

РЕШЕНИЕ

№ 292

*****, 10.03.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

ОКРЪЖЕН СЪД – ВАРНА, IV СЪСТАВ, в публично заседание на двадесет и трети февруари през две хиляди двадесет и втора година в следния състав:

Председател: Жана Ив. Маркова

Членове: Тони Кръстев
Десислава Г. Жекова

при участието на секретаря Мария Д. Манолова
като разгледа докладваното от Тони Кръстев Въззивно гражданско дело № 20223100500170 по описа за 2022 година

за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 258 и сл. от ГПК и е образувано по въззивна жалба вх.№ 302699/23.11.2021 г., подадена от Т. Б. Д. срещу решение № 262673/25.10.2021 г., постановено по гр.д. № 15010/2020 г. на РС - Варна, 20-ти съдебен състав, в частта, с която е признато за установено в отношенията между страните, че Т. Б. Д., ЕГН *****, дъжли на „Теленор България“ ЕАД сумата от 615.06 лева, представляваща допълнителна горница над сумата от 117 лева до общия сбор от 819.21 лева, заявени остатъчни задължения от доставчик на мобилна услуга по Договор за предоставяне на абонаментно обслужване на номер 359894414456, формиран от потребление на услуги извън абонаментен пакет и месечни абонаментни такси, начислени за период 05.06.2018 г. до 04.10.2018 г., която сума е предмет на Заповед за изпълнение № 260162/28.08.2020 г., издадена по ч.гр.д. № 5300/2020 г. по описа на ВРС.

Във въззивната жалба се излагат доводи за неправилност на решението в обжалваната му част поради допуснати от ВРС нарушения на материалния закон, съществени процесуални нарушения и необоснованост. Оспорва реалното доставяне на фактурираните услуги, като счита че в хода на първоинстанционното производство това не е установено от ищцовата страна. Твърди, че с приемането на експертните заключения първостепенния съд е нарушил процесуалните правила. Счита за неправилни изводите, досежно нищожността на съглашението по чл. 36, ал. 2 от ОУ. Посочва, че предоставените услуги са над месечния

кредитен лимит на ползване на мобилната клетъчна мрежа от 120 лева и следва да са за сметка на мобилния оператор. Сочи, че предвиденото в ОУ задължение на потребителя да заплаща всички дължими суми, включително и тези над лимита, дори и когато не е информиран за достигането му, не е индивидуално уговорено и противоречи на чл. 199 от ЗЕС, поради което и тази договорна клауза е неправопавна, съответно и нищожна. Счита, че неизпълнението на задължението на мобилния оператор да информира потребителя за достигането на лимита поставя последния в невъзможност да избере поведението си, поради което и не може да му се вмени задължение да заплаща цена над лимита. Поради така изложеното счита сумата за недължима. Моли за отмяна на първостепенния акт в обжалваната част. Претендира съдебно-деловодни разноски за всички инстанции.

В срока по чл. 263, ал. 1 от ГПК въззиваемата страна „Теленор България“ ЕАД депозира отговор на въззивна жалба, с който оспорва наведените от въззивника твърдения. Твърди, че не попада в полето на чл. 199 от ЗЕС, тъй като предоставените услуги са типични за мобилния оператор. Посочва, че клаузата на чл. 36 от ОУ не вменява задължение на оператора да ограничава и/или спира ползването на услугите от страна на потребителя, а само му предоставя това право, поради което и неограничаването на достъпа до мобилната мрежа не съставлява нарушение на задълженията. Излага, че е изпълнил договорните си задължения като двукратно е уведомил Т. Б. Д. за достигане на кредитния лимит, но въпреки това тя е продължила да използва роуминг услуги. Посочва, че всеки абонат може и сам да се информира за своето потребление и за текущата си сметка, като начинът за това е упоменат в договора. Твърди, че с подписаната от потребителя декларация-съгласие последният е удостоверил, че е запознат и приема ОУ, като съответно е задължен да заплаща всички предоставени услуги. Счита претенциите си за доказани. Моли за оставяне без уважение на въззивната жалба. Претендира съдебно-деловодни разноски.

Въззивната жалба е подадена в срока по чл. 259, ал.1 ГПК от активно легитимирано лице, срещу подлежащ на обжалване съдебен акт, процесуално допустима е и отговаря на останалите съдържателни изисквания на чл. 260 и чл. 261 ГПК.

В писмено становище въззивникът поддържа изложените доводи и акцентира върху необходимостта от прилагането на Регламент (ЕС) № 531/2012 на Европейския парламент и на Съвета от 13 юни 2012 година относно роуминга в обществени мобилни съобщителни мрежи в рамките на Съюза.

За да се произнесе по спора съставът на ВОС съобрази следното:

Видно от подадената от ищеца уточняваща молба от 21.12.2020 г. и приложената към нея коригирана искова молба, Варненският районен съд е бил сезиран с иск с правно основание чл. 422 от ГПК вр. чл. 79 от ЗЗД за приемане на установено между страните, че ответникът дължи на ищеца сумата от 702,21 лв., представляваща дължими и незаплатени месечни абонаментни такси за потребление на мобилни услуги по договор от 31.07.2015 г. и допълнително споразумение от 11.01.2018 г. за номер 359894414456, дължими по фактура № 7274842259/05.07.2018 г. за отчетния период на потребление от 05.06.2018 г. до 04.07.2018 г. ведно със законната лихва от датата на подаване на заявлението по реда на чл.

410 от ГПК (л. 36-39 от гр.д. № 15010/2020 г. на ВРС). Тази сума е предмет и на Заповед № 260162/28.08.2020 г. за изпълнение на парично задължение по чл. 410 от ГПК, срещу която длъжникът е възразил.

Решението на районния съд, с което е частично уважен искът до размер на 615.06 лева, а останалата част от исковата претенция е отхвърлена, е валидно като постановено от надлежен съдебен състав, в рамките на предоставената му правораздавателна власт и компетентност, и съдържащо реквизитите по чл. 236 ГПК.

Съобразно обстоятелствата, посочени в исковата молба, и отправеното до съда искане, спорът е правилно квалифициран. Исковата молба е подадена в рамките на законоустановения едномесечен срок, считано от уведомяването на ищеца за подаденото от длъжниците възразение по чл. 414 ГПК за недължимост на сумата по заповедта за изпълнение. Налице са процесуалните предпоставки, в това число и особените такива, и липсват процесуални пречки за допустимостта на производството по чл. 422 ГПК.

След постановяване на първоинстанционното решение е вписана промяна във фирменото наименование на ищеца (въззиваема страна) „Теленор България“ ЕАД, ЕИК 130460283, като към момента на постановяване на настоящия съдебен акт същото е "ЙЕТЕЛ БЪЛГАРИЯ" ЕАД.

Предвид конкретните оплакванията в жалбата и становището на насрещната страна, съставът на въззивния съд въз основа на съвкупна преценка на събраните доказателства приема за установено от **фактическа страна** следното:

Пред настоящата инстанция не е спорно, че между страните е възникнало облигационно правоотношение по силата на договор от 31.07.2015 г. за предоставяне на услуга по СИМ карта № 89359050000512449839 на нов номер 0894414456, както и сключването на допълнително споразумение към този договор от 11.01.2018 г. за преминаване на абонаментен план „Тотал 30,99 Коледа 2017“ с месечна такса 30,99 лв., срок от 24 месеца и неограничени национални минути и роуминг в зона ЕС. Не е спорно, че договорът е сключен при ОУ на оператора, с които ответницата се е съгласила изрично и е получила екземпляр от същите, както и информация по чл. 4, ал.1 от ЗЗП. Не е спорно също така, че ответницата е получила достъп до мрежата на оператора, за което дължи договорената според избрания план месечна абонаментна такса от 30,99 лв. независимо от това дали се е възползвала от предоставената ѝ възможност да ползва осигуряваните от мобилния оператор услуги. Не е спорно, че ответницата е имала свързаност с мрежата на оператора за периода 05.06.2018 г. - 04.10.2018 г. Видно от Приложение – ценова листа за абонаментни планове за частни и корпоративни клиенти от дата 11.01.2018 г., страните са уговорили първоначален кредитен лимит за абонаментен план Тотал 30,99 в размер на 120 лева.

Видно е от заключението на вещото лица по приетата СТЕ, на 16.06.2018 г. операторът е изпратил до ответницата SMS съобщение относно достигнати 80 % от лимита за мобилен интернет в роуминг. На 17.06.2018 г. ищецът е изпратил до ответницата второ

SMS съобщение относно доближаване на кредитния лимит.

Видно от приетото по делото заключение на вещото лице по допуснатата ССЕ, начислените на ответницата дължими суми за вноска по лизинг, месечна абонаментна такса, други услуги с добавена стойност, SMS и разговори към „Грижа за клиента“ възлизат общо на 54,10 лева, а роуминг таксуването е в размер на 896,87 лева. След приспадане на компенсации и надвнесена сума за предходен период крайната сума по фактурата е 702,21 лева.

Нито в заявлението за издаване на заповед за изпълнение по чл. 410 от ГПК, нито в исковата или някоя от уточняващите молби, ищецът е диференцирал услугите, за които се отнася роуминг таксуването. Не е посочено каква част от това таксуване се отнася за повиквания, каква за изпращане и получаване на SMS съобщения и каква за съобщителни услуги за пренос на данни с пакетна комутация. При това положение и с оглед на изричното изявление на оператора, съдържащо се в изпратеното от оператора на 16.06.2018 г. до ответницата SMS съобщение относно достигнати 80 % от лимита за мобилен интернет в роуминг, съдът приема, че цялата горница над договорения кредитен лимит от 120,00 лева е формирана от предоставени от оператора роуминг услуги за пренос на данни. Този извод следва и от обстоятелството, че съгласно уговореното в допълнителното споразумение от 11.01.2018 г. към договора между страните, абонаментният план на ответницата включва неограничени национални минути и роуминг в зона ЕС, като ищецът не е навел твърдения за ползвани от ответницата роуминг услуги извън ЕС.

Въззивницата поддържа направеното пред първоинстанционния съд оспорване на реалното доставяне от ищеца услугите по фактура № 7274842259/05.07.2018 г., т.е. реалното потребление на мобилни услуги над включените в пакета, респ. оспорва установените посредством допуснатата от съда СТЕ обстоятелства. По така направеното оплакване съдът намира, че приетото по делото заключение на вещото лице е ясно, изчерпателно, обективно и компетентно, съответно не се поражда съмнение, че услугите отразени във фактура № 7274842259/05.07.2018 г. са били фактически предоставени на ответницата за периода 05.06.2018 г. – 04.07.2018 г. Вещото лице ясно и точно е посочило вида на използвания от ответното дружество софтуер за генериране, обработка и съхранение на данните за трафика, както и за остойностяване на проведените от абонатите разговори, респ. за тяхното фактуриране. Не са налице основания за съмнение в достоверността на предоставените от автоматизирани системи на оператора данни. Съвкупната преценка на събраните по делото доказателства – заключението на СТЕ и писмените доказателства, при липса на твърдения свързването на ответницата с мобилната мрежа да е било препятствано за периода 05.06.2018 г. - 04.07.2018 г. установяват по несъмнен начин, че услугите по процесната фактура са действително предоставени и правилно остойностени от оператора.

При горната фактическа установеност съставът на въззивния съд от **правна страна** намира следното:

По същество оплакванията на въззивницата са за неправилно приложение на материалния закон касателно преценката за валидност на клаузата на чл. 36, ал. 2 от ОУ и

правото на оператора да таксува роуминг услуги след достигане от потребителя на договорения кредитен лимит.

Съгласно чл. 36, ал. 1 от ОУ операторът се е задължил да информира потребителя за изчерпване на кредитния лимит при достигане на 90 % или 80 % от същия. Посочено е, че това задължение не се отнася за случаите, в които достигането на 90% от кредитния лимит е осъществено в роуминг и Теленор не разполага към този момент с информация за осъществените повиквания от крайния потребител. Съгласно чл. 36, ал. 2 от ОУ потребителят е длъжен да заплати потреблението над този размер, а операторът може, но не е длъжен да ограничи или прекъсне автоматично предоставянето на услугата след достигане на лимита. Изрично е посочено, че неуведомяването на потребителя за достигнат кредитен лимит не освобождава същия от задължението да заплати стойността на ползваните мобилни услуги над лимита.

Съдът намира, че уговореното в чл. 36, ал.2 от ОУ е в пряко противоречие с разпоредбата на чл. 15, параграф 3, ал. 6 и 7 от Регламент (ЕС) № 531/2012 на Европейския парламент и на Съвета от 13 юни 2012 година относно роуминга в обществени мобилни съобщителни мрежи в рамките на Съюза, съгласно които всеки доставчик на роуминг осигурява и изпращането на подходящо съобщение до мобилното устройство на роуминг клиента, например чрез SMS съобщение, съобщение по електронната поща или в работен прозорец на неговия компютър, когато услугите за роуминг на данни достигнат 80 % от договорената парична граница или граница по отношение на обема. Когато тази парична граница или граница по отношение на обем изглежда, че ще бъде превишена, се изпраща съобщение до мобилното устройство на роуминг клиента. В съобщението се посочва процедурата, която трябва да се следва, ако клиентът желае предоставянето на тези услуги да продължи, и разноските, свързани с всяка допълнително използвана единица данни. Ако роуминг клиентът не отговори, както е приканен в полученото съобщение, доставчикът на роуминг незабавно спира предоставянето и таксуването на регулираните услуги за роуминг на данни за този клиент, докато роуминг клиентът не поиска продължаване или подновяване на предоставянето на тези услуги.

Съгласно чл. 288, ал. 2 от ДФЕС, Регламентът е акт с общо приложение. Той е задължителен в своята цялост и се прилага пряко във всички държави-членки. Съгласно чл. 5, ал. 4 от КРБ, международните договори, ратифицирани по конституционен ред, обнародвани и влезли в сила за Република България, са част от вътрешното право на страната. Те имат предимство пред тези норми на вътрешното законодателство, които им противоречат.

Текстът на чл. 36, ал. 2 от ОУ на мобилния оператор, предвиждащ само възможност, но не и задължение за оператора да ограничи или прекъсне автоматично предоставянето на услугата в частта за роуминг на данни след достигане на кредитния лимит, както и задължение за потребителя да заплати потреблението на услуги за роуминг на данни над този размер, противоречи на цитираната разпоредба от Регламент (ЕС) № 531/2012, според която при достигане на лимита операторът е длъжен да спре предоставянето и таксуването

на регулираните услуги за роуминг на данни, освен ако клиентът изрично е поискал предоставянето на тези услуги да продължи, поради което в тази си част, договорът е нищожен на основание чл. 26, ал. 1 от ЗЗД в хипотезата противоречие със закона.

Видно е от заключението на вещото лице по приетата СТЕ, че операторът е изпратил до ответницата SMS съобщение относно достигнати 80 % от договорения лимит за пренос на данни, но ищецът не твърди и не е представил доказателства, че потребителят е заявил изрично, че желае предоставянето на тези роуминг услуги да продължи. При това положение операторът е бил длъжен да спре предоставянето и таксуването на услугите за роуминг на данни. След като не е изпълнил това свое задължение, операторът е нарушил цитираната по-горе императивна разпоредба на Регламент (ЕС) № 531/2012, поради което клиентът не носи отговорност за заплащане на неправомерно предоставените и таксувани услуги за роуминг на данни. Както бе посочено по-горе, въз основа на заключението на вещото лице по допуснатата ССЕ и доколкото ищецът не е разграничил вида на предоставените роуминг услуги като същевременно непосредствено преди изпращането на съобщението за достигнат кредитен лимит е потвърдил, че потребителят е достигнал 80% от лимита за мобилен интернет, съдът приема, че цялата горница над договорения кредитен лимит от 120,00 лева е формирана от неправомерно предоставени от оператора услуги за роуминг на данни, за които клиентът не дължи заплащане.

Не се установява противоречие на чл. 36, ал. 2 от ОУ с чл. 199 от Закона за електронните съобщения, респ. тази договорна клауза да е неравноправна, съответно и нищожна на това основание, каквото оплакване е наведено във въззивната жалба. Според цитираната разпоредба от ЗЕС не се дължи заплащане на услуги, които не са необходими или не са присъщи за предоставяне на услугата. Съгласно процесната фактура не са начислявани суми за различни от стандартните за този тип договорни отношения престации като повиквания към национални мобилни и фиксирани мрежи, мобилен интернет, роуминг на повиквания и роуминг на данни, SMS съобщения.

Ето защо, искът следва да бъде уважен до размера на уговорения кредитен лимит от 120,00 лева, а за разликата до 702,21 лева следва да бъде отхвърлен като неоснователен.

Поради частичното несъвпадане на крайните изводи на въззивния съд с тези на ВРС, обжалваното решение ще бъде отменено в частта за горницата над сумата от 120,00 лева до присъдения размер от 615,06 лева, както и в частта за сторените в исковото производство съдебно-дебоводни разноски.

Отговорност за разноски:

При този изход от спора ищецът има право на сторените съдебно-деловодни разноски съизмерно на уважената част от иска на осн. чл. 78, ал. 1 от ГПК. Съгласно представен списък по чл. 80 от ГПК и доказателства за извършването им, сторените в исковото производство пред ВРС разноски са в общ размер на 805,00 лв. – 25,00 лв. за заплатена държавна такса, заплатено адвокатско възнаграждение от 180,00 лв. и 600,00 лв. платени депозити за ССЧЕ и СТЕ, от които следва да се присъди сумата 137,56 лева.

Ответницата, на осн. чл. 78, ал. 3 от ГПК има право на разноси в исковото производство пред ВРС съобразно отхвърлената част от иска. Съгласно представения списък по чл. 80 от ГПК и договор за правна защита и съдействие същите са в размер на 300,00 лв. адвокатско възнаграждение, от които ще се присъди сумата 248,73 лева.

За заповедното производство разноси не следва да се присъждат, тъй като решението на ВРС в тази му част не е обжалвано и е влязло в законна сила.

Въззивницата е направила разноси в производството пред ВОС в размер на 325,00 лева, от които има право на 261,59 лева на осн. чл. 78, ал. 1 от ГПК.

Въззиваемата страна претендира сторени пред ВОС разноси в размер на 180,00 лева, от които има право на 35,12 лева на осн. чл. 78, ал. 3 от ГПК.

При това положение и след извършена от съда компенсация, на въззивницата ще се присъдят разноси в общ размер 337,64 лева за първата и втората съдебни инстанции.

Мотивиран от гореизложеното, Варненският окръжен съд, търговско отделение,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ решение № 262673/25.10.2021 г., постановено по гр.д. № 15010/2020 г. на РС – Варна **в частта**, с която е признато за установено в отношенията между страните, че **Т. Б. Д.**, ЕГН *****, дъжи на **"Йеттел България" ЕАД** (с предишно фирмено наименование „Теленор България“ ЕАД) разликата над сумата от 120,00 лева до присъдения размер от 615.06 лева, представляваща допълнителна горница над сумата от 117 лева до общия сбор от 819.21 лева, заявени остатъчни задължения от доставчик на мобилна услуга по Договор за предоставяне на абонаментно обслужване на номер 359894414456, формиран от потребление на услуги извън абонаментен пакет и месечни абонаментни такси, начислени за период 05.06.2018 г. до 04.10.2018 г., която сума е предмет на Заповед за изпълнение № 260162/28.08.2020 г., издадена по ч.гр.д. № 5300/2020 г. по описа на ВРС, **както и в частта за разностите**, и вместо това **ПОСТАНОВЯВА:**

ОТХВЪРЛЯ иска на **"Йеттел България" ЕАД** (с предишно фирмено наименование „Теленор България“ ЕАД), ЕИК 130460283, със седалище и адрес на управление: гр. София, ж.к. „Младост 4“, Бизнес Парк София, сграда 6, срещу **Т. Б. Д.**, ЕГН *****, с адрес: *****, да бъде признато за установено в отношенията между страните, че **Т. Б. Д.**, дъжи на „Теленор България“ ЕАД разликата над сумата от 120,00 лева до присъдения размер от 615.06 лева, представляваща допълнителна горница над сумата от 117 лева до общия сбор от 819.21 лева, заявени остатъчни задължения от доставчик на мобилна услуга по Договор за предоставяне на абонаментно обслужване на номер 359894414456, формиран от потребление на услуги извън абонаментен пакет и месечни абонаментни такси, начислени за период 05.06.2018 г. до 04.10.2018 г., която сума е предмет на Заповед за изпълнение № 260162/28.08.2020 г., издадена по ч.гр.д. № 5300/2020 г. по описа на ВРС.

ПОТВЪРЖДАВА решение № 262673/25.10.2021 г., постановено по гр.д. №

15010/2020 г. на РС – Варна в останалата обжалвана част.

В ЧАСТТА, с която са отхвърлени искът за разликата над сумата от 615.06 лева до предявения размер от 702,21 лева, както и искането за присъждане на разноси в заповедното производство, решението на ВРС не е обжалвано и е влязло в законна сила.

ОСЪЖДА "Йеттел България" ЕАД (с предишно фирмено наименование „Теленор България“ ЕАД), ЕИК 130460283, със седалище и адрес на управление: гр. София, ж.к. „Младост 4“, Бизнес Парк София, сграда 6, **да заплати** на **Т. Б. Д.**, ЕГН *****, с адрес: *****, *****, сумата от 337,64 лева, представляваща сторени пред първата и въззивната инстанции съдебно-деловодни разноси на основание чл. 78, ал. 1 и ал. 3 от ГПК.

Решението не подлежи на касационно обжалване (чл.280, ал.3, т.1 ГПК).

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____