

РЕШЕНИЕ

№ 4416

София, 03/27/2012

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Петчленен състав - I колегия, в съдебно заседание на осми март две хиляди и дванадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: МАРИНИКА ЧЕРНЕВА
ТЕОДОРА НИКОЛОВА
ЧЛЕНОВЕ: ЕМИЛИЯ МИТКОВА
ДОНКА ЧАКЪРОВА
МИРА РАЙЧЕВА

при секретар
на прокурора
от съдията

Григоринка Любенова
Огнян Атанасов
ТЕОДОРА НИКОЛОВА

и с участието
изслуша докладваното

по адм. дело № 1255/2012. 

Производство по реда на чл.208 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК.
Образувано е по две жалби, съответно на „Финансконсулт” ЕООД със седалище в гр. Пловдив и на „Кингс Табако” ЕАД със седалище в гр. Пловдив. Двете дружества обжалват Решение № 12398 от 04.10.2011г. на Върховния административен съд, тричленен състав на четвърто отделение по адм.д.№ 7199 по описа за 2011г., с което са отхвърлени жалбите им против Решение № 567 от 04.05.2011г. на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) по преписка № КЗК-712 от 07.09.2010 г. С него КЗК е установила неизпълнение на свое решение № 637 от 08.06.2010 г. по преписка КЗК№3/2010г. от страна на „Финансконсулт” ЕООД, в частта му относно незабавно прекратяване на нарушението, установено в т. 2 от диспозитива на решението и е наложила имуществена санкция на дружеството в размер на 7 120 лв. Със същото решение КЗК е установила неизпълнение на същото решение № 637 от 8.06.2010 г. от страна на „Кингс Табако” ЕАД, в частта му

относно незабавно прекратяване на нарушението, установено в т. 3 от диспозитива на решението и е наложила имуществена санкция на дружеството в размер на 666 320 лв.

В жалбата на „Финансконсулт“ ЕООД се твърди, че съдебното решение е неправилно, като постановено при съществено нарушение на процесуални правила, противоречие с материалния закон и необоснованост- касационни основания по чл.209 т.3 АПК, изразяващи се в : отказ за спиране на съдебното производство до приключване на висящо съдебно производство по адм.д.№ 8791/2010г. на Върховния административен съд, с предмет преюдициален на този на настоящето дело; несъобразяване от страна на първоинстанционния съд, че сигналът до КЗК, по който е започнало производството по издаване на процесното решение на Комисията е подаден от нелегитимирана страна; необосновано съдът приел по същество, че е налице нарушение от страна на жалбоподателя на общата забрана по чл.29 ЗЗК чрез нарушаване на други законови разпоредби и чрез бездействие. Допълнително, с молба в касационното производство от страна на този жалбоподател, се твърди, че с влязло в сила решение на петчленен състав на ВАС е отменено решение № 637 от 08.06.2010 г. по преписка КЗК№3/2010г. и макар отмененото решение да е било изпълняемо, дружеството е направило всичко в рамките на възможното, без да засяга упражняването на чужди права, за изпълнението му. Исква се отмяна на съдебното решение и постановяване на ново по същество, с което бъде отменено оспореното решение на КЗК, както и присъждане на разноски за двете съдебни инстанции.

В жалбата на „Кингс Табако“ ЕАД, която е само против решението в частта му, с която е отхвърлена жалбата на това дружество против посоченото Решение на КЗК, се твърди, че съдебното решение в посочената част, е постановено при съществено нарушение на процесуални правила, необоснованост и нарушение на материалния закон- касационни основания по чл.209 т.3 АПК, изразяващи се : несъобразяване на факта, че първоначално процесното нарушение е установено с Решение №637 от 08.06.2010г. на КЗК, което не е влязло в сила, тъй като производството по оспорването му не е приключило, защото първоинстанционното решение на ВАС по адм.д.№ 8791/2010г. е предмет на касационно оспорване, което не приключило с окончателно решение. Последното е от значение /преюдициално е/ и за размера на наложената с процесното решение санкция, тъй като тя е в двоен размер на тази, определена с Решение №637 от 08.06.2010г. на КЗК; необосновано съдът е потвърдил констатациите на КЗК за липса на дължимо активно нарушение от страна на жалбоподателя за отстраняване на продължаваното нарушение. В тази връзка, изискването за предявяване на иск по чл.75, ал.3 ЗМГО, по същество представлява задължение от стана

на административен орган за упражняване на процесуални права, което е абсурдно, още повече, че дружеството–жалбоподател не е легитимирано да предяви посочения иск, тъй като не е собственик на търговските марки; съдът неправилно приел и че срокът за приключване на проучването пред КЗК е инструктивен и не съобразил, че решението на КЗК е основано на негодни доказателства.

Иска се отмяна на съдебното решение в посочената част. Претендира се присъждане на сторените деловодни разноски, включително и юрисконсултско възнаграждение.

Ответната страна по жалбата – КЗК, чрез процесуалния си представител оспорва и двете жалби. По съображенията изложени в писмени бележки моли, жалбите да не се уважават, тъй като отмененото Решение на КЗК е било предварително изпълняемо и правилно е преценено с процесното решение на КЗК, че чл.66, ал.1 от ЗЗК е нарушен. Прави възражение за прекомерност на адвокатските възнаграждения и искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Заинтересованата страна – „Българска асоциация на тютюневата индустрия” (БАТИ), не взема становище.

Представителят на Върховната административна прокуратура дава заключение за неоснователност на касационните жалби в подробно становище по съществото на делото.

Върховният административен съд, петчленен състав на първа колегия, като обсъди допустимостта на касационните жалби и направените в тях оплаквания, при спазване на разпоредбите на чл.218 и чл.220 АПК, намира и жалбите процесуално допустими, а по съществото им съобрази следното:

С решение № 637 от 8.06.2010 г. КЗК е установила, че „Финансконсулт” ЕООД е извършило нарушение на чл. 32, ал. 2 във връзка с чл. 33, ал. 2, т. 2 ЗЗК и на чл. 29 ЗЗК. И за двете нарушения КЗК е наложила имуществени санкции. Със същото решение КЗК е установила, че „Кингс Табако” ЕАД е извършило нарушение на чл. 29 ЗЗК, за което също му е наложила имуществена санкция. Постановила е прекратяване на установените нарушения от двете дружества и незабавно изпълнение на решението, в частта му за прекратяване на нарушенията. Решението не е влязло в сила, тъй като е оспорено пред ВАС, който по адм.д.№ 8791/2010г. е постановил Решение №10416 от 12.07.2011г., с което по жалби на дружествата-касационни жалбоподатели в настоящото производство е отменил Решението на КЗК, съответно в частта му, с която на двете дружества са определени имуществени санкции в размер съответно над 3 560лв. и над 1 780лв. за първото от тях и над 83 290лв. за второто, а жалбите в останалата им част са отхвърлени като

неоснователни. Това Решение на ВАС е оспорено с касационни жалби от КЗК и двете дружества, поради което е образувано адм.д.№ 13666/2011г. на ВАС, петчленен състав на първа колегия, което е приключило **с влязло в сила решение №3072 от 01.03.2012г., с което е отменено Решение №10416 от 12.07.2011г., в частта му отхвърляща жалбите на дружествата и е постановено ново в тази част, с което е отменено решение № 637 от 8.06.2010 г. КЗК в неотменената част, а в останалата част първоинстанционното съдебно решение е оставено в сила.** Искането за спиране на допуснатото предварително изпълнение на „Кингс Табако”ЕАД на решение № 637 от 8.06.2010г. е отхвърлено с влязло в сила Определение от 12.07.2011г. по адм.д.№8791/2010г. на ВАС.

След подаден сигнал от страна на БАТИ, КЗК е образувала производство на основание чл. 94, ал. 1 във връзка с чл. 38, ал. 1, т. 3 ЗЗК, в резултат на което е извършила проверка относно **твърдяното продължаване на извършване на нарушенията от двете дружества**, като е изисквала сведения от тях относно предприетите действия в изпълнение на решението в частта му за прекратяване на нарушенията. Изисквала е сведения и от Министерството на икономиката, енергетиката и туризма (МИЕТ), Съвета за електронни медии (СЕМ). Информация е изисквана от „Пайнер” ООД, „Пайнер Медиа” ООД и „Фен Ти Ви” ООД. От фактите, установени в решение № 637/2010 г., доказателствата, събрани в хода на извършената проверка и дадените отговори, КЗК е установила, че двете дружества не са предприели мерки за прекратяване на нарушенията. Според данните, получени при проверките продължава излъчването на клипове по телевизиите „Планета” и „Фен Ти Ви”, съдържащи забранената реклама на тютюневи изделия (цигари) с марки „THE KING” и „MERILIN”, както и публикуването на статии, в които се рекламират цигарите с посочените словни търговски марки.

От фактическа страна е било безспорно, че „Финансконсулт” ЕООД е собственик на словни и комбинирани търговски марки „THE KING” и „MERILIN”, регистрирани за стоки клас 34 на МКСУ – тютюн, принадлежности за пушачи и кибрит, а „Кингс Табако” ЕАД е производител и търговец на тютюневи изделия, включително и на цигарите с марките „THE KING” и „MERILIN slims”. Между двете дружества на 31.10.2008 г. е бил сключен договор за неизключителна лицензия, според който „Финансконсулт” ЕООД е предоставил възмездно на „Кингс Табако” ЕАД правото на ползване на двете словни търговски марки за срок от 5 години.

От отговора на СЕМ КЗК е установила, че след проведен мониторинг за периода 23.06.2010 г. до 30.09.2010 г., по телевизионните програми „Планета” и „Фен Ти Ви” са излъчвани музикални клипове към песни, в които в отделни кадри са показвани търговските марки на цигарите „THE KING” и „MERILIN”, а в някои от клиповете и самия продукт цигари под търговската марка „THE KING”.

В хода на проверката е било установено, че в периода 16.06.2010 г. – 09.09.2010 г. в различни печатни издания (вестници и списания) са публикувани статии, отнасящи се до провеждания на територията на страната национален конкурс за красота „Мис Мерилин”, а в списание „Журнал за жената” от 10.06.2010 г. е публикувана статия със заглавие „Преслава и Елена разбиват класациите с нов имидж”, с приложена снимка на едната от певиците, държаща в ръката си кутия цигари „KING”. Освен това във вестник „Уикенд” от 28.08.2010 г. – 03.09.2010 г. е публикувана статия със заглавие „Кой не иска да бъде Мерилин?”, придружена от две снимки, на една от които младо момиче държи в ръката си кутия с цигари „MERILIN”.

Било е установено, че на 10.06.2010 г. от страна на „Кингс Табако” ЕАД са изпратени писма до „Пайнер” ООД, „Пайнер Медиа” ООД, „Стандарт Нюз” ЕАД, „Новинар Медиа” АД, „Вестникарска група България” ООД, „Телеграф” ЕООД и „Монитор” ЕООД, в които дружеството е посочило, че предвид постановеното от КЗК незабавно изпълнение на Решение № 637/2010 г. са длъжни да поискат информация за евентуална неправомерна реклама в медиите и да предприемат действие, ако такава е налице. В писмата дружеството е отправило молба да не се рекламират произвежданите от него тютюневи изделия.

На 14.06.2010 г. от страна на „Финансиконсулт” ЕООД са били изпратени писма до „Стандарт Нюз” ЕАД, „Нова Българска Медийна Група Холдинг” ЕАД, „Пайнер” ООД, „Пайнер Медиа” ООД, „Новинар Медиа” АД, „Вестникарска група България” ООД и „Фен Ти Ви” ООД, с които дружеството е отправило молба до адресатите да го уведомят има ли неправомерно използване на притежаваните от него процесни търговски марки, с цел реклама на тютюневи изделия в клиповете, както и молба, те да не се рекламират.

В преписката е приложено издадено наказателно постановление № Т-НП-5 от 26.08.2010 г. на МИЕТ, с което е наложено административно наказание на „Кингс Табако” ЕАД за осъществена нерегламентирана реклама в радио и телевизионни предавания, както и в печатни издания на тютюневи изделия цигари с марки „THE KING” и „MERILIN”, в нарушение на изискванията на чл. 35, ал. 2, ал. 3 и 4 от Закона за тютюна и тютюневите изделия (ЗТТИ). Това наказателно постановление е било отменено с решение на Районен

съд-Пловдив, като мотивите на съда за отмяната са, че в хода на производството не е било установено „Кингс Табако” ЕАД да е възлагало извършването на реклама на медиите, в това число и на телевизионните оператори „Планета” и „Фен Ти Ви”, както и на вестник „Уикенд”.

При така установената фактическа обстановка КЗК е разграничила на първо място периода, за който се е твърдяло да е извършено нарушение, като е възприела момента от постановяване на решение № 637 от 08.06.2010 г. до момента на постановяване на решението, предмет на жалбата – 04.05.2011г. С оглед на установените факти и доказателства, събрани при извършената проверка, КЗК е приела, че „Финансконсулт” ЕООД не е предприело дължимото поведение, за да бъде преустановено рекламирането на цигарите с двете словни марки, както от посочените телевизионни оператора „Планета” и „Фен Ти Ви”, а така също и в печатните издания. Изпратените писма от него не съдържат забрана за рекламиране, а по-скоро молба. Това поведение е квалифицирано като недостатъчно за да разграничи дружеството от продължаващото рекламиране на цигарите, а по този начин и продължаване на нарушението. КЗК е предвидила, че след като „Финансконсулт” ЕООД е собственик на двете словни марки е могло да забрани по категоричен начин използването им още повече, че дружеството вече е било санкционирано и е търпяло неблагоприятни последици от нелоялната реклама. В тази връзка КЗК е посочила нормата на чл. 73, ал. 2, т. 1 ЗМГО, в която е визиран състава на нарушението на правото на регистрираната марка, което нарушение се презюмира от двата телевизионни оператора, след като няма сключен договор между тях и собственика на търговските словни марки.

На следващо място КЗК е приела, че дружеството е могло да потърси защита на правото си на търговска марка чрез предявяването на иск по реда на чл. 75 ЗМГО, включително и да поиска от съда налагането на привременни мерки. Като краен извод КЗК е приела, че дружеството е продължило да извършва нарушение на чл. 29 ЗЗК, чрез бездействието си, поради това, че еднократно изпратеното писмо до печатните издания и телевизионните оператори не е дало необходимия благоприятен ефект, не е допринесло за преустановяване на нарушението.

Правните изводи на КЗК относно осъщественото нарушение от „Финансконсулт” ЕООД са подобни и за „Кингс Табако” ЕАД. За същия период това дружество не е предприело достатъчно активни действия, с които да забрани промотирането на марките цигари, които произвежда. Тяхното показване е продължило в клиповете, излъчвани от двата телевизионни оператора и в печатните издания. Отправеното писмо от дружеството до тях

не е дало необходимия възпиращ ефект за преустановяване на нарушението на чл. 29 ЗЗК. КЗК е посочила като пример за активни действия предявяването на иск по чл. 75, ал. 3 ЗМГО, както и възможността за заличаването на продуктите от излъчваните телевизионни клипове, без да се пречи на излъчването на музикалните клипове.

КЗК е изложила мотиви и относно наказателното постановление и отмяната му от районния съд, като е приела, че нарушението по ЗЗК и това по ЗТТИ се разглежда на две различни плоскости. В производството по ЗЗК се цели защитата на конкуренцията, а в конкретното – установяване на недобросъвестното стопанско поведение, продължение на установеното нарушение в тази насока. Като краен извод КЗК е приела, че и това дружество е извършило нарушение **на чл. 100, ал. 1, т. 7 ЗЗК**, като не е изпълнило решение № 637/2010 г. на КЗК в частта му за преустановяване на извършваната забранена нелоялна конкуренция, поради което му е наложила имуществена санкция.

За да отхвърли жалбите, първоинстанционният съд е приел за законосъобразно оспореното решение като изцяло е възприел фактическите и правни доводи на Комисията.

Правилно съдът е приел за неоснователно оплакването за недопустимост на решението на КЗК, защото било постановено по сигнал на нелегитимирано лице. Сдружението БАТИ, представлява сдружение на предприятия, по смисъла на § 1, т. 7 ДР на ЗЗК. В управителния му съвет са включени „Бритиш Американ Табако България“ ЕООД, „Булгартабак Холдинг“ АД, „Галахър България“ ЕООД, „Империял Табако България“ ЕООД, „Карелия (България)“ ЕООД. Тези дружества осъществяват търговска дейност на тютюневи изделия на територията на България, а целта на сдружението е противодействие на всяка форма на нелоялна конкуренция. В този смисъл БАТИ е сдружение на предприятия по смисъла на § 1, т. 12 ДР на ЗЗК. Дружествата, участващи в БАТИ осъществяват стопанска дейност по смисъла на § 1, т. 13 на същия географски пазар, на който оперират и жалбоподателите, поради което сдружението има качеството на заинтересована страна и подаденият сигнал от него е от надлежна страна. Съгласно чл. 38, ал. 1 т. 3 ЗЗК, производството пред комисията се образува по искане на лицата, чиито интереси са засегнати или застрашени от нарушение по този закон. Без съмнение предметът на дейност на лицето, сезирало Комисията включващ противодействие на всяка форма на нелоялна конкуренция, дава легитимация на това лице да започне административното производство, както правилно е приел и първоинстанционният съд.

Искането за спиране на касационното производство до приключване с влязло в сила решение на производството по оспорване на решение № 637/2010 г. на КЗК е недопустимо по аргумент от т. 8 на Тълкувателно решение № 1 от 17.07.2001 г. на ВКС, а е и безпредметно поради приключване на посоченото производство с влязло в сила съдебно

решение. Първоинстанционният съд също не е допуснал процесуално нарушение като не е спрял производството, тъй като в решение № 637/2010 г. е постановено предварителното му изпълнение, което е било оспорено неуспешно от „Кингс Табако“ ЕАД. Неоснователно обаче ответникът по касационните жалби КЗК, чрез процесуалния си представител, поддържа, че производството по оспорване на решение № 637/2010 г. на КЗК не е преюдициално по отношение на това на оспорване на процесното решение. Последното, макар да е издадено на други фактически и правни основания, а именно – нарушение на чл.66, ал.1 и чл.100 ал.1 т.7 ЗЗК, по същество има за предмет констатацията на продължаване на нарушения, установени с отмененото с влязло в сила съдебно решение решение на КЗК.

С отмененото решение № 637/2010 г. на КЗК е установено извършването на нарушенията на ЗЗК, продължаването на които са предмет на процесното Решение № 567 от 04.05.2011г., поради което настоящият състав на касационната инстанция следва да зачете влязлото в сила съдебно Решение №3072 от 01.03.2012г.по адм.д.№13666/2011г. на петчленен състав на ВАС. Последното в частта му на отмяна на първоинстанционното решение на ВАС и отмяна на Решението на КЗК в неотменената с първоинстанционното решение част, противно на поддържаното от процесуалния представител на КЗК и с каквито и мотиви да е постановено, е решение по съществото на спора, при условията на чл. 222, ал.1 АПК. С пълната отмяна на решението на КЗК, последващото процесно Решение на Комисията е лишено от фактическо основание. Предвиденото в чл.66, ал.1 ЗЗК предварително изпълнение на решенията на КЗК, с които се постановява прекратяване на нарушение по този закон, е предвидена от закона обезпечителна мярка за изпълнение на законосъобразно решение на Комисията. След като с влязло в сила съдебно решение първото решение на КЗК е отменено като незаконосъобразно, последващото такова следва да се отмени. Обратното би довело до потвърждаване на наложени санкции за неизпълнение на незаконосъобразен акт на КЗК.

Отделно от това, основателни, в тази връзка, са доводите на касационните жалбоподатели, че размерът на определените санкции с последващото процесно решение е в зависимост от този на наложените такива по първоначалното решение на КЗК, които са изцяло отменени. Размерът на санкциите е определен по Методиката за определяне на санкциите по ЗЗК, приета с Решение №71/03.02.1009г. на Комисията по законова делегация на чл.100, ал.4 от Закона - в двоен размер на първоначално наложената. Макар в касационните жалби да няма възражения по размера на имуществените санкции /защото се поддържа, че изобщо санкции не следва да се налагат/, последните също не могат да бъдат потвърдени при

отмяната на тези, които са послужили като база за определянето им.

Предвид изложеното, първоинстанционното съдебно решение следва да се отмени като вместо него се постанови ново по същество, с което по жалби на двете дружества бъде отменено Решение № 567 от 04.05.2011г. на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) по преписка № КЗК-712 от 07.09.2010 г.

При този изход на процеса, исканията на процесуалните представители на касационните жалбоподатели за разноски следва да се уважат, като КЗК бъде осъдена да заплати деловодни разноски за двете съдебни инстанции на „Финансконсулт“ЕООД в размер на 2 961лв./държ.такси и адв.хonorар/, а на „Кингс Табако“ЕАД- 375лв./държ.такси и юрисконсултско възнаграждение/.

Водим от горното и на основание чл. 222, ал.1 АПК, настоящият състав на Върховният административен съд, петчленен състав на първа колегия

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № 12398 от 04.10.2011г. на Върховния административен съд, тричленен състав на четвърто отделение по адм.д.№ 7199 по описа за 2011г., като вместо него **ПОСТАНОВЯВА**

ОТМЕНЯ по жалби на „Финансконсулт“ЕООД, със седалище и адрес на управление гр.Пловдив, ул.”Алцеко” №16, ет.2, представлявано от управителя Дорета Ангелова и „Кингс Табако“ЕАД със седалище и адрес на управление гр.Пловдив, ул.”Авксентий Велешки”№23, представлявано от Бойко Димитров Качулев, Решение № 567 от 04.05.2011г. на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) по преписка № КЗК-712 от 07.09.2010 г.

ОСЪЖДА Комисията за защита на конкуренцията да заплати деловодни разноски за двете съдебни инстанции на „Финансконсулт“ЕООД, със седалище и адрес на управление гр.Пловдив, ул.”Алцеко” №16, ет.2, представлявано от управителя Дорета Ангелова, в размер на 2 961лв./държ.такси и адв.хonorар/ и на „Кингс Табако“ЕАД със седалище и адрес на управление гр.Пловдив, ул.”Авксентий Велешки”№23, представлявано от Бойко Димитров Качулев - 375лв. /държ.такси и юрисконсултско възнаграждение/.

Решението не подлежи на обжалване.

Вярно с оригинала,

ПРЕДСЕДАТЕЛ: /п/ Мариника Чернева

секретар:

Т.Н.

ЧЛЕНОВЕ:

/п/ Теодора Николова

/п/ Емилия Миткова

/п/ Донка Чакърлова

/п/ Мира Райчева