

РЕШЕНИЕ

№ 2697

гр. София, 17.05.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, VIII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 20.04.2012 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Мадлен Петрова

ЧЛЕНОВЕ: Мария Попова

Боряна Бороджиева

при участието на секретаря Цветанка Митакева и при участието на прокурора Симона Попова, като разгледа дело номер **158** по описа за **2012** година докладвано от съдия Мария Попова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 и сл. от АПК, във връзка с чл. 63, ал. 1, изр. 2 –ро от ЗАНН.

С решение от 22.11.2011г. постановено по НАХД № 9633 /2011г., Софийски районен съд, 110 състав е отменил Наказателно постановление/НП/ № 0009/19.01.2011г., издадено от председателя на Комисията за регулиране на съобщенията /КРС/, с което на М. ЕАД е наложена имуществена санкция в размер на 50 000 лева на основание чл.336 вр. с чл. 325, ал.1 във връзка от ЗЕС за нарушение на т. 2.7.1 от Разрешение № 01395/08.04.2009г. във връзка с чл. 30, ал.2 и чл. 30, ал.1, т. 7 от Функционалните спецификации за осъществяване на преносимост на национално значими номера при промяна на доставчика на обществена мобилна телефонна услуга, приети с решение № 1477 от 20.12.2007г. на КРС, обн. ДВ бр. 8 от 25.01.2008г. в сила от 25.01.2008г. изм. и доп. бр. 26 от 07.04.2009г. в сила от 07.04.2009г. попр. Бр. 34 от 08.05.2009г.

Срещу така постановения съдебен акт е постъпила касационна жалба от Комисията за регулиране на съобщенията с искане за неговата отмяна поради неправилно приложение на материалния закон - касационно основание по чл. 348, ал.1, т.1 от НПК във връзка чл. 63, ал.1 от ЗАНН и постановяване на друго решение по съществото на спора, с което наказателното постановление да бъде потвърдено.

В жалбата се поддържа, че от доказателствата по делото безспорно се установява, че М.

ЕАД е постановило директен отказ от преносимост на процесния телефонен номер, вместо да спре процедурата по пренасяне в съответствие с разпоредбата на чл.30, ал.2 от ФС, тъй като по отношение на този телефонен номер са били налице основания за отказ по смисъла на чл.30, ал.1 от ФС, обуславящи спиране на процедурата. Вместо това, съдът е приел, че даряващият доставчик не е бил длъжен да спре процедурата по пренасяне на телефонния номер, като презюмира, че абонатът се е възползвал от правната възможност, предоставена му в т.19 от раздел II от Процедурата за преносимост на мобилни номера и е поискал издаване на общо удостоверение. Сочи се, че подобно тълкуване е в противоречие с един от основните принципи, залегнали във ФС, а именно, че даряващият доставчик може да откаже преносимост само ако недостатъкът по чл.30, ал.1 от ФС е свързан пряко със заявления за пренасяне номер. Твърди се, че в чл.30, ал.1 от ФС изчерпателно са уредени случаите, в които предприятието може да откаже преносимост на заявените номера, а в ал.2 от същата норма са въведени две категории недостатъци: 1. водещи до постановяване на директен отказ за преносимост и 2.обуславящи спиране, тъй като представляват т.нар.”отстраним” недостатък. В тази връзка се сочи, че доколкото правото на преносимост касае всеки един телефонен номер по отделно, по аргумент от чл.28 и чл.29 от ФК, то М. ЕАД е следвало да раздели процедурата по пренасяне за всеки телефонен номер по отделно, независимо, чеу процедурата е стартирала по общо заявление, подадено от [фирма] за 100 мобилни номера.

Иска се съдът да отмени обжалваното съдебно решение и вместо него да постанови друго, по съществото на спора, с което да потвърди спорното НП. Ответникът – М. ЕАД, не изпраща представител.

Депозирани са писмени бележки с подробни доводи за неоснователност на касационната жалба. Моли се решението на СРС да бъде оставено в сила, а в случай, че касационната инстанция прецени, че не е налице по-благоприятен закон по смисъла на чл. 3, ал.2 от ЗАНН поради отпадане наказуемостта на твърдяното нарушение или във връзка с новоприетата специална санкционна норма на чл.326а от ЗЕС или алтернативно да се намали размера на наложената имуществена санкция до минималния такъв по чл.325, ал.1 от ЗЕС.

Участващият в производството прокурор от Софийска градска прокуратура изразява становище за оставяне в сила на решението на СРС като правилно и законосъобразно.

Административен съд, С. град като взе предвид доводите на страните и въз основа на събраните по делото доказателства приема от фактическа и правна страна следното:

Касационната жалба е подадена от надлежна страна и в срока по чл. 211, ал.1 от АПК, поради което е процесуално допустима.

При разглеждането ѝ по съществото на спора и след проверка на съдебния акт съгласно чл. 218 от АПК във връзка с чл. 63, ал.1 от ЗАНН, настоящият касационен състав намира следното:

Въз основа на събраните по делото доказателства СРС е приел за установено от фактическа страна, че М. ЕАД е доставчик на обществени мобилни телефонни услуги съгласно издаденото му разрешение № 01395/08.04.2009г. от КРС. По силата на т.2.7.1 от цитираното разрешение дружеството е задължено да осигурява възможност на своите абонати да запазват национално значим номер при промяна на доставчика на телефонната услуга и негеографски номер при промяна на доставчика, предоставящ съответната услуга. Конкретният ред за осъществяване на това право от абонатите е регламентиран във Функционални спецификации за осъществяване на преносимост на

национално значими номера при промяна на доставчика на обществена мобилна телефонна услуга, приети от КРС. Трите мобилни оператора са приели на осн.чл.24, ал.1 от ФС Процедура за преносимост на мобилните номера от 25.02.2008г., в която са детайлизирани правилата за осигуряване правото на абоната да пренесе използваните от него номера.

Съгл.чл.29 от ФС, абонатът може да заяви пренасянето на един или на всички ползвани от него номера, като съгл.т.2.3, раздел II от Процедурата, абонатът може да определи и броя на удостоверенията за съгласие, които иска да му бъдат издадени.

На 15.03.2010г. , [фирма] – абонат на мобилна телефонна услуга, предоставяна от М. ЕАД подава в център за обслужване на клиенти на М-Т. заявление за пренасяне на 95 броя мобилни телефонни номера/ видно от приложения в административната преписка констативен протокол, а не само на посочения в АУАН номер/ девет от които не са били активни, поради което по отношение на тях е било налице абсолютното основание за отказ по чл.30, ал.1, т.2 от ФС.

Първоинстанционният съд е приел, че след като абонатът не е подал отделни заявления за преносимост на притежаваните от него телефонни номера, в който случай М. ЕАД ще има задължение за издаване на удостоверение за всеки номер или съответно да постанови отказ за всеки от тях , то правилно М. ЕАД е отказало издаването на общо удостоверение за преносимост и това действие е в съответствие с чл.30, ал.2, изр.2 от ФС и с подписаната от трите мобилни оператора Процедура.

За да достигне до тези мотиви, съдът се е позовал на обстоятелството, че [фирма] – абонат на мобилна телефонна услуга, предоставяна от М. ЕАД е подало заявление за преносимост не само на посочения в АУАН номер

Съдът е изложил мотиви за това, че в конкретния случай, описанието на извършеното нарушение съответства на фактическия състав на нарушение на чл.335 вр. с чл.134, ал.1 от ЗЕС вр. с чл.44, ал.1 от ФС. По тези мотиви съдът е извел извод, че отговорността на дружеството за нарушаване изискванията на разрешението е неоснователно ангажирана. Това Разрешение представлява индивидуален административен акт , който повтаря общата разпоредба на закоустановеното задължение.

Съдът е посочил още, че с Решение N 374/ 17.03.2010г. за изменение и допълнение на ФС напълно е променена процедурата за пренасяне на мобилни номера и вече не се изисква издаване на удостоверение от даряващия доставчик, а директно се подава заявление по чл.28, ал.1 до приемащия доставчик, като негово е задължението да следи за недостатъци. Т.е. не се предвижда издаване на удостоверение за преносимост, а разпоредбата на чл. 30, ал. 2 от ФС в последващата й редакция определя, че е в тежест на даряващия доставчик е да уведоми приемащия доставчик за обстоятелствата за отказ от преносимост по чл. 30, ал.1 в срок до 2 работни дни считано от получаване на уведомление от приемащия доставчик за наличие на заявление за пренасяне на номер, подадено при него.

Настоящият касационен състав напълно възприема изложените от СРС мотиви, че административнонаказателната отговорност на М. ЕАД неправилно е ангажирана на основание чл. 325, ал.1 от ЗЕС. Съгласно цитираната санкционна норма, който предоставя обществени електронни съобщителни мрежи и/или услуги, за осъществяването, на които има издадено разрешение за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс, и наруши условията на разрешението, се наказва с глоба в размер от 10 000 до 100 000 лв. По силата на чл. 326 от ЗЕС за нарушение по чл. 325 от

същия закон, извършено от юридически лица или от еднолични търговци, се налагат имуществени санкции в размерите на предвидените глоби.

Съгласно разпоредбата на т.2.7.1 от Разрешение N 01395/08.04.2009г. за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс- номера, за осъществяване на обществени електронни съобщения чрез обществена електронна мрежа , с предоставен индивидуално определен ограничен ресурс- радиочестотен спектър и предоставяне на обществена телефонна услуга и всички услуги, включени в стандарта GSM и/или UMTS / Разрешението/, предприятието е длъжно да осигурява на своите абонати възможност да запазват национално значим номер при промяна на доставчика на телефонни услуги.

В процесния случай , констатираното нарушение, изразяващо се в това, че при наличието на основание за отказ по чл.30, ал.1, т.7- абонатът не е платил всички дължими суми, свързани с предсрочното прекратяване на срочен договор с даряващия доставчик, М-тел ЕАД не е спряло процедурата по пренасяне на заявления мобилен телефон за срок от 30 дни не може да се определи като неизпълнение на задължението за осигуряване на възможност за преносимост на такива номера по чл. 2.7.1 от разрешение № 01395/08.04.2009г., тъй като такава възможност е осигурена на абоната, но със закъснение. В процесния случай деянието не може да се определи като нарушение на условието на разрешението по т. 2.7.1. То представлява нарушение на чл. 134 от ЗЕС във връзка с чл. 31, ал.1 от ФС и чл. 30, ал.2 във връзка с чл. 30, ал.1, т.7 от ФС и подлежи на санкция по чл. 335 от ЗЕС с друга по размер имуществена санкция като нарушение на този закон и на издадените въз основа на него актове /арг. от чл. 134, ал. 3 ЗЕС/, за което не е предвидено наказание в различни размери.

Допуснатото съществено процесуално нарушение предвид погрешната правна квалификация и неправилното приложение на санкционната норма обоснова краен извод за незаконосъобразност на атакуваното наказателно постановление, поради което решението на СРС за неговата отмяна следва да бъде оставено в сила.

Освен това, към датата на издаване на наказателното постановление - 19.01.2011г. е в сила редакцията на ФС, обн. в ДВ бр. 26/06.04.2010г. и по този начин, в рамките на конкретното административнонаказателно производство, процедурата за пренасяне на номера е съществено изменена и вече е регламентирана като развиваща се между заявителя и приемащия доставчик, от една страна и от друга, между приемащия и даряващия доставчик. В разпоредбата на чл.30 е изрично е предвидено, в случай като настоящия- при неплащане на всички задължения от заявителя към даряващия, свързани с предсрочното прекратяване на договора, да се постанови директно отказ за преносимост на номер, т.е. не се предвижда задължение за спиране на процедурата и даване на срок за отстраняване на констатирани нередовности. Отказът се прави от даряващия доставчик пред приемащия такъв и единствено в правомощията на последния е в рамките на развиващото се между него и заявителя производство, при наличие на предпоставките по чл.30, ал.2 от ФС да даде възможност за поправяне на нередовности в рамките на 30 дни преди да постанови отказ. Съгласно чл. 3, ал. 1 от ЗАНН, за всяко административно нарушение се прилага нормативният акт, който е бил в сила по време на извършването му. Според чл. 3, ал. 2 от ЗАНН, ако до влизане в сила на НП последват различни нормативни разпоредби, прилага се онази от тях, която е по-благоприятна за нарушителя. Прилагането на т. нар. по-благоприятен административно-наказателен закон се свързва с хипотезите, при които или се изключва наказуемостта на даден вид деяния, третирано дотогава като

административни нарушения, или се предвижда по-леко по размер и вид наказание за деяния, които представляват административни нарушения и по стария закон.

Описаното по-горе изменение на процедурата във връзка, с която е извършено нарушението безспорно представлява последвала нормативна разпоредба която по-благоприятна за даряващия доставчик по смисъла на чл. 3, ал.2 от ЗАНН. С последвалото изменение на ФС, за него отпада изцяло задължението за спиране на процедурата и за даване на възможност за отстраняване на констатираните недостатъци. Изобщо не може да се говори за препятстване възможността за преносимост поради ограничаване на срока за отстраняване на нередовностите, след като такава възможност вече не съществува. С отпадане на задължението за приемане на заявления от даряващия доставчик, отпада и възможността за спиране на производството пред него при наличие на законовите предпоставки за това като условие за постановяване на отказ. Следователно, с променената редакция на чл.30, ал.2 се изключва наказуемостта на деянието, третирано до тогава като административно нарушение. Неспазването на задължението на даряващия оператор за активно поведение във връзка със заявление за преносимост в определен срок не се санкционира, доколкото не е визирано като нарушение на ЗЕС и актовете по прилагането му и в частност на съответните ФС.

За пълнота, следва да се посочи, че с оглед наличието на основания за отмяна на наложената имуществена санкция, не следва да се обсъждат доводите на ответника по касация за приложение на предвидената от чл. 326а от ЗЕС имуществена санкция в по-нисък размер. Последната предполага законосъобразност на наложената санкция по чл. 325 от ЗЕС.

Предвид всичко изложено и на основание чл. 221, ал. 2, от АПК, във вр. с чл. 63, ал. 1 от ЗАНН, АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С. – град, ОСМИ КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА решение от 22.11.2011г. на Софийски районен съд, 110-ти състав, постановено по НАХД № 9633/2011г.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: