

РЕШЕНИЕ

№ 1808

гр. София, 18.03.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, IX КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 01.03.2013 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Полина Якимова

ЧЛЕНОВЕ: Доброслав Руков
Диляна Николова

при участието на секретаря Камелия Миладинова и при участието на прокурора Ютеров, като разгледа дело номер **14038** по описа за **2012** година докладвано от съдия Полина Якимова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208 - 228 от Административно -процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 63 от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/:

С постановено на 07.11.2012 г. СРС, НО, 106 състав решение по н а х дело № 12750/ 2012 г. е отменил, по жалбата на [фирма] наказателно постановление № 15 649/ 07.05.2012 г., издадено от председателя на Комисията за защита на потребителите, с което на основание чл. 210а от Закона за защита на потребителите на дружеството е наложена имуществена санкция в размер на 500 лв за нарушение на чл. 68в вр. чл. 68г, ал. 4 вр. чл. 68к, т. 3 от същия закон.

Постъпила е касационна жалба от името на административно–наказващия орган, съдържаща оплаквания за неправилност на решението поради нарушение на материалния закон и на съдопроизводствените правила – касационни основания по чл. 348, ал. 1 т. 1 и 2 вр. ал. 2 и ал. 3 НПК. Конкретните твърдения, с които са мотивирани касационните основания, са първо, че жалбите до К. по смисъла на чл. 178, ал. 1 3. представляват единствено средство за сезиране на органа за предприемане на действия по компетентност; второ - обратно на изразената от СРС теза за административен произвол такъв би било съставянето на АУАН единствено въз основа на сигнал без да е извършена проверка – в разглеждания случай сроковете по чл. 34, ал. 1 ЗАНН започват да текат на 02.11.2011 г., когато е съставен протокол.

Несъгласие е изразено и с тезата на въззивния съд, че възприетата по делото фактическа обстановка не установява съставомерност на действията на БТК АД по чл. 68к, т. 3 вр. чл. 68г, ал. 4 и чл. 68в З. – данните, изискани от ответното дружество сочат договорното му задължение да осигури многократно изпращане на търговски съобщения с определено съдържание до абонатите му. Законовата норма ясно дефинира „отправянето на непоискани и настойчиви търговски съобщения до потребителя на телефон” като нелоялна и агресивна търговска практика, забранена съгласно чл. 68в З.. Да се споделят изводите на СРС би означавало да се поощри изпращането на непоискани търговски съобщения, застрашвайки икономическите интереси на потребителите и ще създаде увереност у нарушителя за безнаказаност.

В писмен отговор представител по пълномощие на санкционираното дружество излага, че за твърдяното нарушение е издадено друго наказателно постановление /№К 8745 от 23.06.2011 г./, което не е влязло в сила, но не го прилага; Счита, че не са анализирани възраженията срещу АУАН. Макар в обстоятелствената част на НП да са описани конкретни случаи, от съдържанието му не става ясно коя е приетата от органа дата на извършване на нарушението, респ. период с начален и краен момент. Позовава се на практика на АССГ за недопустимост да се ангажира отговорността на оператора на съобщителни услуги, осигурил единствено техническото изпращане на рекламни съобщения, касаещи услуги на друг търговец. За съставомерността на деянието по чл. 68к т. 3 З. е от значение от чие име и по чие решение се отправят съответните съобщения, а не кой извършва технически действия по изпращане на същите.

В съдебното заседание пред АССГ касаторът не се представлява.

Ответникът, [фирма], чрез юрк. Р., оспорва жалбата по съображенията в отговора.

Участващият по делото прокурор от СГП дава становище за нейната неоснователност. Съдът, като взе предвид релевираните с жалбата касационни основания по смисъла на чл.348 от НПК и служебно на основание чл.218, ал.2 от АПК, провери изцяло съответствието на атакуваното решение с процесуалните изисквания, свързани със съществуването и упражняването на субективното публично право на жалба и с материалния закон, намира за установено следното:

СРС, НО, 106 състав е приел за установено от фактическа страна, че на 19.10.2011 г. в 15,01 ч И. В. и същия ден в 15,45 ч М. В. получават кратки текстови съобщения от номер В. с идентично съдържание – текст, изписан с латински букви, но гласящ „Специална оферта за теб! С безплатно обаждане или смс на номер 145 може да спечелиш 50 000 лв днес или 1 милион лв супер Джакпот! От теб зависи! www.145.bg. Установено е наред с това, че цитираните кратки текстови съобщения /смс/ са изпратени от В. във връзка със сключен договор за услуги с добавена стойност между ответника, [фирма] /организатор/ и [фирма] доставчик. Според окончателен график за изпратени промотиращи съобщения за играта „Смс за милиони” - „С. милионер” до абонати на В., ползващи мобилни услуги в периода 19.10.2011г. – 04.11.2011 г. са изпращани по 1 200 000 кратки текстови съобщения всеки ден.

Отмяната на НП с обжалваното понастоящем решение е мотивирана със съставяне на АУАН след изтичане на срока по чл. 34, ал. 1 ЗАНН, който според СРС започва да тече на 28.10.2011 г и изтича на 28.01.2012 г., докато АУАН е съставен на 30.01.2012 г. Прието е, че разбирането за необходимост от проверка преди да бъде съставен АУАН би довело до легализиране на административния произвол. Отбелязано е за пълнота, че дори да се игнорира цитираният порок, от съдържанието на атакувания

акт не става ясно колко на брой нарушения са констатирани, след като се описват две търговски съобщения.

Решението е неправилно.

Дори при приетия от СРС начален момент на срока по чл. 34, ал. 1 ЗАНН - от 28.10.2011 г., същият изтича на 30.01.2012 г., доколкото 28.01.2012 г. е неписъстен ден.

За да бъде ангажирана административнонаказателната отговорност на дадено лице е необходимо изпълнителното деяние да бъде описано в АУАН с неговите конкретни проявни форми, които съответстват на съставомерните елементи на нарушението, предвидени в конкретната норма. От данните по делото и установеното в АУАН, въззивният съдебен състав неправилно е заключил, че не се съдържа датата на извършване на конкретното нарушение и на която са изпратени съобщенията. Видно от констативен протокол № 2011 № К 141235 от 02.11.2011г. от БТК АД е изискана конкретна информация, свързана с получаването на посочените съобщения от абонатите на оператора. С протокол за проверка на документи от ответника е предоставена изисканата информация, като е потвърдено участието на дружеството в играта „СМС за милиони” и съдържанието на изпращаните до потребителите текстови съобщения. При съставянето на АУАН и НП е установено безспорно извършеното нарушение от БТК АД към датата на извършване на проверката и съставянето на АУАН и по този начин са изпълнени изискванията на чл. 42, т. 3 и 57, ал. 1, т. 5 от ЗАНН.

АУАН и НП съдържат подробен анализ на установената по преписката фактическа обстановка, че в рамките на осъществяваната с подкрепата на трите мобилни оператора в периода 17.10.2011 г. – 08.01.2012 г. хазартна /насочена към физически лица над 18-годишна възраст/ игра „СМС ЗА МИЛИОНИ – С. МИЛИОНЕР” между ответника и [фирма] е сключен договор, на 14.10.2011 г., по силата на който В. поема задължението да осигури на оператора възможност за изпращане на кратки съобщения до абонати на мрежата с цел популяризиране на играта. Съобщенията, съгласно т.2.6 от договора, подлежат на изпращане до абонатите, заявили желание да получават съобщения за целите на директния маркетинг, които не фигурират в базата данни на организатора, по допълнително съгласуван график и текст. По отношение на съгласието на потребителите да се осъществяват повиквания и да се изпращат съобщения за целите на директния маркетинг БТК АД се позовава на договорите за ползване на услуги в мрежата на В., в които е предоставена възможност да се изрази желание от клиент в тази насока.

В чл. 68в от З. е въведена забрана към търговците да използват нелоялни търговски практики, а съгл. чл. 68г, ал. 4 от З. нелоялни са и заблуждаващите търговски практики по чл. 68д – 68к. Конкретната заблуждаваща търговска практика е формулирана в правилото на чл. 68к, т. 3 З.: „отправянето на настойчиви и непоискани търговски съобщения до потребителя по телефон, факс, електронна поща или всяко друго средство за комуникация от разстояние, освен в предвидените в закон случаи за изпълнение на договорно задължение и без да се нарушават разпоредбите на чл. 49 от този закон, на Закона за защита на личните данни и на чл. 6 от Закона за електронната търговия;” Ответникът не е установил изключващата агресивната търговска практика хипотеза, а именно: изпращането да е във връзка с изпълнение на договорно задължение и да е изрично предвидено в закон. Получаваните съобщения, подканващи за участие в играта "СМС за милиони" не се възприемат от съда като

произтичащи от договорно задължение. Позицията на БТК АД, че с подписването на договора абонатът дава съгласието си да получава от оператора чрез кратки текстови съобщения или чрез повикване и по друг начин информация относно промоции, специални програми, тарифи, оферти и всяка друга информация, отнасяща се до него като абонат не дава основание за подобно тълкуване. Клаузата се отнася единствено за информация относно промоции, специални програми, тарифи, оферти и др., т.е. само относно услугите, предлагани от оператора и свързани с извършването от него услуги, но не и да се предлага участие в хазартна игра на трето лице.

Определянето на една търговска практика като нелоялна и агресивна в хипотезата на чл. 68к, т. 3, вр. чл. 68в от З. предполага установяване на съзнателно поведение, проявено чрез действие от търговеца, и изразяващо се в изпращане на непоискани и настойчиви търговски съобщения до потребителите. Изпращането на съобщения, приканващи потребителите да се включат в игра на трето лице, чрез изпращане на SMS, по своя характер представлява агресивна търговска практика. Търговската практика на БТК АД е агресивна, защото от една страна изпращаните съобщения са непоискани от потребителите, а от друга страна те са и настойчиви - изпращат се непрекъснато и за да бъдат спрени, потребителят трябва да изпрати изрично съобщение с определен текст. В противен случай те ще продължават докато не бъде изпратено съобщение с текст "стоп". Подканващите съобщения за участие в "СМС за милиони" не са във връзка с договорно задължение, доколкото не касаят информация за промоции, специални програми, тарифи, оферти и др. В случая не може да се приложи и разпоредба на чл. 261, ал. 1 от Закона за електронните съобщения, разрешаваща изпращането на съобщения за целите на директния маркетинг. В отсъствието на легална дефиниция на понятието директен маркетинг АНО е прибягнал до езиково /семантично/ тълкуване.

Касаторът е наложил имуществена санкция в минималния предвиден в чл. 210а З. размер, поради което обсъждането на чл. 27 ЗАНН е безпредметно.

По изложените съображения и на основание чл. 222, ал. 1 от АПК, вр. с чл. 63, ал. 1, от ЗАНН, Административен съд – София град, IX касационен състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ решение от 07.11.2012 г., постановено от СРС, НО, 106 състав по н а х дело № 12750/ 2012 г.

ПОТВЪРЖДАВА наказателно постановление № К-15649/ 07.05.2012г. издадено от председателя на Комисията за защита на потребителите.

Решението не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: