

РЕШЕНИЕ

№ 3027

гр. София, 17.06.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 41 състав, в публично заседание на 04.06.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Луиза Христова

при участието на секретаря Мариана Велева, като разгледа дело номер **2689** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от АПК. Образувано е по жалба на [фирма] със седалище в [населено място], чрез юрк. Ш., срещу заповед № 1034/20.12.19г. на председателя на КЗП, с която на жалбоподателя е наложена забрана да прилага нелоялна заблуждаваща търговска практика по смисъла на чл. 68е, ал.2, пр.1 от ЗЗП– чрез премълчаване да прикрива съществена за търговското решение на потребителя информация, че предлаганата за продажба стока е употребявана.

В жалбата се посочва, че процесната заповед е постановена при неизяснена фактическа обстановка, защото 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. Поради това твърдяната практика не е налице. На следващо място процесната заповед няма предмет, тъй като към момента на издаването ѝ на потребителя са възстановени платените за апарата суми. Предвид горното се иска отмяната ѝ. Претендират се разноски за държавна такса и юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът - председател на Комисията за защита на потребителите, в становище от 10.03.2020г. оспорва жалбата като неоснователна. Заповедта е издадена при изяснена

фактическа обстановка и в съответствие с материалния и процесуалния закон. Претендира се юрисконсултско възнаграждение по списък. Прави се възражение за прекомерност на адвокатския хонорар на пълномощника на жалбоподателя.

След като обсъди доводите на страните и представените по делото писмени доказателства, съдът в настоящия състав приема следното от фактическа страна:

Производството пред КЗП е започнало с постъпила жалба от потребител с вх. № С-03-1671/14.03.2019г. срещу [фирма] с оплакване, че на 13.02.2019г. на потребителя е продадена използвана стока, която е представена като нова – апарат N. 5.1 Plus. При включването му на 07.03.2019г. в него се появили снимки на друго лице с дата 19.01.2019г. и видео с неприлично съдържание. Към жалбата са приложени фактура и приемо-предавателен протокол за закупеното устройство. С допълнение към жалбата от 19.03.2019г. са представени копия от намиращи се в апарата снимки и данни за направен акаунт на друго лице – Л. И. с имейл: [\[електронна поща\]](#) и телефон +359888550236. С допълнение към жалбата от 19.04.2019г. е приложено писмо на А1 до потребителя от 19.03.2019г., в което го уведомяват, че пратената сума за апарата ще му бъде възстановена след като бъде представен в пълен комплект. На писмото е отбелязано, че устройството е върнато.

КЗП е уведомила [фирма] за получената жалба, в резултат на което дружеството е изразило становище на 28.03.2019г. В него посочва, че сумата ще бъде възстановена на потребителя чрез издаване на кредитно известие след връщане на апарата.

По подадените документи е извършена проверка от служители на КЗП - РД С., за което е съставен констативен протокол № К-2683718/20.03.2019г., К-0125013 от 04.04.2019г. и К-0125033 от 09.05.2019г. в седалището на регионалната дирекция. Към становище от 13.05.2019г. дружеството е приложило двустранно подписан протокол за приемане на устройството от 17.04.2019г. и кредитно известие за сумата от 179,99лв.

На базата на извършената проверка и събраните доказателства е изготвена докладна записка № Ц-02-856 от 15.10.2019г. на главния директор на ГД „Контрол на пазара“, в която 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. Докладната записка е разгледана от КЗП по т. 12 по протокол № 22/18.10.2019г., приложен в преписката, подписан от тримата ѝ членове. В него е взето решение, въз основа на което е издадена процесната заповед за забрана на нелоялна заблуждаваща търговска практика 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. Заповедта е връчена на жалбоподателя на 09.01.2020г. Жалбата срещу заповедта е подадена на 23.01.20г., видно от разписка на л.14.

По делото е приложена извадка от Ръководство на потребителя за телефон N. 5.1. Plus. В раздел включване и настройване на телефона е посочено как се прехвърлят данни от предишен телефон посредством съществуващ профил в Г.. За тази цел същият трябва да се добави в новия телефон и да се изберат данните, които да се възстановят на новия телефон. Синхронизирането започва автоматично след като телефонът се свърже с интернет.

При така изложената фактическа обстановка, съдът достигна до следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима, като подадена в законоустановения за това срок, от лице, което има правен интерес от оспорването. Разгледана по същество, тя е неоснователна.

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.

Съдът намира, че в случая са налице и двете кумулативни предпоставки на посочената разпоредба. Не се оспорва от жалбоподателя, 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. Доказателства за това е приложеното ръководство на потребителя, което по същество представлява указание за употреба на стоката. В него се посочва как да се прехвърлят данни от предишен телефон посредством връзка с Интернет. Това надхвърля обикновеното изпробване на стоката, тъй като изисква включване в W. мрежа или поставяне на лична S. карта. На второ място изисква добавяне на профил на потребител в Г. и избиране на конкретни данни, които да се възстановят на новия телефон. Посочените действия са част от личното ползване на вещта след като същият вече се притежава от конкретен потребител. Доказателства за това е и посоченото в жалбата съображение 47 от преамбюла на ДИРЕКТИВА 2011/83/ЕС НА ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАРЛАМЕНТ И НА СЪВЕТА от 25 октомври 2011 година относно правата на потребителите, според което някои потребители упражняват правото си на отказ, след като са използвали стоките до степен, която превишава необходимото за установяване естеството, характеристиките и доброто функциониране на стоките. С цел да установи естеството, характеристиките и доброто функциониране на стоките потребителят следва да борави със стоките и да ги изпробва така, както това би му било разрешено в магазин. Например потребителят следва само да пробва дадена дреха, но не и да я носи. В случая направената синхронизация между процесния телефон и стар телефон на друг потребител представлява именно „носене“, 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. Същият във фабричния му вид не съдържа такава информация. Горното се потвърждава и т.8.1 от ОБЩИТЕ УСЛОВИЯ НА А1 Б. ЗА ПОКУПКА НА СТОКИ И УСЛУГИ, според която след получаване на Стоките В. извършва проверка на доставените Стоки за съответствие с договорената Спецификация. В случай, че за проверка на съответствието е необходимо да се извършат тестове, В. извършва необходимите тестове съгласно предварително съгласувана с Доставчика Процедура. Тестовите могат да включват проверка дали доставените Стоки притежават функционалностите, посочени в Спецификацията, както и в случай, че вида на доставената Стока предполага достигане на определени критерии при работата/напр. капацитет, стабилност/ -дали договорените критерии са постигнати. Тази разпоредба ясно посочва какво означава тестване и синхронизацията с профил на друго лице очевидно не представлява такова тестване по съгласувана предварително процедура. Следователно телефонът е ползван от друг потребител преди да бъде закупен от лицето, сезирало КЗП. 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. Още повече, че с последващите си действия – писмо от 19.03.2019г., жалбоподателят не е оспорил факта на предишно ползване на телефона и е изразил готовност да възстанови платената за него сума при връщането му от потребителя.

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.

Следователно е осъществен фактическия състав на чл. 68е, ал.2, пр.1 от ЗЗП. Не са налице нарушения на административно-производствените правила, като на жалбоподателя е осигурена възможност за участие в производството пред КЗК. Той се е възползвал от тази възможност и е депозирал две становища – на л. 36 и 50 по делото. Процесната заповед е мотивирана като в преамбюла е посочена конкретната нарушена нормативна забрана на чл. 68в и чл. 68г, ал.4 във връзка с чл. 68е, ал.2, пр.1 от ЗЗП. Има и ясна и точна разпоредителна част – забранява се прилагането на посочената по-горе нелоялна заблуждаваща търговска практика. Не е необходимо посочване на срок за изпълнение на забраната, тъй като същата е завинаги. Фактът, че жалбоподателят е сторнирал платената от потребителя цена на телефона преди издаване на процесната заповед, не води до липса на предмет на заповедта. С диспозитива на оспорената заповед органът я е забранил без да фиксира определен период, в който практиката е използвана. Не са представени доказателства, че сумата е получена от потребителя. Следователно се касае за преустановителна мярка, която има за цел да прекрати извършването на нарушението и да забрани подобна практика за всякакви услуги и за в бъдеще.

Предвид изложеното и като прецени законосъобразността на оспорения акт на основание чл.168, ал.1 АПК, съдът в настоящия състав намира, че заповедта е постановена от компетентен орган съгласно чл.68л, ал.1 ЗЗП, и в установената форма; при издаването ѝ не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, заповедта е в съответствие с материалноправните разпоредби и целта на закона.

С оглед изхода на делото и на основание чл.143, ал.4 АПК разноските остават за жалбоподателя така, както са направени и следва да бъде уважено своевременно направеното от страна на ответника искане за юрисконсултско възнаграждение. Последното съдът определя на 150 лв. съгласно чл. 78, ал.8 от ГПК във връзка с чл. 37, ал.1 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Така мотивиран и на основание чл.172, ал.2 АПК, съдът

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на [фирма] срещу заповед № 1034/20.12.19г. на председателя на Комисията за защита на потребителите.

ОСЪЖДА [фирма] да заплати на Комисията за защита на потребителите сумата 150 лева – възнаграждение за юрисконсулт.

Решението подлежи на касационно оспорване пред Върховния административен съд, в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

Съдия:

