

РЕШЕНИЕ

№ 4154

гр. София, 22.06.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 35 състав,
в публично заседание на 06.04.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Миглена Недева

при участието на секретаря Кристина Григорова, като разгледа дело номер **1293** по описа за **2022** 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/, във вр. чл.68л, ал.1 от Закона за защита на потребителите /ЗЗП/.

Образувано е по жалба на [фирма], с ЕИК:[ЕИК], срещу Заповед № 672/22.12.2021 г. на Председателя на Комисията за защита на потребителите (КЗП или Комисията), с която на основание чл.68л, ал.1, вр.чл.68в и чл.68г, ал. 1 от Закона за защита на потребителите /ЗЗП/, чл. 5, ал.1, т.1 и чл. 8, ал.1 и ал. 2, т.9 от Устройствения правилник на КЗП се забранява на дружеството да прилага нелоялна търговска практика, по смисъла на чл. 68г, ал. 1 от ЗЗП, а именно, че предлага за продажба на потребителите в търговските си обекти устройства с информация за поддържаща 5G мрежа, включително и за мобилен апарат „Motorola edge 20“, а всъщност след закупуването на устройството, потребителят разбира, че същото е несъвместимо с 5G мрежата, освен ако не се приложи софтуерен ъпдейт от страна на производителя, за което се изисква технологично време.

Жалбоподателят [фирма], чрез юрк. Х., твърди, че издаденият административен акт е незаконосъобразен, постановен при съществени процесуални нарушения и несъответствие с материалния закон и целта на закона. Твърди се, че в нарушение на административно процесуалните правила Комисията не е изяснила докрай фактическата обстановка, като по този начин е нарушила принципите за издаване на административни актове, заложи в АПК и по конкретно разпоредбата

на чл.6 от АПК. Поддържа, че ответната Комисия, в действителност не е установила наличие на твърдяната в сигнала на потребител, нелоялна търговска практика. В тази връзка сочи, че А1 е предоставило изчерпателна информация на страницата си в интернет, че апаратът „Motorola edge 20“ хардуерно поддържа свързаност към 5G мрежи, но към настоящия момент се очаква ъпдейт от производителя, за да може апаратът да се свърже с 5G мрежата на А1. Тази информация била общодостъпна и всеки евентуален купувач би могъл да направи проверка за наличието или отсъствието на тази функционалност преди да извърши покупката на стоката. Твърди, че издаването на оспореният акт, след преустановяване на поведението на оператора, я прави безпредметна в противоречие с материалния закон и с целта му. Моли съда да отмени Заповед № 672/22.12.2021 г. на Председателя на Комисията за защита на потребителите и да осъди ответника да му възстанови направените разноски по водене на делото, съгласно представен списък.

Ответникът – ПРЕДСЕДАТЕЛ на Комисията за защита на потребителите (КЗП или Комисията), оспорва жалбата. В представеното по делото становище поддържа, че оспорваната Заповед е законосъобразен административен акт и не са налице сочените основания за отмяна. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на заявеното адвокатско възнаграждение.

Административен съд София – град, II а.о., 35 състав, като взе предвид доводите на страните и прецени доказателствата по делото, приема за установено от ФАКТИЧЕСКА страна следното:

Административното производство е образувано в съответствие с чл. 68л, ал.4 ЗЗПотр. - по жалба (сигнал) на потребител с вх.№ С-03-5140/30.09.2021 г., в която са изложени следните оплаквания: на 25.09.2021 г. потребителят закупил устройство на изплащане - „Motorola edge 20“. Стоката била продадена, като устройство позволяващо 5G свързаност, бил му препоръчан план на най-високата тарифа с неограничена скорост, като по този начин да може да ползва 5G свързаност. При инсталацията по-късно вечерта установил, че въпросното устройство все още не поддържа такава възможност, а ще бъде отключена от трета страна в бъдещ момент. Тази опция нямала дата на която ще бъде отключена, не му е било обяснено в магазина и не е включено в нито една точка по договора, като особеност на апарата. Потребителят се свързал с кол центъра на оператора, като се твърди че му било обяснено, че трябвало да прочете техният уебсайт. Това не му било обяснено в момента на продажбата в магазина и потребителят смята, че е бил подведен от компанията. В жалбата се твърди, че от А1 продават устройство, което не поддържа дадена функция и второ продават услуга, която не могат да доставят, по повод на което е била сезирана и КЗП.

За изясняване на фактите на 11.10.2021г. длъжностни лица при ответника са извършили проверка в магазин на А1 с адрес [населено място], [улица], стопанисван от [фирма]. За резултатите от проверката е съставен Констативен протокол (КП) № К-2721523/11.10.2021г., в който са отразени следните факти: в магазина се предлага за продажба Motorola edge 20. Пред изложеното устройство е поставен етикет с

техническите характеристики на устройството. На етикета е записано: Поддържа 5G.

От представител на търговеца са предоставени:

- Договор №[ЕИК] от 15.10.2019 г. между потребителя и [фирма];
- Приложение № 1/25.09.2021г. към Договор №[ЕИК] за тарифен план за мобилна услуга U. 39.99, със стандартна месечна абонаментна такса 45.99 лв. и промоционална M. 39.99 лв. В раздел 4 - Условия за ползване в т.4.5 е записано „Тарифният план предоставя достъп и до 5G мрежата на A1. Достъпът до 5G мрежата и максимална скорост за трафик на данни са достижими при използване на съвместимо устройство”.
- Приемо-предавателен протокол за предоставеното крайно устройство на потребителя от дата 25.09.2021г., като за описание, модел е записано: Апарат Motorola E. 20 5G G. + HF TTEC, IMEI/ Сериен номер 353121920788434, номер на услуга: [ЕГН].

На 27.01.2021 г. в КЗП е получено становище по жалбата, в което е посочено, че към момента в 5G Ultra мрежата на A1 са интегрирани всички по-разпространени 5G модели на световни производители като Apple, S., Huawei!, ZTE, Xiaomi, OnePlus, TCL, Motorola. Посочено е, че всеки съществуващ модел трябва да се добави индивидуално към мрежата, като най-общо, процесът на интеграция на устройствата на даден производител към 5G или друга мобилна мрежа следва няколко стъпки. Всяка отделна мобилна мрежа има собствени настройки на параметри и сценарии и поради тази причина е нужно софтуерът на всеки производител да бъде пригоден за работа в мрежата. Понякога тестовете отнемат повече време, а и всеки производител има отделен график за своите ъпдейти. Това е причината, интеграцията на устройствата на различните производители да отнема различно време. След като веднъж се направи, всички следващи /нови/ 5G устройства на съответния производител ще са готови за работа в 5G Ultra и няма да се налага допълнително настройване.

В становището се сочи също, че на интернет страницата на адрес: <http://www.a1.bg/5G> е предоставена пълна информация относно 5G Ultra, както и информация за съвместимите устройства. Всички устройства, които към момента са съвместими с 5G Ultra мрежата на A1 имат допълнителен „бадж" 5G Ultra отстрани на снимката на съответното устройство. На сайта са предоставени съвместимите устройства за Motorola E. 20, Motorola Moto G 30, Motorola Moto G 50, Motorola Moto G 9 Plus в комплект с Motobuds C..

Относно устройството Motorola E. 20, с цена на изплащане 24.99 лв./мес. и цена в брой 529.99 лв. за U. Ultra в становището е посочено, че на сайта е записано: 5G функционалността ще бъде активна след софтуерен ъпдейт от страна на производителя. Закупеното от потребителя устройство има възможност за 5G свързаност /това е описано в техническите параметри на устройството на сайта/, но към момента/преди получаването на посочения по-горе софтуерен ъпдейт/ то не е съвместимо с 5G мрежата на A1. В случай, че абонат няма съвместимо устройство, то

той също може да ползва предоставените по тарифен план минути и МВ на максимална скорост.

На свое заседание от 23.11.2021 г. КЗП е взела решение, документирано в т.12 от Протокол №24/23.11.2021 г., че дружеството използва нелоялна търговска практика по смисъла на чл.68г, ал. 1, във връзка с чл. 68в от ЗЗП.

С процесната Заповед № 672/22.12.2021 г. на Председателя на Комисията за защита на потребителите на основание чл.68л, ал.1, вр.чл.68в и чл.68г, ал. 1 от Закона за защита на потребителите /ЗЗП/, чл. 5, ал.1, т.1 и чл. 8, ал.1 и ал. 2, т.9 от Устройствения правилник на КЗП и решение на комисията съгласно т.12 от Протокол №24/23.11.2021 г. се забранява на дружеството да прилага нелоялна заблуждаваща търговска практика, по смисъла на чл. 68г, ал. 1 от ЗЗП, а именно че предлага за продажба на потребителите в търговските си обекти устройства с информация за поддържаща 5G мрежа, включително и за мобилен апарат „Motorola edge 20“, а всъщност след закупуването на устройството, потребителят разбира, че същото е несъвместимо с 5G мрежата, освен ако не се приложи софтуерен ъпдейт от страна на производителя, за което се изисква технологично време.

Оспорената заповед е връчена на пълномощник на дружеството на 13.01.2022 г.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от ПРАВНА страна следното:

Жалбата е ПРОЦЕСУАЛНО ДОПУСТИМА.

Насочена е срещу подлежащ на обжалване административен акт, подадена от надлежна страна и в срок.

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 от ЗЗПотр., който предвижда, че когато Комисията за защита на потребителите установи, че търговската практика е нелоялна, Председателят на КЗП издава заповед, с която забранява прилагането на търговската практика.

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 постановяването ѝ, което е предпоставка за правилното упражняване на съдебния контрол за законосъобразност и осигурява възможност на оспорващия да организира адекватно защитата си.

При издаване на оспорваната заповед не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, налагащи отмяна на акта на основание чл.146, т.3 от АПК.

Оспорваният административен акт е издаден при спазване на процедурата по ЗЗП. Производството е образувано въз основа на жалба на потребителя Б. Н. Ф. срещу [фирма] с вх.№ С-03-5140/30.09.2021 г., по повод на която служители на администрацията на КЗП са извършили проверка. Резултатите от същата са обективирани в съставения Констативен протокол № К-2721523/11.10.2021 г. Жалбоподателят [фирма] е бил уведомен за стартиралото производство, като му е била предоставена възможност да вземе участие в него, право което същият е упражнил, като е предоставил своите възражения, обяснения и доказателства. Освен това, жалбоподателят разполага 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. От жалбоподателя в настоящото производство не са ангажирани никакви доказателства, оборващи констатациите на проверяващите, възприети изцяло от административния орган в оспорения акт, нито са направени доказателствени искания в подкрепа на направените в жалбата твърдения. Поради това съдът не споделя възраженията на жалбоподателя за допуснати съществени процесуални нарушения в хода на административното производство, които да водят до засягане на правата на дружеството и да са основание за отмяна на заповедта.

При събраните по делото доказателства, съдът намира, че оспорената заповед е издадена и при правилно приложение на материалния закон, съответно отговаря и на целта на същия, поради което не са налице основания за отмяна и съгласно чл.14б, т.4 и т.5 от АПК.

Уредбата на нелоялните търговски практики се съдържа в глава IV, раздел III от Закона за защита на потребителите /ЗЗП/, като българският закон възпроизвежда уредбата на Директива 2005/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11.05.2005 г. относно нелоялните търговски практики към потребители на вътрешния пазар, наричана Директива за нелоялни търговски практики. Съгласно чл. 68д, ал. 1 от ЗЗП, когато Комисията за защита на потребителите установи, че търговската практика е нелоялна, Председателят на КЗП издава заповед, с която забранява прилагането на търговската практика.

Разпоредбата на чл. 68в от ЗЗП съдържа общото правило - забраняват се нелоялните търговски практики. Нормата на чл. 68г от ЗЗП регламентира кога търговската практика е нелоялна, а в текстовете на чл. 68д, 68е и чл.68ж от ЗЗП са посочени заблуждаващите нелоялни търговски практики.

По смисъла на цитираните разпоредби се забраняват нелоялните търговски практики, които са такива, ако противоречат на изискването за добросъвестност и професионална компетентност и ако променят или е възможно да променят съществено икономическото поведение на средния потребител, когото засяга или към когото е насочена, или на средния член от групата потребители, когато търговските практики са насочени към определена група потребители. В конкретния случай производството е инициирано по жалба на потребител /§ 13, т. 1 ДР ЗЗП/ срещу лице, с качеството търговец /§ 13, т. 2 ДР ЗЗП/, като се твърди наличието на нелоялна

търговска практика. „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“ /§ 13, т. 23 от ДР на ЗЗП/. „Добросъвестност и професионална компетентност“ е степента на специални познания, умения и грижи, които може да се очаква да бъдат притежавани и проявени от търговеца спрямо потребителя съгласно почтените пазарни практики и/или принципа за добросъвестност в сферата на дейност, упражнявана от търговеца“ /§ 13, т. 28 от ДР на ЗЗП/. Средният потребител е този, който е относително осведомен и в разумни граници наблюдателен и съобразителен. „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 ЗЗП/.

За да бъде преценено дали е налице нелоялна търговска практика /основен фактически състав по чл. 68г, ал. 1 от ЗЗП/, се 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 – т.е. да е отправена „покана за покупка“ - „търговско съобщение, което посочва по подходящ начин, в зависимост от използваното средство за осъществяване на търговско съобщение, характеристиките на стоката или услугата и тяхната цена и което дава възможност на потребителя да направи покупка“; 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, т.е. да е взето „търговско решение“ – „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 разпореди 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.“/.

Не е спорно по делото, че [фирма] има качеството на търговец по смисъла на § 13, т. 2 от ДР на ЗЗП. Предлагането и продажбата на стоки несъмнено представлява „търговска практика“ по смисъла на § 13, т. 23 от ДР на ЗЗП.

Както се посочи определянето на една търговска практика като нелоялна, в конкретния случай предполага установяване на съзнателно поведение, проявено чрез действие от търговеца и противоречащо на изискването за добросъвестност и професионална компетентност. В случая безспорно се установява, че на 25.09.2021 г. потребителят закупил устройство на изплащане - „Motorola edge 20“. Стоката била продадена, като устройство позволяващо 5G свързаност, тъй като в магазина, пред изложеното устройство е поставен етикет

с техническите характеристики на устройството, една от които: поддържа 5G. В тази връзка на потребителя е препоръчан план на най-високата тарифа с неограничена скорост, като по този начин да може да ползва 5G свързаност. Не е спорно и че въпросното устройство към момента на покупката не поддържа такава възможност. Последната е следвало да бъде отключена от трета страна-производител на мобилното устройство в бъдещ момент. Кога във времето ще се извърши този ъпдейт от производителя, мобилният оператор не е информирал потребителя. Действително както посочва жалбоподателя, информацията относно обстоятелството, че 5G функционалността ще бъде активна след софтуерен ъпдейт от страна на производителя е налична на уебсайта на мобилния оператор. Последното, обаче не е било обяснено на потребителя, в момента на продажбата във физическия магазин и не е включено в нито една точка по договора, като особеност на апарата. Потребителят не е длъжен да проверява на интернет страницата на търговеца за допълнителна информация, при положение че не е имало никакви индикации, че такава е налична. Налага се извод, че от А1 продават устройство, което не поддържа дадена функция и продават услуга, която не могат да доставят.

Посочената недобросъвестност е възможно да промени съществено икономическото поведение на средния потребител, когато засяга. В момента на продажбата потребителят е бил заблуден, като не му е била предоставена информация, че предложеното устройство може да функционира в 5G мрежата след софтуерен ъпдейт от страна на производителя. Такива условия не са посочени изчерпателно в индивидуалния договор. От средния потребител се очаква да прочете договора и всички Общи условия на оператора и да се запознае с условията за достъпа до услугите по договора и техническите характеристики на мобилните устройства, които закупува. Това обаче не е достатъчно, тъй като видно от процесния казус се оказва, че в Договор за лизинг за мобилно устройство и Приемо-предавателен протокол за предоставено крайно устройство от 25.09.2021 г., технически характеристики на мобилния апарат липсват. Подобно противоречие, освен че е недобросъвестно, уврежда пряко интересите на потребителите, които са принудени да изчакат да се приложи софтуерен ъпдейт от страна на производителя, за което се изисква технологично време, което води до извод, че всъщност устройството, което му е продадено е несъвместимо с 5G мрежата. Ако тези последици са известни на абоната преди сключване на договора, това би повлияло върху взимането на търговско решение от него дали изобщо да сключи подобен договор. Действията на [фирма] пряко противоречат на въведеното от законодателя правило за добросъвестност и професионална компетентност по см. на § 13 т.28 от ДР на ЗЗП и имат за резултат значителна промяна на икономическото поведение на потребителя. Освен, че последната е била задължена да заплати по-високи месечни лизингови вноски за мобилното устройство, е бил преустановен и достъпа до ползваните от нея мобилни

услуги, при положение, че не заплати недължимите лизингови вноски в посочения във фактурите срок.

С оглед гореизложеното съдът приема, че описаните в оспорвания акт факти субсумират състава на нелоялна търговска практика по чл.68г, ал.1 от ЗЗП. 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 КЗП забранява с нарочна заповед прилагането ѝ /чл. 68л, ал. 1 от ЗЗП/. В случая при установена безпротиворечиво нелоялна търговска практика, използвана от [фирма], същата правилно и законосъобразно е забранена с издадената и обжалвана в настоящото производство Заповед № 672/22.12.2021 г.

Актът съответства и на целта на закона, формулирана в чл.68б във връзка с чл. 1, ал. 2, т. 3 от ЗЗПотр. – 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 (22.12.2021 г.), правонарушението е прекратено. Процесната принудителна административна мярка има двукратна 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 използва нелоялна 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 способи 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 а.д. № 9166/2016 г., VII отд. на ВАС; Решение № 10035 от 27.07.2017 г. по а.д. № 6293/2017 г., VII отд. на ВАС и други.

Ето защо без правно значение е, че към 22.12.2021 г. Motorola Е. 20 е поддържала 5G свързаност и не може да се приеме, че правонарушението е било прекратено и очертания предмет на заповедта е бил несъществуващ в правния мир.

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. 4 АПК, чл.78, ал.8 ГПК вр. чл.144 АПК, вр. 37 ЗПП и чл.24 от Наредбата за заплащане на правната помощ в полза на ответника следва да бъде присъдено юрисконсултско възнаграждение в размер на сумата от 100 (сто) лева.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, II а.о., 35 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на [фирма], с ЕИК:[ЕИК], срещу Заповед № 672/22.12.2021 г. на Председателя на Комисията за защита на потребителите.

ОСЪЖДА [фирма], с ЕИК:[ЕИК], да заплати на Комисията за защита на потребителите сумата от 100.00 /сто / лева.

Решението подлежи на касационно обжалване в 14-дневен срок от деня на съобщаването му чрез настоящия съд пред Върховен административен съд.

СЪДИЯ: