

РЕШЕНИЕ

№ 5515

София, 06/01/2007

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Пето отделение, в съдебно заседание на седми март две хиляди и седма година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: МАРИНА МИХАЙЛОВА
ЧЛЕНОВЕ: ЧВИБОЛЕТТА ГЛАВИНОВА
ИЛИЯНА ДОЙЧЕВА

при секретар
на прокурора
от съдията

Мадлен Дукова

ИЛИЯНА ДОЙЧЕВА

по адм. дело № 11879/2006. 

и
изслуша до

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във връзка с чл. 43, ал. 1 от Закона за защита на конкуренцията (ЗЗК).

Образувано е по жалба на „Орбител“ ЕАД, гр. София против решение № 237/26.10.2006 г., постановено по преписка № КЗК-115/ 2006 г. на Комисията за защита от конкуренцията (КЗК). Навеждат се доводи за неправилност на обжалваният акт като постановен в нарушение на материалноправните разпоредби, при съществено нарушение на процесуалните правила и в противоречие с целта на закона. Моли отмяната му. Ответникът - Комисията за защита на конкуренцията оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена.

Заинтересованата страна - „Българска телекомуникационна компания“ АД, гр. София оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена.

Жалбата е подадена в срок и е допустима.

Като взе предвид събраните по делото доказателства и доводите на страните настоящият състав на Върховния административен съд, пето отделение, прие за установено следното:

С обжалваното решение КЗК е наложила на „Орбител“ ЕАД имуществена санкция в размер на 10 000 лв. за извършено нарушение по чл. 30 от ЗЗК. Постановила е прекратяване на нарушението и е оставила без уважение молбата на „Българска телекомуникационна компания“ АД, гр. София, срещу „Орбител“ ЕАД, гр. София, в частта ѝ по чл. 31, ал. 1 и ал. 2 от ЗЗК, поради липса на извършено нарушение на тези разпоредби от страна на „Орбител“ ЕАД. Решението на КЗК в частта, с която е установено липса на извършено нарушение на разпоредбите на чл. 31 от ЗЗК, не е обжалвано и е влязло в сила.

Производството пред административния орган е образувано по молба на „БТК“ АД, гр. София, с която се иска налагане на имуществена санкция на „Орбител“ ЕАД за нарушение на чл. 31, алтернативно по чл. 30 от ЗЗК. В молбата са изложени твърдения, че в рекламната кампания за новите цени на „Бизнес Орбифон“, жалбоподателят в настоящото производство, е използвал сравнителна реклама, която е в противоречие с добросъвестната търговска практика и цели да увреди интересите на конкурентите. Кампанията е включвала - телевизионни клипове, реклама на интернет сайта на „Орбител“ ЕАД, индивидуални писма

до потребителите, материали в националната и регионалната преса. В рекламите се правят сравнения с услугата на „БТК“ АД, като имат за цел да ги омаловажат и да внушат на потребителя, че плаща твърде много за ползване на предлаганата фиксирана гласова услуга. В индивидуалните писма, изпращани до потребителите в сравнителна таблица, с ясно посочване на „БТК“ АД се описват цените на предлаганите услуги от двете дружества.

Твърди се, че фактите са манипулирани с цел да се привлекат потребителите на „БТК“ АД, като се уврежда доверието към компанията при използваната сравнителна реклама. Чрез рекламните послания на потребителите се внушава, че заплащат повече от реалната стойност на услугите - приписват несъществуващ недостатък, като се използват репликите - „Спестете от сметките на БТК“ и „Спестете! Защо да плащате повече?“. На сайта на „Орбител“ ЕАД се използва сравнение, което омаловажава услугата, предлагана от БТК, като компанията се идентифицира със следния текст - „Беше Та Ка“. В излъчвания телевизионен клип се използва репликата „Защо да плащате повече?“, като се оформят две графи за сравняване на тарифите и макар и да не се изписва името на БТК, то идентифицирането на последната е абсолютно сигурно, което се подчертава и с репликата „Този човек също се казва Любо, и той има жена и тъща“. Рекламния герой на БТК също се казва Любо, като сценариите на рекламата включват съпругата и тъщата на Любо.

Извършената от комисията по повод жалбата проверка и събраните доказателства установяват, че „БТК“ АД е далекосъобщителен оператор, притежаващ лиценз за осъществяване на далекосъобщения чрез обществени, далекосъобщителни мрежи и предоставяне на далекосъобщителни услуги, с основна дейност „предоставяне на фиксирани, гласови, телефонни услуги“ и с предмет на дейност: изграждане, използване и поддържане на обществени далекосъобщителни мрежи и информационни системи на територията на Р. България, както и за предоставяне на далекосъобщителни услуги чрез тях; предоставяне на международни обществени далекосъобщителни услуги; изграждане на частни мрежи; търговска, инженерингова маркетингова и производствена дейност по далекосъобщенията и др.

„Орбител“ ЕАД е далекосъобщителен оператор и притежава Индивидуален лиценз за осъществяване на далекосъобщения чрез обществена фиксирана далекосъобщителна мрежа и предоставяне на фиксирана гласова телефонна услуга и Индивидуален лиценз за осъществяване на далекосъобщения чрез обществена далекосъобщителна мрежа за предоставяне на услугата достъп до гласова телефонна услуга чрез услугата избор на оператор. Извършва услуги, които носят търговските наименования „Бизнес Орбифон“, „Орбифон 01001“, „O-zone VIP“, „Free Orbinet“. Дружеството, като лицензиран далекосъобщителен оператор предоставя следните услуги: фиксирана гласова телефонна услуга; комутируем достъп до Интернет; достъп до гласова телефонна услуга чрез услугата избор на оператор; пренос на глас чрез Интернет протокол; линии под наем, трансфер на данни.

КЗК е посочила, че съгласно разпоредбите на Закона за далекосъобщенията (отменен към настоящия момент), цените, предлагани от „БТК“ АД за междуградски разговори III зона подлежат на регулиране и са одобрени с решение на КРС. Цените предлагани от „БТК“ АД към български мобилни оператори не подлежат на регулиране. Цените, предлагани от „Орбител“ АД не подлежат на регулиране. Дружеството е представило в КРС уведомления за прилаганите от него цени за достъп до гласова телефонна услуга чрез избор на оператор, чието наименование е „Цени на услугата „Орбифон 01001“ и за цените на фиксирани телефонни услуги, предоставяни от „Орбител“ ЕАД.

По преписката е установено, че рекламите на „Орбител“ ЕАД се отнасят до популяризиране на новите цени на услугата „Бизнес Орбифон“.

„БТК” АД е въвела нови цени за фиксирани, гласови телефонни услуги в сила от 01.04.2005 г., като относимите в случая са следните: 0.10 лв./мин. при 0.11 лв. първоначална цена на разговор - за направление междуградски разговори - III зона (между поделенията на „БТК”, на разстояние над 100 км.) в часовете на силен трафик; 0.30 лв. / мин. за международни автоматични разговори към европейски фиксирани мрежи, I група; 55,1 ст./мин.- за разговори към българските мобилни оператори М- ТЕЛ и Глобул в часовете на силен трафик. За разговори към чужбина и български мобилни мрежи БТК таксува минимум 30 сек. Посочените цени са за абонатите на „Стандартен план”. Всички цени са без ДДС. „БТК” АД рекламира предлаганите от дружеството услуги, като в рекламните материали, приложени като доказателства по делото участва рекламен герой с име Любо, неговата съпруга и неговата тъща.

„Орбител” ЕАД предлага услугата „Бизнес Орбифон” за провеждане на междуселищни и международни разговори за бизнес потребители, предоставяна от дружеството като оператор на преносната среда за всяко повикване. Цените в сила от 01.06.2006 г. са следните: 0.05 лв./мин. при 0.11 лв. първоначална цена на разговор - за направление междуградски разговори; 0.15 лв./мин. за направление ЕУ фиксирани; 0,42 ст./мин.- за разговори към български мобилни оператори М- ТЕЛ и Глобул. За разговори към чужбина и български мобилни мрежи „Орбител” ЕАД таксува минимум 60 сек. Посочените цени са за абонатите на Тарифен план 1-„Стандартен план”, без включен ДДС. Услугата е насочена към корпоративни клиенти - юридически лица и еднолични търговци. Между „БТК” АД и „Орбител” ЕАД на 28.07.2004 г. е сключен договор за взаимно свързване на обществени далекосъобщителни мрежи.

В приложените по преписката рекламни материали- телевизионни клипове, реклами на интернет сайт, писма до потребителите, национална и регионална преса, се установило, че „Орбител” ЕАД е поместило сравнителна реклама на цени на далекосъобщителни услуги, предоставяни от „БТК” АД и „Орбител” ЕАД, във връзка с въвеждане на новите цени на услугата „Бизнес Орбифон”, в сила от 01.06.2006г. Цените, посочени в рекламните материали съответстват на действителните такива. От рекламните материали се установило, че в тях присъства рекламен герой с име „Любо”, както и посланията „Спестете от сметките на БТК”, „Спестете! Защо да плащате повече?” и „Този човек също се казва Любо и той има жена и тъща”.

При тази фактическа обстановка КЗК е приела, че и двете дружества притежават индивидуални лицензии за осъществяване на далекосъобщителни услуги чрез обществена далекосъобщителна мрежа и са конкуренти. Направен е извода, че е налице сравнителна реклама, но същата не приписва пряко несъществуващи качества на услуги при сравняване с услугите на конкурента, както и не приписва пряко несъществуващи недостатъци, поради което е приела, че не е налице извършено нарушение на чл. 31 от ЗЗК.

КЗК е направила извода, че цялостното внушение на сравнителната реклама и използваните в нея похвати е в противоречие с добросъвестната търговска практика и цели да увреди интересите на „БТК” АД, като се омаловажат предлаганите от последното услуги.

Използваните сравнителни реклами внушават на потребителя, че заплаща твърде много за ползване на фиксираната гласова услуга, предлагана от „БТК” АД, заплаща се повече от реалната ѝ стойност, а това не било така, защото цените на компанията се одобряват от КРС, след съответна икономическа обосновка и дружеството не можело едностранно да ги променя. Рекламните изрази: „Спестете от сметките на БТК”; „Спестете! Защо да плащате повече?” позволявали ясно да се идентифицира към кого са насочени, а посланието, което носели е да не се плаща повече на „БТК” АД. КЗК е посочила, че рекламният герой на „БТК” АД носи името Любо и сценариите на рекламите включват съпругата и тъщата му,

използвайки същите лица "Орбител" ЕАД недобросъвестно сравнява услугите си. С използването на името "Любо" и на текста "Така беше до сега" се увреждало доброто име на БТК, а на потребителите се внушавали неверни твърдения и отрицателни асоциации за компанията. Текстът „Беше Та Ка“ означава, че цените са били по - високи в миналото, а графичното му оформление ясно показва буквите "БТК". КЗК е посочила, че това е нарушение на добросъвестната търговска практика, тъй като потребителите могат да стигнат до извод, че ползването на услугите на "БТК" АД е неизгодно, като целта на тези действия е подмяна на избора на потребителя и преориентирането му към "Орбител" ЕАД. Сравнителната таблица, съдържаща се в индивидуалните писма до потенциални потребители на „Орбител“ ЕАД внушава на клиентите да се откажат от услугите на „БТК“ АД и да преминат към „Орбител“ ЕАД. КЗК е направила заключението, че начина на сравнение на услугите и цените е извършен в нарушение на ЗЗК и е налице вредоносен резултат, изразяващ се в това, че потребителите губят доверието си в "БТК" АД поради разпространяването на посочените рекламни материали. С рекламите, наред със сравнението на цените се целяло да се увреди "БТК" АД и да се привлекат неговите клиенти, а също и да се създадат отрицателни нагласи спрямо компанията. При тези изводи КЗК е приела, че „Орбител“ ЕАД е извършило нарушение на чл. 30 от ЗЗК, наложила е имуществена санкция в размер на 10 000лв. и е постановила прекратяване на нарушението.

При така изложеното настоящият съдебен състав стигна до следните изводи:

Жалбата е основателна.

Атакуваното решение на КЗК е постановено в нарушение на материалноправните разпоредби на чл. 30 от ЗЗК. Съгласно посочената норма - нелоялна конкуренция е всяко действие или бездействие при осъществяване на стопанска дейност, което е в противоречие с добросъвестната търговска практика и уврежда или може да увреди интересите на конкурентите в отношенията помежду им или в отношенията им с потребителите. Следователно за да е налице нелоялна конкуренция в случая следва да се установи, че сравнителната реклама, използвана от жалбоподателя е в противоречие с добросъвестната търговска практика и уврежда или може да увреди интересите на конкурента в отношенията помежду им или в отношенията им с потребителите. Съобразно & 1, т. 6 от Допълнителната разпоредба на ЗЗК - "Добросъвестна търговска практика" са правилата, определящи пазарното поведение, които произтичат от законите и обичайните търговски отношения и не нарушават добрите нрави. Сравнителната реклама е дефинирана в чл. 40 от Закона за защита на потребителите (ЗЗП), съобразно който сравнителна реклама е всяка реклама, която пряко или косвено идентифицира конкурента или предлагани от него стоки или услуги.

В настоящия случай несъмнено е налице сравнителна реклама, тъй като във всички реклами - телевизионни, в пресата, в интернет сайта на „Орбител“ ЕАД, в писмата до потенциалните клиенти, пряко или косвено се идентифицира конкурента „БТК“ АД. Разпоредбата на чл. 41 от ЗЗП регламентира случаите, в които сравнителната реклама е разрешена, а именно:

1. не подвежда лицата, до които е адресирана или достига;
2. сравнява стоки или услуги, задоволяващи еднакви потребности или предназначени за една и съща цел;
3. сравнява обективно съществени, сравнимите и характерните черти на сравняваните стоки и услуги, включително техните цени;
4. не води до объркване на рекламодателя с неговите конкуренти или на търговски марки, търговски имена, други отличителни белези, стоки или услуги на рекламодателя с тези на неговите конкуренти;
5. не води до дискредитиране или опетняване на търговските марки, търговските имена, други отличителни белези, стоките, услугите, дейностите или положението на конкурентите;

6. сравнява стоки с едно и също наименование за произход;
7. не извлича нелоялно предимство от известността на търговската марка, търговското име или други отличителни белези на конкурентите или от наименованието за произход на конкуриращи се стоки;
8. не представя стоките или услугите като имитация или копие на стоки или услуги със запазена търговска марка или име.

Несъмнено сравнителната реклама на услугата "Бизнес Орбифон" отговаря на изискванията на чл. 41 от ЗПП, като в случая следва да се разгледа хипотезата на т. 5 и се анализира дали сравнителната реклама води до дискредитиране или опетняване на търговското име или положението на конкурента.

Видно от представения договор от 28.07.2004 г. сключен между жалбоподателя и „БТК“ АД и анекс от 17.05.2005 г., е че БТК предоставя на „Орбител“ ЕАД услугите избор на оператор на преносна среда на междуселищни и международни разговори, предвидени в Приложение 3 (списък на услугите) и описани в приложение 4 (описание на услугите). По силата на договора и анекса БТК пренася до съответната точка за свързване, получените повиквания от абонати на БТК, използващи код за избор на оператор и предава тези повиквания към мрежата на "Орбител" ЕАД. Следователно потребителите на услугата „Бизнес Орбифон“ ЕАД са абонати на „БТК“ АД. Последната притежава над 90% от пазарния дял на фиксирани телефонни мрежи и предоставяне на фиксирани гласови телефонни услуги. Следователно единствения начин за всеки оператор на преносна среда да навлезе на пазара е да предлага по-изгодни цени от тези на „БТК“ АД и да ги рекламира като ги сравнява с цените на исторически наложилите се на пазара оператор, от което обаче не може да се направи извод, че се омаловажат услугите, предлагани от „БТК“ АД.

Неправилен е изводът на КЗК, че с рекламните послания се цели да се омаловажат услугите на „БТК“ АД и се внуши на потребителите, че заплащат повече от реалната стойност на услугата. По несъмнен начин по делото е установено, че посочените в рекламните цени съответстват на действителните, както и че същите са значително по-ниски от тези на „БТК“ АД. Следователно в случая не става въпрос за внушение, а за сравнение между предлагани услуги и техните цени. Безспорно установено, е също, че потребителите, използващи услугата „Бизнес Орбифон“ са абонати на БТК. Ето защо изводът на КЗК, че с използваната в рекламната сравнителна таблица с ясно посочване на „БТК“ АД се внушава на потребителя, че заплаща твърде много за ползване на предлаганата фиксирана гласова услуга, както и че плаща повече от реалната ѝ стойност е неправилен. КЗК е изложила мотиви, че е налице некоректно сравняване с услугите, предлагани от „БТК“ АД и се прави внушение, че потребителите ѝ заплащат завишена стойност на услугите, което не било така, защото цените на „БТК“ АД са утвърдени от Комисията за регулиране на съобщенията (КРС). В случая от обстоятелството, че цените на услугите, предлагани от „БТК“ АД се одобряват от КРС не може да се направи извод за недобросъвестност от страна на „Орбител“ ЕАД и за нарушаване на правилата на добросъвестната търговска практика, тъй като цените на „БТК“ АД подлежат на одобрение поради обстоятелството, че е оператор със значително въздействие на пазара в резултат, на което цената на предоставяната от БТК фиксирана гласова телефонна услуга попада в обхвата на регулираните от КРС цени.

Неправилен е изводът на КЗК за уронване на доброто име на „БТК“ АД и за внушаване на потребителите на неверни твърдения и отрицателни асоциации за компанията чрез идентифицирането на „БТК“ АД в телевизионния клип чрез използване на рекламния герой „Любо“ и посочването на цените в таблицата чрез използване на текста „Така беше до сега“. С препращането към героите от рекламните на БТК в телевизионния клип, рекламиращ услугите на „Орбител“ ЕАД не се омаловажават услугите, предлагани от „БТК“ АД, нито е налице недобросъвестна идентификация на последното, тъй като жалбоподателят не се

идентифицира, а се разграничава от конкурента си и от цените, които последния предлага, за да може потребителя да направи разлика между цените на услугите и определи избора си.

Крайната цел на рекламния клип е сравнение между цените на идентични услуги, което е законосъобразно съгласно чл. 41, т. 3 от ЗЗП, както и потребителите да се ориентират лесно и да направят своя избор между „БТК“ АД и „Орбител“ ЕАД за своите национални и международни разговори. Заключението на КЗК, че рекламата създава отрицателни нагласи към „БТК“ АД с използване на изразите „Спестете! Защо да плащате повече?“, „Без допълнителни плащания“, „Спестете от сметките на БТК!“ също е неправилно. По несъмнен и безспорен начин по делото е установено, че рекламираните и сравнявани цени за едни и същи услуги са действителни, при което **посочените изрази не са подвеждащи и не биха могли да заблудят потребителите.** При значително по - ниски цени на услугите на „Орбител“ ЕАД потребителят ще плати по малка сметка и ще спести средства. Следователно с рекламните си послания "Орбител" ЕАД не е дискредитирал, нито опетнил търговското име и положението на конкурента си "БТК" АД.

С оглед на изложеното настоящия съдебен състав намира, че оспорваният административен акт е неправилен като постановен в нарушение на материалноправните разпоредби на ЗЗК и като такъв същият следва да бъде отменен. **По несъмнен начин по делото е установено, че „Орбител“ ЕАД не е нарушило разпоредбата на чл. 30 от ЗЗК, не е извършило действия, които са в противоречие с добросъвестната търговска практика, което да е увредило или може да увреди интересите на конкурентите помежду им или в отношенията им с потребителите.** Следователно не са налице основания за ангажиране отговорността на „Орбител“ ЕАД, гр. София по реда на чл. 30 от ЗЗК, решението на КЗК в обратния смисъл, с което на дружеството е наложена имуществена санкция и е постановено прекратяване на нарушението, е незаконосъобразно.

Всичко изложено налага извода, че административният акт в обжалваните части е постановен в нарушение на закона, поради което и на основание чл. 146, т. 4 от АПК следва да бъде отменен.

С оглед изхода на делото следва да се осъди КЗК да заплати на „Орбител“ ЕАД сумата 50лв., представляващи заплатена държавна такса. По делото не са представени доказателства за заплатено адвокатско възнаграждение, поради което други разноски на жалбоподателя не следва да се присъждат.

Що се отнася до наведените в жалбата оплаквания за допуснати съществени нарушения на процесуалните правила, то същите са неоснователни. Обстоятелството, че КЗК е постановила с решението прекратяване на нарушението, без да е направено такова искане от молителя, по чието искане е започнало производството, не представлява нарушение на процесуалните правила. В правомощията на КЗК е да се самосезира и с оглед компетентността си по чл. 7 от ЗЗК да постановява актове съобразно изискванията на ЗЗК.

След като законът овластява КЗК да се самосезира без ограничение на фактическите обстоятелства, които и дават повод да счете, че е налице нарушение на конкуренцията (Арг. : чл. 36, ал. 1, т. 3 от ЗЗК), на още по-голямо основание Комисията може да извършва пълно изследване и да дава правна квалификация на всички факти, установени във връзка с подадените пред нея жалби, без при това да е обвързана от твърденията и правната квалификация, направена от молителя, и без да се ограничава в нейните рамки.

Представените от страните доказателства са приобщени към преписката съобразно изискванията на ЗЗК и Правилника за реда за администриране на документи в КЗК, поради което твърдението за допуснати съществени нарушения на процесуалните правила при

събиране на доказателствата също е неоснователно.
По изложените съображения и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК Върховният административен съд, пето отделение

РЕШИ:

ОТМЕНЯ решение №237/26.10.2006 г., постановено по преписка № КЗК-115/2006 г. на Комисията за защита на конкуренцията, в частта му, с която на „Орбител“ ЕАД е наложена имуществена санкция в размер на 10 000лв. за извършено нарушение по чл. 30 от Закона за защита на конкуренцията и е постановено прекратяване на нарушението.

Осъжда Комисията за защита на конкуренцията, гр. София, бул. "Витоша" № 18 да заплати на "Орбител" ЕАД, гр. София, пл. "Македония" № 1, ет. 18 сумата 52 лв. (петдесет и два лева) разноски по делото.

Решението може да се обжалва пред Върховния административен съд, петчленен състав, в 14-дневен срок от съобщението на страните.

**Вярно с оригинала,
секретар:**

ПРЕДСЕДАТЕЛ:/п/ Марина Михайлова

ЧЛЕНОВЕ:/п/ Виолета Главинова

/п/ Илияна Дойчева

И.Д.