

## **РЕШЕНИЕ**

**№ 33**

**гр. Варна, 16.02.2015г.**

### **В ИМЕТО НА НАРОДА**

**ВАРНЕНСКИЯТ АПЕЛАТИВЕН СЪД, ТЪРГОВСКО ОТДЕЛЕНИЕ в публично заседание на двадесет и първи януари през две хиляди и петнадесета година в състав :**

**ПРЕДСЕДАТЕЛ: МАРА ХРИСТОВА**

**ЧЛЕНОВЕ: ВИЛИЯН ПЕТРОВ**

**КРИСТИЯНА ГЕНКОВСКА**

**при секретаря Е.Т. като разгледа докладваното от съдията Кр.Генковска в.т.дело № 728 по описа за 2014 год., за да се произнесе, взе предвид следното:**

Производството е по повод на въззивна жалба от „Е П П“АД против решение № 420/ 25.04.2014г. по т.д. N 970/13 г. на ВОС, поправено с решение № 1006/03.11.2014г. на ВОС, с което е прогласен за нищожен чл.26, ал.6 от ОУ на „Е Б П“АД / „Е П П“АД/, е осъден въззивникът да отстрани чл.26, ал.6 от ОУ като неравнопавна клауза, е постановена забрана за повторно включване на същата клауза в ОУ на дружеството.

Оплакванията са за необсъждане от ВОС на възражения на въззивника относно приложението на чл.20, ал.6 от ОУ, чл.29, ал.4 от ОУ / одобрени с решение № ОУ-061 на ДКЕВР от 07.11.2007г./, създаващи според „Е П П“АД гаранции за правата на потребителите. Не са разгледани поотделно и двата фактически състава, включени в чл.26, ал.6 от ОУ. Моли се за отмяна на атакуваното решение и постановяване на ново, с което се отхвърлят предявените искове. Претендират се разноски по делото и юрисконсултско възнаграждение. В с.з. поддържа искане предвид настъпили нови факти след постановяване на обжалваното решение и подаване на въззивната жалба – влизане в сила нови ОУ, по които атакуваната клауза вече не съществува, да бъде обезсилено решението на ВОС и производството да бъде прекратено, поради липса на правен интерес.

Не е постъпил писмен отговор от КЗП. В с.з. въззиваемата страна оспорва основателността на въззивната жалба и направеното възражение за недопустимост на исковете. Счита, че не следва да се съобразят новите ОУ, тъй като решението на ДКЕВР, с което те се одобряват е обжалвано от въззивника и пред ВАС е висящо съдебно административно производство.

ВНАС прецени следното:

Пред ВОС Комисия за защита на потребителите е подала искова молба против „Е Б П“ АД (понастоящем „Е П П“ АД). Ищецът твърди, че разпоредбата на чл.26, ал.6 от Общите условия на договорите за продажба на електрическа енергия / одобрени с решение № ОУ-061 на ДКЕВР от 07.11.2007г. и действащи към датата на подаване на исковата молба – 30.05.2013г./, е неравноправна клауза по смисъла на чл.143, т.18 от ЗЗП. Същата представлява уговорка във вреда на потребителя, която не отговаря на изискването за добросъвестност и води до значително неравновесие между правата и задълженията на търговеца и потребителя като задължава последния да заплаща суми, които може реално да не са дължими и да липсва правно основание за тяхното начисляване. С писмо изх. №Ц-03-1814 от 19.02.2013г. на основание чл.148 от ЗЗП КЗП е препоръчала на ответното дружество да отстрани в срок до 30 дни, считано от 20.02.2013г., тази неравноправна клауза от ОУ. В отговора си ответното дружество информирало Комисията, че препоръката ѝ ще бъде взета предвид при предстоящите изменения на ОУ, но че понастоящем не е в състояние да спази даденият 30-дневен срок за изпълнение на препоръката, тъй като за изменение на ОУ следва да се спази процедурата по чл.91-94 от Наредбата за лицензиране на дейностите в енергетиката. За обосноваване на правния си интерес от предявяване на иска ищецът Комисия за защита на потребителите излага твърдение, че процедурата по утвърждаване от ДКЕВР на нови и/ или изменени Общи условия на ответното дружество би могла да отнеме твърде дълго време, през което неравноправните клаузи ще бъдат налични в ОУ и биха могли да засегнат голям брой потребители. На осн. чл.148, т.4 от ЗЗП, ищецът иска от съда:

1. да прогласи за нищожен чл.26, ал.6 от Общите условия на договорите за продажба на електрическа енергия на „Е Б П“ АД („Е П П“ АД) като неравноправна клауза по смисъла на чл.143, т.18 от Закона за защита на потребителите (ЗЗП);

2. да осъди ответното дружество да отстрани разпоредбата на чл.26, ал.6 от Общите условия на договорите за продажба на електрическа енергия на „Е Б П“ АД („Е П П“ АД), тъй като същата съставлява неравноправна клауза по смисъла на чл.143, т.18 от ЗЗП;

3. да постанови забрана, касаеща бъдещото ползване на неравноправните клаузи, съотв.

4. да задължи ответното дружество „ЕНЕРГО – ПРО ПРОДАЖБИ“ АД, гр. Варна да огласи по подходящ начин и за своя сметка съдебното решение.

Така предявените искове са с правно основание чл.148, т.4 вр. с чл.146, ал.1 вр. чл.143 от ЗЗП и чл.187 вр. с чл.186, ал.2, т.1 от ЗЗП.

**По допустимостта на исковете:**

В хода на висящо производство по чл.379 ГПК след постановяване на обжалваното решение е взето Решение № ОУ-

05/21.07.2014г. на ДКЕВР, с което на осн. чл.130 от Наредба № 3 от 21.03.2013г. за лицензиране на дейности в енергетиката са одобрени нови ОУ. В с.з. пред настоящата инстанция ищецът, сега въззиваема страна, навежда твърдения за висящност на административен спор пред ВАС, който намира за преюдициален по отношение на исковете по чл.379 ГПК.

По отношение на иска за установяване на противоположност на клауза от ОУ, респ. прогласяването ѝ за нищожна:

ВНАС счита, че към датата на подаване на исквата молба така атакуваните клаузи от ОУ са били действащи. Следователно налице са вече сложили се отношения между потребителите и „Е П П“АД въз основа на тези клаузи. Чл.379,ал.2 ГПК предоставя възможност да бъде предявен установителен иск срещу нарушителя от организация за защита на увредените лица. В рамките на давността за погасяване на вземането всеки потребител, който се счита увреден от нищожните клаузи /или същите имат преюдициално значение за упражняване на други права на потребителите/ може да предяви индивидуален иск за защита на породените от това права. В тези индивидуални спорове при наличие на решение по чл.379 ГПК решаващият съд няма да се произнася по валидността на съответната клауза, а ще зачита действието по чл.386,ал.1 ГПК на решението по колективния иск. Следователно с приемането на нови ОУ не е отпаднал правният интерес от установяване на нищожността. В тази част решението на ВОС е допустимо.

По отношение на иска по чл.186,ал.3 от ЗПП за осъждане на ответника да отстрани неравноправната клауза в ОУ и за постановяване на забрана, касаеща бъдещото ползване на неравноправната клауза:

Съобразно чл.130 и чл.131 от Наредба № 3/21.03.2013г. за лицензиране на дейностите в енергетиката решението на ДКЕВР по одобряване на новите ОУ е породило своето действие, респ. с публикуването им в два всекидневника- местен и национален, на страницата на енергийното предприятие в интернет - те са влезли в сила. От друга страна е налице обжалване от страна на енергийното предприятие на решението на ДКЕВР. Последното е индивидуален административен акт и неговата законсъобразност не може да бъде преценена на осн. чл.17, ал.2 ГПК от гражданския съд . Съдът констатира разлика между новите ОУ и старите ОУ досежно атакувания чл.26,ал.6 от старите ОУ. В старата редакция той гласи: „Неполучаването на фактурата, както и подаването на възражение срещу сметката за консумирана електрическа енергия не освобождава потребителя от задължението му да заплати дължимата сума в срок“. А по новите ОУ е предвиден чл.28,ал.5 : „ Неполучаването на фактура не освобождава клиента от задължението му да заплати дължимата сума в срок“ . Като това изменение е предприето от енергийното предприятие, а не от ДКЕВР и срещу същото КЗП не е възразявало. Видно от Решение № ОУ-05/21.07.2014г.за одобряване на новите ОУ не са дадени указания от административния орган по тази клауза, а и

е обективизирана констатация, че КЗП излиза със становище, че не е налице неравноправна клауза в новите ОУ. Посоченото решение на ДКЕВР изрично в тази му част не е обжалвано с жалба пред ВАС по адм.д. № 11049/2014г. на ВАС от „Енерго-Про Мрежи“АД / след служебна справка по електронното досие на интернет страницата на съда/. Следователно независимо от допуснатото по силата на нормативен акт предварително изпълнение на решението на ДКЕВР, обжалването му не поставя в неизвестност към настоящия момент съдбата на новите ОУ. Следователно налице са нови, при това по-благоприятни ОУ и е отпаднал правния интерес от поддържане на иск по чл.186,ал.3 от ЗЗП .За правният интерес като абсолютна процесуална предпоставка за съществуването на правото на иск съдът е длъжен да следи и служебно след завеждане на иска. Налице са основания за прекратяване на производството по този иск. В частта по исковете за осъждане на ответника да отстрани неравноправната клауза в ОУ и за постановяване на забрана, касаеща бъдещото ползване на неравноправната клауза обжалваното решение като недопустимо следва да се прекрати.

**По същество на спора по иска за установяване на противоправност на клауза от ОУ, респ. прогласяването ѝ за нищожна :**

Твърдението по исковата молба е, че клаузата е неравноправна, тъй като представлява уговорка във вреда на потребителя, която не отговаря на изискването за добросъвестност и води до значително неравновесие между правата и задълженията на търговеца и потребителя като задължава последния да заплаща суми, които може реално да не са дължими и да липсва правно основание за тяхното начисляване. В ОУ е предвидена и възможност за корекция на сметки , т.е. допуска се грешно отчитане. Като на потребителя е предоставено право да възрази срещу начислената сума. Ако същият се задължи да заплати преди окончателно да се извърши проверка по възражението му, то би се достигнало до плащане на сума, която реално не се дължи.

Ответникът, сега въззивник възразява срещу основателността на този иск.

ВНАС прави следните правни изводи:

Атакуваната клауза не е индивидуално уговорена между потребител и енергийно предприятие, а е включена в ОУ. Следователно чл.148, ал.1 ЗЗП намира приложение и клаузата може да бъде прогласена за нищожна, ако представлява неравностойна такава по см. на някоя от хипотезите на чл.143 ЗЗП.

В чл.26, ал.6 от ОУ са предвидени две хипотези , в които потребителят не се освобождава от задължението си да заплати дължимата сума в срок : при неполучаването на фактура или при подаване на възражение срещу сметката за консумирана ел.енергия.

В първата хипотеза при неполучаване на фактура /без да има подадено възражение срещу сметката/, съдът намира, че не е налице неправноправна клауза.

Видно от чл.16, т.1 вр. чл.18а, ал.1 от ОУ в тежест на „Е Б П“АД / сега „Е П П“АД/ е да съобщава на потребителя чрез фактурата дължимите от последния суми. Предвидено е изпращането да се осъществи на адрес, посочен от потребителя или по негово изрично желание – в електронен вид на адрес на електронна поща. Съобразно чл.18, ал.2 от ОУ фактурата съдържа задължителни реквизити, които да индивидуализират вземането на продавача и най-вече с оглед на неговия размер, период на отчитане и срок за плащане. Следователно изпращането на фактура със съответните реквизити на посочен от потребителя адрес представлява точно изпълнение на задължението на продавача относно осигуряване на необходимата информация на потребителя по отношение на всяко едно „периодично плащане“, което последният му дължи в изпълнение на сключения между тях договор за продажба на ел.енергия. Отделно от това в чл.26, ал.1 от ОУ е предвидено, че потребителят заплаща на продавача стойността на консумираната ел.енергия веднъж месечно, като на осн. чл.26, ал.2 от ОУ графикът за плащане се обявява по реда на чл.15 – на интернет страницата на продавача, в издаваната фактура и в центровете за обслужване на клиенти. Респективно на осн. чл.16, т.1 от ОУ потребителят има право да се информира за дължимата сума и за сроковете за плащане. Налага се извод, че издаването на фактура със съответните реквизити е насочено към настъпване изискуемостта на вземането за отделното периодично плащане.

Разпоредбата на чл.26, ал.6 от ОУ визира не задължението на продавача – да състави и изпрати до потребителя фактура, а хипотезата на „неполучаване“ на фактурата от потребителя. Т.е., че продавачът няма задължение да доказва връчването ѝ на потребителя. Съдът също споделя съображенията, че при отношенията, възникнали във връзка с договори за продажба на ел.енергия, не може изискуемостта на основното задължение на потребителя – да заплати съответната сума за потребената ел.енергия за съответния отчетен период, да се постави в зависимост от поведението на потребителя / т.е. на задълженото лице/ по получаване на фактурата. В достатъчна степен защитата на правата на потребителите се гарантира от условието на чл.18а, ал.1 от ОУ фактурата да е изпратена на посочен от потребителя адм.адрес или електронен адрес, а така също и от съществуващото задължение за продавача да осигури информация за графика на плащане на интернет страницата на дружеството и в центровете за обслужване на клиенти.

Ето защо в тази част клаузата по чл.26, ал.6 от ОУ не е неравностойна и не следва да се прогласява за нищожна. Предявеният установителен иск в тази му част следва да се отхвърли.

По отношение на хипотезата на подаване на възражение от потребителя:

В чл.20,ал.6 от ОУ е предвидено право на потребителя да подаде писмено възражение срещу сметката за консумирана ел.енергия, като продавачът се задължава да извърши проверка по възражението. Подаването на възражение не е свързано с отлагане плащането на оспорената сума. Следователно,ако се касае до хипотеза на грешка поради погрешно отчитане от страна на продавача, потребителят е длъжен първо да заплати, а евентуално ако се установи след проверка, че има надвнесени суми – те ще му бъдат възстановени – чл.30 от ОУ.

От друга страна в регламентирания случай на извършване на едностранна корекция на сметки по инициатива на енергийното предприятие при неизмерена или неправилно измерена ел.енергия за изминал период по чл.24 от ОУ продавачът има право да извърши корекцията на сметка, да изпрати справка на потребителя за дължимите суми и срокове за плащане и на осн. чл.28 от ОУ потребителят дължи заплащане на тази коригирана сума в 10 дневен срок от получаване на справката.

Следователно има неравностойно третиране на страните по правоотношението. При грешка, която се дължи на поведението на продавача потребителят трябва да изчака резултатите от проверката, респ. на съдебното оспорване, за да получи евентуално недължимо платената сума, а при грешка, която се дължи на поведението на потребителя или на независещи от волята му обстоятелства ,свързани с отчитането на СТИ – продавачът получава веднага заплащане накоригираната сума.

Поради което и на осн. чл.143,т.18 ЗЗП в горепосочената част атакуваната клауза се явява неравноправна. Искът за прогласяване на нищожността ѝ е основателен.

С оглед на направените крайни правни изводи решението на ВОС в частта по иска за прогласяване на нищожност на клауза от ОУ частично следва да се отмени и вместо него да се постанови ново решение , с което се отхвърли искът на КЗП в тази част , а в останалата част на иска по чл.146 ЗЗП – първоинстанционното решение следва да се потвърди.

#### По отношение на разноските:

Поискани са и от двете страни . В обезсилената част не се дължат разноски на ответника, тъй като към момента на завеждане на исковете за ищеца е бил налице правен интерес, а последващото му отпадане е в резултат на последващо поведение на ответника по предлагане за одобрение на нови общи условия.

В частта по установителния иск за нищожност на неравноправна клауза. На КЗП се дължат разноски за първа инстанция в размер на 801,50лв. Разноските за разгласяване на иска и минималното юрисконсултско възнаграждение са единни при неоценяем установителен иск и не могат да се присъждат пропорционално на уважената част. В този размер те са присъдени и от ВОС. По отношение разноските пред въззивна инстанция КЗП ги е сторила в минимален размер по чл.7,т.4 от Наредба №1 за минималните размери на адвокатските възнаграждения – по всички искове общо в размер на 300лв.

Следователно с оглед изхода на спора / наличие на отхвърлена част от претенцията ѝ/ - не ѝ се дължат разноски за юрисконсултско възнаграждение. Респективно съдът намира , че сторените от въззивника разноски за юрисконсултско възнаграждение пред въззивна инстанция са също 300лв. по всички искове. ВНАС не споделя разбирането на процесуалния представител на въззивника, че за написване на въззивна жалба и за явяване по защитата ѝ пред въззивна инстанция се дължат две отделни възнаграждения. Още повече , че това разбиране противоречи на чл.9 от Наредба №1 за минималните размери на адвокатските възнаграждения. Следователно след като е налице и уважена част от иск срещу „Е П П“АД , то на последното не се дължи заплащане на разноски пред въззивна инстанция.

С определение от 07.02.2014г. ВОС е определил държавна такса по установителния иск - и тя е една за двете му части - 50лв. Респективно с оглед потвърждаване на решението на ВОС от въззивника се дължи заплащане на половината/ 25лв./ от тази такса за разглеждане на въззивната му жалба по чл.18, ал.1 вр. чл.4, т.2вр. чл.3 от Тарифа за държавните такси, които се събират от съдилищата по ГПК.

Водим от горното , съдът

#### Р Е Ш И :

ОБЕЗСИЛВА решение № 420/25.04.2014г. по т.д. N 970/13 г. на ВОС, поправено с решение № 1006/03.11.2014г. на ВОС в частта, с която е осъдено „Е П П“АД, да отстрани чл.26, ал.6 от ОУ за договорите за продажба на ел.енергия на „Е Б П“АД /„Е П П“АД/, одобрени с решение № ОУ-061 на ДКЕВР от 07.11.2007г., като неравноправна клауза; е постановена забрана за повторно включване на същата клауза в ОУ на дружеството и ПРЕКРАТЯВА производството по т.д. № 970/13г. на ВОС и по в.т.д. № 728/14г. на ВНАС в тази част.

ОТМЕНЯ решение № 420/25.04.2014г. по т.д. N 970/13 г. на ВОС, поправено с решение № 1006/03.11.2014г. на ВОС в частта, с която е прогласен за нищожен чл.26, ал.6 от ОУ за договорите за продажба на ел.енергия на „Е Б П“АД /„Е П П“АД/, одобрени с решение № ОУ-061 на ДКЕВР от 07.11.2007г., в частта, че „неполучаването на фактурата не освобождава потребителя от задължението му да заплати дължимата сума в срок“, като вместо него ПОСТАНОВЯВА:

ОТХВЪРЛЯ иска на Комисия за защита на потребителите срещу „Е П П“АД за прогласяване за нищожен чл.26, ал.6 от ОУ за договорите за продажба на ел.енергия на „Е Б П“АД /„Е П П“АД/, одобрени с решение № ОУ-061 на ДКЕВР от 07.11.2007г., в частта, че „неполучаването на фактурата не освобождава потребителя от задължението му да заплати дължимата сума в срок“ като неравноправна клауза на осн. чл.146, ал.1вр. чл.143, т.18 ЗЗП.

ПОТВЪРЖДАВА решение № 420/25.04.2014г. по т.д. N 970/13 г. на ВОС, поправено с решение № 1006/03.11.2014г. на ВОС в частта, с която е прогласен за нищожен чл.26,ал.6 от ОУ за договорите за продажба на ел.енергия на „Е Б П“АД /„Е П П“АД/ , одобрени с решение № ОУ-061 на ДКЕВР от 07.11.2007г., в частта, че „ както и подаването на възражение не освобождава потребителя от задължението му да заплати дължимата сума в срок”.

Решението може да се обжалва пред ВКС с касационна жалба при условията на чл.386,ал.3 ГПК в едномесечен срок от съобщението до страните.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: