

РЕШЕНИЕ

№ 1195

гр. София, 22.02.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 72 състав,
в публично заседание на 22.11.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Мария Стоева

при участието на секретаря Зорница Димитрова, като разгледа дело номер **5787** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 - 178 АПК.

Образувано е по жалба от „ Виваком България“ ЕАД срещу Заповед № 336/28.03.2023 г. на председателя на Комисията за защита на потребителите.

С оспорената заповед е забранено на " Виваком България" ЕАД при упражняване на своята дейност да използва нелоялна заблуждаваща търговска практика по смисъла на чл. 68г, ал. 4 във вр. чл. 68д, ал. 1, пр. 2 във вр. чл. 68д, ал. 2, т. 2 (преимущества) от Закона за защита на потребителите, а именно: чрез обозначението 5G в описанието на предлаганите от него абонаментни планове (в т.ч. Unlimited 2, Unlimited 10 и Traffic 10) да въвежда в заблуждение потребителите, че те биха могли да се ползват от преимуществата на 5G технологията, включително и най-значимото от тях - висока скорост на обмен на данни.

С жалбата се поддържа, че оспорената заповед е издадена в нарушение на материалния и процесуалния закон, поради което се претендира отмяната ѝ. Твърди се, че по преписката е представено становище с подробни разяснения относно предлаганата от Виваком 5G технология, нейните характеристики, като е обърнато внимание на факта, че всеки един от наличните планове с обозначение 5G може да бъде използван в 5G мрежата на компанията, каквато е и идеята на това обозначение и послание и което отговаря на обективността, но административният орган не е взел предвид нито един от аргументите на Виваком, а е интерпретирал обозначението по тенденциозен начин, поддържайки теза, която не е подплатена от каквито и да било доказателства и при очевидна липса на обективност. Твърди се, че всички

абонаментни планове от тарифна линия Unlimited, в това число абонаментни планове Unlimited 2, Unlimited 10 и Traffic 10 могат да бъдат използвани в 5G мрежата на дружеството без допълнително заплащане и при наличие на съвместимо устройство. Предвид това, че се обозначават с „5G“ при представянето им на официалната страница на Vivacom и в рекламни материали, разпространявани от дружеството, към представянето на тарифната линия е добавено и уточнението: „Всеки план Unlimited идва с 5G мрежа“. Жалбоподателят сочи, че специфичното за плановете от тарифна линия Unlimited е, че предлагат ползването на неограничен обем данни в България при определена за съответния план максимална скорост. Достъпът до 5G мрежата позволява на абонатите на мобилни услуги от Vivacom, в това число и на абонатите на планове Unlimited, да се възползват от предимствата ѝ, независимо от максималната скорост за пренос на данни, определена за техния план. Соци, че максималната скорост за обмен на данни за отделните абонаментни планове Unlimited е изрично дефинирана и открито комуникирана в описанието на плановете на официалната интернет страница на Vivacom, а чрез обозначението 5G Виваком по никакъв начин не рекламира скорост за обмен на данни, различна от обявената в интернет страницата на компанията за всеки тарифен план. Излага се в жалбата, че практиката по предлагането на посочените планове следва изискването за добросъвестност и професионална компетентност - характеристиките на 5G технологията и параметрите на отделните абонаментни планове се представят на потребителите по разбираем и непротиворечив начин, без да се допуска подвеждане или заблуждаване, като потребителите имат възможност да се запознаят подробно с условията на договора, преди да положат подписите си. Според жалбоподателя преди да сключи договор за конкретен тарифен план потребителят има достатъчно възможности да се информира за основните му характеристики, условия, цени, скорост и т.н., и в нито един момент не бива подвеждан или заблуждаван, както КЗП вменява в процесната заповед.

Предвид изложеното поддържа се, че липсва материалноправно основание за издаване на обжалваната заповед, тъй като не са налице изискуемите елементи от фактическия състав на нелоялната търговска практика. Максималната скорост за обмен на данни за всеки от предлаганите от Виваком тарифни планове е ясно и открито комуникирана към потребителите, следователно не е налице подвеждаща информация от страна на Виваком относно този елемент, какъвто е основният мотив на КЗП за издаване на процесната заповед. Цялостното представяне на информацията за предлаганите услуги (тарифни планове) не дава основание да се направи извод, че средният, сравнително наблюдателен и предпазлив потребител би могъл да бъде заблуден. Соци се, че квалифицирането на дадена търговска практика като нелоялна изисква тя да е в състояние да предизвика съществено изменение на икономическото поведение на потребителите, а аргументи в тази посока не са наведени в заповедта. Не е направен необходимият анализ на фактите от страна на КЗП, не е извършена оценка на законосъобразност и обосноваост, не са преценени събраните доказателства. Описаните от административния орган факти и обстоятелства по никакъв начин не кореспондират с обективната действителност.

Поддържа се, че са налице нарушения на административнопроцесуалните правила при издаване на обжалваната заповед. Издадената заповед е необоснована, цялостната формулировка на диспозитива на заповедта не кореспондира с фактите. Препятствано е законово гарантираното право на участие на Виваком в административното производство. Нарушени са правилата и принципите на административното

производство, уредени в чл. 34 от АПК, и задълженията на административния орган по чл. 35 от АПК, като в мотивите на заповедта не са разгледани обяснения и възражения на засегнатите от акта лица. Твърди се, че в процесната заповед по същество липсва разпоредителна част, което от своя страна прави обективно невъзможно и изпълнението ѝ, а подобен начин на формулиране на акта представлява съществен негов порок, основание за отмяната му.

Ответникът – председателят на Комисията за защита на потребителите, с представеното писмено становище и в откритото съдебно заседание, чрез юрк. Мужо, оспорва жалбата като неоснователна и прави искане за отхвърлянето ѝ. Претендира се присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

С. градска прокуратура не взема участие в производството по делото.

Съдът, след като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, приема за установено следното:

Жалбоподателят „Виваком България“ ЕАД е търговец по смисъла на § 13, т.2 от ДР на Закона за защита на потребителите (ЗЗП).

Не е спорно, а и се установява от представените с административната преписка писмени доказателства, че административното производство е образувано по постъпил в Комисията за защита на потребителите (КЗП) сигнал от Българска национална асоциация „Активни потребители” (БНААП) срещу „Виваком България” ЕАД с вх. № Ц-03-9393 от 30.09.2022 г., с който се твърди, че е налице нелоялна и заблуждаваща търговска практика, която чрез предлагане на планове за мобилни телекомуникационни услуги Unlimited 2 и Unlimited 10 с обявено последно поколение мобилна интернет връзка 5G цели да въведе в заблуждение средния потребител.

В хода на образуваното пред КЗП производство с писмо с изх. № Ц-03-9393/18.10.2022 г. на основание чл. 194а ЗЗП от Комисията за регулиране на съобщенията (КРС) е изискано представяне на писмено становище по случая.

В отговор е представено становище с вх. № Ц-03-9393/15.12.2022 г. от КРС, с което КЗП е информирана, че е извършена проверка на трите предприятия, предоставящи мобилни услуги чрез 5G мобилна мрежа. Извършен е анализ на предоставената от доставчиците информация за предлаганите тарифни планове за достъп до 5G услуги, в резултат на който е взето становище по-конкретно по предлаганите от жалбоподателя и означени с логото 5G планове - "Мобилен план" (Unlimited) и "Мобилен интернет" (Unlimited Traffic), като е дадено заключение, че предоставената на потребителите информация относно скоростта на услугата мобилен достъп до интернет съответства на чл. 4 от Регламент (ЕС) 2015/2120 на Европейския парламент и на Съвета от 25 ноември 2015 г. за определяне на мерки относно достъпа до отворен интернет и цените на дребно за регулирани комуникации в рамките на ЕС и за изменение на Директива 2002/22/ЕО и на Регламент (ЕС) 531/2012.

Със становището на КРС е представен и констативен протокол № С-ЦМ-064/17.11.2022 г., съставен за извършената проверка на "Виваком България" ЕАД, както и приложенията към него, включително становище от жалбоподателя по подадения сигнал и рекламни материали.

Представен е с преписката доклад с изх. № Ц-03-9393/27.02.2023 г. от главен директор на ГД "Контрол на пазара" при КЗП относно произнасяне по раздел "Нелоялни търговски практики" от ЗЗП на "Виваком България" ЕАД при отправено съобщение за основни характеристики на предлагани услуги - достъп до 5G мрежата на оператора.

Докладът е разгледан на проведено на 28.02.2023 г. заседание на КЗП, като от представеното извлечение от протокол № 9 се установява, че комисията е приела решение по т. 17.1, че „Виваком България” ЕАД прилага заблуждаваща нелоялна търговска практика по смисъла на чл. 68д, ал. 1, пр. 2 от Закона за защита на потребителите, изразяваща се в отправяне на търговско съобщение към потребителите, в което се изтъква чрез поставянето на обозначението 5G на видно място в описанието на тарифни планове Unlimited 2, Unlimited 10 и Traffic 10 една от основните характеристики на предлаганите услуги - достъп до 5G мрежата на оператора. Посочено е, че чрез така предоставеното съобщение търговецът насърчава сключването на договори за ползването на съответните планове, като създава впечатлението у потребителите, че последните имат възможността да се възползват от пълния потенциал на 5G технологията, характеризираща се с предимства спрямо предходната такава - 4G, в това число по-висока скорост на пренос на данни.

Прието е от КЗП за установено, че считано от 13.09.2022 г. „Виваком България” ЕАД стартира предлагането на тарифни планове Unlimited 2, 10, 100, 300 и MAX за мобилни гласови услуги и Unlimited Traffic 10 и 100 за мобилен интернет, които предлагат достъп до 5G мрежата. Специфично за плановете от посочените тарифни линии е, че предлагат ползването на неограничен обем данни в България при определена за съответния план максимална скорост. В плановете са включени неограничен обем данни (MB) за мобилен интернет в Република България, като е ограничена максимално достижимата скорост за обмен на данни, с изключение на план Unlimited MAX. Прието е, че цялата информация за това е налична както на интернет страницата на „Виваком България” ЕАД, така и в договора, който предприятието сключва с ползвателя. За улесняване на избора на подходяща за потребителя скорост, е налична информация, че Unlimited 2 е план за чат комуникация и музикални платформи, Unlimited 10 - за социалните медии и интернет, Unlimited 100 - за гледане на HD видео съдържание в YouTube и Netflix, стрийминг, сваляне на файлове, ползване на социални мрежи и интернет страници без забавяне. Установено е, че „Виваком България” ЕАД е публикувало на интернет страницата си информация по отношение на максимално достижимата скорост на пренос на данните за различните планове при различните технологии, вкл. при 5G, 4G и 3G, както и че всички абонаментни планове от тарифни линии Unlimited и Unlimited Traffic се обозначават с 5G при предоставянето им на официалната интернет страница на „Виваком България” и рекламни материали, разпространявани от дружеството.

Обсъдени са предоставените от страна на „Виваком България” ЕАД писмени сведения, съгласно които възможността за постигане на по-високи скорости на пренос на данни е само една от характеристиките на технологията 5G, като не по-малко важни за потребителите са по-ниското времезакъснение (латентност), осигуряване на по-голям капацитет за пренос на данни и мигновена пряка свързаност между множество устройства и приложения.

КЗП е приела, че в случая е налице търговска практика, изразяваща се в отправяне на търговско съобщение от страна на „Виваком България” ЕАД към потребителите, в което се изтъква чрез поставянето на обозначение 5G на видно място в описанието на тарифни планове Unlimited 2, Unlimited 10 и Traffic 10 една от основните характеристики на предлаганите услуги - достъп до 5G мрежата на оператора, чрез което съобщение търговецът насърчава сключването на договори за ползването на съответните планове, като създава впечатлението у потребителите, че последните

имат възможността да се възползват от пълния потенциал на 5G технологията, характеризираща се с предимства спрямо предходната такава (4G), в т.ч. по-висока скорост на пренос на данни. Прието е, че чрез тази практика дружеството заблуждава или е възможно да заблуди потребителите, тъй като горепосочените тарифни планове се рекламират с обозначението 5G, а осигуряват възможност за ползване на максимални скорости на пренос данни при теглене (2 и 10 Mbps), които са в пъти по-ниски от характерната максимална скорост на пренос на данни за 5G технологията, освен това, плановете не само не предлагат характерната максимална достижима скорост на пренос на данни за 5G, а значително по-ниска от максималните достижими скорости за 3-то и 4-то поколение (3G и 4G) технологиите - 42 Mbps и 112 Mbps. Обсъдени са твърденията на дружеството, че и други оператори в Европа използват подобен търговски подход за ограничаване на максималната скорост на мобилния интернет, като е прието, че същите се опровергават от представените от КРС материали. КЗП е приела, че търговското съобщение, чрез което „Виваком България” ЕАД рекламира своите тарифни планове Unlimited 2, Unlimited 10 и Traffic 10, явно цели да заблуди потребителите относно предлаганите от него услуги, като им внушава получаването на пълен достъп до възможностите на 5G мрежата, а в действителност дружеството не предлага най-значимото предимство по отношение на тази технология - по-висока скорост на пренос на данни.

Въз основа на констатациите от проверката и така взетото решение на КЗП е издадена и обжалваната в настоящото производство заповед № 336 от 28.03.2023г. на председателя на КЗП, с която на „Виваком България” ЕАД е забранено при упражняване на своята дейност да използва нелоялна заблуждаваща търговска практика по смисъла на чл. 68г, ал. 4 във вр. чл. 68д, ал. 1, пр. 2 във вр. чл. 68д, ал. 2, т. 2 (преимущества) от Закона за защита на потребителите, а именно: чрез обозначението 5G в описанието на предлаганите от него абонаментни планове (в т.ч. Unlimited 2, Unlimited 10 и Traffic 10) да въвежда в заблуждение потребителите, че те биха могли да се ползват от преимуществата на 5G технологията, включително и най-значимото от тях - висока скорост на обмен на данни.

Заповедта е издадена на основание чл. 68л, ал. 1 във вр. с чл.68в във вр. с чл. 68г, ал. 4 във вр. с чл. 68д, ал. 1, пр. 2 във вр. с чл. 68д, ал. 2, т. 2 (преимущества) от Закона за защита на потребителите. В мотивната част на заповедта са възприети фактическите констатации на комисията и въз основа на тях е прието, че чрез търговската практика, изразяваща се в отправяне на търговско съобщение от страна на „Виваком България” ЕАД към потребителите, в което се изтъква чрез поставянето на обозначение 5G на видно място в описанието на тарифни планове Unlimited 2, Unlimited 10 и Traffic 10 една от основните характеристики на предлаганите услуги - достъп до 5G мрежата на оператора, заблуждава или е възможно да заблуди потребителите, тъй като горепосочените тарифни планове се рекламират с обозначението 5G, а осигуряват възможност за ползване на максимални скорости на пренос данни при теглене (2 и 10 Mbps), които са в пъти по-ниски от характерната максимална скорост на пренос на данни за 5G технологията, а отделно, не само не предлагат характерната максимална достижима скорост на пренос на данни за 5G, а значително по-ниска от максималните достижими скорости за 3-то и 4-то поколение (3G и 4G) технологиите - 42 Mbps и 112 Mbps.

Като е посочил за безспорно обстоятелството, че възможността за постигане на по-високи скорости на пренос на данни е само едно от предимствата на технологията

5G, административният орган е приел за несъмнено, че то е най-същественото от гледна точка на средния потребител, а очакването на потребителя е при сключването на договор за мобилна интернет услуга, която се рекламира с 5G обозначение, той да има възможност да се ползва от всички преимущества на технологията - ниска латентност (времезакъснение), по-голям капацитет (повече свързани устройства на клетка) и висока скорост на пренос на данни при теглене и качване. Изложени са мотиви, че при евентуално обвързване в договорно правоотношение с „Виваком България” ЕАД при условията на тарифни планове Unlimited 2, Unlimited 10 и Traffic 10, потребителят ще получи услуга, която няма да удовлетворява неговите потребности и респективно неговият икономически интерес ще бъде накърнен.

Прието е, че търговското съобщение, чрез което „Виваком България” ЕАД рекламира своите тарифни планове Unlimited 2, Unlimited 10 и Traffic 10, цели да заблуди потребителите относно предлаганите от него услуги, като им внушава получаването на пълен достъп до възможностите на 5G мрежата, а в действителност дружеството не предлага най-значимото предимство по отношение на тази технология - по-висока скорост на пренос на данни, като по този начин предоставена информацията е възможно да има за резултат вземането на търговско решение от средния потребител, което той не би взел без използването на гореописаната търговска практика. Прието е по изложените съображения, че дружеството е осъществило състава на заблуждаваща нелоялна търговска практика по смисъла на чл. 68д, ал. 1, пр. 2 ЗЗП, а именно: „Търговска практика е заблуждаваща... когато по някакъв начин, включително чрез цялостното ѝ представяне, заблуждава или е в състояние да въведе в заблуждение средния потребител, дори и ако представената информация е фактически точна относно някое от обстоятелствата, посочени в ал. 2, 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“.

Заповедта е връчена на жалбоподателя на 12.05.2023 г., а жалбата е подадена по пощата на 26.05.2023 г.

Други относими доказателства не са ангажирани по делото.

При така установеното от фактическа страна и след като извърши дължимата на основание чл.168, ал.1 АПК проверка за законосъобразност на оспорения акт на всички основания по чл.146 АПК, съдът формира следните правни изводи:

Жалбата е подадена от надлежна страна, при наличие на правен интерес, срещу подлежащ на обжалване административен акт и в законоустановения 14-дневен срок, поради което е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна, като съображенията за това са следните:

Оспорената заповед е издадена от компетентен административен орган – председателя на Комисията за защита на потребителите, като компетентността му произтича от разпоредбата на чл. 68л, ал. 1 ЗЗП, която предвижда, че когато Комисията за защита на потребителите установи, че търговската практика е нелоялна, председателят на комисията издава заповед, с която забранява прилагането ѝ.

Неоснователно е възражението на жалбоподателя, че заповедта е

немотивирана. Мотивите на административния акт представляват единство от фактически и правни основания за издаването му и тяхното наличие позволява на адресата на акта да разбере волята на административния орган и да защити адекватно правата и интересите си. Те имат съществено значение и при осъществяване на съдебния контрол за законосъобразност, тъй като липсата им възпрепятства този контрол и представлява самостоятелно основание за отмяна на издадения акт като нарушение на неговата форма. В случая актът е издаден в предписаната от закона форма, доколкото разпоредбите на ЗЗП не предвиждат различни изисквания от установените в чл. 59 АПК. Издаден е в писмена форма, посочени са както фактическите, така и правните основания за издаването му, което е предпоставка за правилното упражняване на съдебния контрол за законосъобразност и осигурява възможност на жалбоподателя да организира адекватно защитата си.

Съдът приема, че не са налице допуснати нарушения на административнопроизводствените правила, които да бъдат квалифицирани като съществени и да мотивират отмяната на акта само на това основание.

Установява се от приетите по делото писмени доказателства, че административното производство е образувано в съответствие с чл. 68л, ал. 4, пр. 2 ЗЗП, като в хода на производството и съобразно правомощията си по чл. 194а ЗЗП комисията е изисквала и становище от Комисията за регулиране на съобщенията. За резултатите от проверката в присъствието на представител на жалбоподателя е съставен констативен протокол № С-ЦМ-064/17.11.2022г., към който е приложено и становище от " Виваком България" ЕАД. Представеното становище и възраженията на жалбоподателя са обсъдени от КЗП, която е приела единодушно решение по т. 17.1 от протокол № 9 от 28.02.2023 г., че жалбоподателят прилага заблуждаваща нелоялна търговска практика по смисъла на чл. 68д, ал. 1, пр. 2 ЗЗП. Въз основа на това решение е издадена и оспорената заповед, с която на "Виваком България" ЕАД е забранено при упражняване на своята дейност да използва нелоялна заблуждаваща търговска практика по смисъла на чл. 68г, ал. 4 във вр. чл. 68д, ал. 1, пр. 2 във вр. чл. 68д, ал. 2, т. 2 (преимущества) от Закона за защита на потребителите, а именно: чрез обозначението 5G в описанието на предлаганите от него абонаментни планове (в т.ч. Unlimited 2, Unlimited 10 и Traffic 10) да въвежда в заблуждение потребителите, че те биха могли да се ползват от преимуществата на 5G технологията, включително и най-значимото от тях - висока скорост на обмен на данни.

В хода на административното производство са изяснени релевантните за случая факти и са събрани относимите доказателства. Преценката на административния орган е направена, след като са обсъдени всички релевантни за случая обстоятелства в изпълнение на разпоредбите на чл. 35 и чл. 36 АПК, изискващи индивидуалният административен акт да се издава, след като се изяснят фактите и обстоятелствата от значение за случая. Настоящият съдебен състав приема, че не е нарушено и правото на защита на жалбоподателя, доколкото констативният протокол от 17.11.2022 г. е съставен в присъствието на негов представител, който е запознат с констатациите и го е подписал, без да направи възражения. "Виваком

България" ЕАД е депозирало становище, т.е., от самото начало на образуваното административно производство жалбоподателят е информиран за какво точно нарушение по ЗЗП му се търси отговорност, не е бил лишен от възможността както да организира и проведе в пълен обем своята защита, така впоследствие да депозира жалба срещу заповедта, предмет на настоящото съдебно производство. В случай че жалбоподателят не се е запознал с всички събрани по преписката доказателства, това процесуално право той може да упражни в пълен обем в съдебния процес, като оспори писмените доказателства или представи нови такива.

Предвид гореизложеното налага се изводът, че оспореният акт е постановен в съответствие с процесуалните правила за това, като органът не е допуснал съществени нарушения на административнопроизводствените правила, водещи до отмяна на заповедта на процесуално основание, поради което следва да се извърши проверка за съответствието на акта с материалния закон – чл. 146, т. 4 АПК.

Съдът намира, че правилно е приложен и материалният закон – чл.68в във вр. с чл. 68г, ал. 4 и чл.68д, ал. 1 ЗЗП.

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. С оглед защитата на потребителите от нелоялни търговски практики и от техните вредни последици, разпоредбата на чл. 63в ЗЗП забранява императивно използването на такава. Съобразно чл. 68г, ал. 4 ЗЗП нелоялни са и заблуждаващите и агресивните търговски практики по чл. 68д – 68к ЗЗП.

Съгласно разпоредбата на чл. 68д, ал. 1 ЗЗП 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, дори и ако представената информация е фактически точна относно някое от обстоятелствата, посочени в ал. 2, 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. Според чл. 68д, ал.2, т. 2 ЗЗП обстоятелствата по ал.1 включват информация за 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. В съответствие с § 13, т. 31 от ДР на ЗЗП 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

разпореда 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.

Предписанието на чл. 68д, ал. 1 ЗЗП, възпроизвеждащо чл. 6 от Директива 2005/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 май 2005г., нормира две хипотези. В разглеждания случай обективизираната в атакуваната заповед воля на административния орган е обоснована с второто предложение на посочената разпоредба, което регламентира като заблуждаваща търговска практика хипотеза, чието проявление се свързва със следните предпоставки: 1) наличие на търговска практика, свързана с предлагането на стоки и услуги; 2) съдържаща се в тази практика информация, представена по такъв начин, който заблуждава или е в състояние да въведе в заблуждение средния потребител, дори и ако представената информация е фактически точна относно някое от обстоятелствата, посочени в ал. 2; и 3) като резултат, респ. възможен такъв, да е взето търговско решение, което потребителят не би взел без използването на търговската практика. В този смисъл решение № 6557 от 4.07.2022 г. на ВАС по адм. д. № 3274/2022 г., VII о.

Константна е съдебната практика на Върховния административен съд, че 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. Така, например, решение № 15363/11.12.2018 г., постановено по адм. дело № 11267/2017 г., VII о. на Върховния административен съд, решение № 9627/15.07.2020 г., постановено по адм. дело № 7983/2019 г., VII о. на Върховния административен съд и др.

В случая от събраните по делото доказателства по несъмнен начин се установява наличието на първия елемент от фактическия състав на търговската практика по смисъла на чл.68д, ал. 1, пр. 2 ЗЗП, а именно – да е налице търговска практика, свързана с предлагането на стоки и услуги, изразяваща се в отправяне на търговско съобщение от страна на „Виваком България“ ЕАД към потребителите, в което се изтъква чрез поставянето на обозначение 5G на видно място в описанието на тарифни планове Unlimited 2, Unlimited 10 и Traffic 10 една от основните характеристики на предлаганите услуги - достъп до 5G мрежата на оператора.

Съдът приема, че съдържанието на така отправеното търговско съобщение, имащо за предмет една от основните характеристики на предоставяната услуга, като изрично се изтъква нейното преимущество, е от естество да мотивира средния потребител за сключване на договор за ползване на съответния тарифен план, тъй като създава впечатлението у потребителите, че последните имат възможността да се възползват от пълния потенциал на 5G технологията, характеризираща се с предимства спрямо предходната такава (4G), вкл., по-висока скорост на пренос на данни. Съдържащата се в тази практика информация е представена по такъв начин, който заблуждава или е в състояние да въведе в заблуждение средния потребител, тъй като посочените тарифни планове се рекламират с обозначението 5G, а осигуряват възможност за ползване на максимални скорости на пренос на данни при

теглене (2 и 10 Mbps), които са в пъти по-ниски от характерната максимална скорост на пренос на данни за 5G технологията.

Според практиката на СЕС (решение от 12 май 2011 г., Ving Sverige, C-122/10, EU: C: 2011: 299, точка 22; решение от 26 октомври 2016 г., Canal Digital Danmark, C-611/14, EU: C: 2016: 800, точка 39; решение от 25 юли 2018 г., Dyson, C-632/16, EU: C: 2018: 599, точка 56) и видно от Съображение 18 от преамбюлната част на Директива 2005/29/ЕО "средният потребител" е добре информиран и сравнително наблюдателен и предпазлив потребител. В действителност, както е приел и административният орган, не е спорно обстоятелството, че възможността за постигане на по-високи скорости на пренос на данни е само едно от предимствата на 5G технологията, но несъмнено е най-същественото от гледна точка на средния потребител. Очакването на потребителя е, че при сключването на договор за мобилна интернет услуга, която се рекламира с 5G обозначение, ще има възможност да се ползва от всички преимущества на технологията - ниска латентност (времезакъснение), по-голям капацитет (повече свързани устройства на клетка) и висока скорост на пренос на данни при теглене и качване. В този смисъл правилно административният орган приема, че при евентуално обвързване в договорно правоотношение с „Виваком България“ ЕАД при условията на тарифни планове Unlimited 2, Unlimited 10 и Traffic 10, потребителят ще получи услуга, която няма да удовлетворява неговите потребности и респективно неговият икономически интерес ще бъде накърнен. Изложеното обосновава извод, че посочената информация относно основните характеристики на предлаганата услуга е в състояние да заблуди потребителите, когато съпоставят различните пазарни предложения и правят своя икономически обоснован избор дали да сключат договора, с оглед изтъкнатите преимущества на горепосочените тарифни планове, съответно биха могли да бъдат мотивирани към икономическо поведение, което не биха имали при други обстоятелства.

По тези съображения съдът приема за установено по делото наличието и на останалите предпоставки от фактическия състав на заблуждаващата нелоялна търговска практика по см. на чл. 68д, ал. 1, пр. 2 ЗЗП.

Съставът на заблуждаващата нелоялна търговска практика не включва в себе си задължително осъществено заблуждение у средния потребител, а е достатъчно да съществува възможност такова заблуждение да бъде създадено, което обстоятелство в случая безспорно е налице. Така решение № 1043 от 04.02.2022 г. по адм. д. № 6798/2021 г. по описа на ВАС, VII отд.

Следователно, законсъобразно с оспорената заповед е определена като заблуждаваща нелоялна търговска практика използваната в дейността на жалбоподателя такава чрез обозначението 5G в описанието на предлаганите от него абонаментни планове (в т.ч. Unlimited 2, Unlimited 10 и Traffic 10) да въвежда в заблуждение потребителите, че те биха могли да се ползват от преимуществата на 5G технологията, включително и най-значимото от тях - висока скорост на обмен на данни.

Настоящият съдебен състав приема, че административният акт е съответен и на целта на закона, формулирана в чл.68б ЗЗП – осигуряване защита на потребителите срещу нелоялни търговски практики преди, по време на и след

отправяне на предложение от търговец до потребител и/или сключване на договор за продажба на стоки или предоставяне на услуги. С наложената принудителна административна мярка се постига заложената цел да бъде прекратена констатираната нелоялна търговска практика, както и да бъде осуетено бъдещото ѝ ползване.

Предвид гореизложеното съдът намира, че обжалваната заповед се явява законосъобразен административен акт, съответно подадената срещу него жалба е неоснователна и на основание чл. 172, ал. 2, предл. последно АПК оспорването ѝ подлежи на отхвърляне.

Относно разноските в производството.

При този изход на спора и на основание чл.143, ал.3 АПК право на разноски възниква в полза на ответника, поради което следва да му бъде присъдено юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв., определен от съда съгласно чл.37, ал.1 от Закона за правната помощ и чл.24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2, предл. последно АПК, Административен съд София-град, 72 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „ Виваком България“ ЕАД срещу Заповед № 336/28.03.2023 г., издадена от председателя на Комисията за защита на потребителите, с която е забранено на " Виваком България" ЕАД при упражняване на своята дейност да използва нелоялна заблуждаваща търговска практика по смисъла на чл. 68г, ал. 4 във вр. чл. 68д, ал. 1, пр. 2 във вр. чл. 68д, ал. 2, т. 2 (преимущества) от Закона за защита на потребителите, а именно: чрез обозначението 5G в описанието на предлаганите от него абонаментни планове (в т.ч. Unlimited 2, Unlimited 10 и Traffic 10) да въвежда в заблуждение потребителите, че те биха могли да се ползват от преимуществата на 5G технологията, включително и най-значимото от тях - висока скорост на обмен на данни.

ОСЪЖДА „ Виваком България“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], да заплати на Комисията за защита на потребителите сумата от 100 лв., представляваща юрисконсултско възнаграждение по делото.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: