Р Е Ш Е Н И Е
№ 3354

гр. София, 20.05.2014 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, **VII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,**
в публично заседание на 25.04.2014 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Катя Аспарухова
ЧЛЕНОВЕ: Ралица Романова
Добромир Андреев

при участието на секретаря Елеонора Стоянова и при участието на прокурора КАЙНАКЧИЕВА, като разгледа дело номер **1805** по описа за **2014** година докладвано от съдия Катя Аспарухова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е образувано по касационна жалба на Комисията за регулиране на съобщенията /КРС/ срещу РЕШЕНИЕ от 03.01.2014г. постановено по нахд №12019 по описа на СРС за 2013г., с което е отменено наказателно постановление /НП/ издадено от Председателя на КРС, с което на [фирма] е наложена на основание чл.336 от Закона за електронните съобщения /ЗЕС/ имуществена санкция от 60 000лв. за нарушение на чл.326а от ЗЕС вр. с чл.31, ал.1 от Функционалните спецификации.
Несъгласен с решението е наказващият орган, който по изложените в жалбата в срок съображения- моли да се отмени обжалваното решение и вместо него да се постанови друго, с което да бъде потвърдено наказателното постановление.

В съдебно заседание жалбоподателят не се представлява.

Ответникът по касационната жалба –чрез адв.П. – оспорва жалбата и моли да се отхвърли.

Представителят на СГП предлага да се уважи жалбата като основателна.

Административен съд София-град като се запозна с изразените становища и въз основа на основанията изложени в касационна жалба, разгледани по реда на чл.217 и чл.218 от АПК, намери за установено следното:
С отменените наказателно постановление на дружеството е наложена санкция за това, че по подадено на 22.08.2012г. заявление за пренасяне на мобилен телефонен номер- в офис на бул.Ц. шосе, изпратено на 22.08.2012г. от приемащия доставчик / [фирма]/ до

даряващия доставчик [фирма], последният на 28.08.2012г. уведомява приемащия доставчик, че отказва преносимост по причина, че абонатът дължи неустойки, който отказ е в нарушение на чл. 30, ал.1 от Функционалните спецификации за осъществяване на преносимост на национално значими номера при промяна на доставчика на обществена мобилна телефонна услуга и осъществява състава на чл.326а от ЗЕС вр. с чл.336 от ЗЕС като е определен размер на санкцията при условията на повторност.

За да отмени наказателното постановление – СРС е приел, че са установени описаните факти, като съответно на 05.12.2012г. е съставен АУАН, но е констатирано, че към момента на нарушението е в сила предходната редакция на чл.30, ал.1, и ал.2 от ФС, регламентираща задължението на оператора да извърши пренос във р. с чл.31, но само при условие, че липсват основанията за отказ. С оглед изложеното е неправен извода, че е неправилно твърдението в НП, че жалбоподателят е нарушил чл.31, ал.1 вр. с чл.30, ал.1 и ал.2, доколкото с измененията в ДВ бр.74/2012г. е отпаднала т.5 на ал.1 на чл.30, че даряващият доставчик на може да откаже преносимост, поради задължения свързани с предсрочно прекратяване на договора, каквато норма съответно е съществувала към момента на извършване на деянието. Констатирано е и, че неправилно деянието е квалифицирано по чл.326а от ЗЕС, доколкото чл.226, ал.6 от ЗЕС е съществувал и това е нарушената норма, без оглед на това, че няма състав на нарушение.

От друга страна в касационната жалба се визира, че чл.226, ал.6 от ЗЕС е нарушен, тъй като задължава доставчиците да не отказват преносимост като се позовават на обстоятелства свързани със сроковете и процедурите за прекратяване на договора. Посочено е, че част от основанията за отказ са пресъздадени в ФС, поради което е правилна квалификацията, че е нарушен чл.30 вр. с чл.31 от ФС.

Също така в писмените бележки на санкционирания субект- се подчертава, че чл.30, ал.1 от ФС вменява задължение да се уведоми приемащият доставчик, че има пречки за преносимост, изразяващи се в това, че не са заплатени всички суми, свързани с предсрочното прекратяване на договора, каквито представляват неустойките, дължими по допълнително споразумение между абоната и дружеството от 03.02.2010г.. Прави се анализ на договора и на нормата на чл.226 от ЗЕС и съответно се правят изводи за приложимостта на ФС. Визира се, че неправилно е наложена санкция по чл.326а от ЗЕС.

НАСТОЯЩИЯТ КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ НАМИРА СЛЕДНОТО: по фактите страните не спорят, че на 28.08.2012г. ответникът по касационната жалба като приемащ доставчик е постановил отказ за преносимост, който е квалифициран от касатора в нарушение на чл.326а от ЗЕС вр. с чл.31, ал.1 от ФС. Доколкото в НП не се визира за нарушена нормата на чл.226 от ЗЕС, същата не следва да се обсъжда. На първо място, видно от първата посочена за нарушена норма на чл.326а от ЗЕС –„който наруши функционалните спецификации за преносимост на номерата, приети от комисията, се наказва с глоба или имуществена санкция в размер от 5000 до 60000 лв.“ вр. с чл.336 от ЗЕС касаещ ЮЛ. Следователно – тази разпоредба представлява състава на нарушението, а нарушената норма е разпоредбата на ФС, която е чл.31, ал.1 от ФС и видно от същата се вменява задължението доставчикът да осъществи пренасянето, когато не са налице основанията за отказ по чл.30, ал.1 и ал.2 от ФС. Едно от основанията за отказ по чл.30, ал.1 е т.5 от ФС, съществувала към момента на отказа и регламентираща, че може да се откаже, когато не са заплатени до деня,

предшестващ датата, всички дължими суми, свързани с предсрочно прекратяване на срочни договори с даряващия доставчик. Следователно – налице е било основание за отказ и ако то не е било прието по причина, че не са се следвали подобни суми –касаторът е следвало да го посочи в АУАН и в НП. Самата отмяна на чл.30, ал.1 т.5 от ФС не го освобождава от това задължение, тъй като посоченото основание е било действаща разпоредба към момента на отказа на 22.08.2012г.. С отмяната на т.5 на ал.1 на чл.30 от ФС в сила от 28.09.2012г. занапред откази на посоченото основание ще са незаконосъобразни, защото същото е отменено, но отмяната няма обратно действие и направените преди отмяната откази са законосъобразни, ако се докаже основанието за постановяването им. След изменението на чл.30 от ФС в сила от 28.09.2012г. даряващият доставчик /К./ може да откаже само на три основания: по т.1 несъществуващ абонат, по т.3 –има искане за преносимост от друг приемащ доставчик и по т. 7 искането съдържа неточни и/или непълни данни. Следователно- наказващият орган неправилно е преценил фактите към момента на извършеното деяние и ги е квалифицирал в нарушение на чл.31 вр. с чл.30 от ФС. Нито в АУАН, нито в НП е изследвано основанието за отказ дали е било налично и по отношение на същото фактически не са били формирани изводи, които да се проверят в хода на съдебното оспорване. Дали посочената неустойка правилно е била квалифицирана като дължима такса по смисъла на чл.30, ал.1 т.5 от ФС –е въпрос, който не може да се обсъжда за първи път в касационното производство по наведените от касатора доводи. Следователно – в АУАН и в НП е допуснато нарушение на чл.42, т.4 от ЗАНН и чл.57, т.5 от ЗАНН като съставомерни обстоятелства не са описани и изразяващи се в това защо касаторът е приел, че посоченото основание за отказ не е сред изброените в чл.30, ал.1 от ФС, поради което правилно НП е било отменено.

Следва да се маркира за яснота относно начина на определяне размера на санкцията, че по чл.326а от ЗЕС на санкционираното дружество е била наложена максималната по размер санкция по съображение, че е налице повторност без нормата изрично да го предвижда. Повторността е въпрос на законодателна регламентация вкл. се визира същото по вид нарушение в определен срок напр. едногодишен от извършване на санкционираното деяние. Решенията, на които се е позовал наказващият орган касаят нарушения, наложени с НП, които към момента на извършване на деянието не са били в сила -напр. във връзка с НП №0352 от 14.11.2011г., потвърдено с решение на СРС от 25.01.2013г., оставено в сила с решение на АССГ от 17.05.2013г.. Позоваването на посоченото нарушение е неправилно, тъй като ако чл.326а от ЗЕС предвиждаше повторност – в АУАН от 05.12.2012г. е следвало като част от състава на деянието да се отрази към този момент същото по вид нарушение, за което е наложена санкция с влязъл в сила акт отново към посочения момент. Извършените други нарушения от същия вид не могат да обусловят налагане на санкция в максимален размер, тъй като както се подчерта няма повторност като елемент от фактическия състав на чл.326а от ЗЕС.

С оглед всичко изложено – решението на СРС е правилно и законосъобразно и следва да бъде оставено в сила.

Водим съдът

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА РЕШЕНИЕ от 03.01.2014г. постановено по нахд №12019 по описа на СРС за 2013г..

Решението е окончателно.

Председател: Членове: