



## Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ  
М. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
представено на 30 януари 2019 година<sup>1</sup>

Дело C-628/17

**Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**  
**в присъствието на:**  
**Orange Polska S.A.**

(Преюдициално запитване, отправено от Sąd Najwyższy (Върховен съд, Полша))

„Преюдициално запитване — Защита на потребителите — Нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители — Директива 2005/29/ЕО — Понятие за агресивна търговска практика — Сключване от разстояние на договори за предоставяне на далекосъобщителни услуги — Задължение на потребителите да вземат окончателно решение относно сделката в присъствието на куриера, доставящ типовия договор“

1. Ново преюдициално запитване предоставя на Съда възможност да развие практиката си относно защитата на потребителите, този път в обхвата на Директива 2005/29/ЕО<sup>2</sup>, във връзка с чието прилагане наскоро бе постановено решение Wind Tre и Vodafone Italia<sup>3</sup>.
2. Следвайки установената в това решение практика, в настоящия случай трябва да се прецени дали представлява агресивна търговска практика (във всички случаи или само при определени обстоятелства) моделът за сключване на договори от разстояние, въведен в Полша от далекосъобщително предприятие, съгласно който потребителят трябва да вземе окончателно решение относно сделката в присъствието на куриера, доставящ типовия договор, с чието съдържание той е можел да се запознае предварително в интернет или по телефона.

### I. Правна уредба

#### A. Правото на Съюза. Директива 2005/29

3. Съгласно съображения 7, 16 и 17:

„(7) [...] Трябва да се отчита в пълна степен контекст[ът] на индивидуалния [случай,] свързан с прилагането на тази директива, особено [на] общите клаузи от нея.

[...]

<sup>1</sup> Език на оригиналния текст: испански.

<sup>2</sup> Директива на Европейския Парламент и на Съвета от 11 май 2005 година относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на Директива 84/450/ЕИО на Съвета, Директиви 97/7/ЕО, 98/27/ЕО и 2002/65/ЕО на Европейския парламент и на Съвета, и Регламент (ЕО) № 2006/2004 на Европейския парламент и на Съвета (ОВ L 149, 2005 г., стр. 22; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 14, стр. 260).

<sup>3</sup> Решение от 13 септември 2018 г. (C-54/17 и C-55/17, EU:C:2018:710).

- (16) Разпоредбите за агресивни търговски практики трябва да обхващат онези практики, които значително накърняват потребителската свобода на избор. Това са практики, използващи тормоз, принуда, включително използването на физическа сила[,] и [злоупотреба с влияние].
- (17) Желателно е тези търговски практики, които са нелоялни във всички случаи, да бъдат определени, за да се осигури по-висока правна сигурност. Приложение I съдържа пъния списък на всички такива практики. Това са единствените търговски практики, които може да [се] считат за нелоялни, без оценка на индивидуални случаи съгласно разпоредбите на членове 5 до 9. Списъкът може да бъде променян само чрез изменение на директивата“.

4. В член 2 са дадени следните определения:

„[...]

а) „съществено изопачаване на икономическото поведение на потребители“ означава използване на търговска практика, която значително накърнява способността на потребителя да вземе решение на база осведоменост [и принуждава] потребителя да вземе решение за сделка, което не би взел при други обстоятелства;

[...]

й) „злоупотреба с влияние“ означава използване [на] позиция на сила по отношение на потребителя, за да се прилага натиск, дори без използване на физическа сила или заплахата за такава, по начин, който значително ограничава способността на потребителя да вземе решение на база осведоменост;

к) „решение за сделка“ означава всяко решение, взето от потребител относно това как и при какви условия да купи, да заплати изцяло или частично, да задържи или да се разпореде със стоката, или да упражни договорно право[,] свързано със стоката, независимо дали потребителят решава да действа или се въздържа от действие;

[...]“.

5. Член 5 („Забрана за нелоялни търговски практики) гласи:

„1. Забраняват се нелоялните търговски практики.

2. Една търговска практика е нелоялна, ако:

а) противоречи на изискванията за дължимата професионална грижа,

и

б) съществено изопачава или е възможно да изопачи съществено икономическото поведение по отношение на продукта на средния потребител, до когато достига или за когато е предназначена стоката, или на средния представител на група, когато една търговска практика е ориентирана към група потребители.

3. Търговски практики, които е възможно да изопачат съществено икономическото поведение само на ясно установима група потребители, които са особено уязвими към практиката или към основния продукт поради своята физическа или умствена недоразвитост, възраст или лекомислие[,] по начин предвидим за търговеца, се оценяват от гледна точка на средния представител на тази група. Това не засяга обичайната и законосъобразна рекламна практика на преувеличени изявления или изявления, които не трябва да се приемат буквално.

4. По-специално търговските практики са нелоялни, когато:

а) са заблуждаващи по смисъла на членове 6 и 7,

или

б) са агресивни по смисъла на членове 8 и 9.

5. Приложение I съдържа списъка на тези търговски практики, които се считат за нелоялни при всякакви обстоятелства. Същият списък се прилага във всички държави членки и може да бъде променян само чрез изменение на настоящата директива“.

6. Член 8 („Агресивни търговски практики“) предвижда:

„Агресивна е търговска практика, която във фактически контекст, отчитайки всички нейни характеристики и обстоятелства, чрез тормоз, принуда, включително използване на физическа сила, или злоупотреба с влияние, значително накърнява или е възможно в значителна степен да накърни свободата на избор или поведение на средния потребител по отношение на стоката, и следователно го подтиква или е възможно да го подтикне да вземе решение за сделка, което в противен случай не би взел“.

7. Член 9 („Използване на тормоз, принуда и злоупотреба с влияние“) гласи:

„При определяне дали търговска практика използва тормоз, принуда, включително използване на физическа сила, или злоупотреба с влияние, се вземат предвид:

а) изборът на време, мястото и степента на настойчивост;

б) използването на заплахи или обидни думи или поведение;

в) злоупотребата от страна на търговеца с всяко специфично нещастие или обстоятелство, от такава важност, че да накърни преценката на потребителя, което търговецът ясно съзнава, и да повлияе при решението му за продукта;

г) всички обременителни или прекомерни недоговорни пречки, създадени от търговеца[,] когато потребителят желае да упражни правата си по договора, включително правото да прекрати [...] договора или да промени стоката или търговеца;

д) всяка заплаха за предприемане на противозаконни действия“.

**Б. Националното право. Закон от 23 август 2007 г. за противодействие на нелоялните пазарни практики<sup>4</sup>**

8. Съгласно член 8, параграф 1 за агресивна се счита търговска практика, ако чрез незаконно влияние същата значително накърнява или е възможно в значителна степен да накърни свободния избор на средния потребител или поведението му по отношение на стоката и следователно го подтиква или е възможно да го подтикне да вземе решение за сделка, което в противен случай не би взел.

9. В съответствие с член 8, параграф 2 за незаконно влияние се счита всякакъв вид използване на позиция на сила по отношение на потребителя, по-специално използването или заплахата за използване на физическо или психическо насилие, по начин, който значително ограничава способността на средния потребител да вземе осведомено решение относно договора.

**II. Фактите**

10. Съгласно акта за преюдициално запитване Orange Polska сключва договори за предоставяне на далекосъобщителни услуги чрез онлайн магазин или по телефона (телефонни продажби), като прилага процедура със следните етапи:

- 1) влизане на потребителя на определена интернет страница и запознаване с офертата на търговеца. Чрез специална връзка може да се получи достъп до предлаганите от търговеца типови договори;
- 2) избор на стока или договор;
- 3) подаване на поръчка. Към този момент не се предвижда изявление на потребителя, че се е запознал с предлагания типове договор;
- 4) потвърждаване на поръчката;
- 5) изпълнение на поръчката чрез използване на услугите на куриерска фирма. Куриерът доставя на потребителя проекта на договор (за нова услуга или нов клиент) или допълнителното споразумение (за досегашни клиенти) с приложения, общи условия, ценоразписи и други документи, които след подписване стават неразделна част от договора;
- 6) сключване на договора и евентуално предаване на стоката. С подписване на договора или допълнителното споразумение потребителят заявява, че се е запознал и приема съдържанието на всички доставени документи. Подписването трябва да се извърши по време на посещенията на куриера. Непологането на подпис тогава води до липса на сключен договор и потребителят трябва или да отиде в някой от центрове за продажба, или отново да направи поръчка през интернет страницата или по телефона; и
- 7) активиране на договора.

11. С решение от 30 декември 2010 г. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Служба за защита на конкуренцията и потребителите, Полша) приема, че описаната практика е в нарушение на колективните интереси на потребителите, доколкото накърнява свободния им избор, като оказва натиск върху тях да вземат решение относно подписването на договора в присъствието на куриера, без да им се даде възможност за свободно запознаване с неговото съдържание.

<sup>4</sup> Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej от 2007 г., № 171, позиция 1206, с последващите изменения.

12. На 27 октомври 2014 г. това решение е отменено от Sąd Okręgowy w Warszawie (Окръжен съд Варшава, Полша). С решение от 4 март 2017 г. Sąd Apelacyjny w Warszawie (Апелативен съд Варшава, Полша) потвърждава решението на първоинстанционния съд.

13. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (председател на Службата за защита на конкуренцията и потребителите) подава касационна жалба против въззивното решение до Sąd Najwyższy (Върховен съд, Полша), който решава да отправи преюдициално запитване.

### III. Преюдициалният въпрос

14. Запитващата юрисдикция твърди, че „е склонна да сподели становището на съдилищата от двете инстанции“, но има определени съмнения относно тълкуването, що се отнася до квалификацията на спорното поведение.

15. Според нея не е налице агресивна търговска практика, ако търговецът не е оказвал натиск върху потребителя, а единствено очаква от него да вземе окончателно решение относно сключването на договора, воля за което потребителят е изявил първоначално посредством съгласието си на етапа на заявката за посещение от куриер, след като е получил достъп до документите, съдържащи условията за предоставяне на далекосъобщителните услуги.

16. Според запитващата юрисдикция:

1. Спорният модел за сключване на договори не е свързан с накърняване на свободата на избор на потребителя, тъй като същият прави основен (макар и първоначален и необвързващ) избор още на етапа на подаване на заявка на интернет страницата на търговеца или по време на телефонния разговор с консултант.
2. Свободата на потребителя да избере дали да направи съответно волеизявление или да откаже да го направи, не се накърнява и по време на посещението на куриера, когато потребителят трябва да потвърди решението си чрез подписване на договора или да се откаже от неговото сключване.
3. Предпоставката за вземане от потребителя на „решение за сделка, което в противен случай не би взел“, ще бъде изпълнена, ако търговецът достави на потребителя с помощта на куриер договор или типови договори, определящи други условия, а не тези, с които потребителят по-рано е декларирал, че е запознат. Само в този случай ще е налице натискът, произтичащ от присъствието на куриера, очакващ бързо да бъде взето решение, което в противен случай потребителят не би взел, тъй като последният ще е уговорил с търговеца различни от представените му в крайна сметка договорни условия.

17. Накрая, запитващата юрисдикция твърди, че с оглед на условията по член 9 от Директива 2005/29 и в отсъствието на физически или вербални заплахи посещението на куриера на мястото и по времето, уговорени с потребителя, не представлява практика, която сама по себе си може да се определи като агресивна.

18. По изложените съображения Sąd Najwyższy (Върховен съд) отправя следния преюдициален въпрос, постъпил в Съда на 8 ноември 2017 г.:

„Трябва ли член 8 във връзка с член 9 и член 2, буква й) от Директива 2005/29 [...] да се тълкува в смисъл, че представлява агресивна търговска практика поради злоупотреба с влияние прилаганият от търговец модел за сключване от разстояние на договори за предоставяне на далекосъобщителни услуги, при които потребителят трябва да вземе окончателно решение относно сделката в присъствието на куриера, доставящ типовия договор:

- a) винаги когато по време на посещението на куриера потребителят не може свободно да се запознае със съдържанието на предоставения типов договор;
- b) само когато потребителят не е получил предварително и индивидуално (напр. по електронна поща или на домашния си адрес) всички формуляри по договора, дори да е имал възможност за самостоятелно запознаване преди посещението на куриера с тяхното съдържание на интернет сайта на търговеца;
- в) само когато допълнителни обстоятелства сочат, че от търговеца или от негово име са били предприети нелоялни действия, насочени към накърняване на свободата на избор на потребителя относно вземането на решение във връзка със сделката?“.

#### IV. Производството пред Съда и становищата на страните

19. Писмени становища подават Orange Polska, полското правителство и Комисията, като те участват и в съдебното заседание, проведено на 28 ноември 2018 г.

20. Orange Polska поддържа, че модел за сключване на договори от разстояние, при който потребителят взема решение въз основа на документите, предоставени на негово разположение в интернет, а договорът се сключва при посещението на куриера, не може да се квалифицира като агресивна търговска практика. Според това дружество „злоупотребата с влияние“ трябва да се разбира като целенасочено влияние на търговеца над потребителя, за да го подтикне посредством незаконни или спорни методи да вземе решение относно сделката, което иначе той не би взел.

21. По мнение на полското правителство, както и според Комисията, предвид съдържанието на списъка, съдържащ се в приложение I към Директива 2005/29, разглежданото поведение не може да бъде свързано с нелоялна (агресивна) търговска практика във всички случаи, а следва да се вземат предвид особеностите на всеки отделен случай, разгледани в своята съвкупност, чиято преценка е от компетентността на националната юрисдикция.

22. По мнение на полското правителство и Комисията Съдът следва да предостави на запитващата юрисдикция тълкуване с оглед на член 2, буква й) и членове 8 и 9 от Директива 2005/29. Съгласно тези разпоредби използваното в Директивата понятие „злоупотреба с влияние“ не се припокривало с неудачния израз „незаконно влияние“, възприет в полската правна уредба.

23. Полското правителство счита, че от определящо значение е да се установи дали преди посещението на куриера потребителят е имал достъп до документите относно договора при пълна свобода и на база осведоменост. Възможността за последващ отказ от договора била ирелевантна за преценката относно съществуването на агресивна търговска практика.



24. Комисията признава, че необходимостта от подписване на договор в присъствието на куриер може да предполага известен натиск върху потребителя. Тази възможност обаче не била достатъчна, за да се заключи, че става въпрос за систематично агресивно търговско поведение, тъй като, за да съществува такова поведение, трябвало да бъдат налице определени фактори, които да обусловят по недопустим начин решението на потребителя.

25. Фактори от такова естество били посочените от запитващата юрисдикция в букви б) и в) от преюдициалния въпрос, въпреки че никой от тях не водел сам по себе си до извод за наличие на агресивно търговско поведение, като трябвало да се разгледа евентуалното въздействие на съответната практика върху решението на потребителя.

26. Според Комисията продажбата в интернет или по телефона изискват отделни анализи, за да се определи кой е средният потребител във всеки от случаите и дали е имало злоупотреба с влияние. В крайна сметка следвало да се постави въпросът дали само решението да се поиска посещение от куриер с цел да се сключи договор, може да представлява „решение относно сделката“ по смисъла на Директива 2005/29.

## V. Анализ

### A. Предварителни бележки

27. Запитващата юрисдикция иска да установи по същество дали търговската практика, която описва в акта си за преюдициално запитване, може да се квалифицира като агресивна поради „злоупотреба с влияние“ по смисъла на член 8 във връзка с член 9 и член 2, буква й) от Директива 2005/29.

28. По-конкретно, запитващата юрисдикция иска да си изясни дали този модел за сключване на договори от разстояние представлява: а) агресивна търговска практика във всички случаи, или б) само когато е налице някое от следните две обстоятелства:

1. или потребителят „не е получил предварително и индивидуално всички формуляри по договора, дори да е имал възможност за самостоятелно запознаване преди посещението на куриера с тяхното съдържание на интернет сайта на търговеца“;
2. или допълнителни обстоятелства сочат, че от търговеца или от негово име са били предприети „нелоялни действия, насочени към накърняване на свободата на избор на потребителя относно вземането на решение във връзка със сделката“.

29. При условията, които току-що обясних, възниква съмнение дали е необходимо стриктно придържане към текста на въпроса. Правя тази уговорка, тъй като текстовете на различните езици се разминават, особено при превода на буква а) от преюдициалния въпрос.

30. Текстът на испански език на тази буква а) гласи: „*siempre, si el consumidor durante la visita del mensajero no puede tomar conocimiento con libertad del contenido del contrato tipo*“ („винаги *когато* по време на посещението на куриера потребителят не може свободно да се запознае със съдържанието на предоставения типов договор“) <sup>5</sup>. Съответният текст на италиански език е следният: „*sempre, qualora il consumatore, al momento della visita del corriere, non possa consultare liberamente il contenuto dei modelli contrattuali*“ <sup>6</sup>. В текста на немски език е предвидено: „*immer,*

<sup>5</sup> Курсивът е мой.

<sup>6</sup> Курсивът е мой.

wenn der Verbraucher beim Besuch des Kuriers den Inhalt der Vertragsmuster nicht ungehindert zur Kenntnis nehmen kann<sup>7</sup>“. Текстът на португалски език гласи: „*sempre que o consumidor não possa, por ocasião da visita do mensageiro, tomar livremente conhecimento do conteúdo do modelo do contrato*“<sup>8</sup>.

31. В съответствие с текстовете на тези езици въпросът е не дали спорният модел за сключване на договори представлява агресивна търговска практика във всички случаи, тоест „винаги“, а дали това е така само „когато“ е налице конкретно обстоятелство: потребителят не може свободно да се запознае със съдържанието на договора. Така изглежда, че подобно на букви б) и в), запитващата юрисдикция задава въпрос във връзка с конкретно обстоятелство.

32. В текста на преюдициалния въпрос на френски език обаче е посочено: „*toujours, parce que, durant la visite du livreur, le consommateur ne peut pas prendre connaissance librement du contenu des modèles [de contrat] qui lui sont remis*“<sup>9</sup>. Този превод като че ли в най-голяма степен съответства на оригиналния текст на полски език, в който буква а) от преюдициалния въпрос започва със „*zawsze, gdyż*“ („винаги, защото“). За сметка на това, букви б) и в) започват с думите „*tylko, gdy*“ („само когато“). Близостта в изписването на думите „*gdyż*“ и „*gdy*“ навежда Комисията на извода, че първата е използвана по погрешка, тъй като и в трите случая ставало въпрос за думата „*gdy*“<sup>10</sup>.

33. Според мен не следва да се приеме, че е налице техническа грешка. Преди всичко, разбира се, защото може да се предположи, че запитващата юрисдикция е формулирала въпроса си точно и внимателно. Но и защото, по-специално, в двата случая, когато използва думата „*gdy*“ (букви б) и в), тя го прави след думата „*tylko*“ (само), докато думата „*gdyż*“ в буква а) е предшествана от „*zawsze*“ (винаги). Ако ставаше въпрос за техническа грешка и релевантната дума в буква а) също беше „*gdy*“ (когато), запитващата юрисдикция би питала дали спорният модел представлява агресивна търговска практика *винаги, когато е налице определено обстоятелство*, а това е все едно да се каже „*само в този случай*“. Тогава би възникнал въпросът защо запитващата юрисдикция не е използвала и в буква а) думата „*tylko*“ (само), подобно на букви б) и в).

34. Без да е необходимо да се прибегва до предполагаемата техническа грешка, посоченото в буква а) обстоятелство има смисъл в противовес на хипотезите в останалите две букви. Ако в последните се посочват точни и конкретни положения (липса на предварително и индивидуално получаване на всички формуляри по договора, индикации за нелоялни действия), в буква а) се посочва фактор, който съгласно преюдициалното запитване е присъщ за описаната практика, тоест за изискването договорът да се подпише в присъствието на куриера, като това предполага почти по дефиниция, че поради характерната за куриерската дейност бързина потребителят не „може свободно да се запознае със съдържанието на предоставения типов договор“. Ето защо не става въпрос за обстоятелство, което може да съществува или не, а за обстоятелство, което е неотделимо от описаното положение и чието посочване следователно е обосновано като *обяснение* защо спорният модел на сключване на договори би могъл *винаги* („*zawsze*“) да представлява агресивна търговска практика. Според мен това е отразено точно в текста на френски език на преюдициалния въпрос, към който ще се придържам по-нататък.

<sup>7</sup> Курсивът е мой.

<sup>8</sup> Курсивът е мой.

<sup>9</sup> Курсивът е мой.

<sup>10</sup> Точка 21, бележка 2 от писменото становище на Комисията.



## Б. По същество

35. В съображение 7 от Директива 2005/29 се уточнява, че при прилагането на последната „трябва да се отчита в пълна степен контекст[ът] на индивидуалния [случай]“. В същия смисъл и в съответствие с член 8 от посочената директива, за да може дадена търговска практика да се квалифицира като агресивна, е необходимо тя да бъде разглеждана, „отчитайки всички нейни характеристики и обстоятелства“.

36. Както твърдят полското правителство<sup>11</sup> и Комисията<sup>12</sup>, Съдът трябва да се ограничи до това да предостави на запитващата юрисдикция насоки за тълкуването и прилагането на Директива 2005/29, които, без да се изземват правомощията на тази юрисдикция, да ѝ помогнат в задачата ѝ, неподлежаща на прехвърляне, да квалифицира спорния модел за сключване на договори. Това квалифициране, подчертавам, следва да се извърши единствено от запитващата юрисдикция<sup>13</sup>.

37. Изхождайки от тази предпоставка, ще анализирам различните проблеми, повдигнати с преюдициалния въпрос.

### 1. Агресивна търговска практика при всякакви обстоятелства?

38. Не е трудно да се изпълни задължението за съдържаност на Съда в тази материя при произнасянето по буква а) от преюдициалния въпрос.

39. Всъщност изразеното в тази буква съмнение налага да се изясни дали така описаният от запитващата юрисдикция модел за сключване на договори на Orange Polska може да се смята за агресивна търговска практика „винаги“, тоест „при всякакви обстоятелства“.

40. Съгласно член 5, параграф 4 от Директива 2005/29 „агресивна търговска практика“ представлява „нелоялна търговска практика“, ако — и само ако — има характеристиките, посочени в членове 8 и 9 от същата директива.

41. Да се приеме, че използваният от Orange Polska модел за сключване на договори „винаги“ предполага „агресивна търговска практика“, би означавало той да представлява „нелоялна търговска практика“ при всякакви обстоятелства (винаги). Търговските практики обаче, които се определят като нелоялни *във всички случаи*, са само тези, които са посочени в приложение I към Директива 2005/29 съгласно член 5, параграф 5 от нея.

42. Тъй като разглежданата в главното производство практика не се съдържа сред общо тридесет и една практики, включени във въпросния „черен списък“ в приложение I, ако Съдът заключи, че възприетата от Orange Polska практика *винаги* представлява агресивна търговска практика и в крайна сметка нелоялна търговска практика, той би действал като законодател в противоречие със смисъла и целта на Директива 2005/29<sup>14</sup>. Ето защо считам, че отговорът на тази част от преюдициалния въпрос трябва да бъде отрицателен.

<sup>11</sup> Точки 15 и 16 от писменото становище на полското правителство.

<sup>12</sup> Точки 28 и 29 от писменото становище на Комисията.

<sup>13</sup> Вече се приема за стандартна формулировка, че „член 267 ДФЕС оправомощава Съда не да прилага разпоредбите от правото на Съюза към определен случай, а само да се произнася във връзка с тълкуването на Договорите и на актовете, приети от институциите на Европейския съюз. Съдът все пак може в рамките на съдебното сътрудничество, въведено с този член, и въз основа на материалите по делото да предостави на националната юрисдикция насоки за тълкуването на правото на Съюза, които могат да ѝ бъдат полезни, когато преценява действието на една или друга от неговите разпоредби“. Наред с много други, вж. решение от 13 юли 2017 г., *Ingsteel* и *Metrostav* (C-76/16, EU:C:2017:549, т. 25).

<sup>14</sup> Съгласно решение от 10 юли 2014 г., *Комисия/Белгия* (C-421/12, EU:C:2014:2064, т. 61), „национална правна уредба, която забранява общо непосочените в приложение I към Директива 2005/29 практики, без да провежда конкретен анализ на техния „нелоялен“ характер в светлината на критериите по членове 5—9 от същата директива, противоречи на съдържанието на член 4 от нея и на преследваната от тази директива цел за пълна хармонизация дори когато тази правна уредба има за цел да осигури по-висока степен на защита на потребителите“.

2. *Агресивна търговска практика поради злоупотреба с влияние в зависимост от определени обстоятелства?*

43. От своя страна, поведението, посочено от запитващата юрисдикция в букви б) и в) от преюдициалния въпрос, би могло да представлява „агресивна търговска практика поради злоупотреба с влияние“, ако с оглед на „обстоятелствата по всеки отделен случай“, разгледани в тяхната съвкупност, се прецени, че е налице посочената злоупотреба с влияние.

44. Член 8 от Директива 2005/29 определя като „агресивна“ търговска практика, която, отчитайки всички фактически характеристики и обстоятелства по случая, води до определен *резултат* чрез определени *средства*:

1. *Резултатът* се изразява в реално или потенциално „значително“ накърняване на свободата на избор на потребителя по отношение на стоката в степен, в която се проявява или може да се прояви като решение, което иначе той не би взел<sup>15</sup>.
2. *Средствата*, изброени в тази разпоредба като позволяващи постигането на тази цел, са „тормоз, принуда, включително използване на физическа сила, или злоупотреба с влияние“, сред които запитващата юрисдикция се позовава само на последното.

45. Според мен „злоупотребата с влияние“ в контекста на Директива 2005/29 не е „незаконно влияние“, а такова, което, без да се засяга неговата законосъобразност, предполага по активен начин, чрез натиск, насилствено влияние върху волята на потребителя<sup>16</sup>.

46. Съгласно член 2, буква й) от Директива 2005/29 понятието „злоупотреба с влияние“ означава използване *позиция на сила* по отношение на потребителя, за да се „прилага натиск, дори без използване на физическа сила или заплахата за такава, по начин, който значително ограничава способността на потребителя да вземе решение на база на осведоменост“.

47. Както припомням в заключението си по дело Wind Tre и Vodafone Italia<sup>17</sup>, необходимо е да се направи разграничение между два аспекта на *позицията на сила*:

- от една страна, *позицията на сила*, която позволява на търговеца да накърни свободата на потребителя при закупуването на стока,
- от друга страна, *позицията на сила*, в която от правна гледна точка се намира търговецът, който след сключването на договора може да изиска от потребителя насрещната престация, с която последният се е задължил при подписването на договора.

48. Ясно е, че „агресивна търговска практика“ е първата, тоест тази, която, като се възползва от *позицията на по-слаба страна на потребителя спрямо търговеца*<sup>18</sup> и използвайки неправомерно придобита *позиция на сила* — чрез тормоз, принуда, физическа сила или проактивно влияние — накърнява свободата на потребителя, като го подтиква да сключи договор, с който не би се съгласил, ако не съществуваше неправомерната изгода.

49. Именно защото сключването на договор предполага поемане на определени задължения, чието изпълнение контрагентът може законно да изиска по съдебен ред, Директива 2005/29 защитава свободата на потребителя да сключва договор на базата на пълна осведоменост, като се ангажира единствено със задълженията, които, при упражняването на тази свобода, е готов да

15 Пзовавам се на заключението си по дело Wind Tre и Vodafone Italia (C-54/17 и C-55/17, EU:C:2018:377, т. 63).

16 Пак там, точка 65.

17 C-54/17 и C-55/17, EU:C:2018:377, т. 67—70.

18 Решение от 16 април 2015 г., UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225, т. 53).

поеме. Следователно Директивата не предоставя закрила по отношение на свободно поети от потребителя правни задължения, а по отношение на поети задължения вследствие на нелоялна търговска практика, независимо дали в конкретния случай става въпрос за законосъобразна практика.

50. Съществуват множество променливи фактори, които в съответствие с член 9 от Директива 2005/29 трябва да се претеглят, за да се прецени дали за целите на настоящото производство определена търговска практика си служи със злоупотреба с влияние. При неизчерпателно изброяване, наред с други, от значение са времето и мястото на осъществяване на практиката, нейното естество или нейната настойчивост, използваният език, поведението, злоупотребата с всяко нещастие или налагането на обременителни или прекомерни недоговорни пречки.

51. Според запитващата юрисдикция съществуват три фактора, които в разглеждания случай биха могли да свидетелстват, че търговецът извършва „злоупотреба с влияние“ върху потребителя:

- първият фактор е, че потребителят се вижда принуден да вземе окончателно решение относно определена сделка в присъствието на куриера, който му доставя типовия договор (това всъщност е сърцевината на спорното положение),
- вторият фактор е, че потребителят не е получил предварително и индивидуално всички формуляри по договора, макар да е имал възможност да се запознае с тяхното съдържание по-рано в интернет (буква б) от преюдициалния въпрос),
- третият фактор е възможното предприемане на нелоялни действия, насочени към накърняване на свободата на избор на потребителя (буква в) от преюдициалния въпрос).

52. В зависимост от естеството на всеки от тези фактори не може да се отхвърли възможността всеки един сам по себе си да доведе до злоупотреба с влияние. Така:

1. Ако със своето поведение или отношение куриерът е особено припрян или настоятелен, това би било достатъчно, за да се прецени, че с това поведение е извършена злоупотреба с влияние върху потребителя.
2. Ако потребителят предварително е получил обективно ограничена, частична или тенденциозна информация или такава, която не съответства на тази, която впоследствие му е предоставена от куриера, това обстоятелство би могло да бъде достатъчно, за да се прецени, че е налице заблуждаващо действие или бездействие по смисъла на членове 6 и 7 от Директива 2005/29, както и евентуална злоупотреба с влияние, ако се установи активно поведение на търговеца, насочено към неправомерно въздействие върху волята на потребителя.
3. Накрая, евентуални нелоялни действия от друго естество също биха били достатъчни в зависимост от потенциалната им възможност за въздействие върху волята на потребителя, ако са продиктувани от намерение на търговеца за неправомерно влияние.

53. Възможно е още, ако се разгледат отделно, никой от посочените фактори сам по себе си да не е от такова естество, че да е налице злоупотреба с влияние, но взети в тяхната съвкупност и поради взаимодействието помежду им, те да водят до същия този резултат.

54. Както вече посочих, националният съд е този, който трябва във всеки отделен случай да прецени конкретния обхват, който могат да имат обстоятелства като посочените в акта за преюдициално запитване, разгледани поотделно или в тяхната съвкупност. В този акт, резюмиран от мен по-горе<sup>19</sup>, Sąd Najwyższy (Върховен съд) като че ли е склонен да смята, че липсва агресивна практика, потвърждавайки преценката на първоинстанционния и на въззивния съд.

55. От своя страна искам да подчертая трудността за Съда да даде отговор, който се отдалечава от единодушната преценка (в разглеждания случай е налице еднаква преценка на двете по-долни инстанции и на касационния съд) на националните юрисдикции, по дела като настоящото, при които е очевидно значението на особеностите на разглежданото специфично поведение. Само тези юрисдикции са компетентни относно фактическите характеристики на такова поведение и разбира се, те се намират в по-добро положение от Съда, за да преценят до каква степен определен нюанс от поведението на търговеца има значително въздействие върху поведението на средния потребител.

56. Въпреки това, за да се подпомогне запитващата юрисдикция в известна степен при дейността ѝ по тълкуване и прилагане ad casum на Директива 2005/29, от полза могат да бъдат изложените по-нататък съображения.

*3. Фактори, които могат да бъдат релевантни за формирането на преценка относно наличието на злоупотреба с влияние от страна на търговеца*

57. Необходимо е да се направи разграничение между случая на продажба в интернет и този на продажба по телефона, тъй като поради техните характеристики при всеки от тези случаи положението на потребителя е специфично.

- При продажбата в интернет потребителят е този, който по принцип доброволно решава да посети интернет страницата на търговеца и нищо не му пречи да отдели времето, което счита за необходимо, за да се запознае с наличните оферти, цените и други условия, както и с начините за сключване на договор.
- При продажбата по телефона, макар да не е изключена инициативата на потребителя, по-често търговецът е този, който се свързва с него, за да му предложи сключването на договор<sup>20</sup>. Положението на потребителя обикновено е пасивно, като освен това не може да се пренебрегне ролята на елемента на изненада, който може да бъде свързан с определена степен на психологически натиск<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Точки 14—17 от настоящото заключение.

<sup>20</sup> В съдебното заседание, без да отрича възможността да е прилагало тази търговска практика (нежелани търговски обаждания), Orange Polska твърди, че тя е била забранена с последващ закон в Полша.

<sup>21</sup> Това се признава за договорите, сключени извън търговския обект, в съображения 21 и 37 от Директива 2011/83/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 25 октомври 2011 година относно правата на потребителите, за изменение на Директива 93/13/ЕИО на Съвета и Директива 1999/44/ЕО на Европейския парламент и на Съвета и за отмяна на Директива 85/577/ЕИО на Съвета и Директива 97/7/ЕО на Европейския парламент и на Съвета (ОВ L 304, 2011 г., стр. 64). Въпреки това „психологическият натиск“, присъщ за този вид договори (балансиран от правото на отказ от договора), по своето естество е различен от натиска, целящ злоупотреба с влияние върху потребителя.

58. Освен това при всеки от двата случая е налице различен профил на „средния потребител“, тоест на този, който е сравнително добре информиран и сравнително наблюдателен и предпазлив, отчитайки обществените, културни и лингвистични фактори<sup>22</sup> и имайки предвид контекста и всички обстоятелства, при които се развиват отношенията между търговеца и потребителите:

- Потребителят, който по собствена инициатива отваря интернет страница, е запознат поне с електронната процедура и може да следва нейните стъпки, така че да избере оферта и да управлява на процеса на подаване на заявка.
- Обратно, в случая на оферти, получени неочаквано по телефона, средният потребител може да бъде по-малко наблюдателен и предпазлив, тъй като е достатъчно да може да проведе телефонен разговор. Степента на защита следва да бъде по-голяма в този случай.

59. Друг релевантен фактор е качеството на информацията, предоставена на потребителя. Както припомня Съдът по дело Wind Tre и Vodafone Italia, понятието „агресивна търговска практика“ се определя по-специално „с факта, че тя накърнява или е възможно да накърни съществено свободата на избор или поведение на средния потребител по отношение на даден продукт[,] [о]т [което] следва, че искането за услуга трябва да се изразява в свободен избор на потребителя[, което] предполага по-специално че информацията, предоставена от търговеца на потребителя, е ясна и подходяща“<sup>23</sup>.

60. Съдът подчертава, че за потребителя е от основно значение да бъде информиран „преди сключването на договора за договорните условия и за последиците от сключването му“. Именно въз основа на тази информация „той взема решение дали да се обвърже с договорните условия, изготвени предварително от търговеца“<sup>24</sup>.

61. В разглеждания понастоящем случай една от хипотезите, изброени от запитващата юрисдикция, е потребителят да „не е получил предварително и индивидуално (напр. по електронна поща или на домашния си адрес) всички формуляри по договора, дори да е имал възможност за самостоятелно запознаване преди посещението на куриера с тяхното съдържание на интернет сайта на търговеца“<sup>25</sup>.

62. Следователно трябва да се изходи от предпоставката, че наличната в интернет информация относно съдържанието на типовите договори е достатъчна и вярна и че не е особено трудно за потребителя да получи достъп до нея. В случая на продажбите по телефона според запитващата юрисдикция<sup>26</sup> потребителят също би могъл да изиска от оператора толкова информация, колкото сметне за необходима. Според мен обаче качеството на информацията, предоставена по време на телефонен разговор, трудно би могло да се сравни с това на получената при справка в интернет.

63. Ето защо въпросът е по-специално дали потребителят трябва да е получил предварително по електронна поща или на домашния си адрес *всички* формуляри по договорите, предлагани от търговеца, и дали при отрицателен отговор на този въпрос е налице агресивна търговска практика.

22 Вж. например решения от 13 януари 2000 г., Estée Lauder (C-220/98, EU:C:2000:8, т. 27), и от 12 май 2011 г., Ving Sverige (C-122/10, EU:C:2011:299, т. 22).

23 Решение от 13 септември 2018 г., Wind Tre и Vodafone Italia (C-54/17 и C-55/17, EU:C:2018:710, т. 45).

24 Решение от 7 септември 2016 г., Deroo-Blanquart (C-310/15, EU:C:2016:633, т. 40).

25 Буква б) от преюдициалния въпрос.

26 Точка 14 от акта за преюдициално запитване.



64. Според мен потребителят трябва да бъде уведомен за различните съществуващи типови договори<sup>27</sup>, като се улесни запознаването му с тях, без да е необходимо търговецът да ги е изпратил на конкретния потребител преди посещението на куриера.

65. Тъй като интересът на запитващата юрисдикция е съсредоточен върху точния момент, когато потребителят трябва да вземе окончателно решение — тоест когато куриерът му доставя типовия договор, който той е избрал по време на телефонен разговор или при посещението си на интернет страницата на търговеца — запитващата юрисдикция ще трябва да провери дали обстоятелството, че към този момент потребителят не разполага с всички формуляри по договора, може да доведе до това той да се окаже принуден да вземе решение, което в противен случай не би взел<sup>28</sup>.

66. Такъв случай може да възникне например ако потребителят има съмнения по въпроса дали предоставяният му за подпис договор съвпада с този, до който той е имал достъп в интернет или който му е бил описан по време на телефонния разговор, а куриерът или не може да ги разсее, или му отказва възможността за проверка и го застава да подпише договора.

67. В съдебното заседание бе потвърдено, че за тази задача Orange Polska използва обикновени куриерски услуги, които следователно са извън сектора на телефонията, и куриерите не са способни да предоставят никаква информация относно договорите между потребителя и телефонната компания.

68. Отвъд обстоятелството, че куриерът не може да разсее съмненията на потребителя, от определящо значение винаги ще бъде поведението в контекста на положението, в която потребителят се намира, като следствие от информацията, с която той разполага в момента, когато му се предоставя договорът за подпис.

69. Ако тази информация е недостатъчна или двусмислена, възможно е да е налице заблуждаваща търговска практика, тоест такава, която съгласно член 7, параграф 1 от Директива 2005/29 „във фактически контекст, отчитайки всички характеристики и обстоятелства и ограниченията на средството за комуникация, пропуска съществена информация, необходима на средния потребител съгласно контекста, за да вземе решение за сделка на база осведоменост[,] и следователно подтиква или е възможно да подтикне средния потребител да вземе решение за сделка, което в противен случай не би взел“.

70. Тази заблуждаваща информация обаче ще доведе до „агресивна търговска практика“ само ако благодарение на нея търговецът или трето лице, действащо от негово име (в разглеждания случай — куриерът), може успешно да се възползва от позицията си на сила, получена чрез заблуждаващи действия или бездействия и използвана неправомерно.

27 Ако това не бъде направено, би било налице бездействие, което може да бъде обуславящо за решението на потребителя. Знаейки за съществуването на други, по-благоприятни договори, последният би могъл да се спре на някой от тях, а не на избора, който вероятно би отхвърлил. Както обаче поддържам в заключението си по дело Wind Tre и Vodafone Italia (C-54/17 и C-55/17, EU:C:2018:377, т. 65), не е задължително това да е свързано със „злоупотреба с влияние“ от страна на търговеца, тъй като „влиянието, за което се отнасят членове 8 и 9 от Директива 2005/29, не е просто резултат от заблуждаващо действие — т.е. посоченото в член 7 от същата директива, а такова, което предполага по активен начин, чрез натиск, насилствено влияние върху волята на потребителя“. След това отбелязвам (в бележка под линия 28), че „[с]ъгласно член 2, буква й) от Директива 2005/29 става въпрос за поведение, състоящо се в „използване [на] позиция на сила по отношение на потребителя“, за да се „прилага натиск, дори без използване на физическа сила или заплахата за такива, по начин, който значително ограничава способността на потребителя да взема решение на база осведоменост“. Следователно не е достатъчно потребителят да бъде въведен в заблуда, като се накара да повярва, че действа със свобода и на база осведоменост, а [трябва] да бъде принуден да сключи договор против своята воля“.

28 Според запитващата юрисдикция куриерът носи със себе си поне приложенията, общите условия, ценоразписите и „други документи“, които след подписване стават неразделна част от договора (точка 3 от акта за преюдициално запитване).



71. С цел да се гарантира, че поведението на куриера не може да доведе до злоупотреба с влияние, от значение е не толкова информацията, предоставена на потребителя на предходните етапи на процедурата по продажба<sup>29</sup>, колкото това поведението на куриера да бъде достатъчно въздържано, така че да може да се отстрани или намали до минимум елементът на психологически натиск, с който в някои случаи може да бъде свързана поканата за подписване на договор.

72. В този смисъл, ако става въпрос за свързан с телефонната компания куриер, той трябва е способен да допринесе за разсейването на възникналите в последния момент съмнения, които може да притесняват потребителя; например като куриерът му предаде *in situ* формулярите по типовия договор и му обещае ново посещение, след като потребителят се запознае с тях. Освен това следва да се гарантира, че в никой случай няма да бъде оказван натиск върху потребителя да подпише посредством предупреждение, че отказът или забавянето биха могли да доведат до носене на отговорност или до по-неблагоприятни условия по бъдещи договори.

73. Обратно, ако, подобно на настоящия случай, става въпрос за куриери, които не са свързани с телефонната компания и затова не могат да предоставят информация на потребителя или да поемат задължения от името на търговеца, трябва най-малкото да се избягва куриерът да настоява, че е необходимо потребителят да подпише договора.

74. Тези в частност са факторите, които според мен трябва да се вземат предвид в отношенията на сътрудничество между търговеца и куриерската фирма, действаща от негово име. Националната юрисдикция следва да ги прецени, за да изясни дали в контекста, при който се подписва договорът, намесата на куриера може да предполага злоупотреба с влияние (член 8 от Директива 2005/29).

## VI. Заключение

75. С оглед на изложеното предлагам на Съда да отговори на Sąd Najwyższy (Върховен съд, Полша) по следния начин:

„Член 8 във връзка с член 9 и член 2, буква й) от Директива 2005/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 май 2005 година относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на Директива 84/450/ЕИО на Съвета, Директиви 97/7/ЕО, 98/27/ЕО и 2002/65/ЕО на Европейския парламент и на Съвета, и Регламент (ЕО) № 2006/2004 на Европейския парламент и на Съвета трябва да се тълкува в смисъл, че:

- Не представлява сам по себе си агресивна търговска практика модел за сключване от разстояние на договори за предоставяне на далекосъобщителни услуги, при който потребителят трябва да вземе окончателно решение относно сделката в присъствието на куриера, доставящ типовия договор, като потребителят е можел надлежно да се осведоми за условията по договора на интернет страницата на търговеца или по телефона.
- Агресивна търговска практика ще бъде налице, ако, като се разгледат обстоятелствата на всеки отделен случай в техния контекст, прилагането на този модел за сключване на договори значително ще накърни потребителската свобода на избор посредством злоупотреба с влияние, извършена успешно от търговеца спрямо потребителя.

<sup>29</sup> Повтарям, че качеството на тази информация има фундаментално значение от гледна точка на заблуждаващата търговска практика, но не е определящо само по себе си за наличието на агресивна търговска практика (която би могла да съществува и в контекста на достатъчна и вярна информация).

- За да се гарантира, доколкото е възможно, че поведението на куриера не може да доведе до злоупотреба с влияние, от значение е поведението му да бъде достатъчно въздържано, така че да може да се отстрани всякакъв елемент на психологически натиск върху потребителя“.