

РЕШЕНИЕ

№ 5855

гр. София, 05.11.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, IX КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в
публично заседание на 19.10.2012 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Полина Якимова

ЧЛЕНОВЕ: Доброслав Руков
Диляна Николова

при участието на секретаря Ванюша Стоилова и при участието на
прокурора Мирчев, като разгледа дело номер **7560** по описа за **2012** година
докладвано от съдия Полина Якимова, 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
от ЗАНН.

С решение № 16/ 27.06.2012 г., постановено по н а х дело № 19824/ 2011 г. от
Софийски районен съд, НО, 107 състав е отменено наказателно постановление № 157/
12.08.2011 г., издадено от председателя на Комисията за регулиране на съобщенията, с
което на [фирма] на основание чл. 340, вр. чл. 336 от Закона за електронните
съобщения е наложена имуществена санкция в размер на 8000 лв за нарушение по чл.
261, ал. 5, пр. 1 ЗЕС.

Постъпила е касационна жалба от името на административно - наказващия
орган, съдържаща оплакване, че решението е постановено при неправилно
приложение на материалния закон – касационно основание по чл. 348, ал. 1, т. 2 вр.
ал. 3 НПК вр. чл. 63 ЗАНН. Според подателя й съдебната практика е категорична, че
установяване на административно нарушение от разглеждания вид би било налице
след извършване на проверка по подаден сигнал и след задълбочена анализ на
събраните доказателства. В този смисъл няма как датата на постъпване на сигнал от
потребител да се приравни на дата на установяване на нарушението – по всяка жалба
се извършва проверка от оправомощени за целта инспектори. Позовава се на ТР № 48/
28.12.1981 г. по н. дело № 48/ 1981 г- на ОС на ВС. Касаторът сочи, че само през 2011
г. в администрацията на комисията са постъпили 986 жалби по повод преносимостта

на номерата, а по всяка от тях с цел разкриване на обективната истина са извършвани поне две проверки – при даряващия и при приемащи доставчик. Възприемането на тезата на СРС би означавало да се съставят АУАН преди да е станало ясно дали е нарушение. По тези съображения се инвокира искане за отмяна на решението и за потвърждаване на наказателното постановление.

В писмен отговор на процесуален представител на ответника [фирма] се излага, че въззивният съд е приложил правилно чл. 3, ал. 2 ЗАНН – с оглед изменението на чл. 340 ЗЕС, в сила от 29.12.2011 г. /обн. ДВ бр. 105/ 2011 г./, която разпоредба се отнася за нарушения по чл 261, ал. 4 т ЗЕС. Останалите съображения в отговора възпроизвеждат оплакванията на дружеството по жалбата срещу НП – че то не съдържа пълен реквизит по чл. 57, ал. 1 т.5 ЗАНН, че не е посочено мястото на извършване на нарушението, че фактическата обстановка е неправилно описана; несъоставомерност на деянието.

Представителят на Софийска градска прокуратура дава заключение за основателност на касационната жалба.

Съдът, като провери служебно на основание чл.218, ал.2 от АПК, съответствието на решението със съществените процесуални правила и материалния закон, намира за установено следното:

Касационната жалба е допустима.

Подадена е от лице, легитимирано да обжалва, срещу акт, подлежащ на касационен контрол и в установения срок.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

Касационният контрол за правилност на оспореното съдебно решение, осъществяван от АССГ е ограничен от въведените с жалбата 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. В тази връзка, при осъществения контрол, съдът намира, че фактическата обстановка, след анализ и преценка на събрания по делото доказателствен материал - показанията на св. К. /актосъставител/ и писмените доказателства, приобщени по реда на чл.283 от НПК, вр. чл. 84 от ЗАНН, е правилно установена по делото от Софийски районен съд, като не е допуснато съществено процесуално нарушение, свързано с процеса на събиране и преценка на доказателствените материали по делото или такова, довело до ограничаване процесуалните права на страните в административнонаказателното производство.

С НП, отменено с обжалваното въззивно решение, ответното по касация дружество е привлечено към административно – наказателна отговорност за това, че на 31.10.2010 г е изпратило на ползвания от Ф. Г. мобилен номер 0887/815949 кратко текстово съобщение за маркетингови цели със следното съдържание: „Безплатна регистрация сега с sms с твоето ЕГН на номер 9999! Днес можеш да спечелиш три награди G. 6, 18000 лв и 40 000 лв! Повярвай в късмета си!”, получено на същата дата, което съобщение не позволява идентифицирането на изпращача /лицето, от чието име се прави комуникацията с потребителя/. Установено е по преписката, че съобщението е изпратено чрез кратък телефонен номер 9999 за целите на играта „СМС з милиони” организирана от НЮ Г. ООД. По този начин според АНО е нарушена предвидената в

чл. 261, ал. 5, предл. 1 ЗЕС забрана да се изпращат съобщения за маркетингови цели, дори когато са изпълнени изискванията на чл. 261, ал. 1 – 3 ЗЕС, ако не може да се идентифицира лицето, което ги изпраща.

Изводът на СРС, че АУАН е съставен в нарушение на чл. 34, ал. 1 ЗАНН, е формиран при непълен анализ на доказателствата в преписката – видно от АУАН и НП е, че [фирма] е санкционирано за нарушение, извършено на 31.10.2010 г., невъзможността за чието констатиране 11 дни по – рано е очевидна. Действително, неприложеният по делото първи по време сигнал на потребителя датира от 20.10.2010 г., но той е поставил началото на проверки, резултатите от които са обективирани в двата констативни протокола – от 26.11.2010 г. и от 01.12.2010 г. За най – ранна дата на установяване на нарушението може да се приеме 31.10.2010 г., от когато, до датата на съставяне на АУАН, са изминали по – малко от 3 месеца.

Не се споделя от този състав на АССГ и заключението, че НП не съдържа означаване на изпращача на съобщението и времето на реализирането му – дружеството – ответник е посочено с наименование, ЕИК, и дата на изпращане.

С изменението на ЗЕС, обн. ДВ бр. 105/ 2011 г. в сила от 29.12.2011 г., санкционната разпоредба на чл. 340 предвиждаща налагане на административно наказание глоба в размер нот 5000 лв до 10 000 лв и се отнася само за нарушение по чл. 261, ал. 4 ЗЕС. Не е отпаднала обаче наказуемостта на деянието, която след цитираната законодателна промяна е в обхвата на общата хипотеза на чл. 335 ЗЕС, предвиждаща глоба от 500 до 5000 лв.

НП е издадено от компетентен орган, при спазване на изискванията за форма и съдържание – видно от обстоятелствената му част, нарушението е индивидуализирано по всички призвани от обективна страна - на 31.10.2010 г. от М. ЕАД е изпратено на ползвания от Ф. Г. мобилен номер 0887/815949 кратко текстово съобщение за маркетингови цели със следното съдържание: „Безплатна регистрация сега с sms с твоето ЕГН на номер 9999! Днес можеш да спечелиш три награди G. 6, 18000 лв и 40 000 лв! Повярвай в късмета си!“. – съдържащият се в кавичките текст не позволява идентифициране на изпращача.

При извода за доказаност на нарушението НП следва да се измени в частта на наложената санкция, при спазване на предвидените в чл. 335 ЗЕС граници. Определянето ѝ към средния размер – 2500 лв отговаря на тежестта на нарушението, на степента на обществена опасност и на целите по чл. 12 ЗАНН.

Водим от горното и на основание чл. 221, ал. 2, предл. 1 от АПК, вл. чл. 63, ал. 1, изр. второ от ЗАНН, Административен съд София - град, IX касационен състав

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ решение № 16/ 27.06.2012 г., постановено по н а х дело № 19824/ 2011 г., Софийски районен съд, НО, 107 състав.

ИЗМЕНЯ наказателно постановление № 157/ 12.08.2011 г., издадено от председателя на Комисията за регулиране на съобщенията като определя размера на наложената на М. ЕАД имуществена санкция на 2500 лв.

Решението не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.