

РЕШЕНИЕ

№ 3112

гр. София, 09.05.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, ХХ КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 08.04.2022 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Стефан Станчев

ЧЛЕНОВЕ: Миглена Недева

Искра Гърбелова

при участието на секретаря Милена Чунчева и при участието на прокурора Стоян Димитров, като разгледа дело номер **1863** по описа за **2022** година докладвано от съдия Искра Гърбелова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 и сл. от АПК, във връзка с чл. 63, ал. 1 от ЗАНН.

Образувано е по постъпила касационна жалба от БЪЛГАРСКА НАЦИОНАЛНА ТЕЛЕВИЗИЯ /Б./ [населено място], [улица] представлявана от Е. К. - Генерален директор чрез Л. П. - процесуален представител, срещу Решение по н.а.х.д. № 1164/2021 г. по описа на СРС, НО, 129-ти състав, с което е потвърдено НП № РД-10-15/10.09.2021 г. на председателя на Съвета за електронни медии /С./, с което на основание чл. 126, ал.1 във вр. чл.127, ал.2. от Закона за радиото и телевизията /ЗРТ/ на Б. са наложени 2 /два/ броя имуществени санкции, в размер общо на 6000 /шест хиляди/ лева, както следва:

- 3 000 /три хиляди/ лв. за нарушение на чл. 75, ал.1, изр.2 от ЗРТ.
- 3 000 /три хиляди/ лв. за нарушение на чл. 75, ал.6 от ЗРТ.

Счита, че решението на съда е постановено в нарушение на закона, доколкото СРС е допуснал редица процесуални нарушения и е приложил неправилно закона, като е потвърдил несправедливо наложената на Б. имуществена санкция, тъй като счита, че не са налице посочените нарушения на чл. 75, ал.1 и ал.6 от ЗРТ. Излагат се съображения, че председателят на 129 с-в на СРС не е успял да разбере сложността на случая и е извършил неволно процесуално нарушение, тъй като не е уважил искането за техническа експертиза, а е решил да извърши сам оглед на запис на предаването,

представен от С.. Излагат се доводи, че кадрите, които съдът и административнонаказващият орган определят като скрито търговско съобщение на енергийна напитка и забранена реклама на електронно устройство за пушене, не е било възможно да бъдат скрити или избегнати, доколкото това е самостоятелно произведение, защитено от Закона за авторското право и сродните му, а другата причина е, че предаването се излъчва на живо и практически е невъзможно режисьорът да спира излъчването на картината, единствено когато тя включва споменатите по-горе продукти. Възражава се срещу извода на първоинстанционния съд, че доставчикът на медийни услуги е можел да прецени кои кадри да излъчи и кои — не, тъй като, видеоклипът е излъчен от неговото естествено начало и очевидно е щял да бъде излъчен в цялост, ако не се е наложило да бъде прекъснат преждевременно, заради пряко включване от пресконференция на политическа партия. Касаторът сочи, че не приема и извода, че аудиторията може да бъде подведена със скрита реклама, тъй като съдът и АНО разглеждат този факт само на плоскостта, че във видеоклипа се показват някакви продукти и основават разсъжденията си само върху това. Моли съда да отмени като неправилно и необосновано решението на Софийския районен съд.

В хода на съдебното производство касаторът се представлява от юрк. П..

Ответникът по касация - Съвета за електронни медии /С./, редовно призован се представлява от юрк. Д., който моли решението да бъде оставено в сила като правилно и законосъобразно.

Прокурорът от СГП дава заключение за неоснователност на жалбата и оставяне в сила на съдебния акт.

Административен съд София-град, ХХ-ти касационен състав, като прецени събраните по делото доказателства и наведените касационни основания, прилагайки нормата на чл. 218 от АПК, приема за установено от фактическа и правна страна следното:

Предмет на производството пред Софийския районен съд е наказателно постановление № РД-10-15/10.09.2021 г. на председателя на Съвета за електронни медии /С./, с което на основание чл. 126, ал.1 във вр. чл.127, ал.2. от Закона за радиото и телевизията /ЗРТ/ на Б. са наложени 2 /два/ броя имуществени санкции, в размер общо на 6000 /шест хиляди/ лева, както следва:

- 3 000 /три хиляди/ лв. за нарушение на чл. 75, ал.1, изр.2 от ЗРТ.
- 3 000 /три хиляди/ лв. за нарушение на чл. 75, ал.6 от ЗРТ.

Въз основа на събраните по делото доказателства, от фактическа страна е установено следното:

На 22.05.2021г. по програма „Б. 1“ в предаването „Денят започва с Г. Л.“ е проведено интервю с изпълнителните П. и Венци В.. В хода на последното е излъчена част от музикалния им видеоклип „Ако не сега, кога“. Клипът е излъчен между 10:02:24 часа и 10:04:37 часа. Е. се разделя на две, като едната част показва разговора между гостуващите и водещия, а другата клипа.

В 10:02:53 часа в едната половина на екрана, в частта с клипа, се вижда как изпълнителят Венци В. пуши електронна цигара, на която се забелязва лого, наподобяващо буквата „V“. В 10:02:57 часа в близък план е показан кадър на женски ръце, които държат търговска кутия с надпис „Varpro“, цифрата „11“ и същото лого, наподобяващо буквата „V“.

В 10:03:13 часа едната половина на екрана показва изпълнителят П. в студиото, а другата - крупен план на същия в клипа, като последният пуши от електронна цигара

„V”, на която се чете и надпис „С.”. Седем секунди по-късно, в 10:03:21 ч., е показан детайл на устата на П. и електронна цигара. От кадъра ясно се чете “Vapergo”, “С.” и #24”.

Малко по-късно, в 10:04:01ч, клипът вече се показва на цял екран. В 10:04:11 ч. е налице кадър, на който П. е масажиран от жена, а на преден план стоят два кена от енергийна напитка “Hell” от разновидността им „Classic”. В 10:04:36 ч. се вижда на цял екран крупен кадър на „Hell Classic”, ръката на Венци В. и цвете.

Контролните органи приели, че няколкократно показване на кенове от енергийната напитка и електронните устройства за пушене и тяхното използване от изпълнителите представлява скрито търговско съобщение по смисъла на чл.75, ал.2 от ЗРТ.

Длъжностните лица извършили проверка на сайта на производителя на електронни устройства за пушене “Vapergo”. От последната е установено, че показаните в предаването разновидности „Blueberry Intense #11” и “candy #24” са със съдържание на силно пристрастяваща съставка на тютюна - никотин 20мг/мл.

Органът констатирал нарушение на разпоредбите на чл.75, ал.1, изр.2 и чл.75,ал.6 от ЗРТ, като е приел че излъченото представлява скрито търговско съобщение по смисъла на чл.75, ал.2 от ЗРТ, тъй като с аудио-визуално съдържание се представят брандове и продукти - “Vapergo” „Hell Classic”. С показването на крупни кадри на заснемане на продуктите и тяхното използване от страна на изпълнителите се представя скрито търговско съобщение. Последното, длъжностните лица извели от факта, че П. и Венци В. са влиятелни личности, чиито действия се възприемат от младите поколения като норма за поведение. Такова медийно съдържание представлява търговска комуникация с аудиторията. Органът е констатирал и нарушение на разпоредбата на чл.75, ал.6 от ЗРТ, доколкото показаните в клипа, респ в предаването продукти “Vapergo” съставляват електронни цигари, като използваните аромати са със съдържание на никотин.

И. Р. Л., на длъжност - „инспектор“ в С., съставил АУАН № НД-01-19/09.08.2021 г. връчен надлежно на представляващ дружеството-жалбоподател.

В срока по чл.44 ал.1 от ЗАНН било депозирано възражение.

Въз основа на съставения АУАН, наказващият орган издал атакуваното наказателно постановление № РД-1015/10.09.2021 г. на председателя на Съвета за електронни медии.

При така приетата за установена фактическа обстановка, Софийският районен съд е обосновал правния извод, че както АУАН, така и НП са издадени от оправомощени за това длъжностни лица.

По отношение на нарушението на чл.75, ал.1, изр.2 от ЗРТ, съдът е счел, че са правилни изводите на АНО за наличието на възможност за въвеждане в заблуждение. Въззивния съд е посочил, че за Б. е съществувало и съществува задължение да не нарушава забраната за излъчване на скрити търговски съобщения, като в случая Б. е следвало и е можело да направи преценката дали излъченото съставлява търговско съобщение и дали то попада в кръга на забранените такива.

По отношение на нарушението на чл.75, ал.6 от ЗРТ, съдът е изложил, че от доказателствата по делото безспорно се е установило, че показаните в предаването разновидности „Blueberry Intense #11” и “candy #24” са със съдържание на силно пристрастяваща съставка на тютюна – никотин.

Относно приложение на чл.28 от ЗАНН, СРС е счел, че не би могло да се говори за липса или незначителност на вредните последици, тъй като посоченото нарушение е

формално, на просто извършване и за довършването му не е необходимо настъпването на някакъв допълнителен съставомерен резултат. Не е налице и третата алтернатива от визираната дефинитивна норма, а именно „други смекчаващи обстоятелства“, които да редуцират степента на обществена вредност на нарушението съпоставима с нарушенията от същия вид.

Решението е законосъобразно, обосновано и правилно.

Съдът е извършил дължимата цялостна проверка относно спазването на материалния и процесуалния закон, като в решението са изложени достатъчно ясно и конкретно съображенията, въз основа на които съдът е формирал изводите си.

В случая касационният жалбоподател е бил санкциониран за това, че на посочената дата и час в предаването „Денят започва с Г. Л.“ при проведено интервю с изпълнителните П. и Венци В., е излъчена част от музикалния им видеоклип „Ако не сега, кога“, в който се вижда как изпълнителят Венци В. пуши електронна цигара, на която се забелязва лого, наподобяващо буквата „V“, както и е показан кадър на женски ръце, които държат търговска кутия с надпис „Varepro“, цифрата „11“ и същото лого, наподобяващо буквата „V“. От видеоклипа се вижда ясно на цял екран крупен кадър на „Hell Classic“, ръката на Венци В. и цвете.

Спорният по делото въпрос е дали така излъченото съобщение отговаря на легалната дефиниция за скрито търговско съобщение по чл. 75, ал.2 ЗРТ.

Съгласно чл.75, ал. 2 ЗРТ скрито търговско съобщение е представянето с думи, звук или картина на стоки, услуги, наименование, търговска марка или дейности на производител на стоки или доставчик на услуги в предавания, когато с това представяне доставчикът на медийни услуги цели осигуряването на реклама и то би могло да подведе аудиторията по отношение на своята същност, особено ако е направено срещу възнаграждение или подобно заплащане.

Видно от цитираната разпоредба, за да е реализирана хипотезата на "скрито търговско съобщение" следва да са налице две кумулативни предпоставки - 1. представяне с цел рекламиране; и 2. въвеждане на аудиторията в заблуждение относно естеството на съобщението.

За разлика от заплащането, което не е задължителен елемент от фактическия състав по чл.75, ал.2 ЗРТ и не е необходимо да се доказва и установява, то целта да се осигури реклама е елемент от състава на нарушението. В подаденото срещу АУАН възражение санкционираното лице излага твърдения, че целта на екипа е не да излъчи клипа в неговата цялост, а да служи само за покритие на разговора – в медиен ефект. От записа на предаването обаче ясно се вижда, че в 10:04:36 ч. клипа е показан на цял екран, а на преден план ясно и многократно се вижда енергийна напитка “Hell Classic”. След издаване на наказателното постановление санкционираното лице твърдения, поддържани и в подадената касационна жалба, посочвайки, че целта била клипа да се излъчи в неговата цялост, като покритие на разговора, тъй като Закона за авторското право и сродните му права /ЗАПСП/ не допуска аудиовизуални произведения да бъдат променяни или коригирани по какъвто и да било начин. В случая обаче не става въпрос за промяна или корекция /преработка/ на излъченото произведение, а за възможността да се излъчи част от аудиовизуално произведение, каквато безспорно допуска ЗАПСП. Безспорно е също така, че от доставчика на медийни услуги е допуснато излъчването на клип именно, в частите, в които на кадрите ясно се виждат търговските марки “Varepro” и “Hell Classic”, последното излъчено и на цял екран, което обосновава извод за осигуряването на реклама на тези

продукти. Неоснователни в тази връзка са изложените в жалбата възражения, че кадрите не е могло да бъдат скрити или избегнати, тъй като доставчикът на медийни услуги е бил длъжен и е имал възможност да прегледа записа и да не излъчи конкретните кадри с показване на търговските марки. В тази връзка без значение се явява обстоятелството дали клипа е щял да бъде излъчен в неговата цялост.

Налице е и втората предпоставка - въвеждане на аудиторията в заблуждение. Това е така предвид характера на предаването, което не е предназначено за рекламиране. Напротив, аудиторията очаква да ѝ бъде представена информация, отнасяща се до конкретното музикално произведение, но без изображения на продукти, целящи да привлекат вниманието на зрителя като бъдещ техен потребител. В тази връзка основателни са изложените от ответника съображения, че описаното съдържание би могло да се третира като призив към зрителите за закупуване на цитираните продукти, както с това представяне доставчикът цели осигуряването на реклама, което би могло да подведе аудиторията по отношение на своята същност.

Безспорно се установява и че единият от продуктите, представени в клипа, е устройството за пушене с марка „Varepro“. Доколкото на показаната стока са налични надписи, посочващи разновидността (вкуса) на електронната цигара и че същата е със съдържание на никотин, нарушението попада под забраната на чл.75, ал.6 от ЗРТ.

Разпоредбата на чл. 126, ал. 1 от ЗРТ вменява на доставчиците на медийни услуги, какъвто е касатора, отговорността за нарушение на чл.75 от ЗРТ. В тази връзка настоящият състав намира, че за касатора е съществувало и съществува задължение да не нарушава забраната за пускане на скрити търговски съобщения. Задължението за съблюдаване на забраната включва в себе си и преценката, която е задължен да прави доставчикът на медийни услуги, относно съдържанието на пусканите от него в ефир търговски съобщения. В тази връзка, касаторът е следвало и е можел да направи преценката, за това излъчваното търговско съобщение попада ли в кръга на забранените такива. Като не е направил това и е допуснал излъчването на такова търговско съобщение, касаторът е извършил вмененото му нарушение.

Видно от гореизложеното, Софийски районен съд правилно е приложил закона, като е преценил, че описаното в АУАН и НП аудио-визуално съдържание представлява скрито търговско съобщение по смисъла на чл.75, ал.2 от ЗРТ, поради което правилно е потвърдил издаденото от председателя на С. наказателно постановление.

Случаят не може да се определи като маловажен. Конкретното административно нарушение не представлява по-ниска степен на обществена опасност в сравнение с обикновените случаи на административно нарушение от този вид. Мотивите на СРС за неприложимост на разпоредбата на чл.28 от ЗАНН са правилни.

Воден от горното и на основание чл. 221, ал.2 от АПК във връзка с чл. 63в от ЗАНН, Административен съд София-град

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ В СИЛА Решение по н.а.х.д. № 1164/2021 г. по описа на СРС, НО, 129-ти състав

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: