

РЕШЕНИЕ

№ 5930

гр. София, 18.10.2018 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 27 състав,
в публично заседание на 18.09.2018 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Цветанка Паунова

при участието на секретаря Цветанка Митакева, като разгледа дело номер **5054** по описа за **2018** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/.
Образувано е по жалба на [фирма], чрез адв. П., срещу заповед № 162/12.03.2018г. на председателя на Комисията за защита на потребителите /КЗП/, с която на дружеството е забранено при упражняване на своята дейност да използва нелоялна търговска практика, а именно търговецът да извършва действия, които противоречат на изискването за добросъвестност и професионална компетентност и променят или е възможно да променят съществено икономическото поведение на средния потребител, когото засягат или към когото са насочени, в нарушение на чл. 68в във връзка с чл. 68г, ал. 1 от Закона за защита на потребителите /ЗЗП/, изразяващи се в неизпълнение на условията на предложената на потребителя оферта /в т.ч. активиране на карта за отстъпка в обещания срок до 3 дни/.
Жалбоподателят иска от съда да отмени оспорената заповед, като твърди, че същата е незаконосъобразна - издадена при допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила и в противоречие с материалния закон. Твърди, че процесната заповед е издадена при неизяснена фактическа обстановка, без да са събрани и обсъдени всички относими доказателства за случая. По същество счита, че не е осъществен състава на нелоялна търговска практика, тъй като в конкретния случай са били налице технически проблеми в системата на ОМВ, които са довели до невъзможността да бъдат своевременно активирани карти за отстъпки на потребител (карти с № 200936818554 и 200517745069). Сочи още, че за причиненото

неудобство потребителят е бил компенсирал с 5 бр. бонове за гориво, видно от протокол от 05.09.2017г., а коментиранияте карти за отстъпка са били активирани след получаване на жалбата. От последното се извежда, че икономическите интереси на конкретния потребител-жалбоподател са били удовлетворени, с което е изпълнена целта на ЗЗП.

По делото е постъпило становище от процесуален представител на КЗП, в което се поддържа неоснователност на жалбата. Счита, че оспорената заповед е постановена от компетентен орган, при спазване на правилата, разписани в АПК. Не са допуснати процесуални нарушения при постановяване на заповедта. Аргументирано отхвърля тезите на оспорващото дружество, като счита, че безспорно е доказана нелоялна търговска практика и правилно е забранена същата.

В съдебно заседание [фирма] се представява от адв. Чемширов, който поддържа жалбата на заявените основания.

Ответникът КЗП, чрез процесуален представител юрк. А., оспорва жалбата като неоснователна и недоказана, за което излага подробни съображения и моли същата да бъде отхвърлена. Счита, че от представените по делото доказателства се установява безспорно нарушението, за което е издадена оспорената заповед, като моли за нейното потвърждаване и претендира юрисконсултско възнаграждение.

Административен съд София-град, след като обсъди събраните по делото доказателства във връзка с доводите на страните, приема за установено следното от фактическа страна:

На 21.08.2017 г. в Регионална дирекция /РД/ Р. при КЗП е постъпила жалба, съгласно която на 06.08.2017г. потребителят е посетил бензиностанция „ОМВ” в [населено място], където е попълнил формуляр за издаване на карта „S. and D.”. След попълването му е издадена карта с номер 200936818554. Картата дава право на притежателя ѝ да ползва отстъпки при зареждане на гориво от бензиностанции ОМВ. Служителят в бензиностанцията е обяснил, че картата ще бъде активна след 3 работни дни. След изтичане на срока (20.08.2017г.), потребителят е посетил бензиностанция ОМВ в [населено място], но не е получил отстъпките при зареждане на гориво. На 13.08.2017г. отново е посетил бензиностанция ОМВ в [населено място], като е заявил, че издадената карта не е активна. На същия ден на потребителя е издадена нова карта с номер 200517745069. Потребителят се е обаждал на посочения телефон за връзка[ЕИК], но не е получил съдействие за активиране на картите.

На 28.08.2017г. инспектори на РД Р. при КЗП са извършили проверка в бензиностанция „ОМВ Чародейка” 1014 в [населено място], [улица], стопанисвана от [фирма] с ЕИК:[ЕИК], за което са съставили Констативен протокол № К-0253946. Управителят на бензиностанцията е запознат със съдържанието на жалбата. По време на проверката е посетен сайта www.omv.bg, като е потърсена информация за програмата „S. and D.”. На страницата е обявено, че картата дава възможност за ползване на различни видове отстъпки при покупка на горива от ОМВ бензиностанции, както и възможността за участие в друг вид промоции и маркетингови кампании. Обявено е, че картата „S. and D.” се активира до 3 работни дни от датата на подаване в ОМВ бензиностанция на формуляр. Направена е и разпечатка на страницата, включително и на публикуваните Общи условия за участие в програмата „S. and D.”, където в т.2.б. е обявено, че: „Картата се активира в срок от 3 /три/ работни дни, считано от датата на предаване на Формуляр...”. Общите условия са идентични, както тези приложени към жалбата.

По време на проверката е установено, че в бензиностанцията се предоставя Формуляр и карта „S. and D.” с описани основните условия за участие в програмата, където в т. 3 е обявено, че картата се активира до 3 /три/ работни дни след предоставянето в OMV бензиностанция на коректно попълнен /всички полета със „*/”/ и собственоръчно подписан формуляр. Във формуляра се съдържат данни за притежателя на картата. Към протокола са приложени разпечатки от сайта www.omv.bg и копие от формуляра за попълване за участие в програмата. С констативния протокол № К-0253946 е изискано становище по случая.

На 19.09.2017 г. по пощата са постъпили следните документи: становище по жалбата, Вътрешни инструкции за програмата „S. and D.”; електронни писма с инструкции до всички бензиностанции „OMV”; разпечатка от системата на търговеца, откъдето се вижда датата на активиране на двете карти; приемо - предавателен протокол от 05.09.2017г., с който на потребителя са предоставени 5 бр. бонове за гориво като компенсация.

По отношение на забавата за активация на картите от [фирма] е изложено, че е имало технически причини в системата на OMV, както и лятната натовареност на служителя, отговорен за активирането на картите, като той не е спазил и инструкциите за активирането ѝ. Посочено е още, че въпреки забавянето в издаването на картите, искането, отправено от потребителя в жалбата за компенсация, е удовлетворено, като са му предоставени ваучери за зареждане на горива на стойност 100 лв., за което е приложен и приемо-предавателен протокол. Относно обажданията на телефон[ЕИК] е заявено, че има регистрирани 6 обаждания от потребителя съответно на 13.08.2017 г. в 16,39 ч. и в 20,58 ч.; на 14.08.2017 г. в 18,51 ч. и в 18,55 ч. и на 20.08.2017 г. в 14,28 ч. и в 15,40 ч., но отново поради технически проблеми със софтуера, системата не е направила обичайната нотификация за тях, вследствие на което се е получило и забавянето.

Резултатите от проверката с докладна записка № Ц-02-2106/19.02.2018г. са изложени пред Комисията със становище за прилагане на разпоредбите на Раздел III от ЗЗП. След извършеното проучване от КЗК, на заседание, проведено на 22.02.2018г. и обективизирано в Протокол № 06, по т. 34.1 е решено, че търговецът [фирма] с ЕИК[ЕИК] осъществява нелоялна търговска практика по смисъла на чл. 68в във връзка с чл. 68г, ал. 1 от Закона за защита на потребителите.

Прието е, че всички действия на [фирма] с ЕИК:[ЕИК] противоречат на изискването за добросъвестност и професионална компетентност и променят или е възможно да променят съществено икономическото поведение на средния потребител, когото засягат или към когото са насочени, тъй като не са изпълнени условията на предложената на потребителя оферта.

Посочено е, че недобросъвестността на търговеца се проявява в следното:

С поведението си [фирма] уврежда икономическите интереси на потребителите и осъществява общия състав на нелоялна търговска практика по чл. 68г, ал. 1 от ЗЗП. /Търговска практика, свързана с предлагането на стока или услуга 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/. Поведението на търговеца противоречи на изискването за добросъвестност и професионална компетентност.

Предвид събраните по преписката доказателства се констатира, че [фирма] не е изпълнил условията да активира картата за отстъпка в обещания срок до 3 дни. Търговецът е изготвил програмата за получаване на отстъпка от притежателите на карти „S. and D.” с цел да стимулира потреблението на предлаганите от него стоки, но не е изпълнил в срок поетите от него задължения. При подаване на заявление за получаване на карта „S. and D.”, потребителят очаква търговецът да изпълни поетия от него ангажимент, картата да бъде активирана след 3 работни дни, което в действителност се оказва, че не е така и той не може да се възползва от отстъпките при зареждане с гориво. Притежаващ такава карта, потребителят е стимулиран да зарежда гориво именно на бензиностанции ОМВ, разчитайки на отстъпки от цената на горивата. Така е направил и жалбоподателят, посещавайки бензиностанция ОМВ, за да установи, че картата му не е активна, а начинът на заплащане в бензиностанциите е такъв, че първо се зарежда горивото и след това се заплаща, т.е. няма как потребителят да се откаже от горивото при установено някакво несъответствие. В случая той е принуден да заплати зареденото вече гориво, но без да се възползва от отстъпката. Потребителят е принуден да се върне в бензиностанцията, издала картата, и да установи какъв е проблема.

С предоставените по програмата условия търговецът е заблудил потребителя, че ще изпълни поетите от него задължения в изрично посочен срок, който не е спазил. По този начин потребителят е взел решение, което не би взел, ако е знаел, че ще изразходи толкова време и енергия за използване на обявеното намаление при притежаване на картата. Търговецът не е изпълнил добросъвестно и професионално поетата отговорност по направената оферта. При осъществяване на своята дейност всеки търговец следва да следи за спазване на потребителското законодателство. В този случай може да се твърди, че с поведението си [фирма] уврежда икономическите интереси на потребителите и осъществява общия състав на нелоялна търговска практика по чл. 68г, ал. 1 от ЗЗП, като поведението на търговеца противоречи на изискването за добросъвестност и професионална компетентност.

Въз основа на решението на Комисията е издадена процесната Заповед № 162/12.03.2018г., с която на [фирма] е забранено при упражняване на търговската дейност да използва нелоялна търговска практика, а именно търговецът да извършва действия, които противоречат на изискването за добросъвестност и професионална компетентност и променят или е възможно да променят съществено икономическото поведение на средния потребител, когото засягат или към когото са насочени, в нарушение на чл. 68в във връзка с чл. 68г, ал. 1 от Закона за защита на потребителите /ЗЗП/, изразяващи се в неизпълнение на условията на предложената на потребителя оферта /в т.ч. активиране на карта за отстъпка в обещания срок до 3 дни/.

При така установените факти, настоящият състав на АССГ, като извърши цялостна проверка за законосъобразността на оспорения индивидуален административен акт на всички основания по чл. 146 от АПК, по реда на чл. 168, ал. 1 от АПК, достигна до следните правни изводи:

Предмет на оспорване е заповед № 162/12.03.2018г. на председателя на Комисия за защита на потребителите, с която на основание чл. 68л, ал. 1, вр. чл. 68в, вр. чл. 68г, ал. 1 от ЗЗП, е забранено на дружеството при упражняване на своята дейност да използва нелоялна търговска практика.

Заповед № 162/12.03.2018г. е връчена на 04.04.2018г. на упълномощено лице В. П. В., видно от отбелязването върху същата (л. 20 от делото), а жалбата е депозирана чрез

КЗП на 17.04.2018г., видно от положения вх. № У-03-3783/17.04.2018г. Следователно, жалбата е подадена в срока по чл. 149, ал. 1 от АПК, от легитимирано лице, адресат на заповедта за забрана да се използва заблуждаваща нелоялна търговска практика, поради което е процесуално допустима и следва да бъде разгледана по същество.

Разгледана по същество жалбата е неоснователна.

Съгласно чл. 68л, ал. 1 от ЗЗП, когато Комисията за защита на потребителите установи, че търговската практика е нелоялна, председателят на комисията издава заповед, с която забранява прилагането на търговската практика. Процесната заповед е издадена от председателя на КЗП, предвид което не е налице основание по чл. 149, т. 1 от АПК за обявяване на същата за нищожна.

Заповед № 162/12.03.2018г. е издадена при спазване на установената от закона форма. Посочен е издателят на заповедта, адресатът, описано е действието, което органът е възприел като заблуждаваща, нелоялна търговска практика. Изложени са фактическите и правни основания за издаването ѝ. Мотиви се съдържат в самата заповед, както и в съпътстващите Протокол № 06, по т. 34.1 от заседание на КЗП, проведено на 22.02.2018г. и докладна записка № Ц-02-2106/19.02.2018г.

При издаването на заповедта са спазени специалните административнопроизводствени правила по ЗЗП. Производството е образувано по повод на постъпила жалба във връзка с програмата за получаване на отстъпка от притежателите на карти „S. and D.” и издаване на карта номер 200936818554. За извършените действия по проверка са съставени съответните протоколи. Същите са връчени на представител на дружеството, стопанисващо търговския обект, като му е дадена възможност за вземане на становище. При издаването на заповедта не са допуснати нарушения на административнопроизводствените правила, като релевантните по случая факти са установени правилно и не е допуснато нарушение, ограничаващо правото на участие на жалбоподателя в производството по издаване на оспорената заповед. Последната съдържа фактите по подадената пред КЗП жалба, извършените проверки, решението на КЗП. Въз основа на цялата административна преписка може да се проследи както хронологията на установяване на фактите, така и тяхното съдържание.

По отношение на приложението на материалния закон, настоящият състав съобрази следното:

Оспорената заповед е издадена на основание чл. 68л, ал. 1 от ЗЗП, според която, когато КЗП установи, че търговската практика е нелоялна, председателят на комисията издава заповед, с която забранява прилагането на търговската практика, тъй като съобразно чл. 68в от с.з. нелоялните търговски практики са забранени. Съгласно легалната дефиниция на понятието "търговска практика", дадена в § 13, т. 23 от ДР на ЗЗП, 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". Легалната дефиниция на „нелоялна търговска практика“ е дадена в разпоредбата на чл. 68г, ал. 1 от 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, когато засяга или към когото е насочена, или на средния член от групата потребители, когато търговската практика е насочена към определена група

потребители". „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 на добросъвестност в сферата на дейност, упражнявана от търговеца - § 13, т. 28 от ДР на ЗЗП. Съгласно § 13, т. 25 от ДР на ЗЗП "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.

С тези текстове от вътрешното законодателство е транспонирана Директива 2005/29/ЕО на Европейския Парламент и на Съвета от 11.05.2005 г. относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на Директива 84/450/ЕИО 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 ЗЗП/. Съгласно съображение 18 от 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".

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.

Конкретно в случая спорът се свежда до това дали използваната търговска практика, изразяваща се в неизпълнение на условията на предложената на потребителя оферта, противоречи на изискването за добросъвестност и професионална компетентност и дали променя или е възможно да промени съществено икономическото поведение на средния потребител, когото засяга или към когото е насочена.

Установено е от КЗП, а и не се оспорва от търговеца, че на електронната страница www.omv.bg се предлага участие в програмата „S. and D.”, а в бензиностанциите „ОМВ“ се предоставя Формуляр и карта „S. and D.”, с описани основните условия за участие в програмата, където в т. 3 е обявено, че картата се активира до 3 /три/ работни дни след предоставянето в ОМВ бензиностанция на коректно попълнен /всички полета със „*/ и собственоръчно подписан формуляр.

Установено е още, че въпреки инструкциите и въпреки обявления навсякъде срок за активиране от 3 работни дни, заявената на 06.08.2017 г. карта с номер 200936818554 е активирана на 23.08.2017г., а втората карта с номер 200517745069, заявена от потребителя на 13.08.2017 г., е активирана на 22.08.2017г. В същото време и във връзка с активирането на коментираните карти е установено, че на телефон[ЕИК] има регистрирани 6 обаждания от конкретния потребител, съответно на 13.08.2017 г. в 16,39 ч. и в 20,58 ч.; на 14.08.2017 г. в 18,51 ч. и в 18,55 ч. и на 20.08.2017 г. в 14,28 ч. и в 15,40 ч.

Налице е нарушаване на забраната за ползването на нелоялна търговска практика по смисъла на чл. 68г, ал. 1 от ЗЗП, съгласно която разпоредба 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, когато засяга или към когото е насочена, или на средния член от групата потребители, когато търговската практика е насочена към определена група потребители. Съдът споделя извода на КЗП, че търговецът е изготвил програмата за получаване на отстъпка от притежателите на карти „S. and D.” с цел да стимулира потреблението на предлаганите от него стоки. Предвид обещаните отстъпки, притежаващият такава карта потребител е стимулиран да зарежда гориво именно на бензиностанции ОМВ, разчитайки на отстъпки от цената на горивата. Поетият от търговеца ангажимент за активиране на картата в срок от 3 работни дни обаче не е изпълнен, което нарушава изискването за добросъвестно и професионално изпълнение на поетата отговорност по направената оферта.

С предоставените по програмата условия търговецът е заблудил потребителя, че ще изпълни поетите от него задължения в изрично посочен срок, който не е спазил. По този начин потребителят е взел решение, което не би взел, ако е знаел, че ще изразходи толкова време и енергия за използване на обявеното намаление при притежаване на картата. С други думи казано и с оглед конкретиката на казуса, в случай че потребителят, притежател на карти с № 200936818554 и № 200517745069, е знаел, че същите ще бъдат активирани едва на 23.08.2017г., респ. 22.08.2017г., то е възможно да не вземе решение да посети обект на търговеца за периода от издаване на съответната карта до нейната активация. Потребителят е посетил бензиностанция ОМВ именно в този период, поради което се е наложило да заплати зареденото вече гориво, но без да се възползва от отстъпката, която му се следва при активна карта „S. and D.“.

Неоснователни и недоказани са възраженията на оспорващото дружество за наличието на технически причини за неизпълнение на поетия ангажимент. Нито пред КЗП в хода на административното производство, нито по делото са представени доказателства за наличие на технически проблеми при активация на процесните карти. Обратното, от приложените разпечатки от системата на жалбоподателя (л. 40, 41 и 69) се установява, че дори и да не са активирани картите, то съобразно указанията по т. 4.4.3 е следвало да бъде начислена полагащата се отстъпка посредством използването на сервизната карта, налична във всеки обект на дружеството. Именно това е действието, което е следвало да бъде извършено, предвид твърдяната техническа пречка за активиране на картите. Данни за последното не се съдържат в преписката, а и не се твърдят подобни обстоятелства. Вместо това жалбоподателят се позовава на приемо-предавателен протокол, съгласно който на Г. М. Д. са били предоставени 5 бр. бонове за гориво на 05.09.2017г., което е едва след извършване на проверка от служителите на КЗП на 28.08.2017г. Последното, по мнение на настоящия състав, не обосновава добросъвестно поведение във връзка с програмата „S. and D.” и е ирелевантно за случая.

Оспорваният административен акт съответства и на 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. Наредената забрана за използване на нелоялна търговска практика по съществото си представлява принудителна административна

мярка (ПАМ). В този смисъл следва да се установи какви са целта и характера на наложената ПАМ, изразяваща се в забрана за използване на нелоялна заблуждаваща търговска практика. Процесната ПАМ има двойна функция, която цели както да преустанови извършването на конкретна нелоялна практика, така и да предотврати за в бъдеще прилагането на същата практика. Тоест, наложената ПАМ има както преустановителна, така и превантивна функция. Записаното в заповедта "да използва нелоялна заблуждаваща търговска практика" следва да се разбира в смисъл ответникът да се въздържа изобщо занапред от прилагането на тази практика по установения от контролния орган начин.

Налага се извод, че административният акт е законосъобразен, а подадената жалба е неоснователна, поради което следва да бъде отхвърлена.

При този изход на делото основателна е претенцията на процесуалния представител на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение. Размерът на същото съдът определя на 100 лв., на основание чл. 78, ал. 8 ГПК във вр. с чл. 24 от Наредбата за заплащане на правната помощ.

Така мотивиран, Административен съд София-град, II-ро отделение, 27-ми състав, на основание чл. 172, ал. 2 от АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на [фирма] ЕИК[ЕИК] срещу заповед № 162/12.03.2018г. на председателя на Комисията за защита на потребителите.

ОСЪЖДА [фирма] ЕИК[ЕИК] да заплати в полза на Комисията за защита на потребителите сумата от 100 /сто/ лева, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: