd Okręgowy całkowicie pominął w swoich rozważaniach kwestię ewentualnej odpowiedzialności deliktowej strony pozwanej. Powód formułując w pozwie roszczenie (występował na tym etapie postępowania bez profesjonalnego pełnomocnika) podnosił okoliczności wskazujące zarówno na odpowiedzialność kontraktową pozwanego, jak wynikającą z czynu niedozwolonego. Powód zarzucił pozwanej spółce (...), „oszukańcze” postępowanie, twierdził iż padł ofiarą prowadzonej „niezgodnie z prawem” loterii, a organizator „wprowadzał go w błąd”. Sformułowania te jednoznacznie – zdaniem Sądu Apelacyjnego - wskazują, iż powód domagając się zasądzenia od pozwanego odszkodowania zarzucał mu popełnienie czynu niedozwolonego.

Podkreślić przy tym trzeba, iż zbieg roszczeń odszkodowawczych wynikających z reżimu ex delicto oraz ex contractu stanowi przejaw niejednokrotnie pojawiającego się w dziedzinie prawa cywilnego zbiegu norm. Zgodnie z treścią

art.443 k.c. okoliczność, że działanie lub zaniechanie, z którego szkoda wynikła, stanowiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie istniejącego uprzednio zobowiązania, nie wyłącza roszczenia o naprawienie szkody z tytułu czynu niedozwolonego, chyba że z treści istniejącego uprzednio zobowiązania wynika co innego. Powyższe stanowi o równorzędności – co do zasady – obu reżimów. Do zbiegu roszczeń dochodzi wtedy, gdy to samo zdarzenie stanowi czyn niedozwolony i może być jednocześnie kwalifikowane jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Naruszenie więzi obligacyjnej pomiędzy stronami tylko wtedy będzie równoznaczne z wyrządzeniem czynu niedozwolonego jeśli wiązało się z naruszeniem ogólnych, powszechnie obowiązujących nakazów i zakazów wynikających z norm prawnych oraz zasad współżycia społecznego (dobrych obyczajów). Konsekwencją dopuszczenia zbiegu roszczeń jest pozostawienie poszkodowanemu możliwości wyboru pomiędzy wchodzącymi w grę roszczeniami. Przy tym, wskazać należy, iż przesłanki obu systemów odpowiedzialności uregulowane zostały w odmienny sposób. Dlatego też, Sąd Apelacyjny na podstawie art.382 k.p.c. dokonał samodzielnej oceny – na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego – przesłanek odpowiedzialności deliktowej, tj: powstanie szkody, zdarzenie z którym ustawa łączy obowiązek odszkodowawczy oznaczonego podmiotu (czyn niedozwolony) oraz związek przyczynowy pomiędzy tym zdarzeniem a szkodą.

Przy tym, czyn sprawcy pociągający za sobą odpowiedzialność cywilną musi wykazywać cechy odnoszące się do strony przedmiotowej i podmiotowej. Chodzi o znamiona niewłaściwego postępowania, co określa się mianem bezprawności. Bezprawność zaś ujmowana jest jako sprzeczność z obowiązującym porządkiem prawnym. „Porządek prawny” obejmuje zaś poza nakazami i zakazami wynikającymi z norm prawnych także wynikające z norm moralnych i obyczajowych.

Sąd Apelacyjny czyniąc własne ustalenia co do bezprawności zachowania strony pozwanej, oparł się na treści ustawy z dnia 23 sierpnia 2007r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. z 2007r., nr 171, poz.1206) i uznał, że praktyka stosowana przez pozwaną spółkę przeprowadzającą loterię rzeczywiście stanowiła nieuczciwą praktykę rynkową o jakiej mowa w art.9 pkt 8 w/w ustawy.

Zgodnie z treścią art. 4 ust. 2 w/w ustawy, za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd oraz agresywną praktykę rynkową, a także stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk, jeżeli działania te spełniają przesłanki określone w ust. 1, tj. są nieuczciwe, sprzeczne z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształcają lub mogą zniekształcić zachowania rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu.

Wskazać przy tym trzeba, iż odnosząc się do przeciętnego modelu konsumenta, dokonując jego oceny można wymagać od niego pewnego zespołu cech osobowościowych, pewnej wiedzy, orientacji, jednakże z drugiej strony nie można uznawać – jak chce tego pozwany - że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna. Przeciętny konsument nie posiada bowiem wiedzy specjalistycznej w danej dziedzinie, ale rozumie kierowane do niego informacje i potrafi je wykorzystać do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej produktu. Jednakże pamiętać zawsze należy, że nie potrafi on ocenić sytuacji tak jak profesjonalista.

Bezprawność jako kryterium obiektywne, nakazuje ustalenie czy zachowanie przedsiębiorcy było zgodne czy też niezgodne z obowiązującymi zasadami porządku prawnego. O bezprawności decyduje zatem całokształt okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

Sąd Apelacyjny biorąc pod uwagę całość materiału dowodowego sprawy, nie miał wątpliwości, iż działania pozwanej spółki – organizatora loterii, w której uczestniczył powód - wypełniają dyspozycję art. 9 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom, w myśl którego nieuczciwymi praktykami rynkowymi w każdych okolicznościach jest agresywna praktyka rynkowa wywołująca wrażenie, że konsument już uzyskał, uzyska bezwarunkowo lub po wykonaniu określonej czynności nagrodę lub inną porównywalną korzyść, gdy w rzeczywistości nagroda lub inna porównywalna korzyść nie istnieje lub uzyskanie nagrody lub innej porównywalnej korzyści uzależnione jest od wpłacenia przez konsumenta określonej kwoty pieniędzy lub poniesienia innych kosztów.

W sprawie bezspornym było, iż powód przystąpił do loterii wysyłając smsa. Jednakże, dalsze kierowane do niego w znacznej liczbie komunikaty smsowe mogły – zdaniem Sądu Apelacyjnego - prowadzić do wniosku, że powód został laureatem tej nagrody. Po dokonanej analizie wysyłanych przez pozwanego do powoda wiadomości, nie budzi wątpliwości Sądu, iż celem formułowania smsów było skłonienie powoda do wysyłania kolejnych płatnych smsów w ramach loterii. Stosowany przez spółkę mechanizm działania opierał się na sugestii, budowaniu fałszywego obrazu sytuacji oraz wykorzystywaniu emocji konsumentów, w tym powoda. Przy tym, działanie spółki nie miało charakteru sporadycznego. Zgodnie bowiem z regulaminem Loterii, spółka mogła przesłać każdemu konsumentowi do pięciu wiadomości tekstowych w ciągu jednego dnia, zaś każdy z smsów odpowiadających na wiadomość kosztował powoda 4,88 złotych. Praktyka ta miała więc znaczący wpływ na finansowe interesy spółki.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, bezprawności działań spółki w okolicznościach niniejszej sprawy – wbrew twierdzeniom strony pozwanej - nie wyłączała możliwość uzyskania przez powoda szczegółowych informacji dotyczących Loterii w jej regulaminie. W komunikatach kierowanych przez pozwanego nie było bowiem żadnej sugestii, która uzasadniałaby wątpliwości co do znaczenia przekazu. Sama zaś możliwość uzyskania dodatkowych, szczegółowych informacji z określonych źródeł nie może służyć do prostowania informacji zawartych w smsach.

Mając na względzie powyższe rozważania, Sąd Apelacyjny uznał, iż pozwany wyczerpał znamiona bezprawności o których mowa w art. 9 ust.8 w/w ustawy, a zachowanie spółki godziło w interesy konsumentów – smsy posiadały bowiem szablonową konstrukcję i kierowane były do wielu osób. Zachowania pozwanego podejmowane zaś były w sposób powtarzalny i powszechny. Przy tym organizator nie informował konsumentów należycie o przysługujących im prawach. Wprawdzie regulamin informował o zasadach rządzących przebiegiem Loterii, jednakże smsy mogły wywołać dezorientację jak i błędne przekonanie o sytuacji w jakiej się znaleźli.

Wobec tego stwierdzić również należy, iż kwestionowane zachowanie spółki stanowiło praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o jakiej mowa w art.24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazującej stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Przy tym, przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy, w szczególności m.in. właśnie nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji.

Nadmienić należy, iż w myśl art.13 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, ciężar dowodu, że dana praktyka rynkowa nie stanowi nieuczciwej praktyki wprowadzającej w błąd spoczywa na przedsiębiorcy, któremu zarzuca się stosowanie nieuczciwej praktyki rynkowej. Powyższe, w świetle wskazanych powyżej okoliczności, w żadnej mierze nie zostało przez pozwanego wykazane.

Pomimo ustalenia, że czyn pozwanego nosił znamiona bezprawności, roszczenie powoda nie zasługiwało jednak na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art.12 ust. 1 pkt 4) w/w ustawy, w razie dokonania nieuczciwej praktyki rynkowej konsument, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych, w szczególności żądania unieważnienia umowy z obowiązkiem wzajemnego zwrotu świadczeń oraz zwrotu przez przedsiębiorcę kosztów związanych z nabyciem produktu.

Aktualność zachowują więc rozważania dotyczące konieczności wykazania przez powoda wszystkich przesłanek odpowiedzialności deliktowej z art.415 k.c., czego powód nie uczynił.

W sprawie nie została bowiem wykazana szkoda, którą określić można jako uszczerbek w dobrach prawnie chronionych osoby poszkodowanej ani tym samym związek przyczynowy pomiędzy szkodą w rozumieniu przez powoda a zachowaniem pozwanego.

Art.361 § 1 k.c. ujmuje związek przyczynowy pomiędzy działaniem lub zaniechaniem zobowiązanego, a powstałym skutkiem w postaci szkody, jako konieczną przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej. Według § 2 art. 361 k.c. naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł (damnum emergens), oraz korzyści, które

mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono (*lucrum cessans*). Powód konsekwentnie opisując poniesioną przez siebie szkodę określał ją jako wartość samochodu, którego wygranej się spodziewał. Tak sformułowana szkoda w sposób jednoznaczny odnosi się do utraconych korzyści, których spodziewał się powód osiągnąć. Szkoda związana z utraconymi korzyściami ma wprawdzie zawsze charakter hipotetyczny, jednakże musi być ona przez poszkodowanego wykazana z tak dużym prawdopodobieństwem, aby uzasadniała ona w świetle doświadczenia życiowego przyjęcie, że utrata korzyści rzeczywiście nastąpiła (por. wyrok SNN z 3 października 1979r., II CR 1304/79). Jak słusznie podnosi się w judykaturze, szkodę w postaci utraconych korzyści należy odróżnić od tzw. szkody ewentualnej, czyli takiej, której prawdopodobieństwo wystąpienia jest niewielkie i raczej hipotetyczne, wynikające z wyjątkowo sprzyjających, a niezależnych od roszczonego sobie jej naprawienie (np. szansa wygrania w grze losowej). Do tej samej kategorii powinno się zaliczyć oczekiwania zysku, wynikające tylko z różnic kursowych, mających źródło poza danym stosunkiem zobowiązaniowym, a więc nie uważać ewentualnie poniesionych strat za podlegających naprawieniu na podstawie art. 361 § 2 k.c. (wyrok SN z dnia 24 maja 2012r., II CSK 429/11). Szkoda ewentualna to "utrata szansy uzyskania pewnej korzyści majątkowej". W wypadku *lucrum cessans* hipoteza utraty korzyści graniczy z pewnością, a w wypadku szkody ewentualnej prawdopodobieństwo utraty korzyści jest zdecydowanie mniejsze. Przyjmuje się, że szkoda ewentualna nie podlega naprawieniu (wyrok s.apel. w Katowicach z dnia 15 listopada 2011r., I ACa 689/11).

Z taką zaś szkodą ewentualną mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Nie można bowiem mówić, iż powód poniósł szkodę w postaci utraty równowartości samochodu, którego wygranej się spodziewał. Między tak wskazaną szkodą a bezprawnym działaniem pozwanej spółki brak jest związku przyczynowego.

Stąd też, mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację powoda, na podstawie art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. w zw. z § 12 pkt 1 ust. 2 w zw. z § 6 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. 2002.163.1349) orzekł o kosztach i zasądził od Z. O. na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. kwotę 2.700 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego oraz na § 19 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez adwokata ustanowionego z urzędu przyznał ze środków Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie na rzecz adwokata M. M. kwotę 2.700 złotych powiększoną o należną stawkę podatku od towarów i usług tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej powodowi z urzędu w postępowaniu apelacyjnym.