

РЕШЕНИЕ

№ 2262

гр. София, 05.04.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 23 състав,
в публично заседание на 21.03.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Антоанета Аргирова

при участието на секретаря Емилия Митова, като разгледа дело номер **160** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/, вр.чл.68л, ал.1 от Закона за защита на потребителите /ЗЗП/.

Със Заповед № 590/19.11.2021 г. издадена от председателя на КЗП е забранено на [фирма], ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], бизнес сграда „М.“, ет. 2, ап. Офис Е2, представлявано от В. С. В. – управител и Д. Д. А. – прокурист, да използва заблуждаваща нелоялна търговска практика по смисъла на чл. 68д, ал. 1, предл. 1 /съдържа невярна информация/ от ЗЗП при представяне на информация за обявена промоция от 3 май до 30 юни 2021 г., при предлагане на стоки на интернет страницата на търговеца www.deichman.com на основание чл. 68л, ал. 1 вр. чл. 68в във вр. 68г, ал. 1 и чл. 68д, ал. 1 от ЗЗП.

В срока по чл.149, ал.1 от АПК заповедта е оспорена от [фирма], с искане да бъде отменена като незаконосъобразна. Въведените с жалбата основания за оспорване са за допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила и противоречие с материалноправните норми-чл.146, т.3 и т.4 АПК. Осъществяването им е аргументирано с доводи, че преди издаването на заповедта административният орган не е извършил допълнителна проверка дали предоставянето на невярна информация е било преустановено преди издаването на заповедта. В тази връзка твърди, че нарушението е било преустановено, поради което заповедта била без предмет-нямало какво да бъде изпълнено. На следващо място се твърди, че заповедта е издадена при липса на извършено нарушение, поради факта, че потребителят не е

направил поръчка по смисъла на ЗЗП, а е провел кореспонденция по e-mail. Заявява, че е отправил „покана за покупка“ по смисъла на § 13, т. 29 ДР ЗЗП към потребителя на цената и при условията, които потребителят е приел- на намалената цена от 17.45 лв. Търговецът осъществявал продажбите чрез електронен магазин, поръчките от които се осъществявали при правилата, посочени в „Общите търговски условия“, съгласно които потребителят трябва да направи поръчка чрез електронен магазин. Липсата на наличност не било относимо към извършването на нарушение. Преди извършването на проверка от КЗП, грешката била установена и тя била техническа при въвеждане на цената. Касаело се за грешка от вида на „очевидна фактическа грешка“, т.к формираната воля на търговеца за намаление на продукта не съответствала на нейното външно изразяване в посочване на цената в интернет сайта. Освен това, жалбоподателят твърди, че заповедта е издадена при липса на осъществен фактически състав на заблуждаваща нелоялна търговска практика- чл. 68д, ал. 1 от ЗЗП, вр. т.6 от Приложение I на чл. 5, § 5 от Директива 2005/29, а именно: „отправяне на оферта за продажба на продукти на определена цена и след това отказ да приеме поръчки за него или да го достави в разумен срок“.

С писмения отговор по жалбата, обективиран в съпроводителното писмо по изпращане на адм.преписка, ответникът оспорва основателността на жалбата. Конкретно сочи, че жалбоподателят е търговец по смисъла на § 13, т. 2 от ДР на ЗЗП, който осъществява „търговска практика“ съгласно легалното определение в § 13, т. 23 от ДР на ЗЗП. Твърди, че чл. 68в от ЗЗП забранява императивно използването на нелоялна търговска практика, като основният фактически състав е по чл. 68г, ал. 1 от ЗЗП и съгласно чл. 68г, ал. 4 от ЗЗП на същата е приравнена и заблуждаващата търговска практика, една от които е посочена в чл. 68д, ал. 1 ЗЗП. Твърди, че постановената принудителна административна мярка (ПАМ), обективирана в Заповед № 590/19.11.2021 г. има за цел да осъществява и бъдеща превенция на правата на потребителите и да неутрализира опасността една прилагана нелоялна търговска практика да бъде приложена отново. По този начин ясно се показвало на търговеца, че КЗП така ще действа и при бъдещи идентични практики. Оспорената заповед била съответна и на целта на закона съгласно чл. 68б, ал. 1 ЗЗП.

В съдебно заседание пред Административен съд София- град, жалбоподателят [фирма] се представлява от адв. И., който поддържа жалбата и моли за уважаването ѝ. Ответникът - председателят на КЗП, не изпраща представител в съдебно заседание.

Административен съд-София град, след като обсъди релевираните с жалбата основания, доводите на страните в съдебно заседание, прецени събраните по делото доказателства и служебно, на основание чл.168, ал.1, вр.чл.146 от АПК, провери изцяло законосъобразността на обжалвания акт, намира следното от фактическа и правна страна:

Жалбата е допустима.

Подадена е срещу акт, който подлежи на оспорване по съдебен ред и от лице, легитимирано да го оспори, в качеството на негов неблагоприятно засегнат адресат /чл.147, ал.1 АПК/. Спазен е и 14-дневният преклузивен срок по чл.149, ал.1 АПК -заповедта е съобщена на упълномощен представител на [фирма] на 13.12.2021 г., а жалбата до съда-подадена на 23.12.2021 г., видно от входящия номер на КЗП.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

Заповедта е издадена от компетентен орган. Компетентността на органа произтича от разпоредбата на чл.68л от ЗЗП.

Правилно са изяснени всички релевантни за случая факти, включени в предмета на доказване. Спазени са и установената писмена форма и съдържание за издаване на административен акт - чл.59, ал.2 и ал.3 от АПК, доколкото в приложимия специален ЗЗП няма други изисквания. Между страните няма спор от фактическа страна, а се установява и от събраните по преписката писмени доказателства, че [фирма] е предлагало артикул „Дамски сандалети G.“ с арт. № 1240010, на цена 17.45 лв., намален от 24,95 лв.

При постановяване на административния акт не са допуснати нарушения на административнопроизводствените правила, които да бъдат определени като съществени и да мотивират неговата отмяна. В случая, от приетите по делото писмени доказателства, безспорно се установява, че административното производство е образувано в съответствие с чл. 68л, ал. 4, предл. второ от ЗЗП – по искане на потребител, като за изясняване на фактите длъжностни лица на КЗП са извършили проверка и са съставили за резултатите от нея констативен протокол, който е връчен на представител на жалбоподателя. По констатациите, отразени в констативния протокол, жалбоподателят е представил и становище.

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. Съгласно чл. 68г, ал. 1 от ЗЗП, за да е нелоялна дадена търговската практика, следва да е налице предлагане, което противоречи на изискванията за добросъвестност и професионална компетентност и променя или да е възможно да промени съществено икономическото поведение на средния потребител, когото засяга или към когото е насочена. С оглед защита на потребителите от нелоялни търговски практики и от техните вредни последици, разпоредбата на чл. 68в от ЗЗП забранява използването на такава практика, а нормата на чл. 68л, ал. 1 с. 3. задължава председателя на КЗП да забрани с нарочна заповед прилагането и. Видно от чл. 68г, ал. 4 от ЗЗП, нелоялни са и заблуждаващите и агресивните търговски практики по чл. 68д - 68к от ЗЗП. Дефиницията на заблуждаваща търговска практика се съдържа в разпоредбата на чл. 68е, ал. 1 от ЗЗП, която гласи, че такава е налице и когато от целия ѝ фактически контекст и като се вземат предвид всички нейни характеристики и обстоятелства, както и ограниченията на използваното средство за комуникация, следва, че тя не предоставя съществена информация, необходима на средния потребител в зависимост от ситуацията за вземането на търговско решение, след като се е запознал с тях, което води или може да доведе до вземането на търговско решение, което средният потребител не би взел без използването на тази търговска практика. Съгласно ал. 2 от същата разпоредба заблуждаваща е и всяка търговска практика, при която чрез премълчаване, търговецът прикрива съществена информация по смисъла на ал. 1.

Следва да се припомни, че произтичащото от дадена директива задължение за постигане на предвидения в нея резултат, както и задължението за предприемане на всички необходими мерки, общи или специални, за да се осигури изпълнението на това задължение в съответствие с принципа за лоялно сътрудничество по член 4, § 3, втора алинея ДЕС, тежи върху всички органи на държавите членки, включително върху съдебните органи в рамките на тяхната компетентност (вж. по-специално решения от 10 април 1984 г., Von C. и K., 14/83, EU:C:1984:153, т. 26, от 8 септември

2011 г., R. S., C-177/10, EU:C:2011:557, т. 51 и от 19 април 2016 г., DI, C-441/14, EU:C:2016:278, т. 30).

Всъщност именно националните юрисдикции са длъжни в частност да осигурят съдебната защита, която произтича за правните субекти от разпоредбите на правото на Съюза, и да гарантират пълното им действие (решение от 8 септември 2011 г., R. S., C-177/10, EU:C:2011:557, т. 52).

Когато прилагат вътрешното право, и в частност нормативна уредба, специално приета с цел изпълнение на изискванията на дадена директива, националните юрисдикции са длъжни, доколкото е възможно, да тълкуват националното право в светлината на текста и целите на разглежданата директива, за да постигнат предвидения от нея резултат и да съобразят по този начин член 288, трета алинея ДФЕС (решения от 5 октомври 2004 г., Р. и др., C-397/01—C-403/01, EU:C:2004:584, т. 113 и цитираната съдебна практика, както и от 19 април 2016 г., DI, C-441/14, EU:C:2016:278, т. 31).

Изискването за съответстващо тълкуване на националното право е присъщо за системата на Договора за функционирането на ЕС, доколкото дава възможност на националните юрисдикции в рамките на своята компетентност да осигурят пълната ефикасност на правото на Съюза, когато се произнасят по споровете, с които са сезирани (решение от 5 октомври 2004 г., Р. и др., C-397/01—C-403/01, EU:C:2004:584, т. 114).

Ето защо в случая съдът, сезиран със спора, попада в приложното поле на Директива 2005/29/ЕО на Европейския Парламент и на Съвета от 11 май 2005 година относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на Директива 84/450/ЕИО на Съвета, Директиви 97/7/ЕО, 98/27/ЕО и 2002/65/ЕО на Европейския парламент и на Съвета, и Регламент (ЕО) № 2006/2004 на Европейския парламент и на Съвета („Директива за нелоялни търговски практики“) и фактите по които са настъпили след изтичането на срока за транспонирането ѝ, е длъжен, когато прилага разпоредбите на националното право, предназначени специално за транспонирането на Директивата, да ги тълкува, доколкото е възможно, по такъв начин, че да могат да се приложат в съответствие с целите на тази директива (решения от 5 октомври 2004 г., Р. и др., C-397/01—C-403/01, EU:C:2004:584, т. 117 и от 19 април 2016 г., DI, C-441/14, EU:C:2016:278, т. 31).

Съгласно чл. 6, пар. 1 от Директива 2005/29/ЕО, заблуждаваща е тази търговска практика, която по някакъв начин, включително посредством цялостното ѝ представяне, заблуждава или е възможно да заблуди средния потребител по отношение на един или повече от изброените в тази разпоредба фактори, сред които са в частност цената или начинът, по който е формирана, от една страна, и от друга, подтиква или е възможно да подтикне потребителя да вземе решение за сделка, което в противен случай не би взел. Тази разпоредба е точно и идентично транспонирана в чл. 68д, ал. 2, т. 4 от ЗЗП, поради това всички аргументи на жалбоподателя, свързани с тълкуването на националната разпоредба по различен начин във вр. с т.б от Приложение I на чл. 5, пар. 5 от Директива 2005/29 се явяват необосновани и неточни. Трябва да се отбележи, че както изрично се уточнява в съображение 17 от Директива 2005/29, единствено търговските практики, изброени в изчерпателния списък, съдържащ се в приложение I от тази директива, се считат във всички случаи за нелоялни, без да стават обект на оценка във всеки конкретен случай съгласно разпоредбите на членове 5—9 от посочената директива (решение от 19 септември

2013 г., CHS T. S. C-435/11, EU:C:2013:574, т. 38 и цитираната съдебна практика).

При това положение евентуално нелоялният характер на оспорваните в главното производство търговски практики следва да се преценява с оглед на съдържанието и общия дух на членове 5—9 от същата директива (вж. в този смисъл решение от 23 април 2009 г., VTB-VAB и G., C-261/07 и C-299/07, EU:C:2009:244, т. 58).

От текста на тази разпоредба следва, че посочените в нея елементи на фактическия състав на заблуждаващата търговска практика са формулирани основно от гледната точка на потребителя, към когото са насочени нелоялните търговски практики (решение от 19 септември 2013 г., CHS T. S., C-435/11, EU:C:2013:574, т. 43).

В това отношение следва да се припомни, че като база за сравнение трябва да се приеме средният потребител, който е сравнително добре информиран и сравнително наблюдателен и предпазлив, като се отчитат обществените, културните и лингвистичните фактори (решение от 12 май 2011 г., Ving S., C-122/10, EU:C:2011:299, т. 22). Необходимо е да се добави, че както следва от съображение 18 от Директива 2005/29, критерият за „средния потребител“ не е статистически, а националните съдилища и административни власти трябва да използват своята собствена преценка, за да определят типичната реакция на средния потребител в конкретен случай.

Оттук следва, че за да прецени дали търговски практики като разглежданите в главното производство заблуждават или е възможно да заблудят средния потребител по отношение на цената, трябва да се определи с оглед на всички релевантни обстоятелства дали като последица от съответното търговско съобщение на средния потребител се внушава, че му се предлага изгодна цена, която в крайна сметка се оказва заблуждаваща. Видно от доказателствата по делото, цената е била 17,45 лв.-намалена от 24,95 лв., поради това средният потребител би се доверил на така посочена цена, без да има съмнение за наличието или липсата на грешка.

Съгласно текста на член 6, параграф 1 от Директива 2005/29, съответната търговска практика трябва освен това да подтиква или да е възможно да подтикне средния потребител „да вземе решение за сделка, което в противен случай не би взел“.

В това отношение следва да се акцентира, че цената по принцип е определящ фактор за средния потребител, когато той трябва да вземе решение за сделка.

Следва да се определи обхватът на понятието „решение за сделка“ по смисъла на член 2, буква к) от Директива 2005/29. Всъщност, доколкото търговската практика се отнася до информацията относно наличността на даден продукт на промоционална цена през определен период, важно е да се определи дали действията, които подготвят евентуалното закупуване на продукт, като например придвижването на потребителя до магазина или факта, че е влязъл в този магазин, могат да се считат за решения за сделка по смисъла на тази директива.

От текста на член 2, буква к) от Директива 2005/29 личи, че понятието за решение за сделка е дефинирано широко. Всъщност съгласно текста на тази разпоредба решение за сделка означава „всяко решение, взето от потребител относно това как и при какви условия да купи“. Това понятие следователно включва не само решението да се придобие или не даден продукт, но и пряко свързаните с него решения, по-специално решението да се влезе в магазина. (C-281/12, EU:C:2013:859, т. 36). Видно от конкретната фактическа обстановка, потребителят е отишъл в магазина с намерение да закупи въпросния артикул, което ясно изразява неговото решение. Именно това е моментът на преценка за нарушение на разпоредбата на чл. 68д, ал. 2, т. 4, поради,

което е неоснователно възражението на жалбоподателя, че грешката е оправена преди отправено писмено запитване.

Член 3, параграф 1 от тази директива също подкрепя това тълкуване, тъй като съгласно тази разпоредба Директива 2005/29 се прилага по отношение на нелоялни търговски практики от страна на търговците към потребителите по време на и след търговска сделка във връзка със стока.

Поради това трябва да се квалифицира като „заблуждаваща“ по смисъла на член 6, параграф 1 от Директива 2005/29 търговска практика, която, от една страна, съдържа невярна информация или може да заблуди средния потребител, и от друга страна, може да подтикне потребителя да вземе решение за сделка, което той иначе не би взел. Член 2, буква к) от тази директива трябва да се тълкува в смисъл, че понятието „решение за сделка“ обхваща всяко решение, което е пряко свързано с решението да се придобие или не даден продукт.

Установено е, че поради мотиви, идентични на посочените в точки 31—47 от решение CHS T. S. (C-435/11, EU:C:2013:574), Директивата за нелоялни търговски практики трябва да се тълкува в смисъл, че в случай, когато дадена търговска практика отговаря на всички критерии по член 6, параграф 1 от тази директива, за да бъде квалифицирана като заблуждаваща практика по отношение на потребителя, не следва да се проверява дали такава практика противоречи и на изискванията за дължима професионална грижа по смисъла на член 5, параграф 2, буква а) от посочената директива, за да може правомерно да бъде считана за нелоялна и следователно да бъде забранена на основание член 5, параграф 1 от същата директива.

Поради гореизложеното следва, че са неоснователни оплакванията на жалбоподателя, че съставът на нелоялната заблуждаваща търговска практика не е изпълнен, тъй като включената в интернет сайта информация е в резултат на техническа грешка. Самото публикуване на информацията на Интернет сайта на търговеца относно продукта, предполага, че адресатите на тази публична оферта са известени за нея. Това позволява на потребителя да се запознае в подробности с всеки един продукт, обявен в намалени цени в акция. По този начин без съмнение се влияе допълнително върху мотивацията на отделния потребител, като му позволява да насочи своя избор към определен продукт с намалена /промоционална/ цена. В случая посочената цена се приема от потребителите за достоверна. Цената е една от основните характеристики на продукта, която има роля при вземането на решение за покупка. Ако би се приело представената информация за намалена цена да бъде техническа грешка, това би означавало да се приеме, че търговецът разполага с възможност да предоставя противоречива и подвеждаща информация за предлаганите от него продукти, което не съответства на целта на закона, а именно - да се осигури защита на основните права на потребителите. Фактическият състав на нарушението по чл. 68д, ал. 1 от ЗЗП не съдържа субективен елемент. Субективното отношение на търговеца към заблуждаващата практика е ирелевантно. За заблуждаващата търговска практика е относим обективният факт на подвеждащата информация, а не какви са мотивите на търговеца и неговото субективно отношение към практиката. Поради това може да се направи обоснован извод, че информация е заблуждаваща.

От представена по този начин информация за намалени цени в акция. потребителят се заблуждава, като остава с впечатление, че стоката се предлага на по-ниска продажна цена от действителната. Преценката дали пазарното поведение на търговеца осъществява състава на заблуждаваща търговска практика като проявна форма на забранена нелоялна търговска практика следва да бъде извършвана за всеки отделен случай при съвкупна и обективна оценка на доказателствата. В конкретния случай изводът, че по този начин представената цена насърчава потребителя към покупка на промоционалната стока, съответно води или би могло да доведе до вземане на търговско решение, което потребителят не би взел без използването на съответната практика, се подкрепя от доказателствата по делото и установените въз основа на тях факти.

Неоснователно е и възражението на жалбоподателя относно отговора на потребителя по имейл в извънработно време. Видно от доказателствата по делото, първият имейл е бил в 14:50 на 21.05.2021 г. Отговор търговеца е изпратил в 18:06 на 21.05.2021 г., видно от сайта на търговеца и л. 35 по делото, работното време в което се обслужва онлайн магазина е от 09:00 до 17:00. Поради това самият отговор от страна на търговеца е в извънработно време, което поставя във фактическа невъзможност потребителя да отговори на този имейл в работно време съобразявайки и последващите празници.

Неоснователно е и направеното от жалбоподателя възражение, че предвид прекратяването на нелоялната търговска практика към момента на издаване на заповедта за прилагане на ПАМ, тя се явява без предмет. С прилагането на принудителната административна мярка се цели преустановяване на противоправното поведение на адресата ѝ и обезпечаване положителните действия на субекта на правоотношението за в бъдеще. Т. е. приложената ПАМ има както преустановителна, така и превантивна функция. Именно поради това в оспорения индивидуален административен акт не е посочено, че практиката е забранена за прилагане за определен период. Записаното в заповедта „да използва заблуждаваща нелоялна търговска практика“ следва да се разбира в смисъл търговецът да се въздържа изобщо занапред от прилагането на тази практика по установения от контролния орган начин. В контекста на изложеното, необоснован и в несъответствие с разпоредбата на чл. 1, ал. 2, т. 1 и 3 от ЗЗП е твърдението на жалбоподателя, че към датата на издаване на заповедта, същата е лишена от предмет, поради несъществуваща като преустановена порочна търговска практика.

При тази фактическа установеност следва да се приеме, че потребителите биха могли да бъдат мотивирани към икономическо поведение, което не биха имали при други обстоятелства. Безспорно е, че начинът на представяне на информацията относно цената на предлаганата стока е такъв, който може да въведе в заблуждение средния потребител. Следователно са налице визираните в чл. 68д, ал. 1, предл. второ, вр. ал. 2, т. 4, вр. чл. 68г, ал. 4 ЗЗП елементи от фактическия състав на заблуждаващата търговска практика като вид нелоялна търговска практика.

По изложените съображения неоснователната жалба се отхвърля.

С решението разноски не се възлагат /чл.172а, т.7 АПК/. Правото на разноски е възникнало за ответника, предвид изхода на спора, предмет на

делото-чл.143, ал.3 АПК. Защита на ответника от процесуален представител-адвокат или юрисконсулт по делото обаче не е осъществена. Не е заявено и искане за разноски /чл.81 ГПК, вр.чл.144 АПК/.

Водим от гореизложеното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, Второ отделение, 23-ти състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на [фирма], ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], бизнес сграда „М.“, ет. 2, ап. Офис Е2, представлявано от В. С. В. – управител и Д. Д. А. – прокуриср срещу Заповед № 590/19.11.2021 г., издадена от председателя на Комисията за защита на потребителите, с която на дружеството-жалбоподател е забранено да използва заблуждаваща нелоялна търговска практика по смисъла на чл. 68д, ал. 1, предл. 1 (съдържа невярна информация) от ЗЗП при представяне на информация за обявена промоция от 3 май до 30 юни 2021 г., при предлагане на стоки на интернет страницата на търговеца www.deichman.com на основание чл. 68л, ал. 1 вр. чл. 68в във вр. 68г, ал. 1 и чл. 68д, ал. 1 от ЗЗП.

Решението може да бъде обжалвано пред Върховния административен съд на РБ в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

Решението да се съобщи на страните чрез изпращане на преписи от него по реда на чл.137 от АПК.

СЪДИЯ: