

РЕШЕНИЕ

№ 6301

гр. София, 25.10.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, второ отделение 27 състав,
в публично заседание на 19.09.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Димитър Петров

при участието на секретаря Цветанка Митакева, като разгледа дело номер **5501** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. АПК, вр. чл.68л от Закон за защита на потребителите.

Образувано е по жалба на „БОРН УИНЪР ГЛОБАЛ“ ЕООД, чрез адв. Д. П., срещу Заповед № 519/16.05.2023г. на председателя на Комисията за защита на потребителите, с която е забранено на дружеството да използва заблуждаваща нелоялна търговска практика по смисъла на чл.68д, ал.1 предл.първо от ЗЗП, при представяне на информация за количественото съдържание на белтък, захари и хранителни влакнини в продукта “В. W. Gain протеинов бар – Шоколадов мус“ на интернет страницата <https://bornwinner.bg>.

Жалбоподателят поддържа, че заповедта е неправилна и необоснована. Поддържа, че е издадена при допуснато съществено нарушение на административнопроизводствените правила, тъй като на дружеството не е дадена възможност в хода на производството да взема становище по събраните доказателства и да релевира възражения. Оспорва и да са налице материалноправните предпоставки за издаване на заповедта като поддържа, че дружеството не е представило невярна търговска информация за продукта. Конкретно твърди разликата между стойностите на етикета и установените в лабораторното изследване да се дължи на погрешната методология на изследването осъществено от посочена от КЗП лаборатория. Разликата се дължи на това, че лабораторията извършила изследването не може да установи процента на полиолите в продукта, откъдето идва и разликата със стойностите посочени на етикета. Дори и да са налице несъответствия, поддържа че

отклоненията са в рамките на допустимите стойности съгласно Указания на ЕС по прилагане на Регламент 1169/2011, Регламент 1925/2006, Директива 90/496 на Съвета, Директива 2002/46/ЕС на ЕП и Съвета. В тази връзка изтъква, че дори и да са налице отклонения, те са толкова несъществени, че не могат да повлияят при вземане на търговско решение от страна на потребителя. Информацията не е представена съзнателно, тъй като търговецът предоставя данните от производителя на продукта. Поддържа и, че наложената забрана не съответства на целите на закона, тъй като е забранено прилагане на търговски практики по отношение на всички продукти на Б. У. от съответния вид, а не само по отношение на партидите в които са констатирани отклонения. По тези съображения прави искане за отмяна на заповедта.

Ответникът по жалбата - председателят на Комисията за защита на потребителите, чрез своя пълномощник оспорва жалбата.

Софийска градска прокуратура не взема становище.

След като прецени поотделно и в съвкупност събраните по делото доказателства и взе предвид доводите на страните, съдът приема следното от фактическа:

С обжалвания административен акт на жалбоподателя – търговец опериращ през интернет страница <https://www.bornwinner.bg/>, е наложена по реда на чл.68л от ЗЗП забрана за прилагане на нелоялна търговска практика. Председателят на КЗП е предприел мярката по повод постъпила в Комисията докладна записка със сигнал от РД – П., препратена за разглеждане по компетентност от дирекция „ЗППР“ с вх.№ Ц-03-3763/28.04.2023г. и сигнал с вх.№ Ц-03-3786/07.04.2023г. от „Национална Асоциация Защита на Потребителите“, в която потребител посочва, че в съдържанието на продуктите с марка “B. W.” е отразено, че имат ниско съдържание на захар и високо съдържание на протеин, но след редовната им консумация (всяка сутрин в продължение на една година), глюкозата в кръвта му се е повишила. Посочил е, че хранителният му режим не е променян от години, активно спортуващ е, като единственото променено е заместването на закуската с протеинови блокчета born winner. Направил е проучване на продуктите на www.bornwinner.bg, като е поискал да се извърши проверка, като се вземат проби за изследвания на продуктите и се установи действителното съдържание на захар, протеин и количество калории.

Във връзка с постъпила сигнал е образувана преписка и е извършена проверка от експерти на Дирекция „ЗППР“, констатациите от която са отразени в Констативен протокол № КП-0001519/28.04.2023г., приложен по делото. Отражено е, че на интернет страница <https://www.bornwinner.bg/> потребителите имат възможност да закупуват стоки ключвайки договор от разстояние, като не е спорно, че сайтът се управлява от жалбоподателя, което обстоятелство е и отделено за безспорно и ненуждаещо се от доказване с определението за насрочване на делото. Обстоятелството, че продуктът се предлага от „БОРН УИНЪР ГЛОБАЛ“ ЕООД се установява и от представената от „Билла България“ ЕООД фактура № [ЕГН]/29.03.2023г.

Конкретният артикул – основание за издаване на оспорената в настоящото производство заповед е - “B. W. Gain протеинов бар – Шоколадов мус“. Същият е в раздел „Протеинови барове Gain“, със следното описание в сайта: „B. W. Gain серията е създадена специално, за да отговори за нуждите на тези, които обичат интензивни тренировки и се нуждаят от голямо количество протеин.. Всеки бар съдържа 26 грама протеин и е богат на хранителни стойности, което го прави перфектен заместител на едно хранене. Една опаковка съдържа един бар от 75 грама с вкус нашоколадов мус.“ Посочено е, че има следните ползи: „Високо съдържание на протеин – 35%“ и

„Спомага натрупването на мускулна маса“.

Съставките на продукта са: Микс от протеин (млечен протеин, суроватъчен протеин концентрат); глюкозо-фруктозен сироп; овлажнител (сорбитал); какаово млечно покритие (9%), захар, растителни мазнини (палмова от ядка, кокосова), обезмаслено мляко на прах, нискомаслено какао с 10-12 % какаово масло, лактоза, емулгатор (соев лецитин), ароматизант, слънчогледово олио, соев протеин изолат, набухвачел (полидекстроза), какао на прах (2 %), обезмаслено мляко на прах; ароматизанти“.

Посочените хранителни стойности са както следва – хранителни стойности на: Per 100g:

- Енергийна стойност – 1536 kJ (365 kcal)
- Мазнини – 10g
 - от които наситени мастни киселини – 4.9g
- въглехидрати – 37g
 - от които захари – 20g
- Влакнини – 4.3g
- Белтъци – 35g
- С. – 0.4g

За проверка дали посоченото количество на протеин, захари и хранителни влакнини съответства на реалното съдържание в продукта, е взета проба от протеинов бар Chocolate Mousse, номер на пломба: 0004227 – L 122720 и заявката е изпратена за изследване в Лаборатория за изпитване „АЛИМЕНТИ-ОМНИЛАБ“ при „ДИ ЕНД ВИ КОНСУЛТ“ ООД. За резултатите е изготвен Протокол от изпитване № 21225/24.04.2023г. – приложен по делото. В протокола са описани методите на изпитване, описание на опаковката на пробата и количеството; дата и час на приемана на пробата и на изпитване, както и, че пробите са взети от КЗП. В раздел 8 са отразени резултатите от изпитването. По отношение стойностите взети предвид от административния орган в оспорената заповед, са отразени следните резултатите от изпитването на пробата:

- Съдържание на белтък при единица на величина: „% от общата маса“ и стандарт БДС ISO 1871:2014, отчетеният резултат е: $30,39 \pm 0,46$.
- Съдържание на захари при единица на величина: „% от общата маса“ и стандарт БДС 5439:1985 т.3.3., отчетеният резултат е: $13,52 \pm 0,81$.
- Съдържание на хранителни влакнини при единица на величина: „% от общата маса“ и стандарт АОАС 985.29:1986, отчетеният резултат е: $1,13 \pm 0,02$.

Така събраните данни са обсъдени на заседание на КЗП, за което е изготвен приложението по делото Протокол № 17 от 04.05.2023г. В протокола е обективизирано взетото на заседанието решение по т.2, че „БОРН УИНЪР ГЛОБАЛ“ ЕООД прилага нелоялна търговска практика по смисъла на чл.68д, ал.1, предл.1 от ЗЗП, при продажбата на протеинов бар „Chocolate Mousse“ на интернет сайта <https://www.bornwinner.bg/>. Въз основа на решението председателят на КЗП е издал оспорената в настоящото производство Заповед № 519/16.05.2023г., с която на основание чл.68л, ал.1 ЗЗП е забранил прилагането на търговската практика. Познавайки се на резултатите от лабораторното изследване е изложил решаващи мотиви, че информацията за количественото съдържание на протеин, захари и хранителни влакнини в продукта “В. W. Gain протеинов бар – Шоколадов мус“, предоставяна от търговеца „Борн Уинър Глобал“ ЕООД на интернет платформата <https://www.bornwinner.bg/>, е невярна, поради следните установени отклонения:

1. Съдържание на белтък по етикет – 35 г, реална стойност на белтък в продукта – 30,39 г;

- Съдържание на захари по етикет – 20 г, реална стойност на захари в продукта – 13,52 г.

- Съдържание на хранителни влакнини по етикет – 4,3 г, реална стойност на хранителни влакнини в продукта – 1,13 г.

Жалбоподателят е представил разпечатка от електронна кореспонденция.

Въз основа на така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Съгласно правомощията си по чл.146 АПК съдът при преценка законосъобразността на административния акт проверява дали е издаден от компетентен орган (т.1), в съответната форма (т.2), допуснато ли е съществено нарушение на административно-производствени правила при издаването му (т.3), налице ли е противоречие на административния акт с материалноправни разпоредби (т.4) и несъответствие с целта на закона (т.5), като съдът не е ограничен от посочените от оспорващия основания, а проверява всички основания по чл.146 АПК.

Съответствието на оспорения акт с материалния закон се преценява към момента на издаването на административния акт (чл.142, ал.1 АПК).

Оспореният акт е издаден в изискваната от закона писмена форма и съдържа реквизитите по чл.59, ал.2 АПК, като ясно са посочени фактическите и правни основания за издаване на заповедта. Актът е издаден от компетентен орган – председателят на КЗП съгласно 68л, ал.1 КЗП, при спазване на административнопроизводствените правила. Заповедта е издадена въз основа на решение на КЗП от 04.05.2023г., като са обсъдени всички относими за случая обстоятелства и събраните данни в хода на проверката. В хода на административното производство, не се установява допуснато нарушение, което да е ограничило правото на защита на жалбоподателя. Той е имал възможност да релевира всичките си възражения в съдебното производство, в това число и да направи доказателствените си искания, като не се установява в административното производство да е преклудирана възможност за събиране на доказателство за конкретен относим за делото факт.

По възражението, че не са били налице материалноправните предпоставки за издаване на заповедта по чл.68л, ал.1 ЗЗП, съдът намира следното:

Императивната разпоредба на чл. 68в ЗЗП забранява използването на нелоялни търговски практики. Съгласно разпоредбата на чл.68г, ал.1 ЗЗП, 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. 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 жалбоподателя търговска практика е квалифицирана като нелоялна заблуждаваща търговска практика по смисъла на чл. 68д, ал.1, предл.1 от ЗЗП – съдържаща невярна информация, поради което е подвеждаща за средния потребител 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. 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.

По делото е безспорно, че жалбоподателят е търговец по смисъла на § 13, т. 2 от ЗЗП, който чрез отправяне на покана за закупуване на предлаганите от него стоки чрез електронния магазин на „Борн Уинър Глобал“ ЕООД на <https://www.bornwinner.bg/> осъществява дейност представляваща „Търговска практика“ по смисъла на § 13, т. 23 ДР на ЗЗП. В тази връзка, за да е изпълнен фактическият състав на заблуждаващата търговска практика по смисъла на чл. 68д, ал.1, предл.1 от ЗЗП е необходимо: 1.) да е налице търговска практика, свързана с предлагането на стоки и услуги; 2). Тази търговска практика да съдържа невярна информация, която да е подвеждаща; 3). Тази търговска практика да има за резултат или да е възможно да има за резултат вземането на търговско решение, което потребителят не би взел без използването на търговската практика. В конкретния случай е налице търговска практика свързана с предлагането на конкретни стоки – “В. W. Gain протеинов бар – Шоколадов мус“. Органът е приел, че търговската практика съдържа невярна информация относно основните характеристики на стоката – съдържанието на протеин, захари и хранителни влакнини.

Не е спорно, а и от обсъдените по-горе писмени доказателства е видно, че продуктът се предлага като бар с тегло 75 грама, с посочено съдържание на протеин – 35 % от общата маса, или 26 грама. На етикета с уголемен шрифт е посочено: „PROTEIN 35%“, както и с по-малък: „26g protein“. Хранителните стойности изчислени при 100 грама от продукта са посочени в описанието в електронния магазин, като протеинът е 35 грама. Резултатите от цитираното по-горе изследване в лаборатория „АЛИМЕНТИ-ОМНИЛАБ“ обаче, показват други стойности, различни от посочените на етикета на продукта и в описанието му в интернет магазина. При лабораторното изследване на проба – протеинов бар Chocolate Mousse, опаковка от 0,075 кг (75 грама), съдържаща се в стерилен контейнер, е установено съдържание на белтък (протеин) от 30,39 % ($\pm 0,46$ %) изчислено върху общата маса на продукта. Тоест, измереното съдържание на белтък е с повече от 4 % по-малко от посоченото на етикета и в описанието на продукта и то при изчисление при най-благоприятния вариант за дружеството.

Съдът кредитира резултатите от лабораторното изследване. На първо място резултатите не са оспорени от жалбоподателя. Възраженията са, че не е изследвано количество на заместители на захар, но по отношение измерването съдържанието на протеин, конкретни възражения, не са релевирани. Изследването е извършено от акредитирана лаборатория, при спазване на стандарт БДС ISO 1871:2014, като тези обстоятелства не са оспорени. Неоснователно е възражението, че няма разлика в стойностите, тъй като резултатите от лабораторното изследване показват стойност мерена за 100 грама продукт, а в случая барчето е 75 грама. Изрично е посочено в колона 3 – Единица на величина, че мерената единица по отношение съдържанието на белтък (т.2, а както и за захари т.4 и хранителни влакнини т.7) е в процент от общата маса на мерения продукт – в случая пробата е описана като протеинов бар с тегло 0,075 кг. – 75 грама. Единствено при изчисляване на енергийната стойност (т.1) единицата на величина е kJ/100 g., но за всички други проверявани стойности, изчисленията са направени като процент от общата маса на проверявания продукт,

видно от отбелязванията в колона 3. Тези резултати показват различни стойности и по отношение на съдържанието на захари, както и на влакнини, от посоченото в информацията на продукта, с оглед на което въз основа на данните от изследването съдът приема, че на етикета на продукта, както и в описанието в интернет магазина, се съдържа съществена информация за неговото съдържание (на протеин, захари и хранителни влакнини), която е невярна.

Неоснователно е възражението, че дори и да има отклонение то е несъществено с оглед защитата интересите на потребителите. Разликата между обявеното съдържание на протеин в продукта и действителното такова е повече от 4 %, което не може да се приема за незначително до степен, че да бъде игнорирано, още повече с оглед обстоятелството, че от търговеца при продажбата на продукта се набляга именно на високия процент съдържание на протеин спрямо общата маса – с уголемен шрифт на етикета е посочено, че съдържа 35 % протеин. В практиката на ВАС - Решение № 4389 от 10.05.2022 г. на ВАС по адм. д. № 8156/2021 г., VII о., също е прието, че отклонение в толкова голям процент е факт с правно значение, който не може да бъде игнориран.

Предвид гореизложеното съдът намира, че така осъществената от търговеца търговска практика – чрез рекламиране и отправяне на покана чрез интернет магазин за сключване на договор за продажба на “B. W. Gain протеинов бар – Шоколадов мус“ съдържащ 35 % протеин, съдържа невярна информация за основната рекламирана съставка от продукта – съдържанието на протеин в него. Така представената невярна информация – за по-високо от реалното съдържание на протеин в продукта, категорично има за резултат вземането на търговско решение от потребителя да закупи посочения артикул, още повече, че той е рекламиран именно с тази цел. В описанието на продукта в интернет магазина на жалбоподателя изрично е посочено, че той е от „Gain серията“, която е създадена специално, за да отговори на нуждите на тези, които обичат интензивни тренировки и се нуждаят от голямо количество протеин. Основната полза от този продукт е високото съдържание на протеин и натрупването на мускулна маса. Именно поради целевата категория потребители към които е насочен продуктът – интензивно спортуващи за натрупване на мускулна маса, представената невярна информация, че съдържа по-висок от реалния процент протеин, е пряк фактор за вземане на търговско решение от потребителите да го закупят, каквото не биха взели, ако информацията беше вярна. По тези съображения и съдът намира, че са налице всички елементи на фактическия състав за приложена заблуждаваща търговска практика от страна на жалбоподателя – търговец.

Наложената мярка съответства на целите на закона. С прилагането на принудителната административна мярка се цели преустановяване на противоправното поведение на адресата и обезпечаване положителните действия на субекта на правоотношението за в бъдеще., т. е. приложената ПАМ има както преустановителна, така и превантивна функция.

Предвид гореизложеното съдът намира, че обжалваният административен акт е законосъобразен, а жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена като неоснователна.

По отговорността на страните за разноски:

При този изход на делото, право на разноски има ответникът по жалбата на основание чл.143, ал.3 АПК, но такива не следва да се присъждат, тъй като не са претендирани.

Воден от горното, Административен съд София град, 27 състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалба на „БОРН УИНЪР ГЛОБАЛ“ ЕООД срещу Заповед № 519/16.05.2023г. на председателя на Комисията за защита на потребителите. Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд, в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: