

Р Е Ш Е Н И Е

№ 3097

гр. София, 21.06.2011 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ – град, ПЪРВИ КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в открито съдебно заседание на десети декември, две хиляди и десета година, в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ЛОЗАН ПАНОВ

ЧЛЕНОВЕ: МИГЛЕНА НЕДЕВА

МАРИЯ СИТНИЛСКА

при участието на секретар–протоколиста **ГАЛЯ ИЛИЕВА** и прокурор **ПОПОВСКА** като разгледа докладваното от съдия **НЕДЕВА** административно дело № 8011 по описа за 2010 г. и, за да се произнесе, взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208 – чл.228 от Административно – процесуалния кодекс /АПК/, във връзка с чл.63, ал.1, изр.2 от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

С Решение № 25.08.2010 г. по н.а.х.д. № 7867 / 2009 г., Софийски районен съд, НК, 111 състав е отменил Наказателно постановление /НП/ № 31 от 23.06.2009 г., издадено от Председателя на Съвета за електронни медии, с което на „Нова телевизия – първи частен канал“ ЕАД, гр. София е наложена имуществена санкция в размер на 10 000 / десет хиляди/ лв. на основание чл.218, ал.6 от Закона за здравето / 33/ за повторно извършено нарушение по чл.55, ал.1 от същия закон.

Постановлението е отменено с мотив, че не е извършено нарушението по чл.55, ал.1 от Закона за здравето, тъй като излъчената реклама е на вино „Пещерока“, а не на ракия „Пещерска гроздова“.

Срещу постановеното решение е постъпила касационна жалба от Председателя на Съвета за електронни медии, чрез процесуален представител, в която се излагат подробно съображения относно неговата неправилност, с молба, същото да бъде отменено, като бъде потвърдено наказателното постановление.

Ответникът по касационната жалба, чрез процесуален представител, оспорва жалбата и смята решението за правилно.

Представителят на Софийска градска прокуратура счита, че жалбата е неоснователна и решението следва да бъде оставено в сила.

Жалбата е ПРОЦЕСУАЛНО ДОПУСТИМА.

Подадена е срещу подлежащ на обжалване съдебен акт, от надлежна страна и в законоустановения срок.

Административен съд София – град, като прецени събраните по делото доказателства и доводите на страните, намира касационната жалба за ОСНОВАТЕЛНА.

92

В рамките на касационното производство съдът обсъжда само посочените в жалбата пороци на решението, както и с оглед императивната разпоредба на чл. 218, ал. 2 от АПК, касационната инстанция следи служебно за валидността и допустимостта на обжалваното решение и съответствието с материалния закон.

Обжалваното решение е валидно и допустимо, но е постановено при неправилно прилагане на материалния закон.

Между страните не е спорно, че е налице „пряка реклама“ на алкохолна напитка.

Спорът е по въпроса дали рекламата е на „спиртна“ алкохолна напитка – ракия „Пещерска гроздова“, за което е съставено процесното НП, или е за вино.

По делото е установено, че и двата продукта на производителя „Винпром Пещера“ АД – вино „Пещерока“ и ракия „Пещерска гроздова“ се предлагат на пазара в зелени бутилки, с форма, обичайна според нашия пазар не за вино, а за спиртна напитка, с еднотипен етикет.

Установено е, че след като за предходни излъчвания на рекламния клип за ракия „Пещерска гроздова“, за които нарушения на „Нова телевизия – първи частен канал“ ЕАД, гр. София са били издадени НП № 8 / 23.02.2006 г. и НП № 7 / 20.03.2007 г., „Винпром Пещера“ АД на 07.04.2008 г. е подал в Патентното ведомство на РБ заявка за регистрация на марка вино „Пещерока“.

От изслушаните експертизи става ясно, че рекламните клипове за вино „Пещерока“ и за ракия „Пещерска гроздова“ са напълно идентични и като сюжет, герои, съдържание, т.е. и като звук, и като картина, с единствено различие в края на видеоклиповете, при които преди израза „Мека топлина“ в рекламата, предназначена за ракия „Пещерска гроздова“ е добавен и изразът „Пещерска гроздова“, а в този, предмет на процесното НП този израз е премахнат.

Практически е бил използван готовият клип за реклама на ракия „Пещерска гроздова“, само с претенцията от страна на рекламодателя и рекламоизпълнителя, че се рекламира вино „Пещерока“, без това да е демонстрирано по какъвто и да е начин. Ако действително целта е била да се рекламира виното, което е нова и непозната марка, а не добре познатата марка „Пещерска гроздова“, с нейния добре познат слоган „Мека топлина“, с добре познатия и многократно представян на екрана рекламен клип, рекламодателят щеше поне да означае наименованието на продукта си.

Установява се, включително и от нарочно изслушаните и обсъдени в първоинстанционното решение експертизи, че поради умишлено дефокусиране на надписа върху етикета на бутилката и изобщо от цялостното излъчване на видеоклипа няма надпис или текст на диктор „вино“ или „ракия“ в клипа и от нищо не личи, че се рекламира вино „Пещерока“.

Горното представлява грубо и умишлено заобикаляне на закона, който в разпоредбата на чл.55, ал.2 от ЗЗ забранява излъчването на пряка

93
реклама само на спиртни напитки, и това поведение не може да остане ненаказано, доколкото от целостното излъчване на рекламния клип единственото внушение, което зрителят може да получи е, че същият се отнася до познатата ракия „Пещерска гроздова“.

Следва да се отбележи, че обстоятелството на наличие на заобикаляне на закона е установено и изключително обстойно мотивирано в представеното по делото Решение на Комисията за защита на потребителите от 08.04.2010 г., аргументите на което, макар и все още да не е стабилен акт, тъй като не е влязло в сила, няма пречка да бъдат възприети от настоящия съд, доколкото напълно се споделят.

Рекламният продукт следва да бъде преценяван от гледна точка на въздействието върху потребителя, за когото е изготвен. Следва да се отчита смисъла и целта на забраната по чл.55, ал.1 от ЗЗ, а именно да се ограничи възможността при рекламиране на спиртни напитки да се използват такива похвати, които да насърчават пряко консумацията и използването им, поради което и от значение е преценка на въпроса дали процесната реклама би могла да окаже негативно въздействие с оглед защитения обществени интерес.

С оглед съдържанието на излъченото, преценено през традиционните български, а и не само български обичаи, а именно светла течност, от зелена бутилка с форма, обичайна за ракия, а не типичната издължена винена бутилка, консумирана в малки ракиени чаши излъчва послание за насърчаване консумацията именно на спиртна напитка – ракия.

Отделно, слоганът на ракия „Пещерска гроздова“ – „Мека топлина“, затвърждава усещането и не оставя съмнение, че става въпрос именно за реклама на познатата марта. Дори и да не беше известен този слоган, самото му съдържание „мека топлина“ по никакъв начин не може да се свърже с консумацията на „бяло вино“, което по принцип се консумира студено, обикновено през лятото, не е високо алкохолно както ракията и не топли, а напротив разхлажда.

Рекламата чрез излъчване на специален рекламен клип е крайният продукт, това което е видно и се възприема на екрана от зрителите, а не това, за което се твърди, че е изготвена тя.

С оглед на горното, съдът не приема и аргументите на ответника по касационната жалба, а и приетото от съпървоинстанционния съд, относно недоказаното от наказващия орган в настоящото производство процентното съдържание на напитката и съответно дали тя е с над 15 обемни единици или по-малко съдържание на етилов алкохол. Без значение е каква точно е била течността, която е използвана при заснемане на процесния клип. От значение е само това, което изглежда на екрана, тъй като именно то се възприема от зрителя.

След като от целостното съдържание на видеоклипа рекламното внушение е за промотиране на ракия „Пещерска гроздова“, последната, бидейки „ракия“ и носейки това наименование, безспорно представлява „спиртна напитка“ съгласно чл.35, ал.1 от Наредбата за определенията и

видовете спиртни напитки, видовете суровини и технологични операции, правилата за производство на спортните напитки, разрешените добавки и условията за използването им, в който член изрично се изброяват с наименованието си, а не само с процентното съдържание на алкохол, видовете спиртни напитки, като „ракия“ е една от тях.

По изложените аргументи, и настоящият съд приема, че е налице изпълнение на фактическия състав на нарушението по чл.55, ал.1 от ЗЗ, а именно представяне на „пряка реклама“ на „спиртна напитка“.

В горния смисъл и Решение по к.н.а.х.д. № 1774 / 2010 г., на АССГ, 2 КС, отнасящо се до същата реклама, излъчвана от „Болкан нюз корпорейшън“ ЕАД по друг телевизионен канал, както и сходни казуси по Решение № 19.02.2010 г. по н.а.х.д. № 7859 / 2009 г., Софийски районен съд, НК, 110 състав, с което е потвърдено Наказателно постановление № 30 от 23.06.2009 г., издадено от Председателя на СЕМ отново на „Нова телевизия – първи частен канал“ ЕАД, съответно потвърждаващото го решение на АССГ по к.н.а.х.д. № 2637 / 2010 г., 1 КС, Решение по к.н.а.х.д. № 3611 / 2010 г., на АССГ, 7 КС, Решение по к.н.а.х.д. № 3948 / 2010 г., на АССГ, 11 КС и др., съображенията по които се споделят и от настоящият състав.

При горните аргументи настоящият състав счита, че обстоятелствата правилно са подведени и квалифицирани по състава на сочените правни норми, при издаване на АУАН и НП не са допуснати нарушения на процесуалните правила, които да обуславят отмяната му: спазени са сроковете по чл.34 от ЗАНН; постановлението е издадено от компетентен орган и наложената санкция е в рамките на предвидения и законоустановен размер.

Не се спори и относно налагане на санкцията в по-висок размер, поради „повторност“ на нарушението, тъй като и двете предходни НП № 8 / 23.02.2006 г. и НП № 7 / 20.03.2007 г. са влезли в сила съответно на 08.08.2008 г. и на 10.11.2008 г.

При горните съображения, решението на СРС, с което е отменено НП следва да бъде отменено като неправилно поради противоречие със закона и вместо него да бъде постановено друго, с което да се потвърди издаденото постановление.

Мотивиран така и на основание чл.348, ал.1, т.1 и ал.2 от НПК, чл.221, ал.1 и чл.222, ал.1 от АПК, във връзка с чл.63, ал.1, изр.2 от ЗАНН. Административен съд София – град,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № 25.08.2010 г. по н.а.х.д. № 7867 / 2009 г. на Софийски районен съд, НК, 111 състав.

ПОТВЪРЖДАВА Наказателно постановление № 31 от 23.06.2009 г., издадено от Председателя на Съвета за електронни медии, с което на „НОВА ТЕЛЕВИЗИЯ – ПЪРВИ ЧАСТЕН КАНАЛ“ ЕАД, гр.

София е наложена имуществена санкция в размер на 10 000 / десет хиляди / лв. на основание чл.218, ал.6 от Закона за здравето / 33/ за повторно извършено нарушение по чл.55, ал.1 от същия закон.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:



ЧЛЕНОВЕ: 1.



2.



ВЯРНО С ОРИГИНАЛА
СЕКРЕТАР:



РЕШЕНИЕ

В ИМЕТО НА НАРОДА

гр. София, 25.08.2010 г.

Софийски районен съд, Наказателно отделение, III-ти състав в публичното заседание на двадесет и пет юни през две хиляди и десета година в състав:

РАЙОНЕН СЪДИЯ: НИКОЛАЙ НИКОЛОВ

при секретаря В.Александрова, като разгледа докладваното от съдията НАХД № 7867 по описа за 2009 година и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.59-63 от ЗАНН.

Образувано е по жалба на "Нова телевизия-Първи частен канал" ЕАД срещу наказателно постановление /НП/ № 31/23.06.2009г., издадено от Маргарита Йорданова Пешева- Председател на Съвета за електронни медии, с което на жалбоподателя за нарушение на чл.55,ал.1 от Закона за здравето /ЗЗдр./, на осн. чл.218 ал.6 от ЗЗдр. /ред. ДВ. бр.70 от 10 Август 2004г./, вр.чл.126, ал.1 и ал.2 от Закона за радиото и телевизията /ЗРТ/, вр.чл.127 ал.2 от ЗРТ е наложена имуществена санкция в размер на 10 000 (десет хиляди) лева.

В жалбата се излагат доводи за незаконосъобразност и необоснованост на наказателното постановление (НП). Твърди се, че излъчената реклама е била на вино "Пещерока", а не на спиртна напитка-"Ракия Пещерска".

В съдебно заседание жалбоподателят, редовно уведомен, се представлява от адв. [REDACTED]. Процесуалният представител на жалбоподателя поддържа жалбата и моли НП да бъде отменено, като в тази насока излага подробни доводи в депозираните пред съда писмени бележки.

Въззиваемата страна- Съвет за електронни медии, се представлява чрез редовно упълномощен процесуален представител – юриконсулт [REDACTED] който оспорва основателността на жалбата и моли НП да бъде потвърдено.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства и направените доводи, приема за установено следното от фактическа страна:

Жалбоподателят "Нова телевизия-Първи частен канал" ЕАД е еднолично акционерно дружество, с предмет на дейност: изработване и разпространение на телевизионни програми, изграждане и поддържане на съоръжения за телевизионна дейност, придобиване на права върху телевизионни програми и др. Дружеството се управлява от Съвет на директорите и се представлява от Карл Якоб Мартин Андерсон.

На 07.04.2008г. "Винпром Пещера" АД депозирало в Патентно ведомство на Р.България с вх.№102615 заявка за регистрация на марка вино "Пещерока".

На 30.03.2009г. за времето от 11:47:22:15 часа до 11:48:07:03 часа по "Нова телевизия" /собственост на жалбоподателя/ в обособен рекламен блок по време на предаването "ВИП БРАДЪР:Голямото плюскане" била излъчена реклама на вино "Пещерока".

На 26.05.2009г. ██████████ съставила срещу "Нова телевизия-Първи частен канал" ЕАД АУАН №27 за това, че на 30.03.2009г. за времето от 11:47:22:15 часа до 11:48:07:03 часа по "Нова телевизия" в обособен рекламен блок по време на предаването "ВИП БРАДЪР:Голямото плюскане" била излъчена реклама на "Пещерска гроздова". От правна страна нарушението било подведено под материалната норма на чл.55,ал.1 от ЗЗдр.

Акът бил връчен на представител на жалбоподателя на същата дата.

На 23.06.2009 г. Председателят на СЕМ издал срещу "Нова телевизия-Първи частен канал" ЕАД атакуваното наказателно постановление № 31/23.06.2009г., с което на жалбоподателя за нарушение на чл.55,ал.1 от ЗЗдр., на осн. чл.218 ал.6 от ЗЗдр. /ред. ДВ. бр.70 от 10 Август 2004г./, вр.чл.126, ал.1 и ал.2 от ЗРТ вр.чл.127 ал.2 от ЗРТ е наложена имуществена санкция в размер на 10 000 (десет хиляди) лева .

Така установената фактическа обстановка съдът възприе въз основа на представените по делото писмени доказателства – Удостоверение от Агенцията по вписванията изх.№ 20091001131222/01.10.2009г., заповед №52/26.11.2008г. на председателя на СЕМ, заявка за регистрация на марка вх.№102615/07.04.2008г.; гласни доказателствени средства, събрани чрез разпит на свидетелката ██████████ /актосъставител/; веществени доказателства-техническо средство носител на електронни данни-CD-R,марка"Verbatim", с надпис върху него "Нова телевизия" 30.03.3009г., техническо средство носител на електронни данни-DVD+R, марка"Verbatim", с надпис върху него "Видеоклипове", както и от заключенията на основната и допълнителна фоноскопни експертизи, изготвено от вещите лица ██████████ и видеотехническата експертиза, изготвена от вещото лице ██████████

От показанията на св. ██████████ се установява, че последната е приела, че излъчената реклама е на "Пещерска гроздова", по изобразената в рекламната бутилка със зелен цвят и етикета, независимо, че надписа върху същия бил разфокусиран.

Поради това, че вещото лице ██████████ специалист в областта на видеозаписите не успя да отговори със сигурност дали върху етикета на бутилката от видеоклипа на CD-R,марка"Verbatim", с надпис върху него "Нова телевизия" 30.03.3009г. предоставен от СЕМ е изписано "Пещерска гроздова" или "Пещерока", съдът служебно е изискал от "Винпром Пещера" АД видеозаписи на рекламни клипове на "Пещерска гроздова" и на вино "Пещерока", за сравнителен анализ.

Настоящият съдебен състав кредитира като обективни и компетентно изготвени заключенията на основната и допълнителна фоноскопна експертиза. Вещите лица ██████████, по метода на изследване на звукови сигнали въз основа на анализ на непрекъснат говор са съпоставили звука от видеоклипа на излъчената по "Нова телевизия" на 30.03.2009г. за времето от 11:47:22:15 часа до 11:48:07:03 реклама, който е записан на файл върху CD-R,марка"Verbatim", с надпис върху него "Нова телевизия" 30.03.3009г. и звука от видеоклиповете на вино "Пещерока" и "Пещерска гроздова" записани на DVD+R, марка"Verbatim", с надпис върху него "Видеоклипове", предоставена от "Винпром Пещера" АД.

При сравнителния анализ вещите лица са категорични, че е налице пълно съвпадение единствено между звука от видеоклипа от файла върху CD-R,марка"Verbatim", с надпис върху него "Нова телевизия" 30.03.3009г. и звука от видеоклипа от файла вино "Пещерока" от DVD+R, марка "Verbatim", с надпис "Видеоклипове".

Вещото лице [REDACTED] изготвило заключението на видеотехническата експертиза, което настоящия съдебен състав кредитира като обективно, компетентно и правилно, посочва, че е налице пълно съвпадение единствено между изображението от видеоклипа от файла върху CD-R, марка "Verbatim", с надпис върху него "Нова телевизия" 30.03.3009г. и изображението от видеоклипа от файла вино "Пещерока" от DVD+R, марка "Verbatim", с надпис "Видеоклипове".

При така установената фактическа обстановка, съдът приема от правна страна следното:

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

Настоящият съдебен състав намира, че АУАН и НП са издадени от компетентни органи.

Настоящата инстанция е инстанция по същество /арг. чл. 63, ал. 1 от ЗАНН/. Следователно настоящият съдебен състав следва да провери законносъобразността на обжалвания индивидуален административен акт /НП/, независимо от наведените от жалбоподателя доводи.

Настоящият съдебен състав намира, че в хода на административнонаказателното производство са допуснати съществени нарушения на процесуалните правила, водещи до опорочаване на същото, ограничаващи правото на защита на нарушителя и обуславящи отмяна на атакуваното наказателно постановление.

Правоотношенията, които възникват в административно наказателното производство са между неравнопоставени субекти. От една страна — е административнонаказващия орган, упражняващ държавния империум, чрез своите правомощия, а от друга нарушителя /физическо или юридическо лице (едноличен търговец)/. С оглед на тази неравнопоставеност са създадени едни от основните принципи, гарантиращи законосъобразността на административнонаказателното производство и охраняващи правото на процесуална защита на нарушителя, а именно посочване на всички обективни факти възведени от диспозиция на императивна материално правна разпоредба като законов състав на административно нарушение.

На "Нова телевизия-Първи частен канал"ЕАД е ангажирана имуществена отговорност за нарушение на чл.55,ал.1 от ЗЗдр. Цитираната разпоредбата е императивна и забранява пряката реклама на спиртни напитки.

Спиртни напитки съгласно §.1,т.18 от ДР на ЗЗдр. са течности, предназначени за консумация, които съдържат най-малко 15 обемни процента етилов алкохол.

Нито в АУАН, нито и в НП се съдържат релевантни за нарушението факти, изясняващи колко обемни процента етилов алкохол се съдържа в напитката "Пещерска гроздова", която се твърди, че е била рекламирана от жалбоподателя.

Посочването на тези обективни дадености е задължително, за да може да се установи, че се рекламира спиртна напитка.

Липсата на пълно описание на нарушението от своя страна затруднява правото на защита на наказаното лице и представлява пречка да бъде определен по несъмнен начин предмета на доказване, който се въвежда в процеса единствено от административнонаказващия орган и не може да бъде допълван от съда или наказаното лице в производството по съдебен контрол на НП. С АУАН се поставя началото на

административнонаказателното производство и чрез него наказаното лице за първи път разбира в какво точно административно нарушение е обвинено, което изисква ясно описание на нарушението и посочване на всички факти, относими към състава на административното нарушение /чл.42,т.4 от ЗАНН/.

По този начин законодателят е гарантирал правото на процесуална защита на нарушителя в административно-наказателното производство, като му се предостави възможност да организира защитата си по всички обстоятелства, включени в състава на административното нарушение преди втората му фаза /производство по налагане на административно наказание/. Напротив административнонаказващият орган се е задоволил единствено дословно да преповтори посочената в АУАН фактическа обстановка, без да изследва в пълнота всички обстоятелствата, релевантни за нарушението, като по този начин е издал незаконосъобразен административен акт без да се е съобразил с процесуалния закон.

По прилагане на материалния закон:

От приетите от съда заключения на основна и допълнителна фоноскопна и видеотехническа експертизи се установява, че излъчената на 30.03.2009г. за времето от 11:47:22:15 часа до 11:48:07:03 часа по "Нова телевизия" /собственост на жалбоподателя/ в обособен рекламен блок по време на предаването "ВИП БРАДЪР:Голямото плюскане" реклама е на вино "Пещерока".

Съгласно чл.55,ал.2 от ЗЗдр. , рекламата на вино не е забранена, освен когато е насочена към лица под 18-годишна възраст, или се излъчва в предавания или се публикува в печатни издания, предназначени за тях; когато в рекламата се използват лица под 18-годишна възраст като участници; да се свързва употребата на алкохолни напитки със спортни и физически постижения или с управление на превозни средства; рекламата да съдържа неверни твърдения относно полза за здравето, социално или сексуално благополучие или да представя въздържанието или умереността в отрицателна светлина.

От снетия върху хартиен носител звуков фон на излъчената на 30.03.2009г. в интервала от време 11:47:22:15 часа до 11:48:07:03 часа по "Нова телевизия" реклама, както и от възпроизведените във видеотехническата експертиза изображения от същата, не се установява, наличието на някоя от визираните в чл.55,ал.2,т.1-т.4 от ЗЗдр. отрицателни препоставки, при които се забранява рекламата на вино.

От гореизложеното настоящият съдебен състав приема, че жалбоподателят "Нова телевизия-Първи частен канал"ЕАД от обективна страна с излъчването на 30.03.2009г. за времето от 11:47:22:15 часа до 11:48:07:03 часа по "Нова телевизия" в обособен рекламен блок по време на предаването "ВИП БРАДЪР:Голямото плюскане" реклама е на вино "Пещерока" не е консумирал състава на административното нарушение по чл.55,ал.1 от ЗЗдр.

Така с оглед на гореизложеното настоящият състав счита, че наказателното постановление следва да бъде отменено като незаконосъобразно, а жалбата-уважена.

Мотивиран от горното и на основание чл.63, ал.1 от ЗАНН, Софийски районен съд:

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ изцяло наказателно постановление № 31/23.06.2009г., издадено от Маргарита Йорданова Пешева- Председател на Съвета за електронни медии, с което на "Нова телевизия-Първи частен канал"ЕАД за нарушение на чл.55,ал.1 от Закона за здравето /ЗЗдр./, на осн. чл.218 ал.6 от ЗЗдр. /ред. ДВ. бр.70 от 10 Август 2004г./,

вр.чл.126, ал.1 и ал.2 отЗРТ, вр.чл.127 ал.2 от ЗРТ е наложена имуществена санкция в размер на 10 000 (десет 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:

ВЯРНО С ОРИГИНАЛА

СЕКРЕТАР:

