

312

Wyrażenia kluczowe: usługi telekomunikacyjne, wiadomości Premium SMS, nadużycie telekomunikacyjne, pomoc sądowa.

Podsumowanie: Powoda i Pozwanego, spółki z branży telekomunikacyjnej, łączyła umowa o współpracy w zakresie usług multimedialnych. Na jej podstawie Powód uprawniony był do otrzymywania od Pozwanego wynagrodzenia w postaci części dochodu Pozwanego uzyskanego faktycznie z tytułu opłat za wiadomości Premium SMS/MMS wysłane przez zagranicznych użytkowników usługi telekomunikacyjnej.

Między stronami zaistniał spór co do tego, czy za dane okresy rozliczeniowe Powodowi należne było wynagrodzenie. Według Pozwanego, nie było podstaw do jego zapłaty, bo choć dochodziło do wysyłania przez użytkowników określonych w umowie wiadomości Premium SMS/MMS, takie działania stanowiły tzw. nadużycie telekomunikacyjne, nieprowadzące do rzeczywistego powstania przychodu, którego część należna miała być Powodowi.

Zespół Orzekający oddalił powództwo, ponieważ uznał, że Powód nie przedstawił żadnych dowodów na istnienie swojego roszczenia. W wyroku wskazano, że umowa między Powodem a Pozwanym definiowała wynagrodzenie Powoda, jako określony udział w przychodach Pozwanego, zaś Powód nie wykazał, aby Pozwany uzyskał jakiegokolwiek przychody. To Pozwany wykazywał w postępowaniu inicjatywę dowodową celem wykazania tezy przeciwnej. W tym zakresie jednak częściowo Zespół Orzekający wnioski dowodowe oddalił (dowód ze świadków – ponieważ przeciwny przeprowadzeniu dowodów był Powód); częściowo natomiast z uwagi na to, że były one niemożliwe do przeprowadzenia (uzyskanie dokumentów od podmiotów zagranicznych w drodze pomocy sądowej).

Tezy:

1. W przypadku przeszkód uniemożliwiających przeprowadzenie dowodu (niemożność uzyskania określonych dokumentów w trybie pomocy sądowej od podmiotu zagranicznego) Zespół Orzekający władny jest na zasadzie art. 242 k.p.c. stosowanego *per analogiam* oddalić wniosek o przeprowadzenie dowodu,

którego z uwagi na przeszkody obiektywne nie był w stanie przeprowadzić w ciągu 2 lat trwania postępowania.

Wyrok
SĄDU ARBITRAŻOWEGO
przy Konfederacji LEWIATAN
wydany w Warszawie 2 kwietnia 2019 r.

Zespół Orzekający Sądu Polubownego w składzie:

arbiter jedyny: **KR**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 2 kwietnia 2019 r.

sprawy z powództwa wytoczonego przez stronę powodową:

Y

przeciwko stronie pozwanej:

Z

o zapłatę

działając na podstawie zapisu na sąd polubowny zawartego w art. 15 ust. 2 Umowy o współpracy w zakresie usług multimedialnych zawartej pomiędzy stronami

orzeka:

1. oddala powództwo;
2. zasądza od Y na rzecz Z kwotę X zł (słownie: X) netto tytułem zwrotu kosztów postępowania arbitrażowego, w tym X zł (słownie: X) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.
3. Zarządza wypłacenie z kasy sądu arbitrażowego na rzecz powoda kwoty X zł (słownie: X) netto tytułem zwrotu 40% opłaty arbitrażowej.

UZASADNIENIE:

I.

Pozwem z dnia 7 listopada 2016 r. Y wniósł o zasądzenie na swoją rzecz od Z z siedzibą w K kwoty X zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty. Żądanie powoda miało podstawę w Umowie o

współpracy w ramach usług mobilnych, zawartej pomiędzy stronami w dniu 30 stycznia 2009 r. Powód dochodził w sprawie wynagrodzenia z ww. Umowy za wiadomości Premium SMS wysłane przez użytkowników końcowych w Irlandii w ramach krótkiego kodu (...) ze słowem kluczowym (...), za okres od grudnia 2013 r. do lipca 2014 r.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa. Zakwestionował on umocowanie osoby podpisanej pod pozwem do występowania w sprawie w imieniu P Ponadto wskazał, że pozwany nie otrzymał od operatorów irlandzkich świadczeń z tytułu opłat za wiadomości Premium SMS dotyczących krótkiego kodu (...) ze słowem kluczowym (...), ponieważ wszystkie tego typu wiadomości zostały uznane za nadużycie telekomunikacyjne. Oprócz tego pozwany powołał się na brak podstaw do dochodzenia przez powoda zapłaty w złotych oraz podniósł zarzut przedawnienia roszczenia.

W toku sprawy pełnomocnik powoda należycie wykazał swoje umocowanie do występowania w imieniu Y przedstawiając odpis z rejestru tej spółki, pełnomocnictwo P dla AZ oraz pełnomocnictwo dalsze wraz z potwierdzeniem czynności dokonanych w sprawie. Pismem z 7 lutego 2017 r. powód doprecyzował żądanie, wnosząc o zasądzenie od pozwanego X euro wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty.

II.

Właściwość Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan wynikała z artykułu 15 ust. 2 Umowy o współpracy w zakresie usług multimedialnych zawartej pomiędzy stronami w dniu 30 stycznia 2009 r. Zgodnie z tym postanowieniem „Wszelkie spory wynikające z niniejszej Umowy lub z nią związane podlegają rozstrzygnięciu zgodnie z Regulaminem Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan w Warszawie przez jednego arbitra lub kilku arbitrów wyznaczonych zgodnie z ww. Regulaminem”.

Sama treść tego postanowienia nie wskazuje wprost stałego sądu polubownego, a jedynie regulamin takiego sądu. Redakcja tego postanowienia świadczy jednak o tym, że celem stron nie było poddanie sporów pomiędzy nimi pod arbitraż *ad hoc*, ale przekazanie sporów wynikających z umowy pod rozstrzygnięcie stałego sądu polubownego, tj. Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan.

Należy przy tym podkreślić, że żadna ze stron nie kwestionowała właściwości Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan do rozstrzygnięcia sprawy, dlatego już choćby z tej przyczyny nie było podstaw do jej badania przez Zespół Orzekający zgodnie z art. 1180 Kodeksu postępowania cywilnego. Strony nie kwestionowały w sprawie również składu Zespołu Orzekającego i zgodnie wniosły o rozstrzygnięcie sprawy przez zespół orzekający w składzie jednoosobowym.

III.

Zespół Orzekający ustalił następujący stan faktyczny:

Strony prowadziły współpracę w zakresie usług dotyczących wiadomości SMS i MMS Premium na podstawie Umowy o współpracy w zakresie usług multimedialnych, zawartej w dniu 30 stycznia 2009 r. Na podstawie tej umowy pozwany zobowiązał się do udzielania dostępu do numerów Premium SMS od wszystkich operatorów GSM. Powód natomiast zobowiązał się do uruchomienia i utrzymywania usług oferowanych użytkownikom końcowym z wykorzystaniem infrastruktury Z, opartych na wiadomościach SMS i MMS Premium.

W wyniku realizacji Umowy strony miały uzyskiwać z niej przychody wynikające z opłat uiszczanych przez użytkowników sieci na rzecz operatorów sieci GSM za wiadomości Premium SMS/MMS. Wynagrodzenie powoda z tytułu umowy zostało ustalone w art. 9 Umowy i obejmowało uprawnienie „do udziału w przychodach zdefiniowanego jako część dochodu po opodatkowaniu uzyskanego faktycznie przez konkretnego Operatora GSM z tytułu opłat za wiadomości Premium SMS/MMS wysłane przez Użytkowników Usługi”.

Strony przewidziały w Umowie, że wynagrodzenie będzie rozliczane pomiędzy nimi w ten sposób, że pozwany przekaże powodowi raport dotyczący ilości i wartości wiadomości Premium SMS/MMS wysłanych przez Użytkowników Usługi w danym okresie rozliczeniowym, a powód wystawi na podstawie otrzymanego raportu faktury VAT na rzecz pozwanego. Przesyłanie raportów oraz wystawianie faktur miało się odbywać po zakończeniu każdego miesiąca obowiązywania umowy.

Współpraca stron prowadzona w oparciu o Umowę obejmowała m.in. operatorów sieci telekomunikacyjnych w Irlandii. Podstawą jej prowadzenia była oferta złożona przez pozwanego, w której przewidziano, że wysokość taryfy na rynku irlandzkim będzie wynosiła 2 euro z VAT, a wynagrodzenie powoda wyniesie 50% udziału w przychodach pozwanego. Raportowanie dotyczące ilości i wartości wiadomości wysyłanych do operatorów sieci GSM w Irlandii miało następować w terminie 8-10 tygodni po zakończeniu miesiąca.

Pozwany wystawił powodowi raporty dotyczące Premium SMS/MMS wysłanych przez użytkowników Usługi w Irlandii w miesiącach grudzień 2013 oraz styczeń – sierpień 2014 r. Raporty te obejmowały dane dotyczące wiadomości w ramach krótkiego kodu (...) ze słowem kluczowym (...). Z danych tych wynikało, że w okresie od grudnia 2013 r. do sierpnia 2014 wysłano na powyższy numer łącznie 20.153 wiadomości, a otrzymano 21.953 wiadomości SMS dotyczących słowa kluczowego (...). Z powyższych wiadomości pozwany przypisał wartość jedynie 417 wiadomościom wysłanym w sierpniu 2014 r. Wszystkie wcześniejsze, zgodnie z jego raportami, nie przyniosły mu żadnego przychodu. W ramach korespondencji mailowej prowadzonej pomiędzy stronami przedstawiciele pozwanego wskazywali, że ruch w ramach krótkiego numeru (...) ze słowem kluczowym (...) stanowił nadużycie

telekomunikacyjne ze strony użytkowników końcowych i nie wygenerował przychodów ani po stronie operatorów sieci, ani po stronie pozwanego.

Przedstawiciele powoda bezskutecznie próbowali w ramach korespondencji mailowej uzyskać informacje, które pozwoliłyby potwierdzić lub wykluczyć zaistnienie nadużycia telekomunikacyjnego lub umożliwiłyby im ustalenie wielkości ewentualnego przychodu pozwanego z tytułu ruchu w ramach numeru (...) ze słowem kluczowym (...).

IV.

Powyższy stan faktyczny został ustalony w oparciu o twierdzenia stron oraz dowody załączone do pozwu. Strony były zgodne w zakresie większości okoliczności faktycznych mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu, w tym co do zawarcia i obowiązywania Umowy z 30 stycznia 2009 r., współpracy w zakresie krótkiego kodu (...) ze słowami kluczowymi (...) na rynku irlandzkim oraz wielkości ruchu SMS Premium na nim wykazanego w okresie od grudnia 2013 r. do sierpnia 2014 r. Pozwany potwierdził również fakt opóźnień w przedstawianiu raportów o ilości i wartości wiadomości Premium SMS/MMS z rynku irlandzkiego. Wskazywał jedynie, że przyczyna tych opóźnień nie leżała po jego stronie, ale wynikała z opóźnień w przekazywaniu raportów przez operatorów sieci GSM z Irlandii.

Sporna pomiędzy stronami była jedynie kwestia wartości Premium SMS w zakresie kodu (...) ze słowem kluczowym (...) z okresu od grudnia 2013 do lipca 2014 r. Pozwany twierdził, że były one nadużyciem telekomunikacyjnym i nie uzyskał za nie przychodu, natomiast powód twierdził, że do takiego nadużycia nie doszło i wiadomościom SMS należy przypisać wartość przyjętą dla tego typu wiadomości w ustaleniach stron. Na potwierdzenie swoich twierdzeń w ww. zakresie powód powołał swoją korespondencję mailową. Korespondencja ta nie zawiera jednak żadnej jednoznacznej informacji, która pozwalałaby przypisać jakąkolwiek wartość spornym wiadomościom. Treść korespondencji załączonej do pozwu wskazuje jedynie na to, że powód nie posiadał upoważnienia do uzyskiwania informacji o ilości i wartości Premium SMS na rynku irlandzkim od innych podmiotów niż pozwany.

W sprawie został jednak zgłoszony dowód, który umożliwiał uzyskanie informacji o ruchu oraz przychodach operatorów sieci GSM w Irlandii z tytułu wiadomości SMS Premium w ramach kodu (...) ze słowem kluczowym (...). Dowód ten obejmował raporty czterech operatorów sieci telekomunikacyjnej w Irlandii, tj. (...), (...), (...) i (...) dotyczące przychodów z transakcji dotyczących ww. wiadomości. Uzyskanie środka dowodowego w postaci ww. raportów okazało się jednak w sprawie niemożliwe z uwagi na przeszkody o nieokreślonym czasie trwania, związane z przeprowadzeniem postępowania w trybie pomocy sądowej. Postępowanie zmierzające do pozyskania ww. raportów w trybie pomocy sądowej nie doprowadziło do ich uzyskania pomimo prawie 2 lat od złożenia wniosku w tym przedmiocie. Z uwagi na to konieczne było oddalenie wniosku dowodowego dotyczącego raportu operatorów GSM z Irlandii o

przychodach z tytułu wiadomości SMS Premium w ramach kodu (...) ze słowem kluczowym (...).

Zespół Orzekający oddalił również wnioski dowodowe z zeznań pracowników pozwanego MK i WK Co prawda teza dowodowa zeznań tych świadków, zgodnie z wnioskiem pozwanego miała obejmować sporną kwestię przychodów pozwanego z ruchu SMS Premium na rynku irlandzkim, ale powód, na którym spoczywał ciężar dowodu w sprawie, wnosił o oddalenie tych wniosków. Z uwagi na rozkład ciężaru dowodu uwzględnienie tych wniosków dowodowych mogło leżeć wyłącznie w interesie powoda. W sytuacji, w której powód wnosił o ich oddalenie przeprowadzenie tych dowodów było zbędne i przyczyniałoby się wyłącznie do niepotrzebnego powiększania kosztów postępowania.

V.

Zespół orzekający zważył co następuje:

Strony nie wnosiły w sprawie o orzekanie w oparciu o zasady słuszności, dlatego rozstrzygnięcie jest oparte na prawie właściwym, który w tym przypadku było prawo polskie. Właściwość prawa wynikała z wyboru stron zawartego w art. 15 ust. 3 umowy z 30 stycznia 2019 r. Umowa ta stanowiła podstawę roszczenia dochodzonego w sprawie.

Pierwszym zagadnieniem występującym w sprawie jest kwestia zmiany żądania, dokonanej przez powoda w piśmie z dnia 7 lutego 2017 r. Co do zasady zmiana żądania może polegać na rozszerzeniu powództwa lub zastąpieniu dotychczasowego żądania innym. W niniejszej sprawie Zespół Orzekający dopuścił jednak zastosowanie instytucji doprecyzowania żądania, bez konieczności cofnięcia dotychczasowego pozwu. Zmiana żądania dotyczyła bowiem wyłącznie waluty i nie przekładała się na wartość nabywczą świadczenia będącego przedmiotem postępowania. W konsekwencji doprecyzowania żądania i jego wyrażenia w euro nieaktualne stały się zarzuty pozwanego dotyczące dochodzenia roszczeń w niewłaściwej walucie.

Żądanie pozwu obejmowało wynagrodzenie z tytułu SMS Premium w ramach kodu (...) ze słowem kluczowym (...) na rynku irlandzkim za okres od grudnia 2013 do lipca 2014 r. Ocena powyższego roszczenia zależała od ustalenia przesłanek jego powstania. Roszczenie to miało źródło w stosunku umownym łączącym strony. W zakresie współpracy na rynku irlandzkim stosunek ten regulowała umowa z dnia 30 stycznia 2009 r. oraz oferta określająca sposób ustalania wynagradzania w ramach współpracy zagranicznej. Oba powyższe stosunki prawne konstruowały wynagrodzenie powoda, jako określony udział w przychodach pozwanego. Artykuł 9 ust. 1 umowy z 30 stycznia 2009 r. wyraźnie wskazywał, że wynagrodzenie stanowi „część dochodu [...] uzyskanego faktycznie przez konkretnego Operatora GSM z tytułu opłat za wiadomości Premium SMS/MMS”. Dokument określający zasady współpracy w Irlandii wskazywał natomiast na udział powoda w przychodach („Revenue Share for Partner”).

Z powyższego wynika, że przesłankami roszczenia powoda w niniejszej sprawie było nie tylko zaistnienie ruchu SMS Premium w ramach kodu (...) ze słowem kluczowym (...) na rynku irlandzkim, ale również uzyskanie przez operatorów GSM przychodów z tytułu tego ruchu. O ile powód wykazał liczbę SMS Premium wysłaną w ramach ww. kodu i słowa kluczowego, o tyle nie udowodnił faktu uzyskania przez operatorów GSM przychodów z tego tytułu ani ich ewentualnej wysokości. Przedstawił on bowiem wyłącznie korespondencję mailową, która może być jedynie dowodem na podejmowane przez niego próby zweryfikowania informacji o nadużyciu telekomunikacyjnym oraz o przychodach pozwanego z tytułu ruchu SMS Premium w ramach kodu (...) ze słowem kluczowym (...). Korespondencja ta nie dowodzi jednak w żadnym stopniu tego, aby pozwany takie przychody rzeczywiście uzyskał.

Należy więc wskazać, że w ramach niniejszej sprawy to powód wywodził skutki prawne z ewentualnej niezgodności z prawem raportów pozwanego dotyczących przychodów z wiadomości SMS Premium, dlatego na nim spoczywał ciężar wykazania tej okoliczności. Przez to on ponosi negatywne konsekwencje związane z brakiem jej wykazania. Nie ma przy tym znaczenia, że powoda nie łączyły stosunki prawne z operatorami sieci GSM w Irlandii, na podstawie których mógłby uzyskiwać takie informacje. Poprzez konstrukcję umowy zawartej z pozwanym powód zdał się na jego pośrednictwo w ustalaniu wielkości i wartości SMS Premium wysyłanych w ramach usług oferowanych przez niego użytkownikom końcowym oraz uzależnił wartość swoich przychodów od wartości przychodów wykazywanych w raportach pozwanego. Powód mógł zapobiec takiej konstrukcji kształtując odpowiednio stosunek umowny. Miał on również możliwość ustalania okoliczności dotyczących przychodu z ruchu Premium SMS/MMS poprzez wykazanie odpowiedniej inicjatywy dowodowej w niniejszej sprawie. Z możliwości tej powód jednak nie skorzystał.

W niniejszej sprawie pozwany swoimi wnioskami dowodowymi zastąpił powoda w wykazywaniu okoliczności dotyczących przychodów z tytułu ruchu SMS Premium w ramach kodu (...) ze słowem kluczowym (...). Powód nie oponował wnioskowi dowodowemu z raportów o przychodach operatorów sieci GSM w Irlandii. Z uwagi więc na to, że dowód ten miał istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Zespół Orzekający miał obowiązek go dopuścić. Skoro jednak przeprowadzenie tego dowodu napotkało przeszkody uniemożliwiające jego przeprowadzenie, to na zasadzie analogii do regulacji z art. 242 Kodeksu postępowania cywilnego, konieczne było jego oddalenie. Zbyteczne było natomiast przeprowadzenie w interesie powoda dowodu z zeznań świadków zgłoszonych przez pozwanego, skoro powód sam sprzeciwiał się przeprowadzaniu tego dowodu.

Powództwo zasługiwało więc na oddalenie z uwagi na brak wykazania przez powoda przychodów operatorów sieci GSM w Irlandii, które uzasadniałyby naliczenie jego wynagrodzenia. Uzupełniająco warto dodać, że Zespół Orzekający nie uznał za zasadny zarzut przedawnienia zgłoszony przez pozwanego. Zarzut ten opierał się na dwuletnim terminie przedawnienia wynikającym z art. 751 pkt 1) Kodeksu cywilnego.

Słusznie powód wskazywał jednak na to, że roszczenia powoda mają źródło w stosunku prawnym, do którego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, co, zgodnie z art. 750 Kodeksu cywilnego, wyłączało zastosowanie dwuletniego terminu przedawnienia.

VI.

O kosztach postępowania Zespół Orzekający orzekł w oparciu o zasadę odpowiedzialności za wynik sprawy. Z uwagi na oddalenie powództwa całość kosztów została zasądzona na rzecz pozwanego. Na koszty poniesione przez pozwanego składały się zaliczka uiszczona przez pozwanego na poczet kosztów przeprowadzenia dowodu w wysokości X zł oraz koszty obsługi prawnej w wysokości X zł. Zasądzeniu nie podlegała kwota opłat skarbowej od pełnomocnictwa, ponieważ brak jest obowiązku uiszczania takiej opłaty w przypadku składania pełnomocnictwa w postępowaniu przed sądem arbitrażowym.

W zakresie kosztów obsługi prawnej pozwany nie wskazał wyraźnie ich wysokości oraz faktu ich poniesienia. Z treści wniosku sformułowanego przez pozwanego w odpowiedzi na pozew należało wnosić, że jego wolą jest zasądzenie kosztów w wysokości stawki minimalnej określonej w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. W zakresie stawki znajdującej zastosowanie w niniejszej sprawie Zespół Orzekający uznał ją za niewygórowaną i odpowiednią dla nakładu pracy pełnomocnika pozwanego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.