

РЕШЕНИЕ

№ 728

гр. София, 10.02.2014 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, V КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 08.11.2013 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Пламен Горелски

ЧЛЕНОВЕ: Красимира Милачкова
Миглена Недева

при участието на секретаря Камелия Миладинова и при участието на прокурора Ютеров, като разгледа дело номер **3447** по описа за **2013** година докладвано от съдия Красимира Милачкова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл. 63 от Закона за административните нарушения и наказания.

Образувано е по касационна жалба на „Българска телекомуникационна компания“ („Б.“) АД срещу решение от 31.01.2013г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 110 състав, по НАХД № 15572/2012г. С решението е изменено наказателно постановление /НП/ № К-15655/15.07.2012г., издадено от член на Комисията за защита на потребителите (К.), като е намалена наложената на касатора имуществена санкция от 1000 на 500 /петстотин/ лева, съобразно минимума, предвиден в чл.210 а от Закона за защита на потребителите (З.).

Ответникът в писмен отговор излага доводи за неоснователност на касационната жалба.

Прокурорът намира, че последната е неоснователна.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД-С.-град, V-ти касационен състав, като прецени събраните по делото доказателства и наведените касационни основания, прилагайки нормата на чл. 218 от АПК, приема за следното от фактическа и правна страна.

Касационната жалба е депозирана от надлежна страна в законоустановения срок, поради което е процесуално допустима; разгледана по същество, тя е основателна.

Като извърши служебно проверка на основание чл. 218, ал. 2 от

Административнопроцесуалния кодекс и въз основа на фактите, установени от първоинстанционния съд, съгласно чл. 220 от АПК, V касационен състав на Административен съд София – град намира, че обжалваното решение е валидно и допустимо. В тази връзка решаващият състав на съда съобрази и, че това решение е постановено по отношение на акт, който подлежи на съдебен контрол, като произнасянето е извършено от компетентен съд в рамките на правомощията му.

Същият е приел, че по повод на жалба, подадена от потребител Г. Г. В. с вх. № Ц-03-11355/11.10.2011 г., изслушаната по делото свидетелка М. Х. - М. - младши експерт в дирекция „Информационна сигурност и защита на потребителите при продажба от разстояние" в К., извършила проверка на [фирма] за условията, при които предлага услугата „vivatvbox" на клиентите си. На 23.10.2011 г. проверяващата посетила адреса на управление на дружеството-жалбоподател и запознала негов представител със съдържанието на постъпилата жалба и изискала представяне на писмено становище по нея и документи, описани в констативен протокол № К-111034/23.10.2011 г. На 24.10.2011 г. прегледала съдържанието на интернет страницата на [фирма] и направила разпечатка на публикуваната информация за предлаганата услуга „vivatvbox", предоставяща възможност на мобилните абонати на оператор „В.", управляван от [фирма], да гледат телевизия през мобилния си телефон, като всички действия на проверяващата са удостоверени в констативен протокол № К-145708/24.10.2011 г. На интернет страницата било отправено рекламно послание „Гледай любимите си TV предавания на мобилния телефон". Начинът на ползване на тази услуга бил описан, както следва: „Всичко, което трябва да направиш в три стъпки: влез в <http://www.vivatvbox.bg/> от браузъра на своя мобилен телефон; избери каквото искаш да гледаш от всички телевизии, разделени по категории; пусни избраното видео и се наслаждавай на любимите си лица от екрана!". Условията за ползване на услугата са обявени по следния начин: „Трафикът, използван за мобилен стрийминг на www.vivatvbox, е безплатен. За да е безплатен трафикът, всички абонати на абонаментна мобилна услуга трябва да използват точка за достъп internet. За всички абонати на предплатена услуга - точка за достъп W.. За повече информация за интернет настройки, натисни тук. Всички абонати на предплатена услуга могат да гледат видеосъдържанието на <http://www.vivatvbox.bg/>, единствено след като го свалят на своя мобилен телефон (от линк „Изтегли"). Услугата е достъпна за всички мобилни абонати на V."

На 04.11.2011 г. дружеството-жалбоподател депозирало писмено становище по случая, в което посочило, че потребителят В. има сключен договор от 27.09.2011 г. за мобилен номер [ЕГН] на план „V. F.", без обвързващ срочен договор, като към тарифния си план е избрал пакети „Т. Е. S", включващ 20 минути разговори към други национални мобилни оператори срещу 3.90 лв. на месец, и „N. S", включващ 50 МВ на максимална скорост срещу месечна абонаментна такса 3.90 лв. Прилага месечна сметка № [ЕГН]/08.10.2011 г., според която абонатът няма начислен трафик към интернет сайта [vivatvbox.bg](http://www.vivatvbox.bg). Допълва, че информация за процесната услуга е достъпна за всички абонати на интернет сайт с адрес <http://www.vivacom.bg>, като прилага разпечатка със същото съдържание като установеното от проверяващата в констативен протокол № К-145708/24.10.2011 г.

С констативен протокол № К-62246/16.12.2011 г. св. М. удостоверила приемането на допълнително писмено становище от дружеството-жалбоподател на 28.12.2011 г., в което се посочва, че V. е интернет страница, съдържаща различни типове видео

съдържание. В него се признава, че изчерпването на обема данни, които могат да се ползват на пълна скорост, за услугите, при които има такова условие, за процесната интернет страница се осъществява аналогично на всяка друга интернет страница. Посочва се, че дружеството осигурява на клиент на негови мобилни услуги възможност да достъпва страницата www.vivatvbox.bg и да възпроизвежда съдържанието ѝ без да заплаща генериран трафик, ако това е предвидено в съответния тарифен план. Прилага разпечатка от интернет страницата си с актуализирана информация за ползване на процесната услуга, в която е допълнено, че „При използване на услугата се черпят МВ от включените данни на пълна скорост за тарифния план или допълнителен пакет, ако има такива“.

Административно-наказателното производство е образувано въз основа на акт за установяване на административно нарушение (АУАН) № К-15655/23.01.2012 г. за това, че дружеството използва заблуждаваща търговска практика, изразяваща се в премълчаване - липса на информация на интернет сайта на [фирма], насочена към абонатите, ползващи предплатена услуга, за изчерпването на МВ от включените данни на пълна скорост за съответния тарифен план или допълнителен пакет при ползването на услугата „vivatvbox“, квалифицирано като нарушение на чл. 68в, чл. 68г, ал. 4, чл. 68е, ал. 2, пр. 1 З.. Актът е връчен на редовно упълномощено лице - Д. С. М., която го подписала без възражение.

Въз основа на така съставения акт на 05.07.2012 г. е издадено обжалваното НП, с което, при идентично описание на извършеното нарушение и посочване на правната му квалификация, на дружеството-жалбоподател е наложена имуществена санкция в размер на 1 000 лв., на основание чл. 210а З.. Същото е връчено чрез писмо с обратна разписка на 17.07.2012 г.

Районният съд е изложил мотиви, че в информацията, публикувана на интернет сайта на [фирма], за условията, при които може да се ползва тази услуга, потребителите се призовават към вземането на търговско решение по смисъла на § 13, т. 31 от Допълнителните разпоредби (ДР) на З., а именно да упражнят правата си като абонат на мобилната услуга, като ползват и предлаганата от дружеството допълнителна услуга - гледане на телевизия през мобилния апарат, безплатно. За това съобщението представлява търговска практика по смисъла на §13, т. 23 ДР на З. на дружеството - жалбоподател, с която се насърчава предоставянето на процесната услуга на потребителите. От граматическото и теологическото тълкуване на легалната дефиниция за това понятие следва, че търговската практика може да няма възмезден характер, а да е свързана с маркетинга на търговеца, който в случая обхваща предоставянето на допълнителни услуги на потребителите по основния договор за мобилни услуги. С оглед защитата на потребителите преди, по време на и след отправяне на предложение от търговеца до потребителя за предоставяне на услуги изрично са забранени нелоялните търговски практики съгласно чл. 68в З.. Според чл. 68г, ал. 4 З. нелоялни са заблуждаващите и агресивните търговски практики изброени в разпоредбите на чл. 68д - 68 к З.. Сред тях е описаната в чл. 68е, ал. 2 З., а именно като заблуждаваща е определена търговската практика, при която се премълчава съществена информация, необходима на средния потребител за вземането на търговско решение, което не би взел без използването на тази търговска практика.

Районният съд е посочил също, че в случая търговецът не е изпълнил общото си задължение по чл. 4 З. да предостави на потребителя преди ползването на услугата подходяща информация, позволяваща му да направи своя избор, включително

пълните условия за ползването на услугата и влиянието, което тя оказва върху другите услуги при съвместна употреба. Съгласно чл. 5, ал. 2 ЗПП информацията трябва да е вярна, пълна и разбираема. Безспорно се установи, че в момента на проверката на 24.10.2011 г. търговецът е предлагал на всичките си абонати на мобилна услуга ползването на интернет и гледането на телевизия през мобилните телефони. Същият е оповестил, че гледането на телевизия е безплатно и става чрез достъп до интернет страница www.vivatvbox.bg, но не е уточнил, че за абонатите с предплатена мобилна услуга това изчерпва конкретното заплатено количество бърз достъп до интернет и води до невъзможност за използването на тази предплатена по основния договор услуга за други, избрани от потребителя цели. В този смисъл за този вид абонати услугата гледане на телевизия през мобилния апарат не е безплатна, а се включва в общия трафик на информационни данни през интернет, за които предварително е заплатена такса. По този начин търговецът е премълчал съществено условие, което е решаващо за вземането на търговско решение от страна на потребителя дали да ползва предлаганата му допълнителна услуга.

Настоящият състав споделя това виждане, но намира, че отсъствието на тези мотиви в процесното НП представлява негова незаконосъобразност, тъй като задължение на административнонаказващия орган е да извърши правната квалификация на нарушението, което намира, че е установено, да изложи фактическите обстоятелства и правните съображения, мотивирали го да реализира административнонаказателна отговорност, и в изпълнението на тези задължения той не следва да бъде заместван от съда. В случая в НП е посочено само, че К. е взела решение по протокол № 2/12.01.2012г., непредставено по делото, че е налице нелоялна заблуждаваща търговска практика по смисъла на чл.68е, ал.2, предложение първо от З.. Тъй като това решение обосновава издаването на НП, при липсата му в преписката нарушението се явява и недоказано. Независимо от това, както беше посочено по-горе, не е допустимо заместването на липсващите мотиви на административнонаказващия орган от страна на съда.

Така мотивиран и на основание чл. 221, ал. 1 и ал. 2 от АПК, във връзка с чл. 63, ал. 1 от ЗАНН, Административен съд София – град, V касационен състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ решение от 31.01.2013г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 110 състав, по НАХД № 15572/2012г., и вместо него постановява:

ОТМЕНЯ наказателно постановление № К-15655/15.07.2012г., издадено от член на Комисията за защита на потребителите.

РЕШЕНИЕТО е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.