Р Е Ш Е Н И Е
№ 4138

гр. София, 20.06.2014 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, **VIII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,** в публично заседание на 23.05.2014 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Камелия Серафимова
ЧЛЕНОВЕ: Славина Владова
Юлия Тодорова

при участието на секретаря Красимира Савова и при участието на прокурора Ютеров, като разгледа дело номер **3857** по описа за **2014** година докладвано от съдия Славина Владова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 – 221 от АПК във връзка с чл. 63 ал. 1 от ЗАНН.

Образувано е по касационна жалба на Комисията за регулиране на съобщенията (КРС) срещу Решение от 07.03.2014г., постановено по НАХД № 4655/2013 г. по описа на Софийски районен съд, 15 състав, с което е отменено Наказателно постановление № 402 от 21.11.2012г. на Председателя на КРС, с което на [фирма] е наложено административно наказание – имуществена санкция в размер на 60 000 лева, на основание чл. 326а от ЗЕС за нарушение на чл. 31, ал. 1 от Функционалните спецификации за осъществяване на преносимост на национално значими номера при промяна на доставчика на обществена мобилна телефонна услуга.

В жалбата се навеждат подробни доводи за незаконосъобразност на решението на СРС. Твърди се, че след влизане в сила на чл. 226 ал. 6 от ЗЕС в сила от 29.12.2011 година, то приложима е тази норма и начисляването на неустойки по предсрочно прекратен договор не е пречка да поиска преносимост на номера и смяна на оператора. Посочва, че това е така, тъй като разпоредбата на чл. 30 ал. 1 т. 5 от ФС, която дава такова право, съдържаща се в подзаконов нормативен акт, противоречи на чл. 226 ал. 6 от ЗЕС и в този смисъл, считано от влизането в сила на ал. 6 на чл.226 от ЗЕС предприятията нямат право да се позовават на основанията за отказ

регламентирано в чл. 30 ал. 1 т.5 от ФС и съгласно разпоредбата на чл. 15 ал. 3 от ЗНА, ако постановление, правилник, наредба или инструкция противоречат на нормативен акт от по - висока степен, правораздавателните органи прилагат по - високия по степен акт и в случая при действие на две разпоредби, които са в колизия, следва да се приложи разпоредбата на чл. 226 ал. 6 от ЗЕС, съгласно чл.15 от ЗНА. Твърди освен това, че по смисъла на чл. 11 ал. 3 от ЗНА към момента на извършване на нарушението 08.02.2012г. чл. 30 ал. 1 т. 5 от ФС е бил мълчаливо отменен от акт от по – висока степен, поради което не са били налице основанията за отказ за преносимост на телефонния номер, посочен в наказателното постановление, не са били налице и основания за отказ и даряващият доставчик е следвало да извърши всички необходими действия в определените за това срокове. Твърди, че при съставяне на АУАН и издаване на НП не са допуснати нарушения на административно производствените правила. Иска оспореното решение да бъде отменено и вместо него да бъде постановено друго, с което се потвърждава на НП.

Ответникът по касацията [фирма], редовно и своевременно призован, не изпраща представител в открито съдебно заседание, но с представени писмени бележки изразява становище за неоснователност на жалбата.

СГП чрез прокурор Ютеров изразява становище за неоснователност на жалба и моли да бъде уважена.

След като се запозна с материалите по делото и представените доказателства съдът установи, че жалбата е подадена в срок, от страна – адресат на акта, срещу акт, който подлежи на съдебен контрол. Във връзка с изложеното дотук съдът счита, че жалбата е процесуално допустима.

За да постанови оспореното съдебно решение СРС е приел, че наказаното лице не е извършило вмененото му нарушение. Приел е, че това е така, тъй като към момента на извършване на вмененото като нарушение деяние – 06.02.2012г. – е била в сила старата редакция на нормата на чл. 30 ал. 1 т. 5 от ФС, според която даряващият доставчик може да откаже преносимост на номера, ако не са заплатени всички суми по предсрочно прекратяване на договор, вкл. Незаплатени неустойки (код 006). Посочил е, че тази норма е отменена с ДВ бр. 74 от 28.09.2012г., т.е. след посочената като дата на извършване на нарушението. В тази връзка е приел, че към момента на извършването е било налице основание за отказ за преносимост и съответно наказаното лице законосъобразно е отказало. Приел е, че независимо от законодателната промяна и приемането на чл. 226 ал. 6 от ЗЕС от 29.12.2011г., то законосъобразно наказаното лице е приложило чл. 30 ал. 1 т. 5 от ФС и в тази връзка законосъобразно е отказало преносимост на номера и съответно не е извършило вмененото му нарушение на чл. 31 ал. 1 от ФС. За да постанови оспореното решение СРС е събрал всички относими към спора доказателства – писмени и гласни.

Настоящият състав намира, че оспореното съдебно решение е незаконосъобразно, постановено в противоречие със закона по следващите съображения.

От събраните доказателства е установено, че [фирма] е имало сключен Договор с [фирма], като с Допълнително споразумение към Р. договор № КА/С. от 02.02.2006г. е с включена клауза за заплащане на неустойка при предстрочно прекратяване на договора. На 06.02.2012г. притежателят на номера е подал заявление до Б. за пренасяне на номера при смяна на доставчика на мобилни услуги. На 08.02.2012г. Г. е уведомил приемащия доставчик Б., че е налице код 0006 - дължими неустойки и

отказва преносимост на номера. За констатираното нарушение на чл. 326а от ЗЕС на ответника по касация е наложена имуществена санкция в размер на 60 000 лв. за нарушение на чл. 31 ал. 1 във връзка с чл. 30 ал. 1 и ал. 2 от ФС. Разпоредбата на чл. 30 от Функционалните спецификации, изм. ДВ. бр.26 от 6.04.2010г., действала по време на извършване на нарушението - 08.02.2012г. е визирала изрично предпоставките, при наличието на които даряващият доставчик може мотивирано да откаже преносимост на номер/номера пред приемащия доставчик, като съобразно конкретния случай по т. 5 на ал. 1 на чл. 30 от ФС – това е: „не са заплатени до деня, предшестващ 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“. Съгласно ал. 3 на чл. 30 от ФС изр. второ „В случая по ал. 1 т. 5 (какъвто е процесния случай), не се извършва преносимост до отстраняване на този недостатък, като спирането на процедурата е за не повече от 30 дни от подаване на заявлението. В случай че, в посочените срокове, недостатъците не бъдат отстранени, процедурата се прекратява с изричен писмен отказ на приемащия доставчик. В останалите случаи по ал. 1 и 2 процедурата се прекратява с изричен писмен отказ на приемащия доставчик“.

Разпоредбата на чл. 30 от ФС е променена - ДВ. бр. 74 от 28.09.2012г., като чл. 30 е с ново съдържание, като т. 5 на ал. 1 е отменена. Ал. 3 на чл. 30 също е променена и гласи, че в случаите по ал. 1, т. 7 и по ал. 2, т. 1, 2, 3, 4 и 5 заявлението не се разглежда от приемащия доставчик до отстраняване на недостатъците, като спирането на процедурата е за не повече от 30 дни от подаване на заявлението.В случай,че в посочения срок недостатъците не бъдат отстранени, процедурата се прекратява с изричен писмен отказ на приемащия доставчик. В останалите случаи по ал. 1 и 2 процедурата се прекратява чрез изричен писмен отказ на приемащия доставчик. Приемащият доставчик изпраща и съобщение до даряващия доставчик чрез електронно-техническата система за обмяна на съобщения между доставчиците, с което го информира, че процедурата е прекратена.

В настоящия случай, на първо място, видно от Допълнителното споразумение по програма “Заедно“ от 11.03.2011 г., сключен между [фирма] и [фирма] е продължен срокът на договорите за изброени мобилни номера, подробно посочени в споразумението, измежду които процесния номер за една година. Договорено е, че ако един месец преди изтичането на срока на споразумението, последното не се прекрати с едномесечно писмено предизвестие, то се подновява автоматично многократно за същия период и при стандартните ценови условия, без прилагане на предварителни отстъпки, когато такива са приложими, в това число за всички услуги по чл. 1 от този раздел и за всяка една СИМ карта, посочена в раздел Втори от споразумението. При казаното по – горе срокът на действие на споразумението по програма заедно, е изтекъл на дата 11.03.2012 година като към тази дата няма писмено предизвестие за прекратяването му от страна на [фирма]. Преди изтичането на периода на договора е подадено искането за пренасяне на номера, а именно на 06.02.2012г.

Следва да бъде посочено още, че съгласно т. 4 от споразумението за срока на действие на допълнителното споразумение за всички услуги, предоставени от оператора и ползвани от потребителя, в това число за всички СИМ карти, посочени в раздел втори -19 на брой, потребителят няма право и се задължава да не прекратява

едностранно ползването на СИМ картите, освен с предизвестие от един месец преди изтичането на срока на договора, съгласно чл. 1 и чл. 2 от раздела. Според т. 5 от допълнителното споразумение е посочено, че при неспазване на някои от задълженията по чл. 4 от този раздел, потребителят дължи неустойка в размер на 200 лева за всяка СИМ карта, по която има неизпълнение и е предоставена при условията на това допълнително споразумение, както и съответното предвидено в рамковия договор и/или неустойка.

В случая и при казаното по - горе, на дата на 06.02.2012 г. е подадено заявление до В. за пренасяне на национално значими номера при смяна на доставчика на мобилни услуги. Заявлението за преносимост е получено от Г. на дата 06.02.2012г. На 08.02.2012г. Г. е уведомил приемащия доставчик, че е налице код 0006 - дължими неустойки и на практика отказал преносимост на номерата в това число и по отношение на процесния номер с мотива, че се дължат неустойки.

Следва да бъде отбелязано още, че подаването на заявлението за преносимост, съгласно чл. 105 изреч. Второ от Общите условия на Г. се счита и за надлежно отправено предизвестие до даряващия доставчик за прекратяване на договора. Освен това е предвидена и хипотеза по т. а и б от чл. 105 при която не се дължи заплащане на неустойка, като в конкретния случай е налице именно тази хипотеза по следващите съображения. Видно от цитираното по – горе титулярът на номера може да прекрати срочния си договор един месец преди изтичането на срока на договора, за което подава писмено предизвестие. Това предизвестие следва да се подаде в рамките на последния месец преди изтичането на срока на договора, тъй като от момента, в който започне да тече последния месец и ако няма предизвестие за прекратяване се счита, че договорът е подновен за още една година. Изчислено в срокове това означава, че за титуляра на номера е възникнала възможност да подаде предизвестие за прекратяване преди 11.02.2012г., тъй като след тази дата започва да тече последния месец през който пък вече договорът ще се счиа за отново подновен за нова една година. В тази връзка титулярът след като е подал искане за преносимост, което по чл. 105 от общите условия е приравнено на предизвестие за прекратяване е изпълнил точно задълженията си по договора. Във връзка с посочените след това разпоредби на чл. 105 б. „а“ и „б“ от общите условия е посочено, че в този случай абонатът не дължи заплащането на неустойка. Във връзка с всичко гореизложено настоящият състав намира, че в конкретния случай не е била дължима неустойка и съответно не са били налице основанията за отказ, на които се е позовал даряващият доставчик, който е и наказното лице. Наред с това, с Общите условия на Г. в чл. 107 от същите изрично е предвидено, че Г. в качеството му на даряващ доставчик може мотивирано да откаже преносимост на номер/номера пред приемащия доставчик само в случай, че номерът е несъществуващ, не е от обхвата на номера, предоставени от Г. или не е представен от потребител на Г. и номерът не е активен. В останалите случай, Г. по силата на така цитирания текст, не може да откаже преносимост на номер. Във връзка с изложеното по – горе, че не са били налице дължими неустойки и съответно не е било налице основание за отказ, какъвто е направен в нарушение на разпоредбите на ФС, настоящият състав намира, че наказаното лице е извършило вмененото му нарушение на чл. 326а от ЗЕС.

Най – накрая следва да се посочи, че дори и да се приеме, че в случая потребителят на услугата на Г. при подаването на заявлението за преносимост на номера/което при казаното по - горе, представлява и писмено предизвестие за предсрочно прекратяване

на договора/ дължи неустойки по него, то само по себе си това, нещо не може да доведе до отказ да бъде пренесен номерът. Редът за установяване и за дължимост на неустойката, визиран в чл.105 от Общите условия на Г. и в чл. 104 от общите условия- - относно текущите задължения, няма как да бъде пречка за преносимост на номер и ако е налице претенция на даряващия доставчик към абоната си, има друг ред за удовлетворяването й, а не отказ за преносимост на номера. Следва да бъде отбелязано още, че по време на подаване на заявлението за преносимост на номерата, в това число и на посочения по- горе номер, е била в сила разпоредбата на чл. 226 ал. 6 от ЗЕС, според която, (ДВ, бр. 105 от 2011 г., в сила от 29.12.2011г.) 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.

Във връзка с гореизложеното и след като нарушението е доказано по несъмнен начин и участието на нарушителя в него, то съвсем законосъобразно административно - наказващият орган е ангажирал административно - наказателната отговорност на ответника по касация за нарушение на чл. 31 ал. 1 от Функционалните спецификации според която разпоредба в случай, че не са налице основанията за отказ по чл. 30 ал. 1 и 2, то не може да бъде отказана преносимостта на номера. От казаното и от събраните доказателства е видно, че даряващият доставчик „Г.“ абсолютно без каквото и да е основание е отказал преносимост на номера. Още повече, че не е определил прозорец за преносимост на номера и едва след определянето на такъв и в случай, че потребителят не е заплатил дължимите суми до деня, предшестващ датата, определена за прозорец на преносимост, в случай че се дължат, всички дължими суми, свързани с предсрочно прекратяване на срочни договори с даряващия доставчик да има възможност по силата на чл. 30 от ФС да откаже преносимост на номера. С което пък е осъществил състава на нарушението, визирано в чл. 326а от ЗЕС.

Определената санкция в размер на 60 000 лева е справедлива и съответна на извършеното нарушение и ще допринесе за постигане целите на наказанието, визирани в чл. 12 от ЗАНН. Като е достигнал да други правни изводи в посока отмяна на наказателното постановление, СРС е постановил едно неправилно решение, което следва да бъде отменено и вместо него постановено друго, с което наказателното постановление да бъде потвърдено.

Воден от гореизложеното и на основание чл. 221 ал. 2 от АПК Административен съд София- град

РЕШИ:

ОТМЕНЯ съдебно Решение от 07.03.2014г., постановено по НАХД № 4655/2013 г. по описа на Софийски районен съд, 15 състав, с което е отменено Наказателно постановление № 402 от 21.11.2012г. на Председателя на КРС, с което на [фирма] е наложено административно наказание – имуществена санкция в размер на 60 000 лева, на основание чл. 326а от ЗЕС за нарушение на чл. 31, ал. 1 от Функционалните спецификации за осъществяване на преносимост на национално значими номера при промяна на доставчика на обществена мобилна телефонна услуга и вместо него постановява:

ПОТВЪРЖДАВА изцяло Наказателно постановление № 402 от 21.11.2012г. на

Председателя на КРС, с което на [фирма] е наложено административно наказание – имуществена санкция в размер на 60 000 лева, на основание чл. 326а от ЗЕС за нарушение на чл. 31, ал. 1 от Функционалните спецификации за осъществяване на преносимост на национално значими номера при промяна на доставчика на обществена мобилна телефонна услуга.

РЕШЕНИЕТО е окончателно и не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: