

РЕШЕНИЕ

№ 5307

гр. София, 09.10.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 26 състав, в
публично заседание на 03.10.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Мирослава Керимова

при участието на секретаря Мая Георгиева, като разгледа дело номер **7029** по описа за **2012** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е образувано по жалба на [фирма] срещу заповед № 491/19.05.2012г на председателя на Комисията за защита на потребителите, издадена на основание чл. 68л, ал. 1 във вр. с чл. 68в, чл. 68г, ал. 4, чл. 68з и чл. 68и, т. 4 от Закона за защита на потребителите („ЗЗП“), с която на ЕАД се забранява да прилага нелоялна агресивна търговска практика. Претендира се незаконосъобразност на оспорения акт поради неспазване на установената форма, допускане на съществени нарушения на административно-производствените правила, противоречие с приложимите материално-правни разпоредби - основания за обжалване по чл. 146, т. 2, 3 и 4 от АПК. В жалбата на първо място се излагат подробни съображения за допустимост на оспорването. Твърди се, че с обжалваната заповед на ЕАД се забранява да прилага нелоялна търговска практика, състояща се в налагане на „всякакъв вид прекомерни и несъответстващи на целта извъндоговорни пречки, когато потребителят желае да упражни правата си по договора... “. От възложеното задължение се извежда правен интерес на дружеството да оспорва административния акт. Според жалбоподателя, обжалваната Заповед била съобщена и връчена на ЕАД на 20.06.2012 г, като същата била депозирана в рамките на преклузивния четиринадесетдневен срок по чл. 149, ал. 1 АПК, който изтичал на 04.07.2012 г. По отношение основателността на оспорването, според жалбоподателя оспорваният акт е издаден при неспазване на установената форма: Председателят на КЗП бил допуснал нарушение на чл. 59, ал. 2, т. 5 АПК, като в разпоредителната част на акта се съдържало единствено преповтаряне на съдържанието на членовете от ЗЗП, които били посочени като правно

основание за издаването на Заповедта. Последната не забранявала конкретно поведение, а забранявала на Дружеството „да налага всякакъв вид прекомерни и несъответстващи на целта извъндоговорни пречки...“ По този начин забраната придобивала абстрактен характер (присъщ на диспозитивите на правните норми), което се приема от жалбоподателя като недопустимо с оглед природата на ИАА като волеизявление на административен орган, с което се създават, декларират, констатира или засягат конкретни права, респективно конкретни задължения за дадено лице. Твърди се, че съдържанието на разпоредителната част, на която и да било Заповед по чл. 68л ЗЗП следвало от нейната природа като ИАА - тя трябвало да съдържа забрана за конкретно лице да осъществява конкретно определено поведение, което се квалифицира като нелоялна търговска практика. Конкретният характер на заповедта имал значение с оглед преценка на изпълнението ѝ, както и с оглед преценката да не се налага наказание за едно и също нещо два пъти. Според жалбоподателя, конкретните измерения на забраненото от административния орган поведение не могат да бъдат извлечени и от мотивите на акта. Излагат се подробни съображения за характера на диспозитива на административния акт. На следващо място се претендират допуснати съществени процесуални нарушения. Според жалбоподателя, ЗЗП не урежда специално производство за издаване на заповедите по чл. 68л ЗЗП, като следва да се приложи общият режим на АПК. В тази насока се претендира, че председателят на КЗП не е изпълнил задължението си да уведоми ЕАД за започване на производството /чл.26, ал. 1 АПК/, както и да го конституира като заинтересована страна в производството. По този начин дружеството било лишено от правото му да участва в производството, като представя доказателства, прави искания и/или възражения, дава становища по случая и т.н. Твърди се, че председателят на КЗП не е осъществил правомощието си да даде срок на ЕАД, в рамките на който последното да проведе доказване относно наличието и/или липсата на факти и обстоятелства, които изключват квалифицирането на прилаганата от Дружеството търговска практика като нелоялна - чл. 68л, ал. 2 ЗЗП. Според жалбоподателя, председателят на КЗП не е изпълнил задълженията си по чл. 35 и 36 АПК, като не е изяснил релевантните факти и обстоятелства от значение за случая – съдържащи се в Общите условия към договорите, с оглед изясняването на обстоятелството дали практиката на ЕАД-то се изразява в „налагане на извъндоговорни пречки“. И на последно място се претендира издаване на оспорвания акт в нарушение на приложимото материално право. Твърди се, че оспорваният акт е издаден при липса на основание от фактическа страна. Сочи се, че актът има характер на ИАА, с който се налага принудителна административна мярка с преустановителен характер. В тази насока се твърди, че преди налагане на мярката следва да се направи проверка, дали търговската практика не била вече преустановена. Налагането на ПАМ при преустановена търговска практика обосновавало извод за нищожност на акта. Жалбоподателят не споделя правните изводи на административния орган, като твърди, че фактическите изводи са неправилни. Според жалбоподателя, правоотношенията между ЕАД и потребителите не се формират единствено на базата на индивидуални договори - основанието за възникване на всяко правоотношение било сключването на индивидуален договор и приемането на Общите условия на Дружеството. Оттук се извежда, че съдържанието на правоотношението между ЕАД и потребителите се определя както от индивидуалните им договори, така и от действащите към даден момент Общи условия. Тъй като ЕАД предоставяло два

основни типа услуги, Дружеството имало и различни Общи условия - съответно за потребителите на фиксирани (наричани по-долу за краткост „ОУФ“) и мобилни услуги (наричани по-долу за краткост „ОУМ“). Твърди се, че към момента на извършване на проверките от длъжностните лица на КЗП са действали съответно: ОУМ в редакция от 21.09.2010 г. и ОУФ в редакция от 21.09.2010 г., а към момента на издаване на обжалваната Заповед са действали съответно: ОУМ в редакция от 29.02.2012 г. и ОУФ в редакция от 29.02.2012 г. Към момента на депозиране на жалбата ОУМ били изменени отново и в момента действали в редакция от 04.06.2012 г. По отношение на констатацията от органа, че ЕАД спира изходящи повиквания на потребители по всички договори, ако са превишили кредитния си лимит по един договор, се изразява становище, че административният орган е формирал грешни изводи по отношение на същността на понятието „кредитен лимит“ и по отношение на правните последици от неговото превишаване. Това понятие било уредено съответно в Раздел VI на ОУМ и в раздел VII на ОУФ. Цитира се чл. 32 ОУМ (21.09.2010 г.), като се твърди, че кредитният лимит представлява определена сума, в рамките на която потребителят има възможност да ползва мобилните услуги. Съгласно чл. 33, ал. 3 ОУМ (21.09.2010 г.) кредитният лимит се определя независимо от броя на договорите, по които потребителят е страна. Твърди се, че кредитният лимит по всички договори за мобилни услуги е една единствена парична сума, приложима спрямо даден потребител за всички сключени от него договори с ЕАД. В ОУМ (29.02.2012 г.) тази концепция била доразвита, като в чл. 33, ал. 3 било изрично уговорено, че в него се включват всички дължими от потребителя суми, а в изречение второ от посочената алинея било указано, че кредитният лимит ще се счита достигнат, когато сумарно дължимите от потребител суми „се изравнят или надминат определения размер на кредитния лимит, независимо от факта как тези суми са разпределени като задължения между отделните СИМ карти, регистрирано в системата на Г. на база ЕГН и БУЛСТАТ/ЕИК съответно при потребител - физическо лице и потребител - юридическо лице. " Последиците от превишаване на кредитния лимит били уредени в чл. 36, изр. 2 ОУМ (21.09.2010 г.), респективно в чл. 36, ал. 2, изр. 2 и 3 ОУМ (29.02.2012 г.) - за ЕАД възниква правото да „спре възможността на потребителя да осъществява изходящи повиквания, освен изходящите повиквания към услуги за спешни повиквания". Твърди се, че в ОУМ не се говори за спиране на възможността потребителят да осъществява изходящи повиквания от определен номер, за който е надвишен кредитния лимит, а за изходящи повиквания въобще. Същевременно превишаването на кредитния лимит пораждало задължение за потребителя или да внесе гаранционна сума, или да направи текущо плащане за всички използвани услуги - чл. 37 ОУМ (и в двете редакции). Според жалбоподателя, правоотношенията между ЕАД и потребителите, които се развиват въз основа на повече от един индивидуален договор за мобилни услуги, не са независими едно от друго. Сочи се, че съгласно чл. 70 от ОУМ (и в двете редакции), потребителят се задължава да спазва ОУМ, както и всички „други писмени документи, обвързващи Г. и потребителя." Непълнението на това задължение пораждало насрещно право на ЕАД по чл. 75 ОУМ (и в двете редакции) „незабавно да ограничи предоставянето на услугите". Сочи се, че дори и да не се говори за един кредитен лимит, превишаването на кредитния лимит по един договор щяло да породи задължението по чл. 37 ОУМ, което пък от своя страна би било непълнение на чл. 70 ОУМ, а оттам и на останалите договори, което пораждало правото за ЕАД да ограничи услугата и по

тях. Претендира се, че дори и в последния случай не са налице „налагане на извъндоговорни пречки“, тъй като и в двата случая било налице договорно основание за предприетите действия.

Твърди се, че положението е аналогично и когато даден потребител е сключил повече от един индивидуален договор за фиксирани услуги, като релевантните уговорки се съдържат в чл. 40-46, 85 и 92 ОУФ (и в двете редакции). Твърди се, че по отношение на хипотезата, при която един потребител има едновременно договор за мобилни и договор за фиксирани услуги, отново е налице правно основание за спиране от страна на КБМ да предоставя възможност на потребителя да осъществява изходящи повиквания при превишаване на кредитния лимит. Това било установено именно в чл. 70 във връзка с чл. 75 ОУМ, респективно чл. 85 във връзка с чл. 92 ОУФ. Тези уговорки внасяли общност в елементите на правоотношенията с предмет мобилни услуги и правоотношенията с предмет фиксирани услуги, като се твърди, че при тези хипотези поведението на ЕАД, когато ограничава достъпа до предоставяните услуги при превишаване на кредитния лимит, няма да може да се квалифицира като „налагане на извъндоговорни пречки“. Според жалбоподателя, случаите, когато потребителят има сключен както договор за мобилен интернет, така и договор за мобилни услуги или договор за фиксирани услуги също не са по-различни, тъй като при сключването на договора за мобилен интернет потребителят се обвързвал с ОУМ и важало казаното по-горе. По отношение на констатацията на административния орган, че ЕАД спира изходящите повиквания на потребители по всичките им договори, когато не платят сума дори само по един от тях, според жалбоподателя този въпрос е разгледан от административния орган повърхностно, без да се изследва реалното поведение на потребителите и без то да бъде отнесено към поетите от тях договорни задължения. Правните изводи на Председателя на КЗП спрямо този аспект от практиката на Дружеството били формирани въз основа на проверка, извършена по повод на жалба от потребителката г-жа С. Б. Б. от [населено място] (К-121360/17.01.2012 г.), като се твърди, че фактическата обстановка по нейния случай била следната: На 07.07.2011 г. г-жа Б. била активирала допълнителен пакет "G. H. to fixed" през Автоматичното информационно обслужване на номер * 123. Цената на въпросния допълнителен пакет била отразена във Фактурата ѝ от 10.08.2011 г. Съобразно изричното указание във Фактурата и на основание чл. 27, ал. 1 ОУМ (в редакция от 21.09.2010 г., действала към онзи момент) срокът за плащане на дължимата сума бил 18-дневен и бил изтекъл на 28.08.2011 г. Твърди се, че съгласно чл. 31, ал. 2 ОУМ (редакция 21.09.2010 г.), дори потребителката да е оспорвала сумата, това не я освобождавало от задължението ѝ да я плати. Неплащането в срок и закъснението, продължило повече от 5 (пет) дни, пораждало правото на ЕАД да спре достъпа на потребителя до услугите, което право също било предмет на нарочна уговорка, а именно в чл. 27, ал. 4 ОУМ (редакция 21.09.2010 г.). Твърди се, че потребителката е извършила плащане едва на 07.09.2011 г., поради което предхождащите плащането действия по спиране на достъпа до предоставяните ѝ услуги били в съответствие с ОУМ и нямало как те да бъдат квалифицирани като „поставяне на извъндоговорни пречки“. Твърди се, че е важно обстоятелството, че г-жа Б. била забавила плащането не само на дължимата сума за оспорвания от нея допълнителен пакет, а и дължимата сума по договора за мобилни услуги. Сочи се, че дори и потребителката да е заплатила „неоспорваното“ задължение, при неплащане на „оспорваното“, на основание чл. 70 във връзка с чл. 75

ОУМ, респективно на основание чл. 85 във връзка с чл. 91 ОУФ, ЕАД отново би имало правото да спре достъпа до всички предоставяни услуги. Прави се искане за отмяна на оспорвания акт, като се претендират разноски по делото.

В съдебно заседание, жалбоподателят се представлява от юрк. З., който поддържа жалбата.

Ответникът по оспорването, редовно уведомен за производството по делото, не изпраща представител.

СГП, уведомена с писмо, не прави искане за конституиране като страна в производството по делото и не изпраща представител.

АССГ, в настоящия състав, при извършена служебна проверка за допустимост на оспорването, приема същото за допустимо като подадено в срок, от активно процесуално легитимирана страна, срещу акт, който подлежи на съдебен контрол за законосъобразност пред настоящия съд и съдебен състав.

Предмет на оспорване в настоящото производство е заповед № 491/19.05.2012г на председател на Комисия за защита на потребителите с правно основание чл. 68л, ал.1 във връзка с чл. 68в, чл. 68г, ал.4, чл. 68з и чл.68и т.4 от Закона за защита на потребителите; чл. 5, ал. 1, т. 1 и чл. 8, ал. 1 и ал. 2, т. 9 от Устройствения правилник на Комисията за защита на потребителите към министъра на икономиката, енергетиката и туризма и на нейната администрация, и Решение на Комисията за защита на потребителите, съгласно Протокол № 14 от 29.03.2012г. Заповедта има характер на индивидуален административен акт, с който се засягат права и се създават задължения за адресата на акта, поради което и последният има правен интерес да оспорва заповедта по реда на АПК.

По делото е безспорно от фактическа страна, че административното производство по прилагане на процесната принудителна административна мярка (ПАМ) е започнало по повод постъпили в Комисията жалби на потребители вх. № В-03-3259/16.12.2011г. от Н. Н., [населено място], [улица], [жилищен адрес] вх. № В-03-3373/30.11.2011г. от С. А., [населено място], [улица], ет. 3, ап.5; вх. № В-03-3374/30.11.2011г. от Н. Е., [населено място], [улица]; вх., № В-03- и вх. № В-03-88/10.01.2012г. от С. Б. от [населено място], [улица], № 10; вх. № В-03-2590/19.10.2011г. срещу [фирма]. Жалбите са приложени като доказателства на л. 31, 48, 60, 74 по делото. По същите са извършени проверки от страна КЗП, за които са съставени констативни протоколи: съответно: № К-121295/05.01.2012г. – л. 62 по делото; № К-121296/05.01.2012г. – л. 33 по делото; № К-121297/05.01.2012г. – л. 50 по делото; и № К-121360/17.01.2012г. – л. 76 по делото. Проверките са извършени в присъствието на представител на [фирма], като по всички констативни протоколи, връчени на представител на проверяваното лице са направени възражения от пълномощник на Изпълнителния директор на [фирма]. В становището има изрично позоваване на Общите условия и обяснения по фактите относно всеки конкретен случай.

Предвид горното, АССГ при извършена служебна проверка за издаване на оспорвания акт при спазване на процедурата по издаването му и във връзка с направените в жалбата възражения, приема последните за неоснователни: Според жалбоподателя, при издаване на оспорвания акт са допуснати съществени процесуални нарушения, доколкото ЕАД не е уведомено за образуването на производството, не са изисквани от същото доказателства и не му е дадена възможност да участва в производството като заинтересовано лице с правен интерес, което да ангажира становища и доказателства в производството. От представените по делото

доказателства на л. 31-87 се обосновава друг извод: Проверките по подадените жалби в КРС са извършени от инспектори при КЗП в присъствие на представител на [фирма]. Проверките са извършвани в офис на „Г.“, находящ се в [населено място], [улица]. В хода на всяка проверка са събирани писмени доказателства – договори за мобилни услуги, покани за доброволно плащане, копия на фактури и прочие. ЕАД е реализирало правото си на участие в производството, като преписи от всеки съставен констативен протокол са връчени на представител на [фирма], а дружеството е реализирало право на участие и чрез подадените становища относно констативните протоколи.

Въз основа на така направените проверки, КРС взема решение, обективизирано в протокол № 14 от проведено заседание на 29.03.2012г, като според мотивите на решението, КРС **открива идентични елементи в жалбите, които касаят прекратяване доставката на услуга по договор, за спорни задължения по друг договор със същия оператор.** КРС е установила, че потребителите /подали жалбите/ са абонати на [фирма] и ползват мобилни услуги. Всичките потребители са с повече от един договор за доставка на мобилни телефонни услуги и интернет, сключени в различно време и необвързващи се един с друг. *По един от договорите си потребителите имат неплатени задължения, които оспорват. Търговецът [фирма] спира предоставянето на услугата не само към този договор, по който потребителите имат задължения, а и към всички останали договори, по които потребителите нямат никакви задължения.* Същевременно доставчикът продължава да изисква такси за заплащане по всички договори, без да предоставя услугата. Потребителите са завели жалби към търговеца за възстановяването на доставката на услугите, по договорите, за които те нямат никакви задължения и са коректни платци, но търговецът е отказал. В мотивите на взетото решение са посочени и изисканите от ЕАД становища, дадени на 16.01.2012 г. и 24.01.2012г. с ППД №К-54475 и №К-54479; №К-54474 и №К-54478; №К-54473 и №К-54477; и №К-54487. Становищата от [фирма] и по четирите жалби са идентични, като в тях е посочено, че е спряна доставката на услугата към всеки един от потребителите, по всичките им договори, тъй като са надвишили кредитния лимит.

След като се е запознала с предоставените документи и констатациите от извършената проверка КЗП е взела решение, че е налице нелоялна агресивна търговска практика по смисъла на чл. 68з вр. чл. 68и, т.4 от ЗЗП, а именно търговска практика, при която се налагат всякакъв вид прекомерни и несъответстващи на целта „извъндоговорни пречки“, когато потребителят желае да упражни правата си по договора. Според Комисията, налице е агресивна търговска практика, изразяваща се в това, че на потребителите са създадени всякакви възможни пречки, като спиране доставката на услугата и невъзможност да упражнят правата си по действащ договор. Потребителите са принудени да заплатят спорно задължение по договор, за да могат да ползват правото си по друг договор, по който нямат никакви задължения. Според КЗП, мобилният оператор смесва две отделни правоотношения по два и повече различни договори за две различни услуги /по една от жалбите - интернет и телефон/, като по този начин компанията блокира действията на потребителите по договори, по които те са изрядни платци и нямат задължения, с което нарушава правата им. Според КЗП, [фирма] не предоставя исканата информация от служител на КЗП за практиката на търговеца в подобни случаи и защо се нарушават правата на потребителите, като за неизпълнено задължение по един договор се ограничават правата на потребителите по

друг договор. [фирма] обединява услугите, които предоставя на потребителите по няколко договора и по този начин създава предпоставки за ограничаване на правата им. При неплащане или забавено плащане по някой от договорите, независимо от причината, мобилният оператор спира предоставянето на услуги по всички договори, сключени от потребителя. Според КРС, прилаганата агресивна търговска практика нарушава правата на всички потребители на услугите на оператора, които забавят плащането на определена сметка по договора - било поради финансови затруднения, било поради несъгласие и оспорване на размера или основанието на дължимата сума. Освен създадените неудобства от лишаването на потребителя от комуникация, той търпи и финансови загуби, тъй като продължава да заплаща абонаментни такси за договори, услуга по които не получава. Според КРС, не би могло неизпълнение на задълженията по един договор да е причина за лишаване на потребителя от право да се ползва от услугата, предоставяна му по силата на друг договор, тъй като източниците на задълженията са различни и не следва да се смесват. Неизпълнението на задължението на потребителя по първия договор предоставя на търговеца като контрагент право да претендира вземането по договора по ред, предвиден в гражданското законодателство на РБ, като се обърне към съдебните органи, но не му дава право да ограничава правата на потребителя по друг договор, по който потребителят е изправна страна.

Според КЗП, в случая търговската практика на [фирма] е агресивна, тъй като от целия й фактически контекст и като се вземат предвид всички нейни характеристики и обстоятелства, и поради използването на принуда следва, че тя променя или е възможно да промени съществено свободата на избор или поведението на средния потребител по отношение на услугата, което води или може да доведе до вземането на търговско решение, което средният потребител не би взел без използването на тази търговска практика. Като заключение, КЗП приема, че търговецът [фирма] използва агресивна търговска практика по смисъла на ЗЗП, а именно търговска практика, при която се налагат всякакъв вид прекомерни и несъответстващи на целта **извъндоговорни пречки, когато потребителят желае да упражни правата си по договора**. В случая на потребителите са създадени всякакви възможни пречки -спиране доставката на услугата, за да упражнят правата си по договора. Потребителят е принуден да заплати спорно задължение по договор, за да може да ползва правото си по друг договор, по който той няма никакви неизпълнени задължения. Мобилният оператор смесва две отделни правоотношения по два и повече различни договора за две различни услуги /по една от жалбите - интернет и телефон/. По този начин компанията блокира действията на потребителя по договор, по който той е изряден платец и няма задължения, с което нарушава правата му.

Въз основа на това решение, председателят на КРС издава оспорваната заповед № 491/19.05.2012г, с която на основание чл. 68л, ал.1 във връзка с чл. 68в, чл. 68г, ал.4, чл. 68з и чл.68и т.4 от Закона за защита на потребителите; чл. 5, ал. 1, т. 1 и чл. 8, ал. 1 и ал. 2, т. 9 от Устройствения правилник на Комисията за защита на потребителите към министъра на икономиката, енергетиката и туризма и на нейната администрация, и Решение на Комисията за защита на потребителите, съгласно Протокол № 14 от 29.03.2012 г. забранява [фирма] да прилага нелоялна агресивна търговска практика, а именно: При упражняване на своята дейност търговецът да налага всякакъв вид прекомерни и несъответстващи на целта **извъндоговорни**

пречки, когато потребителят желае да упражни правата си по договора, включително правото си да прекрати договора или да избере друга стока или услуга и има за резултат или е възможно да има за резултат взимане на търговско решение от средния потребител, което той не би взел без използването на търговската практика, в нарушение на чл. 68в във връзка с чл. 68г, ал.4 чл. 68з и чл.68и т.4 от Закона за защита на потребителите. В мотивите на заповедта се изброяват като № подадените от потребителите жалби, извършените от КЗП проверки - № на констативен протокол , като се приема, че жалбите са идентични и касаят прекратяване доставката на услуга по договор, за спорни задължения по друг договор със същия оператор.Мотивите на заповедта са идентични с тези на решението на комисията, като и тук се приема, че при неплащане или забавено плащане по някой от договорите, независимо от причината, мобилният оператор спира предоставянето на услуги по всички договори, сключени от потребителя. Това се приема за прилагана агресивна търговска практика, която нарушава правата на всички потребители на услугите на оператора, които забавят плащането на определена сметка по договора - било поради финансови затруднения, било поради несъгласие и оспорване на размера или основанията на дължимата сума. Според председателя на КЗП, не би могло неизпълнение на задълженията по един договор да е причина за лишаване на потребителя от право да се ползва от услугата, предоставяна му по силата на друг договор, тъй като източниците на задълженията са различни и не следва да се смесват. В случая търговската практика на [фирма] била агресивна, тъй като от целия й фактически контекст и като се вземат предвид всички нейни характеристики и обстоятелства, и поради използването на принуда следва, че тя променя или е възможно да промени съществено свободата на избор или поведението на средния потребител по отношение на услугата, което води или може да доведе до вземането на търговско решение, което средният потребител не би взел без използването на тази търговска практика.**Обосновава се нелоялна агресивна търговска практика по смисъла на чл. 68з във връзка чл.68и т.4 от Закона за защита на потребителите.**

При извършена служебна проверка за издаване на оспорения акт от компетентен орган и валидна писмена форма, АССГ приема следното: Съгласно разпоредбата на чл. 68л ал.1 от ЗЗП, когато Комисията за защита на потребителите установи, че търговската практика е нелоялна, председателят на комисията издава заповед, с която забранява прилагането на търговската практика. В конкретната хипотеза, с решение по т. 4.1. по Протокол № 14/29.03.2012г КРС е установила, че търговската практика на [фирма] е агресивна, като компетентен да издаде заповедта с правно основание чл. 68л ал.1 от ЗЗП е именно председателят на комисията. Заповедта е във валидна писмена форма. Изведена е през деловодната система на административния орган, който я е издал, подписана е от последния. Формално от външна страна, същата съдържа фактически и правни основания за издаването ѝ. Предвид гореизложеното, съдът приема, че заповедта е валиден акт, издаден от компетентен орган във валидна писмена форма.

По отношение направените възражения за издаване на заповедта при допуснати съществени процесуални нарушения: ЕАД е упражнило правото си на участие в административното производство. Заповедта на председателя на КРС е издадена въз основа на решение на КЗП, с което се установява наличие на агресивна търговска практика. Съгласно чл. 68л ал.2 от ЗЗП: Председателят на Комисията за защита на

потребителите може в определен от него кратък срок да задължи търговеца да докаже, че прилаганата търговска практика не е нелоялна. Предвид използваната формулировка „може”, съдът приема, че разпоредбата не е императивна и дори и председателят на КЗП да не е дал такава възможност на търговеца, не може да се обоснова извод за допуснато съществено процесуално нарушение. В случая мерките са предприети по повод жалби на потребители /чл. 68л ал. 4 от ЗЗП/. Съдът не приема възражението на жалбоподателя за липса на мотиви на акта. Същият е издаден в резултат на реализирано производство по подадени жалби и направени проверки с участието на заинтересованото лице. Съставените констативни протоколи по подадените жалби съдържат факти по преписката, въз основа на които са направени обобщени изводи в решението на КЗП и оспорвания акт. Изложените факти формално от външна страна съответстват на правната квалификация, поради което съдът не може да приеме процесуални нарушения, формално обосновани от липса на мотиви или несъответствие между фактическа обстановка и правна квалификация на наложената ПАМ.

По отношение на направените възражения за издаване на оспорвания акт при неправилно прилагане на материалния закон, АССГ в настоящия състав приема следното:

Правната уредба за защита на потребителите, на плоскостта на която следва да се прецени законосъобразността на издадения акт се съдържа в чл. 68в, чл. 68г, ал.4, чл. 68з и чл.68и т.4 от Закона за защита на потребителите. Разпоредбата на чл. 68в от ЗЗП забранява нелоялните търговски практики. Следващите разпоредби на ЗЗП дават дефиниции на понятието нелоялна търговска практика, като съгласно приложената в случая разпоредба на чл. 68г ал.4 от ЗЗП: Нелоялни са и заблуждаващите и **агресивните търговски практики по чл. 68д - 68к**. В конкретната хипотеза се претендира да е налице агресивна търговска практика по **чл. 68з от ЗЗП**, съгласно която разпоредба: Търговската практика е агресивна, когато от целия й фактически контекст и като се вземат предвид всички нейни характеристики и обстоятелства, и поради използването на тормоз, принуда, включително използването на физическа сила или злоупотреба с влияние, следва, че тя 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. Съгласно **чл. 68и от ЗЗП**: При извършването на преценка дали при използването на дадена търговска практика се прилага тормоз, принуда, включително физическа сила или злоупотреба с влияние, се вземат предвид: т.4: налагането на всякакъв вид прекомерни и несъответстващи на **целта извъндоговорни пречки**, когато потребителят желае да упражни правата си по договора, включително правото си да прекрати договора или да избере друга стока или услуга или друг търговец.

Според КЗП, в случая [фирма] е използвало прекомерни и несъответстващи на **целта извъндоговорни пречки** потребителят да упражни права по договор, **като за неизпълнение на задължения по един договор доставчикът е лишил потребителя от право да ползва услуги по друг договор, по който не са налице задължения при липса на връзка между двата договора**. Според КЗП се касае за агресивна търговска практика, тъй като чрез средство за принуда се регулира поведението на потребителя. Жалбоподателят отрича да се касае за агресивна търговска практика, като според него в случая фактите навеждат към наличие на договорни правила, които

следва да се спазват от потребителите, като използвания механизъм се отрича да е извъндоговорна мярка/пречка. В тази насока се твърди, че КРС е следвало да обърне внимание на цитираните във възражението по всеки констативен акт Общи условия, приложени като доказателства по делото.

Жалбоподателят в оспорването си се позовава на Общите условия от различни периоди. Съдът приема възраженията на ЕАД в насока, че правоотношенията между ЕАД и потребителите не се формират единствено на базата на индивидуални договори - основанието за възникване на всяко правоотношение е сключването на индивидуален договор и приемането на Общите условия на Дружеството. Във всеки от представените индивидуални договори присъства клауза, че потребителят е запознат с Общите условия за взаимоотношения с потребителите и е съгласен с тях. Съдът приема възражението на жалбоподателя, че съдържанието на правоотношението между ЕАД и потребителите се определя както от индивидуалните им договори, така и от действащите към даден момент Общи условия. Тъй като ЕАД предоставя два основни типа услуги, Дружеството има и различни Общи условия - съответно за потребителите на фиксирани (наричани по-долу за краткост „ОУФ“) и мобилни услуги (наричани по-долу за краткост „ОУМ“). Според съда, при проверка за съответствие на издадения акт с разпоредбите на материалния закон, следва да се вземат предвид ОУМ в редакция от 21.09.2010 г. и ОУФ в редакция от 21.09.2010 г., тъй като както потребителят, така и доставчикът са имали дължимо поведение съобразно към изнесените в жалбите факти съобразно действалите към този момент материалноправни норми. Според съда, останалите, приложени по делото Общи условия към 29.02.2012г и към 04.06.2012г са ирелевантни към фактите по случая.

Жалбоподателят в оспорването си акцентира на понятието „кредитен лимит“, като твърди, че КРС неправилно е разбрала това понятие, поради което и неправилно е извела и изводи от правна страна. Според жалбоподателя се касае за **кредитен лимит по отношение на потребител, без значение броя на договорите, сключени с доставчика**, а според КРС се касае за кредитен лимит по един договор, който не следва да се смесва с този по друг договор – същите са различни източници на задължения. На л. 93 по делото са приложени и приети като доказателство Общи условия на [фирма] за взаимоотношения с потребителите на мобилни телефонни услуги в редакция към 21.09.2010г. Това понятие е уредено съответно в Раздел VI на ОУМ и в раздел VII на ОУФ. **Съгласно чл. 32 ОУМ (21.09.2010 г.), кредитният лимит представлява определена сума, в рамките на която потребителят има възможност да ползва мобилните услуги.** Съгласно чл. 33, ал. 3 ОУМ (21.09.2010 г.) кредитният лимит се определя **независимо от броя на договорите, по които потребителят е страна.** Оттук съдът прави извод, че кредитният лимит по всички договори за мобилни услуги е една единствена парична сума, приложима спрямо даден потребител за всички сключени от него договори с ЕАД. Последиците от превишаване на кредитния лимит са уредени в чл. 36, изр. 2 ОУМ (21.09.2010 г.) - за ЕАД възниква правото да „спре възможността на потребителя да осъществява изходящи повиквания, освен изходящите повиквания към услуги за спешни повиквания“. В тази насока съдът споделя становището на жалбоподателя, че **в ОУМ не се говори за спиране на възможността потребителят да осъществява изходящи повиквания от определен номер, за който е надвишен кредитния лимит, а за изходящи повиквания въобще.** Превишаването на кредитния лимит поражда задължение за потребителя или да внесе гаранционна сума, или да направи текущо

плащане за всички използвани услуги - чл. 37 ОУМ. Съдът споделя възражението на жалбоподателя, че правоотношенията между ЕАД и потребителите, които се развиват въз основа на повече от един индивидуален договор за мобилни услуги, не са независими едно от друго. Съгласно чл. 70 от ОУМ, потребителят се задължава да спазва ОУМ, както и всички „други писмени документи, обвързващи Г. и потребителя.“ Неизпълнението на това задължение поражда насрещно право на ЕАД по чл. 75 ОУМ „незабавно да ограничи предоставянето на услугите“. Предвид горното, АССГ в настоящия състав приема, че в случая **не са налице „налагане на извъндоговорни пречки“**, тъй като е било налице договорно основание за предприетите действия /индивидуалния договор се подписва при съгласие с общите условия/. АССГ в настоящото производство не следва да поставя въпроса налични ли са противоречия между индивидуалния договор и общите условия в частта относно кредитния лимит; нито дали уговорените в индивидуалните договори и общите условия правила не противоречат на разпоредби от действащото право, както и дали общите условия не въвеждат изменения в индивидуалния договор или с последния потребителите не се въвеждат в заблуждение предвид уговорените общи правила. Последните въпроси са ирелевантни към настоящия спор. Релевантен за спора факт е дали предприетите от Г. мерки са извъндоговорни такива. Положението е аналогично и когато даден потребител е сключил повече от един индивидуален договор за фиксирани услуги, като релевантните уговорки се съдържат в чл. 40-46, 85 и 92 ОУФ.

Предвид гореизложеното, АССГ в настоящия състав приема, че при тези хипотези поведението на ЕАД, когато ограничава достъпа до предоставяните услуги при превишаване на кредитния лимит, не може да се квалифицира като „налагане на извъндоговорни пречки“. Тези правила са регламентирани в общите условия към индивидуалните договори и са приети от всеки от потребителите.

В жалбата си дружеството излага подробни съображения за всеки един от казусите, по които е извършена проверка във връзка с прилагане на Общите условия. Съдът на първо място констатира, че всички тези факти не са описани нито в решението на КЗП, нито в заповедта на председателя. И в двата акта се правят обобщени анализи въз основа на проверките, които касаят един факт - обобщение – „спряна доставка на услуги по всички договори с потребителя при надвишен кредитен лимит за един от договорите. Потребителите са принудени да заплатят спорно задължение по един договор, за да ползват правата си по друг договор, по който нямат никакви задължения. По този начин компанията блокира действията на потребителите по договори, по които те са изрядни платци и нямат задължения, с което нарушава правата им“. В тази връзка и предвид установеното погоре, съдът приема, че така изписаните в оспорвания акт факти не се вменят в правната квалификация на чл. 68и т.4 от ЗЗП, тъй като **не се касае за извъндоговорни пречки, а за регламентирани в общите условия права на доставчика да спре възможността на потребителя да осъществява изходящи повиквания при превишаване на кредитния лимит от потребителя, като последния се формира независимо от броя на сключените от потребителя договори и касае лицето потребител.**

В действителност по делото не се откриват данни КРС да е направила анализ на Общите правила, сочени от ЕАД във всяко от становищата по констативните актове, поради което в тази насока съдът може да обоснове извод и за допуснато процесуално нарушение, обосноваващо последващо издаване на акт при неправилно приложение

на материалния закон. Основното според съда обаче нарушение касае неправилното прилагане на материалния закон, доколкото от установените факти отнесени към сочената правна квалификация **не се обосновава извод за наличие на агресивна търговска практика чрез използване на извъндоговорни пречки към потребителите да упражнят правата си по даден договор.**

Предвид гореизложеното, АССГ в настоящия състав приема, че оспорването следва да бъде уважено, като заповед № 491/19.05.2012г на председателя на КРС следва да бъде отменена като незаконосъобразно постановена при неправилно прилагане на материалния закон и допуснати процесуални нарушения.

Предвид изхода на делото, на жалбоподателя се дължат разноски в размер на 50 лв държавна такса и 150лв юрисконсултско възнаграждение.

Воден от горното и на основание чл. 172 ал.2 от АПК АССГ в настоящия състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ по жалба на [фирма] заповед № 491/19.05.2012г на Председателя на Комисията за защита на потребителите.

ОСЪЖДА Комисията за регулиране на съобщенията да заплати на [фирма] разноски по делото в размер на 200лв общо.

Решението подлежи на оспорване пред ВАС на РБългария в 14 дневен срок от съобщението до страните за постановяването му.

Препис от решението да се изпрати на страните по делото.

АДМИНИСТРАТИВЕН

СЪДИЯ:

.....