

РЕШЕНИЕ

№ 2426

гр. София, 04.05.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 27 състав, в
публично заседание на 17.04.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Аглика Адамова

при участието на секретаря Цветанка Митакева, като разгледа дело номер **1136** по описа за **2012** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145-178 АПК .

Жалбоподателят [фирма] оспорва заповед № 1062/02.11.2011г. на Председателя на Комисия за защита на потребителите, с която на дружеството е забранено да прилага нелоялна агресивна търговска практика, а именно: предоставянето на заблуждаваща информация на потребителите относно правото им да развалят договора, целяща пропускането на срока, в който потребителите могат да прекратят договора си с оператора и впоследствие договорите да бъдат автоматично подновени от оператора противно на желанието на потребителите, като по този начин лишават потребителите да направят своя информиран избор и да изберат друга услуга или друг мобилен оператор, в нарушение на чл. 68в във връзка с чл. 68г, ал.4, чл.68д, ал.1 и чл. 68д, ал.2, т.7 (правата на потребителя,... включително правото му да развали договора.

Жалбоподателят твърди, че не е проведено производство с оглед установяването на търговска практика, провеждана от М. ЕАД като агресивна нелоялна такава. Заключениеята на контролния орган се базират изцяло на данни от друго производство, което е самостоятелно и независимо и към момента не е завършило. Поведението на М. ЕАД не е индивидуализирано по начин, даващ възможност да се разбере какво точно от описаното в мотивите поведение на М. ЕАД се счита като агресивна нелоялна търговска практика. Забраната се състои единствено в цитиране на дефинитивната за понятието „агресивна" практика разпоредба на чл. 68з от ЗЗП. В този смисъл липсва и реална възможност самата заповед да бъде изпълнявана, след като на адресата ѝ не става ясно точно в какво се състои твърдяната като нелоялна практика. Изтъква се, че

в процеса на издаване на заповедта са допуснати нарушения на разпоредбите на чл.24, чл.25, чл.26, чл.34 и чл.35 от АПК, което основание за нейната отмяна на основание чл.146.т.3 от АПК. Не е посочена начална дата на производството, а до момента на издаване на заповедта - 02.11.2011 г. е изминал срок, надвишаващ значително всички посочени в чл.57 от АПК срокове. М. ЕАД не е уведомен за началото на производството, в противоречие на правилото на разпоредбата на чл.26, ал.1 от АПК. В този смисъл, М. ЕАД като страна в това производство е била лишена от участие в него, което е в нарушение на нормата на чл.34, ал.1 от АПК. Издаването на оспорения индивидуален административен акт не било съобщено в законовия 3-дневен срок от издаването му. Поддържа се и нарушение на материалния закон. Описаната в заповедта фактическа обстановка не отговаряла на действителната такава, като липсвали доводи в мотивите на заповедта кое именно поведение на жалбоподателя и на кои именно обичайни и възприемани като добросъвестни професионални практики то противоречи. Не ставало ясно дали посочените в мотивите други две жалби са подадени от жалбоподатели, отговарящи на изискванията на чл.178, ал.2 от ЗЗП.

Ответникът – Председателят на Комисия за защита на потребителите чрез процесуалния си представител оспорва жалбата.

Съдът, след като обсъди събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните и ги прецени в тяхната съвкупност, намира за установено от фактическа страна следното:

На 01.07.2011г. в КЗП РД Р. е постъпила жалба от Р. Д. Г., от [населено място]. Същата е заведена под № Р-03-1238. В изложението по жалбата си, потребителката заявява, че на 27.06.2011г. и повторно на 01.07.2011 г. е посетила офиса на „М-тел" - [населено място] за да подаде предизвестие за прекратяване на договор № 10628526, подписан на 07.08.2010г. Предизвестие е приложено към жалбата, върху него е положен подпис на М. М. и печат на М. под писмено изявление, което гласи, че договорът изтича на 22.07.2011г. и не е спазен срокът на едномесечното предизвестие. Потребителката сочи, че заявлението и не било прието, с мотив, че договорът е автоматично подновен, което я задължава да бъде клиент на [фирма] или да заплати неустойка в размер 12 месечни такси /9.90 лв. на месец/ за прекратяване на договора преди изтичането му. И при двете посещения в магазина, служителите на оператора са я информирали, че договорът е автоматично подновен, тъй като не е подала предизвестие преди датата 22.06.2011г. Потребителката заявява в жалбата си, че сключеният договор е с дата на подписване 07.08.2010г., а приложението към договора е с дата на подписване 22.07.2010г., като според т.5.1 от договора, срокът за който се сключва договора /12 месеца/ започва да тече от датата на първата таксуваща фактура след датата на подписване на договора за SIM карти, придобити преди датата на сключване на договора /каквото е и случая на потребителката/. В изявлението по жалбата си потребителката заявява, че при посещението си в офиса на „М-тел" и било отказана информация за първата таксуваща фактура, както и обяснения по съдържанието и условията на договора. Към жалбата си прилага първа таксуваща фактура след датата на подписване на договора, която е с дата 09.08.2010г., като твърди, че предизвестие за прекратяване на договора следва да бъде подадено до 09.07.2011г. В жалбата си потребителката изразява мнение, че това съгласувано поведение на оператора, чрез неговите служители е индикация за предварително подготвено поведение целящо пропускането от нейна страна на срока 09.07.2011г., след което договора да бъде подновен напълно законово. Искането по жалбата е прекратяване на договора и

санкциониране на оператора за прилагане на подвеждащи търговски практики и умишлено укриване на важна информация.

Договор № Г0628526 между Р. Г. и жалбоподателя е подписан на 07.08.2010г и по силата му операторът предоставя услуги чрез своята обществена мобилна наземна мрежа съгласно Общи условия за взаимоотношенията между [фирма] и абонатите и потребителите на обществените мобилни наземни мрежи на [фирма] по стандарти GSM и UMTS и приложенията, представляващи неразделна част от договора. Съгласно т.4.1. от договора, до изтичане на срока по т.5.1 абонатът няма право да прекратява едностранно договора. В т.5.1 от договора е посочено, че той се сключва за 12 месеца, считано от датата на подписването му – за SIM карти, придобити на и след тази дата или от издаване на първата таксуваща фактура след сключването на договора – за SIM карти, придобити преди датата на сключване на договора. Преди изтичане на срока по предходната точка абонатът няма право да прекратява договора, освен след заплащане на дължимата неустойка. Действието на договора се продължава автоматично за срок от 1 година, при същите условия, ако 1 месец преди изтичане на срока по т.5.1 нито една от страните не отправи писмено предизвестие за прекратяването му.

Представено е приложение № 1 към договора – условия за ползване на тарифни планове М-tel С. 250 и SIM карта с определен номер. Приложението е подписано на 22.07.2010г.

Представена е фактура № [ЕГН], издадена на 09.08.2010г. от М. ЕАД на Р. Д. Г. за периода 07.07.2010г. – 06.08.2010г.

По повод жалбата на 07.07.2011г. инспектори на КЗП РД Р. са извършили проверка на магазин за мобилни апарати и услуги „М-тел“ [населено място], [улица], като с Констативен протокол № 111326 са запознали управляващия с жалбата и отправените претенции на потребителя. При проверката в обекта е установено, че в информационната система на „М-тел“ не е отразено, че потребителната е подала предизвестие за прекратяване на договор № Г0628526, като към момента на проверката същият е автоматично подновен, тъй като е бил сключен на 22.07.2010г. Заместник-управителят на обекта М. М. е заявил, че предизвестие не е прието, защото не може да бъде отразено в системата, тъй като договорът е бил автоматично подновен. С протокола е изискано становище по жалбата, както и заверени копия от договора и приложенията към него и от първата таксуваща фактура.

Представено е решение по т. 5 от протокол № 46 на КЗП от 13.10.2011г., съгласно което [фирма] използва нелоялна агресивна търговска практика по смисъла на чл. 68д, ал.1, предл. 2, вр. чл. 68д, ал.2, т.7 – „правата на потребителя... включително правото му да развали договора” от ЗЗП, а именно: търговецът заблуждава или е в състояние да въведе в заблуждение средния потребител относно правото му да развали договора, целяща пропускането на срока, в който потребителите могат да прекратят договора си с оператора и в следствие договорите да бъдат автоматично подновени от оператора противно на желанието на потребителите, като по този начин лишават потребителите да направят своя информиран избор и да изберат друга услуга или друг мобилен оператор

В мотивите е описана посочената по-горе жалба. Посочено е още, че на 26.07.2011 г. [фирма] изпраща становище, като заявява, че е извършена проверка по жалбата и видно от приложения договор и приложение №1 - неразделна част от него, същият е сключен на 22.07.2010 г. и съгласно клаузите в него, той се подновява автоматично за 12 месеца,

в случай, че нито една от страните не го прекрати един месец преди изтичане на указания срок. Операторът заявява, че тъй като в компанията няма постъпило писмено предизвестие за прекратяване на договора в уговорения срок, към 22.06.2011г., той е автоматично подновен и е със срок 22.07.2012г и отказва да прекрати договора. В становището си операторът отправя и покана към потребителната да се възползва от правото си по чл.59 от Общите условия за взаимоотношенията между [фирма] и абонатите и потребителите на обществените мобилни наземни мрежи на [фирма] по стандарти GSM и UMTS /ОУ/ и да отправи изрична жалба към оператора, на която щяло да се отговори в законоустановения срок. В становището си операторът не дава обяснения по съдържанието и условията на договора, касаещи сроковете по прекратяването му. Не прилага и изисканата с КП първа таксуваща фактура на потребителната.

Комисията за защита на потребителите, въз основа на събраните документи по преписката, е установила следното: Потребителката има сключен договор с [фирма] № Г0628526 на дата 07.08.2010г. със срок 12 месеца. Към договора има подписано Приложение № 1 Условия за ползване на тарифни планове М-tel С. 250 с дата 22.07.2010 г., определящо характеристиките на избрания абонаментен план, но и срочността на договора. Съгласно т.5.1 от договор № Г0628526 „Този договор се сключва за срок от 12 месеца, считано от датата на подписването му - за SIM карти, придобити на и след тази дата или от издаване на първата таксуваща фактура след сключване на настоящия договор - за SIM карти, придобити преди датата на сключване на настоящия договор." Прието е, че на 01.07.2011г. потребителката е посетила офиса на М-тел с цел подаване на предизвестие за прекратяване на договора /приложено към жалбата с резолюция и печат от служител на [фирма]/ но същото не е прието и не е заведено в информационната система на оператора. Потребителната посещава офиса на операторът в [населено място], [улица] на 01.07.2011г. и подава предизвестие /приложено към преписката/, но същото не е прието, тъй като договорът автоматично е подновен на 22.07.2011 г. В становището си до КЗП, операторът потвърждава, че договорът е автоматично подновен, тъй като в компанията няма постъпило писмено предизвестие за прекратяване на договора в уговорения срок, към 22.06.2011г., той е автоматично подновен и е със срок 22.07.2012г. Незнайно по какви съображения, операторът приема датата на подписаното приложение към договора 22.07.2010г., за дата на подписване на договора, която е различна /07.08.2011 г./, като сам той е уговорил в индивидуално сключения договор с потребителя датата на сключването му /07.08.2010г./ и срочността му /т.5.1./

Според комисията, фиксирането на различни дати в сключването на договори и приложенията към тях, както и уговарянето на допълнителни срокове определящи срочността на договорите, чрез клаузи в самите договори създава объркване и заблуждава средния потребител, който би взел или е възможно да вземе търговско решение, което не би взел без използването на тази търговска практика. За средния потребител не слава ясно кога точно трябва да подаде писмено предизвестие за прекратяване на договора и коя дата ще бъде приета от оператора за дата на сключване на договора /дата на подписаното споразумение, датата на договора, или срока, определен в т.5.1./ за да подаде месец преди това предизвестие за прекратяване на договора. В голямата си част от жалбите постъпващи в КЗП РД Р. и касаещи прекратяване на договор, както и в устно правени консултации с инспекторите, потребителите заявяват, че посещават на няколко пъти офисите на М-тел с цел

прекръпяване на договорите, но предизвестията не се приемат с мотив, че потребителите или са дошли на по-ранна дата, а в последствие са закъснели с подаването на предизвестие. Към преписката са приложени 2 бр. жалби / на Д. Г. М. – У. от [населено място] от 12.05.2011г. и на Б. И. от [населено място] от 09.06.2011г./, в чиито изложения потребителите заявяват, че са посещавали офисите на М-тел с цел подаване на предизвестия за прекръпяване на договори, но същите не са приемани или са давани уклончиви дати, на които трябва да се посети офис на М-тел /Р-03-903 и Р-03-1065/. Според комисията, всички гореописани действия на търговеца променят или е възможно да променят съществено икономическото поведение на средния потребител, когото засягат или към когото са насочени.

С оспорената заповед № 1062/02.11.2011г. на Председателя на Комисия за защита на потребителите, на дружеството е забранено да прилага нелоялна агресивна търговска практика, а именно: предоставянето на заблуждаваща информация на потребителите относно правото им да развалят договора, целяща пропускането на срока, в който потребителите могат да прекратят договора си с оператора и в последствие договорите да бъдат автоматично подновени от оператора противно на желанието на потребителите, като по този начин лишават потребителите да направят своя информиран избор и да изберат друга услуга или друг мобилен оператор, в нарушение на чл. 68в във връзка с чл. 68г, ал.4, чл.68д, ал.1 и чл. 68д, ал.2, т.7 (правата на потребителя,... включително правото му да развали договора. В мотивите си административният орган изцяло е възприел установената фактическа обстановка, описана в решение по т. 5 от протокол № 46 на КЗП от 13.10.2011г.

На 02.12.2010г. е съставен АУАН от служители на КЗП за извършено административно нарушение във връзка с описания случай.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е допустима, като подадена в срок и от легитимирано за това лице с правен интерес. Съгласно чл. 68л от Закона за защита на потребителите, когато Комисията за защита на потребителите установи, че търговската практика е нелоялна, председателят на комисията издава заповед, с която забранява прилагането на търговската практика. Заповедта представлява индивидуален административен акт по смисъла на чл. 21 АПК, тъй като непосредствено засяга права, свободи и законни интереси на жалбоподателя. Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

Оспореният административен акт е издаден от компетентен орган в кръга на предоставените му правомощия, съгласно чл. 68л от Закона за защита на потребителите.

Обжалваната заповед е издадена в предвидената от закона форма, като съдържа изискуемите съгласно чл. 59, ал.2 АПК реквизити – наименование на органа, наименование на акта, адресат, фактически и правни основания, разпоредителна част. В заповедта е точно описано какво представлява търговската практика – предоставянето, на заблуждаваща информация на потребителите относно правото им да развалят договора, целяща пропускането на срока, в който потребителите могат да прекратят договора си с оператора, така че в последствие договорите да бъдат автоматично подновени, противно на желанието на потребителите, като по този начин лишават потребителите да направят своя информиран избор и да изберат друга услуга или друг мобилен оператор.

Не се установяват съществени процесуални нарушения в административното

производство. Изводите си решаващият орган е направил въз основа на констативен протокол, съставен от длъжностно лице при осъществяване на правомощията му по чл. 165, ал.3, т.2 и чл. 193 ЗЗП и събраните доказателства към преписката. Посоченият констативен протокол също представлява официален удостоверяващ документ по смисъла на чл.179 ГПК. Констатациите му не са оборени.

Съставеният след издаване на заповедта АУАН действително не е съставен в рамките на административния процес, а слага началото на административно-наказателно производство. Поради специалните правила за доказване в административно-наказателния процес, АУАН не се ползва с доказателствена стойност пред съда, контролиращ наказателното постановление, относно извършването на административното нарушение. По смисъла на ГПК обаче, който по силата на препаращата норма на чл. 144 АПК намира приложение в настоящия процес, актът от 02.12.2011г. представлява официален свидетелстващ документ и се ползва пред настоящия съд с материална доказателствена сила по отношение на описаните в него факти.

Въпреки дадените указания, жалбоподателят не е ангажирал доказателства в процеса, извън представените към административната преписка. Не се установява, че към датата на издаване на заповедта, нелоялната търговска практика е била преустановена.

Към преписката са приложени и събраните писмени доказателства, както и становище на жалбоподателя, които са обсъдени в мотивите на заповедта. Следователно, при издаване на акта, административният орган е изпълнил задълженията си по чл. 34, ал.3, чл.35, чл. 36 АПК. Заповедта е издадена след съответно решение на КЗП, в съответствие с изискването на чл. 68л, ал.1 ЗЗП.

Констативният протокол е съставен в присъствието на представител на ответника, като му е дадена и изрична възможност за становище по него и представяне на доказателства. Сроковете за издаване на акта и неговото съобщаване са инструктивни.

Съдът не констатира и нарушение на материалния закон при издаване на оспорения акт. Разпоредбата на чл. 68в. ЗЗП забранява нелоялните търговски практики. Съгласно чл. 68г, ал.4 ЗЗП вр. чл. 68д, ал.1 налице е нелоялна, заблуждаваща търговска практика, когато тя съдържа невярна информация и следователно е подвеждаща или когато по някакъв начин, включително чрез цялостното ѝ представяне, заблуждава или е в състояние да въведе в заблуждение средния потребител, дори и ако представената информация е фактически точна относно някое от обстоятелствата, посочени в ал. 2, и има за резултат или е възможно да има за резултат вземането на търговско решение, което той не би взел без използването на търговската практика. Обстоятелствата по ал. 1 включват, съгласно ал.2, т.7 информация относно правата на потребителя, включително правото му да замени стоката, да развали договора, да му бъде възстановена заплатената от него сума на основание [чл. 112](#) - [115](#) или рисковете, на които потребителят може да бъде изложен.

Съдът намира, че действително в договора, приложен към делото клаузата относно момента, от който се слага началото на договорните отношения между страните по него е неясно определена. Фиксирани са два различни момента, в

зависимост от това кога е придобита SIM-картата, посредством използването на която се осъществяват правата на потребителя по договора. Тези два момента обаче не са разграничени категорично. Двете възможности са свързани със съюза „или”, който по смисловото си съдържание означава, че те не се изключват взаимно, а са възможни едновременно. Това е от естество допълнително да обърка потребителя. Договорът и приложението към него, с което всъщност се предоставя за ползване SIM-картата, са сключени на различни дати, като в случая приложението е с по-ранна дата от договора. Самият договор пък препраща към датата на първата таксуваща фактура, а тази дата се определя единствено по волята на оператора. Отделен въпрос е несигурността дали датата на издаването на фактурата ще стигне до знанието на потребителя.

В конкретния случай потребителката е отправила предизвестие за прекратяване на договора на 01.07.2011г., което е достигнало до представител на жалбоподателя – удостоверено с подпис и печат на негов служител. Въпросният представител, както и юриконсулт А. в становището и по констативния протокол твърдят, че договорът е сключен на 22.07.2010г. и е следвало предизвестие за прекратяване да постъпи до 22.06.2011г. Това е в абсолютно противоречие със самия договор. Датата 22.07.2010г. е тази, на която е подписано приложението към договора. Само че т.5.1 от договора не препраща към това приложение, а към самия договор или към датата на издаване на първата фактура. Следователно възможните дати на сключване на договора са или 07.08.2010г., /в който случай предизвестие за прекратяване следва да бъде подадено най-късно на 07.07.2011г./ или 09.08.2010г. / в който случай предизвестие за прекратяване следва да бъде подадено най-късно на 09.07.2011г. /. Следователно, като е подала предизвестие си на 01.07.2011г. потребителката е действала в съответствие с договора и не е имало основание волеизявлението и за прекратяване на договора да бъде игнорирано.

По тези съображения съдът намира, че жалбоподателят действително е приложил нелоялна търговска практика по смисъла на цитираните разпоредби на ЗЗП, предоставяйки невярна и подвеждаща информация относно датата на пораждане на договорното правоотношение между него и потребителката, като е продължил тази практика и към момента, в който тя е пожелала да прекрати договора. Касае се за практика, която заблуждава или е в състояние да въведе в заблуждение средния потребител, така че той да вземе търговско решение, което иначе не би взел.

Нелоялната търговска практика действително е и агресивна по смисъла на чл. 68и, т.4 вр. чл. 68з ЗЗП. При използването и на потребителката, когато е пожелала да прекрати договора, са налагани прекомерни и несъответстващи на целта извъндоговорни пречки – например принуждаването да посещава обекта два пъти, обяснението на служителя на ответника, че не може да регистрира предизвестие и „защото не може да бъде отразено в системата”. Така осъществената нелоялна агресивна практика променя или е възможно да промени съществено свободата на избор или поведението на средния потребител по отношение на стоката или услугата, което води или може да доведе до вземането на търговско решение, което средният потребител не би

взел без използването на тази търговска практика – например да го мотивира да се откаже да прекрати договора или да го остави с впечатление, че това е невъзможно, тъй като е пропуснал срока.

Съдът се запозна служебно с публично достъпните Общи условия за взаимоотношенията между [фирма] и абонатите и потребителите на обществените мобилни наземни мрежи на [фирма] по стандарти GSM и UMTS в тяхната редакция към момента на сключване на договора и издаване на заповедта и съответно към настоящия момент. Констатира се, че има изменение в правата на потребителя, като от 30.03.2012г. сключените договори за услуги, в които е определен срок за предоставяне на услугите, могат да бъдат продължени само с изрично писмено съгласие на абоната/потребителя относно условията за продължаване. При липса на такова договорът се преобразува в безсрочен, като потребителят може да го прекрати с едномесечно предизвестие. Промяната в общите условия се отразява и на заварените правоотношения, но не превръща автоматично срочните договори, чийто срок не е изтекъл, в безсрочни. Следователно, промяната в Общите условия към настоящия момент и докато не изтекат сроковете на всички сключени до 30.03.2012г. договори не означава, че към момента нелоялната заблуждаваща търговска практика не се осъществява. Жалбоподателят не е представил и доказателства, че е дал възможност на потребителката Г. да прекрати договора без да плаща неустойки. Освен това, евентуално прекратяване на нелоялната търговска практика след издаване на заповедта, не е основание за нейната отмяна, а означава, че жалбоподателят доброволно я е изпълнил.

При така извършената проверка на законосъобразността на акта по реда на чл.168 АПК и по изложените съображения съдът намира, че при издаване на оспорвания административен акт не са допуснати нарушения на материалния и процесуалния закон. Жалбата, като неоснователна, следва да бъде отхвърлена.

Воден от горното Административен съд София-град

Р Е Ш И :

ОТХВЪРЛЯ жалбата на [фирма], [населено място], [улица] против заповед № 1062/02.11.2011г. на Председателя на Комисия за защита на потребителите. Решението може да се обжалва с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14 дневен срок от връчване на преписи на страните.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: