

Sygn. akt I ACa 444/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 października 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Barbara Trębska

Sędzia SA Dorota Markiewicz (spr.)

Sędzia SO (del.) Joanna Zaporowska

Protokolant apl. sędz. Joanna Malińska

po rozpoznaniu w dniu 12 października 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa D. S.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 2 grudnia 2011 r.

sygn. akt II C 338/10

I. oddala apelację;

II. nie obciąża powódki kosztami postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 444/12

UZASADNIENIE

D. S. wnosila o zasądzenie od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwoty 500.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 21 stycznia 2010 r. tytułem wypłaty nagrody należnej jej w loterii organizowanej przez pozwaną spółkę.

Pozwana spółka wniosła o oddalenie powództwa.

Wyrokiem z dnia 2 grudnia 2011 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo.

Sąd Okręgowy ustalił, że pozwana spółka była organizatorem loterii audiotekstowej pod nazwą (...) trwającej od dnia 2 października 2009 r. do dnia 15 lutego 2010 r.

Zgodnie z regulaminem warunkiem uczestnictwa w loterii było przesłanie zgłoszenia w formie wiadomości tekstowej, w okresie od dnia 2 października 2009 r. od godziny 00.00.00 do dnia 3 stycznia 2010 r. do godziny 23.59.59

na odpłatny numer (...) lub (...). Każde przesłane zgłoszenie na odpłatny numer w formie wiadomości SMS było rejestrowane w systemie elektronicznym organizatora jako dziesięć uprawnień do udziału w losowaniu, przy czym organizator zastrzegł sobie możliwość zwiększenia ilości uprawnień.

Organizator przewidział również możliwość nieodpłatnej rejestracji w loterii poprzez wysłanie przez uczestnika wiadomości na numer (...). Wysłanie takiej wiadomości nie było tożsame z przystąpieniem do loterii i nie uprawniało do udziału w losowaniu nagród. Skutkowało jedynie uzyskaniem rejestracji uczestnika i możliwością uzyskania informacji na temat loterii. Natomiast w celu uzyskania uprawnień do udziału w loterii uczestnik musiał wysłać wiadomość SMS na odpłatny numer (...) lub(...). Powódka wysłała najpierw takiego nieodpłatnego smsa na numer (...), a następnie odpłatnego smsa z podaniem swojego imienia.

Organizator zastrzegł sobie również prawo wysłania do uczestników, w każdym dniu trwania loterii, maksymalnie do pięciu dodatkowych wiadomości SMS, w odpowiedzi na przesłanie przez uczestnika zgłoszenie na odpłatny numer (...) lub (...). Dodatkowe wiadomości SMS zawierały informacje o wprowadzeniu czasu premiowanego dodatkowymi punktami i możliwościach wysłania przez uczestnika smsa na odpłatny numer (...) lub(...) w określonym przedziale czasowym oraz innych premiach, quizach i aukcjach wprowadzonych przez organizatora, pozwalających na uzyskanie dodatkowych punktów.

Regulamin określał również rodzaje nagród. Były to następujące nagrody pieniężne: nagroda podstawowa w postaci 10.000 zł brutto każda - w liczbie 80 równorzędnych nagród, nagroda tygodniowa w postaci 50.000 zł brutto każda - w liczbie 12 równorzędnych nagród, nagroda specjalna w postaci 100.000 zł - jedna nagroda i nagroda główna w postaci 500.000 zł - jedna nagroda.

Zgodnie z punktem V. 1 regulaminu nagrody przyznawane były w drodze losowania. Losowania były przeprowadzane przez komputerowy program loteryjny zawierający aplikacje umożliwiającą losowania za pomocą urządzeń elektronicznych zabezpieczających przypadkowość wyboru, które wyeliminują ingerencję czynnika ludzkiego w trakcie wyłaniania laureatów loterii sposób numerów telefonów uczestniczących w loterii. Losowanie mające na celu wyłonienie laureata nagrody głównej było przeprowadzone w dniu 4 stycznia 2010 r. zgodnie z punktem V.5 regulaminu. W losowaniu brały udział zgłoszenia sms wysłane i zarejestrowane przez system elektroniczny w okresie od dnia 2 października 2009 r. od godziny 00.00.00 do dnia 3 stycznia 2010 r. do godziny 23.59.59. Poza tym numer telefonu każdego uczestnika miał figurować w komputerowym programie loteryjnym w ilości stanowiącej odpowiednik posiadanych uprawnień do udziału w losowaniu, uzyskanych stosownie do postanowień regulaminu. Regulamin w punkcie V.12 przewidywał, że laureat nagrody głównej będzie powiadomiony o wygranej i sposobie odbioru nagrody telefonicznie, pod numerem telefonu, za pośrednictwem którego została wysłana wiadomość sms, w dniu roboczym, następującym po dniu losowania. Organizator zastrzegł sobie, że powiadomienie laureatów o wygraniu nagrody następuje wyłącznie w opisanej formie. W trakcie rozmowy telefonicznej laureat miał złożyć oświadczenie, iż nie jest osobą, o której mowa w punkcie II.2 regulaminu oraz że jest osobą pełnoletnią, a ponadto podać numer konta bankowego, na który miała zostać przesłana nagroda oraz spełnić warunki określone w punkcie VI.1 i 2 regulaminu. W myśl regulaminu lista laureatów nagród była udostępniona do wglądu w siedzibie organizatora do dnia 12 lutego 2010 r. Organizator zastrzegł sobie również możliwość publikacji listy laureatów na stronie(...)przez cały czas trwania loterii oraz po jej zakończeniu z podaniem imienia, nazwiska i miejsca zamieszkania laureata. Lista taka została zamieszczona na wskazanej stronie internetowej, ale wśród laureatów loterii nie była wymieniona powódka.

Zgodnie z punktem VII.1 regulaminu wszelkie reklamacje dotyczące sposobu prowadzenia loterii uczestnicy mogli zgłaszać na piśmie w czasie trwania loterii, jednakże nie później niż w terminie do dnia 28 stycznia 2010 r. Regulamin stanowił, że wszelkie roszczenia uczestnika w stosunku do organizatora z tytułu urządzenia loterii przedawniają się z upływem 6 miesięcy od dnia, w którym roszczenie stało się wymagalne.

Regulamin ten dostępny był w siedzibie organizatora oraz na stronie internetowej (...)pl. (...) tym każdy uczestnik mógł otrzymać kopię regulaminu pod warunkiem przesłania pisemnej prośby na adres organizatora. Przystąpienie do loterii było bowiem równoznaczne z zapoznaniem się uczestnika z regulaminem (punkt X.6 regulaminu).

Loteria została przeprowadzona na podstawie zezwolenia Ministra Finansów z dnia 30 września 2009 r.

W okresie od dnia 14 października 2009 r. do dnia 3 stycznia 2010 r. powódka otrzymywała smsy zachęcające ją do udziału w loterii, z informacjami, że zdobyła określoną ilość punktów i zapewnieniem, że nagroda jest blisko. W odpowiedzi powódka wysyłała puste smsy. W jednym z smsów otrzymała informację, że organizator chce jej wypłacić 10.000 zł, ale musi wysłać pustego smsa, co też powódka uczyniła. W kolejnych dniach otrzymywała smsy wskazujące, że zdobyła kolejne punkty i że gra o kolejne nagrody pieniężne. Nieco później powódka otrzymała wiadomość tekstową, że teraz kwota 100.000 zł czeka na odbiór, więc również wysłała smsa.

W dniu 3 stycznia 2010 r. na numer (...) należący do męża powódki, a z którego korzystała powódka, zostało wysłanych szereg wiadomości tekstowych mobilizujących do wysyłania kolejnych smsów na numer (...) ze względu na kończąca się loterię i możliwość wygrania 500.000 zł. Otrzymała ona między innymi smsy o treści: „Pieniądze w kwocie 500.000 zł przygotowane do przelewu. Osoba z (...) proszę zgłosić się na (...)! Gratulacje!”, „Po raz ostatni prosimy o wysłanie pustego smsa na (...), bo system wskazał szczęśliwy numer (...)! 500.000 zł przygotowane do odbioru!”, „Ostateczne wezwanie dla właściciela numeru (...). Prosimy o pusty sms na numer (...) - Gratulacje!”, „Pieniądze w kwocie 500.000 zł przygotowane do odbioru. Czekamy na 1 sms o treści odbiór od osoby z numerem (...)”. „Koniec loterii! Ostatecznie wzywam abonenta O.: masz 2 nieodebrane zawiadomienia od kierownika! Wyślij 1 pusty sms na (...)! Koperta z 500.000 zł czeka”. W dniu 3 stycznia 2010 r. poza tymi smsami, powódka otrzymała jeszcze o godzinie 22.54 smsa o treści: „Jak teraz nie wyślesz 1 sma na (...), stracisz ostatnią szansę na 500.000 złotych. Apelujemy do właściciela numeru (...)! Wyślij sms! Z. koniec!”, na który również odpowiedziała, wysyłając pustego smsa. Następnie w dniu 4 stycznia 2010 r. dostała informację, że loteria „Pusty sms” zakończyła się, a lista zwycięzców znajduje się na stronie (...)

Powódka wysyłała kolejne smsy aż do zakończenia loterii, mimo iż, jak twierdziła - z otrzymanych w dniu 3 stycznia 2010 r. wiadomości wynikało, że wygrana jej przypadła.

Sąd Okręgowy wskazał, że loteria audiotekstowa będąca grą losową jest umową dwustronnie zobowiązującą. Z jednej strony organizator takiej loterii zobowiązuje się spełnić określone świadczenie (rzeczowe lub pieniężne) w razie zajścia przewidzianego w umowie zdarzenia, a uczestnik zobowiązuje się wziąć w niej udział poprzez wykonanie odpłatnego połączenia telefonicznego. Pozwany organizator, w zamian za wzięcie udziału w loterii (...), oferował wygrane pieniężne, o których przyznaniu decydować miało losowanie, a więc wynik zależny od przypadku. Powódka natomiast poprzez wysłanie odpłatnej wiadomości tekstowej SMS na numer (...) zgłosiła swój udział w tej loterii. Między stronami doszło zatem do zawarcia umowy o grę losową, której szczegółowe postanowienia zostały zawarte w regulaminie określającym m.in. ogólne warunki przeprowadzenia gry, czas jego trwania, warunki przystąpienia oraz nagrody i terminy ich losowania.

Brak wypłaty nagrody przez organizatora Sąd ocenił pod kątem niewykonania umowy o grę losową.

Wprawdzie powódka twierdziła, że organizator, reklamując loterię, nie odwołał się do regulaminu, ale w tym zakresie Sąd uznał zeznania powódki za niewiarygodne i niespójne. Początkowo powódka zeznała, iż o regulaminie dowiedziała się dopiero po zakończeniu loterii, by później stwierdzić, że nie pamięta, czy organizator odwołał się do regulaminu. Biorąc jednak pod uwagę, że pozwany nie pierwszy raz organizował taką loterię, a nadto że na wszystkich spotkach reklamowych przez niego przedstawionych było odesłanie do regulaminu, Sąd Okręgowy przyjął, że pozwany dopełnił wymogów staranności i informował o regulaminie. Natomiast okoliczność, że powódka nie zwróciła na taką informację uwagi, nie zmienia faktu, iż wiązał ją regulamin od chwili przystąpienia do loterii. Nawet, jeśli powódka nie dostrzegła odniesienia do regulaminu, winna sama zainteresować się tym, by go poznać, zwłaszcza, że jak zeznała, brała w takiej loterii udział po raz pierwszy. Tymczasem przez okres ponad trzech miesięcy, podczas którego powódka otrzymywała

liczne smsy od pozwanej spółki, nie zdecydowała się na przeczytanie regulaminu. W ocenie Sądu Okręgowego powódka, rezygnując z zapoznania się z regulaminem gry, działała na własne ryzyko.

Zgodnie z regulaminem wynik loterii zależny był od przypadku. Z kolei punkt V.5 stanowił, że losowanie mające na celu wyłonienie laureata nagrody głównej było zaplanowane na dzień 4 stycznia 2010 r. Poza tym regulamin w punkcie V.12 przewidywał, że laureat nagrody głównej będzie powiadomiony o wygranej i sposobie odbioru nagrody telefonicznie, pod numerem telefonu, za pośrednictwem, którego została wysłana wiadomość sms, w dniu roboczym, następującym po dniu losowania. Organizator zastrzegł sobie, że powiadomienie laureatów o wygraniu nagrody następuje wyłącznie w tej formie. Powyższe postanowienia regulaminu wskazują, że losowanie nagrody głównej miało odbyć się dopiero w dniu 4 stycznia 2010 r. Zatem w dniu 3 stycznia 2010 r. powódka nie mogła otrzymać informacji o tym, że wygrała nagrodę główną, gdyż jej losowanie było przeprowadzone dopiero w dniu następnym. Z zestawienia smsów wysłanych przez organizatora do powódki wynika, że w dniu 4 stycznia 2010 r. otrzymała ona smsa przypominającego, że w loterii można codziennie wygrać 10.000 zł, co tydzień 50.000 zł, a w finale 500.000 zł oraz informację, że loteria (...) zakończyła się, a lista zwycięzców znajduje się na stronie www.pusty-sms.pl. Z żadnego z tych smsów nie można wyprowadzić wniosku, że wygrana w kwocie 500.000 zł przypadła powódce, zwłaszcza, że powódka przyznała, iż organizator do niej nie zadzwonił i nie było jej na liście laureatów loterii.

Zdaniem Sądu analiza treści otrzymanych przez powódkę w dniu 3 stycznia 2010 r. smsów nie pozwala na stwierdzenie, że gwarantowały one powódce wygraną. Celem tych komunikatów było raczej sprowokowanie powódki do aktywnego uczestniczenia w loterii aż do jej zakończenia. Za każdym razem bowiem w treści smsa była prośba o wysłanie następnego, co wskazywało, że zabawa wciąż trwa. Powódka po otrzymaniu o 15.14. smsa: „Pieniądze w kwocie 500 000 zł przygotowane do przelewu” wysłała jeszcze kilka kolejnych smsów. Mimo zatem, że uważała, iż ze sformułowania tego wynikało jasno, że wygrała nagrodę główną, to jeszcze kiedy o 22.54 otrzymała smsa o treści: „Jak teraz nie wyślesz 1 sma na (...), stracisz ostatnią szansę na 500.000 złotych. Apelujemy do właściciela numeru (...)! Wyślij sms! Z. koniec!”, powódka odpowiedziała na niego, wysyłając pustego smsa. Z treści tego smsa wynikało zatem, że przed powódką jest dopiero szansa na wygraną, a nie obietnica wygranej. Sąd wskazał, że nielogiczne jest, dlaczego powódka zareagowała i na tę wiadomość, wysyłając smsa, skoro twierdziła, że już na podstawie wcześniejszych smsów nabrała przekonania, iż przysługuje jej nagroda. Sąd przyjął, że skoro powódka wysłała dalsze smsy do organizatora, to świadczy to o tym, iż żaden z wcześniej wysłanych do niej komunikatów nie wywarł u niej świadomości wygranej. Poza tym powódka jako osoba wykształcona, z zawodu psycholog kliniczny, winna była oceniać otrzymywane przez nią smsy racjonalnie i rozsądnie, traktując je jako zachętę do dalszej gry, a nie gwarancję wygranej. Wysyłane do powódki smsy wymagały starannego i uważnego zapoznania się, gdyż ze względu na formę i treść były przekazem skondensowanym, hasłowym. Język reklamy charakteryzuje się hiperbolizacją, jest on przesadny i wymaga krytycznego podejścia. Reklamowy i promocyjny charakter komunikatów dotyczących loterii był również bogaty w równoważniki zdań, skróty myślowe i przez to wymagał uważnej analizy. Od przeciętnego konsumenta, a zatem i od powódki, można jednak wymagać, by zorientowała się, na czym polegał sposób działania pozwanego i po co wysyłał obiecująco brzmiące smsy tuż przed zakończeniem loterii.

W konkluzji Sąd stwierdził, że powódka nie wykazała, by pozwana spółka nie wykonała przedmiotowej umowy o grę losową. Powódka nie udowodniła, że to jej numer telefonu został wylosowany i że to ona wygrała główną nagrodę w loterii, a co za tym idzie, by pozwany miał obowiązek wypłacić jej nagrodę.

W niniejszej sprawie nie znalazły zastosowania przepisy o przyrzeczeniu publicznym. S. kierowanie były bowiem do konkretnego adresata - właściciela numeru (...). Nie były zatem składane publicznie. Poza tym nie zawierały one przyrzeczenia nagrody za wysłanie pustego smsa, a tylko zapewnienie udziału w losowaniu nagród. Wygrana w loterii była natomiast uzależniona od przypadku, a nie od dokonania określonej czynności. Z tych samych powodów wskazanych w dwóch poprzedzających zdaniach nie można uznać, by ogłoszenie o loterii w mediach można było traktować jako przyrzeczenie publiczne.

Powódka w apelacji zaskarżyła wyrok w części oddalającej powództwo, zarzucając mu:

1) niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy oraz sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 § 1, 316 § 1 i 328 § 2 k.p.c. przez dokonanie oceny dowodów w sposób niewszzechstronny, bowiem z pominięciem:

a) faktu, że pierwsza telefoniczna wiadomość tekstowa, którą pozwana zaoferowała powódce do udziału w loterii, nie zawierała informacji o regulaminie loterii i że żadna inna wiadomość przesłana powódce nie odwoływała się do tego regulaminu;

b) faktu, że odtworzone na rozprawie spoty pozwanej, reklamujące loterie, w których miała być informacja na temat regulaminu loterii, były modyfikowane w dniach 6 i 7 stycznia 2010 r., a zatem po zakończeniu loterii, wobec czego nie miały w tym zakresie mocy dowodowej;

c) potocznego znaczenia słów powódki „Nie pamiętam, żeby w spocie telewizyjnym była informacja, że trzeba się zapoznać z regulaminem loterii” w abstrakcji od kontekstu wypowiedzianych podczas tego samego przesłuchania zdań: „Informacje o regulaminie oraz organizatorze loterii dotarły do mnie po zakończeniu loterii, 4 stycznia, kiedy zaczęliśmy szukać z mężem w internecie informacji, jak odebrać nagrodę” oraz „ja sobie w ogóle nie przypominam, aby w spocie telewizyjnym była informacja o regulaminie loterii”;

2) naruszenie prawa materialnego przez jego błędne zastosowanie (niezastosowanie):

a) art. 384 §§ 1, 2 i 4 k.c., polegające na pominięciu, że na gruncie ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych (Dz. U. z 2004 r. Nr 4, poz. 27 ze zm.), jak również obecnie obowiązującej ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. (Dz.U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.) o grach hazardowych regulamin loterii jest wzorcem umownym, wobec czego pozwana powinna informację o miejscu elektronicznej publikacji regulaminu zawrzeć w pierwszej wiadomości tekstowej zapraszającej powódkę do udziału w loterii;

b) art. 60 i 65 § 1 k.c., polegające na pominięciu, że oświadczenie woli należy interpretować z obiektywnego punktu widzenia i że reservatio mentalis nie wywołuje żadnych skutków prawnych;

ewentualnie:

c) art. 385 § 1 k.c. polegające na pominięciu, że regulamin gry może być zmieniony umową stron;

d) art. 60 i 76 k.c., polegające na pominięciu, że oświadczenie woli złożone w formie telefonicznej wiadomości tekstowej stanowi formę bardziej kwalifikowaną w stosunku do formy ustnej przekazanej za pomocą telefonu, wobec czego a minori ad maius wiadomość tekstowa spełnia tym bardziej wymogi oświadczenia ustnego złożonego za pośrednictwem telefonu.

Wniosła o:

1. przeprowadzenie dowodu z załączonego wydruku ze znajdującej się w aktach sprawy płyty CD ze spotami reklamowymi pozwanej na okoliczność, że były one modyfikowane w dniach 6 i 7 stycznia 2010 r.;

2. zmianę zaskarżonego wyroku przez zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kwoty 500.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia powództwa;

3. zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych

ewentualnie:

4. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania wraz z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Pozwana w odpowiedzi na apelację wniosła o oddalenie apelacji powódki w całości oraz zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów postępowania apelacyjnego. Przyznała, że w dniach 6-7 stycznia 2010 r. spoty reklamowe były modyfikowane w tym znaczeniu, że wobec przeniesienia ich na inny nośnik – z kasety B. na (...) zostały utworzone pliki (...) i data ich utworzenia jest datą modyfikacji. Z ostrożności procesowej wniosła o dopuszczenie dowodu z nagrań wersji roboczych spotów na płycie CD przesyłanych pozwanej przez agencję reklamową celem ich akceptacji przed wysłaniem do telewizji na okoliczność, że zmianie nie uległa treść spotów reklamowych.

Na rozprawie apelacyjnej obie strony cofnęły wnioski dowodowe zgłoszone w postępowaniu apelacyjnym.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny przyjmuje za swoje. Sąd I instancji wyciągnął także trafne wnioski, które zasługują na pełną akceptację. Sąd Okręgowy nie zanegował faktu, że pierwsza wiadomość tekstowa wysłana powódce przez pozwaną nie zawierała informacji o regulaminie loterii, a jedynie wskazał, że dane o miejscu zamieszczenia regulaminu były ujawnione w spotach reklamowych, pod wpływem których powódka zdecydowała się na przystąpienie do loterii (vide: treść pozwu). Okoliczność modyfikacji spotów poprzez zapisanie ich na innym pliku na innym nośniku potwierdziła sama pozwana. Powódka nie przedstawiła żadnych dowodów na poparcie tezy, że owa modyfikacja polegała na zmianie treści spotów reklamowych, w szczególności wprowadzenia do nich informacji na temat regulaminu loterii. Nadto w świetle doświadczenia życiowego i zasad logiki dokonanie tego typu modyfikacji i w dodatku w tej konkretnej dacie było pozbawione sensu – postępowanie nie wykazało, by pozwana miała w tym jakikolwiek cel. Rację ma przy tym pozwana, wskazując, że w tej dacie nie miała świadomości co do roszczeń powódki.

Niewątpliwie zaś analiza owych spotów reklamowych jednoznacznie wskazuje, że zamieszczona w nich była na pasku bieżącym w dolnej części ekranu informacja m. in. o stronie internetowej, na której znajduje się regulamin loterii. Proporcje paska do całego ekranu oraz tempo jego przesuwania się umożliwiały zapoznanie się z jego treścią bez wysiłku osobie posiadającej umiejętność czytania, w tym również noszącej okulary.

Twierdzenie powódki, że w oglądanych przez nią spotach reklamowych nie było informacji o miejscu publikacji regulaminu pozostało gołosłowne i nieudowodnione. Skoro bowiem pozwana przedstawiła spoty reklamowe, zaś powódka podnosi, że były także inne spoty, ciężar dowodu tej okoliczności zgodnie z art. 6 k.c. przeszedł na nią.

Chybione są zarzuty odnoszące się do oceny zeznań powódki w kontekście jej stwierdzeń na temat regulaminu. Sąd I instancji wywiódł prawidłowy wniosek, że oświadczenie o braku wiedzy na temat regulaminu w trakcie trwania loterii jest niespójne z zasłonieniem się niepamięcią, czy informacja o nim znalazła się w spotach reklamowych oglądanych przez powódkę. Nieświadomość co do zasad loterii jest niewiarygodna - skoro bowiem powódka inwestowała środki finansowe, wysyłając kolejne odpłatne smsy, sprzeczne z logiką jest przyjęcie, iż nie знаła reguł przyznawania nagród. Przeciwnie – zgodne z doświadczeniem życiowym i zasadami logicznego myślenia jest uznanie, że powódka najpierw zapoznała się z regulaminem, a dopiero w następnej kolejności przystąpiła do loterii, bo wiązało się to z uszczupleniem jej majątku bez pewności, że w zamian uzyska ekwiwalentne świadczenie.

Powódka miała świadomość, że bierze udział w loterii, a więc w grze, w której wynik zależy od przypadku (wyniku losowania).

Apelująca powoływała się na nieznanomość regulaminu w kontekście twierdzeń o skuteczności zawiadomienia jej o nagrodzie w inny sposób niż przewidziany w regulaminie (sms-em, a nie telefonicznie). Nie można podzielić jednak jej zarzutu naruszenia art. 384 § 1, 2 i 4 k.c. poprzez pominięcie, że regulamin loterii jest wzorcem umownym, wobec czego pozwana winna zawiadomić powódkę o miejscu publikacji regulaminu w pierwszej wysłanej do niej wiadomości tekstowej. Przepis art. 13 ust. 5 ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych (t.j.: Dz.U. z 2004 r. Nr 4, poz. 27 ze zm.) stanowił, że podmiot zarządzający gry lub zakłady wzajemne, o których mowa

w art. 2, jest obowiązany do zapewnienia ich uczestnikom możliwości zapoznania się z treścią regulaminu. Sama apelująca przyznała, że doktryna na gruncie tej normy prawnej wypracowała stanowisko, iż brzmienie tego przepisu oraz obligatoryjność zatwierdzania regulaminów przez Ministra Finansów skutkuje przyjęciem, że regulamin gry nie jest wzorcem umownym w rozumieniu kodeksu cywilnego ewentualnie że przepis ten stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 384 i nast. k.c. (to drugie stanowisko podziela Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie). Jednak w błędzie pozostaje powódka, twierdząc, że obecnie obowiązująca ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.) analogicznego przepisu nie zawiera. Istotnie art. 22 ust. 2 tej ustawy stanowi, że podmiot zarządzający gry hazardowe jest obowiązany zapoznać uczestników gier przed przystąpieniem do gry:

- 1)ze sposobem działania automatu lub urządzenia do gier;
- 2)z zasadami gry i możliwościami wyboru wariantów gry lub zakładu wzajemnego;
- 3)z innymi, wymienionymi w regulaminie, zastrzeżeniami dotyczącymi sposobu gry.

Jednak ta norma prawna nie dotyczy przedmiotowej loterii, co wywieść można wprost z jej punktu 1 wskazującego, że chodzi o gry hazardowe na automatach lub innych urządzeniach. Natomiast kwestie regulaminu loterii audiotekstowej (czyli takiej jak przedmiotowa) reguluje art. 61 ust. 3 i 4 tejże ustawy, zgodnie z którym regulamin loterii promocyjnej lub loterii audiotekstowej określa:

- 1)nazwę loterii;
- 2)nazwę podmiotu zarządzającego loterię;
- 3)wskazanie organu wydającego zezwolenie;
- 4)zasady prowadzenia loterii;
- 5)obszar, na którym będzie urządzana loteria;
- 6)czas trwania loterii;
- 7)sposób urządzania loterii, w szczególności miejsce i termin losowania nagród;
- 8)sposób zapewnienia prawidłowości urządzania loterii;
- 9)sposób i termin ogłaszania wyników;
- 10)miejsce i termin wydawania wygranych;
- 11)tryb i terminy rozpatrywania reklamacji i zgłaszania roszczeń;
- 12)wartość puli nagród;
- 13)w przypadku loterii promocyjnej - termin rozpoczęcia i zakończenia sprzedaży towarów lub innych dowodów udziału w loterii promocyjnej.

Podmiot zarządzający gry hazardowe jest obowiązany zapewnić ich uczestnikom możliwość zapoznania się z treścią regulaminu tych gier.

Zatem norma art. 61 ust. 4 tej ustawy jest dokładnym odpowiednikiem art. 13 ust. 5 ustawy o grach i zakładach wzajemnych, a więc przytoczone przez powódkę poglądy doktryny wyłączające stosowanie art. 384 i nast. k.c. do tego regulaminu wobec istnienia zasady *lex specialis derogat legis generalis* zachowują aktualność również pod rządami nowej ustawy. W konsekwencji zawiadomienie potencjalnych uczestników loterii (w tym powódki) o miejscu publikacji regulaminu poprzez informacje w postach reklamowych było wystarczające dla przyjęcia, że pozwana

wywiązała się z obowiązku określonego w art. 61 ust. 4 ustawy o grach hazardowych i że powódka, przystępując do loterii pod wpływem owych spotów, związała się treścią regulaminu. Spełniało też wymogi art. 8 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. Nr 144, poz. 1204 ze zm.).

W myśl art. 384 § 2 k.c. w razie gdy posługiwanie się wzorcem jest w stosunkach danego rodzaju zwyczajowo przyjęte, wiąże on także wtedy, gdy druga strona mogła się z łatwością dowiedzieć o jego treści. Nie dotyczy to jednak umów zawieranych z udziałem konsumentów, z wyjątkiem umów powszechnie zawieranych w drobnych, bieżących sprawach życia codziennego.

Zwyczajowe posługiwanie się wzorcami umów w określonych sferach obrotu prawnego należy traktować jako powszechnie stosowaną w danym okresie, danym środowisku i w danych stosunkach praktykę pewnego zachowania się. Praktyka taka z pewnością utrwaliła się m.in. w dziedzinie stosunków z zakresu umów ubezpieczeniowych, bankowych czy przewozowych. Kwestia świadomości lub nieświadomości odnośnie do istnienia praktyki stosowania wzorców w danych stosunkach nie posiada doniosłości prawnej. Skoro w przypadku gier hazardowych (loterii) istnieje obowiązek zatwierdzenia regulaminu gry przez Ministra Finansów, tym bardziej regulamin taki (przy przyjęciu za powódką, że stanowi on wzorec umowy w rozumieniu art. 384 i nast. k.c.) byłby objęty uproszczoną formą wprowadzania do obrotu po myśli art. 384 § 2 k.c. Z kolei zgodnie z art. 384 § 4 k.c. jeżeli jedna ze stron posługuje się wzorcem umowy w postaci elektronicznej, powinna udostępnić go drugiej stronie przed zawarciem umowy w taki sposób, aby mogła ona wzorec ten przechowywać i odtwarzać w zwykłym toku czynności. Elektroniczny sposób udostępnienia wzorca umowy powinien spełniać przede wszystkim przesłanki realnej możliwości łatwego zapoznania się z nim. Z uwagi na specyfikę informacji elektronicznej musi umożliwiać przechowywanie go i wielokrotne odtwarzanie. Przyjmuje się, że wystarcza sama możliwość odtwarzania, bez konieczności wydrukowania tekstu. Zatem przy założeniu, że do regulaminu loterii mają zastosowanie art. 384 i nast. k.c. z modyfikacjami wynikającymi z art. 61 ust. 4 ustawy o grach hazardowych, a wcześniej art. 13 ust. 5 ustawy o grach i zakładach wzajemnych, jego publikacja na stronie internetowej i poinformowanie o miejscu publikacji potencjalnych uczestników loterii, w tym powódki, poprzez spoty reklamowe – przed wysłaniem przez powódkę pierwszego smsa, a więc przed zawarciem umowy o grę liczbowa, było prawidłowe.

Wobec obowiązku zatwierdzenia regulaminu loterii przez Ministra Finansów chybione są zarzuty naruszenia art. 60 i 65 k.c., bowiem treść takiego regulaminu nie może zostać zmieniona umową stron. Pozwana jest bowiem związana zarówno przepisami ustawowymi, jak i zatwierdzonym regulaminem i nie może zmienić zasad przyznawania nagród. Powódka nie została zaś wylosowana jako zwycięzca loterii i nie wykazała okoliczności przeciwnej. Zastrzeżenie dotyczące formy powiadomienia o przyznaniu nagrody było wyraźnie określone w regulaminie, którym – jak wyżej wskazano – powódka była związana. Czyni to chybionymi także zarzuty naruszenia art. 76 k.c. i art. 385 § 1 k.c.

Wreszcie, gdyby przyjąć, że powódka nie знаła regulaminu loterii i mógł być on zmieniony umową stron, rzeczą powódki byłoby udowodnienie essentialia negotii umowy, jaką zawarła z pozwaną. Tymczasem powódka wykazała się w tym zakresie daleko idącą niekonsekwencją – z jednej strony nie kwestionowała postanowień umownych wynikających z regulaminu, a dotyczących jej obowiązku wysyłania pustych wiadomości tekstowych (do którego to obowiązku się stosowała) ani obowiązku wypłaty przez organizatora loterii nagrody przewidzianej w regulaminie, negując jedynie zapis regulaminu o sposobie zawiadomienia laureata o wygranej. Oznacza to, że w istocie jej zamiarem była wybiórcza akceptacja tych zapisów regulaminu, które uznała za korzystne dla siebie. Już sama ta okoliczność przeczy twierdzeniu powódki o nieznanomości regulaminu. Nie jest przy tym dopuszczalna konstrukcja, w której powódka jest związana tylko niektórymi jego postanowieniami, zaś inne jej nie wiążą.

Nadto skoro powódka nie znała regulaminu, jej rzeczą było wykazanie, wedle jakich reguł - innych niż w regulaminie - zawarła umowę z pozwaną, a zatem wykazanie zgodnego zamiaru stron w tym względzie, czego powódka nie uczyniła.

Przede wszystkim jednak roszczenie powódki jest niezasadne wobec trafnej oceny Sądu I instancji, iż żadna wiadomość tekstowa otrzymana przez powódkę nie stanowiła powiadomienia jej o wygranej, lecz jedynie zachęcała do wysyłania dalszych sms-ów. Słusznie Sąd ten zwrócił uwagę na specyfikę języka reklamy (skłonność do wyolbrzymiania i

przesady) w połączeniu z językiem wiadomości tekstowych (krótka, uproszczona forma, często równoważniki zdań). Analiza wiadomości tekstowych otrzymanych przez powódkę w dniu 3 stycznia 2010 r. wskazuje, że odpowiadały one treściowo sms-om wcześniejszym odnoszącym się do niższych kwot wygranych, np. w dniu 1 grudnia 2009 r.: „Pilne: chcielibyśmy wpłacić ci na konto 10.000 zł. Po wysłaniu smsa na (...) otrzymasz wiadomość od działu wydawania nagród pieniężnych (4,88 zł)”, „Pilne! Koperta z zawiadomieniem o wygranej czeka! Nie zwlekaj! Ślij szybko pusty sms na (...)! 10.000 zł przygotowane do odbioru! (4,88 zł/sms)”, w dniu 3 grudnia 2009 r.: „Wzywamy abonenta O.: Komisja chce wpłacić ci na konto 10.000 zł. Potwierdź odbiór przyznanej ci premii. Wyślij 1 pusty sms na (...). Gratulujemy! 4,88 zł”, w dniu 23 grudnia 2009 r.: „Gratulacje! Potwierdzam, że 100.000 zł jest do odebrania. Nadaj sms na numer (...)! Prezes loterii!”, w dniu 24 grudnia 2009 r.: „Departament nagród chce ci wpłacić 100.000 zł. Ostatecznie wzywamy do wysłania 1 smsa na (...). Gratulujemy! Czekamy na sms z numeru (...)!” (powódka nie kwestionowała prawdziwości zestawienia sms-ów przedstawionego przez pozwaną). Znamienne jest, że powódka nie odebrała żadnej z tych wiadomości jako zawiadomienia o wygranej, a taki wniosek wywiodła w odniesieniu do analogicznych treściowo sms-ów, tyle że odnoszących się do kwoty głównej wygranej. Zauważyć też trzeba, że powódka w pozwie nie sprecyzowała, która z wiadomości otrzymanych w dniu 3 stycznia 2010 r. stanowiła dla niej zawiadomienie o wygranej. Z treści przedprocesowego wezwania do zapłaty (k 15) wynika, że upatrywała tego zawiadomienia w wiadomości o treści następującej: „Pieniądze w kwocie 500.000 zł przygotowane do przelewu. Osoba z (...) proszę się zgłosić na (...)! Gratuluję!”. Jest to wiadomość tożsama treściowo z wcześniejszą: „Gratulacje! Potwierdzam, że 100.000 zł jest do odebrania. Nadaj sms na numer (...)! Prezes loterii!”, która nie wzbudziła w powódce przekonania o wygraniu przez nią nagrody, a spowodowała jedynie wysyłanie dalszych sms-ów. Tak samo zresztą powódka zachowała się w dniu 3 stycznia 2010 r. Z obu tych sms-ów wynika jedynie, że nagroda jest przygotowana do odbioru – w domyśle przez zwycięzcę losowania oraz że powódka została zachęcona do wysłania kolejnego sms-a.

Nadto wśród wiadomości tekstowych wysłanych do niej tego dnia (późniejszych niż zacytowana) znajdowały się również niewymienione przez nią o treści następującej: o 18.24 „Zawiadomienie o wygranej otrzymasz, jeśli zostaniesz wylosowany. Masz duże szanse. Wyślij 1 pusty sms na (...) po kolejne losy. Masz (...) szans.” i o 22.54 „Jak teraz nie wyślesz 1 smsa na (...), stracisz ostatnią szansę na 500.000 zł. Apelujemy do właściciela numeru (...)! Wyślij sms! Z koniec! 4,88 zł/sms”. Po każdym z tych sms-ów powódka wysłała kolejnego pustego sms-a. Niewątpliwie treść tych wiadomości tekstowych nie budziła wątpliwości, że powódka nie została wylosowana jako zwycięzca, a jedynie ma na to szanse. Ostatni sms brzmiał: „Pieniądze w kwocie 500.000 zł przygotowane do przelewu. Osoba z (...) proszę się zgłosić na (...)!”. Z jego treści przeciętny, racjonalnie myślący konsument, zwłaszcza po zapoznaniu się z dwoma wcześniejszymi zacytowanymi wiadomościami tekstowymi, nie mógł wywieść przekonania o przyznaniu mu nagrody, a jedynie informację, że taka nagroda czeka na zwycięzcę loterii. Taki też wniosek wywiodła powódka, skoro wysyłała kolejne smsy czyli kolejne zgłoszenia do udziału w losowaniu. Żaden z sms-ów wysłanych do powódki nie gwarantował jej wygranej, a jedynie wskazywał na szanse powódki na uzyskanie nagrody. Skoro zaś reagowała ona na nie w ten sposób, że kierowała do pozwanej następne zgłoszenia do udziału w losowaniu, nie można więc uznać, że zachowanie pozwanej nosiło znamiona *reservatio mentalis*. Gdyby bowiem powódka istotnie uważała, że jest laureatką nagrody głównej, nie wysyłałaby kolejnych zgłoszeń do udziału w losowaniu tejże nagrody.

W konsekwencji również zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. jest chybiony. Ocena dowodów przeprowadzona przez Sąd I instancji jest zgodna z zasadami logicznego rozumowania i doświadczeniem życiowym, zaś polemika apelującej z nią pozostała gołosłowna. Z uzasadnienia apelacji nie wynika bowiem, jakie reguły oceny dowodów zostały naruszone przez Sąd I instancji, zaś sama odmienna ich ocena przez skarżącą nie uzasadnia postawienia w sposób skuteczny zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.

Zarzuty naruszenia art. 316 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. są całkowicie niezasadne, przy czym odnośnie pierwszego z nich brak jest rozwinięcia tego zarzutu w apelacji, zaś analiza pisemnych motywów wyroku wskazuje, że spełniają one wymogi ustawowe. Uzasadnienie zawiera wnikliwe ustalenia faktyczne, precyzyjną ocenę materiału dowodowego oraz szczegółowe rozważania prawne.

Z tych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku na podstawie art. 385 k.p.c. oraz art. 102 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c., mając na względzie trudną sytuację materialną i osobistą powódki (niskie dochody, ciężka choroba syna wymagająca osobistej opieki nad nim i skutkująca niemożnością podjęcia pracy), która mogła mieć wpływ na nadmierne rozbudzenie nadziei powódki na uzyskanie dodatkowych środków finansowych z wygranej i osłabiła jej obiektywizm w ocenie ryzyka wytoczenia niniejszego powództwa.