

*Sygn. akt VI ACa 457/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 20 stycznia 2015 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący – Sędzia SA Agata Zajac*

*Sędzia – SA Małgorzata Manowska (spr.)*

*Sędzia – SO del. Marcin Łochowski*

*Protokolant: – Izabela Nowak*

*po rozpoznaniu w dniu 20 stycznia 2015 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa T. P.*

*przeciwko (...) S.A. w W.*

*o zaniechanie*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 12 grudnia 2013 r.*

*sygn. akt IV C 1664/12*

1. *prostuje oczywistą pomyłkę w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w ten sposób, że każdorazowo w miejsce (...) S.A.” wpisuje (...) S.A. w W.”;*
2. *zmienia zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że:*
  - a) *nakazuje pozwanemu (...) S.A. w W. zaniechanie stosowania nieuczciwej praktyki rynkowej, polegającej na odtwarzaniu, przed każdym nawiązaniem przez konsumenta połączenia głosowego, głosowego komunikatu informującego o stanie konta i konieczności jego uzupełnienia w celu wykonywania dalszych połączeń, po wykorzystaniu pozostałej na koncie kwoty;*
  - b) *nakazuje pobranie od (...) S.A. w W. na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Warszawie kwoty 30 zł (trzydzieści złotych) tytułem nieuiszczonej opłaty od pozwu;*
3. *zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz T. P. kwotę 30 zł (trzydzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

### *VI ACa 457/14 UZASADNIENIE*

Pozwem z dnia 19 listopada 2012 roku T. P. wystąpił przeciwko (...) S.A. z siedzibą w W., na podstawie art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym o nakazanie przez Sąd zaniechania przez pozwanego odtwarzania głosowych komunikatów o treści: „ stan twojego konta wynosi... (ilość pozostałej kwoty do wykorzystania w systemie prepaid; w celu wykonywania dalszych połączeń, po wykorzystaniu tej

kwoty, uzupełnij swoje konto” lub „stan twojego konta wynosi ... (ilość pozostałej kwoty do wykorzystania w systemie prepaid; aby móc swobodnie dzwonić i smsować uzupełnij swoje konto” lub podobnych przed nawiązaniem każdej rozmowy telefonicznej, niezależnie od stanu posiadanych przez powoda jednostek taryfikacyjnych.

Według powoda stosowana przez pozwanego praktyka odtwarzania komunikatu o wyżej wskazanej treści stanowi nieuczciwą praktykę w rozumieniu art. 8 i 9 pkt 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. W ocenie powoda stosowana przez pozwanego praktyka to rodzaj agresywnej praktyki polegającej na uciążliwym nakłanianiu konsumenta do nabycia produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki porozumiewania się na odległość. Jego zdaniem, konieczność wysłuchiwanie głosowych komunikatów nie ma na celu informowanie powoda o stanie jego konta w systemie prepaid, a jedynie ma prowadzić do zmuszania powoda do zakupu nowych jednostek taryfikacyjnych umożliwiających prowadzenie dalszych rozmów.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa. Pozwany zaprzeczył twierdzeniom pozwu, wskazał, że roszczenie nim objęte jest niezasadne w całości, jako niemające oparcia zarówno w stanie faktycznym jak i prawnym niniejszej sprawy. Pozwany zakwestionował roszczenie co do zasady. Zdaniem pozwanego twierdzenie powoda są oczywiście chybione. Powód dokonuje wybiórczej interpretacji ustawy, nie uwzględnia całości regulacji dotyczącej nieuczciwych praktyk rynkowych.

Pozwany wskazał, że celem komunikatu jest uprzedzenie klienta, którego stan konta w systemie prepaid jest na minimalnym poziomie, że w przyszłości będzie miał ograniczoną co do zakresu możliwość korzystania z usług w ramach zawartej z pozwanym umowy. Tym samym klient, który nie korzysta z innych możliwości poczynienia tego rodzaju ustaleń, nie jest zaskoczony w momencie wyczerpania środków na koncie lub upływu ważności konta, brakiem możliwości wykonania połączenia, wysyłania SMS lub przesłania danych (ewentualnie skorzystania z innej dodatkowej usługi pozwanego, z którą wiąże się obowiązek poniesienia opłaty). Pozwany zaprzeczył, jakoby komunikat o treści powyższej był odtwarzany przed nawiązaniem każdego połączenia głosowego.

Wyrokiem z dnia 12 grudnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo.

Sąd I instancji ustalił, że powód korzysta z usług telekomunikacyjnych świadczonych przez (...) S.A. z siedzibą w W. w systemie prepaid w ramach obsługiwanej przez pozwanego sieci komórkowej (...) (oferta (...) na kartę). Numer telefonu, który został przydzielony powodowi po zakupie karty SIM to + (...).

System (...) na kartę jest systemem prepaid polegającym na przedpłatach za wykonane usługi (opłata jest pobierana z góry), dlatego też wymaga on systematycznego uzupełniania (doładowanie) konta (np. przez zakup kuponu papierowego lub elektronicznego, on-line przez Internet, bankomat, terminal płatniczy, rachunek bankowy) w okresie ważności konta oraz przedłużania daty jego ważności przy pomocy kuponów papierowych i elektronicznych oraz doładowań elektronicznych. Opłaty za wykonane usługi są automatycznie, na bieżąco odejmowane z konta. Oprócz możliwości wykonywania i odbierania połączeń, wysyłania i odbierania SMS-ów i MMS-ów oraz transmisji danych, system umożliwia korzystanie z określonych usług dodatkowych. Częstotliwość korzystania z poszczególnych usług pozwanego pozostaje wyłącznie sferze decyzyjnej klienta.

Klient pozwanego, któremu kończy się termin ważności konta ma możliwość wyłącznie na odbieranie połączeń i SMS-ów. Po upływie ważności konta oraz po wyczerpaniu środków na koncie w okresie jego ważności klient nie ma możliwości wykonywania połączenia telefonicznych z wyłączeniem numeru alarmowego oraz wykonania połączenia w celu doładowania konta.

Klientom ofert prepaidowej pozwanego odgrywany jest komunikat o stanie konta przed faktycznym zainicjowaniem połączenia wyłącznie w przypadku, gdy stan konta wynosi 3 zł.

Powód przed nawiązaniem połączenia głosowego, gdy stan konta wynosił 3 zł zmuszony był do wysłuchania głosowego komunikatu o treści „ stan twojego konta wynosi... (ilość pozostałej kwoty do wykorzystania w systemie prepaid);

w celu wykonywania dalszych połączeń, po wykorzystaniu tej kwoty, uzupełnił swoje konto”. Jeśli powód nie miał środków na koncie mógł łączyć się tylko z jedynym numerem, z którym połączenia były darmowe.

Powód wybrał ten system i operatora z uwagi na możliwość darmowych połączeń z jednym wybranym numerem. W tym przypadku był to nr partnerki powoda, z którym powód bardzo często się łączył, bez konieczności doładowania konta.

Sąd Okręgowy uznał roszczenie powoda za bezzasadne.

Sąd I instancji wskazał, że w myśl art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku 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.

W przypadku czynów nieuczciwej konkurencji, punktem odniesienia dla ustalenia ich nieuczciwości jest sprzeczność z prawem lub z dobrymi obyczajami. Ustawa ta odwołuje się do pojęcia dobrych obyczajów, a nie do koncepcji staranności zawodowej. Ustawodawca pomija przesłankę sprzeczności z prawem. Jest to ewidentne niedopatrzenie i nie powinno ulegać wątpliwości, iż sprzeczności danej praktyki rynkowej z prawem będzie prowadzić do uznania danego działania lub zaniechania za nieuczciwą praktykę. Do zaistnienia nieuczciwej praktyki rynkowej wystarczająca jest sprzeczność z prawem lub alternatywnie sprzeczność z dobrymi obyczajami. Istotne jest jednak to, że z nieuczciwą praktyką rynkową będziemy mieli do czynienia także wtedy, gdy dany czyn jest zgodny z prawem, ale jest sprzeczny z dobrymi obyczajami. Jeżeli zatem przedsiębiorca spełnia formalne wymogi działalności związanej z produktem, a mimo to, jego zachowania wprowadzają w błąd lub mają charakter agresywnej praktyki, to takie zachowania mogą zostać uznane za nieuczciwą praktykę rynkową, właśnie z powodu sprzeczności z dobrymi obyczajami.

Sąd Okręgowy uznał, że nie każde działanie lub zaniechanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami daje podstawę do przyjęcia, że doszło do popełnienia nieuczciwej praktyki rynkowej, tylko takie naruszenie przepisów (dobrych obyczajów), które zniekształca lub może zniekształcić w sposób istotny zachowanie przeciętnego konsumenta.

Zgodnie z art. 2 lit e Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/29/WE z dnia 11.05. 2005 roku o nieuczciwych praktykach handlowych istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumentów oznacza wykorzystywanie praktyki rynkowej w celu znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął. To ujęcie przyjęte w Dyrektywie ma tożsame znaczenie z istotnym zniekształcenie zachowania rynkowego na gruncie niniejszej ustawy.

Wprowadzenie elementu istotnego zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta ma służyć eliminacji naruszeń bagatelnych. Nieuczciwa praktyka rynkowa ma zniekształcać i to w sposób istotny, zachowanie przeciętnego konsumenta. Zniekształcenie to polega na ograniczeniu lub wyeliminowaniu zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej zawarcia umowy. Formy tego zniekształcenia mogą być różne od przymusu, po działanie lub zaniechania wprowadzające w błąd. Wprowadzające w błąd praktyki rynkowe dzieli się na działania wprowadzające w błąd i zaniechania wprowadzające w błąd.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 w/w ustawy praktykę rynkową uznaje się za agresywną jeżeli poprzez niedopuszczalny nacisk (wykorzystanie przewagi wobec konsumenta), w znaczny sposób ogranicza lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu, i tym swym powoduje lub może powodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Ustęp 3 stanowi, że przy ocenie, czy praktyka rynkowa jest agresywna, należy uwzględnić wszystkie jej cechy i okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, a w szczególności:

1. Czas, miejsce, lub uciążliwość danej praktyki;

2. Celowe wykorzystanie przez przedsiębiorcę przymusowego położenia konsumenta lub innych okoliczności na tyle poważnych, że ograniczają one zdolność konsumenta do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej umowy;
3. Uciążliwe lub niewspółmierne bariery pozaumowne, które przedsiębiorca wykorzystuje, aby przeszkodzić konsumentowi w wykonaniu jego praw umownych, w tym prawa do odstąpienia i wypowiedzenia umowy lub do rezygnacji na rzecz innego produktu lub przedsiębiorcy;
4. Groźby podjęcia działania niezgodnego z prawem lub użycie obraźliwych sformułowań bądź sposób zachowania.

Agresywna praktyka rynkowa prowadzi do ograniczenia lub możliwość ograniczenia swobody wyboru przeciętnego konsumenta. Do wykazania, iż mamy do czynienia z agresywną praktyką rynkową, nie jest konieczne udowodnienie wystąpienia owego ograniczenia, ale wystarczająca jest sama ewentualność wystąpienia ograniczenia możliwości wyboru przez przeciętnego konsumenta.

Sąd Okręgowy wskazał, że powołana Dyrektywa rozróżnia trzy formy oddziaływania na konsumenta stanowiące przejaw agresywności praktyki handlowej: uciążliwość, przymus i bezprawny nacisk. Stosowany nacisk ma być niedopuszczalny, tj. nacisk który jest sprzeczny z prawem, przy czym wskazana bezprawność należy rozumieć szeroko, jako sprzeczność z prawem i dobrymi obyczajami. Niedopuszczalny nacisk może polegać na użyciu siły fizycznej (przymus fizyczny) lub wywarceniu presji psychicznej na konsumenta (przymus psychiczny). Pod tym pojęciem należy rozumieć każdy rodzaj perswazyjnego przymusu, wykorzystującego słabość drugiej strony.

Jednym z rodzajów agresywnych praktyk rynkowych są wymienione w art. 9 pkt 3 uciążliwe i niewywołane działaniem lub zaniechaniem konsumenta nakłanianie do nabycia produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki porozumiewania się na odległość, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie dozwolonych przez obowiązujące przepisy. Przepis ten jest regulacją mającą na celu zwalczanie niezamówionych informacji handlowych (spamu). Praktyka opisana w tym przepisie zajdzie zastosowanie wtedy, gdy konsument nie wyraził zgody na otrzymywanie takich informacji. Artykuł ten potwierdza, iż możliwe jest kontaktowanie się z konsumentem za pośrednictwem środków porozumiewania się na odległość w celu egzekwowania zobowiązań przyjętych przez konsumenta. Owo egzekwowanie musi być jednak zgodne z prawem, np. przepisami o egzekucji zawartymi w k.p.c.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Sąd Okręgowy wskazał, że powód jako użytkownik telefonu na kartę w sieci pozwanego, zgodził się to, aby usługa była świadczona w tzw. systemie prepaid. System ten polega na sprzedaży określonych towarów lub usług na zasadach przedpłaty. Opłata jest wnoszona z góry, natomiast wykorzystanie nabytych jednostek jest możliwe przez czas określony przez operatora. System ten wymaga systematycznego uzupełniania konta w okresie jego ważności oraz przedłużania daty jego ważności przy pomocy kuponów papierowych i elektronicznych oraz doładowań elektronicznych. Po tym okresie konieczne jest ponowne uzupełnienie konta. Klient, któremu kończy się okres ważności konta może jednak odbierać połączenia i smsy przez kilka miesięcy po utracie ważności konta. Po upływie ważności konta oraz po wyczerpaniu środków na koncie nie ma możliwości wykonywania połączeń telefonicznych z wyłączeniem numeru alarmowego oraz wykonania połączenia w celu doładowania konta. Poza tym w momencie, gdy powód nie miał środków na koncie mógł łączyć się tylko z jednym numerem, z którym połączenia były darmowe i jak wskazał – właśnie dlatego skorzystał z oferty pozwanego.

Zdaniem Sądu I instancji pozwany nie wykazał, że działanie pozwanego stanowi zakazaną agresywną praktykę rynkową. Praktyka stosowana przez (...) S.A. w W. jest zgodna z dobrymi obyczajami. Pozwany w dobrej wierze w ściśle określonych przypadkach, gdzie komunikat o określonej treści jest uzasadniony, uprzedza swoich klientów, których stan konta w systemie prepaid jest na minimalnym poziomie, że w przyszłości będzie miał ograniczoną możliwość korzystania z usług w ramach zawartej z pozwanym umowy. Klient, który nie korzysta z innych możliwości poczynienia tego rodzaju ustaleń, nie jest zaskoczony w momencie wyczerpania środków na koncie lub upływu ważności konta, brakiem możliwości wykonywania połączenia, wysłania wiadomości tekstowych, przesłania danych. Nie sposób też uznać, według Sądu I instancji, że odtwarzanie komunikatu wydłuża proces nawiązania połączenia skoro komunikat

trwa około 10 sekund. Poza tym w chwili, gdy powód nie miał środków na koncie, mógł bezpłatnie łączyć się z jednym wybranym numerem.

Takie działanie nie zniekształca, zdaniem Sądu Okręgowego, zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta. Nie sposób bowiem przyjąć, że poprzez uprzedzenie klientów o potencjalnym braku możliwości pełnego korzystania z usług na skutek wyczerpania się środków na koncie, w sposób bezprawny wpływa na sferę decyzyjną konsumenta, w taki sposób, że jest on przymuszony, tj. nie posiada on pełnej swobody w decydowaniu w sprawie kontynuowania umowy z pozwanym bądź wyboru oferty innego dostawcy usług. Odtwarzany komunikat nie może być utożsamiany, jak uznał Sąd I instancji, z niedopuszczalnym naciskiem, pod wpływem którego konsument ma ograniczoną swobodę wyboru co do zakupu usług telekomunikacyjnych. Taki skutek w niniejszym przypadku nie zachodzi.

Sąd Okręgowy uznał także, że stosowana przez pozwanego praktyka nie jest działaniem nieuczciwym, jest bowiem formą informacji zgodną z prawdą, która nie wprowadza użytkownika usług telekomunikacyjnych w błąd. W analizowaniu przypadku powód nie był do niczego przymuszany, działanie pozwanego nie ma nic wspólnego z agresywną praktyką.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód.

W apelacji zarzucił naruszenie:

1. Art. 9 pkt 3 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, przez błędne przyjęcie, że określone w tym przepisie działania pozwanego należy interpretować przez pryzmat pozostałych przepisów ustawy, a mianowicie przy uwzględnieniu dobrych obyczajów, istotnego zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta oraz wprowadzenia go w błąd;
2. Prawa procesowego przez błędne ustalenie, że powód nie posiadał środków pieniężnych w systemie pre – paid, niezbędnych do wykonywania połączeń telefonicznych;

W konkluzji skarżący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja zasługuje na uwzględnienie, za wyjątkiem żądania rozstrzygnięcia o kosztach procesu za pierwszą instancję w sposób wskazany przez apelującego.

Wbrew twierdzeniom powoda, Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił te okoliczności faktyczne sprawy, które miały istotny wpływ na rozstrzygnięcie. Dlatego Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego i przyjmuje je za własne. Okoliczność natomiast, czy powód posiadał, czy nie posiadał na koncie środków finansowych nie ma o tyle znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, że brak tych środków nie usprawiedliwiałby stosowania przez pozwanego agresywnej praktyki rynkowej.

Co do zasady Sąd I instancji dokonał prawidłowej wykładni przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Nieprawidłowo jednak uznał Sąd Okręgowy, że warunkiem koniecznym dla uznania agresywnej praktyki rynkowej za nieuczciwą praktykę rynkową, jest dodatkowe stwierdzenie jej bezprawności bądź sprzeczności z dobrymi obyczajami.

Zasadnie podnosi skarżący, że agresywne praktyki rynkowe zawierają się w tzw. czarnym katalogu obejmującym takie zachowania przedsiębiorcy na rynku, które już same w sobie stanowią nieuczciwe praktyki rynkowe. Wynika to wprost z definicji nieuczciwej praktyki rynkowej zawartej w art. 4 ustęp 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym oraz z definicji nieuczciwej praktyki handlowej zawartej w art. 5 ustęp 4 pkt b 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 [...].

Stwierdzenie zatem, że przedsiębiorca stosuje agresywną praktykę rynkową musi prowadzić do uznania, że praktyka ta jest jednocześnie praktyką nieuczciwą. W tym kontekście Sąd Okręgowy bezzasadnie nie zastosował art. 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, ani też art. 8 i 9 Dyrektywy 2005/29/WE z dnia 11 maja 2005 r., gdyż błędnie uznał, że zachowanie rynkowe pozwanego nie zawiera znamion agresywnej praktyki rynkowej.

W toku sprawy ustalone zostało, że (...) S.A. nadawał klientom ofert systemu prepaid komunikat o stanie konta przed zainicjowaniem każdego połączenia, gdy stan konta wynosił 3 zł. Powód zatem przed nawiązaniem każdego połączenia głosowego, gdy stan konta wynosił 3 zł (bądź mniej) zmuszony był do wysłuchania około 10 sekundowego głosowego komunikatu o treści „ stan twojego konta wynosi... (ilość pozostałej kwoty do wykorzystania w systemie prepaid); w celu wykonywania dalszych połączeń, po wykorzystaniu tej kwoty, uzupełnił swoje konto”. Takie zachowanie, zdaniem Sądu Apelacyjnego z pewnością stanowi nękanie. Powód, nawet gdy nie miał środków na koncie mógł łączyć się z jednym numerem, z którym połączenia były darmowe, a był to numer jego ówczesnej przyjaciółki. Doświadczenie życiowe wskazuje zatem, że takich telefonów mógł wykonywać kilka bądź nawet kilkanaście w ciągu dnia. Do tego dochodzą krótkie rozmowy bądź tzw. „wysyłanie sygnałów” w ramach posiadanych jeszcze na koncie 3 zł. Zmuszanie powoda przed każdą rozmową do wysłuchania około 10 sekundowego tego samego komunikatu należy uznać za tak irytujące, że mające charakter nacisku, w dodatku nacisku znacznie ograniczającego swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowania względem produktu. Konsument bowiem, zmęczony ciągłym wysłuchiowaniem komunikatu pozwanego i chcąc uniknąć tej sytuacji, doładowuje konto nie dlatego, że ma taką potrzebę, ale po to, żeby komunikatu tego nie wysłuchiwać. To natomiast oznacza, że natarczywe nadawanie komunikatu o stanie konta i konieczności jego uzupełnienia może powodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Podkreślenia natomiast wymaga, że skoro powód – w ramach oferty pozwanego – mógł wykonywać darmowe rozmowy z jednym numerem telefonu i nie miał obowiązku doładowywać konta po to, aby móc łączyć się także z innymi numerami telefonów, to mógł nie być zainteresowany uzupełnieniem stanu konta. Na skutek jednak nieuczciwych działań rynkowych, mógł zmienić swoje nastawienie do nabytego produktu i zasilić konto.

Powyższe wskazuje, że ze strony pozwanego spełnione zostały przesłanki, o jakich mowa w art. 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym oraz w art. 8 i 9 Dyrektywy 2005/29/WE. Zachowanie pozwanego, polegające na uporczywym nadawaniu komunikatów głosowych było nękaniami ograniczającym swobodę wyboru konsumenta i kształtującym jego zachowania rynkowe. Działanie pozwanego miało charakter uporczywy, gdyż czas i ilość komunikatów uzależniona była od ilości rozmów przeprowadzonych przez konsumenta. Ponadto wiadomość głosowa pojawiała się nie periodycznie – w jakimś rozsądnym okresie czasu, ale dopóty dopóki konsument nie doładował konta, przed każdą rozmową telefoniczną. Konsument nie mógł zatem zrezygnować z „przypomnienia” o konieczności uzupełnienia konta tak, jak to się dzieje w przypadku powiadomień smsowych. Dodatkowo taki rodzaj zachowania rynkowego w sposób istotny wkraczał w sferę prywatną konsumenta, gdyż de facto ingerował w każdą przeprowadzaną przez niego rozmowę telefoniczną. Przeciwnie zatem do tego, co uznał Sąd Okręgowy, zachowanie pozwanego nie było wyrazem troski o dobro konsumenta (wydukowanemu konsumentowi wystarczyłby jeden komunikat przypominający o konieczności uzupełnienia konta), ale wyrazem chęci przymuszenia konsumenta do doładowania konta, co przynosiło zyski pozwanemu.

Uznając zatem argumenty apelacji za uzasadnione, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 par. 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok uwzględniając powództwo w całości.

Sąd Apelacyjny nie uwzględnił w rozstrzygnięciu o kosztach za pierwszą instancję wydatków poniesionych przez powoda na dojazdy do W.. Wniosek o zwrot tych kosztów wraz z biletami, złożony został już po zamknięciu rozprawy przed Sądem Okręgowym, co powoduje, że wniosek ten by spóźniony w świetle art. 109 par. 2 k.p.c. Fakt, że powód przypomniał sobie o konieczności złożenia wniosku o zwrot kosztów (obowiązek ten wynika z art. 98 k.p.c.) już po zamknięciu rozprawy, nie jest ważną przyczyną uzasadniającą jej otwarcie na nowo.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. przy czym podkreślić należy, że powód ponownie nie złożył i nie umotywował wniosku o zwrot kosztów dojazdu do sądu.