

РЕШЕНИЕ

№ 4860

гр. София, 15.07.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XIX КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 17.06.2022 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Катя Аспарухова

**ЧЛЕНОВЕ: Мария Ситнилска
Елка Атанасова**

при участието на секретаря Валентина Христова и при участието на прокурора Ива Цанова, като разгледа дело номер **4430** по описа за **2022** година докладвано от съдия Елка Атанасова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на глава дванадесета от АПК, вр. чл. 63, ал.1

ЗАНН.

С Решение № 20224094 от 20.12.2021г. по НАХ дело № 14545/2020г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение /НО/, 4-и състав, е изменено Наказателно постановление №60/25.04.2019г., издадено от Председателя на Комисия за регулиране на съобщенията, с което на „Българска телекомуникационна компания /БТК/“ ЕАД, е наложено административно наказание „имуществена санкция“ в размер на 7000 лева за нарушение на чл. 340, вр. с чл.261, ал.4 от Закона за електронните съобщения на основание чл. 336 от с.з., като е намален размера на наложената санкция от 7000 лева на 5000 лева, и е потвърдено НП в останалите му части.

Срещу така постановеното решение са постъпили две касационни жалби.

Касаторът Комисия за регулиране на съобщенията, чрез процесуален представител, обжалва решението в частта, с която е изменена наложената санкция с НП №60/25.04.2019г. от 7000 лева на 5000 лева. Посочено е, че изпращането на SMS-и с маркетингови и рекламни цели, без съгласието на съответното лице представлява нежелана комуникация с висок интензитет и накърнява неприкосновеността на личността, нарушавайки почивката и спокойствието на засегнатото лице. Освен това, такива нарушения не само не били маловажни, но са с висока степен на обществена опасност, именно поради което законодателят бил установил висок размер на

санкцията по чл. 340 ЗЕС. Акцентира, че процесното нарушение не е единствено от този вид за [фирма], като в тази връзка са ангажирани доказателства. Моли обжалваното решение да бъде отменено и да бъде постановено ново, с което наказателното постановление да бъде потвърдено изцяло. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение. В съдебно заседание, чрез пълномощника си поддържа касационната си жалба и оспорва касационната жалба, подадена от БТК ЕАД.

Касаторът „Българска телекомуникационна компания /БТК/“ ЕАД, чрез пълномощник юрисконсулт М. К., обжалва решението на СРС с доводи за незаконосъобразност и неправилност на оспорения акт, като постановен при неправилно приложение на материалния закон. Посочва се в жалбата, че решението на първоинстанционният съд съдържа неправилни правни констатации, които не обхващат всички аспекти на правния спор относно законосъобразността на атакуваното наказателно постановление. Освен това твърди, че неправилно районният съд е възприел, че не са налице данни за определяне на извършеното формално нарушение като маловажен случай. Иска се отмяната на решението и постановяване на друго, с което НП да бъде отменено. Алтернативно се моли решението на СРС да бъде потвърдено в частта, в която е намалена размера на наложената санкция. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение в размер на 120 лева. В съдебно заседание, чрез пълномощника си касаторът БТК ЕАД поддържа касационната си жалба и оспорва касационната такава, подадена от КРС.

Представителят на Софийска градска прокуратура дава заключение за неоснователност на касационната жалба на БТК, а жалбата на КРС счита за основателна.

Административен съд - София-град, XIX касационен състав, като взе предвид наведените в жалбата доводи и като съобрази разпоредбата на чл.218 АПК, приема следното:

Касационните жалби са допустими като подадени от легитимирани субекти срещу подлежащ на касационен контрол акт и при спазване на установения за това преклузивен 14-дневен срок.

Разгледани по същество, двете касационни жалби са неоснователни.

Касационният контрол на оспореното съдебно решение, осъществяван от АССГ, е ограничен от въведените с жалбите основания с изключение на съответствието му с материалния закон и съществените процесуални изисквания, свързани със съществуването и упражняването на субективното публично право на жалба, за които следи служебно. Касационната инстанция обсъжда правни, а не фактически въпроси, поради което не събира и не преценява доказателства, а проверява само законосъобразността на изводите на решаващия съд.

Според задължителните за тази инстанция фактически установявания на СРС, е установено, че към 2015 година, както във времето след това, съществуването на правен субект - търговско дружество [фирма],[ЕИК], със седалище и адрес на управление [населено място], [улица] и с предмет на дейност “Изграждане, използване и поддържане на обществени далекосъобщителни мрежи и информационни системи на територията на Република България, както и за предоставяне на далекосъобщителни услуги чрез тях. Предоставяне на международни обществени далекосъобщителни услуги, изграждане на частни мрежи, търговска, инженерингова, маркетингова и производствена дейности по далекосъобщенията,

спедиторска дейност за собствени нужди, хотелиерство, ресторантьорство, туристическа агентска дейност и допълнителни туристически услуги”, респ. притежаването от [фирма] на характеристиките на предприятие, предоставящо обществени електронни съобщителни мрежи и/или услуги. В последното качество, от страна на [фирма] на 29.03.2015 г. бил сключен договор за мобилна услуга № 830323626929032015-33366231 с Т. Д. Ц., с адрес на местоживеене на територията на [населено място], в качеството на абонат и за мобилен телефонен номер 0898/227 167, с минимален срок на действие на договора 24месеца, изтичащ на 29.03.2017година, но при положение, че абонатът не бил отправил писмено предизвестие за прекратяване на договора, съобразно клауза от последния, той продължил действие и във времето след 29.03.2017година - за неопределен срок и при описаните в съдържанието му условия, едно от които било и това, че “абонатът декларирал /реално със сключването на договора/ информираност относно възможността да откаже да получава маркетингови съобщения за продукти и услуги на [фирма], чрез обаждане на номер 123 или SMS с текст STOP на номер 188188 за мобилни услуги”. Имайки данните за осъществяване на контакт по електронен път с абоната Ц., конкретно при сключването с последния на 29.03.2015г. на договора за мобилна услуга, на 10.04.2018 г., в 21:40часа, на ползвания мобилен телефонен номер, за който и се отнасял сключеният на 29.03.2015г. договор за мобилна услуга, Ц. получил кратко текстово съобщение /SMS/, с цел маркетинг и реклама на услуга на самия оператор, с конкретно съдържание: “З., VIVACOM има предложение за Вас. Високоскоростен оптичен интернет и цифрова телевизия на специални цени. Посетете наш магазин до 30.04.2018година, където наш представител лично ще Ви консултира и препоръча най-подходящия за Вас план. О. този SMS на 188188”.

Реакцията на абоната на така полученото кратко текстово съобщение била отказ от получаване на съобщения за маркетингови и рекламни цели на самия оператор, заявен двукратно на 188188, чрез изпратени SMS на 10.04.2018година, в 21:42часа и в 21:43часа /в първия случай без изписан текст, а във втория - с изписан от изпращача текст STOP/, като и в двата случая абонатът получил потвърждение, чрез кратко текстово съобщение, съотв. на 10.04.2018година, в 21:43часа и в 21:46часа, с конкретно съдържание: “Zdravey! Poveche nyama da poluchavash SMS ot VIVACOM za nashi predstoyashti igri i zabavlenia”. Независимо от така заявения отказ за получаване на съобщения за маркетингови и рекламни цели на оператора, с който Ц. имал сключен и действащ договор за мобилна услуга, на 30.11.2018година, в 13:44часа, на телефон [ЕГН], той отново получил кратко текстово съобщение, този път със съдържание: “З., VIVACOM има предложение за Вас, високоскоростен оптичен интернет и цифрова телевизия на специални цени. Посетете наш магазин до 30.12.2018година, където наш представител лично ще Ви консултира и препоръча най-подходящия за Вас план. О. този този SMS на 188188”.

При това положение Ц. се обърнал с жалба към надзорния орган КРС, която подал по електронен път, в т.ч. с приложение, вх.№14-00-2363/20.12.2018година. Във връзка с жалбата започнала проверка, водена от свидетел Ц. М. - длъжностно лице при КРС, в рамките на която от [фирма] били изискани документи и информация, потвърждаващи наличието на сключен и действащ към 30.11.2018г. договор за мобилна услуга, между [фирма] и жалбоподателя Ц., както и заявен от Ц. още на 10.04.2018година отказ от маркетингова информация от страна на оператора, който отказ обаче, според становище от последния, “поради техническа грешка ..., не е

сработило”, явяващо се на свой ред единствена причина до абоната да е било изпратено ново съобщение от страна на оператора за негови маркетингови и рекламни цели на 30.11.2018г. С посоченото становище е било потвърдено обстоятелството, че макар и впоследствие, в смисъл в рамките на протичащата проверка, “отказът на абоната за получаване на съобщения за маркетингови цели е бил отразен в системите на БТК”.

В резултат от проверката и направените констатации, срещу [фирма] било образувано административнонаказателно производство, със съставянето на 12.03.2019г. от свидетел Ц. М., на акт №С-045 за установяване на административно нарушение, с посочена правна квалификация по чл.261,ал.4 ЗЕС. От фактическа страна в АУАН е посочено, че на 30.11.2018 г., изпращайки на мобилен телефонен номер 0898/227167, ползван от Т. Д. Ц., съобразно сделка за предоставяне на електронна съобщителна услуга - договор №830323626929032015-33366231/29.03.2015г., кратко текстово съобщение /SMS/ за целите на директния маркетинг и реклама, със съдържание: ”З., VIVACOM има предложение за Вас, високоскоростен оптичен интернет и цифрова телевизия на специални цени. Посетете наш магазин до 30.12.2018година, където наш представител лично ще Ви консултира и препоръча най-подходящия за Вас план. О. този SMS на 188188”, при положение, че на 10.04.2018година Ц. е бил заявил пред [фирма] отказ от получаването на съобщения за рекламни и маркетингови цели, като в последния случай заявката е била извършена чрез изпращане на кратко текстово съобщение с текст STOP до номер 1881888, [фирма] в случая, в качеството на лице, което при сключването на посочения по-горе договор е получило данни, чрез които е могло да осъществява контакт с потребителя по електронен път, не е изпълнило отказа на Ц. за получаване на съобщения за маркетингови цели.

Така съставен, АУАН бил предявен, подписан и препис от него бил връчен на надлежно представляващ по пълномощно [фирма] в деня на съставянето му - 12.03.2019година, а впоследствие, на 25.04.2019г., председателят на КРС, въз основа на акта, издал атакуваното наказателно постановление №60, с което била ангажирана административнонаказателната отговорност на [фирма], с налагането на “имуществена санкция”, в размер 7 000лв., на основание чл.340 вр. чл.336 ЗЕС, за нарушението, описано от фактическа и от правна страна по идентичен начин в обстоятелствената част на постановлението и в акта за неговото установяване.

При така установената фактическа обстановка, решаващия състав на СРС е приел, че от доказателствата по делото безспорно се установява извършеното нарушение.

Съдът не е констатирал процесуални нарушения, притежаващи характеристиките съществени, в рамките на административнонаказателното производство. Счел е, че образуването на последното, съставянето на акта за установяване на нарушението и издаването на атакуваното наказателно постановление, е станало при спазване на приложимите и предвидени в ЗЕС и в ЗАНН срокове, като органите на административнонаказателното производство в нужната степен пълно, ясно, точно, съобразно естеството на самото нарушение и начина на установяването му, са оформили съдържанието на акта и на наказателното постановление. При обсъждане размера на санкцията СРС е изложил подробни мотиви, които настоящата инстанция напълно споделя и препраща към тях, като е намалил същата до законово определения минимум, а именно - 5000 лева. Подробни мотиви, споделящи се от касационната инстанция СРС е изложил и по отношение неприложимостта на института на

маловажност.

Така постановеното решение е правилно, а касационните жалби са неоснователни. Разпоредбата на чл.261, ал.4 от ЗЕС императивно въвежда задължение за доставчика на мобилни комуникационни услуги да изпълнява всеки отказ за получаване на съобщения за маркетингови цели за получаване на съобщения с маркетингова цел. Не е спорно и не може да се оспори съдържанието на съобщението, от което е видно, че същото е с рекламна и маркетингова цел, тъй като с него е рекламирана услуга и продукт, като недвусмислено се подканва абоната да се възползва от предложението. Съгласно чл.261, ал.4 от ЗЕС "Лицето по ал.2 е длъжно да изпълнява всеки отказ за получаване на съобщения за маркетингови цели". Касаторът [фирма] безспорно е лице по ал. 2 на чл. 261, както и е безспорно, че не е изпълнило отказ за получаване на съобщение. Легална дефиниция на понятието с "директен маркетинг е дадено в ЗЗЛД според която директен маркетинг "е предлагане на стоки и услуги на физически лица по пощата, по телефон или по друг директен начин, както и допитване с цел проучване относно предлаганите стоки и услуги".

В конкретния случай, видно от съдържанието на изпратеното съобщение, с него на потребителя е предложена услуга по телефон, както и промоционална оферта за ползване на услуга, което е достатъчно да се приеме съобщението с маркетингова цел. Поради изложеното настоящият състав намира, че е законосъобразен извода на СРС за безспорно установеност на вмененото на наказаното лице нарушение.

На следващо място, неоснователно е възражението на касатора [фирма], че вмененото му деяние представлява маловажен случай, като в тази връзка настоящият състав споделя аргументите на СРС.

Не са налице предпоставките за прилагането на чл.28 от ЗАНН и вмененото на наказаното лице нарушение не представлява маловажен случай. За да постанови оспореното решение СРС е събрал и обсъдил всички относими към спора доказателства. Оспореното съдебно решение е законосъобразно, постановено в съответствие със закона по следващите съображения.

Правилно е приложена и санкционната норма, поради което настоящият състав намира касационната жалба на касатора КРС за неоснователна. В съответствие с доказателствата по делото са изводите на СРС, че наложената имуществена санкция е завишена, при което законосъобразно, в съответствие със степента на обществена опасност на деянието и дееца е намалена до посочения в решението размер.

По тези съображения и след извършена служебна проверка на решението на районния съд, съгласно изискванията на чл.218, ал.2 АПК, при която не се констатираха основания за отмяната му поради невалидност, недопустимост, решението на СРС, с което е изменено НП следва да бъде оставено в сила.

При този изход на спора не се дължат претендираните от касаторите разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Мотивиран от гореизложеното и на основание чл. 221, ал.2 АПК Административен съд - София-град, XIX касационен състав

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА Решение № 20224094 от 20.12.2021г. по НАХ дело № 14545/2020г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение /НО/, 4-и състав.
Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.