

Sygn. akt V ACa 562/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 czerwca 2016r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Grzegorz Stojek (spr.)
Sędziowie:	SA Aleksandra Janas SO del. Arkadiusz Przybyło
Protokolant:	Anna Fic

po rozpoznaniu w dniu 17 czerwca 2016r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa G. L.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

o zobowiązanie do złożenia oświadczenia i zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 21 kwietnia 2015r., sygn. akt I C 157/14,

1. prostuje zaskarżony wyrok w zakresie oznaczenia przedmiotu sporu w ten sposób, że jest nim zobowiązanie do złożenia oświadczenia i zapłata;
2. zmienia zaskarżony wyrok:
 - a) w części uwzględniającej powództwo (punkt 1) w ten sposób, że zasądzoną kwotę 188,45 zł obniża do kwoty 5,70 (pięć 70/100) złotych,
 - b) w punkcie 2 w ten sposób, że:

- zobowiązuje pozwaną, aby w terminie trzech miesięcy od prawomocności wyroku złożyła oświadczenie o treści:

„(...) spółka z o.o. w W., jako operator sieci telefonii komórkowej (...), przeprasza G. L. za wszelkie niedogodności związane z wadliwie przeprowadzonym postępowaniem reklamacyjnym niesprawnego telefonu.”

publikując je w tym terminie w lokalnym dodatku Gazety (...) obejmującym G., na pierwszej ze stron, na której wydawca dodatku do (...) zamieszcza ogłoszenia, na białym tle czcionką Verdana (rozmiar 6, interlinia 1,5 wiersza),

- oddala powództwo w pozostałej części;
3. oddala obie apelacje w pozostałym zakresie;
 4. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego;
 5. przyznaje adwokatowi R. D. od Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Gliwicach) wynagrodzenie w kwocie 885,60 (osiemset osiemdziesiąt pięć 60/100) złotych, w tym 165,60 złotych podatku od towarów i usług, tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej powodowi z urzędu w postępowaniu apelacyjnym;
 6. nakazuje pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Gliwicach) kwotę 600 (sześćset) złotych tytułem części opłaty od apelacji, której powód nie miał obowiązku uiścić.

SSO del. Arkadiusz Przybyło	SSA Grzegorz Stojek	SSA Aleksandra Janas
-----------------------------	---------------------	----------------------

Sygn. akt V ACa 562/15

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Gliwicach zasądził od pozwanej (...)spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz powoda G. L. kwotę 188,45 zł, oddalił powództwo w pozostałej części oraz orzekł o kosztach procesu i nieuiszczonych kosztach pomocy prawnej udzielonej powodowi z urzędu.

Rozstrzygnięcie oparł o następujące ustalenia faktyczne i oceny prawne.

W marcu 2010 r. w punkcie sprzedaży pozwanej w (...) przy ul. (...) w G. powód zawarł z pozwaną, jako operatorem sieci telefonii komórkowej (...), umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych, otrzymując regulamin. Powód był przekonany, że zawarł wówczas jedną umowę, gdyż podpisał tylko jedną umowę; nie wiedział, że telefon objęty jest odrębną umową. Pracownik punktu sprzedaży pozwanej nie powiedział powodowi o dwu umowach, koncentrował się na jednej umowie. Telefon miał być darmowym dodatkiem do umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Zawierając tę umowę, powód zapłacił na rzecz pozwanej kwotę 29 zł za aktywację karty SIM. Pozwana wydała powodowi kartę SIM i telefon (wraz z instrukcją obsługi, płytą CD, kablami i kartą gwarancyjną). Powód zobowiązał się płacić pozwanej co miesiąc po 30 zł za świadczenie usług telekomunikacyjnych, poprzez tzw. „doładowanie konta”. Pierwszą taką opłatę miał uiścić w ciągu miesiąca od zawarcia umowy. Pod koniec marca 2010 r. dokonał zapłaty z góry za kilka okresów rozliczeniowych, uiszczając kwotę 150 zł, co do września 2010 r. gwarantowało mu możliwość korzystania z usług telekomunikacyjnych świadczonych przez pozwaną. Przez kilka miesięcy karta SIM działała; powód wykonywał połączenia wychodzące i przychodzące. Pierwsze problemy z telefonem zaczęły się w lipcu 2010 r., przed wyjazdem wakacyjnym powoda. Telefon przestał reagować na kartę SIM, pojawiał się komunikat „karta SIM nie sprawna”. W lipcu 2010 r. powód kupił inny telefon, żeby podczas wyjazdu mieć kontakt z członkami rodziny; przydzielony mu został nowy numer telefoniczny. W sierpniu 2010 r. powód udał się na wyjazd wakacyjny. Pod koniec 2010 r. wyjechał do Wielkiej Brytanii w celach zarobkowych, skąd wrócił po około trzech miesiącach.

Powód w dalszym ciągu korzysta z usług telekomunikacyjnych pozwanej, jako abonent w tej samej sieci telefonicznej, lecz nie na podstawie umowy z marca 2010 r. Od lipca 2010 r. wykonywał tzw. „doładowania konta” związane już z numerem telefonicznym wtedy uzyskanym.

W marcu 2011 r. doręczona została powodowi nota obciążeniowa, którą wystawiła pozwana. Przed otwarciem przesyłki pocztowej zawierającej notę obciążeniową powód myślał, że korespondencja jest związana z reklamacją, jaką złożył w lipcu 2010 r. Pozwana proponowała w nocie obciążeniowej ugodowe załatwienie sprawy, jeśli powód zapłaci faktury. Powód nie otrzymał żadnej faktury wystawionej przez pozwaną. Zawarta przez strony w marcu 2010 r. umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych wykluczała wystawianie faktur. Ponieważ powód uznał, że z uwagi na uiszczoną kwotę 150 zł warto kontynuować wykonywanie umowy z marca 2010 r., udał się do punktu sprzedaży pozwanej. Pracownik pozwanej poinformował go, że pozwana nie wystawiła faktur i że nota obciążeniowa jest sporządzana automatycznie, niezależnie od tego, czy faktura została wystawiona czy nie. Powód dowiedział się też wtedy, że zachodzi możliwość kontynuowania wykonywania umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych z marca 2010 r., jeśli zapłaci sumę pieniężną wskazaną w nocie obciążeniowej oraz że ma zapłacić zaległe 30 zł miesięcznie. Powód nie zgodził się na to, gdyż karta SIM nadal nie działała, a sprzedawca w punkcie sprzedaży pozwanej znowu odmówił przyjęcia telefonu i ponownie powiedział, że „powód ma to sam załatwić z W.”. Wtedy powód ponownie spakował telefon uzyskany na podstawie umowy z marca 2010 r. i kartę SIM wręczoną mu przy zawarciu tej umowy oraz napisał pismo reklamacyjne, domagając się naprawy telefonu lub wymiany na nowy. Telefon i kartę SIM wraz z pismem reklamacyjnym nadał do pozwanej jedną przesyłką pocztową. Ponieważ pozwana nie odpowiedziała na reklamację, powód telefonicznie zwrócił się do pozwanej w tej kwestii i uzyskał odpowiedź, że nie otrzymała przesyłki od niego. Dokonał reklamacji przesyłki u operatora pocztowego, uzyskując informację, że przesyłka została doręczona pozwanej. Reklamacja telefoniczna powoda została przyjęta przez pozwaną i w czerwcu 2011 r. otrzymał odpowiedź pisemną, że wady techniczne powinien załatwiać na podstawie gwarancji. Listem poleconym odpowiedział, że nie zgadza się z zaistniałą sytuacją. Wymiana pism między stronami nastąpiła w czerwcu i lipcu 2011 r. Wtedy też pozwana odesłała powodowi telefon i kartę SIM, bez protokołu technicznego-ekspertyzy, jak za pierwszym razem. Przesyłka była przepakowana, została doręczona przez kuriera. Powód został w piśmie odesłany do punktu sprzedaży, w którym wcześniej odmawiano mu przyjęcia reklamacji. Udał się więc tam i znowu odmówiono mu przyjęcia reklamacji, gdyż nie miał karty gwarancyjnej telefonu.

Powód uzyskał informację od rzecznika konsumenta w G., że karta gwarancyjna nie jest potrzebna i że sprzedawca nie może odmówić przyjęcia reklamacji.

We wrześniu 2011 r. powód ponownie był w punkcie sprzedaży pozwanej. Początkowo nie chciano z nim rozmawiać, ponieważ nie miał dowodu osobistego. Na drugi dzień, gdy przyszedł z dowodem osobistym, przyjęto reklamację. Sprzedawca sprawdził działanie karty SIM w innym aparacie telefonicznym, w którym pojawił się komunikat „karta SIM nie działa”; przyjął od powoda telefon warunkowo. Powiedział, że nie wie, czy reklamacja będzie przyjęta, bowiem zależy to od serwisu producenta. Kiedy powód zwrócił się o wydanie pokwitowania przyjęcia rzeczy do reklamacji, sprzedawca odmówił. Powód nagrywał to zdarzenie, gdyż wobec treści pisma pozwanej z czerwca i lipca 2011 r. postanowił nagrywać swoje wizyty w punkcie sprzedaży pozwanej. W punkcie sprzedaży napisał reklamację, bez której sprzedawca nie przyjąłby rzeczy do reklamacji. Karta SIM nie działała, co sprzedawca potwierdził. W wyniku tego zgłoszenia otrzymał od pozwanej telefon objęty reklamacją, już bez karty SIM, z pisemną informacją, że usterka nie powstała z winy użytkownika; telefon nie został naprawiony. Pozwana nie zwróciła powodowi karty SIM i nie wydała mu innej z uwagi na niewniesienie opłat. Działo się to już w 2012 r., w punkcie sprzedaży pozwanej, gdzie powód udał się na skutek wiadomości przekazanej mu pocztą elektroniczną albo telefonicznie. Sprzedawca uprzedził wtedy powoda, że karta SIM zostanie zatrzymana, gdyż nie uiszczył opłat. Powód otrzymał dokument z badania technicznego telefonu. „Dalej miał zamrożone pieniądze i niedziałający telefon”. Od rzecznika konsumenta uzyskał informację, żeby zgłosił się do Urzędu Komunikacji Elektronicznej, który czynił wyjaśnienia z operatorem sieci telefonii komórkowej. W końcu powód otrzymał pismo z Urzędu Komunikacji Elektronicznej, że może sprawę załatwić w punkcie sprzedaży pozwanej.

Pozwana nie wydała powodowi karty SIM do tej pory, natomiast w listopadzie 2012 r. wymieniła na sprawny telefon wydany mu w marcu 2010 r., przekazując mu inny model, z braku dotychczasowego modelu (i ten telefon przestał działać). Wcześniej pozwana informowała powoda, że jeśli nie okaże karty gwarancyjnej, nowego telefonu nie dostanie, gdyż pozwana jest tylko pośrednikiem. Również reklamacja telefonu wydanego powodowi w listopadzie 2012 r. nie

została dotąd rozpatrzona; powód chce bowiem konkretny model telefonu, który wybrał w 2012 r., zaś pozwana proponuje mu telefon w innej obudowie. W toku postępowania reklamacyjnego komornik poinformował powoda o prowadzonym postępowaniu egzekucyjnym; powód został obciążony kosztami egzekucyjnymi. Sąd Okręgowy ustalił, że tytuł wykonawczy został uchylony, gdyż wierzyciel posłużył się nieaktualnym adresem powoda, natomiast postępowanie egzekucyjne jest zawieszona.

Sąd Okręgowy wskazał dowody, na których się oparł.

Dokonując oceny prawnej powództwa, Sąd Okręgowy podkreślił brak obowiązku podania przez powoda podstawy prawnej dochodzonego roszczenia. Strona powodowa musi jednak roszczenie zidentyfikować w taki sposób, żeby nie było wątpliwości co do zakresu i podstaw orzekania. Powołanie przepisu prawa identyfikuje roszczenie z uwagi na możliwość wywodzenia wielu roszczeń z danego stanu faktycznego. Powód wyjaśnił, że podstawą prawną dochodzonych roszczeń są przepisy ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (tekst jednolity w Dz. U. z 2016 r. poz. 3), a także ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity w Dz. U. z 2014 r. poz. 243 ze zm.) oraz art. 471 i nast. kc.

Zdaniem Sądu Okręgowego, po ograniczeniu powództwa, co nastąpiło na rozprawie, w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Zachowanie pozwanej nie jest bowiem wyrazem nieuczciwych praktyk rynkowych definiowanych w art. 2 pkt 4 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, lecz lekceważenia kontrahenta już po zawarciu umowy. Strona pozwana podnosiła, że kwestia zapłaty kwoty 399,77 zł z odsetkami jest przedmiotem innego procesu (czemu powód nie zaprzeczył), a pozostałe roszczenia powoda zgłoszone w pozwie w niniejszej sprawie są wtórne i jako takie powinny być oddalone. Sąd Okręgowy nie zaakceptował ostatecznie wskazanego stanowiska pozwanej. Wyjaśnił, że z umowy może bowiem wynikać wiele roszczeń, których rozdrabnianie jest dopuszczalne, a wskutek cesji to inny podmiot dochodzi roszczenia przeciwko powodowi.

Sąd Okręgowy stwierdził, że pozwana z ostrożności procesowej podała, że strony zawarły dwie umowy: o świadczenie usług telekomunikacyjnych i sprzedaży telefonu. Zdaniem Sądu Okręgowego, na zakres roszczeń powoda nie wpływa ocena, czy strony zawarły jedną umowę z dwoma przedmiotami, czy też dwie umowy z jednym przedmiotem. Powód zapłacił kwotę 150 zł za „doładowania”, z których nie mógł w całości korzystać. Zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na dokonywanie potrąceń z tej kwoty. Powód wykazał również zapłatę kwoty 29 zł za aktywację karty SIM, ale nie mógł korzystać z usługi. Wykazał też poniesienie opłat pocztowych, które także stanowiły jego szkodę. Szkodą jest powstała wbrew woli poszkodowanego różnica między obecnym jego stanem majątkowym a tym stanem, jaki istniałby, gdyby nie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę. W ramach prawidłowej realizacji umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych powód uzyskałby ekwiwalent za tę sumę pieniężną w postaci usług telekomunikacyjnych. Odpowiedzialność za działania i zaniechania ponosi pozwana, pozostają one w normalnym związku przyczynowym, co wynika z ustalonego stanu faktycznego. Jak powód wykazał swoimi zeznaniami, przedstawiciele pozwanej udzielali mu mylnych i sprzecznych informacji, a odpowiedzi na reklamacje nie wyjaśniały całokształtu problemu. Sąd Okręgowy podkreślił, że powód zgłaszał roszczenia w oparciu o rękojmię, a nie gwarancję, mając prawo do takiego wyboru. Powód dochował należytej staranności realizując obowiązki umowne, nawet przy zawarciu dwóch odrębnych umów. Opóźnienie związane z wyjazdami nie może być przeszkodą; kupujący zawiadomił o wadzie i pozwana popadła w zwłokę w udzieleniu odpowiedzi. Przepisy dotyczące konsumentów mają ich chronić, a nie utrudniać im realizację innych ich ustawowych praw. Przepis art. 104 Prawa telekomunikacyjnego reguluje zakres odpowiedzialności pozwanej. Doszło do rażącego niedbalstwa (art. 104 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego), przez co nie zachodzi ograniczenie wynikającego z art. 104 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. Pozwana zatem w pełni odpowiada za niewykonanie i nienależyte wykonanie usługi. Obowiązana jest więc naprawić szkodę na podstawie art. 471 kc w związku z art. 104 Prawa telekomunikacyjnego.

Ponieważ powód cofnął częściowo pozew na rozprawie bezpośrednio poprzedzającej wydanie zaskarżonego wyroku, pod nieobecność pozwanej, oddalenie powództwa obejmuje także cofnięte powództwo.

Za zasadne Sąd Okręgowy uznał powództwo obejmujące kwotę 150 zł za pierwsze doładowanie, 29 zł za aktywację karty SIM oraz kwoty 5,70 zł i 3,75 zł z tytułu opłat pocztowych.

Sąd Okręgowy stwierdził, że powód domagał się ochrony dóbr osobistych, żądając zadośćuczynienia. Podstawę faktyczną powództwa w tej części stanowiło nienależyte wykonanie przez pozwaną zobowiązania wynikającego z umowy. Biorąc pod uwagę sformułowanie i treść żądań powoda, Sąd Okręgowy uznał, że należy je rozpoznać w oparciu o art. 24 kc, który stanowi, że ten, czyje dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, po pierwsze, może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne, po drugie, w razie dokonanego naruszenia może on także żądać, ażeby osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności ażeby złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie, po trzecie, na zasadach przewidzianych w kodeksie może on również żądać zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny, po czwarte, jeżeli wskutek naruszenia dobra osobistego została wyrządzona szkoda majątkowa, poszkodowany może żądać jej naprawienia na zasadach ogólnych. Żądanie zapłaty zadośćuczynienia za straty niematerialne podlega reżimowi art. 448 kc, zgodnie z którym w razie naruszenia dobra osobistego sąd może przyznać temu, czyje dobro osobiste zostało naruszone, odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę. Stosownie do art. 23 kc dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach. Katalog dóbr osobistych podlegających ochronie, wskazany w tym przepisie nie jest wyczerpujący. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem dobrem osobistym jest wartość immanentnie złączona z istotą człowieczeństwa oraz naturą człowieka, stała i niezależna od jego woli. W tym kontekście wskazywane przez powoda niedogodności określone jako dobra osobiste nie mieszczą się w zakresie szeroko interpretowanego katalogu dóbr osobistych. W szczególności nie można do nich zaliczyć straty czasu, czy konieczności dokonywania określonych czynności, mających konkretny wymiar materialny. Także zaufanie do pozwanej (jego utrata), jako określone subiektywne nastawienie psychiczne, nie stanowi przyrodzonego człowiekowi dobra osobistego. Już z tego względu brak podstaw do przyznania ochrony tak określonych dóbr. Sąd Okręgowy dodał, że roszczenie powoda nie mogło być uwzględnione z tego względu, że jego źródłem i podstawą faktyczną była umowa zawarta przez strony. Powołane w pozwie okoliczności dotyczą nienależytego wywiązania się przez pozwaną z umowy.

Ochrona praw wynikających z umowy podlega regułom określonym w art. 471 i nast. kc. Negatywne odczucia wynikające z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy rodzić mogą dla strony umowy konkretne roszczenia wynikające z niewykonania umowy, nie zaś z art. 23 i art. 24 kc. W przypadku ochrony dóbr osobistych jest to bowiem odpowiedzialność deliktowa, co wynika przede wszystkim ze znaczenia bezprawności w ujęciu art. 24 kc. Jest to bezprawność obiektywna, związana z naruszeniem dóbr osobistych innego podmiotu, gdzie zakaz ingerencji dotyczy wszystkich, albowiem prawa podmiotowe są prawami bezwzględными, skutecznymi wobec wszystkich, niezależnymi od indywidualnie ukształtowanej umownie sfery prawnej. Bezprawność w odpowiedzialności kontraktowej jest bezprawnością relatywną, polegającą na sprzeczności działania lub zaniechania z postanowieniami umowy. W zakresie zadośćuczynienia wynika to także z samego umieszczenia przepisu art. 448 kc w Księdze trzeciej Tytuł VI kc – Czyny niedozwolone. Podstawą odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych może być zatem tylko czyn niedozwolony, a nie niewykonanie umowy. Pogląd, że niewykonanie lub też nienależyte wykonanie zobowiązania umownego nie stanowi podstawy do konstruowania roszczeń z tytułu ochrony dóbr osobistych i domagania naprawienia szkody niemajątkowej jest ugruntowany w orzecnictwie i literaturze. Podstawę takich roszczeń mogą stanowić przepisy obowiązującego prawa, a te nie przewidują dochodzenia w trybie kontraktowym ochrony dóbr osobistych. W efekcie Sąd Okręgowy nie zgodził się ze stanowiskiem powoda co do tego, że opisane działania i zaniechania pozwanej, polegające na nieprawidłowej realizacji umowy, doprowadziły do naruszenia jego dóbr osobistych. Brak jest więc podstaw do udzielenia ochrony na podstawie art. 23 i art. 24 kc.

Orzeczenie o kosztach procesu Sąd Okręgowy umotywował treścią art. 102 kpc. Powód wygrał proces w nieznacznym zakresie roszczenia pieniężnego, przegrał zaś w zakresie roszczenia niepieniężnego. Jego więc obciąża

obowiązek ponoszenia kosztów procesu. Jednakże biorąc pod uwagę długotrwałe załatwianie reklamacji oraz wzajemnie sprzeczne informacje udzielane powodowi mógł on pozostawać w subiektywnym, choć nieuzasadnionym przekonaniu, że przysługuje mu prawo do ochrony dóbr osobistych. Zachodzi zatem szczególnie uzasadniony wypadek, o jakim mowa w art. 102 kpc.

Sąd Okręgowy umotywował też orzeczenie o kosztach nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej powodowi z urzędu, wskazując na przepisy rozporządzenia w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

W apelacji powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części oddalającej powództwo przez zasądzenie kwoty 5.000 zł na rzecz Fundacji (...) w C. i zobowiązanie pozwanej do złożenia oświadczenia w formie i treści wskazanej w pozwie oraz przyznanie kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej powodowi z urzędu w postępowaniu apelacyjnym.

Zarzucił naruszenie prawa materialnego, mianowicie art. 2 pkt 4 w związku z art. 4 oraz art. 12 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym oraz art. 24 § 1 zdanie drugie i trzecie kc.

W odpowiedzi na apelację powoda pozwana wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Z kolei pozwana w apelacji wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w części uwzględniającej powództwo przez jego oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje.

Zarzuciła naruszenie przepisów postępowania, mianowicie art. 217 § 1 w związku z art. 227 kpc i art. 322 kpc.

Ponadto zarzuciła naruszenie prawa materialnego, to jest art. 471 w związku z art. 104 Prawa telekomunikacyjnego.

Powód wniósł o oddalenie apelacji pozwanej.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja każdej ze stron zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy, z wyjątkiem rozmiaru szkody, której naprawienia powód się domaga, a zatem pozostałe ustalenia, jako prawidłowe, przyjmuje za własne.

Sąd drugiej instancji uzupełnia podstawę faktyczną rozstrzygnięcia o okoliczność przyznaną przez pozwaną, a także w oparciu o dowody przeprowadzone przez Sąd pierwszej instancji. Mianowicie, że w dniu 5 marca 2010 r., poza umową o świadczenie usług telekomunikacyjnych (k. 26) przez okres trzydziestu miesięcy wskazany w treści umowy, stosownie do oferty podstawowej (...) i oferty promocyjnej „(...) (30)”, strony zawarły też umowę sprzedaży telefonu. Wprost przyznała to pozwana w odpowiedzi na pozew (k. 71), czyniąc to bez jakichkolwiek zastrzeżeń w odniesieniu do sprzedaży telefonu (choć zdaniem Sądu Okręgowego nastąpiło to z ostrożności procesowej). Odpowiada to zresztą treści dokumentu dołączonego do odpowiedzi na pozew zatytułowanemu „Cennik oferty (...) (Plan Cenowy II)” w części „Kwota zobowiązania w Ofercie (...)” (k. 97). Ponieważ w marcu 2010 r. powód zapłacił 150 zł za pięć okresów rozliczeniowych, ważność konta przedłużona została o 150 dni. Postanowienie § 10 ust. 3 regulaminu świadczenia usług telekomunikacyjnych przez (...) spółkę z o.o. dla abonentów (...), który ma zastosowanie do zawartej przez strony umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych (punkt 1 umowy) ma treść: „Jeśli w Okresie Zastrzeżonym Abonent (...) nie dokona Doładowania konta w terminie 20 dni od daty przekroczenia Okresu ważności połączeń wychodzących, wówczas następuje dezaktywacja konta i rozwiązanie Umowy w trybie natychmiastowym, bez zachowania okresu wypowiedzenia. W takim przypadku Operator jest uprawniony do żądania od Abonenta (...) wniesienia opłaty specjalnej w wysokości określonej zgodnie z warunkami w § 14 ust. 13 Regulaminu. Dla potrzeb obliczenia okresu obowiązywania Umowy, od którego uzależniona jest wartość opłaty specjalnej, uwzględnia się wyłącznie długość Okresów ważności połączeń wychodzących.” O obowiązku dokonywania doładowań konta przed upływem okresu

ważności połączeń wychodzących mowa jest w § 10 ust. 2 wskazanego regulaminu. Dezaktywacja konta, o której mowa w § 10 ust. 3 postanowieniu, nastąpiła z dniem 1 grudnia 2010 r., jak wynika z noty obciążeniowej (k. 33). Od tego dnia nie jest jasne, czy niedziałanie karty SIM jest związane z dezaktywacją konta czy z jej wadą. Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie ma potrzeby ustalania tej kwestii, skoro aktywacja karty nastąpiła i jeszcze pod koniec czerwca 2010 powód wykonywał połączenia wychodzące (okoliczność bezsporna), wyczerpując przecież, co oczywiste, środki (150 zł) pozwalające mu wykonywać połączenia w zakresie, którego nie udowodnił (cena za poszczególne usługi telekomunikacyjne ustalona była w cenniku usług podstawowych w Cenniku oferty (...)) (Plan Cenowy II) – k. 96. Z kolei opłatę aktywacyjną (29 zł) powód uiścił za przyłączenie przyznanego mu numeru telefonu do sieci telekomunikacyjnej pozwanej, co wynika z Cennika oferty (...) (Plan Cenowy II) – k. 95.

W dniu 16 lipca 2010 r. powód udał się do punktu sprzedaży pozwanej, w którym zawarł obie umowy (o świadczenie usług telekomunikacyjnych i sprzedaży telefonu) z reklamacją z uwagi na niedziałającą kartą SIM. Ponieważ pracownik tego punktu sprzedaży pozwanej odmówił przyjęcia reklamacji z uwagi na brak karty gwarancyjnej, lecz wskazał powodowi adres, na który może przesłać reklamację, powód w dniu 21 lipca 2010 r. nadał przesyłką poleconą na ten adres pismo reklamacyjne wraz z kartą SIM i telefonem nabytym od pozwanej w dniu 5 marca 2010 r. Przesyłka powróciła do niego po około miesiącu. Powód nie pamięta adnotacji na kopercie, której nie zachował, ale przesyłka została zwrócona w tej samej kopercie, w której ją nadał. Po rozpakowaniu przesyłki stwierdził, że telefon nadal nie działa. Kupił więc kolejny, co ustalił Sąd Okręgowy, tyle że skoro telefon nabył po zwróceniu mu przesyłki, umowę sprzedaży kolejnego telefonu musiał zawrzeć w sierpniu 2010 r., co nie ma wpływu na rozstrzygnięcie sprawy. Odtąd powód doładowywał już tylko konto związane z kolejnym telefonem, a do telefonu nabytego 5 marca 2010 r. powrócił dopiero w marcu 2011 r., gdy otrzymał notę obciążeniową (kartka z odręcznie spisany adresem skrzynki pocztowej, pismo reklamacyjne z 21 lipca 2010 r., zeznanie powoda – k. 30, 31, 326).

Z punktu widzenia wniosku zawartego w apelacji powoda, który zakwestionował zaskarżony wyrok jedynie w części rozstrzygnięcia o oddaleniu powództwa i to nie w pełnym zakresie, trzeba wskazać, że w pozwie, poza innymi żądaniami, powód domagał się, po pierwsze, jednokrotnego złożenia przez pozwaną oświadczenia o treści i formie wskazanej w pozwie oraz opublikowania go w lokalnym dodatku Gazety (...) obejmującym G., a także – czego w apelacji nie podtrzymał – upoważnienia go do publikacji ogłoszenia na koszt pozwanej w razie nieopublikowania go przez pozwaną w wypadkach, które wskazał w uzasadnieniu pozwu, po drugie, zasądzenia od pozwanej kwoty 5.000 zł na rzecz Fundacji (...) w C., zajmującej się krzewieniem kultury i wiedzy historycznej oraz ochroną zabytków polskich.

Trafnie Sąd pierwszej instancji stwierdził, że strona nie ma obowiązku wskazania w pozwie podstawy prawnej dochodzonego roszczenia, jak wynika z art. 187 § 1 kpc. Sąd uprawniony jest jednak zapytać stronę powodową o podstawę prawną dochodzonego roszczenia, zwłaszcza gdy jest reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika. W doktrynie podkreślono, że znajduje to usprawiedliwienie zwłaszcza w nietypowych sprawach. W judykaturze wyjaśniono, że chociaż zgodnie z art. 187 § 1 pkt 2 kpc powód ma obowiązek wskazania tylko okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu i nie musi przytaczać jego podstawy prawnej, jednakże podanie tej podstawy przez profesjonalnego pełnomocnika ukierunkowuje postępowanie w sprawie, nie wiążąc sądu wskazaną podstawą prawną żądania.

Powód już w pozwie twierdził, że pozwana stosowała nieuczciwe praktyki rynkowe, które opisał w uzasadnieniu pozwu. Powołał się w nim na ustawę o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Podkreślił, że ustawa ta zakazuje działań sprzecznych z dobrymi obyczajami, które w istotny sposób zniekształcają lub mogą zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta po zawarciu umowy dotyczącej produktu. Zwrócił też uwagę, że produktem w rozumieniu tej ustawy są wszelkie towary i usługi, w tym prawa i obowiązki wynikające ze stosunków cywilnoprawnych. Powołał też w pozwie niektóre z przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, podnosząc wynikający z nich zakaz stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych, definicję tego rodzaju praktyk, w tym na praktykę wprowadzającą w błąd. Zwrócił też uwagę na to, że ustawa stanowi o nieuczciwych praktykach rynkowych przed, w trakcie lub po zawarciu transakcji. W pozwie powołał się też na wynikającą z ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym odpowiedzialność odszkodowawczą. Ponadto w pozwie wskazał na obowiązki operatora telekomunikacyjnego, które wynikają z Prawa telekomunikacyjnego. Powód już

w uzasadnieniu pozwu powołał się na art. 12 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jako podstawę prawną żądań zgłoszonych w pozwie. Również w piśmie powoda z 13 czerwca 2013 r. (k. 135-146) mowa jest o faktach wskazanych w pozwie oraz o polemice w odniesieniu do nich, zawartej w odpowiedzi na pozew, w kontekście przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i Prawa telekomunikacyjnego. W piśmie z 13 czerwca 2013 r. powód powołał art. 12 ust. 1 pkt 4 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jako podstawę prawną żądania naprawienia szkody, unieważnienia umowy wraz z wzajemnym zwrotem świadczeń oraz zwrotem przez pozwaną kosztów reklamacji produktu (na rozprawie w dniu 24 lutego 2015 r. cofnął pozew w zakresie żądania unieważnienia umowy i zrzekł się roszczenia w tym przedmiocie – k. 294). Wykonując zobowiązanie Sądu Okręgowego (k. 312, 313, 318), pełnomocnik powoda w piśmie procesowym z 9 kwietnia 2015 r. (k. 321-322), nadanym listem poleconym do pełnomocnika pozwanej (k. 323) oraz złożonym na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2015 r. (k. 324), wskazał na fakty określone w tym piśmie, jako stanowiące nieuczciwe praktyki rynkowe pozwanej, o których dotąd była mowa w procesie na etapie postępowania w pierwszej instancji, i stwierdził, że podstawą prawną dochodzonego roszczenia jest art. 12 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, a także przepisy o odpowiedzialności kontraktowej, mianowicie art. 471 i nast. kc oraz art. 104 i nast. Prawa telekomunikacyjnego. Jako nieuczciwe praktyki rynkowe pozwanej wskazał uzależnienie przyjęcia reklamacji telefonu od przedłożenia przez powoda karty gwarancyjnej (podczas gdy korzystał z rękojmi) i dowodu osobistego, a także wprowadzanie powoda w błąd co do konieczności korzystania z gwarancji, pomimo możliwości korzystania z rękojmi, jak też odmowę pisemnego potwierdzenia nieprzyjęcia wadliwego telefonu. Nie było więc mowy o ochronie dóbr osobistych, na których skupił się Sąd Okręgowy, zwłaszcza że powód nie wskazał dobra osobistego, którego ochrony dochodziłby. Do odmiennego wniosku nie prowadzi powołanie w pozwie przepisu art. 448 kc jako podstawy żądania zasądzenia kwoty 5.000 zł na wskazany cel społeczny, gdyż nie towarzyszy mu twierdzenie o naruszeniu dóbr osobistych powoda. Wprawdzie na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2015 r. zastępca pełnomocnika powoda wskazał również na art. 24 § 1 kc, jako „jeszcze jedną z alternatywnych podstaw roszczenia powoda”, ale jednocześnie podtrzymał podstawę prawną określoną w piśmie procesowym z 9 kwietnia 2015 r. (pisemna część protokołu – k. 325, zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w zakresie znaczników czasu 00:16:08-00:18:40 i 01:41:59-01:42:44 – k. 330). Podkreślić trzeba, że w wypowiedzi na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2015 r. zastępca pełnomocnika powoda ograniczył się do wskazania przepisu art. 24 § 1 kc. Natomiast nie powołał w tym zakresie jakichkolwiek faktów, które dotyczyłyby naruszenia dobra osobistego powoda oraz nie określił dobra osobistego, które byłoby naruszone przez pozwaną, ze względu na co w rozpoznawanej sprawie powód dochodziłby ochrony i nie dowodził naruszenia dobra osobistego, co jest zrozumiałe, skoro go nie wskazał. Nie ma więc znaczenia w sprawie, że wskazanie nowej podstawy faktycznej stanowiłoby zmianę powództwa, jaka powinna być dokonana na piśmie (art. 193 § 2¹ kpc). Do zmiany (rozszerzenia) powództwa bowiem nie doszło. Nie prowadzi do tego skutku powołanie podstawy prawnej bez wskazania jakichkolwiek faktów, gdyż nie prowadzi do rozszerzenia podstawy faktycznej powództwa, do której sąd ma się odnieść przez zastosowanie prawa materialnego, gdy rozstrzyga sprawę.

Chybiony jest zatem zawarty w apelacji powoda zarzut naruszenia art. 24 § 1 zdanie drugie i trzecie kc przez jego niezastosowanie, choć mowa w nim o tym, że w razie dokonanego naruszenia ten, czyje dobro osobiste zostało naruszone, może żądać, ażeby osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności ażeby złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie (zdanie drugie § 1 art. 24 kc) oraz że na zasadach przewidzianych w kodeksie może on również żądać zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny (zdanie trzecie § 1 art. 24 kc). Również w apelacji nie wskazano na jakiegokolwiek dobro osobiste powoda, które zostałyby naruszone, mimo odwołania się w piśmie inicjującym sprawę w drugiej instancji do stresu powoda i niedogodności. Byłoby to zresztą nieskuteczne, jako prowadzące do zmiany powództwa na etapie postępowania apelacyjnego (art. 383 kpc). Przepis art. 24 § 1 zdanie drugie i trzecie kc nie miał bowiem zastosowania w sprawie, w której nie szło o ochronę z uwagi na naruszenie dobra osobistego powoda. W okolicznościach sprawy nie ma więc potrzeby odnoszenia się do uwag Sądu pierwszej instancji, że podstawą odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych nie może być niewykonanie umowy, lecz tylko czyn niedozwolony, którego się nie dopatrzyl w okolicznościach sprawy.

Sąd Okręgowy wykluczył stosowanie w niniejszej sprawie przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym z uwagi na definicję praktyki rynkowej, która zawarta jest w art. 2 pkt 4 tej ustawy („Ilekcroć w ustawie jest mowa o praktykach rynkowych – rozumie się przez to działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta”). Lektura uzasadnienia zaskarżonego wyroku prowadzi do wniosku, że to literalne odczytanie przepisu zawierającego definicję wskazaną w art. 2 pkt 4 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym zasugerowało Sądowi pierwszej instancji, że praktyka rynkowa w rozumieniu tej ustawy dotyczy tylko etapu przed jej zawarciem i obejmuje też etap zawarcia umowy, jako w ten sposób zdefiniowana w ostatnio powołanym przepisie, że dotyczy takiego działania lub zaniechania przedsiębiorcy, sposobu postępowania, oświadczenia lub informacji handlowej, które są bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Jednakże z innych przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jasno wynika, że gdy mowa w niej o praktykach rynkowych, idzie o nie także na etapie wykonania umowy (jak np. art. 4 ust. 1, art. 5 ust. 3 pkt 3 i 4, art. 6 ust. 4 pkt 4 tej ustawy). Przed wszystkim jednak zwrócić należy uwagę, że ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym stanowi implementację dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE, 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 149 z dnia 11 czerwca 2005 r., str. 22; dalej: dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych albo dyrektywa). W art. 3 ust. 1 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych mowa jest zaś o tym, że stosuje się ją do nieuczciwych praktyk handlowych w rozumieniu art. 5 dyrektywy, stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów przed zawarciem transakcji handlowej dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania oraz po jej zawarciu. Prawodawca unijny wskazał też w dyrektywie o nieuczciwych praktykach handlowych wprost takie praktyki handlowe, które podejmowane są na etapie po zawarciu umowy (przykładowo w art. 6 ust. 1 lit. b oraz e, w którym mowa o praktyce handlowej prowadzącej w błąd w zakresie usług po sprzedaży i procedury reklamacyjnej, wymiany lub naprawy). Powołane przepisy dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych prowadzą do konieczności interpretowania przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jako obejmujące również etap następujący już po zawarciu umowy. Taki kierunek wykładni nie pozostaje w sprzeczności z intencją ustawodawcy krajowego, który w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym też wskazał na praktyki rynkowe odnoszące się do etapu wykonania umowy. Błędnie więc Sąd Okręgowy przyjął, że ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym nie ma zastosowania w sprawie, skoro powód dochodzi roszczeń wynikających z postępowania pozwanej już na etapie po zawarciu umowy z marca 2010 r.

Zwrócić też trzeba uwagę, że w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym przewidziane są roszczenia odpowiadające tym, o których mowa w art. 24 zdanie drugie i trzecie kc, mianowicie o złożenie oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie oraz zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny (skonkretyzowany przez związek ze wspieraniem kultury polskiej, ochroną dziedzictwa narodowego lub ochroną konsumentów), jakich dochodzi powód w związku z określonymi nieuczciwymi praktykami rynkowymi. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym zawiera również podstawę prawną do żądania naprawienia szkody na zasadach ogólnych, wskazując przykładowe sposoby naprawienia szkody. Przepis art. 12 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym stanowi bowiem, że w razie dokonania nieuczciwej praktyki rynkowej konsument, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie (pkt 3), naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych, w szczególności żądania unieważnienia umowy z obowiązkiem wzajemnego zwrotu świadczeń oraz zwrotu przez przedsiębiorcę kosztów związanych z nabyciem produktu (pkt 4) i zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej, ochroną dziedzictwa narodowego lub ochroną konsumentów (pkt 5).

Sąd Najwyższy w wyroku z 16 kwietnia 2015 r., III SK 24/14, nie publ., wyjaśnił, że ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym zbudowana jest na wzór dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych.

Zawiera ona ogólną definicję nieuczciwych praktyk rynkowych, a następnie definiuje ogólnie dwie podstawowe kategorie nieuczciwych praktyk rynkowych – praktyki wprowadzające w błąd oraz praktyki agresywne i wreszcie zawiera dwie listy praktyk uznanych za zakazane w każdych okolicznościach: listę praktyk wprowadzających w błąd i listę praktyk agresywnych (tzw. czarne listy praktyk). Ma to znaczenie dla wykładni i stosowania przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Sąd Najwyższy podzielił stanowisko doktryny, że klauzula generalna z art. 4 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym ma charakter uzupełniający, to znaczy znajduje zastosowanie do praktyk, które ani nie wprowadzają w błąd, ani nie są agresywne. Walorem ogólnych definicji, takich jak zawarta w art. 4 tej ustawy, jest to, że pozwalają objąć zakazem również inne nieuczciwe działania, które nie zostały wprost wymienione w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, a które są współcześnie podejmowane, jak również takie, które dopiero się pojawiają w związku z rozwojem rynku i postępem technologicznym. Sąd Najwyższy w powołanym wyroku wyjaśnił, że ustalenie, czy dana praktyka ma charakter nieuczciwy, wymaga zatem przeprowadzenia analizy, obejmującej kolejno trzy etapy (jeżeli dane zachowanie nie odpowiada definicji praktyki na danym stopniu testu, należy przejść do analizy na kolejnym stadium). W pierwszej kolejności ustalić należy, czy analizowane zachowanie odpowiada którejkolwiek ze stypizowanych praktyk zawartych w tzw. czarnych listach praktyk (lista praktyk wprowadzających w błąd – art. 7 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, lista praktyk agresywnych – art. 9 tej ustawy). W następnej kolejności ustalić należy, czy zachowanie to mieści się w ogólnych definicjach praktyki wprowadzającej w błąd lub praktyki agresywnej. Jeżeli również to badanie nie zakończy się pozytywnie, należy przeanalizować, czy zachowanie przedsiębiorcy odpowiada generalnej definicji praktyk zawartej w treści art. 4 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że w efekcie dla kwalifikacji praktyki handlowej jako wprowadzającej w błąd nie ma więc potrzeby odwoływania się do kryterium dobrych obyczajów z art. 4 ust. 1 o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Wyjaśnił też, że problem stosowania art. 4 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym do oceny praktyk rynkowych wprowadzających w błąd został rozwiązany przez nowelizację tej ustawy (Dz. U. z 2014 r. poz. 827). Po dniu 25 grudnia 2014 r. za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się bowiem w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd oraz agresywną praktykę rynkową, a także stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk. Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, praktyki te (wprowadzającą w błąd oraz agresywna praktyka rynkowa) nie podlegają ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 4 ust. 1 omawianej ustawy. Zatem praktyki rynkowe nazwane nie podlegają ocenie w świetle przesłanek nieuczciwości (sprzeczność z dobrymi obyczajami oraz zniekształcenie lub możliwość zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta). Dodać można, że wprawdzie w rozpoznawanej sprawie idzie o praktyki rynkowe sprzed ostatnio powołanej zmiany ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, ale ponieważ ustawa stanowi implementację dyrektywy, która została oparta na modelu pełnej harmonizacji (jak wynika z poszczególnych motywów preambuły do niej), zaś od dnia uchwalenia i wejścia w życie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym dyrektywa nie uległa zmianie, to powołaną zmianę stanu prawnego w zakresie transpozycji dyrektywy do polskiego porządku prawnego należy odczytać jako decydującą o wykładni przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym również w odniesieniu do praktyk rynkowych, jakie zaistniały przed tą zmianą. Zmiana ta dostosowała bowiem konstrukcję ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym do dyrektywy, w zgodzie z którą powinna być wykładana z uwagi na zasadę pierwszeństwa prawa unijnego względem krajowego, gdy prounijna wykładnia nie jest dokonywana *contra legem* (tytułem przykładu wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04 – pkt 110). Gdyby zaś wykładnia dokonywana miała być *contra legem*, należy z uwagi na zasadę pierwszeństwa prawa unijnego odmówić stosowania sprzecznego z nim prawa krajowego (tytułem przykładu wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 9 marca 1978 r. w sprawie 106/77 Simmenthal). I na tę kwestię zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w powołanym wyroku z 16 kwietnia 2015 r., III SK 24/14. Przypomniawszy, że artykuł 5 ust. 1 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych ustanawia zakaz nieuczciwych praktyk handlowych. W dalszej kolejności art. 5 ust. 2 dyrektywy wymienia kryteria pozwalające na ustalenie, czy dana praktyka jest nieuczciwa. Z kolei art. 5 ust. 4 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych definiuje dwie konkretne kategorie nieuczciwych praktyk handlowych: „praktyki wprowadzające w błąd” oraz „praktyki agresywne”. Przepis ten odsyła przy tym do art. 6 i 7 oraz 8 i 9 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych w odniesieniu do szczegółowych przesłanek uznania danego zachowania za praktykę wprowadzającą w błąd lub praktykę agresywną. Wreszcie załącznik I dyrektywy

zawiera zamknięty katalog 31 praktyk handlowych, które są nieuczciwe „w każdych okolicznościach”, a zatem bez badania przesłanek z art. 5-9 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych. Sąd Najwyższy odwołał się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 19 września 2013 r., C-435/11, w sprawie (...) (pkt 35-45). Wynika bowiem z niego, że metodologia stosowania zakazu nieuczciwych praktyk rynkowych z dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych, a przez to krajowych przepisów wdrażających tę dyrektywę, jest następująca: jeżeli praktyka rynkowa nie została wymieniona w załączniku I, zachowanie przedsiębiorcy można ocenić z punktu widzenia przesłanek określonych w art. 5 ust. 4 w związku z art. 6 i art. 7 dla nieuczciwej praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd, bądź w art. 5 ust. 4 w związku z art. 8 i art. 9 dla agresywnej nieuczciwej praktyki rynkowej. Dopiero, gdy zachowania przedsiębiorcy objęte zakresem normowania dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych nie da się zakwalifikować jako praktyki wprowadzającej w błąd albo praktyki agresywnej, zastosowanie znajdują przesłanki z art. 5 ust. 2 tej dyrektywy. Do kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy jako praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd wystarczające jest zatem stwierdzenie, że spełnione są przesłanki określone w art. 6 ust. 1 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych. Wynika z tego, że praktyki rynkowe nazwane nie podlegają ocenie w świetle przesłanek nieuczciwości (sprzeczność z dobrymi obyczajami oraz zniekształcenie lub możliwość zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta), niezależnie od tego, że przed 25 grudnia 2014 r. przepis art. 4 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym stanowił, że za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd oraz agresywną praktykę rynkową, a także stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk, jeżeli działania te spełniają przesłanki określone w 4 ust. 1 ustawy. Wprost mowa też o tym w wyroku Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2015 r., III SK 24/14, w którym została przedstawiona ocena prawna stanu faktycznego, jaki zaistniał przed wskazaną zmianą ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Mając na względzie motywy, które wskazał w uzasadnieniu wyroku, o którym mowa, wyżej przytoczone, Sąd Najwyższy stwierdził, że stoi na stanowisku, że w sprawie, którą rozpoznawał, nie zachodziła konieczność oceny zachowania powoda w aspekcie ogólnej definicji nieuczciwej praktyki rynkowej z art. 4 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, mimo takiego nakazu wynikającego z dawnego brzmienia art. 4 ust. 2 tej ustawy. Do takiej konkluzji skłoniła Sąd Najwyższy unijna wykładnia przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Sąd Apelacyjny podziela przytoczoną argumentację Sądu Najwyższego.

Była już mowa o tym, że jako nieuczciwe praktyki rynkowe pozwanej powód wskazał na etapie postępowania w pierwszej instancji, po pierwsze, uzależnienie przyjęcia reklamacji telefonu od przedłożenia przez powoda karty gwarancyjnej (podczas gdy, jak podniósł, korzystał z rękojmi) i dowodu osobistego, po drugie, wprowadzanie powoda w błąd co do konieczności korzystania z gwarancji, pomimo możliwości korzystania z rękojmi, po trzecie, odmowę pisemnego potwierdzenia nieprzyjęcia wadliwego telefonu. W apelacji powód odwołuje się już tylko do kilkukrotnego uzależnienia przez pozwaną przyjęcia uszkodzonego telefonu od przedłożenia karty gwarancyjnej, podczas gdy miał prawo korzystać z rękojmi.

Analizowane w sprawie zachowanie pozwanej nie odpowiada żadnej z praktyk zawartych w tzw. czarnych listach praktyk, o których mowa w art. 7 i art. 9 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Nie może też być mowy, by odpowiadało którejkolwiek z agresywnych praktyk określonych w art. 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy to, że strony wraz z umową o świadczenie usług telekomunikacyjnych w dniu 5 marca 2010 r. zawarły umowę sprzedaży telefonu. Do sprzedaży telefonu miała bowiem zastosowanie ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz. U. Nr 141, poz. 1176 ze zm.; dalej: ustawa o sprzedaży konsumenckiej). Telefon został przecież sprzedany osobie fizycznej w celu nie związanym z działalnością zawodową lub gospodarczą, jak wynika z okoliczności sprawy, w zakresie działalności przedsiębiorstwa pozwanej (art. 1 ust. 1 ustawy o sprzedaży konsumenckiej). Ponieważ ustawa ta wyłączała przepisy o rękojmi przy umowie sprzedaży zawarte w Kodeksie cywilnym (art. 1 ust. 4 ustawy o sprzedaży konsumenckiej), w zakresie zgodności telefonu (jako towaru konsumpcyjnego) z umową mają zastosowanie przepisy ustawy o sprzedaży konsumenckiej regulujące odpowiedzialność sprzedawcy za zgodność towaru konsumpcyjnego z umową. W razie

niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową, kupujący mógł żądać doprowadzenia go do stanu zgodnego z umową przez nieodpłatną naprawę albo wymianę na nowy, chyba że naprawa albo wymiana są niemożliwe lub wymagają nadmiernych kosztów (art. 8 ust. 1 ustawy o sprzedaży konsumenckiej). Wskazana nieodpłatność naprawy i wymiany oznaczała, że sprzedawca ma również obowiązek zwrotu kosztów poniesionych przez kupującego, w szczególności kosztów demontażu, dostarczenia, robocizny, materiałów oraz ponownego zamontowania i uruchomienia (art. 8 ust. 2 ustawy o sprzedaży konsumenckiej). Jeżeli sprzedawca, który otrzymał od kupującego żądanie określone w art. 8 ust. 1 ustawy o sprzedaży konsumenckiej, nie ustosunkował się do tego żądania w terminie 14 dni, uważało się, że uznał je za uzasadnione (art. 8 ust. 3 ustawy o sprzedaży konsumenckiej). Jeżeli kupujący, z przyczyn określonych w art. 8 ust. 1 ustawy o sprzedaży konsumenckiej, nie mógł żądać naprawy ani wymiany albo jeżeli sprzedawca nie zdołał uczynić zadość takiemu żądaniu w odpowiednim czasie lub gdy naprawa albo wymiana narażała kupującego na znaczne niedogodności, miał on prawo domagać się stosownego obniżenia ceny albo odstąpić od umowy, lecz nie mógł od niej odstąpić, gdy niezgodność towaru konsumpcyjnego z umową była nieistotna (art. 8 ust. 4 ustawy o sprzedaży konsumenckiej). Gwarancja na sprzedany towar konsumpcyjny nie wyłączała, nie ograniczała ani nie zawieszala uprawnień kupującego wynikających z niezgodności towaru z umową (art. 13 ust. 4 zdanie drugie ustawy o sprzedaży konsumenckiej). Wynika z tego, że powodowi przysługiwał wybór uprawnień, z jakich chciał skorzystać z uwagi na niezgodność towaru konsumpcyjnego z umową (wadliwość sprzedanego telefonu).

Nie idzie tu jednak o praktykę rynkową polegającą na działaniu wprowadzającym w błąd, o którym mowa w art. 5 ust. 3 pkt 3 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. W ostatnio powołanym przepisie idzie wprawdzie o wprowadzające w błąd działanie, które dotyczy obowiązków pozwanej związanych z produktem w zakresie usług serwisowych i procedury reklamacyjnej (art. 5 ust. 3 pkt 3 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym), lecz zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, praktykę rynkową uznaje się za działanie wprowadzające w błąd, jeżeli działanie to w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie idzie o okoliczności, jakie zaistniały już po zawarciu umów z 5 marca 2010 r.

Jednakże w myśl art. 4 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. Dobre obyczaje, jak wskazano w doktrynie, są normami postępowania, które muszą być przestrzegane w działalności gospodarczej. Sprzeczna z dobrymi obyczajami jest praktyka niezgodna z prawem. Odczytanie wskazanego pojęcia dobrych obyczajów musi nastąpić w kontekście art. 2 lit. h dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych (przepis ten zawiera definicję staranności zawodowej, która oznacza standard dotyczący szczególnej wiedzy i staranności, których można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w jego relacjach z konsumentami, zgodnie z uczciwymi praktykami rynkowymi i/lub ogólną zasadą dobrej wiary w zakresie jego działalności). Omawiana praktyka pozwanej dotycząca uzależnienia przyjęcia reklamacji wadliwego telefonu od skorzystania z gwarancji w istotny sposób może potencjalnie zniekształcić rynkowe zachowania przeciętnego konsumenta już po zawarciu umowy. Nie będzie przecież korzystał z przysługujących mu uprawnień skierowanych względem przedsiębiorcy będącego sprzedawcą, który odsyła konsumenta w procesie reklamacyjnym na grunt gwarancji, niezależnie od tego, czy do innego podmiotu (to jest producenta udzielającego gwarancję, jak w rozpoznawanej sprawie, skoro pozwana twierdziła wobec powoda, że jest tylko pośrednikiem w sprzedaży telefonu), czy nawet w razie udzielenia gwarancji przez sprzedawcę. W każdym z obu wypadków rynkowe zachowanie przeciętnego konsumenta po zawarciu może być przecież zniekształcone przez zaniechanie korzystania z ustawowych uprawnień względem sprzedawcy. Uprawnienia, z których konsument będzie korzystał ograniczone bowiem zostaną do wynikających z gwarancji. Takie postępowanie pozwanej, jakie zostało ustalone w niniejszej sprawie, gdy idzie o reklamację wadliwego telefonu, zwłaszcza z uwagi na konsekwentne i długotrwałe odsyłanie konsumenta do uprawnień z gwarancji, do jakich uprawnienia powoda nie ograniczały się, ma taką siłę oddziaływania na przeciętnego konsumenta, stroną strukturalnie słabszą w stosunku cywilnoprawnym względem przedsiębiorcy, że należy ocenić je jako istotne, zniekształcające zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta.

Zasadnie więc powód zarzucił naruszenie art. 4 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, wskazując na nieuczciwą praktykę rynkową pozwanej.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jest to, że przeciwko powodowi toczy się postępowanie obejmujące wierzytelność określoną w nocie obciążeniowej, o której była mowa w rozpoznawanej sprawie. Działania w tym zakresie podejmuje inny podmiot, który stał się wierzycielem po nabyciu wierzytelności. Zagadnienie to wykracza też poza kwestię reklamacji telefonu.

Naruszenie interesu powoda, w tym długotrwałość stosowania nieuczciwej praktyki rynkowej i konsekwencja w jej stosowaniu, wymaga dla zniweczenia skutków nieuczciwej praktyki rynkowej pozwanej zastosowanej względem powoda zamieszczenia jednorazowego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie, wskazanego w sentencji wyroku Sądu Apelacyjnego. Uwzględnia to nie tylko interes powoda, ale też zbiorowy interes konsumentów chroniony ustawą o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Oświadczenie to dotyczyć powinno jednak jedynie postępowania reklamacyjnego związanego z wadliwym telefonem, skoro na etapie postępowania w drugiej instancji już tylko z tym działaniem pozwanej powód wiąże dochodzone roszczenie. Oświadczenie powinno być zamieszczone w terminie trzech miesięcy od prawomocności wyroku. Zważywszy na nieodwracalność skutków ogłoszenia zamieszczonego w prasie o lokalnym zasięgu (lokalny dodatek do ogólnopolskiego dziennika), docierającego do szerokiego konsumentów na lokalnym rynku, na którym pozwana stosowała nieuczciwą praktykę rynkową, strona mająca obowiązek złożenia oświadczenia musi mieć możliwość podjęcia decyzji w przedmiocie poddania kontroli trafności rozstrzygnięcia Sądu drugiej instancji, który powinien liczyć się z takim ustawowym uprawnieniem strony, które nie może być iluzoryczne. Termin do złożenia oświadczenia powinien więc przekraczać termin do wniesienia skargi kasacyjnej w razie podjęcia przez pozwaną decyzji o jej wniesieniu.

Nie jest natomiast zasadne żądanie zasądzenia kwoty 5.000 zł na wskazany cel społeczny. Stanowiłoby to nadmierną reakcję, mając na względzie również koszty publikacji oświadczenia. Należy mieć na względzie, że już ogłoszenie, o którym była mowa, prowadzi do ochrony interesów konsumentów. Nie można też abstrahować od tego, że mimo nieprzyjęcia telefonu już w lipcu 2010 r., w punkcie sprzedaży pozwanej wskazano jednak powodowi adres, na który może przesłać telefon, skoro nie ma karty gwarancyjnej. Powód to uczynił, ale zaniechał dalszych czynności, gdy nie doręczył pozwanej przesyłki z telefonem. Z jego przesłuchania wynika nieskuteczność przesłaniania przesyłki, która powróciła do nadawcy, zaś powód nie udowodnił, że niedoręczenie przesyłki nastąpiło z uwagi na odmowę jej przyjęcia przez pozwaną. Powód ponowił działanie dotyczące reklamacji telefonu dopiero wtedy, kiedy w marcu 2011 r. otrzymał notę obciążeniową. Późniejsze działanie pozwanej w odniesieniu do reklamacji telefonu znalazło wystarczającą reakcję w obowiązku złożenia oświadczenia.

Powód nie udowodnił całego rozmiaru szkody w zakresie uwzględnionym przez Sąd Okręgowy, której naprawienia trafnie domagał się na zasadach ogólnych. Sąd Apelacyjny odwołuje się do wcześniejszych uwag, że aktywacja karty SIM nastąpiła, a z połączeń wychodzących powód korzystał jeszcze pod koniec czerwca 2010 r. Z kolei koszt przesyłki zwróconej w 2010 r. nie może być uznany za szkodę, do której naprawienia pozwana byłaby obowiązana, skoro przesyłka była nieskuteczna. Dopiero koszt późniejszej przesyłki obciąża pozwaną, gdyż konsument miał prawo do reklamacji na koszt pozwanej, o czym była wcześniej mowa. Dlatego na zasadzie art. 471 kc, z uwagi na nienależyte wykonanie zobowiązania, pozwana odpowiada za szkodę tylko w granicach kwoty 5,70 zł.

Zaskarżony wyrok podlegał zatem zmianie na podstawie art. 386 § 1 kpc tak w zakresie rozstrzygnięcia o odszkodowaniu, jak i obowiązku złożenia oświadczenia.

W pozostałej części obie apelacje – jako bezzasadne – podlegały oddaleniu (art. 385 kpc).

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do jego wyniku (art. 100 kpc).

Zachodziła więc konieczność przyznania kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej powodowi z urzędu (§ 19 pkt 1 w związku z § 6 pkt 3 i § 11 ust. 1 pkt 2 w związku z § 2 ust. 3 w związku z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra

Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu – Dz. U. z 2013 r. poz. 461).

O nieuiszczonej przez powoda opłacie, w zakresie, w jakim apelacja została uwzględniona, orzeczono na podstawie art. 113 ust. 1 uksc.

SSO del. Arkadiusz Przybyło SSA Grzegorz Stojek SSA Aleksandra Janas