

РЕШЕНИЕ

№ 7889

гр. София, 29.12.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 39 състав,
в публично заседание на 29.09.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Миглена Николова

при участието на секретаря Александра Вълкова, като разгледа дело номер **10853** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба вх.№ 33001/22.10.20г на [фирма]-С. с представляващи В.С. и А.Г. против Заповед № 424/17.09.20г на Председателя на КЗП, с която на осн. чл. 68л ал.1 вр. чл.68в вр. чл. 68г ал.4 и чл.68е ал.1 от ЗЗП на дружеството е забранено да използва заблуждаваща нелоялна търговска практика/не предоставя съществена за потребителите информация /, вкл. и за играта “Villa A. P.”.

В жалбата се сочи, че Заповедта е мат.незаконосъобразна, противоречаща на целта на закона и постановена в нарушение на принципа за съразмерност по чл. 6 от АПК, като се моли за отмяната ѝ и присъждане на юрк. възнаграждение. Соочи се, че в условията на проведената в определен период игра изрично е посочено, че устройствата за ползването на приложението с играта /Villa A. P. A./ следва да имат операционна система А. или iOS/т.е. акцентирано е на софтуера на устройствата на потребителите, а не на техн.характеристики на конкретно устройство/. Не е достатъчно обаче устройствата да имат опер.система А., а самото устройство трябва да има определени техн.характеристики, за да може на него да се ползва приложението на играта/напр.камера за ползване на допълнителна реалност, сензори за движение, мощен процесор и др/. Тези изисквания към устройствата на потребителите не са посочени в условията на играта, но устройствата с опер.система А., които могат да ползват допълнителна реалност, се сертифицират от G. I.. /на страницата на G. I.. има списък с такива устройства/.Ако дадено устройство не е в този списък, то значи на него не може да се ползва приложение с допълнителна

реалност. Нещо повече- дори устройството на потребителя да е в този списък на Г. I., пак е възможно да не може да се ползва приложение с допълнителна реалност- ако напр. потребителят не е осигурил 1 гигабайт свободно пространство, неограничен трафик на мобилната мрежа и др.Тъй като изискванията към техн.характеристики на устройствата са различни и варират, дружеството е посочило в условията на играта само софтуерното изискване/относно опер.система на устройството/, тъй като само това изискване се знае от дружеството като задължително необходимо във всички случаи.Дружеството не е бездействало при предоставяне на съществена за потребителите информация, предоставило е известната му информация/относно софтуерното изискване към устройствата/, като не е извършило нарушение по чл. 68е ал.1 от ЗЗП.Заповедта противоречи на целта на закона, тъй като към датата на издаването ѝ нарушението вече е преустановено от дружеството и ПАМ е без предмет/преустановителната ѝ функция е изпълнена-срокът на играта е изтекъл/.Заповедта нарушава и принципа за съразмерност по чл.6 от АПК, който изисква само най-необходимото за целта засягане на правата на дружеството. В съд.заседание юрк.Д. поддържа жалбата и сочи, че е невъзможно да се поддържа изчерпателен списък с устройства, чийто техн.характеристики биха позволили ползването на допълнителна реалност, респ. ползването на приложението на играта, тъй като този списък непрекъснато се променя и никога не може да бъде изчерпателен и окончателен.Освен това дори едно устройство да не е в списъка на Г. I. /за устройства, ползващи допълнителна реалност/, на него пак би могло да се ползва допълнителна реалност, ако има нужните техн.параметри, т.е. списъкът на Г. I. не е изчерпателен.В писмени бележки се допълва, че съгл. С.: невъзможно е да се изработи изчерпателен списък на конкретни устройства с опер.система А., които да могат да ползват доп.реалност; има устройства извън списъка на Г. I., на които все пак може да се ползва доп.реалност; има устройства в списъка на Г. I., на които все пак не може да се ползва доп.реалност; ползването на доп.реалност зависи и от техн.характеристики на конкретното устройство, като само наличието на посочената в условията на играта опер.система не е достатъчно условие за ползване на приложението на играта на конкретното устройство на потребителя /в условията на играта не е посочено, че само наличието на опер.система А. е достатъчно и гарантира ползването на доп.реалност/.Поради което С. потвърждава становището на дружеството, че нито може в условията на играта да се изброят конкретни устройства, нито списъкът на Г. I. може да бъде достатъчен.Ако в условията на играта бе записано и изречението “ползването на приложението зависи и от техн.характеристики на съответното устройство на потребителя”/както иска ответникът/, това всъщност то не дава на потребителя никаква допълнителна съществена информация.Ако все пак е налице нарушение, то не е по чл.68е ал.1 от ЗЗП/липса на предоставена съществена за потребителя информация/, а е по чл.68е ал.2 от ЗЗП/прикриване на съществена информация или представянето ѝ по неясен,неразбираем или двусмислен начин/.

Ответникът - Председател на КЗП, се представлява в съд.заседание от юрк.А., който оспорва жалбата и сочи, че нарушението се състои не в непосочването на точно определени техн.характеристики и изброяване на конкретни видове устройства в условията на играта, а в това, че дружеството е следвало да добави в условията на играта съществената информация/едно изречение/- че “ползването на приложението зависи и от техн.характеристики на съответното устройство на потребителя”/в

Заповедта има редица фактически установявания, но същата е издадена само за това нарушение/.В писмено становище по жалбата//в придружаващото преписката писмо/ се сочи, че жалбата е недопустима поради просрочие.

Съдът намира жалбата за допустима, като депозирана в срока и съобразно изискванията на АПК/възражението за просрочие на жалбата е неоснователно-Заповедта е връчена на 05.10.20г, а жалбата до Съда е с пощенско клеймо от 13.10.20г/, пред надлежния съд, от лице с активна проц.легитимация/адресат на акта/, срещу инд.адм.акт по см. на ЗЗП и АПК, поради което следва да се разгледа по същество.

Съдът установи от фактическа страна следното:

Между страните е безспорно установено с протоколно Определение/л.99/, че не на всички устройства с опер.система А. може да се ползва “допълнителна реалност”.

Начало на адм.производство е сложено с депозирането /в РД на КЗП-В./ на жалба с вх.№ В-03-657/27.04.20г от Г.Н. от [населено място], с оплакване за подвеждаща информация в условията на играта “Billa A. P.” /посочено е в условията само, че за да се ползва приложението на играта и да се участва за спечелването на обявените награди- устройството на потребителя следва да има опер.система А., като не е посочено, че не всички устройства с тази опер.система могат да ползват приложението/. Жалбоподателката има три различни устройства с тази опер.система, като приложението не може да се ползва на нито едно от тях, а тя е пазарила специално от магазин на дружеството/в [населено място],[жк]/, за да събере изискуемите се 10 стикера, за да може да участва за наградите.С жалбата се представят и условията на играта, а с доп.молба от 17.06.20г жалбоподателката предоставя на РД на КЗП-В. и снимки на притежавани от нея 2бр. устройства с опер.система А./телефон S. Galaxy J4+ и таблет S. Galaxy SM-T560/.

Съставен е КП № К-2665846/29.04.20г за извършена проверка на сайта на дружеството /www.billa.bg/ от двама служители на РД на КЗП-В..Видно от КП № К-2665036/19.05.20г, представител на дружеството [фирма]-С. е запознат със жалбата.Дружеството депозира Становище по жалбата с вх.№ В-03-657/29.05.20г-счита жалбата за неоснователна по аргументите, изложени и в жалбата до Съда/приложени са и общите условия на играта/.

Въз основа на Докладна записка№ Ц-02-847/17.08.20г от ГД на ГД”КП” при КЗП, КЗП/при изискуемия се кворум и мнозинство/ взема Решение по т.18 от Протокол № 13/25.08.20г- че е налице нарушение по чл. 68л ал.1 вр. чл.68в вр. чл. 68г ал.4 и чл.68е ал.1 от ЗЗП. Издадена е обж. Заповед № 424/17.09.20г на Председателя на КЗП, с която на осн. чл. 68л ал.1 вр. чл.68в вр. чл. 68г ал.4 и чл.68е ал.1 от ЗЗП на дружеството е забранено да използва заблуждаваща нелоялна търговска практика/не предоставя съществена за потребителите информация /, вкл. и за играта “Billa A. P.”.

Видно от Общите условия на играта “Billa A. P.”: тя се провежда в периода 09.04.20г-20.05.20г; в нея могат да участват лица, навършили 14 години; наградите са 4 бр. С. П. 4 и 100 бр. смарт часовници К.; за участие е необходимо - участникът да свали на телефона си мобилното приложение на играта Billa A. P. А./което е съвместимо с устройства, поддържащи опер.система А. или iOS/, да събере 10бр. стикера на животни/с допълнителна реалност/, да ги сканира през приложението и да ги запази, едва след което да се регистрира за участие в томболата за наградите/чрез въвеждане

на две имена, телефон и населено място, където живее/ и заяви участие в томболата чрез натисне на бутон/едва тогава придобива правото на участие в томболата/.

Видно от публикуван на страницата на G. I. към 29.05.20г - Списък на ARCore устройства /такива с опер.система A. или iOS, на които може да се ползва допълнителна реалност/, двете устройства на жалбоподателката не са в списъка.

По искане на дружеството-жалбоподател е допусната Съдебно-Компютърна експертиза, заключението по която Съдът кредитира като компетентно, логично и неоспорено от страните. В.лице С. сочи, че: за да се ползва доп.реалност/ARCore/, не е достатъчно устройството да е с опер.система A., а са необходими определени технически характеристики на самото устройство- достатъчно изчислителна мощ, определена резолюция и вграден жirosкоп; разработчикът/G./ на доп.реалност /ARCore/ не дава пълна спецификация на минималния необходим хардуер за ползване на доп.реалност; минимално изискване към хардуера е да има вграден жirosкоп, работеща задна камера, опер.система да е поне A. 7.0 и инсталирано ARCore приложение; ако обаче устройството е било първоначално с опер.система A. 5 или 6 и след това има update с A. 7.0, изчислителната мощ може да се окаже недостатъчна; и някои устройства извън списъка биха могли да ползват доп.реалност/не са в списъка, защото разработчикът не дава гаранция, че ще могат/; устройствата в списъка 100% могат да ползват доп.реалност/евентуални пречки се дължат на неумение на потребителя да стартира ARCore приложение, жirosкопа, камерата или акселометъра, както и на версията на опер.система/; само за устройствата от списъка разработчикът гарантира, че е възможно ползването на доп.реалност, като устройства извън списъка може и да могат, но разработчикът не го гарантира; няма как да се посочат от вещото лице изчерпателно всички необходими техн.параметри на устройството, необходими за ползване на доп.реалност/защото самият разработчик не е дал такива/.

Съдът намира от правна страна следното:

Заповедта е издадена от компетентен орган- Председател на КЗП, в кръга на предоставените му по ЗЗП правомощия. Заповедта е издадена при спазване на писмената форма по чл.59 ал.1 от АПК, като съдържа зад.реквизити по чл. 59 ал.2 от АПК-вкл. фактически и правни основания.

Заповедта е издадена без допуснати съществени нарушения на адм.производствените правила, като ответникът е извършил своя собствена проверка на сайта и документално/отразена в съставен КП/, изисквала е обяснения от дружеството, обобщила и анализирал е доказателствата- към сигнала, представените от дружеството и установеното при проверката от експертите на КЗП /анализ в нарочна докладна записка/, взето е /с необходимия кворум и мнозинство/- решение от колективния орган КЗП/обективиран в протокол от заседание/, въз основа на решението е издадена обж. Заповед. Правото на участие в адм.производство и защита на дружеството не е било нарушено, като са спазени чл.26,чл.35 и чл.36 от АПК. Изяснени са били в хода на адм.производство относимите факти и обстоятелства- че за двете устройства на жалбоподателката не се гарантира от разработчика на доп.реалност, че ще могат да ползват доп.реалност/тъй като не са в списъка към 29.05.20г-датата на входиране на възражението на дружеството срещу жалбата/.

Възражението на дружеството за мат.незаконосъобразност на Заповедта е неоснователно, по следните съображения:

Записаното в Заповедта "да прилага нелоялна заблуждаваща търговска практика"

следва да се разбира в смисъл- дружеството да се въздържа изобщо занапред от прилагането на тази практика по установения от контролния орган начин/включително, но не само по отношение на процесната игра/. Противното, а именно: ограничението на забраната единствено до определен времеви период или определен магазин/игра, би било в противоречие с целта на закона - да се осигури защита на икономическите интереси на потребителя при придобиването на стоки и услуги при нелоялни търговски практики и способности за продажба. Възражението, че ПАМ е изпълнила преустановителната си функция - поради изтеклия период на играта, е неоснователно/ПАМ е наложена не само, а включително и заради играта/.

Съгласно § 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. А според т. 2 на същия § 13 "Търговец" е 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. Безспорно жалбоподателят е "търговец" по смисъла на цитираната по-горе дефиниция. С оглед защита на потребителите от нелоялни търговски практики и от техните вредни последици, разпоредбата на чл. 68в от ЗЗП забранява императивно използването на такава. Видно от чл. 68г, ал. 4 от ЗЗП, нелоялни са и заблуждаващите и агресивните търговски практики по чл. 68д - 68к от ЗЗП. Съгласно чл. 68е, ал. 1 от ЗЗП "Търговска практика е заблуждаваща и когато от целия ѝ фактически контекст и като се вземат предвид всички нейни характеристики и обстоятелства, както и ограниченията на използваното средство за комуникация, следва, че тя не предоставя съществена информация, необходима на средния потребител в зависимост от ситуацията за вземането на търговско решение, след като се е запознал с тях, което води или може да доведе до вземането на търговско решение, което средният потребител не би взел без използването на тази търговска практика". Съдът намира, че са налице и двете предпоставки, като извършеното от дружеството, описано в обстоятелствената част на Заповедта, отговаря на дефиницията по чл. 68е ал.1 от ЗЗП и следователно използваната търговска практика е заблуждаваща. Възражението, че правилната правна квалификация следва да е по ал.2, вместо по ал.1, е неоснователно. Налице е пълна липса/ал.1/ на предоставена съществена информация /че са необходими определени, при това високи, техн. параметри на устройството на потребителя/, въз основа на която потребителят да прецени дали да вземе търговско решение. В случая жалбоподателката е взела търговско решение- пазарила е в магазин на дружеството, където за всеки 15лв сметка е получила по 4 бр. стикера. Едва след като е събрала 10бр.стикера и се е опитала да ги сканира с приложението на играта е установила, че наличието на конкретната опер.система А. явно не е достатъчно. Следва да се има предвид, че първо се събират 10 стикера, после се сканират с приложението на играта/за доп.реалност/ и едва след това се придобива право на участие в томболата за наградите, т.е. преди да събере 10 стикера/при поне три покупки по 15лв всяка, общо за 45лв/, жалбоподателката не пристъпва към сканирането им с приложението на играта, респ. не може да установи, че не всяко устройство с посочената опер.система може да сканира с приложението на играта, респ. да участва за томболите.

Следователно, потребителят първо прави покупки за поне 45лв/при което получава 12 стикера/, а едва след това разбира, че не може да участва в томболата за наградите.

В случая е налице взето търговско решение, а не вероятност от вземане на такова.Безспорно е установено по делото, че в общите условия на играта **изобщо липсва информация**, че за да можеш да сканираш стикерите с приложението на играта, освен опер.система А. или iOS, следва да са налице и други софтуерни и хардуерни характеристики на устройството на потребителя. От С. се установява, че дори посоченото в условията на играта изискване за опер.система А. не е пълно, доколкото е необходима поне версия 7.0, при това първоначална такава за устройството , а не update от версия 5.0 или 6.0. Видно от Заповедта и диспозитива на наложената ПАМ, ответникът не задължава дружеството да препраща към списъка с устройства на разработчика G./публично достъпен/-възражението в този смисъл е неоснователно. Установява се от С., че този списък не дава конкретни мин.технически изисквания към устройствата на потребителите, а само включва устройства, за които 100% е гарантирана възможността да се ползва доп.реалност/списъкът е непълен, има и устройства извън него, но за тях разработчикът не гарантира/. Доколкото самият разработчик не дава нито конкретни мин.технически изисквания към устройствата на потребителите, нито изчерпателен и актуален във всеки момент списък с възможни устройства, то правилно ответникът не е задължил дружеството да изпише в условията на играта такива мин.параметри/не е ясно какви са те/ или изчерпателен списък с възможни устройства//такъв е невъзможен/ или да препрати изрично към списъка на разработчика /той е непълен и е само с гарантирани възможни устройства/.

Правилно ответникът е приел, че е налице пълна липса на съществена информация- че участието в томболата за наградите в крайна сметка ще зависи от конкретните софтуерни и хардуерни техн.характеристики на устройството на потребителя/за да може да сканира събраните преди това 10 стикера/.

Наложена ПАМ има основно превантивен характер. С нея се забранява на дружеството да прилага нелоялна заблуждаваща търговска практика. Целта е да се осуети възможността на дееца да извърши други подобни нарушения, като тази мярка не съставлява вид административно наказание.ПАМ са форма на изпълнително-разпоредителна дейност, чрез която в предвидените от закона случаи се упражнява държавна принуда.ПАМ е средство за обезпечаване осъществяването на различни правоотношения, възникващи в сферата на изпълнително-разпоредителната дейност.С налагането на подобни мерки се прилага диспозицията на съответната правна норма и затова тя не е средство за реализиране на правна отговорност.Именно с оглед непосредствената цел за ограничаване на евентуално противоправно поведение и обезпечаване положителните действия на субекта на правоотношението, ПАМ се прилага чрез забрана да се прилага нелоялната заблуждаваща търговска практика за в бъдеще.Ако деянието не е преустановено, наложената ПАМ ще има и преустановително действие. Преустановяването на деянието от отговорното лице обаче не следва да се приема като лишавашо наложената ПАМ от предмет, тъй като по този начин се пропуска превантивното действие на мярката.Съдът намира, че процесната ПАМ има двукрака функция - както да преустанови извършването на конкретна нелоялна практика, така и да предотврати за в бъдеще прилагането на същата практика. т. е. **наложената ПАМ има както преустановителна, така и**

превантивна функция, като не касае само играта.

Не е нарушен принципът за съразмерност по чл.6 от АПК, като ответникът не е засегнал правата на дружеството - в степен по-висока от най-необходимото/не е наложена по-тежка ПАМ/, като целите на Закона могат да бъдат постигнати и чрез процесната ПАМ.

При този изход на спора/жалбата е неоснователна по всички възражения/, искането на ответника за присъждане на разноси е основателно по чл.143 ал.3 от АПК,като следва да му се присъди юрк.възнаграждение в мин.размер по чл. 24 от НЗПП вр. чл. 37 от ЗПП- 100лв.

Водим от горното и на осн. чл. 172 ал. 2 от АПК, Съдът

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ ОСПОРВАНЕТО по жалба вх.№ 33001/22.10.20г на [фирма]-С. с представляващи В.С. и А.Г. против Заповед № 424/17.09.20г на Председателя на КЗП.

ОСЪЖДА [фирма]-С. с представляващи В.С. и А.Г. да заплати на Комисията за защита на потребителите сумата от 100лв/сто лева/, представляваща разноси по делото.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване с касационна жалба пред ВАС в 14дневен срок от съобщението.

Съдия: