

РЕШЕНИЕ

№ 6645

гр. София, 05.12.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, XI КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в
публично заседание на 09.11.2012 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Антоанета Аргирова

ЧЛЕНОВЕ: Боряна Петкова

Мария Николова

при участието на секретаря Камелия Миладинова и при участието на
прокурора Ст.Димитров, като разгледа дело номер **7741** по описа за **2012**
година докладвано от съдия Мария Николова, и за да се произнесе взе
предвид следното:

Производството по делото е по чл. 63, ал. 1 от Закона за административните
нарушения и наказания /ЗАНН/ във връзка с чл. 208 и следващите от
Административнопроцесуалния кодекс /АПК/.

С решение от 01.06.2012 г., постановено по НАХД № 10521/2011г., Софийски районен
съд, НО, 21-ви състав, е отменил наказателно постановление № К-8740 от 04.04.2011
г. на Главния директор на главна дирекция „Контрол на пазара” в Комисията за
защита на потребителите, с което на „К. Б. М.” /Г./ ЕАД, ЕИК[ЕИК], със седалище и
адрес на управление: @@1@[жк], Б. П. С., сграда 6, е наложена имуществена санкция
в размер на 3500 /три хиляди и петстотин/ лева на основание чл. 210а във връзка с чл.
68в и във връзка с чл. 68г, ал. 4 и чл. 68к, т. 3 от ЗЗП.

Постъпила е касационна жалба от Комисията за защита на потребителите, с която се
претендира неправилност на постановеното решение поради нарушение на
материалния закон, допуснати съществени нарушения на съдопроизводствените
правила и необоснованост. Оспорва се твърдението на съда, че „жалбата е
основателна, макар и не по изложените в жалбата съображения”. Неоснователно и
неотнормено било и твърдението, с което се прави съпоставяне на дейността на
дружеството по провеждане на играта „Големият кеш 2” с дейността на мобилните
оператори по предоставяне на електронна съобщителна услуга, доколкото действието
на нормата на параграф 1, т. 17 от ДР на Закона за електронните съобщения /ЗЕС/ не

променя факта, че е налице осъществяване на нелоялна търговска практика по смисъла на чл. 68к, т. 3 от ЗЗП. [фирма] може да бъде субект на отговорност за изпращане на непоискани и настойчиви търговски съобщения. Предоставяната от дружеството услуга отговаряла на изискванията на параграф 13, т. 14 от ДР на ЗЗП. Констатирана е правилност на постановеното от административнонаказващия орган относно организирането на играта „Големият кеш 2” от мобилния оператор за периода от 21.09.2009г. до 26.12.2009г. На основание гореизложените съображения касаторът претендира отмяна на обжалваното съдебно решение, респ. отмяна на НП № К-8740 от 04.04.2011г.

В съдебно заседание касаторът, редовно уведомен, не изпраща представител.

Ответникът, редовно уведомен, не изпраща представител и не изразява становище по касационната жалба.

Представителят на Софийската градска прокуратура счита жалбата за неоснователна, а постановеното съдебно решение за правилно и законосъобразно.

Административен съд – София град, XI-ти касационен състав, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, прилагайки нормата на чл. 218 от АПК, намира за установено от фактическа и правна страна следното:

Касационната жалба е процесуално допустима. Същата е постъпила в Софийски районен съд /вх. № 28013 от 25.06.2012г./ от надлежна страна в законоустановения срок в изпълнение на разпоредбата на чл. 211, ал.1 от АПК.

Разгледана по същество касационната жалба е основателна.

Решението на районния съд е допустимо, доколкото същото е постановено по подадена в срок жалба срещу наказателно постановление № К-8740 от 04.04.2011г., не са изтекли сроковете по чл. 34 ЗАНН, както и срокът на абсолютната погасителна давност за административнонаказателно преследване.

Въз основа на събраните по делото писмени и гласни доказателства районният съд е приел за осъществена следната фактическа обстановка: В комисията за защита на потребителите са постъпили жалби с вх. № Ц-03-9604/13.10.2010г., Ц-03-9599/13.10.2010г., Ц-02-2124/21.10.2010г., в които потребители се оплакали относно начина на организиране на играта „Големият К. 2”, получаването на подвеждащи СМС-и, както и раздаването на дневните награди. Започнала проверка по случая, която включвала среща с представители на [фирма], получаването на допълнителна информация от дружеството, организатор на играта – „У. И. Л.”, както и от останалите, свързани с провеждането ѝ, юридически лица. Участието на Г. в играта се състояло в изпращането на подканващи СМС-и към абонатите си, представляващи участници в играта. От предоставената информация било видно, че на един произволен номер, в рамките на един месец били изпратени четири подканващи СМС-и с различно съдържание, което представлявало агресивна нелоялна търговска практика съгласно чл. 68к, т. 3 от ЗЗП. Въз основа на направените констатации е съставен акт за установяване на административно нарушение /АУАН/ № К-8740 от 28.12.2010г. за извършено от Г. нарушение по чл. 68в и чл. 68г, ал. 4, чл. 68к, т. 3 от ЗЗП. АУАН е връчен на 28.12.2010г., като по същия не са направени възражения. Съставено е наказателно постановление /НП/ № К-8740/04.04.2011г., с което на дружеството е наложена имуществена санкция в размер на 3500 лева в на основание чл. 210а от ЗЗП във връзка с чл. 68в и чл. 68г, ал. 4, чл. 68к, т. 3 от ЗЗП.

Пред настоящата касационна инстанция не са представени нови писмени доказателства. Районният съд е изпълнил задължението си да събере всички

относими, допустими и необходими доказателства за установяване на правнорелевантните факти по делото, поради което съдът намира, че установената фактическа обстановка съответства на събрания по делото доказателствен материал. Софийски районен съд е приел от правна страна, че при ангажиране на административнонаказателната отговорност на [фирма] не са допуснати съществени нарушения на административно производствените правила. Същият правилно е констатирал, че АУАН и НП са издадени от компетентни по смисъла на закона лица.

По отношение на изводите на касатора относно изложеното в мотивите на съдебното решение „жалбата е основателна, макар и не по изложените в жалбата съображения” следва да се съотнесе към правомощията на съда при разглеждане на жалбата. Районния съд правилно е констатирал приложението на материалноправната норма на чл. 68в от ЗЗП, с която се предвижда забрана на нелоялните търговски практики. Съгласно чл. 68г., ал. 4 от ЗЗП „нелоялни са и заблуждаващите и агесивни търговски практики по чл. 68д-68к”. Визираното в АУАН и НП нарушение на разпоредбата на чл. 68к, т. 3 от ЗЗП, а именно „нелоялни търговски практики са и следните агресивни търговски практики отправянето на настойчиви и непоискани търговски съобщения до потребителя по телефон, факс, електронна поща или всяко друго средство за комуникация от разстояние, освен в предвидените в закон случаи за изпълнение на договорно задължение и без да се нарушават разпоредбите на чл. 49 от този закон, на Закона за защита на личните данни и на чл. 6 от Закона за електронната търговия”. От обективна страна, за да е осъществен съставът на нарушението по чл. 210а от ЗЗП е достатъчно да се установи изпращането на поне едно настойчиво и непоискано търговско съобщение до потребителя по телефон. Видно от установената по делото фактическа обстановка, са изпратени четири подканващи СМС-и, поради което безпротиворечиво е налице агресивна търговска практика.

Безспорно [фирма] е търговец по смисъла на параграф 13, т. 2 от ДР на ЗЗП и извършваната от него дейност представлява агресивна търговска практика. Предвид това, твърдението на касатора за ангажирането на административнонаказателна отговорност на дружеството за изпращане на съобщения до негови клиенти, без тяхното съгласие, следва да бъде прието като основателно.

Изводът на районния съд, че [фирма] не може да бъде субект на нелоялна търговска практика, не може да бъде приет. Услугата е адресирана до лице/лица, които имат качеството на потребител по смисъла на параграф 13, т. 1 от ДР на ЗЗП. Съгласно цитираната разпоредба „всяко физическо лице, което придобива стоки или ползва услуги, които не са предназначени за извършване на търговска или професионална дейност, и всяко физическо лице, което като страна по договор по този закон действа извън рамките на своята търговска или професионална дейност”. Предоставянето на кратък номер във връзка с провеждане на играта „Големият К. 2” се основава на сключени договори, приложени по делото. В този смисъл потребители не са съдоговорителите на [фирма], а физическите лица, получили съобщения от съответния кратък номер. Потребител на услугата могат да бъдат само физически лица, ползващи предоставяните от дружеството услуги, които не са предназначени за извършване на търговска или професионална дейност. В този смисъл потребител на услугата не може да бъде юридическо лице.

Неоснователен е изводът на съда относно съпоставянето дейността на Г. при провеждане на играта с дейността на мобилните оператори по предоставяне на електронна съобщителна услуга. Тълкуването на Закона за електронните съобщения и

в частност на обществените отношения, които същият урежда, се основава на първо място на дадените от законодателя легални дефиниции в параграф 1 от допълнителните му разпоредби. Последните са необходими за определяне на предметния обхват на казусите, попадащи в приложното поле на закона. В настоящия случай нарушението, констатирано от служителите на КЗП, попада в обхвата на ЗЗП. Основателно е изразеното становище на касатора, че е налице приложение на разпоредбата на параграф 13, т. 14 от ДР на ЗЗП, а именно, че [фирма] предлага услуги, представляващи материална или интелектуална дейност, която се извършва по независим начин, предназначена е за друго лице и не е с основен предмет прехвърляне владение на вещ. Предвид това, неоснователни са изводите на Софийски районен съд относно приложението на ЗЕС. Нещо повече, тълкуването на ЗЗП следва да бъде извършено съгласно легалните дефиниции, посочени в параграф 13 от ДР на ЗЗП.

На основание чл. 210а от ЗЗП предвидената санкция за извършване на нарушения „чл. 68в, чл. 68г, чл. 68ж, т. 1 - 11, 13, 15, 18 - 23 и чл. 68к, т. 3 – 6” на едноличните търговци и юридическите лица - имуществена санкция, в размер от 500 до 10 000 лева. Разпоредбата изрично предвижда препращане към чл. 68г от ЗЗП, който, както посочихме по-горе, обхваща и хипотезите на чл. 68д от ЗЗП. Следователно наложената имуществена санкция съответства на извършеното административно нарушение, а нейният размер е в посочените по-горе граници.

Въз основа на гореизложеното се установи противоречие с материалноправните разпоредби на закона, които са предпоставка за отмяна на постановеното съдебно решение на основание чл. 63, ал. 1 от ЗАНН във връзка с чл. 348, ал. 1, т. 1 от НПК. Настоящата съдебна инстанция счита, че не е налице касационното основание на чл. 348, ал. 1, т. 2 от НПК.

По изложените съображения и на основание чл. 221, ал. 1 и чл. 222, ал. 1 от АПК във връзка с чл. 63, ал. 1, от ЗАНН, Административен съд – София град, XI касационен състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение от 01.06.2012г., постановено по НАХД № 10521/2011 г. по описа на Софийския районен съд, НО, 21-ви състав.

ПОТВЪРЖДАВА Наказателно постановление № К-8740/04.04.2011г. на Главен директор на дирекция „Контрол на пазара” към Комисията за защита на потребителите, с което на „К. Б. М.”, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: @@18@[жк], Б. П. С., сграда 6, е наложена имуществена санкция в размер на 3500 /три хиляди и петстотин/ лева на основание чл. 210а във връзка с чл. 68в и във връзка с чл. 68г, ал. 4 и чл. 68к, т. 3 от ЗЗП.

Решението е окончателно.

Председател:

Членове: