

РЕШЕНИЕ

№ 2698

гр. София, 21.04.2017 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 39 състав,
в публично заседание на 22.03.2017 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Миглена Николова

при участието на секретаря Ирена Йорданова, като разгледа дело номер **7954** по описа за **2016** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от АПК вр. чл.68л ал.1 от Закон за защита на потребителите.

Образувано е по жалба вх.№ Ц03-6013/18.07.16г на [фирма]-В. с представляващ В. С. М. против Заповед № 594/23.06.16г на Председателя на Комисия за защита на потребителите, с която на осн. чл. 68л ал.1 вр. чл.68в, чл.68г ал.4 и чл. 68д ал.1 предл.1 от З. на дружеството е забранено при упражняване на дейността си да използва нелоялна търговска практика, а именно- да предоставя невярна и подвеждаща информация относно процента търговска отстъпка на лекарствените продукти.

В жалбата се сочи, че заповедта е незаконосъобразна като постановена в нарушение на материалния закон, като се моли за отмяната ѝ и присъждане на разноски по делото. Твърди се, че предоставяната на купувачите на лекарства информация не е невярна/за което има констатации в самата заповед/, а освен това поради предоставянето ѝ едва след покупката/написана е в касовия бон/ същата не е в състояние да промени икономическото поведение на средния потребител. Диспозитивът на заповедта е общ и неясен и за адресата ѝ остава неяснота какви действия или бездействия следва да предприеме занапред в изпълнение на разпореждането. В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от адв. И.Г., която поддържа жалбата и сочи, че се касае за цени на лекарства, определени от комисия по цени и реинбурсиране към МЗ.

Ответникът - Председател на Комисия за защита на потребителите се представлява в

съдебно заседание от ю.к. А., който оспорва жалбата като неоснователна и недоказана, моли за потвърждаване на заповедта и присъждане на юрисконсултско възнаграждение. Прави се възражение за прекомерност на адвокатския хонорар на адв. Г.. Поддържа се депозирания писмен отговор, в който се сочи, че отразената в касовите бонове процентна отстъпка не е от продажната цена на лекарствата, а от пределната им цена, определена от Националния Съвет по цени и реинбурсиране на лекарствени продукти. Със заповедта е разпоредено преустановяването на прилаганата в момента нелоялна търговска практика, както и забрана същата да се прилага в бъдеще. Установено е, че процента на посочената в касовите бонове отстъпка е по-висок от реално направената отстъпка от продажната цена на лекарствата. Следователно е налице невярна информация, която е в състояние да заблуди средния потребител и да повлияе на търговското му решение да купи или не лекарството. Потребителите не са уведомени, че посочената отстъпка на касовите бонове е изчислена върху пределната цена, определена от НСЦРЛП/касае се за лекарства, заплащани частично от НЗОК/. Безспорно търговецът има за цел да заблуди потребителя и да го мотивира да дойде отново в неговите аптеки, подведен от високия процент отстъпка, посочен в бона от предишна покупка. Не е налице непълнота във фактическата обстановка, отразена в заповедта, като спорът между страните не е по фактите.

Жалбата е подадена в срока по чл. 140 ал.1 от АПК/при съобщение за издаването ѝ, връчено на 01.07.16г и несъдържащо указания за обжалване/, съобразно изискванията на АПК, от лице с активна процесуална легитимация, срещу индивидуален административен акт по смисъла на чл. 21 ал.1 от АПК, пред надлежния съд, поради което същата е допустима и следва да бъде разгледана по същество.

Съдът приема за установено от фактическа страна следното:

С писмо от 20.01.16г „Български фармацевтичен съюз“ информира Председателя на К., че са постъпили сигнали от членове на съюза относно нарушения от търговци на дребно с лекарствени продукти, а именно- от аптека в [населено място], [улица], стопанисвана от [фирма]. Към писмото си до К. съюзът прилага два фискални касови бона- № 0147201/16.10.15г и № 0147200/16.10.15г. В писмото се сочи, че по сигналите вече е извършена проверка и от НСЦРЛП, който е приел, че е налице въвеждане в заблуждение на потребителите на лекарствени продукти относно начина на формиране и размера на отстъпката от цената на лекарствените продукти.

Видно от цитираното писмо от 12.01.16г на НСЦРЛП:, процентът на отстъпка в приложените касови бонови е изчислен върху пределната стойност на лекарствените продукти, определена в регистрите на НСЦРЛП към датата на продажбата, а не върху стойността на лекарствата в дадената аптека, но не е налице нарушение в ценообразуването на лекарствата и цената им не е по-висока от пределно определената/което е в компетентността на НСЦРЛП/.

По повод писмото от Б. /постъпило в К.-РД-М. на 12.02.16г/, на 23.02.16г служители на К.-В. извършили проверка в аптеката в [населено място], [улица], стопанисвана от [фирма]/носител на разрешението за търговия на дребно с лекарствени продукти/ и управлявана от магистър-фармацевт М.Д. /съгл. Договор за управление на аптека от 01.10.12г/. При проверката било установено, че при покупка на лекарства по рецептурна книжка /частично заплатени от НЗОК/, на клиента бил издаден фискален касов бон № 0099347 0019/23.02.16г. В него било отразено, че за покупката на В. е получена търговска отстъпка 24%, за покупката на К. е получена търговска отстъпка

27.27% и за покупката на Н. е получена търговска отстъпка 18.78%, както и че клиентът е спестил при покупката 5.08лв. Видно от протокола за проверката с № К-0210134/23.02.16г, върху лекарствените продукти е била изписана продажната им цена, но в аптеката липсва информация по отношение на предлаганите търговски отстъпки. На управителя на аптеката е връчено копие от двата фискални касови бона - № 0147201/16.10.15г и № 0147200/16.10.15г./приложени към писмото на Б./. На [фирма] е наредено да представи на 02.03.16г доставни фактури за лекарствата, предмет на трите фискални бона и информация как е формирана посочената в тях търговска отстъпка. Във фискален касов бон № 0147201/16.10.15г е отразено, че за покупката на М. е получена търговска отстъпка 69.46%, за покупката на Л. е получена търговска отстъпка 82.48%, както и че клиентът е спестил при покупката 7.30лв. Във фискален касов бон № 0147200/16.10.15г е отразено, че за покупката на Б. е получена търговска отстъпка 27.27%, за покупката на К. е получена търговска отстъпка 27.27%, както и че клиентът е спестил при покупката 2.38лв. Съставен е Протокол за проверка по документи № К-092771/02.03.16г, видно от който дружеството е представило на проверяващите 6 бр. фактури за покупката на процесните лекарства / № [ЕГН]/12.10.15г, № [ЕГН]/25.09.15г, № [ЕГН]/01.10.15г, № [ЕГН]/19.02.16г, № [ЕГН]/15.02.16г и № [ЕГН]/11.02.16г/, като му е указано на 09.03.16г да представи информация как е формирана посочената в трите фискални бона търговска отстъпка. Съставен е Протокол за проверка по документи № К-092754/09.03.16г, видно от който дружеството е представило на проверяващите исканата информация. Видно от приложения отговор от дружеството, търговската отстъпка в трите фискални бона е процентно намаление на утвърдената от НСЦРЛП цена на лекарствените продукти, която се явява и пределна цена за търговия на дребно, до достигане на доплащаната от пациента стойност.

С Решение по т.11 от Протокол № 11/19.05.16г, въз основа на докладна записка № Ц-03-673/16.05.16г, К. приема, че е налице нелоялна заблуждаваща търговска практика по чл. 68д ал.1 предл.1 от 3./съдържа невярна информация и е подвеждаща/. Издадена е обжалваната Заповед № 594/23.06.16г на Председателя на Комисия за защита на потребителите, с която на осн. чл. 68л ал.1 вр. чл.68в, чл.68г ал.4 и чл. 68д ал.1 предл.1 от 3. на дружеството е забранено при упражняване на дейността си да използва нелоялна търговска практика, а именно- да предоставя невярна и подвеждаща информация относно процента търговска отстъпка на лекарствените продукти. За издаването на заповедта е съобщено на дружеството на 01.07.16г и е връчена на управителя на аптеката на 07.07.16г. Видно от заповедта, действително при направените изчисления органът е установил, че посочената в трите фискални бона търговска отстъпка е изчислена върху пределната цена на лекарствата, утвърдена от НСЦРЛП към датата на продажбата. Към същата дата обаче процента направена търговска отстъпка, изчислена върху действителната продажна цена/доплащана от клиентите/, е по-малка от посочената в боновете. Органът е приел, че търговецът по никакъв начин не е информирал потребителите на каква база е изчислена посочената в боновете отстъпка и те не знаят, че тя е и върху стойността, заплащана от НЗОК. Органът е счел, че посочените в боновете нереално високи отстъпки въвеждат в заблуждение потребителите и им влияят отново да закупят лекарства от тази аптека, както и да закупят други стоки от нея.

Въз основа резултатите от проверката на дружеството бил издаден АУАН №

К-036282/25.05.16г. и НП № К-036282/19.08.16г, отменено с Решение на РС-Мездра от 13.12.16г.

При така изложената фактическа обстановка Съдът достигна до следните правни изводи:

Съобразно изричната разпоредба на чл.145 ал.1 от АПК, от компетентността на Съда е да се произнесе по законосъобразността на оспорения административен акт, като проверява дали е издаден от компетентен орган и спазена ли е установената форма, спазени ли са процесуалноправните и материалноправните разпоредби по издаването му и съответства ли на целта на закона.

Съдът намира, че заповедта е издадена от компетентен по силата на закона орган – чл.68л ал.1 от З. “ Когато Комисията за защита на потребителите установи, че търговската практика е нелоялна, председателят на комисията издава заповед, с която забранява прилагането на търговската практика“. Налице е такова решение на К., т.е. налице е и задължителната предпоставка за издаване на заповедта.

Заповедта е издадена в писмена форма съгл. общата норма на чл. 59 ал.1 от АПК и съдържа реквизите съгл. чл. 59 ал.2 от АПК, вкл. фактически и правни основания за издаването ѝ. В заповедта е посочено правно основание за издаването ѝ – чл.68в, чл.68г ал.4 и чл. 68д ал.1 предл.1 от З., като същото е в пряка връзка с диспозитива на заповедта - на дружеството е забранено при упражняване на дейността си да използва нелоялна търговска практика, а именно- да предоставя невярна и подвеждаща информация относно процента търговска отстъпка на лекарствените продукти. Съдът намира възражението на жалбоподателя за неясна, обща и неразбираема разпоредителна част на заповедта за неоснователно. Наложена ПАМ има основно превантивен характер. С нея се забранява на [фирма] да прилага нелоялна заблуждаваща търговска практика. Целта е да се осуети възможността на дееца да извърши други подобни нарушения, като тази мярка не съставлява вид административно наказание. ПАМ са форма на изпълнително-разпоредителна дейност, чрез която в предвидените от закона случаи се упражнява държавна принуда. ПАМ е средство за обезпечаване осъществяването на различни правоотношения, възникващи в сферата на изпълнително-разпоредителната дейност. С налагането на подобни мерки се прилага диспозицията на съответната правна норма и затова тя не е средство за реализиране на правна отговорност. Именно с оглед непосредствената цел за ограничаване на евентуално противоправно поведение и обезпечаване положителните действия на субекта на правоотношението, ПАМ се прилага чрез забрана да се прилага нелоялната заблуждаваща търговска практика за в бъдеще. Ако деянието не е преустановено, наложената ПАМ ще има и преустановително действие. Преустановяването на деянието от отговорното лице обаче не следва да се приема като лишавашо наложената ПАМ от предмет, тъй като по този начин се пропуска превантивното действие на мярката. Съдът намира, че процесната ПАМ има двуква функция - както да преустанови извършването на конкретна нелоялна практика, така и да предотврати за в бъдеще прилагането на същата практика. т. е. наложената 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 или в определена аптека. Логично административният орган не е посочил никакъв период от време на забрана за приложение на установената порочна търговска практика. Записаното в заповедта "да прилага нелоялна заблуждаваща търговска практика" следва да се разбира в смисъл

дружеството да се въздържа изобщо занапред от прилагането на тази практика по установения от контролния орган начин. Противното, а именно: ограничението на забраната единствено до определен времеви период /към момента на издаване на заповедта/, би било в противоречие с целта на закона да се осигури защита на икономическите интереси на потребителя при придобиването на стоки и услуги при нелоялни търговски практики и способности за продажба.

Заповедта е издадена, без да са допуснати от органа съществени нарушения на административно-производствените правила/такива не се и твърдят/, като са изяснени всички факти и обстоятелства от значение за случая, съгл. чл. 35 от АПК.

Спорът между страните не е по фактите, а е правен. Жалбоподателят твърди единствено наличието на материална незаконосъобразност на заповедта, което възражение е основателно. При правилно установени обстоятелства, органът е приложил неправилно нормите на материалния закон. Съображенията на Съда са следните:

Съгласно § 13, т. 23 от ДР на З. "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 според т. 2 на същия § 13 "Търговец" е всяко физическо или юридическо лице, което продава или предлага за продажба стоки, предоставя услуги или сключва договор с потребител като част от своята търговска или професионална дейност в публичния или в частния сектор, както и всяко лице, което действа от негово име и за негова сметка. Безспорно жалбоподателят е "търговец" по смисъла на цитираната по-горе дефиниция, тъй като продава и предлага за продажба стоки/лекарства/. Безспорно е установено, че търговецът ясно е посочил в трите фискални бона, че е направена търговска отстъпка/посочен и конкретен процент/.

С оглед защита на потребителите от нелоялни търговски практики и от техните вредни последици, разпоредбата на чл. 68в от З. забранява императивно използването на такава. Видно от чл. 68г, ал. 4 от З., нелоялни са и заблуждаващите и агресивните търговски практики по чл. 68д - 68к от З.. Съгласно чл. 68д, ал. 1 от З. търговска практика е заблуждаваща, когато съдържа невярна информация и следователно е подвеждаща или когато по някакъв начин, включително чрез цялостното ѝ представяне, заблуждава или е в състояние да въведе в заблуждение средния потребител и има за резултат или е възможно да има за резултат вземането на търговско решение, което той не би взел без използването на търговската практика. Т. е. за да бъде определена една търговска практика като заблуждаваща в хипотезата на чл. 68д, ал. 1, пр. 1 от З. е необходимо наличието на две кумулативни предпоставки - от една страна да съдържа невярна информация и от друга страна тази невярна информация да има за резултат или да е възможно да има за резултат вземането на търговско решение, което потребителят не би взел без използването на търговската практика.

В случая е безспорно установено, че посоченият в трите фискални бона размер на търговска отстъпка е правилно изчислен при база – пределните цени на конкретните лекарства към датата на продажбата, утвърдени от НСЦРЛП. Следователно така представената информация в боновете не е невярна. Тя е вярна, каквито констатации е направил и самия орган в заповедта. Така представената информация е по-скоро непълна, тъй като от посочването в бона само на размера на отстъпката не става ясно

спрямо коя цена е изчислена търговската отстъпка. Органът счита, че посочената в боновете търговска отстъпка следва да е изчислена върху реално доплатената от потребителя стойност на лекарствата. Органът обаче **не се позовава на наличието на нормативно разписано изискване в този смисъл**/отстъпките да се изчисляват само върху реално доплатената цена, или ако са изчислени върху друга цена/пределната цена/ - това да е изрично упоменато в касовия бон/. Обстоятелствата по ал. 1 на чл. 68д от З. включват информация за: 1. съществуването или естеството на стоката или услугата; 2. основните характеристики на стоката или услугата като: наличност, преимущества, рисковете, които тя съдържа, изработка, състав, допълнителни части към стоката или услугата, извънгаранционно обслужване, разглеждане на жалби на потребителите, начин и дата на производство или на представяне на стоката или услугата, доставка, годност за употреба, използването ѝ, количество, спецификация, географски или търговски произход, резултатите, които могат да се очакват от нейната употреба, или резултатите и съществените характеристики от извършените изпитвания или проверки на стоката или услугата; 3. обхват на задълженията на търговеца, мотивите за използване на търговската практика и естеството на процеса на продажба, както и всяко твърдение или символ, които дават основание да се смята, че търговецът или стоката и услугата са обект на спонсорство или на друга форма на пряка или непряка подкрепа; 4. цената или начина на нейното изчисляване, **или съществуването на специфично предимство по отношение на цената**; 5. необходимостта от предоставяне на допълнителна услуга, резервна част, от замяна или ремонт на стоката; 6. вида, статуса и правата на търговеца или на неговия представител като: трите имена, номера на документ за самоличност и постоянния адрес на физическите лица и наименованието, единния идентификационен код, адреса на управление и правно-организационната форма на юридическите лица, неговото имущество, квалификация, разрешение за извършване на дейност, членство в професионални организации или друг вид обвързаност, неговите права на индустриална, търговска и интелектуална собственост или получените награди и отличия; 7. правата на потребителя, включително правото му да замени стоката, да развали договора, да му бъде възстановена заплатената от него сума на основание чл. 112 - 115 или рисковете, на които потребителят може да бъде изложен. Следователно „невярна информация“ по чл. 68д ал.1 от З. би могло да има само по отношение на дефинираната в чл. 68д ал.2 от З. информация. В случая е относима информацията по чл. 68д ал.2 т.4 предл. второ от З. - **информация за съществуването на специфично предимство по отношение на цената**. В касовите бонове е отразено, че съществува такова специфично предимство - направена търговска отстъпка. Между страните е безспорно, че действително е налице направена търговска отстъпка от цената / дори ако базата за нея е реално доплатената цена на лекарствата, а не пределната цена, определена от НСЦРЛП/. Буквалния прочит на цитираната норма на чл. 68д ал.2 т.4 предл. 2 от З. предполага наличието на информация само и единствено относно факта дали съществува специфично предимство по отношение на цената/такова съществува в случая/. Нормата не дефинира изискване за наличието на друга, по-детайлна информация относно съществуващо специфично предимство по отношение на цената /като напр. по какъв механизъм и на каква база е изчислена отстъпката/. Поради което Съдът приема, че не е налице първата кумулативна предпоставка на хипотезата на чл. 68д, ал. 1 предл.1 от З., а именно- наличие на невярна информация относно

съществуването на специфично предимство по отношение на цената.

Що се отнася до **втората кумулативна предпоставка** /невярната информация да има за резултат или да е възможно да има за резултат вземането на търговско решение, което потребителят не би взел без използването на търговската практика/, Съдът намира, че **при липсата изобщо на „невярна информация“, в случая не е възможно да се изследва реален или потенциален резултат от същата.** Хипотезата на чл. 68д ал.1 предл.1 от З. предполага не само използването на невярна информация, която да въведе в заблуждение релевантния потребител, но и наличието на промяна или на възможност за съществена промяна на неговото икономическо поведение, като **вземане на търговско решение, което потребителят не би взел без конкретната търговска практика.** Съгласно разпоредбата на § 13, т. 31 от Допълнителните разпоредби на З., "търговско решение" 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 разпорежи 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. В конкретния случай вземането на конкретно търговско решение / **но при следваща покупка**/ би могло да е обусловено от факта на **предлагана търговска отстъпка/която несъмнено е факт/.** Но вече взетите търговски решения да се закупят лекарствата по трите фискални бонове определено не са повлияни от посочения в бона точен процент на направената търговска отстъпка. Тъй като **бонът е издаден при осъществена вече продажба, т.е. след формиране на търговското решение и закупуване на лекарствата.**

Изложеното по-горе води до извод, че в случая не са били налице материалните предпоставки на чл. 68д, ал. 1 предл.1 от З. и следователно **използваната търговска практика, като несъдържаща невярна информация, не е заблуждаваща.**

В този смисъл и практиката на ВАС: Решение № 543 от 19.01.2016 г. на ВАС по адм. д. № 3305/2015 г., Решение № 4061 от 22.03.2013 г. на ВАС по адм. д. № 1181/2013 г., Решение № 11935 от 11.11.2015 г. на ВАС по адм. д. № 3257/2015 г.

Предвид изхода на делото, искането на жалбоподателя за присъждане на разноски по делото е основателно по см. на чл. 143 ал.1 от АПК. По делото са представени доказателства само за внесена дър. такса в размер на 50 лв, като няма доказателства за договорен и внесен адвокатски хонорар.

Водим от горното и на основание чл.172 ал.1 и ал.2 и чл. 173 ал.2 от АПК Съдът

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Заповед № 594/23.06.16г на Председателя на Комисия за защита на потребителите, по жалба вх.№ Ц03-6013/18.07.16г на [фирма]-В. с представляващ В. С. М..

ОСЪЖДА Комисия за защита на потребителите да заплати на [фирма]-В. с представляващ В. С. М. сумата от 50 лв / петдесет лева/, представляваща сторените по делото разноски.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване с касационна жалба пред ВАС в 14-дневен

срок от съобщението за изготвянето му.

Съдия: