

РЕШЕНИЕ

№ 813

гр. София, 14.02.2014 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, IX КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 07.02.2014 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Полина Якимова

ЧЛЕНОВЕ: Антоанета Аргирова

Диляна Николова

при участието на секретаря Емилия Митова и при участието на прокурора Кайнакчиева, като разглежда дело номер **12345** по описа за **2013** 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/ във вр. с чл.63, ал.1 от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

С Решение от 01.11.2013 г., постановено по н. а. х. дело № 4116/ 2013 г. по описа на Софийски районен съд /СРС/, НО, 15-ти състав е изменил Наказателно постановление /НП/ № 377/12.11.2012 г., издадено от председателя на Комисията за регулиране на съобщенията /КРС/, с което на [фирма], / [фирма]/, ЕИК[ЕИК] е наложена имуществена санкция в размер на 60 000 лева за нарушение по чл. 326а от Закона за електронните съобщения /ЗЕС/, във връзка с чл.44, ал.1 от Функционалните спецификации за осъществяване на преносимост на географски номера при промяна на доставчика на фиксирана телефонна услуга и/или промяна на адреса в рамките на един географски национален код за направление /ФС/, КАТО Е НАМАЛИЛ размера на наложената имуществена санкция на 8 000 лева и е потвърдил НП, в останалата му част.

Решението е оспорено с две насрещни касационни жалби:

1. [фирма] оспорва решението на въззивната инстанция, в потвърдителната му отношение на НП част, като релевира касационните основания по чл. 348, ал. 1, т. 1, т.2 и т.3 от НПК и необоснованост, аргументирани в жалбата. Иска се АССГ да постанови решение, с което да отмени оспореното такова на въззивната инстанция и

вместо не го да реши спора по същество, като отмени изцяло НП.

2. АНО оспорва въззивното решение, в частта с която НП е изменено в санкционната му част, като е намален размера на наложеното административно наказание „имуществена санкция” от 60 000 лева на 8 000 лева, като релевира касационното основание по чл.348, ал.1, т.1 от НПК-„явна несправедливост на наложеното наказание”. Касационното основание е аргументирано с доводи, че СРС не е съобразил разпоредбата на чл.27, ал.2 от ЗАНН за индивидуализиране на административното наказание, предвид обстоятелството, че нарушението не е първо за оператора. Последният е санкциониран за извършването му с 11, посочени в КЖ, влезли в сила НП. Отделно от това, СРС не съобразил и обстоятелството, че нарушението е формално и се характеризира с висока степен на обществена опасност. В съдебно заседание пред Административен съд София-град касаторът и ответник [фирма] не се представява.

Ответникът и касатор- АНО, чрез процесуалния си представител-юсиконсулт И. поддържа касационната си жалба и оспорва основателността на насрещната касационна жалба.

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

Съдът, като взе предвид релевираните с жалбата касационни основания по смисъла на чл.348 от НПК и служебно на основание чл.218, ал.2 от АПК, провери изцяло съответствието на атакуваното решение с процесуалните изисквания, свързани със съществуването и упражняването на субективното публично право на жалба и с материалния закон, намира за установено следното:

За да постанови оспореното решение СРС е приел за установено от фактическа страна, че [фирма] е търговец по смисъла на чл.1, ал.1 от Търговския закон (Обн. ДВ. бр.48 от 18.06.91 г., изм. и доп.) /ТЗ/ с основен предмет на дейност изграждане, използване и поддържане на обществени далекосъобщителни мрежи и информационни системи на територията на Република Б., както и за предоставяне на далекосъобщителни услуги чрез тях, предоставяне на международни обществени далекосъобщителни услуги и др.

Съгласно разпоредбата на т.2.9.1. от издаденото от Комисията за регулиране на съобщенията на [фирма] Разрешение №1577/25.09.2009 г. за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс-номера, за осъществяване на обществени електронни съобщения чрез обществена електронна съобщителна мрежа и предоставяне на фиксирана телефонна услуга (Разрешението), предприятието било длъжно да осигурява възможност на своите абонати да запазват географския номер при промяна на доставчика на фиксирана телефонна услуга. На 14.12.2011г. Р. Х. Ч., абонат на [фирма], с фиксиран номер 02/9895973, сключила допълнително споразумение за услугата V. 4Play: F.+N.+M.+TV Пакет. Съгласно същото следвало да се прекрати действието на досега действащото споразумение за пакет V. Н.. На 18.12.2011г., вместо да бъде активиран новия пакет, бил активиран отново използвания до момента -абонаментен план за две услуги V. Н..

На 05.02.2012г. Ч. подаде заявление за пренасяна на използвания от нея фиксиран телефонен номер с №М. 2012020550067701 в магазин на [фирма] на адрес: [населено място], [улица]. На същата дата приемащият доставчик изпратил заявлението за пренасяне до даряващия доставчик [фирма]. На 08.02.2012г. даряващият доставчик изпратил съобщение с код 0006 /абоната дължи неустойки/. Последвали

неколкократни запитвания от страна на [фирма] в периода 09.02.2012г.-05.03.2012 г. дали е извършено плащане, на които от [фирма] отговорили с код 0001 /чака се плащане/. На 06.03.2012г. Ч. оттеглила заявлението си за пренасяне на номер №М. 2012020550067701 и процесът на преносимост бил прекратен на 09.03.2012г.

По повод постъпила жалба до КРС /с вх.№14-00-840 от 21.02.2012г./ от Р. Ч., регулационният орган, представляван от служителите си - А. Б. и И. П., извършил проверка по документи относно визираните в жалбата обстоятелства в [фирма] и [фирма]. Резултатите от проверката били удостоверени в Констативни протоколи с №С-АМ-009/12.03.2012г. и №С-АМ-008/13.03.2012г.

На 17.05.2012г. бил съставен АУАН№С-132 от мл.инспектор Б. в присъствие на св. по установяване на нарушението и съставяне на АУАН - П. и св. по съставяне на акта - В. за нарушение на чл.326а от ЗЕС, във вр. чл.44, ал.1 от Функционалните спецификации. Препис от АУАН бил връчен на датата на изготвянето му на надлежно упълномощен представител на юридическото лице. Дружеството-жалбоподател се възползвало от правото си по чл.44, ал.1 от ЗАНН като в законоустановения срок подало писмени възражения.

Предвид правомощията си Председателят на КРС издал атакуваното НП, с което на [фирма] е наложена „имуществена санкция" в размер на 60 000.00 /шестдесет хиляди/ лева за извършено нарушение чл.326а от ЗЕС, във вр. чл.44, ал.1 от Функционалните спецификации.

От правна страна, при така установената фактическа обстановка, КРС е изложил, че АУАН е съставен от оправомощено лице, предвид нормите на чл.337, ал.1 във вр. с чл.312, ал.1 от ЗЕС и на основание Заповед № РД-07-388/29.11.2012г. на Председателя на КРС, надлежно приложена по делото. За спазен приел и срока по чл.34, ал.1 от ЗАНН. В 6-месечния преклузивен срок по чл.34, ал.3 от ЗАНН е издадено и обжалваното НП. НП№377/12.11.2012г. е издадено от компетентен по смисъла на чл.337, ал.2 от ЗЕС орган. Налице е припокриване на установените фактически обстоятелства и правни изводи между АУАН и НП. При съставянето на АУАН и издаденото въз основа на него НП не са допуснати нарушения на императивните разпоредби на чл.42, т.4 и чл.57, ал.1, т.5 от ЗАНН. И в АУАН, и в НП са описани нарушението, обстоятелствата, при които е извършено, датата и мястото, където е реализирано, обективно нарушените норми. По същество на нарушението, въззивната инстанция е изложила, че административно-наказателната норма на чл.326а от ЗЕС предвижда налагане на глоба или имуществена санкция в размер от 5000 /пет хиляди/ до 60 000 /шестдесет хиляди/ лева при нарушаване на Функционалните спецификации. Соченото като нарушено задължение на дружеството-мобилен оператор било регламентирано в разпоредбата на чл.44 ал.1 от цитирания подзаконов нормативен акт. Текстът на чл.44 ал.1 от Функционалните спецификации урежда задължението на доставчика в случай, че са налице предпоставките за преносимост на номер, да осигури процеса на пренасянето му, като условие за това е липсата на основания за отказ, визирани в чл.43, ал.1 и 2 от същите Функционални спецификации. Последните са конкретно посочени като отказът в настоящия случай, а именно - код 0006 /дължат се неустойки/, не покрива нито една от хипотезите на чл.43, ал.1 и ал.2 от Функционалните спецификации. Функционалните спецификации представляват подзаконов нормативен акт, издаден въз основа на законовата делегация на чл.134, ал. 3 от ЗЕС. От своя страна разписаното задължение в чл.44, ал.1 от Функционалните спецификации било корелативно свързано с посоченото в

чл.226, ал.6 от ЗЕС, според който независимо от срока на договора, условията и процедурите за прекратяване на договора между предприятията, предоставящи електронни съобщителни услуги, и техните абонати, не са пречка за смяна на предприятието, предоставящо услугите. В случая даряващото дружество не е спазило задължението си по чл.44, ал.1 от Функционални спецификации, въпреки че не са били налице основания за отказ. Ирелевантно касателно извършеното нарушение било обстоятелството дали и кога точно е пренесен в последствие номера, доколкото неосъществяване на цялостно регламентираната процедура във Функционални спецификации е факт към датата на извършване на нарушението от страна на [фирма]. Горното имало значение евентуално с оглед определяне справедлив размер на имуществената санкция за нарушението. СРС е аргументирал и неприложимостта на разпоредбата на чл.28 от ЗАНН, предвид липсата на предпоставките за квалифициране на нарушението като маловажен случай-липсата на данни извършеното деяние да е с по-ниска степен на обществена опасност от типичния за този вид деяния.

За да намали размера на наложената санкция, СРС е приел, че нарушението, извършено от жалбоподателя, макар и безспорно да не е първо, не е с такава висока обществена опасност, за да бъде определен максималния размер на имуществената санкция, както е приел АНО. Поради това и при съобразяване с критериите по чл.27, ал.2 от ЗАНН за индивидуализация на административното наказание е приел, че имуществена санкция в размер от 8 000.00 лв. /осем хиляди лева/ би съответствала на характера на извършеното нарушение и би постигнала целите на административното наказание, визирани в ЗАНН.

Касационните жалби са допустими.

Подадени са от лица, легитимирани да обжалват, срещу акт, подлежащ на касационен контрол и в установения за това преклузивен 14-дневен срок.

Разгледани по същество, касационната жалба на Б. АД е основателна, което от своя страна директно обуславя неоснователността на жалбата на КРС

Съгласно чл.326а от ЗЕС / Нов - ДВ, бр. 105 от 2011 г., в сила от 29.12.2011 г./, „който наруши функционалните спецификации за преносимост на номерата, приети от комисията, се наказва с глоба или имуществена санкция в размер от 5000 до 60 000 лв.” Административнонаказателният състав по чл.326а ЗЕС е бланкетен - посочените в него признаци на административно нарушение следва да се допълнят или специфицират чрез друг нормативен акт-Функционалните спецификации, в случая- 43, ал.1 и ал.2 от ФС в относимата за деянието редакция /И.. - ДВ, бр. 26 от 2010 г., в сила от 6.04.2010 г./ В случай, че не са налице основанията за отказ по чл. 43, ал.1 и ал.2 от ЗЕС, доставчиците осъществяват процеса по пренасяне на номера/та съобразно определеното в настоящите функционални спецификации, процедурата по чл. 38, ал. 1 и общите им условия за взаимоотношения с крайните потребители-чл.44, ал.1 от ФС.

Повдигнатото в АУАН административнонаказателно обвинение е, че по изпратено на 05.02.2012 г. от приемащия доставчик заявление за пренасяне на номер до даряващия доставчик- Б. АД, надлежно получено от първия касатор на същия ден, на 08.02.2012 г., дружеството уведомило приемащия доставчик, че отказва преносимост, сочейки причина на отказ код 0006-дължи неустойки. Във връзка с това, АНО сочи, че „дори да е налице обстоятелството по чл.43, ал.1, т.5 от ФС-/, Не са заплатени до деня, предшестваш датата, определена за прозорец на преносимост, всички дължими суми, свързани с предсрочно прекратяване на срочни договори с

даряващия доставчик и/или такива за лизинг на крайни устройства или оборудване, пряко свързани с пренесения номер и услугите, ползвани чрез него”/, то на основание чл.226, ал.6 от ЗЕС, това обстоятелство не е основание за отказ.” Съгласно чл.226, ал.6 от ЗЕС, „независимо от срока на договора, условията и процедурите за прекратяване на договора между предприятията, предоставящи електронни съобщителни услуги, и техните абонати не са пречка за смяна на предприятието, предоставящо услугите”.

НП е издадено в нарушение на материалния закон-по същество КРС приема, че е налице създаденото от нея сама с подзаконова норма основание за отказ-чл.43, ал.1, т.5 от ФС, но това основание противоречи на чл.226, ал.6 от ЗЕС. Едновременно с това санкционира даряващия доставчик за нарушение именно на подзаконовия нормативен акт-ФС-чл.326а от ЗЕС. Поради това, като само е изменила НП, в частта относно размера на наложената имуществена санкция, вместо да го отмени изцяло, въззиваната инстанция е осъществила основанието по чл.348, ал.1, т.1, вр ал.2 от НПК, вр.чл.63, ал.1, изр.2-ро от ЗАНН за касиране на оспореното решение.

По тези съображения АССГ, IX касационен състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение от 01.11.2013 г., постановено по н. а. х. дело № 4116/ 2013 г. по описа на Софийски районен съд, като вместо него постановява:

ОТМЕНЯ изцяло Наказателно постановление № 377/12.11.2012 г., издадено от председателя на Комисията за регулиране на съобщенията, с което на [фирма], ЕИК[ЕИК] е наложена имуществена санкция в размер на 60 000 лева за нарушение по чл. 326а от Закона за електронните съобщения, във връзка с чл.44, ал.1 от Функционалните спецификации за осъществяване на преносимост на географски номера при промяна на доставчика на фиксирана телефонна услуга и/или промяна на адреса в рамките на един географски национален код за направление
Решението не подлежи на обжалване.

Председател:

Членове: