

РЕШЕНИЕ

№ 1928

гр. София, 16.03.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 56 състав,
в публично заседание на 26.02.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Мария Ситнилска

при участието на секретаря Цветелина Заркова, като разгледа дело номер **11964** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 126 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).
Образувано е по жалбата на [фирма], ЕИК[ЕИК] против заповед № 376/23.04.2019 г. на Председателя на Комисията за защита на потребителите. Обосновават се съображения за незаконосъобразност, поради съществено нарушение на процесуалните правила и противоречие с материално правните разпоредби. Твърди се, че административният акт е издаден без преди това административният орган да е изяснил релевантните за случая факти и обстоятелства в нарушение на чл. 35 и чл. 36 от АПК. Излагат се доводи за неправилно прилагане на нормата на чл. 68д, ал. 1, предл. второ от Закона за защита на потребителите, доколкото в случая не е налице нелоялна заблуждаваща търговска практика. Изтъква се, че в случая е предоставена съществената информация, която е какво представлява услугата, нейната цена и срок на ползване, като пароди ограничението на средството за комуникация, към основните характеристики на услугата, в допълнение е предоставена препратка към интернет страницата на търговеца, която дава допълнителна и пълна информация за характеристиките на услугите. Изтъква се, че към момента на издаване на оспорената заповед, правонарушението е прекратено, поради което приложената принудителна административна мярка е без предмет. Претендира са отмяна на оспорената заповед и присъждане на направените по делото разноски.
Ответникът Председателят на Комисията за защита на потребителите, чрез процесуалния си представител изразява становище за неоснователност на жалбата.

Изтъква, че чрез оспорената заповед се цели да се наложи по отношение на търговеца превантивна и преустановителна по характер принудителна административна мярка, вменияваща му забрана да прилага в дейността си заблуждаваща нелоялна търговска практика по смисъла на чл. 68в във връзка с чл. 68 г, ал. 4 и чл. 68 д, ал. 1, предл. второ от ЗЗП. Подробни съображения в тази насока излага и в съпроводителното писмо за изпращане на жалбата и административната преписка в съда. Претнидра се отхвърляне на жалбата и присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Настоящият съдебен състав след като обсъди релевираните с жалбата доводи и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено следното от фактическа страна:

Административното производство е образувано по сигнал на Българската национална асоциация „Активни потребители“, в която са изложени твърдения, че [фирма] изпраща СМС със съдържание, което е непоискано от потребителя и, за да бъде преустановено получаването му потребителя следва да се откаже от него. Посочва се, че в съобщението се съдържат и заблуждаващи елементи, които могат да накарат потребителя да мисли, че ако бързо изпрати отговорен СМС ще получи ваучер на стойност 20 лева., а не както е в действителност - правото да участва в томбола за спечелване на ваучер. Посочен е и текста на съобщението: „А1 Q.: Колко бързо можеш да изпратиш СМС с текст АЗ? П.! Б. бърз и те очаква ваучер с 20 лв.! Изпрати АЗ и провокирай себе си със знания! З. да учиш и печелиш А1 Q. всеки ден по един ваучер с 20 лв.! Започваш безплатно за 4 дни, а след това 0.36 лв. на ден; О. рекламните СМС-и със СТОП на 18673/0 лв./ info: www.quizmaster.bg“.

С писмо изх. № Ц-03-7783/05.10.2018 г. е изискано становище от [фирма] по изнесеното в сигнала.

На 18.10.2018 г. е депозирано писмено становище от търговеца, в което се съдържа информация, че „А1 Q.“ е СМС - базирана информационна - рзвлекателна услуга, която осигурява достъп до СМС въпроси с различни теми. Всеки абонат, който е посочил три верни отговора на въпросите от дневната тема има право да участва в разпределението на дневната награда, което е една G. - карта с със заредени в нея 20 лева. Обяснено е, че абонатът трябва да изпрати един СМС на номер 8080, за да активира услугата. При успешен абонамент, абонатите получават следните съобщения: 1. Поздравително съобщение за потвърждаване на абонамента: „3.! В А1 Q. ще ти помогнем да разбереш коя тема е силната ти страна. Всеки ден ще раздаваме по един ваучер с 20 лв., провери знанията си и можеш да спечелиш точно ти. Време е да започваме!“; 2. Съобщение, което съдържа следния текст: Всеки ден може да отговаряш на три въпроса от различни теми. Първите четири дни са безплатни за теб. Всеки ден очаквай известие дали ти си дневния късметлия, който ще получи ваучер с 20 лв. След безплатния период достъпът до А1 Q. ще е 0.36 лв./ден. Ако решиш да сперш изпрати СМС на номер 8080. Информация: www.quizmaster.bg. 3. Съобщение с познавателно развлекателно съдържание.

В хода на проверката е установено, че се касае до СМС-базирана информационно развлекателна услуга, предоставяна от [фирма] със съдействието на [фирма]. Услугата не е предварително активирана за абонатите и, за да се абонира за услугата, абонатът трябва да изпрати безплатен СМС на номер 8080. Констатирано е, че в последващите съобщения след активиране на абонамента, абонатът получава точна и изчерпателна информация за начина на деактивиране на услугата, за нейната същност, както и за цената ѝ след изтичането на 4 дневния безплатен период. Като създаващ

проблем за точното и ясно разбиране и интерпретиране Комисията е определила първоначално изпращания до потребителя СМС с текст: „А1 Q.: Колко бързо межеш да изпратиш СМС с текст АЗ? П.! Б. бърз и те очаква ваучер с 20 лв.! Изпрати АЗ и провокирай себе си със знания! З. да учиш и печелиш А1 Q. всеки ден по един ваучер с 20 лв.! Започваш безплатно за 4 дни, а след това 0.36 лв. на ден; О. рекламните СМС-и със СТОП на 18673/0 лв./ info: www.quizmaster.bg“.

В т. 2 на Протокол № 08 от проведеното на 29.03.2019 г. заседание на КЗП, членовете на Комисията са взели решение, че се касае за заблуждаваща нелоялна търговска практика по смисъла на чл. 68в във връзка с чл. 68г, ал. 4, във връзка с чл. 68д, ал. 1, предл. второ от ЗЗП. Установила е, че е налице нелоялна заблуждаваща търговска практика по смисъла на ЗЗП, извършвана от търговеца [фирма] чрез първоначалния СМС, изпращан до потребителите, като маркетингово съобщение, в което те се подканят да участват в СМС - базирана информационно развлекателна услуга играта А1 Q. и, в което им се внушава, че при изпращане на СМС със съответния верен отговор, печелят наградата ваучер за 20 лв.

Въз основа на така проведеното административно производство, на основание чл. 68в, ал. 1, във връзка с чл. 68г, ал. 4 във връзка с чл. 68д, ал. 1, предл. второ от ЗЗП / търговската практика е заблуждаваща, кагото по някакъв начин, включително чрез цялостното ѝ представяне, заблуждава или е в състояние да въведе в заблуждение средния потребител/, Председателят на КЗП е издал оспорената в настоящото производство заповед, с която се забранява на [фирма] да използва нелоялна заблуждаваща търговска практика, а именно: чрез първоначално изпращания по инициатива на Оператора до потребителите СМС за участие в информационно – развлекателна услуга- играта А1 Q. внушава на потребителя заблуждаваща представа, че ако те бързо изпратят СМС с посоченото съдържание ще получат ваучер с 20.00 лв., а не както е в действителност правото да участват в томбола за спечелване на такъв ваучер.

Въз основа на така установеното от фактическа страна, настоящият съдебен състав обосновава следните правни изводи:

Жалбата е ПРОЦЕСУАЛНО ДОПУСТИМА като подадена срещу подлежащ на оспорване индивидуален административен акт - чл. 95 от ЗЗП, от надлежна страна и в преклузивния срок по чл. 149, ал. 1 от АПК.

Разгледана по същество жалбата е НЕОСНОВАТЕЛНА.

Оспореният административен акт е издаден от компетентен орган в кръга на предоставените му правомощия, съгласно чл.68л, ал.1 ЗЗП, който предвижда, че когато КЗП установи, че търговската практика е нелоялна, председателят на КЗП издава заповед, с която забранява прилагането на търговската практика. Така установеното правомощие се осъществява при условията на обвързана компетентност. Достатъчно е установяването на нелоялна търговска практика от КЗП, за да бъде реализирана разпоредбата на чл. 68л, ал. 1 от ЗЗП. Съгласно разпоредбата на чл. 68л, ал. 2 и ал. 3 от ЗЗП 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. С чл. 68л, ал. 2 и ал. 3 от ЗЗП се въвежда допълнително правомощие на Председателя освен да забрани прилагането на нелоялната практика по чл. 68л, ал. 1 от ЗЗП, да приложи и разписаните с тях мерки. Мерките по чл. 68л, ал. 1 – 3 от ЗЗП 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

ЗЗП, които имат диспозитивен характер, посочената в оспорвания акт норма на чл. 68л, ал. 1 от ЗЗП е императивна и въвежда задължение на Председателя на КЗП да издаде заповед, с която забранява използването на заблуждаваща 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.

В случая заповедта е издадена в предписаната форма, доколкото в специалния закон липсват различни от установените в чл. 59, ал. 2 от АПК изисквания. Изчерпателно са посочени, както правните, така и фактическите основания за издаването ѝ, което е предпоставка за правилното упражняване на съдебния контрол за законосъобразност и осигурява възможност на оспорващия да организира адекватно защитата си.

Не се установява и наличието на допуснати съществени процесуални нарушения в хода на административното производство. Административният орган е изяснил релевантните за случая факти и обстоятелства, обсъдил е обясненията на проверяваното лице, изискал е доказателства и е приел неговото становище, като е спазил основния принцип на процеса относно събирането на доказателства, което с оглед разпределената доказателствена тежест се инициира от заинтересованото лице и служебно от КЗП. Нелоялната търговска практика е разгледана на заседание на КЗП, като същата е установила използването ѝ, след което е издадена заповедта.

Установените в хода на проверката на длъжностните лица – служители на КЗП факти и обстоятелства не се оспорват от страна на търговското дружество.

С оглед наведените в жалбата доводи, спорно по делото е правилното прилагане на материалния закон спрямо установените факти и обстоятелствата, и по-конкретно дали същите следва да се квалифицират като нелоялна търговска практика.

Уредбата на нелоялните търговски практики се съдържа в глава IV, раздел IV от ЗЗП, който възпроизвежда уредбата в Директива 2005/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11.05.2005г. относно нелоялните търговски практики към потребители на вътрешния пазар, наричана Директива за нелоялни търговски практики.

Оспорената заповед е издадена за нелоялна заблуждаваща търговска практика по смисъла на чл.68д, ал. 1, предл. второ от ЗЗП.

Основният фактически състав на нелоялната търговска практика по чл. 68д, ал. 1 от ЗЗП 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 ЗЗП/; тази търговска практика да противоречи на изискването за добросъвестност и професионална компетентност /§ 13, т. 28 от ДР на ЗЗП/ 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 ЗЗП/. Нормата на чл. 68г, ал. 4 от ЗЗП посочва, че нелоялни са и заблуждаващите и агресивните търговски практики по чл. 68д - 68к. В случая прилаганата от [фирма] търговска практика е квалифицирана като нелоялна заблуждаваща търговска практика по смисъла на чл. 68д, ал. 1, предл.второ (търговската практика е заблуждаваща, когато по някакъв начин, включително чрез цялостното ѝ представяне заблуждава или е в състояние да въведе в заблудение

средния потребител).

Съгласно § 13, т. 23 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.

В случая средството, чрез което търговецът комуникира с потребителите, респективно, чрез което същия прилага търговската си практика, се явява ограничено от гледна точка на пространството. СМС разполага с определено пространство за предоставяне на съществената информация за предлаганите чрез него стоки и услуги. Същевременно СМС е носител на информация за предлаганите от търговеца стоки и услуги, който носител позволява на средния потребител да взема търговски решения, на места различни от търговските обекти на оператора и от неговата интернет страница. От събраните по делото доказателства безспорно се установи, че мобилният оператор, като оператор на информационно – развлекателна услуга – играта А1 Q., в своята търговска дейност използва заблуждаваща търговска практика по смисъла на чл. 68д, ал. 1 ЗЗП, като изпраща на своите абонати първоначален СМС, като маркетингово съобщение, в което те се подканят да участват в СМС – базирана информационно развлекателна услуга играта А1 Q. и в което им се внушава, че при изпращане на СМС със съответния верен отговор, печелят наградата ваучер за 20 лв. Несъмнено използваната от оспорващия търговска практика заблуждава или е в състояние да въведе в заблуждение средния потребител. Фактът, че след извършването на абонамент за предлаганата услуга потребителят получава информация, че получаването на ваучер на стойност 20 лв. не е гарантирано, а зависи от изхода на дневна томбола, не променя извода за наличието на заблуждаваща търговска практика, защото потребителят вече е взел търговското си решение да ползва услугата.

В заключение, настоящият съдебен състав намира и че оспорената заповед е в съответствие и с целта на закона, формулирана в чл.68б във връзка с чл. 1, ал. 2, т. 3 от ЗЗП – осигуряване на 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.

Не на последно място, следва да се отбележи и неоснователността на доводите на пълномощника на оспорващия, че в конкретния случай принудителната административна мярка, приложена с оспорената заповед е незаконосъобразна, същата няма предмет, тъй като към момента на издаване на заповедта (23.04.2019 г.), правонарушението е прекратено. Процесната принудителна административна мярка има двуква функция - както да преустанови извършването на конкретна нелоялна практика, така и да предотврати за в бъдеще прилагането на същата практика, т.е. приложената принудителна административна мярка 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. Логично административният орган не е посочил никакъв период от време на забрана за прилагане на установената порочна търговска практика. Записаното в заповедта „да прилага нелоялна заблуждаваща търговска практика“ следва да се разбира в смисъл търговското дружество 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. В този смисъл е и следната практика на ВАС: Решение № 11935 от 11.11.2015 г. по адм. дело № 3257/2015 г., VII отделение на ВАС; Решение № 2014/23.03.2016 г. по дело № 9059/2015 г. на АССГ, оставено в сила с Решение № 10052/28.07.2017 г. по дело № 5815/2016 г. на ВАС, Седмо отделение; Решение № 9839 от 24.07.2017 г. по адм. № 9166/2016 г., VII отд. на ВАС; Решение № 10035 от 27.07.2017 г. по адм. № 6293/2017 г., VII отд. на ВАС и други.

Предвид изложеното, настоящият съдебен състав намира, че оспорената заповед на председателя на КЗП 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 и ал. 4 и чл. 144 от АПК във връзка с чл. 78, ал. 8 ГПК, чл. 37, ал. 1 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правна помощ, в полза на ответника следва да бъдат присъдени разноски за юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лева.

С оглед на изложеното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София- град, Второ отделение, 56-ти състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на [фирма], ЕИК[ЕИК] против заповед № 376/23.04.2019 г. на Председателя на Комисията за защита на потребителите.

ОСЪЖДА [фирма], ЕИК[ЕИК] да заплати на Комисията за защита на потребителите разноски по делото в размер на 100 (сто) лева.

Решението подлежи на обжалване в 14 – дневен срок от съобщаването му пред Върховния административен съд.

СЪДИЯ: