

РЕШЕНИЕ

№ 6974

гр. София, 25.11.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 12.11.2021 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Антоанета Аргирова

ЧЛЕНОВЕ: Татяна Жилова

Луиза Христова

при участието на секретаря Спасина Иванова и при участието на прокурора Моника Малинова, като разгледа дело номер **9553** по описа за **2021** година докладвано от съдия Антоанета Аргирова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208-чл.228 от Административно-процесуалния кодекс /АПК/, вр. с чл.63, ал.1 от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

С Решение от 03.08.2021 г., постановено по н.а.х. дело №5434/2021 г. по описа на Софийския районен съд, СРС, НО, 93-ти състав е потвърдил Наказателно постановление /НП/ №6605/30.04.2019 г., издадено от заместник-министъра на културата, с което на [фирма], на основание чл. 98в, ал. 1 от Закона за авторското право и сродните му права /ЗАПСП/ е наложено административно наказание – „имуществена санкция“, в размер на 2500 лева, за извършено нарушение на чл. 97, ал. 1, т. 5, предложение първо ЗАПСП.

В срока и по реда на чл.211, ал.1 от АПК, вр. чл.63, ал.1 от ЗАНН решението е обжалвано от [фирма], с искане да бъде отменено, заедно с потвърденото НП. Наведените касационни основания за оспорване са за нарушение на закона и допуснати съществени нарушения на процесуалните правила - чл. 348, ал. 1, т. 1 и т.2 НПК, вр. чл. 63, ал.1, изр. 2-ро ЗАНН. Тяхното осъществяване е аргументирано с доводи, аргументирани с доводи за неизяснена фактическа обстановка, необсъждането и неанализирането на възраженията, изложени в сезиращата го жалба, вкл. и тези, свързани с маловажност на случая по смисъла на чл.28 ЗАНН.

В съдебно заседание пред АССГ касаторът, чрез процесуалния си представител-адв.Г.

поддържа жалбата и моли за уважаването ѝ.

Ответникът, чрез процесуалния си представител-юрк.С. оспорва жалбата и моли за отхвърлянето ѝ, както за присъждането на разноски.

Участващият по делото прокурор от СГП дава заключение за неоснователност на касационната жалба.

Съдът, като взе предвид релевантите с жалбата касационни основания по смисъла на чл.348 от НПК, вр.чл.63, ал.1, изр.2-ро ЗАНН и тези, за които следи служебно на основание чл.218, ал.2 от АПК, вр.чл.348 и чл.354 от НПК, намира за установено следното:

I.Касационната жалба е допустима.

Подадена е от лице, легитимирано да оспори решението на въззивната инстанция и при спазване на установения за това преклузивен 14-дневен срок.

II. Разгледана по същество жалбата е основателна.

Районният съд е приел за установено от фактическа страна, че на 12.11.2018 г. служител на Министерството на културата извършил проверка по спазването на ЗАПСП в обект, находящ се в [населено място], кв. Д., [улица], който е стопанисван от [фирма]. В хода на проверката контролните органи установили, че обектът е бил отворен за посетители и е бил озвучен с музикални произведения, като музиката звучала от колони, свързани към усилвател, включен към ТВ приемник. За разпознаване на произведенията проверяващият е използвал служебно мобилно устройство със сериен № R 58JA6JY54R с инсталирани програми S., S. и T. ID, при което е констатирано използване на три произведения чрез публично изпълнение на запис. До приключване на проверката на проверяващите не били представени договори, с които да е получено необходимото по закон разрешение от правноносителя/ите за вида използване на посочените произведения. За констатациите на проверяващите е бил съставен констативен протокол № 6605/12.11.2018 г. като със същия представляващият дружеството бил поканен да се яви в Министерство на културата, дирекция „Авторско право и сродните му права“ и да представи заверени копия на посочени в констативния протокол документи.

На 13.11.2018 г. наказващият орган е отправил запитване до сдружение „М.“ - дружество на композитори, автори на литературни произведения и музикални издатели, относно авторите на описаните в констативния протокол музикални произведения и управлява ли дружеството техните права при публично изпълнение, има ли договори за взаимно представителство със съответните чуждестранни авторски дружества, както и има ли договор между сдружение „М.“ и стопанисващия обекта на проверката. От получения отговор от „М.“ от дата 15.11.2018 г. е установено, че произведенията, записани в констативния протокол са идентифицирани с авторите си и че те членуват в чуждестранни авторски дружество, с което „М.“ има сключени договори за взаимно представителство. Идентифицирането на произведенията е извършено чрез международната база данни С.-Н., която се поддържа от всички организации за колективно управление. Заявено е, че между сдружението и търговеца, стопанисващ обекта на проверката няма договор, с който да са отстъпени права за публично изпълнение на музикални произведения.

На 20.11.2018 г. срещу [фирма] бил съставен акт за установяване на административно нарушение № 6605/2018 г., а въз основа на него е издадено процесното НП. Деянието било квалифицирано като нарушение на чл. 97, ал. 1, т. 5, пред. 1, вр. с чл. 18, ал. 1, ал. 2, т. 3, пред. 2 и ал. 3 във вр. с чл. 35, чл. 36 и чл. 58

ЗАПСП.

При така установената фактическа обстановка, от правна страна съдът е приел, че АУАН и съставеното въз основа на него НП са постановени при спазване на процесуалните правила, предвидени в ЗАНН. Приел е, че визираното в наказателното постановление административно нарушение е безспорно установено и покрива хипотезата на чл. 97, ал. 1, т. 5, пред. 1, вр. с чл. 18, ал. 1, ал. 2, т. 3, пред. 2 и ал. 3 във вр. с чл. 35, чл. 36 и чл. 58 ЗАПСП.

III. Решението е постановено при допуснати съществени процесуални нарушения-касационно основание по чл.348, ал.1, т.1 НПК, вр.чл.63, ал.1 ЗАНН:

Суверенно право на решаващия съдебен състав е да формира вътрешно убеждение, но това следва да стане при обективно, всестранно и пълно изясняване на всички обстоятелства по делото, обективизирано в мотивите към съдебния акт, което в конкретния случай не е било сторено. Въззивната инстанция всякога е длъжна да даде отговор на възраженията и доводите на страните независимо дали ги счита за основателни или не и дали ги уважава или не. Този именно отговор е израз на задължението на въззивна инстанция, която е и контролна такава - да провери изцяло законосъобразността на НП. Резултатът от тази проверка не може да е формален. Той винаги трябва да бъде обективизиран по делото - в мотивите на въззивния съдебен акт, така че да стане достояние на страните, а страната, която е изтъкнала довод в хода на съдебното производство, да узнае и проследи начина на формиране на волята на съда, по силата на която аргументите са или не са уважени. Всяко отклонение от принципите на чл. 13 и чл. 14 от НПК, вр.чл.84 ЗАНН представлява съществено процесуално нарушение.

В случая в мотивите на оспореното решение не са обсъдени възраженията на касатора и не им е даден аргументиран отговор.

IV. Веднъж вече решението на въззивната инстанция е било отменено от АССГ, поради допуснати съществени процесуални нарушения, а делото- върнато за ново разглеждане от друг състав на СРС, поради което повторна отмяна с връщане на делото за ново разглеждане е недопустима.

V. Следователно решението подлежи на отмяна на основание чл.348, ал.1, т.2 НПК, вр.чл.63, ал.1 ЗАНН, като спорът се реши по същество. Насрочване на делото в открито съдебно заседание след отмяната на решението на СРС не се налага, тъй като основанийето за постановяваната отмяна е липсата на надлежни мотиви, без доказателствена нужда от събирането на допълнителни доказателства-чл.227, ал.1 и ал.2 АПК, вр.чл.63, ал.1 ЗАНН.

V. По възраженията на касатора, обективизирани в жалбата до СРС / и в касационната жалба/, АССГ излага следното:

1. Неоснователно е възражението, че решението е постановено при неизяснена фактическа обстановка, поради неустановяването с коя от инсталираните на служебното мобилно устройство със сериен № R 58JA6JY54R програми S., S. и T. ID е установено използването на 3 произведения чрез публичното изпълнение на запис- W. E. B. of My H.-T. D., I W. it W. R. D.-P. C., Be My lover-La B..

Действително в НП не е посочено изрично от фактическа страна дали е използвана една, две или трите посочени програми. Липсата на изключване на някоя от тях, чрез посочването й, обаче обуславя извод, че са използвани и трите програми. Отделно от това самото твърдение на касатора, че S. не различава оригиналния от ремикс варианта на музикално произведение, не изключва съставомерността на деянието, тъй

като нито се твърди, нито са налице данни, че посочените три произведения са записани в алтернативни версии /ремикс/ и то от други автори, съотв. че авторите на тези версии / за които липсват данни/ не се представляват от Дружеството на композитори, автори на литературни произведения и музикални издатели за колективно управление на авторски права „М.“, рег. под №62-00-0152/27.10.2011 г. Имено с това дружество касаторът е сключил договор след извършването на проверката и на същия този договор се позовава, за да обоснове възражението си за непропорционалност на наложената санкция.

2. Ирелевантни за съставомерността на деянието са и възраженията, свързани с това, че касаторът е потребител на телекомуникационни услуги по договор с телевизия „Б.“ и че по време на проверката се излъчвала телевизионната програма „М. TV“, както и съдебната практика, на която се позовава:

Публичното представяне или изпълнение на произведението-чл.18, ал.2, т.3 ЗАПСП е форма на използване, съгл.чл.18, ал.1 от с.з.

В съотв. с легалните дефиниции, дадена в § 1, 5а (нова – ДВ, бр. 21 от 2014 г.) и т.6. (изм. - ДВ, бр. 28 от 2000 г., доп., бр. 77 от 2002 г., бр. 99 от 2005 г., изм., бр. 25 от 2011 г., в сила от 25.03.2011 г.) ДР на ЗАПСП, „съобщаване на публиката" е изпращането на изпълнението до публиката чрез всякакви средства без излъчването по безжичен път по начин, даващ възможност на публиката да го слуша и/или гледа; „ползватели на произведения“ са физическите и юридическите лица, като издателства, театри, организатори на концерти, радио- и телевизионни организации, предприятия, които осъществяват обществени електронни съобщителни услуги чрез електронна съобщителна мрежа за разпространение на български или чуждестранни радио- или телевизионни програми, заведения за обществено хранене и забава, продуценти на звукозаписи, филмови продуценти, доставчици на съдържание в Интернет и други, които довеждат произведението до знанието на читателите, зрителите и слушателите пряко или чрез други лица – разпространители“.

Съгласно приложената с НП норма на чл.97, ал.1, т.5, (изм. - ДВ, бр. 25 от 2011 г., в сила от 25.03.2011 г., бр. 28 от 2018 г., в сила от 29.03.2018 г.), който в нарушение разпоредбите на този закон използва чрез публично изпълнение на запис произведения, записани изпълнения, звукозаписи, записи на филми или други аудио-визуални произведения, радиопрограми или телевизионни програми се наказва с глоба или имуществена санкция в размер от две хиляди до двадесет хиляди лева, ако не подлежи на по-тежко наказание.

Затова и съдебните решения, на които се позовава касаторът, постановени за деяния, извършени преди влизането в сила на изменението на нормата-29.03.2018 г. са неотнормисими спрямо процесното деяние, извършено на 12.11.2018 г. В случая изпълнителното деяние „използва“ е осъществено чрез публично изпълнение на телевизионна програма в заведението на жалбоподателя.

3. Основателно обаче е възражението, че наложеното наказание не съответства на обществената опасност на деянието и дееца, както и на смекчаващите и отегчаващите отговорността обстоятелства, по следните съображения:

От фактическа страна:

а/ Установява се от Констативен протокол №6605/12.11.2018 г., съставен служителя на МК, извършил проверката, че стопанисваният от касатора обект разполага с 15 места за посетители, което стеснява значително кръга на лицата, до които са могли да бъдат доведени процесните произведения;

б/ Установява се, че на третия ден след проверката, а именно на 16.11.18 г. касаторът е сключил с М. С. договор за разрешаване използването на музикални и свързани с тях литературни произведения при публично изпълнение в хотели, заведения за хранене и развлечения, казина и игрални зали, търговски обекти и други публични места, като заявката за това до М. е била направена още в деня на проверката-Заявка №5951/12.11.18 г.;

в/ Съгласно чл.25, ал.2 от Договора, ползвателят дължи плащане на компенсационно възнаграждение за използване на произведения от репертоара на М. от първи януари на годината на подписване на договора, в размер, определен пропорционално съгласно действащите правила и посочените в Приложение №1, периоди на работа на обектите. Видно от Приложение №1 по Заявка №5951/12.11.18 г., като дата на отваряне на заведението е посочена 12.11.18 г., а определеното възнаграждение от 01.01.2018г. до 31.12.2018 г. е както следва:за 2018-14.38 лева; 2019 г.-105 лева.

г/ Установява се, че на същата дата-16.11.18 г. с Фактура №[ЕГН] касаторът е заплатил авторското възнаграждение за озвучаване на един обект за периода от 12.11.2018 г. до 31.12.2018 г., т.е. за период, обхващащ и деня на проверката-12.11.18 г. В този смисъл вредата за авторите на процесните произведения е била отстранена.

д/ Установява се, че АУАН е съставен на 20.11.2018 г., а НП е издадено на 17.04.2019 г., т.е. след сключване на договора и заплащането на възнаграждението по него, което е станало на 16.11.2018 г. Следователно превеждането на поведението на касатора в съответствие със законово дължимото е станало доброволно, а не е в резултат на административна принуда

е/ В АУАН и в НП не се сочи и в административнонаказателната преписка няма данни касаторът да е наказван за нарушения на ЗАПСП от същия или друг вид.

ж/ Усложнената епидемична обстановка в страната, започнала през месец март 2020 година и продължаваща към настоящия момент, поставя не само гражданите в тежка ситуация, но и бизнеса, предвид ограничителните мерки, които търпят взаимно. Същевременно АНО не обосновава нито към момента на издаване на НП, нито към момента на приключване на касационното производство добро финансово състояние на дружеството-касатор. Имущественото състояние е сред релевантните обстоятелства при индивидуализацията на наказанието-чл.27 ЗАНН.

з/ Нарушението е осъществено на 12.11.2018 г. и към настоящия момент са изтекли повече от три години.

От правна страна:

Съгласно чл. 28 от ЗАНН, за маловажни случаи на административни нарушения наказващият орган може да не наложи наказание, като предупреди нарушителя, устно или писмено, че при повторно извършване на нарушение ще му бъде наложено административно наказание. Преценката за "маловажност на случая" подлежи на съдебен контрол. В неговия обхват се включва проверката за законосъобразност при приложението на чл. 28 от ЗАНН. Когато съдът констатира, че предпоставките на разпоредбата са налице, но наказващият орган не я е приложил, това е основание за отмяна на НП и на съдебното, решение, което го потвърждава, поради издаването им в противоречие със закона /Тълкувателно решение № 1/12.12.2007 г. на ВКС по т.н.д. № 1/2007 г., ОСНК/. В случая АССГ, XII касационен състав намира, че хипотезата на чл.28 ЗАНН е осъществена, обратно на приетото от СРС. При тълкуването на посочената норма следва да се съобразят същността и целите на административнонаказателното производство, уредено в ЗАНН, като се има предвид и

субсидиарното приложение на НК и НПК. Административно-наказателният процес е строго нормирана дейност, при която за извършено административно нарушение се налага съответно наказание. Логическото и систематично тълкуване на материалноправната норма на чл.28 ЗАНН аргументира нейната приложимост спрямо всички административни нарушения, включително и за процесното, поради което и неприложимостта на чл.28 от ЗАНН не може да се аргументира априори със значимостта на защитените със ЗАПСП обществени отношения, без да се отчита конкретиката на случая, типичната за този вид нарушения обществена опасност, както и другите смекчаващи и отегчаващи отговорността обстоятелства. Именно степента на обществена опасност на конкретно извършеното противоправно деяние е от значение да се реши дали това деяние е административно нарушение или макар да е формално съставомерно, но като неразкрива или изключва висока степен на обществена опасност е малозначително, на което сочат правнозначимите и установени по делото факти.

Това, че деянието е формално съставомерно не означава, че наличието на едно изключително или многобройни смекчаващи отговорността обстоятелства не следва да бъдат отчетени и да се прецени значимостта им за постигане целите на административнонаказателното производство чрез освобождаване от налагане на административно наказание по чл.28 ЗАНН с предупреждение за нарушителя, че при повторно извършване на нарушение ще му бъде наложено административно наказание.

В случая са налице, както многобройни смекчаващи отговорността обстоятелства, така и едно изключително. Многобройните смекчаващи отговорността обстоятелства са тези посочени по-горе в т.3, буква „а“ до буква „ж“. А като изключително смекчаващо отговорността обстоятелство следва да се цени това по т.3, б.“з“-изтеклият повече от три години срок за реализиране на административнонаказателната отговорност на касатора се явява неразумно дълъг. / Решение № 584 от 23.12.2009 г. на ВКС по н. д. № 529/2009 г., III н. о., НК, докладчик съдията П. П., вр. чл.11 и чл.84 ЗАНН/.

Санкцията предвидена за нарушението, предмет на НП- осъществено използване чрез публично изпълнение на телевизионни програми- е в размер от две хиляди до двадесет хиляди лева, съгласно чл.97, ал.1, т.5 ЗАПСП.

Предвид конкретиката на случая определянето на санкция и в минималния предвиден в закон размер-2000 лева нарушава принципа на пропорционалност. Принципът на съразмерност/пропорционалност на санкциите представлява общ принцип на правото на Европейския съюз, предвиден в чл. 49, пар. 3 от Хартата на основните права на ЕС, а в по-общ смисъл - в чл. 5 от Договора за ЕС.

Този принцип е част от ценностите на правото на ЕС и е въведен в българското законодателство в чл. 6 от АПК, като в областта на административното наказване следва да бъде преценен през призмата на чл.28 ЗАНН. Следва да бъде посочено изрично, че за разлика от наказателното право /чл.55 НК/, в административнонаказателното право съдът не може да определи наказание под установения в приложимата санкционна норма минимален размер /чл.97, ал.1, т.5 ЗАПСП, в случая/. Преценката за спазване на принципа на пропорционалност се осъществява единствено чрез правилата за индивидуализация на административното

наказание в границите на размера на наказанието, установени в приложимата санкционна норма /чл.27 ЗАНН/ и законовата рамка за маловажност на случая по чл.28 ЗАНН.

В практиката на СЕС преценката за това, дали ситуацията е изцяло национална, се прави на база на това, дали въпросната ситуация може да засегне търговията между държавите - членки, а не на база на това, дали в конкретната ситуация има или няма отношения между държави-членки. /решение по дело C-384/08; решение от 1 юни 2010 г. по дело В. Р. и С. Г. и решение по дело А. Г. С -342/17/. В практиката си СЕС подчертава, че принципът на пропорционалност е задължителен за държавите - членки, както относно определянето на състава на нарушението, така и относно тежестта на санкциите, а също и относно „елементите, които могат да бъдат отчитани при определянето на глобата" /решение от 19 октомври 2016 г., EL EM 2001, C-501/14, EU:C:2016:777, т. 41, решение от 22 март 2017 г. по обединени дела C-497/15 и C-498/15, Е. Т., т. 43/. „Строгостта на санкциите трябва да бъде в съответствие с тежестта на наказваните с тях нарушения“, като същевременно се съблюдава основния принцип на пропорционалност /решение от 19 октомври 2016 г., EL EM -2001, C 501/14, EU:C:2016:777, т. 40 и решение по обединени дела C-497/15 и C-498/15, т. 42/.

С оглед на изложеното, АССГ обуславя крайния си извод, че в съответствие с чл.28 ЗАНН, конкретиката на случая налага същият да бъде определен като маловажен. Налагането на санкция и в минималния установен от закона размер-2000 лева се явява непропорционална мярка спрямо обществената опасност на нарушението и нарушителя, определящи се като ниски, предвид наличието на едно изключително и многобройни смекчаващи отговорността обстоятелства, установени несъмнено по делото. Следователно издаденото НП, като противоречащо на закона, следва да се отмени.

VI. При този изход на спора и на основание чл.63, ал.3 ЗАНН, своевременно заявеното искане на касатора /с касационната жалба в случая/ за присъждане на разноски за всички съдебни инстанции /чл.226, ал.3 АПК/ е основателно и следва да бъде уважено в доказани им размер-300 лева заплатено адвокатско възнаграждение, в съотв. с договор за правна защита и съдействие от 07.05.21 г. и платежно нареждане към него от 10.05.21 г. Доказателства за други направени разноски не са приложени до изтичане на преклузивния срок-приключване на устните състезания по делото. Не е приложен и списък на разноските по чл.80 ГПК, вр.чл.144 АПК, вр.чл.63, ал.3 ЗАНН.

Водим от горното и на основание на основание чл.227, ал.1 и ал.2 АПК, вр. чл.348, ал.1, т.2 НПК, вр.чл.63, ал.1 З., Административен съд София-град, XII-ти касационен състав

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ Решение от 03.08.2021 г., постановено по н.а.х. дело №5434/2021 г. по описа на Софийския районен съд, като постановено при допуснати съществени нарушения на процесуалните правила по чл.348, ал.1, т.2 НПК, вр.чл.63, ал.1 ЗАНН при новото му разглеждане от друг състав на СРС.

ОТМЕНЯ, на основание чл.227 ал.1, вр.ал.2 АПК, Наказателно постановление №6605/30.04.2019 г., издадено от заместник-министъра на културата, с което на [фирма] е наложено административно наказание – „имуществена санкция“, в размер на 2500 лева, за извършено нарушение на чл. 97, ал. 1, т. 5, предложение първо от Закона за авторското право и сродните му права.

ОСЪЖДА Министерството на културата да заплати на [фирма], ЕИК[ЕИК] сумата в размер на 300 /триста/ лева, разноски по делото за всички съдебни инстанции.

Решението е окончателно и не може да бъде обжалвано и/или протестирано.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:
2.

ЧЛЕНОВЕ: 1.