

РЕШЕНИЕ

№ 4323

гр. София, 01.07.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 31 състав,
в публично заседание на 26.04.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Веселина Женаварова

при участието на секретаря Розалия Радева, като разгледа дело номер **1574** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 126 и сл. от Административно процесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл. 95 от Закона за защита на потребителите /ЗЗП/.

Образувано е по жалба [фирма] /БТК/, ЕИК 83164218, срещу заповед № 530/01.12.2020 г. на Председателя на Комисия за защита на потребителите (КЗП), с която на основание чл. 68л, ал. 1, във вр. с чл. 68в, във вр. с чл. 68г, ал. 1, във вр. с чл. 68г, ал. 4 във вр. с чл. 68з, предл. 4 във вр. с чл. 68и, т. 4 от ЗЗП е забранено на дружеството да прилага агресивна нелоялна търговска практика, а именно: чрез злоупотреба с влияние без правно основание да изисква от потребителя заплащането на сума за отстъпка от крайно устройство, каквато между страните не е договаряна, и чрез отправянето на претенции за заплащането ѝ да налага всякакъв вид прекомерни и несъответстващи на целта извъндоговорни пречки на потребителя, когато последният желае да упражни правата си по договор за лизинг на крайно устройство и да продължи да изпълнява съвестно и точно задълженията си по него. В жалбата са наведени доводи за незаконосъобразност на оспорената заповед, поради допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила и нарушение на материалния закон. Намира твърдението на административния орган, че неустойка не е договорена между страните, за неправилно. Счита, че в хода на административното производство не са изследвани всички факти и обстоятелства от значение за случая. На следващо място посочва, че в оспореният акт липсва разпоредителна част, което от своя страна прави изпълнението му обективно

невъзможно. По съществуването на спора твърди, че от заповедта не става ясно кое договорно право на потребителя е повлияно. Моли съда да отмени оспорения административен акт. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Жалбоподателят- [фирма], в с.з., чрез юриск. И., поддържа изложеното в жалбата.

Ответникът Комисия за защита на потребителите, р.пр., не изпраща представител в съд.з. В писмени бележки до съда изразява становище, че обжалваната заповед е издадена при спазване на законоустановената административна процедура и отговаря на всички материално-правни изисквания. Счита, че по безспорен начин е доказано прилагането от страна на търговеца на агресивна нелоялна търговска практика спрямо конкретен потребител. Намира претенциите относно нередовно връчване на административният акт за неоснователни. Прави възражение за прекомерност на адвокатския хонорар, платен от жалбоподателя. Претендира разноски по делото.

Административен съд София-град, след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа и правна страна:

Административното производство е образувано по жалба от М. К. Фрементити, заведена с вх. №Ц-03-3562/30.04.2020 г. в Централния деловоден регистър на КЗП, в която са изложени твърдения, че в резултат на заявено от нея на 27.01.2019 г. предсрочно прекратяване на договорени между нея и БТК ЕАД услуги е неправомерно начислена неустойка за крайно устройство в размер на 92,37 лв. Към жалбата са приложени следните документи: 1. Допълнително споразумение към договор № 1301330909122019-48207107, уреждащо предоставянето на електронни съобщителни услуги и закупуване на крайно устройство на лизинг; 2. Приложение № 1 към договор № 1301330909122019-48207107, уреждащо договорните условия за лизинг на устройство GSM Н. Р SMART Z; 3. Месечна сметка № [ЕГН]/22.02.2020 г. с начислена сума в общ размер на 238, 25 лв. с ДДС; 4. Изпратен от оператора писмен отговор до потребителката във връзка с нейното запитване.

В хода на образуваното производство административният орган е изискал от БТК ЕАД информация и документи, като в своите писмени становища по случая операторът е посочил, че следствие на заявено от потребителката предсрочно прекратяване на услуги е начислена месечна сметка № [ЕГН]/22.02.2020 г., в която е включена неустойка за част от стойността на отстъпката от пазарната цена на устройство GSM Н. Р SMART Z. Цената на устройството по негови данни възлиза на 519, 98 лв., а отстъпката е в размер на 99,14 лв.

Административният орган е счел тези твърдения за недоказани, като е приел, че липсва договорена между страните отстъпка от пазарната цена на крайното устройство, поради което търговецът неправомерно е начислил на потребителката задължение за неизпълнение на договор. Посоченото нарушение е квалифицирал като такова по чл.68з, предл.4 ЗЗП- агресивна нелоялна търговска практика чрез действия по чл.68в, т.4 ЗЗП- „Налагането на всякакъв вид прекомерни и несъответстващи на целта извъндоговорни пречки, когато потребителят желае да упражни правата си по договора, включително правото си да прекрати договора или да избере друга стока или услуга или друг търговец.“ В хода на проведеното административно производство е изготвена докладна записка № Ц-03-3562/21.20.2020 г. от главния директор на ГД „Контрол на пазара“, както и е съставен протокол № 18/22.10.2020 г. В резултат на това е издадена оспорената заповед № 530/01.12.2020 г. на Председателя на КЗП,

която се забранява на БТК АД да прилага нелоялна агресивна търговска практика по смис. на чл.68з, предл.4 ЗЗП /злоупотреба с влияние/ във вр. с чл.68в, т.4 ЗЗП.

Административният акт е получен от упълномощен представител на дружеството на 18.12.2020 г., а жалбата срещу него е подадена на 04.01.2021 г.

При така установените факти, настоящия съдебен състав на АССГ достигна до следните правни изводи:

Оспорен е подлежащ на обжалване индивидуален административен акт, от надлежна страна, за която е налице интерес от обжалването, поради което жалбата се явява процесуално допустима. По съществото ѝ, съдът взе предвид следното:

Актът е издаден от компетентен административен орган, съобразно разпоредбата на чл.68л, ал.1 ЗЗП, съгласно която, когато Комисията за защита на потребителите установи, че търговската практика е нелоялна, председателят на комисията издава заповед, с която забранява прилагането ѝ. На основание чл.5, ал.1, т.1, чл.8, ал.1 и ал.2, т.9 от Устройствения правилник на КЗП, приет съгласно чл.51 от Закона за администрацията и чл.165, ал.10 от Закона за защита на потребителите, КЗП осъществява контрол върху нелоялните търговски практики и способности за продажба и при установяване на такива в изпълнение на правомощията си Председателят на административния орган издава индивидуални административни актове в съответствие с чл.68л от ЗЗП.

Заповедта е издадена в предписаната от закона форма, доколкото в ЗЗП липсват различни от установените в чл.59, ал.2 от АПК изисквания. Фактическите и правни основания за издаването на административния акт са в достатъчна степен конкретизирани, така че обективизираната в разпоредителната му част воля на административния орган безпротиворечиво да се възприеме. Противно на твърдяното с жалбата, компетентният орган е изяснил релевантните за случая факти и обстоятелства, обсъдил е обясненията и възраженията на проверяваното лице, изискал е допълнителни доказателства и е приел неговото становище в хода на проверката, като е спазил и основния принцип на процеса относно събирането на доказателства, което с оглед разпределената доказателства тежест се инициира от заинтересованото лице и служебно от КЗП /чл. 36 във връзка с чл. 9 от АПК/. Нелоялната търговска практика е разгледана на заседание на КЗП, като органът едва след като е установил използването ѝ, е издал оспорената заповедта.

При наличието на нелоялна агресивна търговска практика по чл.68л, ал.1, във връзка с чл.68в, чл.68г, ал.4 и чл. 68з, пр. 4 във връзка с чл. 68и, т. 4 от ЗЗП, председателят на КЗП издава заповед, с която забранява прилагането ѝ. 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 КЗП може в определен от него кратък срок да задължи търговеца да докаже, че прилаганата търговска практика не е нелоялна, както и в случаите по чл. 68г, ал. 4 и когато нелоялната практика произтича от дейности, свързани с реклама, независимо от имуществената санкция, може да разпореди рекламодателят и/или рекламната агенция да огласи за своя сметка и по подходящ начин акта, с който е установено нарушението, както и съответната коригирана реклама. 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 агресивна 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.

Предвид изложеното, съдът намира, че при постановяване на обжалвания административен акт не са допуснати нарушения на административнопроизводствените правила, които да бъдат квалифицирани като съществени и които да мотивират неговата отмяна по смисъла на чл.168, ал.1 във връзка с чл.146, т.3 АПК.

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 агресивна търговска практика по смисъла на чл.68з, предл. четвърто във връзка с чл. 68и, т. 4 от ЗЗП.

КЗП е била сезирана с жалба на лице, което безспорно има качеството потребител /§ 13, т. 1 от ДР на ЗЗП – „всяко физическо лице, което придобива стоки или ползва услуги, които не са предназначени за извършване на търговска или професионална дейност, и всяко физическо лице, което като страна по договор по този закон действа извън рамките на своята търговска или професионална дейност“/, срещу лице с качеството търговец /§ 13, т. 2 от ДР на ЗЗП – „всяко физическо или юридическо лице, което продава или предлага за продажба стоки, предоставя услуги или сключва договор с потребител като част от своята търговска или професионална дейност в публичния или в частния сектор, както и всяко лице, което действа от негово име и за негова сметка“/.

Съгласно чл. 68б от ЗЗП разпоредбите на раздел III от глава четвърта „Търговски практики и способи за продажба“ имат за цел да осигурят 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. Съгласно легалната дефиниция на понятието „търговска практика“, разписана 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“. С императивната разпоредба на чл. 68в от ЗЗП законодателят въвежда забрана за извършване на нелоялните търговски практики. Легалната дефиниция на нелоялна търговска практика е дадена в

разпоредбата на чл. 68г, ал. 1 от с. з., съгласно която „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“. 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/. Изрично е конкретизирано, че нелоялни са и заблуждаващите и агресивните търговски практики по чл. 68г, ал. 4 във връзка с чл. 68д - 68к от ЗЗП. Препращането има за цел да въведе и други случаи, на които законодателят придава характер на нелоялна търговска практика, макар и те да не съдържат елементите на дадената в чл. 68г, ал. 1 от с. з. дефиниция. В чл. 68з, чл. 68и и чл. 68к от ЗЗП са разписани хипотезите, при които се твърди да е налице агресивна търговска практика, определена от законодателя като нелоялна. В процесния случай е забранено ползването на нелоялна агресивна търговска практика по смисъла на чл.68з, пр. 4 във връзка с чл. 68и, т. 4 от ЗЗП, съгласно които търговската практика е агресивна, когато от целия ѝ фактически контекст и като се вземат предвид всички нейни характеристики и обстоятелства и поради използването на злоупотреба с влияние, се променя или е възможно да промени съществено свободата на избор или поведението на средния потребител по отношение на стоката или услугата, което води или може да доведе до вземането на търговско решение, което средният потребител не би взел без използването на тази търговска практика, като се вземат предвид налагането на всякакъв вид прекомерни и несъответстващи на целта извъндоговорни пречки, когато потребителят желае да упражни правата си по договора, включително правото си да прекрати договора или да избере друга стока или услуга или друг търговец.

В случая, за да бъде преценено дали е налице нелоялна търговска практика 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/; 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/.

Със специалната разпоредба на чл.68з, пр. 4 във връзка с чл. 68и, т. 4 от ЗЗП се определят елементите от фактическия състав на нелоялна агресивна търговска практика. За да се обуслови извод, че осъществената в случая фактическа обстановка следва да бъде квалифицирана като нелоялна агресивна търговска практика и като такава да бъде забранена на лицето, което я прилага, по смисъла на чл. 68л, ал. 1 от ЗЗП, то е необходимо да се осъществят следните елементи: 1. да е отправена покана за покупка на стоки или услуги на определена цена /§ 13, т. 29 от ДР на ЗЗП; като вид търговска практика по смисъла на § 13, т. 23 от ДР на ЗЗП/, 2.

производителят/търговецът да е проявил злоупотреба с влияние; 3. налагайки прекомерни и несъответстващи на целта извъндоговорни пречки, когато потребителят желае да упражни правата си по договора, включително правото си да прекрати договора или да избере друга стока или услуга или друг търговец; 4. като сигурен/възможен резултат е промяна свободата на избор или поведението на средния потребител по отношение на стоката или услугата, при това съществена, водещо до вземането от потребителя на търговско решение, което той не би взел без използването на търговската практика.

Касае се до действия на търговеца към потребителя, които са пряко свързани с неправомерно начисляване на задължения, т.е. тези действия са свързани с доставката на услугата и представляват търговска практика по смисъла на § 13, т. 23 от ДР на ЗЗП.

Твърдението на жалбоподателя, че в настоящия случай, с оглед прекратяване договора за услуги, се дължи неустойка в размер на част от предоставената отстъпка от цената на устройството, не намира подкрепа в доказателствата по делото. Действително в Допълнителното споразумение към договор № 1301330909122019-48207107, уреждащо предоставянето на електронни съобщителни услуги и закупуване на крайно устройство на лизинг е посочено, че в случай на прекратяване на споразумението преди изтичане на уговорения срок по искане или по вина на абоната се дължи освен неустойка за предсрочно прекратяване, така и възстановяване на част от стойността на отстъпките от абонаментните планове и от пазарните цени на устройствата /закупени или предоставени на лизинг/, съответстваща на оставащия срок по договора. Същевременно обаче съгласно т. 7 от Приложение № 1 към договор № 1301330909122019-48207107, уреждащо договорните условия за лизинг на устройство GSM Н. Р SMART Z, освен в изрично предвидените случаи, при прекратяване на договора за услуги, договорните условия за лизинг запазват действието си без изменение, при условие, че клиентът има поне една друга активна услуга на V.. Категорично е установено, а и не се оспорва от жалбоподателя, че споразумението за лизинг на устройство не е прекратено и се изпълнява. Видно от представения Договор за електронни съобщителни услуги, същият е сключен за три месечни абонамента, като са закрити услугите само за два от тях- [ЕГН] и [ЕГН], тоест договорът не е бил прекратен изцяло, а изпълнението по отношение на номер [ЕГН] е продължило добросъвестно. От изложеното следва, че неустойка за предсрочно прекратяване на споразумението по отношение на два от абонаментните планове реално се дължи, но потребителката все още има една активна услуга по договора и искането за възстановяване на част от стойността на отстъпките от пазарните цени на устройствата е неправомерно и противоречи на т. 7 от Приложение № 1 към договор № 1301330909122019-48207107.

В допълнение, никъде не е упоменато, че крайното устройство, закупено на лизинг е прикрепено към конкретен номер със съответния абонаментен план. Следователно аргументите, изложени в допълнителното становище на БТК АД от 27.07.2020 г., че неустойката е за отстъпката, предоставена от цената на устройството, която е предоставена на основание договор за мобилна услуга с номер [ЕГН], не отговарят на данните по делото. Нито в Приложение № 1 към договор № 1301330909122019-48207107, уреждащо договорните

условия за лизинг на устройство, нито в самия договор или допълнителното споразумение за прекратяване на част от услугите, крайното устройство, закупено на лизинг е обвързано с конкретен номер/абонаментен план. Въпросът дали това се дължи на пропуск от страна на служителя, изготвил документацията е ирелевантен в случая.

За пълнота на изложението, следва да се отбележи, че както правилно е установил административният орган в документите /договор, допълнително споразумение, приложение № 1/ не се урежда предоставянето на отстъпка от пазарната цена на крайното устройство в размера, посочен от жалбоподателя. Наличната в договора за лизинг на устройство информация сочи, че общата лизингова цена е 455,52 лв. включваща цената на устройството, закупено с еднократно плащане в брой и съответна лихва като никъде не се споменава сумата от 519, 98 лв., за която се твърди от дружеството, че е цена на устройството без отстъпка. Единствено във фактурата от 09.12.2019 г. е упоменато, че е приложена отстъпка в размер на 99, 14 лв., но не става ясно от къде произтича тя, върху каква сума е, нито пък дали се основава на конкретен договор и условията по него.

С оглед гореизложеното съдът приема, че описаните в оспорвания акт факти субсумират състава на агресивна нелоялна търговска практика по чл.68г, ал.4 във връзка с чл.68з, предложение 4 във връзка с чл. 68и, т. 4 от ЗЗП, а действията на оператора са извършени в противоречие с изискванията за добросъвестност и професионална компетентност, тъй като същият се е възползвал от по- силната си страна в договорните правоотношения. 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 /агресивна/, използвана от БТК ЕАД: чрез злоупотреба с влияние без наличие на правно основание да изисква от потребителя заплащането на сума за отстъпка от крайно устройство, каквато между страните не е договаряна, и чрез отправянето на претенции за заплащането ѝ да налага всякакъв вид прекомерни и несъответстващи на целта извъндоговорни пречки на потребителя, когато последният желае да упражни правата си по договор за лизинг на крайно устройство и да продължи да изпълнява съвестно и точно задълженията си по него, същата се забранява с нарочно издадената и оспорена в настоящото производство Заповед № 530/01.12.2020 г.

Актът 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. При това е необходимо да се отбележи и, че правилата за защита на потребителите нямат и не могат да имат за цел непропорционално засягане на конституционно гарантираната свобода на стопанската инициатива, обявена за основа на икономиката и закриляна наравно с правата на потребителите съгласно чл.19 от

Конституцията на РБ. В случая балансът на закрилата, предоставяна от закона на двете категории лица, е бил приложен в съответствие с неговите разпоредби, а не при неоснователно разширително тълкуване на последните. 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 правната помощ, в полза на ответника следва да бъдат присъдени разноси за юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лева.

Така мотивиран и на основание чл.172, ал.2 АПК, Административен съд София-град, Второ отделение, 31 състав,

Р Е Ш И :

ОТХВЪРЛЯ жалба от [фирма], ЕИК 83164218, срещу Заповед № 530/01.12.2020 г. на председателя на Комисия за защита на потребителите
ОСЪЖДА [фирма], ЕИК 83164218, да заплати на Комисията за защита на потребителите съдебни разноси в размер на 100 /сто/ лева.

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

СЪДИЯ: