

РЕШЕНИЕ

№ 6563

гр. София, 03.12.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ - ГРАД, V^{III} касационен състав,
в публично заседание на 02 ноември, две хиляди и дванадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ПЛАМЕН ГОРЕЛСКИ
ЧЛЕНОВЕ: МАДЖЕН ПЕТРОВА
МИГЛЕНА ПЕДЕВА

при секретаря Ванюша Стоилова и с участието на прокурор Балев, като разгледа докладваното от председателя КНАХД № 7231 по описа за 2012 г., за да се произнесе взе предвид следното.

Производството е касационно, по реда на чл. 208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс, вр. чл. 63, ал. 1 от Закона за административните нарушения и наказания.

Образувано е по касационна жалба от процесуален представител на „Фен Ти Ви“ ООД, против Решение от 28.06.2012 г. на Софийски районен съд, НО, 105^{III} състав, постановено по НАХД № 9967/2012 г., с което е потвърдено издаденото от председателя на Съвета за електронни медии Наказателно постановление № 26/08.05.2012 г. С него, на „Фен Ти Ви“ ООД е наложено административно наказание „имуществена санкция“, в размер на 3 000 (три хиляди) лева, на основание чл. 126, ал. 1 от Закона за радиото и телевизията, за извършено административно нарушение, по смисъла на чл. 75, ал. 1 от същия закон.

В съдебното заседание касаторът, посредством адвокат поддържа жалбата, в която са изложени аргументи за съществени нарушения на съдопроизводствените правила и нарушение на материалния закон.

Ответникът, представляван от юриконсулт оспорва касационната жалба.

Участвалият в производството прокурор от Софийска градека прокуратура намира, че жалбата е неоснователна и следва да се потвърди решението на Софийския районен съд.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ – ГРАД в настоящия касационен състав, след като прецени приложените по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, съобразно чл. 218 АПК, намира за установено следното.

Касационната жалба е подадена в срока по чл. 211, ал.1 АПК, вр. чл. 63, ал.1, изр. второ ЗАНН от надлежна страна и е процесуално допустима.

Предвид разпоредбата на чл. 218, ал. 1 АПК касационната инстанция е обвързана с посочените в жалбата пороци на решението. За валидността,

допусимостта и съответствието му с материалния закон касационният съд следи служебно. Доводи за нищожност и недопустимост на обжалваното решение не са наведени от касационния жалбоподател и Съдът не открива при извършената служебна проверка наличието на такива основания.

Фактите, установени и възприети от въззивния съд, които не се оспорват от касатора, са следните:

На 23.03.2012 г., след преглед на записи на програма „Фен ти ви“ на доставчика на медийни услуги „Фен ти ви“ ООД, актосъставителят [REDACTED] установила, че на 21.03.2012 г. в интервала 18:04:14 - 18:09:33 часа по горната програма е излъчен музикален клип на песента „Сине, сине“, в изпълнение на Севдалина и Валентин Спасови, на Diapason records. По време на изпълнението на песента, в долната третина на екрана, върху кафява плочка се появили следните съобщения:

„МАГ СТЕЛА Чисто ясновидство с дарба помага при безизходица, изневери, бизнес прогнози, имотни сделки тел.: 090063023; МАГ ИЛИЯНА помага на всеки в нужда! Ясновидство от разстояние, предсказвам бъдещето тел.: 090063023; МАГ ТАНЯ събира разделени двойки и семейства, бързи и сигурни резултати за брак, любов на тел.: 090063023; МАГ ЛИЯ АНГЕЛСКИ напътствия с божествени съвети за душата, консултации от различно житейско естество, ясновидство, уверете се сами на тел.: 090063023; МАГ МАРГО познава, дава феноменални точни отговори на семейни изневери, работа, бизнес тел.: 090063023“; „МАГ СТЕЛА Чисто ясновидство с дарба помага при безизходица, изневери, бизнес прогнози, имотни сделки тел.: 090063023; МАГ ИЛИЯНА помага на всеки в нужда! Ясновидство от разстояние, предсказвам бъдещето тел.: 090063023“; „МАГ ТАНЯ събира разделени двойки и семейства, бързи и сигурни резултати за брак, любов на тел.: 090063023“. Под тези съобщения, върху същата кафява плочка се появявало и движещо се съобщение: „Имате ли въпроси, чиито отговори търсите, изпратете SMS с текст Qсновидство на номер 191922“. В долната част на екрана, под плочката - статичен надпис, указващ стойността на услугите: 2.40 лв./мин. С ДСД за всички мобилни оператори“.

Административнонаказателната отговорност е ангажирана, след като е прието, че „гореописаните търговски съобщения не се разпознават ясно като такива“, следователно е нарушена разпоредбата на чл. 75, ал. 1 ЗРТ.

Жалбата е основателна, а въззивното решение е неправилно. Налице е касационно основание, по смисъла на чл. 348, ал. 2, вр. ал. 1, т. 1 НПК.

Проверените от Съда факти, описани подробно в АУАН и в НП безспорно сочат, че на установената дата и в посочения времеви интервал касаторът – доставчик на медийни услуги, едновременно с излъчване на музикален клип е излъчил в долната третина на телевизионния екран и търговски съобщения за предлагани услуги – ясновидство, предсказания и пр.

Позиционирането на продукт, според дефиницията на чл. 74, ал. 4, вр. чл. 72 ЗРТ е „форма на търговско съобщение, което представлява включване или споменаване на продукт, услуга или търговска марка в самото предаване срещу заплащане или друго подобно възнаграждение“. Процесният случай касае именно такава форма на търговско съобщение.

Императивната норма на чл. 75, ал. 1 ЗРТ разпорежда (изр. първо), че търговските съобщения трябва да са ясно разпознаваеми и съответно (изр. второ) забранява скрити търговски съобщения. За нарушаване разпоредбата на чл. 75, ал. 1 ЗРТ, с чл. 126, ал. 1 е предвидена имуществена санкция за доставчика на

медийни услуги. Съобразявайки се с процесуалното изискване за ясно и конкретно описание на нарушението и на обстоятелствата, при които е извършено (чл. 42, т. 4, чл. 57, ал. 1, т. 5 ЗАНН), наказващият орган е следвало да посочи, защо скритото търговско съобщение не е било ясно разпознаваемо като такова, респ., защо (дали) „ е подвело аудиторията по отношение на своята същност ” (чл. 75, ал. 2 ЗРТ). Разпоредбата на чл. 84 ЗРТ от своя страна въвежда специални изисквания по отношение т. нар. „продуктово позициониране“. За случая обаче ответникът по касация не е твърдял и не е представил доказателства за това, че процесното предаване – музикален клип на песента „Сине, сине“ е произведено или поръчано от самия доставчик „Фен ТВ“, за да може да обоснове, че този доставчик е дължал да обозначи „съответната идентификация в началото и в края на предаването, както и при подновяването на предаването след рекламна пауза, за да се избегне евентуално объркване от страна на зрителя“ – чл. 84, ал. 2 ЗРТ.

Съдържанието на ЗРТ, конкретно по отношение търговските съобщения буквално повтаря, включително относно легалните дефиниции, съдържанието на съответните разпоредби от Директива 89/552 (ЕИО) на Европейския парламент и на Съвета, от 3 октомври 1989 г. Изискването за транспониране на норми от директивите не означава задължително механичното им пренасяне в съответния законен нормативен акт от вътрешното право, какъвто е случаят със ЗРТ. Законодателят разполага с правото на свободна преценка, без да се отклонява от дадените с директивата насоки да регламентира по-подробно, ясно и конкретно правила за поведение, особено що се касае до санкционните норми. Такова творческо прилагане, според Съда не би се отразило неблагоприятно и не би представлявало отклонение от принципа за непосредствена приложимост на нормите на Общностното право.

Като само е възпроизвел констатациите на АНО въззивният съд неправилно е приел, че в производството, свързано с ангажиране отговорността на дружеството – касатор не са допуснати нарушения на установените в ЗАНН процесуални правила. Решението подлежи на отмяна, както и оспореното наказателно постановление.

Водим от изложените съображения, и на основание чл. 221, ал. 2, вр. ал. 1 и чл. 222, ал. 1 АПК, вр. чл. 63, ал. 1, изречение второ ЗАНН, Административен съд София - град, VI - ти касационен състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение от 28.06.2012 г. на Софийски районен съд, ПО. 105^{III} състав, по НАХД № 9967/2012 г. И ВМЕСТО НЕГО ПОСТАНОВЯВА:

ОТМЕНЯ издаденото от председателя на Съвета за електронни медии Наказателно постановление № 26/08.05.2012 г.

Касационното решение е окончателно, и не подлежи на обжалване и на протест.

ВЯРНО С ОРИГИНАЛА
 СЕКРЕТАР: 

ПРЕДСЕДАТЕЛ: 

ЧЛЕНОВЕ: 1. 

2. 

РЕШЕНИЕ

№.....

гр. София, 28.06.2012 год.

В ИМЕТО НА НАРОДА

СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НО, 105 състав публично заседание на деветнадесети юни две хиляди и дванадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: КРАСИМИРА ПРОДАНОВА

при участието на секретаря Тания Петрова и като разгледа докладваното от съдията н.а.х.д.№ 9967 по описа за 2012 година, за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 59 и сл. ЗАНН.

Образувано е по жалба на ВИКТОР [REDACTED] КАСЪМОВ, в качеството му на управител на „ФЕН ТИ ВИ“ ООД срещу наказателно постановление № 26/08.05.2012 г., издадено от председателя на Съвета за електронни медии /СЕМ/, с което за нарушение на чл. 75, ал. 1, изр. 1 от Закона за радиото и телевизията /ЗРТ/ на основание чл. 126, ал. 1 вр. чл. 127, ал. 2 от ЗРТ на жалбоподателя е наложена имуществена санкция в размер на 3000 /три хиляди/ лева.

В жалбата се твърди, че излъчената реклама е една от допустимите форми на търговско съобщение „позициониране на продукт“, съгласно чл. 74 ал. 4 от ЗРТ. Посочва нарушение на чл. 52, ал. 2 от ЗАНН. Иска се отмяна на НП като неправилно, незаконосъобразно.

В съдебно заседание жалбоподателя, редовно призван, не се явява, изпраща представител адв. [REDACTED] който заявява, че поддържа жалбата, както и че е излъчено едно допустимо от ЗРТ търговско съобщение. Моли за отмяна на НП.

Въззиваемата страна СЕМ, редовно призвана, се представлява от юрисконсулт [REDACTED], която оспорва жалбата и заявява, че жалбата следва да бъде оставена без уважение.

Съдът, като взе предвид събраните доказателства по делото, преценени поотделно и в тяхната съвкупност, съобразно вътрешното си убеждение, намира за установено следното:

От фактическа страна:

На 23.03.2012 г. след преглед на записи на програма "ФЕН ТВ" на доставчика на медийни услуги "Фен Ти Ви" ООД, актосъставителят установил следното:

На 21.03.2012 г. в интервала 18:04:14 - 18:09:33 часа по програма "Фен ТВ" на доставчика на медийни услуги "ФЕН Ти Ви" ООД е излъчен музикален клип на песента "Сине, сине" в изпълнение на Севдалина и Валентин Спасови, на Diapason records.

По време на изпълнението на песента в долната третина на екрана, върху кафява плочка, се появяват следните съобщения:

МАГ СТЕЛА Чисто ясновидство е дарба помага при безисходица, изневери, бизнес прогнози, имотни сделки тел.: 090063023

МАГ ИЛИЯНА помага на всеки в нужда! Ясновидство от разстояние, предсказвам бъдещето тел.: 090063023

МАГ ТАНИЯ събира разделени двойки и семейства, бързи и сигурни резултати за брак, любов на тел.: 090063023



МАГ ЛИЯ АНГЕЛСКИ напътствия с божествени съвети за душата, консултации от различно житейско естество, ясновидство, уверете се сами на тел.: 090063023

МАГ МАРГО познава, дава феноменални точни отговори за семейни изневери, работа, бизнес тел. 090063023

МАГ СТЕЛА Чисто ясновидство с дарба помага при безизходица, изневери, бизнес прогнози, имотни сделки тел.: 090063023

МАГ ИЛИЯНА помага на всеки в нужда! Ясновидство от разстояние, предсказвам бъдещето тел.: 090063023

МАГ ТАНЯ събира разделени двойки и семейства, бързи и сигурни резултати за брак, любов на тел.: 090063023

Под тези съобщения, върху същата кафява плочка, движещо се съобщение: "Имате ли въпроси, чиито отговори търсите, изпратете SMS с текст Qsnovidstvo на номер 91922."

В долната част на екрана, под плочката - статичен надпис, указващ стойността на услугите: 2.40 лв./мин. с ДДС за всички мобилни оператори.

В СЕМ съществува сървър, който записва всички програми, излъчвани в Република България денонощно, след което записите се преглеждат от служители на СЕМ по график. Св. [REDACTED], експерт в „Специализирана администрация“ прегледала записа от 21.03.2012г. два дни по-късно. Св. [REDACTED] свалила фонограмата и картината на излъчената реклама и установила, че излъчените съобщения в долната третина на екрана по време на изпълнението на музикален клип, не се разпознават ясно като търговски съобщения. След като констатирала нарушението, св. [REDACTED] пристъпила към образуването на административно-наказателно производство и съставила АУАН в присъствието на двама свои колеги, които присъствали и при установяването на нарушението. На 06.04.2012г. била изпратена покана до оператора „Фен ТИ ВИ“ да се яви, за да му бъде връчен АУАН. На 17.04.2012г. се явил упълномощен представител на нарушителя, на който бил връчен АУАН.

Срещу издадения АУАН било депозирано възражение от жалбоподателя, което било взето предвид от АНО при издаването на НП.

Въз основа на издадения АУАН на 08.05.2012г. било издадено НП № 26, с което за нарушение на чл. 12, ал. 1 от Закона за радиото и телевизията /ЗРТ/, с което за нарушение на чл. 75, ал. 1, изр. 1 от Закона за радиото и телевизията /ЗРТ/ на основание чл. 126, ал. 1 вр. чл. 127, ал. 2 от ЗРТ на жалбоподателя е наложена имуществена санкция в размер на 2000 /две хиляди/ лева.

Изложената фактическа обстановка съдът прие за установена въз основа на събраните по делото доказателства и доказателствени средства: писмени – АУАН № 22/17.04.2012г., НП № 26/08.05.2012г., обратна разписка, решение № 90 на СЕМ, заповед 33/06.03.2012. на председателя на СЕМ, пълномощно, възражение, както и от показанията на свидетелката [REDACTED]

Настоящия съдебен състав кредитира изцяло показанията на свидетелката [REDACTED] като логични, последователни и безпротиворечиви. Чрез показанията на свидетелката по делото се възпроизвеждат релевантни факти непосредствено изясняващи обстоятелства свързани с предмета на доказване. Същата в изпълнение на служебните си задължения, е преглеждала запис от излъчената на 23.03.2012г. програма по „Фен ТИ ВИ“, като е констатирала, че на 04.07.2009 г. На 23.03.2012 г. след преглед на записи на програма "ФЕН ТВ" на доставчика на медийни услуги "Фен Ти Ви" ООД, актосъставителят установил следното:

На 21.03.2012 г. в интервала 18:04:14 - 18:09:33 часа по програма "Фен ТВ" на доставчика на медийни услуги "ФЕН Ти Ви" ООД е излъчен музикален клип на песента "Сине, сине" в изпълнение на Севдалина и Валентин Спасови, на Diapason records, с

посоченото по-горе съдържание, като свидетелката установила, че търговските съобщения в долната третина на екрана не се разпознават ясно като такива. Показанията на св. [REDACTED] се подкрепят изцяло и от останалия събран в хода на съдебното следствие доказателствен материал, поради което следва да бъдат кредитирани изцяло.

От правна страна:

Атакуваното наказателно постановление е от категорията на обжалваемите. Жалбата е депозирана в процесуално преклузивния срок и изхожда от легитимирана страна в процеса, поради което е процесуално допустима.

Настоящият съдебен състав намира, че АУАН и наказателното постановление са съставени и издадени от компетентни органи. В хода на същото не са били допуснати съществени нарушения на процесуални правила, водещи до опорочаване на производството, ограничаващи правото на защита на нарушителя и обуславящи отмяната на наказателното постановление.

Както в акта, така и в наказателното постановление, изрично са посочени законовите разпоредби, които са били нарушени, като по този начин е изпълнено изискването на чл. 42, т. 4 и т. 5 и чл. 57, ал. 1, т. 6 от ЗАНН. Нарушението е описано достатъчно ясно и конкретно, така, че да не възниква съмнение относно неговото съдържание. Всички елементи от състава му са изброени във фактическото описание, поради което правото на защита на жалбоподателя е гарантирано.

Чл. 73, ал. 1 от ЗРТ определя, че „Аудио-визуални търговски съобщения са изображения със или без звук, предназначени да рекламират пряко или непряко стоки, услуги или репутация на физическо или юридическо лице, извършващо стопанска дейност, или да съдействат за популяризирането на кауза или идея, или да предизвикат друг ефект, желан от рекламирация, придружаващи или включени в дадено предаване срещу заплащане или друго подобно възнаграждение или с цел осигуряване на самопромоция.“ Съобщенията на екрана по време на излъчването на музикалния клип отговарят на легалното определение за аудио-визуално търговско съобщение: те са изображения без звук, които пряко рекламират услугите на маговете Стела, Илияна, Таня, Лия и Марго, срещу заплащане (телефонните номера с 0900 XXXXX са телекомуникационни услуги с добавена стойност), включително рекламирането на услугата SMS ясновидство.

Според Чл. 75, ал. 1, изр. 1 от ЗРТ търговските съобщения трябва ясно да се разпознават като такива. В процесния случай за това и е била ангажирана административно-наказателната отговорност на жалбоподателя. Следователно, като задължителен елемент от обективната страна на нарушението трябва безспорно да е установена възможността за въвеждане в заблуждение на аудиторията. Търговските съобщения трябва да са ясно и недвусмислено разпознаваеми като такива.

Нарушението е формално, което не поставя изискване за въвеждане в заблуждение да е настъпил резултат. Нарушението на забраната по чл. 75, ал. 1, изр. 1 от ЗРТ обективна страна осъществява състав на административно нарушение, за което следва да бъде ангажирана административно наказателната отговорност на субекта. В настоящия случай контролните органи са установили, че дружеството е излъчило търговски съобщения, които не са ясно разпознаваеми е доказано по безспорен начин в хода на съдебното производство.

Безспорно е също така, че излъчените търговски съобщения са част от излъчената на 23.03.2012г. програма на телевизионна медия. Съгласно параграф 1, т. 3 от ДР на ЗРТ програмата е съвкупност от всички елементи, които създава и разпространява оператора.

В настоящия случай въпроса за вината не е елемент от състава на нарушението, тъй като отговорността на ЮЛ е обективна и безвиновна.

Относно размера на наказанието настоящия съдебен състав намира следното:

Съгласно нормата на чл. 126, ал. 1 от ЗРТ „за нарушение на разпоредбите на чл. 10, ал. 2 и 3, чл. 11 - 14, чл. 16 - 18, чл. 19, ал. 1, чл. 73, чл. 75 - 80, чл. 82 - 86, чл. 90 - 92 на радио и телевизионните оператори се налага имуществена санкция от 3 хил. до 20 хил. лв. За визираното в АУАН и НП нарушение по чл. 75, ал. 1 от ЗРТ се предвижда глоба от 3000 до 20000 лв, като на нарушителя е била наложена минималната санкция. В случая няма данни за други извършени нарушения от същото дружество и от същия характер или за негово трайно неправомерно поведение. Поради това, съдът счита, че така определеният размер на санкцията следва да бъде потвърден на законовия минимум с оглед доказателствата по делото.

С оглед гореизложеното, настоящият състав намира, че атакуваното наказателно постановление, следва да бъде потвърдено като правилно и законосъобразно, а жалбата – оставена без уважение.

Така мотивиран и на основание чл.63, ал.1 от ЗАНН, Софийски районен съд

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА изцяло наказателно постановление № 26/08.05.2012г., издадено от председателя на Съвета за електронни медии /СЕМ/, с което за нарушение на чл. 75, ал. 1, изр. 1 от Закона за радиото и телевизията /ЗРТ/ на основание чл. 126, ал. 1 вр. чл. 127, ал. 2 от ЗРТ на жалбоподателя е наложена имуществена санкция в размер на 3000 /три хиляди/ лева.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване пред Административен съд – София град в 14-дневен срок от датата на получаване на съобщението, че решението с мотивите е изготвено.

РАЙОНЕН СЪДИЯ:



РЕШЕНИЕТО Е ВЛЯЗЛО В ЗАКОННА
СИЛА НА 03.10.2012г.
РАЙОНЕН СЪДИЯ:
СЕКРЕТАР:



03.10.2012
4