

Sygn. akt I ACa 133/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 czerwca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Roman Sugier
Sędziowie :	SA Lucyna Świdorska-Pilis (spr.) SA Ewa Solecka
Protokolant :	Małgorzata Korszun

po rozpoznaniu w dniu 16 czerwca 2016 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa I. Z.

przeciwko R. P.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 3 listopada 2015 r., sygn. akt II C 88/13,

1) oddala apelację;

2) zasądza od powódki na rzecz pozwanego 5 400 (pięć tysięcy czterysta) złotych z tytułu kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Ewa Solecka	SSA Roman Sugier	SSA Lucyna Świdorska-Pilis
-----------------	------------------	----------------------------

I ACa 133)16

## UZASADNIENIE

Powódka I. Z. wносиła o zasądzenie od pozwanego R. P. kwoty 35 000 USD wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 15 000 USD od dnia 22 sierpnia 2012 r. oraz od kwoty 20 000 USD od dnia doręczenia pozwu. Nadto powódka domagała się zasądzenia kosztów postępowania.

W uzasadnieniu żądania pozwu powódka wskazywała, że zgodnie z zawartą z pozwanym umową o świadczeniu usług turystycznych, pozwany jako organizator turystyki był zobowiązany do zorganizowania i przewodniczenia imprezie turystycznej (wysokogórskiej) z udziałem powódki jako turystki, gdzie celem tej wyprawy było wprowadzenie powódki przy udziale pozwanego na wierzchołek M.. Pozwany jednak dopuścił się szeregu rażących zaniedbań w zakresie przygotowania wyprawy, co doprowadziło do zniweczenia szansy powódki na osiągnięcie wspomnianego celu. Pozwany porzuciwszy powódkę oraz innego chorego uczestnika wyprawy w tzw. strefie śmierci, sam wykorzystał możliwość jaką współtworzyła dla niego powódka współfinansując wyprawę i przeprowadził atak szczytowy, by samemu zdobyć po raz czwarty wierzchołek M..

Pozwany wnosił o oddalenie powództwa i zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu swego stanowiska pozwany podał, że nie jest legitymowany biernie do występowania w niniejszej sprawie, gdyż stron nie łączyła żadna umowa, na której podstawie pozwany przyjąłby na siebie zobowiązanie wprowadzenia powódki na szczyt M.. W żadnym razie nie była zawierana umowa o świadczenie usług turystycznych. Przekazana pozwanemu kwota 15 000 USD została przeznaczona na pokrycie kosztów wynajęcia osobistego przewodnika powódki, pozostała kwota przeznaczona została na koszty wyjazdu tj. pośrednictwo w kontaktach z agencją trekkingową, finansowanie części sprzętu - w tym namiotów, telefonów satelitarnych i krótkofalówek, jedzenia, opłaty kucharzy, finansowanie butli z tlenem i całego osprzętu. Gdyby nawet przyjąć, że strony łączyła umowa, to była to umowa swoistego rodzaju zlecenia tj. umowa starannego działania, a nie umowa rezultatu. Celem umowy mogło być bowiem jedynie dołożenie należytej staranności, a nie sam fakt osiągnięcia szczytu M.. W żadnym wypadku nie można podzielić twierdzeń powódki, że proces aklimatyzacji został przeprowadzony w sposób nieprawidłowy. Niezależnie od powyższego powódka nie może żądać od pozwanego zwrotu kosztów wyprawy w zakresie kwoty uiszczonej na rzecz agencji (...) Ltd w N. i w tym przedmiocie pozwany nie jest biernie legitymowany do jej zwrotu. Nieuzasadnione jest także żądanie zwrotu kwot, które zostały wydatkowane na wyprawę, a z których powódka, jak i inni uczestnicy, skorzystali i były to koszty przeznaczone na zakup ekwipunku, jedzenia, opłaty indywidualnego Szerpy i innych.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Katowicach oddalił powództwo i pozostawił referendarzowi sądowemu rozliczenie kosztów sądowych i kosztów procesu - zgodnie z treścią art. 98 kpc.

W ocenie Sądu pierwszej instancji przeprowadzone w sprawie postępowanie dowodowe nie pozwala na przyjęcie, że strony łączyła umowa o usługi turystyczne. Pozwany jako niekwestionowany znawca gór posiadał wiedzę dotyczącą możliwości i sposobu zorganizowania wyprawy, powódki oraz P. K., M. W. i M. P.. Wszyscy znali się z innych wypraw, a to na A. i E.. Osoby te, znając pozwanego i jego możliwości, zwróciły się do niego o zorganizowanie wyprawy. Pozwany w tym celu wskazał uczestnikom agencję (...) w N., wskazując konto agencji na rzecz której wpłacić należy kwotę 20 000 USD, celem zorganizowania ich wyprawy. Członkowie wyprawy sami zakupili bilety lotnicze i podróżowali indywidualnie.

Celem ustalenia czy pozwany, jako osoba ciesząca się ogromnym zaufaniem grupy i niekwestionowany autorytet, wywiązał się ze swego moralnego obowiązku przeprowadzenia aklimatyzacji grupy w sposób prawidłowy, Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego na okoliczność oceny sposobu przeprowadzonej przez pozwanego aklimatyzacji. Biegły J. N. w oparciu o materiał dowodowy zebrany w sprawie, a także przedstawioną na jego wniosek przez powódkę dodatkową dokumentację, uznał, że przeprowadzony proces aklimatyzacji był w ogólnych założeniach prawidłowy. Procesy aklimatyzacji regeneracji uczestników zakładane przez kierownika wyprawy są korygowane na miejscu w zależności od stanu zdrowia uczestników i przez nich samych tzn. z uwagi na to jak się czują i przez kierownika wyprawy, oceniającego wydolność wspinaczy po tempie wchodzenia wyżej, jak również warunków pogodowych i warunków

terenowych. Firmy renomowane oferują 6 butli tlenowych dla średnio doświadczonego wspinacza – turysty. Osoby słabsze powinny dysponować większą ilością (od 7) butli.

Wobec nieudowodnienia przez powódkę faktu zawarcia z pozwanym umowy, zakresu obowiązków ciążących na pozwanym, jak również nieprawidłowości wydatkowania przekazanej przez powódkę kwoty 15 000 USD, Sąd orzekł jak w wyroku. O kosztach postępowania orzekł Sąd na mocy art. 98 kpc, pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu.

Od powyższego rozstrzygnięcia apelację złożyła powódka, wnosząc o jego zmianę przez uwzględnienie powództwa w całości. Jako wniosek ewentualny zgłoszone zostało żądanie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Skarżąca zarzucała:

- 1) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233§1 kpc w zw. z art. 328§2 kpc przez rozważenie zebranego materiału w sposób niewszzechstronny, skutkujący zastosowaniem przez Sąd meriti dowolnej zamiast swobodnej oceny w zakresie uznania, że powódka nie udowodniła faktu zawarcia z pozwanym prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Agencja (...) umowy o świadczenie usług turystycznych, a organizacja wyprawy wysokogórskiej (...) leżała w gestii agencji n. (...), co miało ten istotny wpływ na wynik sprawy, że doprowadziło do błędnych konkluzji leżących u podstawy wydania zaskarżonego wyroku, a mianowicie: że umowa o świadczenie usług turystycznych nie łączyła pozwanego z powódką, a w związku z tym – że na pozwanym nie ciążyły obowiązki wynikające z zawarcia tej umowy;
- 2) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 3 pkt 5 i 14 oraz przepisów zawartych w rozdziale 2 ustawy o usługach turystycznych w zw. z art. 471 kc przez ich niezastosowanie;
- 3) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233§1 kpc art. 286 kpc przez rozważenie zebranego materiału w sposób niewszzechstronny, skutkujący zastosowaniem przez Sąd meriti dowolnej zamiast swobodnej oceny w zakresie uznania, że prawidłowość procesu aklimatyzacji przeprowadzonej przez pozwanego została wyjaśniona przez opiniującego w sprawie biegłego i miało ten istotny wpływ na wynik sprawy, że doprowadziło do błędnych konkluzji leżących u podstawy wydania zaskarżonego wyroku, a mianowicie że pozwany wywiązał się ze swojego obowiązku przeprowadzenia procesu aklimatyzacji powódki w sposób prawidłowy;
- 4) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233§1 kpc przez rozważenie zebranego materiału w sposób niewszzechstronny, skutkujący zastosowaniem przez Sąd meriti dowolnej zamiast swobodnej oceny w zakresie uznania, że powód wywiązał się z obowiązku dostarczenia powódce odpowiedniej ilości butli z tlenem, co miało ten istotny wpływ na wynik sprawy, że doprowadziło do błędnych konkluzji leżących u podstawy zaskarżonego wyroku, a mianowicie: że pozwany wywiązał się z obowiązku dostarczenia powódce odpowiedniego wyposażenia do przeprowadzenia wyprawy na M. w sposób prawidłowy.

#### **Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:**

Apelacja powódki nie mogła odnieść skutku.

Wobec niepoczynienia przez Sąd pierwszej instancji ustaleń faktycznych (do czego obliguje treść powoływanego w apelacji art. 328§2 kpc), a ograniczenia się jedynie do zacytowania zeznań świadków i stron oraz przedłożonych dokumentów, obowiązek ten spoczął na sędzi odwoławczym, jako sędzi meriti.

#### **Sąd Apelacyjny ustalił następujący stan faktyczny:**

Pozwany R. P. jest znanym polskim himalaistą, prowadzącym też działalność gospodarczą w ramach Agencji(...) Jako przedmiot działalności zarejestrowane jest: „pozostała działalność związana ze sportem”

- Dowód: kserokopia Centralnej Ewidencji o Działalności Gospodarczej K-14

Powódka I. Z., pozwany R. P. oraz M. W., M. P. i P. K. znali się z innych wypraw wysokogórskich. W związku z tymi kontaktami zrodził się pomysł wyjazdu, celem zdobycia najwyższego szczytu Świata – M..

- Dowód: zeznania świadków M. W. K-171, P. K. nagranie audiowizualne K-312 i zeznania pozwanego - nagranie audiowizualne K-313.

Prócz tego na stronie internetowej [http://www\(...\)/](http://www(...)/) pozwany reklamował wyprawy wysokogórskie, organizowane przez prowadzoną przez niego działalność w ramach Agencji (...). Na stronie tej m. in. wskazane zostało:

	<p>„Moja agencja oferuje szeroką gamę przedsięwzięć - od łatwych trekkingów do ambitnych wyjazdów alpinistycznych w góry wysokie . Pracują ze mną życiowi optymiści - ludzie doświadczeni, odpowiedzialni i kompetentni. Lata doświadczeń górskich, nieraz gorzkich i bolesnych, pozwoliły mi lepiej i głębiej doceniać uroki życia. W tym też upatruję przyczynę dużej skuteczności w górach - mojej własnej, ale i tych, którzy idą ze mną. Będę szczęśliwy, jeśli dołączysz do nas i zarazisz się tym optymizmem. Serdecznie zapraszam. Lider R. P.”.</p> <p>- Dowód: wydruk strony internetowej stronie internetowej <a href="http://www(...)/">http://www(...)/</a> K- 26.</p> <p>Powódka I. Z. wpłaciła na wskazane przez pozwanego konto (...) LTD kwotę 20 000 USD.</p> <p>- Dowód: kserokopia wpłaty K- 39.</p> <p>Prócz tego powódka w dniu 27 marca 2012 r. w kawiarni mieszczącej się w Centrum Handlowym wręczyła pozwanemu tytułem: „wpłata z udział w wyprawie E. 2012” kwoty: 2 000 USD, 10 000 USD i 1 500 Euro. Pokwitowane to zostało podpisem pozwanego wraz z pieczęcią Agencja (...).</p> <p>- Dowód: kserokopia pokwitowania K- 40, zeznania świadka B. P. K-124.</p> <p>Grupa pozwanego R. P. ostatecznie liczyła 5 osób, w tym: pozwany jako lider grupy oraz powódka I. Z., M. W., M. P. i P. K..</p> <p>- okoliczność niesporna.</p> <p>Wyprawa miała miejsce w maju 2012 r. Przed wyjazdem w góry, w K., odbył się kurs odnośnie używania tlenu, były też ćwiczenia praktyczne. Osoba szkoląca posługiwała się językiem angielskim. Pod szczytem M. znajdują się bazy. Najniższą bazą jest baza AB na wysokości 5 000 m – do bazy tej się dojeżdża.</p>
--	---

Następnie na wysokości 6 400 m znajduje się baza ABC. Następnie są już obozy, określane kolejno jako nr: I, II i III, odpowiednio na wysokościach: 7 000m, 7 500 do 7 650 m i ok. 8 300 m. Z tego ostatniego dokonuje się ataku na szczyt. Uczestnicy M. W. i M. P. zrezygnowali z wyjścia powyżej bazy ABC. Powódka wraz z pozwanym i P. K. dotarli do obozu nr II. Powódce cały czas towarzyszył Szerpa (osoba miejscowa, zajmująca się pomocą i organizacją zdobywania H.) pan C. P.. Powódka za stałą obecność Szerpy - obejmującą stałą kompletną opiekę, w tym i obsługę tlenu - zapłaciła 5 000 USD.

- okoliczności niesporne.

Jeszcze w bazie ABC powódka podpisała „oświadczenie – zobowiązanie”, w którym zobowiązała się „...podporządkować decyzji lidera wyprawy R. P., albo opiekuna w czasie akcji Szerpy P. w sprawie wstrzymania lub wycofania mnie z akcji zdobywania szczytu M. w przypadku za wolnego tempa lub symptomów choroby wysokościowej, co mogłoby bezpośr. narazić moje zdrowie lub życie. W razie nie podporządkowania się decyzji wyżej wymienionych, ponoszę osobiście pełną odpowiedzialność i nie będę rościć jakichkolwiek pretensji do wyżej wymienionych jak i osób trzecich. ABCE.16.05.2012. I. Z.” (pisownia i interpunkcja oryginalna).

- Dowód: oświadczenie K- 93.

W tym samym próby zdobycia szczytu podejmowali też i inni himalaści, m. in. panowie W. K., K. S. i B. W.. Były też grupa himalaistów z R. i J., które zdobyły szczyt w dzień poprzedzający skuteczny atak, dokonany jedynie przez pozwanego.

- Dowód: zeznania świadków W. K. K- 172, K. S. K- 274, B. W. K-235-241.

W obozie nr II pozwany dzielił namiot z P. K., a powódka z Szerpą panem C. P..

- Okoliczności niesporne.

W obozie nr II powódka podeszła do namiotu zajmowanego przez pozwanego i P. K.. Powódka była przeziębiona, opuchnięta i miała katar. Pozwany kazał jej wrócić do swojego namiotu i czekać na sygnał radiowy w sprawie ewentualnego wyjścia w kierunku obozu nr III, albowiem wiał bardzo silny wiatr Po krótkiej wymianie zdań powódka wróciła do swego namiotu. Z

obożu nr II jedynie pozwany oraz P. K. dostali się do obożu nr III. P. K. zrezygnował z ataku szczytowego, ostatecznie szczyt zdobył jedynie pozwany.

Dowód: zeznania świadka P. K. nagranie audiowizualne K-312.

\*\*\*

***Zważyć należy:***

Skarżąca w apelacji od wyroku Sądu Okręgowego zarzuca głównie naruszenie przepisów postępowania ale również i prawa materialnego, bowiem powołuje się na niezastosowanie ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 187, dalej: ustawa o usługach turystycznych) oraz art. 471 kc.

Podkreślenia wymaga, że Sąd drugiej instancji jest związany podniesionymi zarzutami naruszenia przepisów postępowania, z urzędu natomiast stosuje prawo materialne i bierze pod uwagę nieważność postępowania w granicach zaskarżenia (tak: uchwała SN(7) z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55). Sąd Apelacyjny oceni więc także prawidłowość zastosowania przepisów prawa materialnego przez Sąd Okręgowy, w tym również powołanej ustawy o usługach turystycznych.

W pierwszej kolejności jednak rozważenia wymagają zarzuty naruszenia przepisów postępowania. Należy podkreślić, że prawidłowość zastosowania lub wykładni prawa materialnego może być właściwie oceniona jedynie na kanwie niewadliwie ustalonej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Skuteczne zatem zgłoszenie zarzutu dotyczącego naruszenia prawa materialnego wchodzi zasadniczo w rachubę tylko wtedy, gdy ustalony przez sąd pierwszej instancji stan faktyczny, będący podstawą zaskarżonego wyroku, nie budzi zastrzeżeń. Jest to pogląd powszechnie przyjęty w orzecznictwie.

Powoływane zarzuty naruszenia prawa procesowego częściowo są uprawnione, jako że Sąd pierwszej instancji nie dokonał w sposób prawidłowy ustaleń faktycznych (uzasadnienie ogranicza się do zacytowania zeznań świadków), jednakże uchybienie to mogło zostać sanowane przez Sąd odwoławczy, który w sposób samodzielny dokonał ustaleń faktycznych. Zarzut naruszenia art. 328§2 kpc jest o tyle nieuzasadniony, jako że naruszenie tegoż przepisu tylko w takim wypadku może stanowić przyczynę

uchylenia orzeczenia, o ile uniemożliwia dokonanie w toku instancji kontroli należytego zastosowania prawa materialnego i procesowego. Jedyne bowiem w takim wypadku uchybienie art. 328 § 2 kpc może być uznane za mogące mieć wpływ na wynik sprawy. Zaskarżone orzeczenie nie wymyka się jednakże spod kontroli.

Pozostałe zarzuty, czy to naruszenia art. 233§1 kpc, czy też art. 286 kpc, sprowadzają się de facto do zarzutów nieprawidłowego zastosowania prawa materialnego, co należy już do obowiązku sądu odwoławczego.

Wstępnie ustalić należy jaki węzeł obligacyjny łączył powódkę I. Z. z pozwanym R. P..

Powódka jako podstawę prawną swego żądania powoływała się na ustawę o usługach turystycznych oraz art. 471 kc, stanowiący o odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania.

W ocenie Sądu Apelacyjnego stron nie łączyła umowa, którą regulują przepisy powołanej ustawy o usługach turystycznych. W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 14 ust. 1 powołanej ustawy umowa o świadczenie usług turystycznych polegających na organizowaniu imprez turystycznych wymaga formy pisemnej. Forma ta jest przewidziana dla celów dowodowych. Skoro powódka dysponuje pokwitowaniem wpłaty kwoty pieniężnej, podpisanym przez pozwanego, w sprawie mamy do czynienia z tzw. „początkiem dowodu na piśmie” (art. 74 in fine kc), stąd też i dopuszczalnym było przeprowadzenie postępowania dowodowego na okoliczność faktu zawarcia takowej umowy.

Postępowania dowodowe nie wykazało jednakże, by umowa jaka łączyła strony stanowiła umowę w rozumieniu powołanej ustawy o usługach turystycznych.

Wprawdzie pozwany prowadzi działalność zapisaną jako „pozostała działalność związana ze sportem”, nie świadczy to jednakże automatycznie o tym, że wszelkie umowy jakie zawiera on stanowią umowy o świadczenie usług turystycznych, na co zdawała się powoływać strona powodowa. Wprawdzie powołana ustawa nie zawiera definicji usługi turystycznej, jednakże całokształt przepisów wskazuje, że przez pojęcie usługi turystycznej rozumieć należy zorganizowanie za pełną odpłatnością całkowitej usługi, polegającej na organizacji wyjazdu turystycznego. Art. 14 ust 2 ustawy o usługach turystycznych stanowi, że umowa o świadczenie usług

turystycznych polegających na organizowaniu imprez turystycznych powinna określać:

- 1) organizatora turystyki i numer jego wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 4 ust. 1, oraz numer identyfikacji podatkowej (NIP), a także imię i nazwisko oraz pełnioną funkcję osoby, która w jego imieniu umowę podpisała;
- 2) miejsce pobytu lub trasę wycieczki;
- 3) czas trwania imprezy turystycznej;
- 4) program imprezy turystycznej obejmujący rodzaj, jakość i terminy oferowanych usług, w tym:
  - a) rodzaj, charakter i kategorię środka transportu oraz datę, godzinę, miejsce wyjazdu i planowanego powrotu,
  - b) położenie, rodzaj i kategorię obiektu hotelarskiego zgodnie z przepisami kraju pobytu lub opis wyposażenia obiektów niezaliczanych do rodzajów i kategorii,
  - c) ilość i rodzaj posiłków,
  - d) program zwiedzania i inne usługi wliczone w cenę imprezy turystycznej;
- 5) cenę imprezy turystycznej, wraz z wyszczególnieniem wszelkich koniecznych należności, podatków i opłat, jeżeli nie są one zawarte w cenie, oraz wyraźne sformułowanie okoliczności, które mogą spowodować podwyższenie ceny zgodnie z art. 17;
- 6) sposób zapłaty;
- 7) rodzaj i zakres ubezpieczenia turystów oraz nazwę i adres ubezpieczyciela;
  - 7a) termin powiadomienia klienta na piśmie o ewentualnym odwołaniu imprezy turystycznej lub usługi turystycznej z powodu niewystarczającej liczby zgłoszeń, jeżeli realizacja usług jest uzależniona od liczby zgłoszeń;
  - 7b) termin zawiadomienia o przeniesieniu uprawnień i przejęciu obowiązków, o którym mowa w art. 16 ust. 2;
- 8) sposób zgłaszania reklamacji związanych z wykonywaniem usług przez organizatora turystyki lub osobę z nim współpracującą wraz z podaniem terminu zgłaszania takich reklamacji;

9) wymagania specjalne, o których klient powiadomił organizatora turystyki lub pośrednika turystycznego i na które strony umowy wyraziły zgodę;

10) podstawy prawne umowy i konsekwencje prawne wynikające z umowy.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy w żaden sposób nie wykazał, by nawet w formie ustnej zawarta została umowa zawierająca w/w elementy. Wykazał jedynie to, że uczestnicy wyprawy zapłacili we własnym zakresie przelot samolotem, a pozwany pośredniczył w przekazaniu pieniędzy miejscowej Agencji zajmującej się organizacją zdobywania szczytów H., przyjął również pewne kwoty pieniężne na organizację ekspedycji już w jego zakresie oraz (co Sąd Apelacyjny przyjmuje) dla własnego zysku, czy też dla pokrycia własnych kosztów. Świadczy o tym reklamująca działalność pozwanego strona internetowa oraz fakt prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie działalności związanej ze sportem. Gdyby pozwany był jedynie z samego zamiłowania organizatorem wyjazdów wysokogórskich z pewnością nie reklamowałaby, że „jego agencja oferuje szeroką gamę przedsięwzięć” że: „Pracują ze mną życiowi optymiści - ludzie doświadczeni, odpowiedzialni i kompetentni. Lata doświadczeń górskich, nieraz gorzkich i bolesnych, pozwoliły mi lepiej i głębiej doceniać uroki życia”, czy też: „Będę szczęśliwy, jeśli dołączysz do nas i zarazisz się tym optymizmem. Serdecznie zapraszam. Lider R. P.”. Sądowi Apelacyjnemu wiadomym jest z doświadczenia życiowego, iż znany polski himalaista R. P. zajmuje się organizacją tzw. komercyjnych wyjazdów wysokogórskich, co łączy się z osiąganiem z tego tytułu zysku.

Mimo że stron nie łączyła umowa o usługi turystyczne, powiązane one były węzłem obligacyjnym – niewątpliwie nie była to bowiem przyjacielska wyprawa w góry, gdzie każdy członek wyprawy jedzie „na własną rękę” i odpowiedzialność.

Oceniając ów stosunek uznać należy, że strony łączyła swoistego rodzaju umowa nienazwana (art. 353<sup>1</sup> kc) zawierająca w sobie wiele elementów umowy o świadczenie usług (art. 750 kc). Powódka zobowiązała się uiścić określoną kwotę pieniężną, za którą pozwany zobowiązał się zorganizować jej wyjazd w H., celem zdobycia najwyższego szczytu Świata – M.. Umowa o świadczenie usług wedle art. 750 kc, podobnie jak

i umowa zlecenia, jest umową starannego działania, a nie umową rezultatu. Sam fakt zatem niezdobycia przez powódkę szczytu nie przesądza jeszcze o niewłaściwym wykonaniu umowy przez pozwanego. Umowa łącząca strony nie mogła stanowić umowy rezultatu - w tym przypadku samego zdobycia szczytu. Oczywistą rzeczą jest (nie wymagającą dla tej oceny wiedzy specjalnej), że na dokonanie tegoż składa się wiele przyczyn, takich jak: warunki atmosferyczne, kondycja wspinacza, wcześniejsze przygotowanie fizyczne, wydolność organizmu, kondycja psychiczna, okoliczności towarzyszące oraz (co Sąd Apelacyjny uznaje) sposób przygotowania na miejscu.

Oceniając sposób wykonania umowy przez pozwanego należało oprzeć się na opinii biegłego. Biegły J. N. w oparciu o materiał dowodowy zebrany w sprawie, a także przedstawioną na jego wniosek przez powódkę dodatkową dokumentację podał (k-401-404 ), stwierdził, że brak jest potwierdzonych naukowo zaleceń dotyczących schematu zdobywania wysokości powyżej bazy na szczytach ośmiotysięczników. Komisja Medyczna Federacji Związków (...) zajmuje stanowisko na temat wspinaczki powyżej bazy wyprawy wysokogórskiej i zaleca stosowanie taktyki pod nazwą „jo-jo” czyli wchodzenia w górę i zejścia w dół między bazą, a wyższymi obozami, oraz proponuje unikanie noclegu w wyższych obozach po pierwszorazowym do nich dojeździe. Pobyt powyżej 5 500 m powoduje stopniowe wyniszczenie organizmu, dlatego czas spędzony powyżej tej wysokości powinien być możliwie jak najkrótszy. Podczas wyprawy pomiędzy wyjściami do wyższych obozów należy regenerować się w bazie wyprawy na wysokościach poniżej 5500m. W literaturze brak jest zaleceń dotyczących schematu aklimatyzacji na wyprawach z użyciem tlenu. Biegły, analizując zrealizowane tempo zdobywania wysokości powyżej bazy podczas analizowanej wyprawy, doszedł do wniosku, iż proces aklimatyzacji był prawidłowy. Po każdym wyjściu wyżej do coraz wyższego obozu, było zejście w dół do bazy celem regeneracji. Można było wydłużyć okresy regeneracji w bazie - np. jednodniowy pobyt w głównej bazie BC w dniu 4 maja 2012 r. był zbyt krótki, zaś brak zejścia do bazy celem regeneracji przed atakiem szczytowym mógł się przyczynić do nieosiągnięcia sukcesu – wejścia na szczyt. Droga wspinaczki na E. od strony północy jest wyjątkowa i trudna pod względem aklimatyzacyjnym. Odległość między bazami AB i ABC i wysiłek związany z przemieszczeniem między nimi często powoduje iż

himalaiści przedłużają pobyt w bazie wysuniętej oraz zmniejszają ilość zejść do bazy głównej. Trudno jest ocenić czy przedłużony pobyt na wysokości 6 400 m jest bardziej wyniszczający czy zejście, a potem wejście na wysokość powyżej 5000 m. Opiniowanie aklimatyzacji na analizowanej wyprawie jest trudne i subiektywne. Procesy aklimatyzacji regeneracji uczestników zakładane przez kierownika wyprawy są korygowane na miejscu w zależności od stanu zdrowia uczestników przez nich samych tzn. jak się czują i przez kierownika wyprawy oceniającego wydolność wspinaczy po tempie wchodzenia wyżej jak również warunków pogodowych i warunków terenowych. Firmy renomowane oferują 6 butli tlenowych dla średnio doświadczonego wspinacza (turysty). Osoby słabsze powinny dysponować ilością od 7 butli. Jak wynika z opinii biegłego powódka dysponowała odpowiednią ilością tlenu.

Prawidłowo Sąd pierwszej instancji opinię biegłego J. N. uznał za przekonującą, rzeczową i profesjonalną. Nie budzi ona w szczególności zastrzeżeń z punktu widzenia zgodności z zasadami logiki, wiedzy powszechnej, poziomu wiedzy biegłego, podstaw teoretycznych opinii, sposobu motywowania i stopnia stanowczości wyrażonych w nich wniosków.

Jest oczywiste, że opinia o treści sprzecznej z twierdzeniami danej strony w procesie, nigdy nie będzie satysfakcjonująca dla tej strony. Zdaniem Sądu, nie jest to jednak jeszcze podstawa do tego, aby w każdym przypadku dopuszczać kolejne opinie biegłych. W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, iż specyfika dowodu z opinii biegłego polega m.in. na tym, że jeżeli taki dowód już został przez sąd dopuszczony, to stosownie do treści art. 286 kpc opinii kolejnego biegłego można żądać jedynie „w razie potrzeby”. Potrzeba taka nie może być jedynie wynikiem niezadowolenia strony z niekorzystnego dla niej wydźwięku konkluzji opinii. W innym wypadku bowiem Sąd byłby zobligowany do uwzględniania kolejnych wniosków strony dopóty, dopóki nie złożona zostałaby opinia w pełni ją zadowalająca, co jest niedopuszczalne. Gdy opinia jest oczywista, nie zawiera skomplikowanych ocen ani rozważań na wysokim stopniu abstrakcji, związek uzasadnienia nie jest jej wadą. Sąd, w ramach zastrzeżonej dla niego swobody, decyduje, czy ma możliwość oceny dowodu w sposób pełny i wszechstronny, czy jest w stanie prześledzić jego wyniki oraz - mimo braku wiadomości specjalnych -

ocenić rozumowanie, które doprowadziło biegłego do wydania opinii.

W rozpoznawanej sprawie powódka złożyła zastrzeżenia do opinii, nie wносиła jednakże o wezwanie biegłego na rozprawę, celem wydania opinii uzupełniającej, dyskredytując w całości opinię i wnosząc o dopuszczenie dowodu z kolejnej opinii. Wniosek ten (z przyczyn wskazanych wyżej) prawidłowo został oddalony. Inaczej rzecz miałaby się w sytuacji, gdyby powódka wnioskujeła wezwanie biegłego na rozprawę, celem wyjaśnienia wątpliwości. Wniosku takowego powódka jednakże nie zgłosiła, wnosząc od razu o powołanie kolejnego biegłego, co spotkało się ze słusznym brakiem akceptacji ze strony Sądu pierwszej instancji.

Ponieważ powódka złożyła również zarzuty co do samej osoby biegłego, powołując się na fakt osobistej jego znajomości z pozwanym, Sąd Apelacyjny czuł się w obowiązku wyjaśnić ową kwestię, bowiem w istocie zaistnienie przesłanek z art. 48 lub 49 kpc w związku z art. 281 kpc dyskredytowałyby ową opinię. Dlatego też w postępowaniu odwoławczym Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z „odpowiedzi” złożonej przez biegłego do akt sprawy już po zamknięciu rozprawy (K-449), w której biegły podał, że polskie środowisko h. liczy około kilkudziesięciu osób i znalezienie osoby, która nie zetknęłaby się z osobą R. P. byłoby niemożliwe. Odnośnie przynależności do (...) Związku (...), to związek ten jest związkiem klubów i organizacji wspinaczkowych, członkami (...) są również członkowie honorowi. Biegły podał, że jest członkiem (...) Klubu (...), a pozwany (...) Klubu (...). Funkcje w zarządzie (...) biegły pełnił w latach 2001-2005, zaś pozwany został członkiem honorowym w czerwcu 2013 r.

Wyjaśnienia owe pozwoliły Sądowi Apelacyjnemu na przyjęcie, że opinia biegłego J. N. nie mogła zostać zdyskwalifikowaną z przyczyn podanych w art. 48 kpc lub 49 kpc w związku z art. 281 kpc. Oczywiście rzeczą jest, że opinię w rozpoznawanej sprawie mogła wydać jedynie osoba posiadająca nie tylko teoretyczną ale i praktyczną wiedzę na temat wspinaczki wysokogórskiej. Wyjaśnienia biegłego pozwalają na przyjęcie, że nie łączy go z pozwanym stosunek tego rodzaju, że mógłby wywołać wątpliwości co do bezstronności biegłego. Sama przynależność do tego samego związku, bez wykazania relacji towarzyskich, o okoliczności tej nie przesądza, podobnie jak np. nie przesądza o wyłączeniu biegłego lekarza przynależność

do tego samego związku lekarskiego (np. Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego).

Opinia biegłego J. N. nie wykazała, by pozwany nie wywiązał się ze swego zobowiązania w sposób prawidłowy, co uzasadnia oddalenie powództwa co do samej zasady.

\*\*\*

Z daleko idącej ostrożności Sąd Apelacyjny zauważa, że niezależnie od tego jaka umowa łączyła strony (o świadczenie usług turystycznych - na podstawie ustawy o świadczenie usług turystycznych czy nienazwana zawierająca elementy umowy o świadczenia usług - co przyjął Sąd Apelacyjny) powódka nie wykazała wysokości swojej ewentualnej szkody.

Zgodnie z treścią art. 11 ustawy o usługach turystycznych w zakresie nieuregulowanym ustawą do umów z klientami zawieranych przez organizatorów turystyki i pośredników turystycznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego oraz inne przepisy dotyczące ochrony konsumenta. Dotyczy to w szczególności powoływanoego przez powódkę art. 471 kc. Bez względu zatem na to jaka umowa łączyła strony, pozwany w sytuacji nienależytego wykonania zobowiązania zobowiązany jest do naprawienia szkody, a nie zwrotu całej zapłaconej ceny usługi.

Tymczasem powódka w rozpoznawanej sprawie domagała się zwrotu całej wpłaconej pozwanemu (a także i Agencji (...) LTD) kwoty, na którą niewątpliwie składały się też i koszty poniesione przez pozwanego i lokalną Agencję, takie jak koszty przejazdów, zakup sprzętu, posiłków, opłata Sierpów, napiwki itp. Niewątpliwie powódka dzięki pozwanemu znalazła się na Dachy Świata, zamieszkiwała w bazach i dwóch obozach, korzystała ze sprzętu i posiłków. O ile powódka wykazałaby, że pozwany wywiązał się nienależycie ze swej umowy (czego Sąd Apelacyjny nie przyjmuje), winna była wykazać wysokość swej szkody, którą determinuje art. 361 §2 kc. Obowiązkiem temu powódka nie sprostała. Nie było też i obowiązkiem Sądu działanie w tym kierunku z urzędu, tym bardziej, że powódka korzystała z pomocy fachowego pełnomocnika.

Nie można również i przyjąć, by powódka odstąpiła od umowy. Po pierwsze powódka nie złożyła oświadczenia o odstąpieniu (nawet nie powoływała się na tę okoliczność), po wtóre odstąpienie od

umowy dopuszczalne jest jedynie w sytuacjach gdy strony tak ustalą, bądź przewidzianych ustawą. Żadna z przewidzianych ustawą sytuacja umożliwiająca odstąpienie od umowy nie nastąpiła, nie była nawet naprowadzana. W końcu wskazać należy, że i w przypadku odstąpienia od umowy wzajemnej strony mają obustronny obowiązek zwrotu świadczeń (art. 494 kc). I w tym przypadku cena zapłacona przez powódkę winna być pomniejszona o świadczenia pozwanego, która to różnica nie została w żaden sposób wykazana.

Z przedstawionych względów na podstawie art. 385 kpc orzeczono jak w sentencji.

O kosztach procesu za instancję odwoławczą orzeczono po myśli art. 108§1 kpc i art. 98 kpc oraz § 2 pkt 6 obowiązującego od dnia 1 stycznia 2016 roku rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. z 2015, poz. 1800). W § 21 tego rozporządzenia wskazano, że do spraw wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe do czasu zakończenia postępowania w danej instancji. Apelacja została wniesiona w styczniu 2016 roku, wobec czego należało zastosować przepisy obowiązujące w tej dacie.

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw ku zastosowaniu wobec powódki dobrodziejstwa wynikającego z art. 102 kpc. Apelacja została wniesiona po zapoznaniu się przez nią z pisemnymi motywami wyroku. Składając środek odwoławczy powódka winna brać pod uwagę, że Sąd Apelacyjny może nie podzielić jej zarzutów, co będzie wiązało się z koniecznością poniesienia dalszych kosztów na rzecz strony wygrywającej. Ponadto powódka nie wykazała, aby jej stan majątkowy nie pozwalał mu na poniesienie kosztów procesu, wręcz przeciwnie, powódka jawi się jako osoba zamożna. Sąd nie dostrzegł więc żadnych wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych okoliczności, które uzasadniałyby odstąpienie od obciążania powódki kosztami procesu za instancję odwoławczą w całości lub w części.

SSA Ewa Solecka SSA Roman Sugier SSA Lucyna Świdorska-Pilis