

РЕШЕНИЕ

№ 429

гр. София, 26.01.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, VII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 16.12.2022 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Ралица Романова

ЧЛЕНОВЕ: Георги Терзиев

Пенка Велинова

при участието на секретаря Веселина Григорова и при участието на прокурора Цветослав Вергов, като разгледа дело номер **8892** по описа за **2022** година докладвано от съдия Георги Терзиев, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208-228 от Административно - процесуалния кодекс (АПК) във вр. чл. 63в от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Образувано е по касационна жалба на „Телевизия Евроком“ ООД с ЕИК[ЕИК], чрез адв. Н. срещу Решение № 3111 от 11.08.2022 г. по НАХД № 6699/2021 г. по описа на Софийски районен съд (СРС), Наказателно отделение, 17-ти състав, с което е изменено наказателно постановление (НП) № РД-10-5/08.04.2021 г., издадено от председателя на С.. С НП на основание чл. 126, ал. 1 от Закона за радиото и телевизията (ЗРТ) на „Телевизия Евроком“ ООД е наложена имуществена санкция в размер на 3000 лв. за нарушение на чл.84, ал. 2, т. 2 от ЗРТ. СРС се изменил НП относно извършеното нарушение и е определил нарушение на чл. 84, ал. 3, т. 2 от ЗРТ.

Срещу така постановеното решение е постъпила в срок касационна жалба, с която се иска неговата отмяна. Касаторът твърди, че същото е неправилно постановено при неправилно приложение на материалния закон. Счита, че в предаването не се говори за конкретен лекарствен продукт, а международно патентно название. Отделно от това се позовава на приложението на чл. 28 от ЗАНН.

В съдебно заседание, чрез адв. Н. поддържа касационната жалба и претендира

разноски.

Ответникът – С., чрез процесуалния си представител юрк. П. оспорва жалбата като неоснователна. Претендира присъждането на юрисконсултско възнаграждение.

Представителят на Софийска градска прокуратура заявява становище за неоснователност на касационната жалба.

По допустимостта на касационната жалба:

Административен съд София – град намира, че касационната жалба е допустима, като подадена от надлежна страна по смисъла на чл. 210, ал. 1 АПК, във вр. чл. 63, ал. 1, изр. 2 ЗАНН, в преклузивния 14-дневен срок по чл. 211, ал. 1 АПК, във вр. чл. 63, ал. 1, изр. 2 ЗАНН и срещу съдебно решение, подлежащо на касационен контрол.

По съществуването на касационната жалба:

Разгледана по същество - касационната жалба е основателна и е налице наведеното касационно основание.

В производството пред СРС е установено, че на 27.11.2020 г. по телевизионна програма „Е.“, излъчвана от доставчика на медийни услуги „Телевизия Евроком“ ООД, за времето от 19:55 часа до 22:42 часа било излъчено предаването „ЕвроДикоф“, като в последната част гост в студиото бил акад. В. М. (бивш ректор на Медицинския университет - С.), който коментирал темата Covid - 19. Преди и по време на разговора зрителите били предупредени звуково и визуално, че „предаването съдържа продуктово позициониране“.

В предаването водещият представил своя събеседник акад. В. М., напомняйки, че това е човекът вкарал осемдесет милиона лева в касата на „Медицинския университет“, като негов ректор, и продължил с думите: „Сега обаче ми се обади снощи, вкъщи, за да ми каже, че иска да помогне на сума ти хора и ще говори за едно лекарство и на всичкото отгоре, представете си, евтино, което може да помогне на сума ти хора. Г. М., съзнавате добре отговорността в тия смутни времена. Изперкал е народът, включително и аз съм се уплашил сериозно. Когато става дума за лекарства, нещата са изключително чувствителни и да не заблудим“. Водещият Д. и гостът акад. В. М. коментирали изписаната на екрана тема на разговор „В помощ срещу Covid - 19?“, като от 22:34:56 часа до 22:42:08 часа бил представен медикаментът „Б.“, като средство против коронавирус. Като част от предаването било излъчено следното аудиовизуално съдържание (описано и в НП) :

А.. В. М.: Искам само да направя един кратък увод ... (и детайлно разяснява на зрителите структурата и естеството на коронавируса, значението на медицинското му наименование, като показва нагледно снимки на самия вирус с помощта на водещия). ... Отдавна се знае, че едно елементарно лекарство, което е в приложение в практиката от 1963 г., значи преди 57 години, то се нарича „Б.“ (показва опаковката и в същия момент излиза надпис „В предаването има продуктово позициониране“, изписан над самата тема). Ето го, продава се във всяка една аптека, без рецепта и е много евтино.

Значи, 20 таблетки са 3 лева и нещо, което означава, че един курс може да се направи със 7 лева - 14-дневен курс, три пъти по едно хапче.

Междувременно, на екран академикът показва в близък план опаковката на цитирания медикамент „Б.“, кутия в бяло и зелено със заличено с маркер име на производителя и частично заличен надпис, от който се чете „Б. ... 8 mg, таблетки“.

А.. В. М.: Този „Б.“ инхибира или блокира една от тези протеази, които срязват „S“ белтъка и когато блокира тази протеаза, вирусът не може да проникне вътре в клетката.

Водещ: А това се взима като профилактика ли или вече след като се е разболял?

А.. В. М.: Така, сега - препоръчва се това да се вземе като профилактика и в началните стадии, още докато вирусът се опитва да влезе вътре в клетката, за да блокира влизането на вируса вътре в клетката. Аз отдавна... Това нещо се знае. Значи, това е факт, който никой не може да го опровергае. Има научни изследвания, че „Б.“ инхибира една от тези протеази. Въпросът е, аз съм си задавал много пъти въпроса, защо това нещо няма данни в литературата за клинични проучвания и най-накрая тука преди месец, месец и нещо, излязоха такива данни няколко клинични проучвания, в които се показва, че хора, които вземат „Б.“, страничните ефекти от Ковида рязко намалят. Значи, правят две групи едната, която взема „Б.“, другата, която не взема „Б.“, сравняват ги. Тези, които влизат в интензивно отделение, са много по-малко от тези, които вземат „Б.“ в сравнение с другата група. Няма смъртни случаи от тези, които са вземали „Б.“, докато от другата група има там, във въпросното изследване, смъртни случаи. Няма тежки усложнения при „Б.“. Там има много повече тежки усложнения и авторите препоръчват нещо, с което аз напълно съм съгласен и се солидаризирам, това нещо да се взема профилактично три пъти по едно на ден или в началните стадии на заболяването може да се взема и в по-високи дози. Те са стигали, в дози, три пъти по четири, което прави 96 милиграма на ден, без да има странични ефекти. Сега, когато се вземе един медикамент, най-важното нещо е има ли странични ефекти и може ли пациентът да бъде уморен от тези странични ефекти. Защото всичките тези лекарства, които се прилагат в момента като „Хидроксихлорохина“, като „Р.“, те имат и странични ефекти, те не са толкова безобидни. Сега, това нещо (отново показва опаковката на лекарствения продукт) няма почти никакви странични ефекти.

Водещ: Ясно, добре. Казаха ми малко преди началото на предаването, че „Хидроксихлорохинът“ струвал 67 лв. в България. Цената му била у нас в пъти по-скъпа, отколкото в Румъния или Гърция. Не знам доколко е вярно, предстои да го

А.. В. М.: Възможно е! Възможно е това нещо, „Р.“, аз чух някаква цифра от сорта на 800 - 900. Това обяснява защо фирмите не стимулират клинични проучвания с този препарат, който е изключително евтин, нали, стотинки. Едно е да продадеш един „Р.“, нали, а колко такива опаковки трябва да се продадат, за да се постигне същата печалба? И това е, просто искам да обърна внимание, че ако това нещо се взема профилактично или в началните стадии, някой като почувства, че нещо го хваща и ако

го вземе, примерно три пъти по две, това може доста да му облекчи положението и може въобще да елиминира минаването в интензивни отделения. Това се препоръчва горещо и аз мисля, че няма никакъв риск от това „Б. да се взема масово. Точно сега в този период, когато тука вирусът повсеместно е тръгнал.

Водещ: Извънредно включихме акад. В. М. в нашето предаване. Д. да е полезна тази информация за евтино лекарство, което да действа срещу коронавируса.

На 29.11.2020 г. в сградата на Съвета за електронни медии св. Б. Б. Б., на длъжност „старши инспектор“ в С., извършила мониторинг от Интегрираната система за мониторинг на С. на телевизионната програма с наименование „Е.“ в посочената й част от 27.11.2020 г. Св. Б. преценила, че видно от показаната опаковка със зелен цвят в предаването е позициониран лекарственият продукт „Б. А.“. Същата извършила справка в интернет страницата на Изпълнителна агенция по лекарствата към Министерсра на здравеопазването, при която установила, че в списъка на регистрираните лекарствени продукти с наименование „Б.“ (Bromhexin/Bromhexine) са включени няколко продукта на две различни компании — Bromhexin Actavis (таблетки), Bromhexine Sopharma (инжекционен разтвор) и Bromhexine SOPHARMA (сироп и таблетки). Установило се още, че лекарственият продукт „Б. А.“ не е включен в списъка на Лекарствените продукти без лекарско предписание в Република България, публично достъпен на интернет страницата на Изпълнителна агенция по лекарствата. Извършващият проверката инспектор от С. приел, че в предаването „ЕвроДикоф“ на 27.11.2020 г. от 22:34:56 ч. до 22:42:08 ч. в телевизионна програма „Е.“, създавана и предоставяна за разпространение от доставчика на медийни услуги „Телевизия Евроком“ ООД, е включено продуктово позициониране на лекарството „Б.“, което се продава само по лекарско предписание.

С оглед така достигнатия извод, св. Б., на длъжност „старши инспектор“ в С., преценила, че е извършено нарушение на чл. 84, ал. 2, т. 2 от ЗРТ, поради което на 15.02.2021 г. изпратила покана до дружеството за явяване на техен представител за съставяне на АУАН в тридневен срок от получаване на поканата. Същата била получена от дружеството на 17.02.2021 г., но негов представител не се явил в указания срок.

Поради това след изтичане на така дадения срок, на 22.02.2021 г. св. Б. съставила против доставчика на медийни услуги „Телевизия Евроком“ ООД АУАН № НД-01-НД-01- 2/22.02.2021 г. в отсъствието на законен или упълномощен представител на жалбоподателя и в присъствието на двама свидетели по съставяне на акта. В АУАН били цитирани посочените по-горе кадри от предаването „ЕвроДикоф“ и изказвания, които според св. Б. включват позициониране на конкретен лекарствен продукт - „Б.“, който се предоставя само по лекарско предписание. Свидетелката квалифицирала констатираното нарушение като такова по чл. 84, ал. 2, т. 2 от ЗРТ, която разпоредба във всички случаи забранява предаванията да включват позициониране на конкретни лекарствени продукти или медицинско лечение, които се предоставят само по лекарско предписание в държавата членка, под чиято юрисдикция попада доставчикът на медийни услуги.

В мотивите на посочения акт, св. Б. приела, че позиционираният в предаването продукт може да се идентифицира като „Б. А.“ по зеления цвят на показаната опаковка, като независимо от обявеното в ефир от академ. В. М., че лекарството се продава „във всяка една аптека без рецепта“, лекарственият продукт се предоставя само по лекарско предписание.

АУАН бил изпратен по пощата с препоръчано писмо с обратна разписка на адреса на управление на „Телевизия Евроком“ ООД по реда на чл. 128, ал. 2, т. 1 от ЗРТ, като на 25.02.2021 г. бил връчен на представител на дружеството. Срещу така съставения АУАН на 02.03.2021 г. в С. постъпило писмено възражение, в което са развити доводи, че лекарственият продукт „Б.“ действително не фигурира в списъка на Лекарствените продукти без лекарско предписание в Република България, публично достъпен на интернет страницата на Изпълнителна агенция по лекарствата, но посоченият списък бил в сила от 15.12.2020 г., т.е. 18 дни след излъчване на предаването от 27.11.2020 г.

С оглед релевираните доводи във възражението, че датата, на която е излъчено продуктово позициониране (27.11.2020 г.), е преди датата на актуализиране на списъка на интернет страницата на Изпълнителна агенция по лекарствата (15.12.2020 г.), на основание чл. 52, ал. 4 от ЗАНН, с цел разследване на спорното обстоятелство дали медикаментът е такъв, предоставян само по лекарско предписание и към датата на извършване на нарушението, на 12.03.2021 г. председателят на С., изпратил запитване до Изпълнителната агенция по лекарствата (ИАЛ) към Министъра на здравеопазването с искане за информация дали към 27.11.2020 г. посоченият лекарствен продукт е бил включен в Списъка на лекарствените продукти без лекарско предписание в Република България. В отговор, на 25.03.2021 г. в С. постъпило писмо вх. № НД-02 19-00-7 от изпълнителния директор на ИАЛ, който уведомял С., че лекарственият продукт „Б. А.“ е бил с режим на предписване „по лекарско предписание“ и към 27.11.2020 г. и не е бил включен в Списъка на лекарствените продукти без лекарско предписание

При така изложената фактическа обстановка и въз основа на АУАН е издадено и процесното НП.

За да постанови оспореното решение, районният съд е приел, че при издаването на НП не са допуснати нарушения на материалния закон и на процесуалните правила, които да накърняват правото на защита на нарушителя. Приел е също така за безспорно установено, че касаторът е осъществил състава на визираното нарушение.

Решението е неправилно.

Както в процесния АУАН, така и в издаденото въз основа на него НП, са описани ясно и в достатъчно пълна степен всички елементи от състава на констатираните три административни нарушения. При извършената проверка настоящата инстанция не установи нарушения на процедурните правила за съставянето на АУАН и НП. Същите отговарят на изискванията относно формата и съдържанието им, посочени в разпоредбите на чл. 42, съответно чл. 57 от ЗАНН, а отразената в акта фактическа

обстановка е намерила съответното изражение и в издаденото НП.

Съгласно чл. 74, ал. 4 ЗРТ "позициониране на продукт 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". "Позициониране на продукт е форма на търговско съобщение, което представлява включване или споменаване на продукт, услуга или търговска марка в предаване или генериран от потребител видеоклип срещу заплащане или друго подобно възнаграждение".

Съгласно чл. 84, ал. 1 ЗРТ "предаванията, включващи позициониране на продукти, трябва да отговарят на следните изисквания: 1. тяхното съдържание, а при програми - тяхното подреждане в програмната схема, да не бъдат повлияни по начин, засягащ отговорността и редакционната независимост на доставчика на медийни услуги; 2. да не насърчават пряко закупуването или наемането на стоки и услуги, по-специално като рекламират изрично въпросните стоки или услуги; 3. да не изтъкват неоправдано съответния продукт; 4. зрителите да са ясно информирани за съществуването на позициониране на продукти".

Разпоредбата на чл. 84, ал. 2, т. 2 от ЗРТ посочва забрана за включване на позициониране на конкретни лекарствени продукти или медицинско лечение, които се предоставят само по лекарско предписание в държавата членка, под чиято юрисдикция попада доставчикът на медийни услуги.

От доказателствата по делото се установява, че в телевизионното предаване е показана опаковка със задраскан производител и част от наименованието, като в ефир се вижда единствено наименованието бромхексин.

На първо място, настоящият състав, счита, че самото наименование на продукта представлява международно непатентно название. Правилни са доводите на касатора, че така посоченото наименование не представлява „наименование на лекарствен продукт“ според пар. 1, т. 37 от Закона за лекарствените продукти и хуманната медицина, тъй като не е налице търговското име на продукта, което е задраскано. Безспорно е в случая, че международното непатентно име е бронхомексин, като с тази съставка са регистрирани няколко лекарствени продукта на различни производители.

Доводите на СРС, че съобразно посочената опаковка, може да се установи производителя на лекарствения продукт е неправилен. Действително е възможно познаване на лекарството само по опаковката, но това по никакъв начин не може да се приеме, че би се разпознало от всеки зрител, точно обратното това било възможно от зрители, изключително запознати с лекарствените продукти и производителите на лекарства в страната, за които каквито и заличавания по даден лекарствен продукт не биха били пречка за идентифицирането му.

От изложеното по-горе се установява, че не е налице извършване на състава на чл. 84, ал. 2, т. 2 от ЗРТ.

На следващо място, дори да се приеме, че е извършено нарушение, то би

следвало да се приложи чл. 28 от ЗАНН, както правилно е посочил касаторът. Преценката за маловажност на случая подлежи на съдебен контрол. В случая предпоставките на чл. 28, б. „а“ ЗАНН са били налице, но наказващият орган и СРС не са ги е приложил. Съгласно ТР № 1/12.12.2007 г. по тълк. н. д. № 1/2005 г. ОСНК – ВКС, когато съдът констатира, че предпоставките на чл. 28, б. „а“ ЗАНН са налице, но административнонаказващият орган не ги е приложил, това е основание за отмяна на НП като в този случай преценката на съда е преценка за законосъобразност. „Маловажен случай“, съгласно § 1, т. 4 от ДР на ЗАНН е този, при който извършеното нарушение от физическо лице или неизпълнение на задължение от едноличен търговец или юридическо лице към държавата или община, с оглед на липсата или незначителността на вредните последици или с оглед на други смекчаващи обстоятелства, представлява по-ниска степен на обществена опасност в сравнение с обикновените случаи на нарушение или на неизпълнение на задължение от съответния вид. В конкретния случаи към датата на извършване на нарушението действително лекарствения продукт се е продавал в аптечната мрежа с лекарско предписание, но преди постановяване на НП лекарствения продукт вече е могъл да се закупува свободно без рецепта. От така изложеното се установява, че действително 18 дни след излъчване на предаването лекарството е поставено в списъка с медикаментите предоставяни без лекарско предписание, което действително обуславя наличието на по-ниска обществена опасност на извършеното нарушение, поради което следва да се приложи и чл. 28 от ЗАНН.

Не на последно място, следва да се отбележи, че СРС в своето решение е изменил НП, като е преквалифицирал извършеното нарушение от 84, ал. 2, т. 2 от ЗРТ на чл. 84, ал. 3, т. 2 от ЗРТ. Посочената правна норма, на която е преквалифицирано нарушението не съществува в ЗРТ, като не е налице такава алинея в чл. 84 от ЗРТ. Така извършеното преквалифициране представлява процесуално нарушение, водещо до отмяна на решението на СРС само на това основание.

При този изход на спора и на основание чл. 63д, ал. 1 ЗАНН, е основателна претенцията на касатора за присъждане на направените по делото разноски в размер на 450 лв., съобразно договор за адвокатски услуги.

Водим от горното и на основание чл. 222, ал. 2 АПК във връзка с чл. 63в ЗАНН, Административен съд София – град, VII-ми касационен състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение № 3111 от 11.08.2022 г. по НАХД № 6699/2021 г. по описа на Софийски районен съд (СРС), Наказателно отделение, 17-ти състав.

ОТМЕНЯ Наказателно постановление № РД-10–5/08.04.2021 г., издадено от председателя на С., с което на основание чл. 126, ал. 1 от ЗРТ на „Телевизия Евроком“ ООД е наложена имуществена санкция в размер на 3000 лв. за нарушение на чл.84, ал. 2, т. 2 от ЗРТ.

ОСЪЖДА Съвет за електронни медии да заплати на „Телевизия Евроком“ ООД сумата от 450 (четиристотин и петдесет) лева, представляваща разноски по делото.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване или протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ :

ЧЛЕНОВЕ :1.

2.