

РЕШЕНИЕ

№ 814

гр. София, 12.02.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XIX КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 15.01.2021 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Катя Аспарухова

ЧЛЕНОВЕ: Мария Ситнилска

Елка Атанасова

при участието на секретаря Евелина Пеева и при участието на прокурора Милен Ютеров, като разгледа дело номер **10788** по описа за **2020** година докладвано от съдия Мария Ситнилска, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 208 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл. 63, ал. 1 от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

Образувано по касационната жалба на [фирма] чрез пълномощник юрк. Г. Х. срещу решение №20202929 от 20.09.2020 г., постановено по НАХД № 20324/2019 г. по описа на Софийския районен съд, с което е изменено наказателно постановление № К-0049461 от 10.10.2019г., издадено от директор на Регионална дирекция на областите С., Софийска, К., П. и Б., при Главна дирекция „Контрол на пазара“ при Комисия за защита на потребителите. Обосновават се съображения за неправилност на решението, като постановено в нарушение на материалния и процесуален закон, както и при явна несправедливост на наложеното наказание - касационни основания по чл. 348, ал. 1, т. 1, т.2 и т.3 от НПК. Твърди се, че районният съд е пропуснал да обсъди основните аргументи, посочени в жалбата, а именно: защо приема, че стоката е употребявана („втора ръка“). В тази връзка сочи, че с въвеждане на потребителски профил в мобилното устройство се възстановяват снимки и информация, които са запазени в конкретния профил, като могат да се появят снимки качени в облачното пространство преди години. Освен това, счита че в обжалваното решение не е направен анализ на понятията „изпробване“ и „ползване“. Стоката е била преглеждана и изпробвана от други лица преди да бъде закупена от конкретния потребител. В

резултат на това преглеждане в нея е въведен акаунт на друго лице с цел да тества дали телефонът осигурява синхронизация с други устройства, например с друг телефон. Именно от такъв телефон може да са прехвърлени снимки на процесния, без да бъдат снимани от него. Посоченото тестване не представлява употребяване на стоката, още повече че върху нея няма никакви външни белези за такова ползване и е неразопакована. На следващо място сочи, че на потребителя са възстановени платените за апарата суми. Счита, че са налице предпоставките за приложение на разпоредбата на чл. 28 от ЗАНН. Моли съда, да постанови съдебен акт, с който да отмени решението на Софийския районен съд и постанови ново по съществуващото правния спор, с което да отмени наказателното постановление. Претендират се разноси за държавна такса и юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът – Комисия за защита на потребителите, оспорва жалбата. Чрез процесуалния си представител адв. А. изразява становище за неоснователност на подадената касационната жалба. Подробни съображения излага в представеното по делото писмено становище от 30.10.2020г.

Представителят на Софийска градска прокуратура изразява становище за неоснователност на касационната жалба.

Касационната жалба е ДОПУСТИМА, като подадена от легитимирано лице, в срока по чл. 211, ал.1 от АПК, приложим по силата на чл. 63, ал. 1, изр. второ от ЗАНН, срещу съдебен акт, който подлежи на касационен контрол.

Настоящият съдебен състав, след като се запозна с доказателствата по делото, прецени доводите на страните и съобрази валидността, допустимостта и правилността на обжалвания съдебен акт, намира касационната жалба за НЕОСНОВАТЕЛНА по следните съображения:

Съобразно чл. 218 от АПК касационната инстанция дължи произнасяне само относно наведените в жалбата касационни оплаквания, като следи служебно за валидността, допустимостта и съответствието на решението с материалния закон.

Решението на Софийския районен съд е валидно и допустимо.

Предмет на производството пред Софийския районен съд е наказателното постановление № К-0049461 от 10.10.2019г., издадено от директор на Регионална дирекция на областите С., Софийска, К., П. и Б., при Главна дирекция „Контрол на пазара“ при Комисия за защита на потребителите, с което е ангажирана административно наказателната отговорност на касатора на основание чл. 210а от Закона за защита на потребителите (ЗЗП), за извършено нарушение по чл. 68в, вр. с чл. 68г, ал. 4, вр. с чл. 68е, ал.2, предл.1 от ЗЗП.

Въз основа на събраните по реда на НПК доказателства и доказателствени средства Софийският районен съд от фактическа страна е установил следното:

Производството пред КЗП е започнало с постъпила жалба от потребител с вх. № С-03-1671/14.03.2019 г. срещу [фирма] с оплакване, че на 13.02.2019 г. на потребителя е продадена използвана стока, която е представена като нова - апарат N. 5.1 Plus. При включването му на 07.03.2019 г. в него се появили снимки на друго лице с дата 19.01.2019 г. и видео с неприлично съдържание. Снимките били с дати от януари месец 2019г. (преди телефонът да бъде закупен). Лицето Л. И. бил разпознат от продавач в магазина- А. Й., който заявил, че му е продал този телефон през месец януари 2019 г. Към жалбата са приложени фактура и приемо-предавателен протокол за закупеното устройство. С допълнение към жалбата от 19.03.2019 г. са представени копия от намиращи се в апарата снимки и данни за направен акаунт на друго лице – Л.

И. и телефон +359888550236. С допълнение към жалбата от 19.04.2019 г. е приложено писмо на [фирма] до потребителя от 19.03.2019 г., в което го уведомяват, че платената сума за апарата ще му бъде възстановена след като бъде представен в пълен комплект. На писмото е отбелязано, че устройството е върнато.

На базата на извършената проверка и събраните доказателства е прието за установено, че потребителят е закупил употребяван телефон с убеждението, че закупува нова стока. Същият не е бил уведомен предварително, че телефонът е употребяван, което е съществена информация за стоката. Премълчаването ѝ и води до формиране на решение у средния потребител, което той не би взел без прилагането на тази търговска практика. Същата е нелоялна и заблуждаваща по смисъла на чл. 68е, ал. 2, пр.1 от ЗЗП - чрез премълчаване да се прикрива съществена за търговското решение на потребителя информация, че предлаганата за продажба стока е употребявана.

Въз основа на констатациите на 30.05.2019г. на дружеството е съставен АУАН №К-0049461. Въз основа на АУАН в последствие е издадено и обжалваното наказателно постановление, с което на дружеството на основание чл. 210а от ЗЗП е наложено административно наказание „имуществена санкция“ в размер на 1200 лева.

От правна страна районният съд е приел, че при издаване на наказателното постановление не са допуснати съществени нарушения на процесуалните правила, водещи до неговото опорочаване и ограничаващи правото на защита на нарушителя. Изложил е доводи, че установените в хода на съдебното следствие факти и обстоятелства сочат по несъмнен начин, че административно наказателно отговорното дружество е извършило нарушението, за което е ангажирана неговата административно наказателна отговорност. Първостепенният съд обаче е намалил размера на наложената санкция от 1200 на 1000 лева, като е отчел основанията по чл. 27, ал. 2 от ЗАНН.

Решението на Софийския районен съд е правилно.

Настоящият състав изцяло кредитира събраните в хода на въззивното производство писмени доказателства, доколкото същите са логични, последователни и непротиворечиви. По делото не са събрани доказателства, които да оборват установената в НП фактическа обстановка. Такива не бяха представени и в касационното производство.

Правилен е изводът на първостепенния съд, че от събраните по делото доказателства е установено извършеното нарушение - касаторът е осъществил състава на нарушението, посочено в разпоредбата на чл. 68 в, вр. с чл. 68г, ал. 4, вр. с чл. 68е, ал.2, предл.1 от ЗЗП. Съгласно § 13, т. 23 от ДР на ЗЗП "търговска практика" е всяко действие, бездействие, поведение, търговска инициатива или търговско съобщение, включително реклама и маркетинг, от страна на търговец към потребител, което е пряко свързано с насърчаването, продажбата или доставката на стока или предоставянето на услуга на потребителите. Според чл. 68е, ал. 2, пр.1 от ЗЗП заблуждаваща е търговската практика, при която чрез премълчаване, имайки предвид елементите по, ал. 1, търговецът прикрива съществена информация по смисъла на, ал. 1, което има за резултат или е възможно да има за резултат вземането на търговско решение от средния потребител, което той не би взел без използването на търговската практика. Фактическият състав на нормата предполага наличието на две кумулативни предпоставки: 1) чрез премълчаване, търговецът прикрива съществена информация по смисъла на, ал. 1; 2) това да води или да може да доведе до вземането на търговско решение, което средният потребител не би взел без използването на тази търговска

практика. Съществена информация за една стока е тази, която касае основните характеристики на стоката в зависимост от използваното средство за комуникация и от съответната стока съгласно чл. 68е, ал. 4 от ЗЗП, а търговско решение според § 13, т. 31 от ДР на сз е всяко решение, взето от потребител за това дали да закупи стока или услуга, за начините и условията за нейното закупуване, дали да извърши цялостно или частично плащане, дали да задържи стоката, или да се разпореди с нея, да упражни правата си, предвидени в договора по отношение на стоката или услугата, независимо от това, дали потребителят решава да предприеме действие или не.

В случая не се оспорва от касатора, че във върнатото от потребителя устройство се съдържат снимки и данни за друго лице, различно от него. Твърди се само, че това не е станало вследствие на употреба на процесната стока - мобилен телефон, а при тестването на неговите функционални характеристики от друг потребител. Съдът не споделя този аргумент по следните съображения: Съгласно чл. 105, ал. 1 от ЗЗП продавачът е длъжен да предаде на потребителя стока, която съответства на договора за продажба. Това дали стоката - предмет на продажба е нова или употребявана, е нейна основна характеристика, доколкото касае годността ѝ за употреба и използване - чл. 68д, ал. 2, т. 2 от ЗЗП. В случая нито във фактурата, нито в приемо-предавателния протокол при покупка на стоката не е отразено, че същата е употребявана. Следователно същата следва да е нова и неупотребявана.

Спорният по делото въпрос е дали наличието в телефона на снимки и добавен Г. профил на друго лице представлява употреба на стоката или е част от обикновения преглед и изпробване на стоката преди нейното закупуване. За да отговори на този въпрос съдът съобразява, че телефонът е стока за лично ползване и не се ползва едновременно от няколко лица. Прегледът на стоката при нейното закупуване е оглед на външния ѝ вид за недостатъци и дефекти, както и на нейната комплектност. Изпробване на стоката в случая е включването ѝ, появата на екран, меню и друга информация, налична на самия апарат. Всичко останало представлява употреба на телефона от конкретен потребител, която се извършва след като телефонът бъде закупен от него. Прехвърляне на данни от предишен телефон посредством връзка с Интернет, добавяне на профил на потребител в Г. и избиране на конкретни данни, които да се възстановят на новия телефон надхвърля обикновеното изпробване на стоката, като посочените действия са част от личното ползване на вещта след като същият вече се притежава от конкретен потребител. В случая направената синхронизация между процесния телефон и стар телефон на друг потребител представлява именно "използване", а не пробване, доколкото в резултат на нея са прехвърлени снимки и данни, които не следва да са налични върху телефона при обикновеното му тестване, тъй като същият във фабричния му вид не съдържа такава информация. Следователно, телефонът е ползван от друг потребител преди да бъде закупен от лицето, сезирало КЗП, в този смисъл възраженията в касационната жалба са неоснователни. Стоката му е продадена за нова при условие, че е ползвана, като информация за ползването ѝ не е дадена на потребителя преди закупуването. Следователно, същата действително е премълчана, макар че е съществена.

Налице и втората посочена по-горе предпоставка. Липсата на информация, че потребителят закупува употребявана стока го е довела до вземането на търговско решение, което средният потребител не би взел без използването на тази търговска практика. В случая не е без значение дали се закупува нова или употребявана стока, поради което липсата на информация за това винаги поставя под съмнение вземането

на решение за закупуването ѝ. Неслучайно чл. 6, т. 1 от ЗЗП изисква от търговеца да определи специално обозначени места, отделени от местата на останалите стоки в търговския обект, и предварително да информира по подходящ начин потребителите, когато предлага употребявани стоки. Задължението е с цел премахването на всяко съмнение, че потребителят ясно разбира преди продажбата каква стока купува - нова или употребявана.

След като нарушението е доказано по несъмнен начин и участието на нарушителя в него, съвсем законосъобразно административно наказващият орган е ангажирал административно наказателната отговорност на касатора и е наложил санкция в предвидения от закона размер. Настоящият състав намира за правилно и законосъобразно намаляването на наложената на касатора глоба от Софийския районен съд. Определената с наказателното постановление „имуществена санкция“ в размер на 1200 лева, въззивният съд е намалил на минимално предвидената "имуществена санкция" в размер от 1000 лева.

Неоснователно е възражението за явна несправедливост на наложеното наказание. Съгласно чл.348, ал.1, т.3, т.1 вр. ал.4 НПК вр. чл.63, ал.1, изр.2 ЗАНН административното наказание е явно несправедливо тогава, когато очевидно не съответства на обществената опасност на деянието и дееца, на смекчаващите и отегчаващи отговорността обстоятелства, както и на целите по чл.36 ЗАНН. Или, въпросът за явната несправедливост стои при определяне на административното наказание в границите му, предвидени от закона за извършеното нарушение съгласно чл.27, ал.1 ЗАНН. В случая, след като е отчетел критериите по чл. 27, ал. 2 ЗАНН, районният съд е намалил имуществена санкция на нормативния минимум, което по хипотеза изключва явната нейна несправедливост чл.348, ал.1, т.3, т.1 вр. ал.4 НПК вр. чл.63, ал.1, изр.2 ЗАНН, доколкото чл.27, ал.5 ЗАНН забранява слизване под предвидения от закона неин най-нисък размер.

Възприема се като правилен и извода на районния съд, че при съставяне на акта и издаване на обжалваното наказателно постановление не са допуснати съществени процесуални нарушения опорочаващи административното наказателно производство и обуславящи отмяна на наказателното постановление. Както в АУАН, така и в наказателното постановление е налице конкретно описание на констатираното нарушение и относимите обстоятелства, при които е било извършено. Налице е съответствие между словесното описание на нарушението и правната му квалификация.

Искането за прилагане на института на маловажността, е неоснователно. Легално определение на понятието "маловажен случай" е дадено в чл.93, т.9 от Наказателния кодекс (НК), чиито разпоредби, съгласно чл.11 ЗАНН, се прилагат субсидиарно по въпросите за отговорността. Според чл.93, т.9 НК, "маловажен случай" е този, при който извършеното деяние с оглед липсата или незначителността на вредните последици или с оглед на други смекчаващи обстоятелства представлява по-ниска степен на обществена опасност в сравнение с обикновените случаи на нарушение от съответния вид. В конкретния случай, макар действително да е установено, че нарушението е извършено за първи път, не може да бъде обоснован извод, че то е с по-ниска степен на обществена опасност, сравнимо с други нарушения от същия вид. Фактическите обстоятелства, свързани с процесния казус, не водят до извод за маловажност по смисъла на чл. 28 от ЗАНН, като по делото не са установени обстоятелства, които да обусловят по-ниска степен на обществената му опасност.

По изложените доводи настоящият касационен състав приема, че съдебното решение на въззивна инстанция следва да бъде потвърдено.

Предвид изложеното и на основание чл. 221, ал. 2 АПК, във вр. с чл. 63, ал. 1, изр. 2 ЗАНН, Административен съд София – град, XIX -ти касационен състав

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ В СИЛА решение №20202929 от 20.09.2020 г., постановено по НАХД № 20324/2019 г., по описа на Софийския районен съд.

РЕШЕНИЕТО е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.