

РЕШЕНИЕ

№ 3809

гр. София, 09.06.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 12.05.2023 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Антоанета Аргирова

ЧЛЕНОВЕ: Петя Стоилова

Анастасия Хитова

при участието на секретаря Ива Лещарова и при участието на прокурора Милен Ютеров, като разгледа дело номер **3087** по описа за **2023** година докладвано от съдия Антоанета Аргирова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208-чл.228 от Административно-процесуалния кодекс (АПК), вр. с чл.63в от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

С Решение № 392/24.01.2023 г., постановено по н.а.х. дело № 20221110210376 /2022 г. по описа на Софийския районен съд, СРС, НО, 94-ти състав е потвърдил Наказателно постановление (НП) № К-000606 от 21.07.2022г., издадено от изпълняващ длъжността директор на Регионалната дирекция за областите В., М. и В. към ГД „Контрол на пазара“ при Комисия за защита на потребителите (КЗП), с което на основание чл. 210а от Закона за защита на потребителите (ЗЗП) на „Българска телекомуникационна компания“ (БТК) ЕАД е наложена имуществена санкция в размер на 2 500 лв. (две хиляди и петстотин лева) за извършено нарушение на чл. 68в във вр. с чл. 68г, ал. 4 във вр. е чл. 68г, ал. 1 от ЗЗП.

В срока и по реда на чл.211, ал.1 от АПК, вр.чл.63в от ЗАНН, решението е оспорено с касационна жалба от наказаното лице, чрез пълномощника Я. И., с искане да бъде отменено, заедно с потвърденото НП. Заявява искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Наведените касационни основания са по чл. 348, ал.1, т.1 и т.2 от Наказателнопроцесуалния кодекс (НПК), вр.чл.63, ал.1, изр. 2-ро ЗАНН. Осъществяването им е аргументирано с доводи, че СРС не е взел предвид в решението

си дали са осъществени всички елементи от фактическия състав на твърдяното нарушение. В тази връзка сочи, че изводът на районния съд, че търговското решение на потребителя да сключи договор с Виваком е формирано с оглед наличието на обявената промоция за получаване на отстъпки чрез приложението My Vivasom, е неправилен. Дружеството не въздействало на потребителя относно решението му да сключи договор - напротив, опцията за заплащане на услугите онлайн и получаване на съответна отстъпка била валидна за вече съществуващи клиенти, поради което описаното в НП деяние било несъставомерно по отношение на посочените за нарушени правни норми.

В съдебно заседание пред Административен съд София-град, касаторът не се представлява.

Ответникът по касационната жалба не се представлява и не изразява становище по жалбата.

Участващият по делото прокурор от С. градска прокуратура дава заключение за основателност на касационната жалба.

Съдът, като взе предвид релевираните с жалбата касационни основания по смисъла на чл.348 от НПК и тези, за които следи служебно на основание чл.218, ал.2 от АПК, вр.чл.348 и чл.354 от НПК, намира за установено следното:

Касационната жалба е допустима.

Подадена е от лице, легитимирано да обжалва неблагоприятното за него въззивното решение и срещу акт, подлежащ на касационен контрол. Спазен е и законово установения за това преклузивен 14-дневен срок.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна, по следните съображения:

Установената по делото от СРС фактическа обстановка, която касационната инстанция в съответствие с чл. 220 АПК, вр. с чл. 63, ал. 1 ЗАНН възприема изцяло е, че във връзка с подадената жалба на 29.03.2022г. била извършена проверка от служители на КЗП, в търговски обект - магазин 5230 в [населено място], [улица], стопанисван от търговеца БТК ЕАД. В хода на проверката било указано на дружеството да представи в КЗП определени документи, свързани с конкретния казус. За извършената проверка бил съставен Констативен протокол № К-2729013 от 29.03.2022г. В указания срок дружеството представило пред КЗП изисканите от него документи с писма от 04.04.2022 г. и 06.04.2022 г. От търговеца било представено и становище вх. № М -03-67/04.04.2022г., в което било посочено, че действително уговорените отстъпки не са били начислени на потребителя В. Т. поради технически проблем, като същите ще бъдат предоставени в следващата му сметка.

На 11.05.2022г. от служители на КЗП била извършена последваща проверка в същия обект. В хода на проверката отново било поискано от дружеството да предостави определени документи във връзка с подадената от потребителя В. Т. жалба. За извършената проверка бил съставен Констативен протокол № К-2729045/11.05.2022г. В определения срок дружеството изпратило необходимите документи, като видно от последната месечна сметка № [ЕГН]/01.05.2022г. в нея били начислени 7 бр. отстъпки за Online плащан е-Smart Отстъпка през My Vivasom за номер [ЕГН], всяка на стойност 0.84 лв. без ДДС (1 лв. с ДДС).

Във връзка с констатациите от проверката в присъствието на двама свидетели и на упълномощен представител на БТК ЕАД на 28.06.2022г. „старши инспектор“ в Регионална дирекция за областите В., М. и В. при КЗП съставила АУАН №К-000606 от 28.06.2022 г., с който против дружеството е повдигнато

административнонаказателно обвинение затова, че на 01.04.2022 г. БТК ЕАД не е начислило в издадена месечна сметка полагащата се отстъпка в размер на 1, 00 лев при изпълнено на 17.03.2022 г. условие от потребителя за заплащане на месечна такса за мобилна услуга № [ЕГН]/01.03.2022 г. на стойност 56, 93 лева, чрез приложение на търговеца Му vivacom, което актосъставителят квалифицирал като нарушение на чл. 68в вр. чл. 68г ал. 4 вр. чл. 68г ал. 1 ЗЗП, извършено на 01.04.2022 г. на адреса на управление на въззивника - [населено място], [улица]. АУАН бил предявен за запознаване на упълномощения представител на дружеството и му бил връчен препис. При съставяне на АУАН и в срока по чл. 44, ал.1 от ЗАНН не били направени възражения.

Въз основа на съставения АУАН на 21.07.2022 г. директорът в Регионална дирекция за областите В., М. и В. към ГД „Контрол на пазара при Комисия за защита на потребителите, издал обжалваното наказателно постановление № К-000606 от 21.07.2022г., с което на основание чл. 210а от Закона за защита на потребителите за извършеното нарушение на чл. 68в във вр с чл. 68г, ал. 4 във вр. с чл. 68г, ал. 1 от ЗЗП наложила на дружеството имуществена санкция в размер на 2 500, 00 лева.

За да потвърди НП, районният съд е приел, че АУАН и НП са издадени от компетентни органи в рамките на техните правомощия, при издаването им не са допуснати съществени процесуални нарушения. Приел, че касаторът е осъществил състава на вмененото му нарушение, поради което законосъобразно му е наложено наказание, както и че не са налице предпоставките за приложение на чл. 28 от ЗАНН за маловажност на деянието.

Решението е правилно.

Настоящата касационна инстанция изцяло споделя правните изводи на въззивната инстанция.

Уредбата на нелоялните търговски практики се съдържа в глава IV, раздел III от Закона за защита на потребителите (ЗЗП). Според чл. 68л. ал.1 от ЗЗП Когато Комисията за защита на потребителите установи, че търговската практика е нелоялна, председателят на комисията издава заповед, с която забранява прилагането на търговската практика.

Спорният въпрос е дали се касае за нелоялна търговска практика, тоест дали при обстоятелствата, изяснени с доказателства по делото, посоченото поведение би могло да се квалифицира като нелоялна търговска практика по см. на чл.68г ал.1 от ЗЗП. Чл. 68в от ЗЗП съдържа общото правило - забраняват се нелоялните търговски практики. С оглед посоченото правно основание чл.68г, ал.1 ЗЗП и изложените в акта мотиви следва да се прецени законосъобразността на оспореното НП.

Основният фактически състав на нелоялната търговска практика изисква кумулативно наличието на следните елементи: практиката да противоречи на изискването за добросъвестност и професионална компетентност; да променя или да е в състояние да промени съществено икономическото поведение на средния потребител когото засяга или към когото е насочена, или на средния член от групата потребители, когато търговската практика е насочена към определена група потребители (чл.68г ал.1 от ЗЗП). Според § 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, а съгласно § 13, т. 28 от ДР на ЗЗП

"Добросъвестност и професионална компетентност" е степента на специални познания, умения и грижи, които може да се очаква да бъдат притежавани и проявени от търговеца спрямо потребителя съгласно почтените пазарни практики и/или принципа за добросъвестност в сферата на дейност, упражнявана от търговеца. По см. на § 13 т.25 "Съществено изменение на икономическото поведение на потребителите" е използването на търговска практика, която намалява значително способността на потребителя да вземе информирано решение, което води до вземане на търговско решение, което потребителят не би взел без използването на тази търговска практика.

Безспорно е че касаторът е търговец по см. на § 13, т.2 от ЗЗП- предоставя услуги или сключва договор с потребител като част от своята търговска или професионална дейност в публичния или в частния сектор.

Няма спор, че търговецът не е начислил своевременно отстъпката от месечната абонаментна такса в месечна такса за мобилна услуга №[ЕГН]/01.03.2022 г., след изпълнено условие за заплащане сметката онлайн. Едва в месечната сметка от 01.05.2022 г.е начислена посочената отстъпка.

Неоснователно е възражението, че този пропуск, който впоследствие е отстранен се дължал на технически проблем. Действията на търговеца, изразяващи се в представяне на обсъжданата търговска практика като допусната техническа грешка, сочат на извод за знание за естеството на практиката от страна на търговеца. БТК ЕАД при възникнал технически проблем, дори и това да е така, не е осигурил алтернативни начини за ползване на отстъпката своевременно за съответния период, а я начислява месец след това, което поведение представлява нелоялна търговска практика по смисъла на чл. 68 г, ал. 1 от ЗЗП, тъй като води до невъзможност за потребителите да се възползват от правата си. Липсата на осигурена алтернативна възможност за ползване своевременно на отстъпката е поведение на касатора, което противоречи на изискването за добросъвестност и професионална компетентност по смисъла на § 13, т.28 от ДР на ЗЗП и е възможно да промени икономическото поведение на средния потребител, когото засяга или към когото е насочена. Това е така, тъй като пречатства или особено затруднява възможността абонатите да се възползват от намаление на размера на сумите за месечните си абонаменти. За да осигури добросъвестност и компетентност, дружеството е следвало изрично да уведоми потребителя за техническия проблем, като му предостави възможност да ползва своевременно от отстъпките, които са му предложени и е приел.

Не може да се приеме за основателна тезата, че решението на потребителя да сключи договор с БТК ЕАД не е формирано с оглед обявената промоция за получаване на отстъпки и бонус, тъй като опцията за заплащане услугите онлайн чрез приложението My Vivacom било валидно и за вече съществуващи клиенти и стимулирало потребителите да заплащат сметките си неprisъствено с оглед събитията от последните две години. От данните по преписката, а и от самото становище на БТК ЕАД до КЗП по повод КП от 29.03.2022г (л. 74 и сл.) се установява, че промоционалните условия са валидни за всеки абонат на тарифен план от линии Unlimited, Smart и i-Traffic+ подписал нов договор или преподписал съществуващ договор след 01.06.2020 г., като договорът (допълнително споразумение) на В. Т. е сключен на 26.07.2021 г., тоест след посочената дата. Факта на промоцията, важаща за сключени или преподписани след 01.06.2020 г. договори е мотивирало Т. (средния, сравнително добре информиран и сравнително предпазлив потребител) да вземе решение – да приеме условията на промоцията и подпише допълнително

споразумение на 26.07.2021 г., което в противен случай не би взел без използването на търговската практика. Предложената отстъпка и бонус е повлияла на търговското решение на потребителя, да сключи на 26.07.2021 г. допълнително споразумение по план Smart, тоест да се възползва от промоцията, което иначе не би направил, т. е. в резултат на промоцията е налице е съществено изменение в икономическото поведение на потребителите. Именно чрез предоставяне на отстъпка търговецът цели да накара потребителя да сключи договор за услугите които предоставя.

Конкретното действие, в резултат на което начисляването на отстъпката е забавено, респ. не е предоставен бонуса под формата на допълнителен пакет интернет е дело на касатора, в качеството му на търговец, което неговото поведение правилно е квалифицирано като нелоялна търговска практика. ЗЗП вменява на търговеца задължение да предостави на потребителя, преди придобиването на стоката или ползването на услугата, подходяща информация, която да му позволи да направи своя избор. Разпоредбата на чл. 4 от ЗЗП детайлизира съдържанието на тази информация. Задължение на търговеца е да предостави информацията за стоката или услугата в писмена форма или по друг подходящ начин, който позволява възприемането ѝ от потребителя (чл. 5 ал.1 от ЗЗП). Нормата на ал. 2 на чл. 5 от ЗЗП поставя изискването информацията да бъде вярна, пълна, четлива, ясна и разбираема.

Тълкуването на разпоредбите налага категоричен извод за безусловно задължение на търговеца всички предлагани от него стоки и услуги да носят определената в закона информация, която да позволи на потребителя да направи своя избор. Следователно, добросъвестното и компетентно осъществяване на търговската практика от страна на търговеца изисква от него да осигури и предостави на потребителя обема от информация, посочена в чл. 4 от ЗЗП. Така законодателят определя границата на задълженията на търговеца, следствие от която е неговата отговорност за изпълнението им.

В рамките на заявените касационни основания и при извършената служебна проверка на основание чл. 218, ал. 2 АПК съдът не констатира нищожност, недопустимост и неправилност на решението на СРС, поради което на основание чл.221, ал.2 АПК вр. чл.63в ЗАНН следва да бъде оставено в сила.

При този изход на спора, предмет на делото и на основание чл. 143, ал.3 АПК, вр. чл.63д, ал.1 и ал.3 от ЗАНН, искането на ответника по касационната жалба за присъждане на юрисконсултско възнаграждение е основателно и следва да се уважи за минималния установен размер- 80 лева, съгласно чл. 27е от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Воден от горното и на основание чл.221, ал.2 АПК, вр.чл.63в ЗАНН, Административен съд София град, XII касационен състав

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА Решение № 392/24.01.2023 г.г., постановено по н.а.х. дело № 2022110210376 /2022 г. по описа на Софийския районен съд.

ОСЪЖДА „Българска телекомуникационна компания“ ЕАД, ЕИК[ЕИК] да

заплати на Комисията за защита на потребителите да заплати сумата в размер на 80 (осемдесет) лева, разноси по делото.

Решението е окончателно и не може да бъде обжалвано и/или протестирано.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ:1.

2.