

Sygn. akt XVII AmC 1331/09

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 marca 2011r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Maria Witkowska

Protokolant: asystent sędziego Joanna Pączkowska

po rozpoznaniu w dniu 24 marca 2011r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) z siedzibą we W.

przeciwko (...) S.A. z siedzibą w W.

o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone

I. Uznaje za niedozwolone i zakazuje stosowania przez (...) S.A. z siedzibą w W. w obrocie z konsumentami postanowień wzorca umowy o następującej treści:

„Nie wyłącza to uprawnień (...) do żądania od Użytkownika odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych”.

II. Oddala powództwo w pozostałym zakresie.

II. Koszty zastępstwa procesowego pomiędzy stronami wzajemnie znosi.

III. Poleca pobranie Kasie Sądu Okręgowego w Warszawie od (...) S.A. z siedzibą w W. kwotę 300 zł (trzysta złotych) tytułem połowy opłaty stałej od pozwu, od której uiszczenia powód był zwolniony z mocy prawa, pozostałą część tej opłaty w kwocie 300 zł (trzysta złotych) przejąć na Skarb Państwa – Kasa Sądu Okręgowego w Warszawie.

IV. Zarządza publikację prawomocnego wyroku w Monitorze Sądowym i Gospodarczym, obciążając (...) S.A. z siedzibą w W. kosztami publikacji pkt I wyroku oraz przejąć na Skarb Państwa – Kasa Sądu Okręgowego w Warszawie koszty publikacji pkt II wyroku.

/-/ SSO Maria Witkowska

Sygn. akt XVII AmC 1331/09

UZASADNIENIE

Powód – (...) z siedzibą we W. wniósł pozew, w którym domagał się uznania za niedozwolone postanowienia stosowanego przez pozwanego – (...) S.A. z siedzibą w W. o treści: **„(...)może żądać od Użytkownika kary umownej w wysokości 5000 zł za każdą kartę SIM używaną w niedozwolony sposób [..]. Nie wyłącza to uprawnień (...) do żądania od Użytkownika odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych.”**

Powód wniósł ponadto o zasądzenie pokrycia kosztów procesu i ewentualnego zastępstwa procesowego przez (...) S.A.

Swoje roszczenie powód oparł na fakcie, że pozwany w ramach prowadzonej działalności gospodarczej świadczy usługi telekomunikacyjne klientom detalicznym będącym konsumentami, stosując przy tym w obrocie konsumenckim wzorce umów, które nie podlegają uzgodnieniom indywidualnym. Według powoda zawarte w tych wzorcach zakwestionowane postanowienie stanowi niedozwolone postanowienie umowne, o którym mowa w art. 385¹ § 1 kc oraz w art. 385³ pkt 17 kc. Ponadto, jak podniósł kara umowna określona w postanowieniu jest dla abonenta całkowicie bezprawna w świetle ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Powód wskazał, że (...) S.A. kilka lat temu rozpoczął proceder polegający na wyłączaniu (dezaktywacji) kart SIM używanych przez swoich abonentów, zarzucając im używanie ich w sposób niedozwolony, co stanowi naruszenie regulaminu lub umowy, najczęściej uzasadniając to „przekierowywaniem ruchu z innych sieci telekomunikacyjnych do sieci (...). Przy czym pozwany wykorzystuje kompletny brak znajomości przez abonentów zagadnień związanych z telekomunikacją, stosuje zwroty, które są absurdalne znaczeniowo, ale brzmią „fachowo”. Powód zauważył, iż z informacji uzyskanych od pracowników Polkomtela oraz byłych pracowników innych firm stosujących podobny proceder wynika, że pozwany stosuje różne działania jak np. uruchamia specjalne numery, na które wykonując połączenie, po uzyskaniu połączenia następuje natychmiastowa dezaktywacja karty, czy też stosuje oprogramowanie, które np. dezaktywuje karty użytkowników intensywnie korzystających z promocji tanich minut. Jak podał, efektem tego procederu jest:

- zerwanie przez (...) umów z klientami, którzy rzekomo naruszyli postanowienia regulaminu operatora, a co za tym idzie używali kart SIM niezgodnie z umową,
- zastraszanie klientów telefonami oraz listami w których (...) zapowiada możliwość nałożenia kary nie dając możliwości wyjaśnienia sytuacji,
- wpisanie klienta na czarną listę, co uniemożliwia klientowi podpisania jakiejkolwiek umowy z żadnym z działających na rynku operatorów telekomunikacyjnych,
- wystawianie klientom not obciążeniowych niejednokrotnie opiewających na kilkadziesiąt tysięcy złotych, co niejednokrotnie kończy się wieloma tragediami ludzkimi,
- sprzedaż rzekomego długu firmom windykacyjnym,
- nękanie klienta przez firmy windykacyjne,
- wniesienie przez firmy windykacyjne pozwu do Sądu o nakaz zapłaty.

Powód zaznaczył, że nie można uzyskać żadnych informacji w salonie firmowym sieci (...) ani na infolinii pozwanego. Pozwany nie tłumaczy również na czym polega przekierowywanie ruchu telekomunikacyjnego zdezorientowanym klientom. Mimo, iż (...) przyznaje, iż dezaktywuje karty użytkownikom, którzy nie złamali regulaminu nie cofa nałożonych kar.

W ocenie powoda powyższe postanowienie, przewidujące w swej treści możliwość wymierzenia bardzo dotkliwych z punktu widzenia konsumenta sankcji, jest niezwykle rażące, a na dodatek daje pozwanemu nieograniczone możliwości nadużyć. Ponadto powód wywiódł, iż istotnym argumentem, który przemawia za uznaniem, iż treść kwestionowanego postanowienia regulaminu kształtuje prawa i obowiązki konsumentów w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając ich interesy, jest także fakt, iż uprawnienie pozwanego przewidziane w przedmiotowej regulacji jest jednostronne. Abonent bowiem w świetle postanowień umowy nie dysponuje tak daleko idącymi uprawnieniami wobec Polkomtela, nawet w przypadku działania na szkodę abonenta przez operatora lub wykorzystywania umowy przez operatora niezgodnie z prawem lub umową.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa w całości, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, dopuszczenie

i przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odpowiedzi na pozew na okoliczności twierdzeń w niej wskazanych.

Pozwany przyznał, że zaskarżona klauzula znajduje się w stosowanych przez niego regulaminach. Stwierdził jednak, że powód nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na poparcie swoich twierdzeń odnośnie praktyk rzekomo stosowanych przez (...).

Pozwany wskazał, że brak jest legitymacji czynnej po stronie powoda, albowiem powodowa organizacja nie spełnia przesłanek, o których mowa w art. 479³⁸ § 1 kpc. Według pozwanego powód nie może indywidualnie zawrzeć umowy z pozwanym, a charakterem swojej działalności nie odpowiada instytucji, której celem jest ochrona interesów konsumentów. Pozwany podniósł, że powód jedynie pozornie bierze pod ochronę interesy konsumentów faktycznie działając w interesie przedsiębiorców prowadzących działalność na rynku usług telekomunikacyjnych, których działalność często skupia się na wykorzystywaniu kart SIM do nieuprawnionego kierowania ruchu telekomunikacyjnego do sieci operatorów komórkowych, przy wykorzystaniu działalności innych podmiotów. W celu wykazania powyższej tezy pozwany zwrócił uwagę na powiązania zawodowe i towarzyskie władz powoda z osobami czerpiącymi jego zdaniem korzyści majątkowe z nieuprawnionego przekierowywania ruchu telekomunikacyjnego. Pozwany wskazał również na dowody z dokumentów świadczące o powyższym, a w przypadku zakwestionowania twierdzeń odnośnie powiązań towarzyskich i zawodowych powoda wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków A. B. (1), A. B. (2), D. B., E. S., aby potwierdzić prawdziwość swoich tez. Pozwany wywiódł, iż skoro powodowe stowarzyszenie nie działa w interesie konsumenta zawierającego umowę w celach nie związanych z działalnością gospodarczą, ale w interesie przedsiębiorców, nie ma legitymacji czynnej do występowania w niniejszej sprawie.

Pozwany opierając się na treści art. 2 pkt 18 Prawa telekomunikacyjnego oraz art. 22¹ k.c. podkreślił, że zaskarżony zapis regulaminu nie dotyczy działań charakterystycznych dla konsumentów, to jest osób fizycznych dokonujących czynności prawnych niezwiązanych bezpośrednio z ich działalnością gospodarczą lub zawodową. Wskazał bowiem, iż zaskarżona klauzula dotyczy zakazu podejmowania przez użytkowników kart SIM następujących działań:

- używania w adapterach kart SIM aktywowanych w sieci (...);
- kierowania do sieci (...) ruchu z innych sieci telekomunikacyjnych za pomocą kart SIM działających w sieci (...);
- udostępniania innym podmiotom usług telekomunikacyjnych świadczonych przez Polkomtel w celu uzyskania korzyści majątkowych;
- wykorzystywania telefonu i karty SIM lub urządzenia telekomunikacyjnego niezgodnie z przepisami prawa lub niezgodnie z umową o świadczenie usług,

na dowód czego przedstawił „Regulamin Promocji: „(...)”. Zobowiązania 30 zł”.

Pozwany zaznaczył przy tym, że powód w uzasadnieniu pozwu kwestionował de facto wyłącznie stosowanie zaskarżonej klauzuli w przypadku „kierowania do sieci (...) ruchu z innych sieci telekomunikacyjnych za pomocą kart SIM działających w sieci (...), nie zakwestionował natomiast innych podstaw zastosowania zaskarżonej klauzuli. Pozwany podkreślił, iż zastrzega sobie prawo przedstawienia dodatkowej argumentacji w przypadku gdyby powód w toku postępowania zakwestionował pozostałe podstawy zastosowania zaskarżonej klauzuli.

Pozwany odnosząc się do kwestii kierowania do sieci (...) ruchu z innych sieci telekomunikacyjnych za pomocą kart SIM działających w sieci (...) zauważył, że kierowanie ruchu telekomunikacyjnego pochodzącego z innych sieci telekomunikacyjnych do danego operatora komórkowego nie mieści się w działaniach konsumenta wykorzystującego karty SIM w celu zaspokajania własnych potrzeb. Powołał się przy tym na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 marca 2007 r., sygn. akt: I ACa 823/2006 (LexPolonica nr 1974798), zgodnie z którym „Udostępnianie

usług telekomunikacyjnych, polegających na przekierowywaniu ruchu telekomunikacyjnego pochodzącego od innych operatorów do sieci pozwanego (działalność operatorska), nie mieści się w pojęciu korzystania ze świadczeń komunikacyjnych dla zaspokajania swoich potrzeb i wymaga zawarcia umowy o połączeniu sieci”.

Jak podniósł pozwany kara umowna zawarta w zaskarżonej klauzuli jest więc adekwatna do skali naruszenia umowy i nie dotyczy ona w praktyce konsumentów ale przedsiębiorców.

Pozwany zwrócił również uwagę na potencjalne skutki uznania zaskarżonej klauzuli za niedozwoloną. Wskazał, iż celem wniesienia niniejszego pozwu jest umożliwienie przedsiębiorcom wykorzystywania kart SIM przeznaczonych dla konsumentów w urządzeniach (...) (znanych także jako „(...)” lub „(...)”) do przekierowywania połączeń z innych sieci telekomunikacyjnych do sieci mobilnej z pominięciem międzyoperatorskiego punktu styku tych sieci. W wyniku takiego przekierowania, połączenie z sieci stacjonarnej do mobilnej z punktu widzenia operatora sieci mobilnej „widziane” jest jako rozmowa inicjowana w jego sieci mobilnej. Jak podniósł pozwany tego typu użytkownicy (...) prowadzą sami działalność polegającą na oferowaniu usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem sieci telekomunikacyjnej operatora udostępniającego kartę SIM, najczęściej nie posiadając żadnych uprawnień telekomunikacyjnych. Pozwany powołał się w tym miejscu na treść wskazanego już orzeczenia Sądu Apelacyjnego, w którym stwierdzono iż: „Skoro powód, jak to już wyjaśniono, prowadził działalność operatorską, to obowiązany był do zawarcia z pozwaną umowy o połączeniu sieci, albowiem taki obowiązek na operatora nakłada prawo telekomunikacyjne. Wbrew twierdzeniom apelacji nie sposób przyjąć, iż fakt nieposiadania przez powoda sieci własnej, ani dzierzawionej zwalniał go z zawarcia umowy o połączeniu sieci, w sytuacji, gdy w swojej niekwestionowanej działalności polegającej na, jak to sam określił w apelacji «udostępnianiu usług telekomunikacyjnych» przekierowując ruch telekomunikacyjny z sieci innych operatorów do sieci pozwanej, wykorzystywał tę sieć dla prowadzenia działalności gospodarczej”.

Pozwany wywiódł, iż kierowanie tych połączeń poprzez interfejs tej sieci służący do podłączania abonentów i przy wykorzystaniu sygnalizacji abonenckiej pociąga za sobą wiele różnych konsekwencji, takich jak utrata jakości połączeń, czy utrata interoperacyjności usług świadczonych za pośrednictwem kilku sieci.

Pozwany wskazał, że atrakcyjność tego proceduru wynika z tego, że opłaty za przekierowane połączenie naliczane są jak opłaty za rozmowy wewnątrz sieci, które w wielu taryfach są znacznie tańsze niż połączenia do innych sieci, w celu uzyskania tzw. efektu sieciowego, czyli udostępnienia abonentom tańszych rozmów w ramach sieci operatora macierzystego, aby zachęcić ich do wybierania tej sieci, której używają osoby, z którymi najczęściej się komunikują. W przypadku zakwestionowania powyższych twierdzeń odnośnie zróżnicowania cen usług w ramach sieci i do innych sieci wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność tych twierdzeń w celu potwierdzenia ich prawdziwości.

Pozwany zwrócił uwagę, iż przeciętny klient (...) nie ma pojęcia, że jego połączenie zostało „przekierowane”. Konsument nie zdaje sobie sprawy, że zrywanie połączeń, ich gorsza jakość są w znacznej mierze spowodowane przez podmiot trzeci. Dowodem na to jest według pozwanego załączone pismo Prezesa Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji.

W opinii pozwanego działalność taka wpływa m.in. na znaczne pogorszenie jakości świadczonych dla klientów usług telekomunikacyjnych w związku z:

- przeciążeniem sieci w miejscu funkcjonowania podmiotów zajmujących się bezumownym tranzytowaniem połączeń, co może uniemożliwiać wykonywanie połączeń w tych lokalizacjach przez zwykłych klientów,
- dłuższym niż przeciętnie czasie zestawiania połączeń,
- błędami w zestawianiu połączeń,
- gorszą jakością transmisji głosowej w związku z przechodzeniem tej transmisji przez

dodatkowe urządzenie,

- zagrożeniem przerwaniem rozmowy,

- brakiem możliwości monitorowania kosztów usług roamingowych,

- brakiem możliwości korzystania z dodatkowych usług takich, jak VIDEO CALL, fax etc.

- brakiem możliwości prawidłowej prezentacji identyfikacji zakończenia sieci, z którego są inicjowane połączenia, o których mowa w art. 171 Prawa telekomunikacyjnego.

Dodatkowo, jak podniósł pozwany, opisana wyżej działalność sankcjonowana karą umowną jest również zagrożeniem dla bezpieczeństwa komunikatów przesyłanych w sieci operatora oraz narusza określone w prawie telekomunikacyjnym zasady przetwarzania danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną. W związku z ww. działalnością operator telekomunikacyjny nie jest w stanie prawidłowo wypełniać obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego, w szczególności obowiązku przedstawienia informacji o tym, kto faktycznie dzwonił na dany numer (dane w takim przypadku bowiem nie będą prawdziwe, będą zawierały wyłącznie informację o karcie przekierowującej). Pozwany wskazał, iż w przedstawionej sytuacji przekierowywanie połączeń z wykorzystaniem urządzeń (...) powodujące blokadę sieci, uniemożliwia właściwą realizację określonych w przepisach Prawa telekomunikacyjnego obowiązków związanych z zapewnieniem połączeń do numerów alarmowych. Pozwany jako operator posiada bowiem w takich wypadkach nieprawidłowe dane zawierające fałszywy numer abonenta inicjującego połączenie, co uniemożliwia mu udostępnienie ich służbom i instytucjom państwowym. Pozwany podkreślił również, że używanie urządzeń do przekierowywania rozmów w sposób niekontrolowany może być też wykorzystywane do monitorowania rozmów telefonicznych przez podmioty nieuprawnione, gdyż mają one możliwość rejestracji połączeń tranzytowych. Pozwany przedstawił szereg dowodów na powyższe, w tym pisma Prezesa Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji, pismo z Ministerstwa Infrastruktury, opinię specjalistyczną w zakresie wpływu transferu ruchu z pominięciem punktów styku sieci telekomunikacyjnych na realizację przez operatorów telekomunikacyjnych zadań i obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz artykuły. Z ostrożności procesowej pozwany wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego lub instytutu naukowego na okoliczność negatywnych konsekwencji bezumownego kierowania do sieci danego operatora telekomunikacyjnego ruchu z sieci innych operatorów telekomunikacyjnych za pomocą kart SIM działających w sieci danego operatora telekomunikacyjnego.

Pozwany wyraził pogląd, iż zamieszczając zaskarżoną klauzulę w regulaminie podejmuje jedynie obronę przed działaniami użytkowników, których działalność nie ma nic wspólnego z obrotem konsumenckim. Wskazał, że sprawy związane z przedmiotową klauzulą i zastosowaniem zawartej w niej kary umownej z udziałem pozwanego jako powoda podlegały już ocenie Sądów powszechnych i kończyły się korzystnie dla pozwanego. Przy czym pozwany wymienił przykładowe prawomocne orzeczenia sądowe, twierdząc że co do zasady Sądy zakwalifikowały te sprawy jako sprawy gospodarcze. Pozwany wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach Sądów o wskazanych przez niego sygnaturach w przypadku zakwestionowania jego tez. Pozwany załączył też wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XVI Wydziału Gospodarczego z dnia 09 lipca 2009r. sygn. XVI GC 327/08 wraz z uzasadnieniem.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

Powód - (...) z siedzibą we W. jest wpisany do Rejestru Stowarzyszeń, Innych Organizacji Społecznych i Zawodowych, Fundacji i Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...).

Pozwany – (...) S.A. zarejestrowany w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...) prowadzi działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych.

Pozwany posługiwał się w obrocie z konsumentami wzorcem umownym o nazwie Regulamin Promocji: „(...)”. Zobowiązania 30 zł („Regulamin”), który zawierał w § 5 pkt 6 zakwestionowane przez powoda postanowienie o następującej treści: **„(...) może żądać od Użytkownika kary umownej w wysokości 5000 zł za każdą kartę SIM używaną w niedozwolony sposób [..]. Nie wyłącza to uprawnień (...) do żądania od Użytkownika odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych.”** (k. 95 akt sądowych).

W odpowiedzi na pozew pozwany nie zakwestionował, iż w stosowanym przez niego Regulaminie zawarte jest powołane w pozwie postanowienie. Nie zaprzeczył także, aby stosował wskazane postanowienie, w związku z czym okoliczność tą należało uznać za przyznaną w oparciu o przepis art. 230 k.p.c.

Wobec nie zakwestionowania wiarygodności dołączonego wzorca umownego, ani niezgodności kwestionowanego postanowienia z treścią postanowienia zawartego w Regulaminie należało uznać za udowodnione, iż jest on stosowany przez pozwanego na podstawie art. 229 k.p.c.

Sąd oddalił wnioski dowodowe pozwanego zgłoszone w odpowiedzi na pozew, jak również wnioski dowodowe powoda zgłoszone w piśmie z dnia 12 stycznia 2011r., albowiem nie miały związku z przedmiotem sprawy, która dotyczy abstrakcyjnej oceny wzorca. Nadto wnioski dowodowe pozwanego odnosiły się do niewłaściwych działań podejmowanych przez użytkownika określonych w § 5 pkt 5 Regulaminu, podczas gdy treść tego postanowienia Regulaminu nie była objęta żądaniem pozwu.

W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności podnieść trzeba, iż nie można uznać, że powód nie posiada legitymacji czynnej do występowania w niniejszej sprawie. W tym kontekście istotnym jest bowiem wyłącznie czy powód jest podmiotem wymienionym w art. 479⁽³⁸⁾ § 1 kpc, który może wytoczyć powództwo w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone. Zgodnie z powołanym przepisem powództwo w takiej sprawie może wytoczyć każdy, kto według oferty pozwanego mógłby zawrzeć z nim umowę zawierającą postanowienie, którego uznania za niedozwolone żąda się pozwem. Powództwo może wytoczyć także organizacja społeczna, do której zadań statutowych należy ochrona interesów konsumentów, powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów oraz Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Powód spełnia kryteria do uznania go za organizację społeczną, o której mowa w przepisie, albowiem jest wpisany do Rejestru Stowarzyszeń, Innych Organizacji Społecznych i Zawodowych, Fundacji i Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej Krajowego Rejestru Sądowego jako (...) z siedzibą we W., której celem działania jest między innymi ochrona praw konsumentów. Powyższy wpis do KRS jest zatem w ocenie Sądu wystarczający do uznania, że powód zalicza się do podmiotów, które w świetle przepisów prawa mogą wytoczyć powództwo w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone.

Sąd uznał za konieczne wskazanie również na wstępie, iż badanie wzorca umowy Regulamin Promocji: „(...)”. Zobowiązania 30 zł („Regulamin”) w postępowaniu przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest uzasadnione mimo twierdzeń pozwanego, że zakwestionowana klauzula będzie miała zastosowanie de facto jedynie do użytkowników, którzy nie są konsumentami w rozumieniu art. 2 pkt 18 ustawy Prawo telekomunikacyjne i art. 22⁽¹⁾ kc. Należy bowiem zauważyć, że dany wzorec umowny stosowany jest przez (...) S.A. w obrocie z klientami będącymi osobami fizycznymi, stąd każdego konsumenta, który zawarł z (...) stosowną umowę obowiązywały postanowienia zawarte w treści tegoż wzorca. W tej sytuacji Sąd był zobligowany do merytorycznego rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie i stwierdzenia czy zaskarżone postanowienie jest niedozwolone w obrocie z konsumentami.

Przechodząc do meritum wskazać trzeba, że w postępowaniu o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone Sąd dokonuje abstrakcyjnej oceny wzorca celem ustalenia, czy zawarte w nim klauzule mają charakter niedozwolonych postanowień umownych w rozumieniu art. 385¹ k.c. Niedozwolone postanowienia umowne określają przepisy art.

385¹ – 385³ k.c., mające na celu ochronę konsumenta przed niekorzystnymi postanowieniami umowy łączącej go z profesjonalistą.

W myśl art. 385¹ § 1 k.c., za niedozwolone postanowienia umowne uznaje się postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nie uzgodnione indywidualnie, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny.

Z przytoczonego sformułowania wynika zatem, że możliwość uznania danego postanowienia umownego za niedozwolone i wyeliminowanie go z praktyki stosowania zależy od spełnienia następujących przesłanek:

- 1) postanowienie nie zostało uzgodnione indywidualnie, a więc nie podlegało negocjacom;
- 2) ukształtowane w ten sposób prawa i obowiązki konsumenta pozostają w sprzeczności z dobrymi obyczajami;
- 3) ukształtowane we wskazany sposób prawa i obowiązki rażąco naruszają interesy konsumenta;
- 4) postanowienie umowy nie dotyczy sformułowanych w sposób jednoznaczny głównych świadczeń stron, w tym ceny lub wynagrodzenia.

Powyższe przesłanki muszą zostać spełnione łącznie, natomiast brak jednej z nich skutkuje tym, że Sąd nie dokonuje oceny danego postanowienia pod kątem abuzywności.

Analizując zakwestionowane przez powoda postanowienie w oparciu o w/w kryteria, nie budzi wątpliwości Sądu, że konsumenci nie mieli wpływu na jego treść, a zatem należało uznać, że nie było ono z nimi uzgadniane indywidualnie.

Przedmiotowe postanowienie nie dotyczy także, zdaniem Sądu, głównych świadczeń stron umowy, tylko kary umownej i odszkodowania.

Do rozstrzygnięcia pozostała zatem jedynie kwestia, czy zakwestionowane przez powoda postanowienia kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy.

Należy wskazać, że „dobre obyczaje” to reguły postępowania niesprzeczne z etyką, moralnością i aprobowanymi społecznie obyczajami. Za sprzeczne z dobrymi obyczajami można uznać także działania zmierzające do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania konsumenta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności, a więc o działanie potocznie określane jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające od przyjętych standardów postępowania. Pojęcie „interesów konsumenta” należy rozumieć szeroko, nie tylko jako interes ekonomiczny, mogą tu wejść w grę także inne aspekty: zdrowia konsumenta (i jego bliskich), jego czasu zbędnie traconego, dezorganizacji toku życia, przykrości, zawodu itp. Naruszenie interesów konsumenta wynikające z niedozwolonego postanowienia musi być rażące, a więc szczególnie doniosłe. Pojęcie „dobrych obyczajów” (w szczególności w stosunkach umownych między profesjonalistą a konsumentem) zdefiniowała judykatura - w orzeczeniu SN z 13 lipca 2005 r., I CK 832/04, IC Biul. SN 2006, nr 2, s. 86 wskazano, że za „sprzeczne z dobrymi obyczajami” należy uznać wprowadzenie klauzul godzących w równowagę kontraktową, zaś „rażące naruszenie interesów konsumenta” polega na nieusprawiedliwionej dysproporcji praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta w określonym stosunku umownym.

Mając powyższe na względzie Sąd uznał, że tylko drugie zdanie kwestionowanej klauzuli o treści „**Nie wyłącza to uprawnień (...) do żądania od Użytkownika odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych.**” stanowi niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385⁽¹⁾ § 1 k.c., natomiast postanowienie zawarte w pierwszym zdaniu o treści „**(...)może żądać od Użytkownika kary umownej w wysokości 5000 zł za każdą kartę SIM używaną w niedozwolony sposób [...].**” nie stanowi klauzuli abuzywnej.

Odnosnie postanowienia zawartego w pierwszym zdaniu klauzuli Sąd zauważył, iż możliwość żądania kary umownej jest uregulowana w art. 483 § 1 kc, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Stąd postanowienie dotyczące kary umownej pozwany mógł zawrzeć w Regulaminie Promocji „(...)”. Zobowiązania 30 zł („Regulamin”).

W niniejszym wypadku nienależyte wykonanie zobowiązania przez konsumenta miałyby polegać na używaniu karty SIM w niedozwolony sposób, wobec tego, że jak wynika z treści § 5 pkt 5 Regulaminu Promocji zawierając umowę konsument przyjmuje na siebie między innymi zobowiązanie do nieużywania karty SIM w sposób zakazany Regulaminem.

Zatem w sytuacji nie wywiązywania się przez konsumenta z postanowień umowy poprzez używanie karty SIM w niedozwolony sposób i wobec zawarcia w umowie uregulowania dotyczącego kary umownej pozwany mógłby żądać zapłaty kary umownej mającej oparcie w przepisach prawa.

Istotnym jest przy tym, że powód w pozwie nie zacytował, a przez to nie zakwestionował całego pierwszego zdania postanowienia § 5 pkt 6 wzorca zaczynającego się od słów (...), zażądał bowiem uznania za niedozwolone postanowienia dotyczącego kary umownej wyłączając poprzez znak - [...] treść „o którym mowa w pkt 5 powyżej”. Tym samym Sąd mógł badać tylko, czy dozwolone jest postanowienie dotyczące określenia kary umownej za używanie karty SIM w niedozwolony sposób, a nie w niedozwolony sposób, o którym mowa w pkt 5 powyżej.

Na marginesie należy podać jedynie, że nawet żądanie uznania całego konkretnego zdania wzorca za niedozwolone nie zmieniłoby stanowiska Sądu, albowiem korzystanie z karty SIM w sposób „o którym mowa w pkt 5 powyżej”, czyli w sposób w jaki konsument zobowiązał się nie używać karty, tj. nie używać w adapterach kart SIM aktywowanych w sieci (...), nie kierować do sieci (...) ruchu z innych sieci telekomunikacyjnych za pomocą kart SIM działających w sieci (...), nie udostępniać innym podmiotom usług telekomunikacyjnych świadczonych przez (...) w celu uzyskania korzyści majątkowych, nie wykorzystywać telefonu i karty SIM lub urządzenia telekomunikacyjnego niezgodnie z przepisami prawa lub niezgodnie z umową o świadczenie usług telekomunikacyjnych lub Umową, uzasadnia zastosowanie danej kary umownej.

W tym też świetle wysokość kary umownej ma swoje podstawy.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na przepis art. 484 § 2 kc odnośnie miarkowania kary umownej, który mógłby mieć zastosowanie w przypadku wystąpienia konsumenta do Sądu z takim żądaniem. Sąd zważył, że przepis ten pozwala na obniżenie wysokości kary umownej na żądanie dłużnika, między innymi gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (co podnosił powód), czyli zwłaszcza wówczas, gdy w przekonaniu organu orzekającego istnieje dysproporcja między poniesioną szkodą a wysokością kary umownej.

Wobec powyższego Sąd oddalił powództwo co do postanowienia uprawniającego przedsiębiorcę do żądania od konsumenta kary umownej za używanie karty SIM w niedozwolony sposób.

Powództwo okazało się zasadne wyłącznie co do zdania drugiego kwestionowanej klauzuli o treści: Nie wyłącza to uprawnienia (...) do żądania od Użytkownika odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych.

Sąd miał na uwadze, iż zgodnie z art. 484 § 1 kc w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody, a żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Istotnym jest przy tym ratio legis przyjęcia, iż co do zasady żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej jest niedopuszczalne. W odpowiedzi na powyższe można powołać się na stanowisko doktryny, które dotyka problemu funkcji kary umownej, a zgodnie z którym Przez karę umowną, zwaną także odszkodowaniem umownym albo karą konwencjonalną, strony ustalają z góry wielkość odszkodowania.

Niekiedy zwraca się uwagę, iż utożsamianie kary umownej z odszkodowaniem umownym jest błędem, uznając, iż nie są to pojęcia tożsame (J. Kołacz, Odszkodowanie umowne z art. 356 k.s.h. a kara umowna, Pr. Sp. 2007, nr 1, s. 37; M. Litwińska, Komentarz do wyroku SN 24 października 1996 r., III CKN 4/96, PPH 1997, nr 8, s. 26). Karę umowną, jak się wydaje, można zatem traktować jako surogat odszkodowania. Jest ona traktowana także jako techniczno-prawne określenie oznaczonego świadczenia pieniężnego, do którego wykonania dłużnik zobowiązuje się tytułem naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, jako świadczenia głównego (J. Jastrzębski, glosa do uchwały SN z 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSP 2004, z. 9, poz. 115). Strony, zastrzegając karę umowną, w ten sposób uniezależniają się od konieczności toczenia przed sądem sporu o wysokość i zapłatę odszkodowania. Eliminują tym samym niepewność, jaka zawsze towarzyszy procesowi przed sądem, z uwagi na zbędne wykazywanie szkody czy jej wysokości. Zastrzeżenie kary umownej ułatwia i upraszcza dochodzenie odszkodowania. Ze strony dłużnika od momentu powstania tak ukształtowanego zobowiązania jest on świadomy, jakie koszty będą towarzyszyły jego zachowaniu niezgodnemu z treścią zobowiązania i nieczyniącym zadość oczekiwaniom wierzyciela. [Komentarz do art.483 kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93), [w:] A. Kidyba (red.), A. Olejniczak, A. Pyrżyńska, T. Sokołowski, Z. Gawlik, A. Janiak, G. Kozieł, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, LEX, 2010.]

Natomiast jak wynika ze stanowiska zaprezentowanego przez pełnomocnika pozwanego podczas rozprawy w dniu 24 marca 2011r. podstawą uregulowania zawartego w § 5 pkt 6 zd. 2 wzorca jest art. 484 § 1 kc w związku z tym, że żądanie odszkodowania przewyższającego wysokość określonej kary umownej jest możliwe w wypadku zawarcia takiego zastrzeżenia w umowie, a we wzorcu „Regulamin Promocji ...” właśnie takie zastrzeżenie zawarto.

Sąd stanął więc na stanowisku, że skoro wzorzec umowy - Regulamin Promocji „(...)”. Zobowiązania 30 zł („Regulamin”) – nie jest negocjowany indywidualnie, sprzeczne z dobrymi obyczajami jest narzucenie konsumentom przyjęcia postanowienia z § 5 pkt 6 zd. 2 wzorca, rażąco naruszającego interes konsumenta.

W ocenie Sądu wobec tego, że co do zasady żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne przedsiębiorca działa w ten sposób, iż wykorzystując swoją przewagę kontraktową narzuca konsumentowi przedstawione mu niekorzystne dla konsumenta postanowienie celem realizacji przesłanki do żądania odszkodowania przewyższającego wysokość kary umownej w postaci konkretnego zapisu.

Sąd miał również na uwadze, iż Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 07 kwietnia 1981r. w sprawie o sygn. IV CR 91/81 przyjął, iż nie jest dopuszczalne domaganie się zapłaty odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej, jeżeli ani w umowie, ani w przepisach regulujących dany rodzaj zobowiązania nie zastrzeżono możliwości żądania zapłaty odszkodowania do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.

Strona pozwana nie podała jednak żadnego przepisu regulującego dany rodzaj zobowiązania, który stanowiłby o możliwości żądania zapłaty odszkodowania do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.

W tej sytuacji, Sąd uwzględnił powództwo w danym zakresie, uznając że zakwestionowane postanowienie z § 5 pkt 6 zd. 2 wzorca umownego stosowanego przez pozwanego w obrocie z konsumentami stanowi niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c. i zakazał jego stosowania na podstawie art. 479⁴² k.p.c.

O wysokości wpisu od pozwu i obciążeniu nim w połowie pozwanego na rzecz Skarbu Państwa orzeczono na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 113 ust. 1 oraz art. 96 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 167, poz. 1398) w zw. z art. 100 kpc.

O kosztach zastępstwa procesowego orzeczono na podstawie art. 98 i 99 kpc w zw. z art. 100 kpc.

Publikację prawomocnego wyroku zarządzono na podstawie art. 479⁴⁴ k.p.c., obciążając pozwanego kosztami publikacji pkt I wyroku na zasadzie art. 100 kpc.

/-/ SSO Maria Witkowska