

РЕШЕНИЕ

№ 137

гр. София, 09.01.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, II КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 09.12.2011 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Милена Славейкова

ЧЛЕНОВЕ: Владимир Николов

Деница Митрова

при участието на секретаря Камелия Миладинова и при участието на прокурора Никова, като разгледа дело номер **8505** по описа за **2011** година докладвано от съдия Милена Славейкова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208-228 от АПК във вр.чл.63 ЗАНН.

Образувано е по касационна жалба на [фирма], ЕИК[ЕИК] със седалище и адрес на управление [населено място], [улица] чрез управителя Б. И. И. срещу **РЕШЕНИЕ** от 17.06.2011г. на **СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НАКАЗАТЕЛНО ОТДЕЛЕНИЕ**, 7-ми състав по нахд № 2384/2011 г., с което е потвърдено наказателно постановление (НП) № 14 от 18.01.2011 г., издадено от председателя на СЕМ, с което на основание чл.126а, ал.5, т.1 от Закона за радиото и телевизията (ЗРТ) му е наложена имуществена санкция в размер на 3000 лв. за нарушение на чл.125в, ал.1 ЗРТ.

В касационната жалба са развити съображения за неправилност на първоинстанционния съдебен акт, като постановен в нарушение на материалния закон и съществени нарушения на съдопроизводствените правила. Касаторът поддържа, че не е задължено лице по чл.125в ЗРТ, тъй като не разпространява телевизионни програми. С оглед сключения договор за предоставяне на услугата „HDTV” от 01.02.2010 г. посочва, че единствено предоставя под наем изградената от него мрежа, а услугата се предоставяла от [фирма]. Посочва, че установяването на нарушението не може да стане единствено въз основа на проверка в регистъра по чл.33, ал.1, т.1 ЗЕС, тъй като същият касае единствено предприятия, които са уведомили КРС, че ще осъществяват

обществени електронни съобщения, но не дали ефективно разпространяват телевизионни програми. Поддържа, че са допуснати нарушения на чл.57, ал.1, т.5 и т.6 и чл.52, ал.4 ЗАНН. Касаторът претендира съда да постанови решение, с което да бъде отменено обжалваното решение на СРС и по същество на спора да бъде отменено наказателното постановление.

Ответникът по касационната жалба Съвет за електронни медии оспорва жалбата.

Представителят на СОФИЙСКА ГРАДСКА ПРОКУРАТУРА счита жалбата за неоснователна.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД-С.-град, като прецени събраните по делото доказателства и наведените касационни основания прилагайки нормата на чл.218 АПК, приема за установено от фактическа и правна страна следното:

Със съдебно решение от 17.06.2011г. Софийски районен съд, Наказателно отделение, 7-ми състав по нахд № 2384/2011 г. е потвърдил наказателно постановление № 14/18.01.2011 г., издадено от председателя на СЕМ, с което на основание чл.126а, ал.5, т.1 ЗРТ на касатора е наложена имуществена санкция в размер на 3000 лв. за нарушение на чл.125в, ал.1 ЗРТ.

За да постанови решението си, първоинстанционния съд е събрал като доказателства по делото показанията на актосъставителя Е. Х. Е., на свидетел на установяване на нарушението по АУАН А. В. В., както и писмените доказателства, представени с наказателното постановление, приобщени по реда на чл.283 НПК. Въз основа на тях е обосновал правен извод, че при съставяне на АУАН и издаване на НП не са допуснати съществени процесуални нарушения, като касаторът е осъществил състава на нарушението по чл.125в, ал.1 ЗРТ.

Съобразно чл.218 АПК касационната инстанция дължи произнасяне само относно наведените в жалбата касационни оплаквания, като следи служебно за валидността, допустимостта и съответствието на решението с материалния закон. Съдът намира, че обжалваното решение на СРС, НК, 7-ми състав е валидно и допустимо.

На първо място следва изрично да се посочи, че районният съдия е приел в обжалваното решение (стр.3, абзац 2), че институтите на „маловажност” по чл.28, б.”а” ЗАНН, респективно „малозначителност” по чл.9 НК вр. чл.11 ЗАНН са неприложими с оглед характера на осъщественото нарушение. Ето защо съдът не дължи произнасяне по изложените в касационната жалба доводи за неправилно приложение на нормата на чл.28 ЗАНН.

Административно наказващият орган е намерил нарушение на нормата на чл.125в, ал.1 ЗРТ, която задължава предприятията, които разпространяват български и чуждестранни програми, да предоставят на СЕМ на всеки 6 месеца актуализиран списък на разпространяваните програми и документите, свързани със:

1. придобиване на правата за разпространение на програмите;

2. придобиване на правата за разпространение на произведенията, звукозаписите и записите на аудио-визуални произведения, включени в разпространяваните програми.

Съгласно пар.1, т.1 от ДР на ЗРТ (разпоредба, която е изменена в същия брой на Дв бр.12/2010 г., когато е изменена разпоредбата на чл.125в ЗРТ, респ. е

създадено задължение за СЕМ да поддържа регистъра по чл.125к ЗРТ) "Разпространение на програми" е 1. първоначалното предаване или излъчване, независимо от използваната технология, 2. на радио- или телевизионна програма, 3. предназначена за приемане от слушатели или зрители. То включва и обмяна (препредаването) на програми между оператори, за да бъдат приети от аудиторията. Установява се от показанията на разпитаните пред СРС свидетелите В. и Е., че за установяване на нарушението не е извършено проследяване, дали реално се излъчват в ефир програми или не, а проверката се извършва въз основа на това, дали предприятието е уведомило КРС за намерението си да осъществява обществени електронни съобщения и да предоставя услугата разпространение на радио и телевизионни програми чрез електронни съобщителни мрежи. Публичният регистър бил единственият източник, от който съдят, че предприятията се занимават с тази дейност. Присъствието в списъка било достатъчно доказателство за развиване на дейност. В съдържанието на АУАН и НП тази проверка намерила израз в констатацията, че касаторът е предприятие, което фигурира в публичния регистър по чл.33, ал.1, т.1 от ЗЕС. Съгласно чл.33, ал.1 ЗЕС КРС създава и поддържа два публични регистъра:

- 1 на предприятията, уведомили комисията за намеренията си да осъществяват обществени електронни съобщения и
2. които имат разрешения за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс, уведомили комисията за намеренията си да осъществяват обществени електронни съобщения;

Обществени електронни съобщения се осъществяват след подаване на уведомление до КРС (чл.66 ЗЕС), докато електронните съобщения се осъществяват след издаване на разрешение в случаите, когато е необходим индивидуално определен ограничен ресурс. Т.е. специалният закон прави разлика между предприятията, които уведомяват КРС за намеренията си да осъществяват обществени електронни съобщения и тези, които осъществяват електронни съобщения, за които се издава разрешение в случаите, когато е необходим индивидуално определен ограничен ресурс.

Предприятие, което е уведомило КРС за намерението си да осъществява обществени електронни съобщения, има правата по чл.74 ЗЕС, които възникват от датата на подаденото уведомление по образец. Уведомлението съдържа предполагаема дата на започване предоставянето на обществени електронни съобщения (чл.75, ал.2, т.5 ЗЕС). Комисията вписва лицето в регистъра по чл. 33, ал. 1, т. 1 ЗЕС в 14-дневен срок от датата на получаване на уведомлението или от отстраняване на непълнотите. Предприятието, осъществяващо обществени електронни съобщения, уведомява КРС за всяка промяна на данните от уведомлението по ал. 1 в 14-дневен срок от настъпването на промяната. За прекратяване предоставянето на електронни съобщителни мрежи или услуги предприятието също уведомява КРС.

ЗРТ регулира обществените отношения, свързани с медийните услуги, предоставяни от доставчици на медийни услуги. Разпоредбата на чл.2 ЗРТ дава легална дефиниция за „медийна услуга”, а на чл.4 ЗРТ – за доставчик на медийна услуга. Доставчик на медийни услуги е физическо лице - едноличен търговец, или юридическо лице, което носи редакционна отговорност за избора на

съдържанието на медийната услуга и определя начина, по който тя е организирана. Радио- или телевизионен оператор е доставчик на линейни медийни услуги (програми) за радио/телевизия въз основа на програмна схема. Доставчиците на медийни услуги са обществени и търговски. Доставчиците на медийни услуги, които не са лицензирани/регистрирани като обществени, са търговски (чл.6 ЗРТ). Доставчиците на медийни услуги имат задължението да разпространяват програми и предавания само с предварително уредени авторски и сродни на тях права (чл.9, ал.1 ЗРТ). Разпоредбата на чл.125в, ал.1 ЗРТ, като задължава предприятията да предоставят на СЕМ определен вид информация, гарантира възможност на СЕМ да контролира спазването на задължението по чл.9, ал.1 ЗРТ.

Съгласно чл.105, ал.1 ЗРТ радио- и телевизионна дейност за създаване на програми, предназначени за разпространение чрез електронни съобщителни мрежи, когато се ползва индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър, се осъществява въз основа на индивидуални лицензии, издадени от Съвета за електронни медии при условията и по реда на този закон. Разпоредбата на чл.116д, ал.1 ЗРТ урежда лицензионен режим за радио- и телевизионна дейност за създаване на програми, предназначени за разпространение чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване. Лицензията дава право програмите да се разпространяват от предприятие, на което е издадено разрешение от Комисията за регулиране на съобщенията за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър, за осъществяване на електронни съобщения чрез мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване на териториалния обхват, посочен в разрешението. В едномесечен срок от издаването на разрешение по реда на ЗЕС предприятието по чл. 116д, ал. 2 предлага на Съвета за електронни медии вида и профила на лицензираните радио- и/или телевизионни програми, които ще разпространява чрез електронните съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване (чл.116з, ал.1 ЗРТ). Създадената с ЗИД на ЗРТ (Д.в. бр.12/2010 г-) нова разпоредба на чл.125к ЗРТ въвежда задължение за СЕМ да поддържа публичен регистър с 5 самостоятелни раздела. Пети раздел включва предприятията, които разпространяват български и чуждестранни програми чл.125к, ал.2, т.5 ЗРТ). Част от данните в този регистър е списъкът на разпространяваните програми, съответно в цифров и аналогов пакет, срокът, до който предприятието има отстъпени права за разпространение на съответната програма, както и териториален обхват, за който предприятието има отстъпени права за разпространение на съответната програма чл.126к, ал.6 ЗРТ). Именно данните по чл.125к, ал. 6, т. 3, 4, 5 и 6 се предоставят от предприятията заедно с информацията по чл. 125в (чл.125л, ал.4 ЗРТ). Разпоредбата на чл.125л, ал.4 ЗРТ дава възможност на СЕМ да събира служебно информация въз основа на публичните регистри, водени от КРС по ЗЕС за обстоятелствата по 125к, ал. 6, т. 1 и 2 ЗРТ, т.е. данни за юридическите лица и за органите на управление. Останалата информация по чл.125к, ал.6 ЗРТ, вкл. списък на разпространяваните програми, се предоставя от предприятията. По аргумент от тази разпоредбата (чл.125л, ал.4 ЗРТ) за установяване на нарушението по чл.125в, ал.1 ЗРТ не е достатъчна служебната проверка в регистъра на КРС по ЗЕС. Съдът, в решаващия си състав, приема, че е необходимо да се прояви активност за събиране на допълнителна информация от предприятието, преди да се пристъпи към санкциониране на бездействието му.

Наказаното лице не оспорва, че в срока по чл.125в ЗРТ (в случая до 24.08.2010 г.) не е предоставило на СЕМ визираните в разпоредбата документи, но е поддържало, че не осъществява разпространение на български и чуждестранни програми. За последното обстоятелство предприятието безспорно е длъжно да уведоми СЕМ, но съдът приема, че от това бездействие не може да се презюмира разпространение на български и чуждестранни програми. Т.е. с оглед на горепосочената разлика между уведомителния режим за осъществяване на обществени електронни съобщения, разрешителния режим за осъществяване на електронни съобщения в случаите, когато е необходим индивидуално определен ограничен ресурс и лицензионния режим по ЗРТ, касационната инстанция приема, че единствено чрез проверка в регистъра на КРС по чл.33, ал.1, т.1 ЗЕС не може да се приеме, че е доказано извършването на нарушение по чл.125в ЗРТ. В АУАН и НП е посочено, че след като предприятието е вписано в регистъра по чл.33, ал.1, т.1 ЗЕС, то същото предоставя услугата „разпространение на радио- и телевизионни програми”, който извод не следва категорично въз основа на анализа на относимите правни норми.

В случая касаторът е направил възражение срещу съставения му АУАН по реда на чл.44, ал.1 ЗАНН, към което е приложил договор за предоставяне на услугата „HDTV” от 01.02.2010 г. Съгласно същия договор касаторът, в качеството му на „провайдер” – предприятие, което има изградена мрежа за пренос на сигнал и данни до краен потребител, се е задължил да предоставя на своите клиенти услугата HDTV. Другата страна по договора [фирма] е регистриран кабелен оператор, който има право да предлага услуга за пренос на цифрова телевизия и телевизия с висока резолюция. Услугата HDTV представлява пренос на цифрова телевизия и телевизия с висока резолюция на крайни потребители. Провайдерът е предоставил за ползване собствената си мрежа, като се е задължил да предоставя услугата от името на ХДТВ. ХДТВ притежава изключителното право да разпространява и предлага на крайни потребители услугата HDTV. В чл.6 от договора ХДТВ е декларирал, че е получил по съответния договорен и законов ред правата за разпространение на телевизионните и радио програми, излъчване съгласно договора. ХДТВ се е задължил да осигури включването в услугата HDTV на радио- и телевизионни програми, като сключва договори със собствениците на съответните програми и лицата, притежаващи права за излъчването им. ХДТВ сключва договорите от свое име и за своя сметка и носи отговорност за изпълнението им. Провайдерът не е страна по договорите със собствениците и не носи отговорност, свързана с изпълнение на задължения по тях - чл.10, ал.3 от договора. Именно затова всички неуредени авторски права по отношение на предаваните радио- и телевизионни програми се уреждат от ХДТВ (чл.11, ал.4 от договора) и ХДТВ се е задължил да разпространява радио- и телевизионните програми в съответствие с действащото законодателство (чл.11, ал.1 от договора). Респ. провайдерът не носи отговорност за законността и характера на излъчваните медии (чл.11, ал.3 от договора). Разпоредбите на договора от 01.02.2010 г. са указание, че касаторът не е предприятие, което разпространява български и чуждестранни програми по смисъла на чл.125в, ал.1 ЗРТ, а е предоставило своята мрежа за пренос на данни. Самата услуга HDTV като пренос на цифрова телевизия и телевизия

с висока резолюция до крайни потребители се осъществява от името и за сметка на друго лице (чл.1, ал.1 от договора от 01.02.2010 г.). Тези данни по делото потвърждават изводите, че информацията по чл.125в, ал.1 ЗРТ не може да се събира единствено служебно въз основа на публичните регистри на КРС по ЗЕС, а следва да се потърси съдействието на съответното предприятие, което да предостави актуални данни за дейността си, за да понесат санкция единствено предприятията, които реално разпространяват български и чуждестранни програми по смисъла на чл.125в, ал.1 ЗРТ.

По изложените съображения и като не е констатирал неправилното приложение на императивните материално правни норми (за чието приложение касационната инстанция следи служебно) районният съдия е постановил обжалваното решение при неправилно приложение на материални закон. Ето защо и поради допуснатото касационно основание по чл.348, ал.1, т.1 вр. ал.2 НПК обжалваното решение следва да бъде отменено на основание чл.221, ал.2 АПК вр. чл.63, ал.1 ЗАНН. По същите съображения следва да бъде отменено и обжалваното пред СРС наказателно постановление № 14/18.01.2011 г., издадено от председателя на СЕМ.

Водим от горното АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД-С.-град, II Касационен състав

Р Е Ш Е Н И Е :

ОТМЕНЯ съдебно решение от 17.06.2011 г. на СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НАКАЗАТЕЛНО ОТДЕЛЕНИЕ, 7-ми състав по нахд №2384/2011 г., с което е потвърдено наказателно постановление № 14/18.01.2011 г., издадено от председателя на СЕМ **и вместо него**

ОТМЕНЯ изцяло наказателно постановление № 14/18.01.2011 г., издадено от председателя на СЕМ, с което на [фирма], ЕИК[ЕИК] със седалище и адрес на управление [населено място], [улица] на основание чл.126а, ал.5, т.1 ЗРТ на касатора е наложена имуществена санкция в размер на 3000 лв. за нарушение на чл.125в, ал.1 ЗРТ.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.