

*Sygn. akt II Ca 132/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 15 kwietnia 2014 r.*

*Sąd Okręgowy w Świdnicy, II Wydział Cywilny Odwoławczy*

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Grażyna Kobus

Sędziowie: SO Barbara Nowicka

SO Jerzy Dydo

Protokolant: Agnieszka Ingram

po rozpoznaniu w dniu 1 kwietnia 2014 r. w Świdnicy

na rozprawie

sprawy z powództwa **R. L.**

przeciwko (...) **Spółce z o.o. w T.**

**o zapłatę 9.049,79zł**

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Rejonowego w Dzierżoniowie

z dnia 2 grudnia 2013r., sygn. akt I C 845/13

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Rejonowemu w Dzierżoniowie do ponownego rozpoznania.**

Sygn. akt II Ca 132/14

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Rejonowy w Dzierżoniowie oddalił powództwo R. L. o zasądzenie na jego rzecz od strony pozwanej (...) Spółki z o.o. w T. kwoty 9049,79 zł oraz orzekł o kosztach procesu.

Podstawę rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia faktyczne:

Od lipca 2012 r. powód R. L., jako osoba fizyczna, prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą (...). W dniu 13 lipca 2012 r., w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, powód uruchomił serwis internetowy o nazwie (...) Powodowi w kodowaniu strony pomagał K. G.. W dniu 13 lipca 2012 r. powód zawarł ze stroną pozwaną (...) Spółką z o.o. w T. umowę dotyczącą obsługi tegoż serwisu. W ramach tej umowy pozwana Spółka miała rozliczać uzyskiwane w wyniku działalności tego serwisu zyski wynikające z dokonanych przez osoby korzystające z tego serwisu przelewów lub kosztów wysłanych przez wskazane osoby (...) w ramach usługi (...). Zgodnie z ustaleniami stron okres rozliczeniowy wynosił jeden miesiąc, a należne powodowi pieniądze za każdy miesiąc miały być wypłacone do 21 dnia następnego miesiąca. Przyjęto jednocześnie, że usługa (...) nie może być uruchomiona z pominięciem zasad opisanych

w Kodeksie (...) oraz nie może być wykorzystywana w przypadku rozstrzygnięcia konkursu z użyciem jakiejkolwiek formy losowania. Zastrzeżono także, że strona pozwana ma prawo do natychmiastowego zawieszenia lub blokady konta usługobiorcy w razie naruszenia przez niego postanowień Regulaminu, prawa lub innych sytuacji zagrażających bezpieczeństwu serwisu prowadzonego przez pozwaną Spółkę, operatora (...) lub operatora kart płatniczych. W lipcu 2012 r. ze stroną pozwaną skontaktował się K. G., który poinformował ją o tym, że w ramach serwisu internetowego o nazwie (...) zwycięzcy są wyłaniani na podstawie losowania, niezależnie od postanowień regulaminu dotyczącego funkcjonowania tego serwisu. Pozwana Spółka występowała do Ministerstwa Finansów o wydanie opinii, czy działalność przedmiotowego serwisu ma charakter konkursu czy loterii. Jednakże za każdym razem odmawiano jej udzielenia odpowiedzi na to pytanie ponieważ nie jest ona właścicielką tegoż serwisu i nie ma do niego żadnych innych praw. W sierpniu 2012 r. powód uzyskał zysk z tytułu usług

(...) w kwocie 9049,79 zł. W dniu 3 września 2012 r. o godzinie 12.00, strona pozwana wyłączyła konto powoda dotyczące należności z tytułu usług (...) ze względu na długie oczekiwanie na wyjaśnienie legalności jego działalności w serwisach internetowych z wykorzystaniem tych usług. Powód otrzymał należności wynikające z przelewów dokonanych przez osoby korzystające z serwisu internetowego o nazwie (...). Pismem z dnia 3 czerwca 2013 r. powód wezwał pozwaną Spółkę do zapłaty w/w należności za miesiąc sierpień 2012 r., w terminie trzech dni od otrzymania pisma.

Dokonawszy takich ustaleń Sąd Rejonowy powództwo oddalił. Sąd przyjął, że strony zawarły umowę nienazwaną o świadczenie usług, w ramach której strona pozwana udostępniła powodowi środki techniczne do pobierania opłat od osób korzystających z serwisu internetowego o nazwie (...) między innymi w drodze usługi (...) oraz zobowiązała się do wypłacania mu należności uzyskiwanych w ten sposób. Jednym z obowiązków powoda w ramach tej umowy było dostosowanie się do zasad obowiązujących w serwisie prowadzonym przez pozwaną Spółkę, określonych w Regulaminie i ich przestrzeganie po rygorze zastosowania sankcji w nim przewidzianych, gdyż postanowienia takiego regulaminu kształtują treść zawartej umowy i są jej elementem (art. 384 kc). Natomiast, co do treści tego Regulaminu powód nie podlegał ochronie przewidzianej w Kodeksie cywilnym w stosunku do konsumentów, albowiem w relacjach z pozwaną Spółką występował, jako przedsiębiorca. Regulamin ten zabraniał zaś m.in. stosowania usługi (...) w przypadku rozstrzygnięcia konkursu z użyciem jakiejkolwiek formy losowania, a w wypadku spornego serwisu internetowego pojawiły się wątpliwości co do tego, czy ma on charakter konkursu czy loterii, gdyż strona pozwana uzyskała informację, że do wyłaniania zwycięzcy konkursu w tym serwisie jest wykorzystywana funkcja „rand”, oparta na zasadzie losowości. Wątpliwości te wzbudził K. G., który współpracował z powodem przy tworzeniu jego strony internetowej i fakt takiej współpracy powód przyznał. W związku z tym Sąd Rejonowy uznał, że strona pozwana całkowicie słusznie przyjęła, że może on posiadać wiarygodne informacje co do sposobu funkcjonowania portalu o nazwie (...) skoro dysponował on wiadomościami, które mogły być znane tylko powodowi w jego relacjach z pozwaną Spółką. A ponieważ, zdaniem Sądu Rejonowego, powód obowiązany był udowodnić zarówno fakt zawarcia przedmiotowej umowy, jak i okoliczności

dochowania przez niego wszystkich warunków tej umowy, od których uzależnione

Sygn. akt II Ca 132/14

było spełnienie przez stronę pozwaną dochodzonego przez niego świadczenia, to

winien był też udowodnić, że algorytm wyłaniający zwycięzcę w jego serwisie jest oparty na innych zasadach niż loteria. Dla wykazania tego nie wystarczyły bowiem tylko zeznania powoda, szczególnie wobec treści innych dowodów zebranych w sprawie, takich jak dowód z odpisu korespondencji mailowej i przesłuchania Prezesa Zarządu pozwanej Spółki (...). Zdaniem Sądu Rejonowego, jedynym wiarygodnym i pewnym dowodem w tym zakresie byłby dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu programowania, który mógłby określić zasady, na jakich funkcjonuje serwis powoda. Takiego dowodu powód nie wnioskował i nie zaproponował udostępnienia kodu źródłowego algorytmu służącego do wyłaniania zwycięzców w ramach konkursu prowadzonego na stronie (...) a to oznacza, że nie udowodnił, że serwis ten ma charakter konkursu, a nie loterii. W tej sytuacji przyjął Sąd, że jest to loteria i strona pozwana

była uprawniona do odmowy wypłaty należności z tytułu usług (...)za miesiąc sierpień 2012 r., skoro działalność tego serwisu była sprzeczna z jej Regulaminem. Oddalenie wniosków strony pozwanej o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka K. G.i opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki, a także o zwrócenie się do Ministra Finansów o wydanie opinii czy działalność powoda ma charakter loterii Sąd Rejonowy uzasadnił tym, że były one spóźnione.

W apelacji powód zarzucił zaskarżonemu wyrokowi:

- sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału

dowodowego poprzez przyjęcie, że powód zawierał umowę z pozwanym w

charakterze przedsiębiorcy a nie – jako konsument i tym samym nietrafne

przyjęcie, że powód nie podlegał ochronie przewidzianej w k.c. dla

konsumentów;

- pominięcie zaoferowanego przez powoda dowodu w postaci protokołu kontroli

powoda przez uprawnione organa, które nie zarzuciły powodowi nielegalności

prowadzonego przezeń konkursu, czy też innego naruszenia ustawy z dnia

19 listopada 2009 r. o grach hazardowych ( Dz.U. Nr 201, poz. 1540 ze zm. );

- przyjęcie w poczet dowodów na ostatniej rozprawie spóźnionego dowodu

z korespondencji mailowej z K. G., przy jednoczesnym

oddaleniu jako spóźnionego wniosku o złożenie przez niego zeznań, co wyklucza

możliwość weryfikacji ich treści i przyjęcie w oparciu o treść tej korespondencji,

że powód wykorzystuje niedozwoloną funkcję rand, co stanowiło naruszenie

normy przepisu art. 207 § 6 kpc, polegające na wydaniu wyroku na podstawie

spóźnionych dowodów;

- naruszenie normy przepisu art. 232 kpc i art. 6 kc poprzez poczynienie ustaleń

faktycznych z naruszeniem zasady rozkładu ciężaru dowodowego, naruszenie

normy przepisu art. 233 § 1 kpc, polegające na braku wszechstronnego

rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego powodujące

niewłaściwą ocenę wiarygodności i mocy dowodów;

- naruszenie normy przepisu art. 328 § 2 kpc poprzez brak wskazania w

uzasadnieniu wyroku przyczyn, dla których dowodom zgłoszonym przez

powoda odmówił wiarygodności i mocy dowodów.

Wniósł o dopuszczenie dowodu z wydruku kodu odpowiedzialnego za typowanie zwycięzców w stworzonym przez powoda (...) oraz dowodu z opinii biegłego sądowego w zakresie programowania na okoliczność zasad na jakich funkcjonuje serwis powoda (...), a w szczególności czy stosowana jest przy wyłanianiu zwycięzców funkcja rand.

Wskazując na powyższe domagał się zmiany zaskarżonego wyroku i uwzględnienia powództwa bądź uchylenia wyroku i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja podlega uwzględnieniu, gdyż podniesione w niej zarzuty okazały się uzasadnione.

Przede wszystkim trafnie zarzucił skarżący naruszenie przez Sąd Rejonowy art. 6 kc w zw. z art. 232 kpc. Zgodnie z art. 6 kc ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Nie oznacza to jednak, że ciężar dowodu w postępowaniu cywilnym zawsze spoczywa na powodzie. Ten bowiem, kto odmawia uczynienia zadość żądaniu powoda obowiązany jest udowodnić fakty wskazujące na to, że uprawnienie żądającemu nie przysługuje (tak Sąd Najwyższy w wyrokach: z dnia 14 lutego 2002 r., V CKN 745/00 oraz z dnia 20 grudnia 2006 r., IV CSK 299/06).

Jakkolwiek więc prawidłowo przyjął Sąd Rejonowy, że powód obowiązany był udowodnić fakt zawarcia umowy z pozwaną Spółką, na mocy której winna ona rozliczyć się z powodem i przekazać mu zyski wynikające z działalności serwisu internetowego o nazwie (...), to jednak – jak trafnie podnosi apelacja – obowiązek wykazania, że powód naruszył zasady obowiązujące w serwisie prowadzonym przez pozwaną Spółkę, określone w Regulaminie i tym samym strona pozwana upoważniona była do zastosowania sankcji w nim

Sygn. akt II Ca 132/14

przewidzianych (wstrzymania przypadających powodowi zysków) spoczywał na pozwanej Spółce.

W tym miejscu należy zauważyć, że gdyby to powód w rozpoznawanej sprawie miał wykazać, jak uznał Sąd Rejonowy, że „dochował on wszystkich warunków umowy, od których uzależnione było spełnienie przez stronę pozwaną dochodzonego przez niego świadczenia”, przede wszystkim, że algorytm wyłaniający zwycięzcę w jego serwisie jest oparty na innych zasadach niż loteria (ma charakter konkursu), to w sytuacji gdy o tym czy określona gra posiadająca cechy wymienione w ust.1-5 art.2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009r., Nr 201, poz. 1540 ze zm.) jest grą losową w rozumieniu ustawy, zgodnie z art. 2 ust. 6 tej ustawy rozstrzyga w drodze decyzji minister właściwy do spraw finansów, zachodziłyby podstawy do zobowiązania powoda do przedstawienia takiej decyzji, jak domagała się tego strona pozwana. Jeśli jednak, jak wskazano wyżej, to strona pozwana twierdzi, że powód narusza reguły wskazane w Regulaminie, gdyż w serwisie (...) prowadził nie konkurs ale loterię, a nie jest ona legitymowana do wszczęcia postępowania prowadzącego do wydania takiej decyzji, sąd nie może – jak chciałaby pozwana – zobowiązać powoda do przedstawienia decyzji i zagadnienie prejudycjalne, które byłoby przedmiotem decyzji administracyjnej, rozpatruje samodzielnie. Przy czym, jak wskazano wyżej, obowiązek wykazania przesłanki niweczącej uprawnienie powoda spoczywa na pozwanej.

Trafnie też zarzuca apelacja powołując się na liczne orzeczenia Sądu Najwyższego (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2007 r., II CSK 406/06), że dowodu na to, że powód przy wyłanianiu zwycięzców korzystał z funkcji (...) nie mogły stanowić kserokopie dokumentacji mailowej z K. G., gdyż kserokopię dopiero wtedy można uznać za dokument, świadczący o istnieniu oryginału o treści i formie w niej odwzorowanej, jeśli będzie ona zaopatrzona w poświadczenie zgodności kserokopii z oryginałem. Tymczasem przedstawione kserokopie takiego wymogu nie spełniają. Dowodu na to jak funkcjonował serwis powoda nie mogły stanowić również zeznania Prezesa Zarządu pozwanej Spółki, skoro Spółka nie ma dostępu do (...) powoda, a posiadane przez R. K. informacje o stosowaniu funkcji rand pochodziły od K. G., którego Sąd nie przesłuchał, podczas gdy powód kategorycznie zaprzeczał informacjom podanym w korespondencji mailowej. Jak słusznie zarzuca skarżący, w ogóle nie poddał Sąd ocenie złożonego przez powoda dowodu z protokołu kontroli wykonywanej przez (...) w dniu 17 kwietnia 2013 r., mimo że służbie tej w

ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o służbie celnej ( Dz.U., Nr 168, poz. 1323 z późn. zm. )powierzono zadania wynikające z ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w zakresie których mieści się również kontrola, rozpoznawanie i wykrywanie braku legalności działań przedsięwzięć związanych z organizowaniem loterii czy konkursów.

W końcu wadliwie przyjmując, że ciężar dowodu w zakresie stosowania przez powoda w swoim serwisie algorytmu wyłaniającego zwycięzcę w oparciu o inne zasady niż loteria spoczywa na powodzie i stwierdzając przy tym, że jedynym wiarygodnym i pewnym dowodem w tym zakresie byłby dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu oprogramowania, dowodu tego jednak Sąd nie przeprowadził. W sytuacji zaś stanowiącej istotę niniejszego sporu zasadności wstrzymania przez stronę pozwaną wypłaty zysków powodowi, rzeczą Sądu Rejonowego było ustalenie zasad funkcjonowania serwisu powoda (...)przy wykorzystaniu wiadomości specjalnych reprezentowanych przez biegłego sądowego. W orzecznictwie, co też zasadnie podnosi powód w apelacji, ugruntowany jest pogląd, że gdy uzyskanie wiadomości specjalnych zapewnia wyłącznie opinia biegłego, w braku odpowiedniej inicjatywy dowodowej strony ( strona pozwana w rozpoznawanej sprawie taki wniosek złożyła ), niedopuszczenie dowodu z opinii biegłego stanowi naruszenie art.232 zd.2 kpc, gdyż przeprowadzenie przez sąd z urzędu takiego dowodu stanowi jedyny sposób przeciwdziałania niebezpieczeństwu oczywiście nieprawidłowego rozstrzygnięcia sprawy, podważającego funkcję procesu ( tak Sąd Najwyższy m.in. w wyrokach z dnia 15 czerwca 2011 r., V CSK 382/10 oraz z dnia 27 kwietnia 2012 r., VCSK 202/11 ). To zaś powoduje, że nie rozpoznał Sąd istoty sprawy.

W konsekwencji zasadnie podniesionych w apelacji uchybień procesowych, mogących mieć wpływ na wynik sprawy, Sąd Okręgowy uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania ( art. 386 § 4 kpc ).