

РЕШЕНИЕ

№ 1320

гр. София, 13.01.2025 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XIV КАСАЦИОНЕН
СЪСТАВ**, в публично заседание на 13.12.2024 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Татяна Жилова

**ЧЛЕНОВЕ: Анета Юргакиева
Мая Сукнарова**

при участието на секретаря Мая Георгиева и при участието на прокурора Мария Малинова, като разгледа дело номер **8011** по описа за **2024** година докладвано от съдия Мая Сукнарова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във вр. с чл.63в от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Образувано е по касационна жалба от Комисията за защита на потребителите (КЗП), подадена чрез упълномощения представител юрк. Я. С., срещу решение № 2929 от 20.06.2024 г. по НАХД № 6106/2024 г. на Софийски районен съд (СРС), 129-и състав. С него е отменено наказателно постановление (НП) № 003983/19.01.2024 г. на директора на Дирекция „Защита на потребителите при продажба от разстояние” в КЗП, оправомощен със заповед № 978/03.11.2023 г. на председателя на КЗП, с което на основание чл.210а от Закона за защита на потребителите (ЗЗП) на „Виваком България” ЕАД е наложено административно наказание „имуществена санкция” в размер на 2 000 лв. за нарушение по чл.68в във вр. с чл.68г, ал.4 във вр. с чл.68е, ал.2, предл.2 от ЗЗП.

С касационната жалба се твърди, че обжалваното решение е неправилно като постановено при неправилно приложение на материалния закон. Иска се отмяната му и произнасяне по същество, при което обжалваното НП да бъде потвърдено. Претендира се присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът – „Виваком България” ЕАД не се ангажира със становище по жалбата.

Прокурорът от Софийска градска прокуратура дава заключение за основателност на

касационната жалба. Счита, че обжалваното решение е неправилно и следва да бъде отменено.

Настоящият 14-и касационен състав на Административен съд – София град намира касационната жалба като подадена от надлежна страна, срещу подлежащ на обжалване съдебен акт, при наличие на правен интерес и в срока по чл.211, ал.1 от АПК за процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е и основателна.

По делото е установена следната фактическа обстановка:

По постъпила в КЗП жалба за нелоялна търговска практика от страна на мобилния оператор „Виваком България“ ЕАД, изразяваща се в представяне на сайта на дружеството по подвеждащ начин на услугата +EU Daily Pass, на 27.03.2023 г. е извършена проверка на интернет страницата www.vivacom.bg, поддържана от „Виваком България“ ЕАД, като същата е отворена и е открит тарифният план, посочен в жалбата, а именно: +EU Roaming Daily Pass. В секция „+Roaming EU Daily Pass” е установена следната информация:

„+EU Roaming Daily Pass: - Месечен абонамент 5.90 лв.; - Дневна такса 5.90 лв.; - Включени минути за входящи и изходящи разговори в роуминг в ЕС, Великобритания и Турция* 200 на ден; - Включени изходящи SMS в роуминг в ЕС, Великобритания и Турция* 200 на ден; - Включени МВ в роуминг в ЕС, Великобритания и Турция* 500 на ден.

Със знак „*” е изведена следната уточняваща информация: *Включените услуги в Турция важат само при използване на оператор Turkcell, Турция; *При активен пакет +EU Roaming Daily Pass, месечният абонамент се начислява всеки месец към месечната сметка/фактура; *Дневната такса се начислява при условие, че в рамките на деня е генериран трафик в Европейски съюз, Великобритания или Turkcell Турция (входящ или изходящ разговор, изпратено кратко съобщение или мобилен интернет). При липса на потребление дневна такса не се начислява.

При използване на +EU Roaming Daily Pass в Турция, Ви съветваме да избирате мрежата на Turkcell ръчно от настройките на мобилното устройство.“

В секция „Правила и условия“ е предоставена следната информация за тарифния план:

„Допълнителен пакет +EU Roaming Daily Pass може да се ползва като алтернативна тарифа на стандартното тарифиране на мобилни услуги в ЕС при следните условия: След изчерпване на включените МВ на ден в роуминг в ЕС, Великобритания и мрежата на Turkcell, Турция, потреблението на мобилни данни не се ограничава:

За всеки допълнителен МВ в роуминг в ЕС ще се прилага цена от 0.0047 лв./МВ (с ДДС);

За всеки допълнителен МВ в роуминг във Великобритания ще се прилага цена от 0.01 лв./МВ (с ДДС);

Всеки допълнителен МВ в роуминг в мрежата на Turkcell, Турция ще се таксува при цена от 0.99 лв./МВ (с ДДС)

След изчерпване на включените дневни лимити за входящи/изходящи разговори и изходящи SMS в роуминг в ЕС, Великобритания и в мрежата на Turkcell, Турция: Цената на минута за изходящи разговори и SMS в роуминг в ЕС ще се определя от приложимите единични цени за изходящи разговори и изпращане на кратки текстови съобщения (SMS) към други национални мрежи съгласно основния абонаментен план. Цената на минута за изходящи разговори и SMS в роуминг в ЕС ще се определя от

приложимите единични цени за изходящи разговори и изпращане на кратки текстови съобщения (SMS) към други национални мрежи съгласно основния абонаментен план. Входящи разговори в ЕС няма да се таксуват. Входящи/изходящи разговори и изходящи SMS в роуминг във Великобритания - 0.09 лв. (с ДДС) за минута/SMS.

Входящи/изходящи разговори и изходящи SMS в роуминг в мрежата на Turkcell, Турция - 0.99 лв. (с ДДС) за минута/SMS. Стандартното тарифиране на услугите в роуминг в рамките на ЕС е възможността при ценообразуване на единична услуга да се ползват националните цени. В случаите на ползване на услуги по пренос на данни и достъп до интернет е възможно и начисляването на съответната надценка при надвишаване на разумното потребление в роуминг - за повече информация тук.

Ползването на стандартно тарифиране е предимство за клиентите, които не ползват често и/или за продължителни периоди услуги в роуминг в ЕС и желаят да бъдат таксувани на база на единична цена за всяка ползвана в роуминг услуга. За клиентите с описания профил не е налице необходимост от ползване на услуги, предоставяни в предварително определен обем като пакети, чрез алтернативно таксуване на конкретните услуги с отстъпки и/или други преференциални условия за роуминг. Допълнителният пакет може да бъде активиран и деактивиран чрез обаждане към център за обслужване на клиенти на номер 123. Активиране на допълнителен пакет: Мобилното приложение My Vivacom - Изберете пакет за роуминг от Настройки/Д. екстри и изберете бутон Добави; През уеб портала Моят Vivacom; Чрез автоматичното меню - Наберете 123, изберете Опция 3 от главното меню. Активирането може да отнеме до 1 час. Съветваме Ви да не използвате услугата в този период, за да избегнете натрупването на неочаквано висока сметка.“

В хода на проверката е изискано становище от „Виваком България“ ЕАД, в което се посочва, че пълна информация за алтернативната тарифа е налична на официалната страница на „Виваком България“ ЕАД на адрес: <https://www.vivacom.bg/bg/residential/ceni-i-uslugi/mobilni-uslugi/rouming/paketi-z-a-rouming/cu-roaming-daily-ass>.

Представени са екранни разпечатки от електронната платформа за управление на услуги „Моят Vivacom“ с информацията, която се визуализира при потребителя при заявяване на алтернативна тарифа „+ EU Roaming Daily Pass“ и при наличен активен допълнителен пакет, от които се виждало, че на потребителя се предоставя подробна информация за условията на пакета преди завършване на процеса по заявяване, включително информация, че при активацията му се заплаща месечен абонамент в размер на 5.90 лв. с ДДС, както и дневна такса от 5.90 лв. с ДДС за всеки ден, в който има проведен разговор, изпратено съобщение или използване на мобилни данни в някоя от страните в ЕС, роуминг зона Великобритания или Turkcell в Турция. Същата информация била налична и в профила на потребителя в „Моят Vivacom“, след като вече имало активиран допълнителен пакет „+ EU Roaming Daily Pass“. Излага се становище, че „Виваком България“ ЕАД предоставя необходимата информация за алтернативната тарифа в пълнота и не е налице нелоялна търговска практика.

С Протокол № 22/14.06.2023 г. КЗП е приела, че „Виваком България“ ЕАД при упражняване на своята дейност използва заблуждаваща нелоялна търговска практика по смисъла на чл.68е, ал.2, предл.2 от ЗЗП, при която търговецът предоставя по неясен, неразбираем или двусмислен начин съществена информация относно необходимостта от изрично прекратяване на услугата пакет за роуминг +EU Roaming Daily Pass на интернет страницата <https://vivacom.bg>. Прието е, че при предоставяне на

информация за услугата пакет за роуминг +EU Roaming Daily Pass мобилният оператор не е предоставил информация, от която да е ясно, че услугата следва да се прекрати изрично. Самата информация за деактивиране на допълнителния пакет била налична, но не било указано по категоричен и недвусмислен начин, че самият потребител следва да се откаже от услугата. Счетено е, че самото представяне на информацията относно услугата пакет за роуминг +EU Roaming Daily Pass води до формиране на решение у средния потребител, което той не би взел без прилагането на тази търговска практика. Приети са като дата на извършване на нарушението: 27.03.2023 г., а като място на извършване на нарушението: [населено място].

С писмо на КЗП с изх. № Ц-03-3109/20.07.2023г. законният представител на дружеството е уведомен за констатираното нарушение и е поканен да се яви в КЗП на 31.07.2023 г. за съставяне и връчване на АУАН. Същият не се е явил, поради което АУАН № 003983/31.07.2023 г. е съставен на основание чл.40, ал.2 от ЗАНН. На 01.08.2023 г. АУАН е предявен и връчен на упълномощен представител на „Виваком България“ ЕАД като в срока по чл.44, ал.1 ЗАНН не е подадено писмено възражение срещу акта. Въз основа на съставения АУАН, на 19.01.2024 г. е издадено обжалваното НП, което е връчено на нарушителя на 25.03.2024 г.

При тези данни съдът е приел от правна страна, че обжалваното НП е издадено от компетентен орган, при спазване на приложимата процедура, но при неправилно приложение на материалния закон.

Отговорността на дружеството била ангажирана за използване на нелоялна търговска практика по смисъла на чл.68е, ал.2, пр.2 от ЗЗП, при която търговецът не предоставял по ясен, разбираем и недвусмислен начин на интернет страницата си <https://vivacom.bg> съществена информация за услугата (относно необходимостта тя да бъде изрично деактивирана от потребителя) и имала за резултат или било възможно да има за резултат вземането на търговско решение от средния потребител, което той не би взел без използването на търговската практика.

П. на чл.68е, ал.2 от ЗЗП, възпроизвеждащо чл.7, §1 от Директива 2005/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 май 2005 година относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар, нормирало три хипотези. Третата от тях, на която се позовал наказващият орган се характеризирала с кумулативното наличие на следните предпоставки: 1) търговска практика, свързана с предлагането на стоки и услуги; 2) тази търговска практика да се състои в непредоставяне по ясен, разбираем и недвусмислен начин на съществена информация за услугата и 3) като резултат, респ. възможен такъв, да е взето търговско решение, което потребителят не би взел без използването на търговската практика.

След като е обсъдил допълнителната разпоредба на §13, т.23 на ЗЗП, съдът е стигнал до извод, че предоставянето на услуга пакет за роуминг +EU Roaming Daily Pass представлява „търговска практика“ по смисъла на посочения текст. Не били налице обаче, последните два елемента от състава на приложената от наказващия орган разпоредба.

По отношение на втората предпоставка съдът е приел, че от цялата предоставена информация ставало пределно ясно, че активираната услуга пакет за роуминг +EU Roaming Daily Pass, която е обвързана с месечен абонамент от 5,90 лв. (дължим всеки месец) и дневна такса от 5,90 лв. (дължима при изрично посочените условия) е със статус активирана до изричното ѝ деактивиране от потребителя. Този извод се налагал с оглед вида на услугата, предвидения месечен абонамент и предоставената

информация за начините на активиране и деактивиране на услугата от потребителя. Информацията, която е предоставена е достатъчна за средния потребител за да стигне лесно до извода, че услугата ще е активна до изричното ѝ деактивиране, тъй като обратното би противоречало и на принципите на свободата на договаряне между доставчика на услугата и потребителя.

По отношение на последната предпоставка съдът е приел, че съгласно формиралата се еднопосочна съдебна практика преценката дали пазарното поведение на търговеца осъществява състава на заблуждаваща търговска практика като проявна форма на забранена нелоялна търговска практика, следва да бъде извършвана за всеки отделен случай при съвкупна и обективна оценка на доказателствата, като се изхожда от понятието за средния добре информиран и сравнително наблюдателен и предпазлив потребител.

От доказателствата по делото несъмнено се установявало, че в предоставената информация за услугата на сайта на дружеството се съдържа информация за деактивиране на допълнителния пакет и по какъв начин може то да стане. От друга страна от характеристиките на самата услуга – предвидения месечен абонамент и дневни такси, се налагал несъмненият извод, който следвало да се направи от добре информирания среден потребител, че не се касае за дневна услуга, а за месечна такава, с предвидена абонаментна такса, която би следвало да е активна до изричното ѝ деактивиране от потребителя.

В заключение съдът е приел, че инкриминираното поведение на дружеството-жалбоподател не покрива елементите от фактическия състав на заблуждаваща нелоялна търговска практика по смисъла на чл.68е, ал.2, предл.2 от ЗЗП.

Обжалваното решение е неправилно.

Основният фактически състав на нелоялната търговска практика изисква кумулативно наличието на следните елементи: практиката да противоречи на изискването за добросъвестност и професионална компетентност; да променя или да е в състояние 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 (чл.68г, ал.1 от ЗЗП). Според § 13, т.23 от 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 см. на §13, т.25, 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. Правилно районният съд е определил като елементи от фактическия състав на „заблуждаващата“ търговска практика по ал.2 на чл. 68е ЗЗП: 1. наличието на „търговска практика“; 2. липсата на предоставена от търговеца „съществена информация, необходима на средния потребител в зависимост от ситуацията за вземането на търговско решение; 3. тази липса да е довела или да може да доведе до вземането на решение, което средният потребител не би взел без използването на тази практика. В ал. 2, предл.2 на чл.68е от ЗЗП е регламентиран и специфичният начин, по който може да бъде

извършено деянието, водещо до заблуждаваща търговска практика, а именно – чрез предоставяне на информация по неясен, неразбираем или двусмислен начин.

По делото е безспорно установено, че „Виваком България” ЕАД осъществява търговска практика по см. на §13, т.23 от ДР на ЗЗП като предоставя услуги или сключва договори с потребители като част от своята търговска или професионална дейност в публичния или в частния сектор.

Вторият елемент от фактическия състав на чл.68е, ал.2, предл.2 от ЗЗП, а именно – предоставяне на съществена информация по неясен, неразбираем или двусмислен начин, изисква анализ по отношение на това доколко тази информация е съществена за потребителите. Нормата на чл.68е, ал.4 от ЗЗП изчерпателно изброява случаите, в които информацията се смята за съществена.

В случая на официалната интернет страница мобилният оператор е публикувал информация за услугата пакет за роуминг +EU Roaming Daily Pass с посочен месечен абонамент 5,90 лв. и дневна такса 5,90 лв. Посочено е, че при активен пакет +EU Roaming Daily Pass, месечният абонамент се начислява всеки месец към месечната сметка. Допълнителният пакет може да бъде активиран и деактивиран чрез обаждане към номер 123 и през уеб портала мойт vivacom. Подробно са описани стъпките за активиране на услугата, без обаче изрично да се укаже на потребителите, че за да спрат да се начисляват такси за ползването ѝ, тази услуга следва да бъде нарочно деактивирана от тях, като не са посочени детайлно стъпките за изключване. Така, както е предоставена наличната на сайта на „Виваком България“ ЕАД информация безспорно е насочена към потребителите и има за цел убеждаването им да активират услугата, без да е посочено, че същата ще продължи да се таксува, дори и без да се ползва, ако не бъде изключена.

Така поднесена информацията създава неяснота и заблуждение у потребителя относно това дали се касае за еднократна поръчка или за абонамент, който продължава докато няма изричен отказ от услугата. Операторът е посочил за пакет за роуминг +EU Roaming Daily Pass, както месечен абонамент 5,90 лв така и дневна такса 5,90 лв., което е нееднозначно, тъй като не става ясно, че услугата е за неограничен период от време, а създава убеждение у потребителя, че е за периода, за който я ползва. Обявената на интернет страницата за услугата дневна такса навежда на извод за дължимост на сумата за всеки ден от ползването на услугата, т.е. за периода на ползване на роуминг. От друга страна е посочен и месечен абонамент, т.е. заявка за редовното получаване на дадена услуга. Използваният от дружеството начин на поднасяне на потребителите на съществена информация за характеристиката на услугата несъмнено е неразбираемо и неясно. Търговецът не е посочил по разбираем начин, че за да се прекрати

ползването на услугата, респ. да не се дължат суми, е необходим изричен отказ от потребителя за това, в това число изрично деактивиране. Потребителят възприема услугата като еднократна, докато се ползва роуминга, а не като услуга за неопределен период от време (и след фактическото ползване на роуминга в чужбина), за който се дължи абонамент. Няма категорично указание, че за да се прекрати дължимостта на таксите, следва услугата да бъде деактивирана от потребителя. Тази информация е съществена и представянето ѝ по неясен начин е възможно да промени икономическото поведение на средния потребител, който би могъл да вземе решение за активиране на тази услуга, което не би взел ако информацията беше поднесена по ясен, разбираем и недвусмислен начин.

Именно чрез предоставяне по неясен, неразбираем и двусмислен начин на съществена информация относно характеристиките на услугата, търговецът цели да накара потребителя да сключи договор за допълнителен пакет за роуминг +EU Roaming Daily Pass. Конкретното действие, тоест липсата на ясна и разбираема съществена информация относно необходимостта потребителят изрично да деактивира услугата е направено от търговеца, което негово поведение представлява заблуждаваща нелоялна търговска практика, поради което и правилно е ангажирана административнонаказателната му отговорност за осъществен състав на нарушение по чл.68е, ал.2, предл.2 от ЗЗП. Като е достигнал до различен извод, районният съд е постановил решение в нарушение на материалния закон, поради което същото подлежи на отмяна.

При този изход на спора основателна се явява претенцията на касатора за присъждане на разноски за юрисконсултско възнаграждение за двете съдебни инстанции. Същите са своевременно поискани и следва на основание чл.37 от ЗПП във вр. с чл.27е от Наредбата за заплащането на правната помощ да бъдат определени в размер на 200 лв. (по 100 лв. за всяка инстанция).

Водим от горното и на основание чл.222, ал.1 във вр. с чл.221, ал.2, предл. второ от АПК, Административен съд – София град, 14-и касационен състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ решение № 2929 от 20.06.2024 г. по НАХД № 6106/2024 г. на Софийски районен съд, 129-и състав, и вместо него **ПОСТАНОВЯВА:**
ПОТВЪРЖДАВА наказателно постановление № 003983/19.01.2024 г. на

директора на Дирекция „Защита на потребителите при продажба от разстояние” в Комисията за защита на потребителите.

ОСЪЖДА „Виваком България” ЕАД с ЕИК[ЕИК] да заплати на Комисията за защита на потребителите сумата от 200 (двеста) лева за юрисконсултско възнаграждение за двете съдебни инстанции.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: