

РЕШЕНИЕ

№ 1807

гр. София, 17.03.2016 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 22 състав,
в публично заседание на 29.01.2016 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Десислава Корнезова

при участието на секретаря Илияна Тодорова, като разгледа дело номер **11642** по описа за **2015** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 – чл.178 от Административно-процесуалния кодекс /АПК/.

Образувано е по жалба на „М.“ Е., ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявано от А. В. Д. и М. З. /заедно/, подадена чрез упълномощен представител юрк.М. Й. срещу Заповед № 774/16.10.2015г. на Председателя на Комисията за защита на потребителите /К./, с която на основание чл.68л, ал.1, във връзка с чл.68в и чл.68г, ал.1 и ал.4 от Закона за защита на потребителите /З./ е забранено използването на нелоялна заблуждаваща търговска практика по см. на чл.68е ал.1 от З..

Жалбоподателят оспорва заповедта като незаконосъобразна и моли същата да бъде отменена. Излага на първо място, че е изминало време /около месец/ от извършената проверка на място в обекта и на интернет страницата му, през който е възможно да настъпят значителни промени в предоставената информация. Към 16.10.2015г. дружеството не предлагало на своите клиенти предплатения пакет „П. 001”, а друг такъв „Р. У.”, поради което твърдяната заблуждаваща търговска практика била прекратена, поради което заповедта се явявала лишена от предмет. В акта били посочени противоречиви и взаимноизключващи се факти, като не ставало ясно в какво се изразява нелоялната заблуждаваща търговска практика- в премълчаването на съществена информация или в предоставянето на заблуждаваща информация. Предоставяната информация относно срока на валидност на заредената по картата сума, според жалбоподателят не можела да доведе от вземане на неправилно

търговско решение от средния потребител, защото на интернет страницата www.mtel.bg била публикувана конкретна, разбираема и изчерпателна информация, в търговските обекти при запитване също можело потребителят да получи същата от служител, както и на външната страна на опаковката на картата било посочено изрично, че повече информация за условията на предлагания пакет може да бъде получена на www.mtel.bg и в магазините на М.. Претендира направените по делото разноски.

В съдебно заседание оспорващото дружество, редовно призовано, не се представлява.

Ответникът – Председателят на Комисията за защита на потребителите, редовно призован, не изпраща представител. В писмени бележки от 28.01.2016г., депозирани от процесуален представител юрк. Е. А. А. излага становище за неоснователност на жалбата, съответно за законосъобразност на издадената заповед. Мотивира твърдения за безспорно доказано, че е извършена от дружеството нелоялна търговска практика. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на адвокатския хонорар.

Прокурор от Софийска градска прокуратура, редовно призована, не взема участие в производството по делото и не изразява становище по законосъобразността на оспорения акт.

Административен съд София-град, като обсъди релевираните с жалбата доводи и прецени събраните по делото доказателства по реда на чл.235 ал.2 ГПК във вр.чл.144 АПК, намира за установено следното от фактическа страна:

К. е сезирана с жалба на потребител П. Ц. Н. от 30.04.2015г., касаеща обстоятелството, че при ползване на предплатен пакет „П. 001” [фирма] премълчава информацията, че заредената сума по картата е активна за период от 90 дни, считано от датата на зареждането ѝ.

На 03.07.2015г. е извършена проверка на дружеството в офис, находящ се в [населено място], [улица], резултатите от която са обективирани в констативен протокол № К-0152544. Длъжностите лица от К. са установили, че информацията, която е налична за услугата „П. 001” е изписана върху картонени опаковки, които са окомплектовани с карта пластика и 2 броя хартиени брошури, както следва:

Върху външната страна на картонената опаковка е налична следната информация: а./ лицева страна- 0.01 лв./мин. към всички в М., както и 0.21 лв./мин. към други оператори в страната, б./ задна страна- „П. пакет с 3 лева първоначално заредена сума и специални цени за разговори към всички номера в М. и другите оператори в страната, съответно 0.01 лв./мин. към М. и 0.21лв./мин. към други оператори. Специалните цени влизат в сила до 2 часа от активирането на П. картата и са валидни 30 дни. При всяко презареждане на картата с 6 лева или повече отново влизат в сила специалните цени за разговори към М. и другите оператори в страната. Валидни са 30 дни от презареждането. За ползване на специалните цени при всяко презареждане се удържат 1.90 лева с ДДС. След изтичане срока на валидност на специалните цени или ако картата не бъде презаредена, цената на мин. разговор към всички национални мрежи е 0.39 лв./мин. Всички останали услуги се таксуват според тарифен план „П. 49”. Т. на разговорите е на минута- за всяка започнала минута се тарифира като цяла.

В ръководството за употреба на пакет „П. 001” в частта относно сроковете за валидност и условията за продължаването били посочени два такива: 1. Активен

период- 12 месеца от датата на активиране, в който можеш да използваш картата си пълноценно- обаждаш се и получаваш обаждания, изпращаш и получаваш СМС-си, използваш други услуги. 2. Пасивен период- последният 13 месец, в който можеш само да приемаш обаждания и да получаваш СМС-си. Ако в рамките на този период не презаредиш сметката си с ваучер на стойност 10 лв. или повече, картата се деактивира.

За удължаване валидността на картата е записано следното: „В деня на презареждане на твоята сметка с ваучер на стойност над 10 лв. срокът на валидността на картата се продължава с 13 месеца- 12 месеца активен и 1 месец допълнителен период. При зареждане на ваучер до 9 лв., вкл. независимо дали той е хартиен или електронен, периодът на валидност на П. картата не се удължава. Изключение прави презареждане, направено в 12 или 13 месец от периода на активност, което удължава валидността на картата с 2 месеца /1 активен и 1 пасивен/. Ако в рамките на 30 дни заредите общо 10 лева или повече валидността на картата се увеличава с 12 месеца активен и 1 месец пасивен период.”

Извършена е и втора проверка на интернет страницата на [фирма] www.mtel.bg, за която е съставен констативен протокол № К-0152546/07.08.2015г. Видно от данните, обективирани в същия в сайта на търговеца е посочено друго съществено условие по отношение на валидността на П. картата, което не е посочено в търговския обект, а именно: че е налице период на активност на текущата сума по сметката, който е 90 дни. „За клиенти, активирали П. картата или направили последно презареждане до 26.04.2015г. вкл., наличната сума в П. картата се запазва, чрез активност поне веднъж на всеки 90 дни. Клиенти активирали П. картата или направили последно презареждане след 27.04.2015г. вкл., наличната сума в П. картата се запазва, чрез презареждане поне веднъж на всеки 90 дни. Считано от 27.04.2015г. валидността на всяка презаредена сума /6 лв. или повече/ е 90 дни. Ако не бъде направено презареждане в рамките на периода на валидност на текущата сума, клиентът губи сумата по П. картата. Ако периодът на валидност не бъде удължен, чрез презареждане, то П. картата ще бъде деактивирана автоматично след изтичане на валидността ѝ и конкретният потребител губи правото да използва този мобилен номер.

По повод извършената проверка е проведено заседание на К., чиито резултати са обективирани в Протокол № 38/24.09.2015г. К. приела, че е налице нелоялна заблуждаваща търговска практика по чл. 68е, ал. 1 от З., защото [фирма] не представя в своя търговски обект съществена информация относно условията за ползване на пакет „П. 001”, като не посочва обстоятелството, че е налице срок на валидност на заредената по картата сума, който е 90 дни. По този начин дружеството не предоставя съществена информация, необходима на средния потребител за вземане на търговско решение. Така се създава погрешно впечатление у средния потребител, че срокът на валидност на картата и на текущата сума по нея е 12 месеца, което не е вярно, а това води до вземането на търговско решение, което средният потребител не би взел без използването на тази практика.

Със Заповед № 774/16.10.2015г. на Председателя на Комисията за защита на потребителите се забранява на „М.“ Е. да използва нелоялна заблуждаваща търговска практика в нарушение на чл. 68е ал.1 във връзка с чл. 68г, ал. 1 и ал.4 от З.. Актът е издаден на основание чл. 68л, ал. 1, във връзка с чл. 68в, и чл. 68г, ал. 1 и ал.4 от З., чл. 5, ал. 1, т. 1, чл. 8, ал. 1 и ал. 2, т. 9 от У. правилник на К. и т. 9 от Протокол

№ 38/24.09.2015г. и е връчен на представляващ дружеството на 26.10.2015г. Жалбата срещу заповедта е депозирана в К. с вх. № Ц-03-9856/10.11.2015г.

При така установената фактическа обстановка, съдът извежда следните изводи:

Жалбата е процесуално допустима - насочена е срещу индивидуален административен акт /ИАА/ по смисъла на чл. 21, ал. 1 от АПК, подлежащ на съдебен контрол, подадена е в преклузивния 14-дневен срок за оспорване чрез административния орган, издал акта, и от активно легитимирано лице - адресат на акта /чл. 149, ал. 1 във връзка с чл. 152, ал. 1 от АПК/.

Разгледана по същество жалбата е НЕОСНОВАТЕЛНА.

Като извърши проверка за законосъобразност на оспорения административен акт на основанията, сочени от оспорващия, и служебно по смисъла на чл. 168, ал. 1 във връзка с чл. 146 АПК, съдът приема следното:

По съществото си Заповед № 774/16.10.2015г. на Председателя на Комисията за защита на потребителите представлява принудителна административна мярка /ПАМ/, която има правнообвързващ ефект и изпълнението ѝ е скрепено с държавна принуда. Това предписание може да се отъждестви със санкция /неблагоприятно въздействие в правната сфера на санкционирания, свързано с едностранно принудително ограничаване на негови субективни права/. Даденото предписание е проява на субординация, на отношения на власт и подчинение, характеризиращи административните правоотношения, поради което обвързва „М.“ Е. с дължимостта на конкретно, възприето от К. за правомерно, поведение. В този смисъл е налице обективен белег от понятието за административен акт по смисъла на чл. 21, ал. 1 от АПК - той да поражда задължения, респ. да засяга правомощията на оспорващия.

Актът е издаден от компетентен административен орган – Председателя на Комисията за защита на потребителите. Компетентността на последния произтича от разпоредбата на чл. 68л, ал. 1 от З., съгласно която когато Комисията за защита на потребителите установи, че търговската практика е нелоялна, председателят на комисията издава заповед, с която забранява прилагането ѝ. На основание чл. 5, ал. 1, т. 1, чл. 8, ал. 1 и ал. 2, т. 9 от У. правилник на К., издаден съгласно чл. 51 от Закона за администрацията и чл. 165, ал. 10 от Закона за защита на потребителите, К. осъществява контрол върху нелоялните търговски практики и способи за продажба и при установяване на такива в изпълнение на правомощията си Председателят на административния орган издава индивидуални административни актове в съответствие с чл. 68л от З..

Заповедта е издадена в предписаната от закона форма, доколкото липсват различни от установените в чл. 59 от АПК изисквания. Оспорваният ИАА съдържа реквизитите по чл. 59, ал. 2 от АПК, а именно: наименование на органа, който го е издал – Председател на К.; наименование на акта – заповед; адресат на акта – „М.“ Е.; фактически и правни основания за издаването му; разпоредителна част, с която на дружеството се забранява да използва нелоялна заблуждаваща търговска практика; пред кой орган и в какъв срок може да се обжалва и при спазване на правилата на АПК; дата на издаване – 16.10.2015г.; подпис на лицето, издало акта, с означаване на заеманата от него длъжност – Председател на К.. Забранява се извършването на нелоялна заблуждаваща търговска практика, като е посочено осъществяване на нарушение на чл. 68в във връзка с чл. 68г, ал. 1 и ал. 4 от З. и чл. 68е ал. 1 от З.. Административният орган е извършил преценка на доказателствата и е съобразил, че фактите по спора следва да бъдат подведени под състава на нелоялната

заблуждаваща търговска практика, разписан от законодателя в чл. 68г, ал. 1 и ал.4 от З. и чл.68е ал.1 от З.. Налице е яснота при описанието на нарушението и прилагането на коректната правна норма. Съгласно Постановление № 4/1976г. на Пленума на ВС и ТР № 4/22.04.2004г. по дело № ТР-4/2002г. О. на ВАС на РБ административният акт или отказът да бъде издаден такъв акт трябва да бъде мотивиран, включително и когато административният орган е овластен да реши въпроса по свободна преценка, което изискване в случая е спазено. „Не съществува пречка мотивите да бъдат изложени и допълнително, след издаването на административния акт, стига да се постигат целите, които законодателят е преследвал с изискването за мотивиране на индивидуалните административни актове и отказите за издаване на такива. Не е необходимо обаче да съвпадат по време издаването на административния акт или отказа и излагането на съображенията, по които административният орган е стигнал до едното или другото разрешение. Възможно е мотивите да предхождат издаването на акта и да се съдържат в друг документ, съставен с оглед предстоящото издаване на административния акт“ /ТР № 16 от 31.03.1975 т., ОСГК на ВС/.

При наличието на нелоялна търговска практика по чл. 68л, ал. 1, във връзка с чл. 68в и чл. 68г, ал. 1 и ал.4 във вр. чл.68е от З. Председателят на К. издава заповед, с която забранява прилагането ѝ. Така установеното правомощие се осъществява при условията на обвързана компетентност. Достатъчно е установяването на нелоялна търговска практика от К., за да бъде реализирана разпоредбата на чл. 68л, ал. 1 от З.. Съгласно разпоредбата на чл. 68л, ал. 2 и ал. 3 от З. Председателят на Комисията за защита на потребителите може в определен от него кратък срок да задължи търговеца да докаже, че прилаганата търговска практика не е нелоялна, както и в случаите по чл. 68г, ал. 4 и когато нелоялната практика произтича от дейности, свързани с реклама, независимо от имуществената санкция, може да разпорежи рекламодателят и/или рекламната агенция да огласи за своя сметка и по подходящ начин акта, с който е установено нарушението, както и съответната коригирана реклама. С чл. 68л, ал. 2 и ал. 3 от З. се въвежда допълнително правомощие на Председателя освен да забрани прилагането на нелоялната практика по чл. 68л, ал. 1 от З., да приложи и разписаните с тях мерки. Мерките по чл. 68л, ал. 1 – 3 от З. се прилагат служебно или по повод направено искане от страна на потребител. За разлика от разпоредбите на чл. 68л, ал. 2 и ал. 3 от З., които имат диспозитивен характер, посочената в оспорвания акт норма на чл. 68л, ал. 1 от З. е императивна и въвежда задължение на Председателя на К. да издаде заповед, с която забранява използването на нелоялна търговска практика при упражняване на дейността на търговеца. Спазването на законоустановената форма, изразено чрез правилното установяване на фактическата обстановка и подвеждането на същата под релевантния по време, място и лица материален закон, е предпоставка за адекватното упражняване на съдебния контрол по смисъла на чл. 168, ал. 1 във връзка с чл. 146 от АПК, както и за осигуряване възможността на жалбоподателя да организира защита на своята теза.

При постановяване на обжалвания административен акт не са допуснати нарушения на административнопроизводствените правила, които да бъдат квалифицирани като съществени и които да мотивират неговата отмяна по смисъла на чл. 168, ал. 1 във връзка с чл. 146, т. 3 от АПК.

Съгласно чл. 191 от З. контролът по спазването на закона е възложен на К., сезирана с жалба на потребител, приложена в административната преписка. Потребителите и сдруженията на потребителите имат право да подават жалби, сигнали и предложения

в писмена форма или електронен вид до контролните органи, изпълняващи функции за защита на потребителите, съгласно чл. 178 от З., въз основа на които се образува административно производство и се определя необходимостта от извършването на проверка. При това длъжностните лица от Комисията за защита на потребителите имат право на свободен достъп в производствените и търговските обекти и да изискват необходимите документи във връзка с осъществявания от тях контрол, както и на достъп до тези от тях, свързани пряко или косвено с нарушение на този закон, независимо от формата на документа; да разпоредят на всяко лице да предостави сведения за нарушения на този закон, които са му известни; да извършват проверки на място /чл. 192, т. 1 и т. 2 във връзка с чл. 192а, ал. 1 от З./.

В съответствие с цитираните разпоредби на 03.07.2015г. е извършена проверка на „М.“ ЕД в негов офис, находящ се в [населено място], [улица], в присъствието на управителя на магазина. Резултатите от проверката са обективирани в констативен протокол № К-0152544/03.07.2015г. Извършена е и допълнителна проверка на интернет сайта на жалбоподателя, както се посочи и за което е бил съставен констативен протокол № 0152546/07.08.2015г. На основание чл. 9 от У. правилник на К. е проведено заседание /Протокол № 38/24.09.2015г./. Административният орган приема, че е налице нелоялна заблуждаваща търговска практика по чл. 68г, ал. 1 и ал.4 във вр.чл.68е от З., тъй като с действията си в търговския обект „М.“ Е. не предоставя съществена информация относно условията за ползване на пакет „П. 001”, като не посочва обстоятелството, че е налице срок на валидност на заредената по картата сума, който е 90 дни. Действително по делото не се съдържат доказателства жалбоподателят да е бил уведомен изрично по реда на чл. 26 от АПК за образуването пред Комисията производство по издаване на оспорваната заповед. Видно от представените КП, съставени от служители на К., проверката на място и по документи са извършени в присъствието на представител на дружеството. КП от 03.07.2015г. е подписан от служител на жалбоподателя. По този начин се обективира извод, че жалбоподателят е редовно уведомен за образуването производство по установяване на нелоялна практика. Освен това, той разполага и с възможността да релевира всички възражения, които е могъл да направи в административното производство, при оспорването на акта пред съда, включително да представи доказателствата, които намира, че имат значение за правилното решаване на случая и да направи доказателствени искания в подкрепа на направените в жалбата възражения. Правото на защита на „М.“ Е. не е ограничено, тъй като е гарантирано неговото участие в административното производство, а последното е проведено в съответствие със специалните разпоредби на З., чл. 34 и следващите от АПК и принципите на процеса - принципите

истинност, равенство, достъпност, публичност и прозрачност /чл. 7, чл. 8 и чл. 12 от АПК/. Административният орган е изяснил релевантните за случая факти и обстоятелства, извършил е допълнителна проверка на 07.08.2015г., като е спазил и основния принцип на процеса относно събирането на доказателства, което с оглед разпределената доказателства тежест се инициира от заинтересованото лице и служебно от К. /чл. 36 във връзка с чл. 9 от АПК/. При така изложените съображения настоящата съдебна инстанция формира извод за издаването на акта при спазване на административно-производствените правила, обезпечаващ липсата на основания за отмяната му по чл. 168, ал. 1 във връзка с чл. 146, т. 3 от АПК.

Заповед № 774/16.10.2015г. на Председателя на Комисията за защита на потребителите, с която е забранено използването на нелоялна заблуждаваща търговска практика от „М.“ Е., е издадена в съответствие с материалноправните разпоредби съгласно чл. 168, ал. 1 във връзка с чл. 146, т. 4 от АПК във връзка с чл.68л, ал.1, във връзка с чл.68в и чл.68г, ал.1 и ал.4 във вр. чл.68е от Закона за защита на потребителите. К. е сезирана с жалба на лице, което безспорно има качеството потребител /§ 13, т. 1 от ДР на З. – „всяко физическо лице, което придобива стоки или ползва услуги, които не са предназначени за извършване на търговска или професионална дейност, и всяко физическо лице, което като страна по договор по този закон действа извън рамките на своята търговска или професионална дейност“/, срещу лице с качеството търговец /§ 13, т. 2 от ДР на З. – „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“/.

От събраните в процеса писмени доказателства, съдът приема за категорично установено, че в търговския си обект и при закупуване на пакет „П. 001” [фирма] не предоставя съществена информация относно срока за валидност на заредената по картата сума, който е 90 дни, като същата продава с неактуална /след 27.04.2015г./ информация, необходима на средния потребител в зависимост от ситуацията за вземането на търговско решение, след като се е запознал с нея, а именно: че срокът на валидност е 12 месеца плюс 1 допълнителен месец, през който могат да се приемат обаждания и получават СМС-си. По този начин средният потребител взема своето решение, като мисли, че валидността на срока на картата и текущата сума по нея е 12 месеца плюс 1 месец и той не би го взел без използването на тази търговска практика, ако в действителност

знае, че срока на текущата заредена сума по картата е 90 дни.

Съгласно чл. 68б от З. разпоредбите на раздел III от глава четвърта „Търговски практики и способности за продажба“ имат за цел да осигурят 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, като се прилагат по отношение на всички стоки и услуги, включително недвижимо имущество, права и задължения. Съгласно легалната дефиниция на понятието „търговска практика“, разписана в § 13, т. 23 от ДР на З. - това 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 императивната разпоредба на чл. 68в от З. законодателят въвежда забрана за извършване на нелоялните търговски практики. Легалната дефиниция на нелоялна търговска практика е дадена в разпоредбата на чл. 68г, ал. 1 от с.з, съгласно която „търговска практика, от страна на търговец към потребител е нелоялна, ако противоречи на изискването за добросъвестност и професионална компетентност и ако променя или е възможно 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“. „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 /§ 13, т. 25 от ДР на З./. Наличието на информираност у потребителя, както се твърди от дружеството жалбоподател, не се установи безспорно в хода на производството. Липсата на действителна информация е провокирало и потребителя да формулира конкретни въпроси до К., касаещи предлагането и предоставянето на „П. 001“ пакет от „М.“ Е..

С цитираните по-горе текстове от вътрешното законодателство е транспонирана Директива 2005/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на Директива 84/450/Е. 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 /§ 13а, т. 12 от ДР на З./. Съгласно § 18 от

Преамбюла на Директивата „съобразно принципа на пропорционалност и с оглед ефективното прилагане на защитните мерки, съдържащи се в нея, настоящата директива приема като база за сравнение средния потребител, който е сравнително добре информиран и сравнително наблюдателен и предпазлив, като отчита обществените, културни и лингвистични фактори, както се тълкуват от Съда на Европейските общности, но също така съдържа разпоредби, които имат за цел да предотвратят злоупотребата с потребители, чиито качества ги правят особено уязвими към нелоялни търговски практики. Когато една търговска практика е насочена към точно определена група потребители, например деца, е желателно влиянието на търговската практика да се оцени с оглед на средния представител на тази група. Следователно е подходящо в списъка на практики, които са нелоялни при всички обстоятелства, да се включи разпоредба, която без да налага изрична забрана върху реклама, ориентирана към децата, да ги защитава от пряко убеждаване за покупка. Тестът за средния потребител не е статистически тест. Националните съдилища и властите ще трябва да използват своята собствена преценка за отсъждане на решения, като вземат предвид съдебната практика на Съда на Европейските общности, основана върху прецеденти, за да определят типичната реакция на средния потребител в конкретен случай“ /виж решение от 16.07.1998г. по дело G. S., C-210/96, R. I-04657, т. 31; решение от 13.01.2000г. по дело E. L., C-220/98, R. I-00117, т. 27-30; решение от 19.09.2006г. по дело L. B., C-356/04, R., стр. I-8501, т. 78; решение от 12.05.2011 г. по дело V. S. AB, C-122/10, т. 23; решение по дело № C-618/10, т. 39/. При това преценката дали пазарното поведение на търговеца осъществява състава на нелоялна търговска практика, следва да бъде извършвана за всеки отделен случай при съвкупна и обективна оценка на доказателствата, каквото е и константната съдебна практика /Решение № 4119 от 25.03.2014г. по адм. дело № 14444/2013 г., VII отд. на ВАС/.

Член 68г, ал. 4 от З. сочи, че заблуждаващите и агресивните търговски практики са нелоялни търговски практики, чиито фактически състав се преценява според конкретния казус. В своето становище административният орган е конкретизирал, че с оспорвания акт се цели преустановяване занапред нелоялна заблуждаваща търговска практика по см. на чл. 68г, ал. 1 във вр. чл.68е ал.1 от З.. Препращането има за цел да въведе и други случаи, на които законодателят придава характер на нелоялна търговска практика, макар и те да не съдържат елементите на дадената в чл. 68г, ал. 1 от с.з. дефиниция. В чл. 68д, чл. 68е и чл. 68ж от З. са разписани хипотезите, при които се твърди да е налице

заблуждаваща търговска практика, а в чл. 68з, чл. 68и и чл. 68к от З. са разписани хипотезите, при които се твърди да е налице агресивна търговска практика. Процесният случай, както вече се изложи правилно е подведен под относимата разпоредба на чл.68е ал.1 от З..

Основният фактически състав на нелоялната търговска практика по чл. 68г, ал. 1 от З. изисква кумулативното наличие на три елемента: да е налице търговска практика, свързана с предлагането на стоки и услуги /§ 13, т. 23 във връзка с т. 29 от ДР на З./; тази търговска практика да противоречи на изискването за добросъвестност и професионална компетентност /§ 13, т. 28 от ДР на З./ и прилаганата търговска практика да променя или да е в състояние да промени съществено икономическото поведение на средния потребител или на средния член от групата потребители, когато търговската практика е насочена към определена група потребители /§ 13, т. 31 във връзка с т. 25 от ДР на З./.

Неоснователен е и доводът, че доколкото информацията за условията на предлагания пакет „П. 001” е дадена изчерпателно на интернет страницата на „М.“ Е., то няма как средният потребител да бъде въведен в заблуждение. Както е известно, това е пакет услуги, който се предоставя предимно в магазините на дружеството и не може да бъде обвързан със задължение на средния потребител да се информира за неговите условия чрез интернет. Дори и да се приеме, че е посочена препратка към условията, публикувани на интернет страницата на жалбоподателя, тези условия са известни единствено за потребители, които имат достъп до интернет, а за останалите потребители информацията, касаеща услугата е налична в търговските обекти. Очевидно е, че потребителят ще направи своя избор въз основа на информацията в търговския обект, отпечатана върху опаковките на пакетите „П. 001” и съдържащите се в тях брошури. Предоставената в хартиен вариант информация средният потребител разбира се, че ще приеме за достоверна и вярна и именно тя ще доведе до вземане на неговото търговско решение.

Съгласно чл. 2, б. „д“ и б „з“ от Директива 2005/29/ЕО „съществено изопачаване на икономическото поведение на потребители” означава използване на търговска практика, която значително накърнява способността на потребителя да вземе решение на база осведоменост, принуждаващо потребителя да вземе решение за сделка, което не би взел при други обстоятелства, а „дължима професионална грижа” е норма на специални умения и грижи, очакващи се от търговеца да извърши спрямо потребителите в разумни граници, които умения съответстващи на честната пазарна практика и/или на общия принцип на добросъвестност в

сферата на дейност на търговеца“. Подобно изопачаване е налице по отношение на лицата, информирали се за предоставянето на пакета „П. 001“ от „М.“ Е. в неговия хартиен вариант, за които е ясно, че валидността на картата е 13 месеца, като при всяко презареждане на картата със сума равна или по-голяма от 10 лева, валидността се продължава с нови 13 месеца, като сумата по картата е валидна и може да се ползва в 12 месечния активен период. В действителност обаче, след 27.04.2015г. валидността на всяка презаредена сума /6 лева или повече/ е 90 дни. Дружеството следва да положи дължимата професионална грижа като търговец, който по занятие предоставя мобилни услуги, като гарантира икономическите интереси на своите потребители.

С оглед гореизложеното съдът приема, че описаните в оспорвания акт факти субсумират състава на нелоялна заблуждаваща търговска практика по чл.68г, ал.1 и ал.4 във вр.чл.68е ал.1 от З.. С цел да бъде осъществена адекватна защита на потребителите от нелоялни търговски практики, както и предотвратяване на техните неблагоприятни последици, разпоредбата на чл.68в от същия закон забранява използването на такава. Когато Комисията установи, че търговската практика е нелоялна, Председателят на К. забранява с нарочна заповед прилагането ѝ /чл. 68л, ал. 1 от З./. В случая при установена безпротиворечиво нелоялна търговска практика, използвана при упражняване на своята търговска дейност от „М.“ Е., същата се забранява с нарочно издадената и оспорена в настоящото производство **Заповед № 774/16.10.2015г.**

Актът съответства и на целта на закона, формулирана в чл.68б във връзка с чл. 1, ал. 2, т. 1, т. 2 и т. 3 от З. – осигуряване на правото да бъде получена информация за конкретни стоки и услуги и право на защита срещу рискове от придобиването на стоки и услуги, които могат да застрашат живота, здравето или имуществото им, както и осигуряване на защита на икономическите им интереси на потребителите при придобиването на стоки и услуги при 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, неравноправни договорни условия и предоставянето на гаранции за стоките. Изведена е „идеята, че потребителят е в положение на по-слаба страна спрямо продавача или доставчика от гледна точка както на преговорните си възможности, така и на степента си на информираност, като това го принуждава да приема предварително установените от продавача или доставчика условия, без да може да повлияе на съдържанието им (Решение от 27 юни 2000г. по дело

Oséano G. E. и S. E., C-240/98—C-244/98, R., стр. I-4941, точка 25, Решение от 26 октомври 2006г. по дело M. C., C-168/05, R., стр. I-10421, точка 25, както и Решение от 6 октомври 2009г. по дело A. T., C-40/08, Сборник, стр. I-9579, точка 29). Н. съд е длъжен служебно да преценява неравноправния характер на договорните клаузи и по този начин да компенсира неравнопоставеността, съществуваща между потребителя и продавача или доставчик /решение по дело C-618/10/.

Предвид изложеното съдът намира, че оспорваната **Заповед № 774/16.10.2015г.** на Председателя на Комисията за защита на потребителите е законосъобразен административен акт и като такъв, не подлежи на отмяна, а подадената срещу него жалба следва да бъде отхвърлена като неоснователна.

С оглед изхода от спора, на основание чл. 143, ал. 3, чл. 143, ал. 4 от АПК, в съответствие с Тълкувателно решение № 3 от 13.05.2010г. по т.д. № 5/2009г., ВАС, О., и т. 11 от Тълкувателно решение № 6/06.11.2013г. по тълкувателно дело № 6/2012г., ОСГТК на ВКС, задължителни за съдилищата по чл. 130, ал. 2 от ЗСВ, в полза на ответника следва да бъде присъдено юрисконсултско възнаграждение в размер на 300 /триста/ лева, определен по реда и условията на чл. 36, ал. 2 от Закона за адвокатурата във връзка с чл. 7, ал. 1, т. 4 във връзка с § 1 от ДР на Наредба № 1 от 09.07.2004г. за минималните размери на адвокатските възнаграждение.

Мотивиран от горното и на основание чл.172, ал.2 от АПК, **Административен съд София-град**, Второ отделение, 22-и състав,

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „М.“ Е., ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявано от А. В. Д. и М. З. /заедно/, подадена чрез упълномощен представител юрк.М. Й. срещу **Заповед № 774/16.10.2015г.** на Председателя на Комисията за защита на потребителите /К./, с която на основание чл.68л, ал.1, във връзка с чл.68в и чл.68г, ал.1 и ал.4 от Закона за защита на потребителите /З./ е забранено използването на нелоялна заблуждаваща търговска практика по см. на чл.68е ал.1 от З..

ОСЪЖДА „М.“ Е., ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявано от А. В. Д. и М. З. /заедно/, да заплати на Комисията за защита на потребителите, с адрес: [населено място], пл. ”С.” №4А, юрисконсултско възнаграждение в размер на 300 /триста/ лева.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване с касационна жалба в 14 -

дневен срок от съобщаването му чрез Административен съд София - град
пред Върховния административен съд на Република Б..

Съдия: