

РЕШЕНИЕ

№ 6066

гр. София, 16.10.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, VIII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 29.09.2023 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Камелия Серафимова

ЧЛЕНОВЕ: Калин Куманов

Стоян Тонев

при участието на секретаря Мая Миланова и при участието на прокурора Десислава Кайнакчиева, като разгледа дело номер **8427** по описа за **2023** година докладвано от съдия Калин Куманов, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е касационно и е по реда на Глава дванадесета, чл.208-228 от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/, във вр.с чл.63, ал.1, изр.2 от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

С Решение от 05.07.2023 г., постановено по НАХД № 5066/2022 г., Софийският районен съд е потвърдил Наказателно постановление /НП/ № 1/15.03.2022 г., издадено от Председателя на Комисията за регулиране на съобщенията /КРС/, с което на "Българска телекомуникационна компания" ЕАД (с ново наименование "Виваком България" ЕАД), ЕИК по Булстат:[ЕИК], за нарушение на чл.261, ал.5, т.2 от Закона за електронните съобщения, е наложена имуществена санкция в размер на 500 лв. на основание чл.53, ал.1 и чл.83, ал.1 ЗАНН и чл.335 във вр.с чл.336 ЗЕС. Със същото решение СРС е осъдил "Виваком България" ЕАД (с предишно наименование "Българска телекомуникационна компания" ЕАД), ЕИК по Булстат:[ЕИК], да заплати на КРС юрисконсултско възнаграждение в размер на 80 лв.

Недоволен от така постановеното решение е останало санкционираното юридическо лице, което с касационна жалба, подадена в срока и по реда на чл.211, ал.1 от АПК във вр.с чл.63, ал.1 от ЗАНН, чрез пълномощника си юк.И., обжалва същото с искане за отмяна. Наведеното в жалбата касационно основание е нарушение на закона - чл.348, ал.1, т.1 НПК във вр.с чл.63, ал.1 ЗАНН. Касационният жалбоподател твърди необоснованост на съдебния акт и излага подробни оплаквания относно

несъставомерност на деянието. Отправеното до касационния съд искане е да отмени решението на КРС и да постанови друго, с което да отмени обжалваното НП. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение. В с.з. касаторът не изпраща представител.

Ответникът по касация - Председателят на КРС, чрез пълномощника си юк.Г. е подал писмен отговор, в което оспорва касационната жалба, а в с.з. чрез юк.М. излага доводи за нейната неоснователност. Моли за присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Представителят на Софийска градска прокуратура предлага касираното решение да се остави в сила като правилно и законосъобразно.

Административен съд-София град, като провери законосъобразността и обосноваността на първоинстанционното решение във връзка с направените от касатора оплаквания, намери следното:

Касационната жалба е процесуално допустима, а по същество е неоснователна поради следните съображения.

Обжалваното съдебно решение е валидно и допустимо, като постановено по подадена в срок жалба срещу атакуваното наказателно постановление. Същото е постановено при правилно приложение на материалния закон.

След обсъждане на събраните по делото писмени и гласни доказателства, районният съд е възприел за установена следната фактическа обстановка:

На 21.07.2021 г. "Българска телекомуникационна компания" ЕАД (с ново наименование "Виваком България" ЕАД) е изпратило на мобилен телефонен номер [ЕГН], ползван от Т. У., чрез номер 087123 кратко текстово съобщение със следното съдържание: VIVACOM: Имаме удоволствието да Ви поздравим с Добре дошли във VIVACOM - телекомуникационният лидер в България! Подготвили сме специален подарък за Вас, за който можете да разберете повече тук: <https://www.vivacom.bg/bg/files/16659-vivacom-letter.pdf>". В съобщението не се е съдържало указание за адреса, на който може да се заяви отказ от получаване на съобщения, а на посочената за допълнителна информация интернет страница също не е била отразена възможност за отказ от съобщения с рекламна цел.

Поради това потребителят е подал жалба до КРС, във връзка с която е извършена проверка от служители на КРС, документирана с Констативен протокол № П-АИ-032/07.10.2021 г. От мобилния оператор са изискани изпратени от него кратки текстови съобщения до мобилен номер [ЕГН]. При преглед представената информация е установено, че Т. У. не е абонат на "Виваком България" ЕАД, а е ползвател на интернет и телевизия от "Българска телекомуникационна компания" ЕАД, с променено наименование "Виваком България" ЕАД. Физическото лице е абонат на телекомуникационен оператор "Йеттел България" ЕАД. Служителите на КРС поискали от последния информация дали дружеството е споделяло информация с други оператор на мобилни или друг вид електронни съобщителни услуги, с цел изпращане на рекламни и маркетингови услуги. От предоставената информация, отразена в Констативен протокол № П-АИ-034/14.10.2021 г., органите на КРС са установили, че дружеството не е споделяло телефонния номер на Т. У., който е фирмен, а от предоставения договор е видно, че лицето е посочило, че не желае да получава съобщения.

Срещу "Българска телекомуникационна компания" ЕАД е съставен АУАН № П-071/15.11.2021 г., с който на мобилния оператор е повдигнато

административнонаказателно обвинение за това, че е изпратило на Т. У. кратко текстово съобщение с маркетингова и рекламна цел, в което не се съдържа валиден адрес за отказ, квалифицирано като нарушение на чл.261, ал.5, т.2 ЗЕС. Срещу АУАН е подадено възражение вх.№ 14-00-1348/22.11.2021 г.

На база съставения АУАН и при извършен преглед на възражението е издадено обжалваното пред районния съд НП, с което Председателят на КРС е наложил на "Българска телекомуникационна компания" ЕАД имуществена санкция в размер на 500 лв. на основание чл.335 във вр.с чл.336 ЗЕС.

За проверка на обстоятелствата, отразени в АУАН и в НП, по делото пред СРС са събрани и приети писмени доказателства – преписката, както и гласни доказателствени средства – показанията на актосъставителя.

Въз основа на така събраните доказателства и установеното от фактическа страна, районният съд е извел правния извод, че АУАН е съставен и НП е издадено от компетентни органи; деянието е съставомерно от обективна страна и е доказано по безспорен начин, като същото е немаловажно; имуществената санкция е наложена в минимален размер.

Административен съд-С. град намира, че касираното съдебно решение е правилно и следва да бъде оставено в сила.

По силата на л.261, ал.1 ЗЕС осъществяването на повиквания, съобщения или електронна поща със или без човешка намеса за целите на директния маркетинг и реклама се позволяват само при предварително получено съгласие на потребителя, като съгласието може да бъде оттеглено по всяко време. Според ал.2 на същата норма, всяко лице, което е получило при търговска сделка за предоставяне на продукти или услуги данни, чрез които може да бъде осъществен контакт с потребителя по електронен път, може да използва тези данни за изпращане на съобщение за маркетинг и реклама на негови собствени сходни продукти или услуги, като дава възможност на всеки потребител безвъзмездно и по лесен начин: 1. да изразява несъгласие в момента на сключване на сделката; 2. да изрази несъгласие с бъдещо получаване на подобни съобщения, когато това не е направено в момента на сключване на сделката. Съгласно ал.5, т.2 от разпоредбата изпращането на съобщения за маркетингови и рекламни цели се забранява, дори когато са изпълнени изискванията на ал.1 и ал.2, т.е. дори когато е получено предварително съгласие на потребителя, ако съобщението не включва валиден адрес, на който получателят може да изпрати заявка за отказ от получаване на съобщения. В случая не е спорно, че потребителят не е абонат на мобилния оператор, както и че не е дал пред оператора, чийто клиент е, съгласие за получаването на съобщения. Не е спорно и какъв е бил текстът на изпратеното съобщение, както и че същото не е съдържало валиден адрес, на който получателят може да се откаже от получаване на съобщения.

Касационният съд не споделя основния довод на касатора, че на У. е изпратено съобщение като на нов абонат след продължаване на договора му с "Цифрова кабелна телевизия" ЕООД, което дружество се е вляло в "Българска телекомуникационна компания" ЕАД (с ново наименование "Виваком България" ЕАД). Няма значение дали става въпрос за нов абонат или за досегашен, законовата забрана императивно важи за всички случаи, при които се изпраща съобщение за маркетингови и рекламни цели, щом съобщението не включва валиден адрес, на който получателят може да изпрати заявка за отказ от получаване на съобщения.

Районният съд е анализирал текста на въпросното съобщение, като правилно е

заклучил, че същото е рекламно по смисъла на чл.5, ал.1 от Закона за електронната търговия. Съобщението промотира предоставяните от мобилния оператор услуги. Изискването на чл.261, ал.5, т.2 ЗЕС за посочване на адрес, на който получателят да може да изпрати заявка за отказ от получаване на съобщения, цели да предостави на потребителя възможност за защита неприкосновеността на личния му живот срещу евентуална намеса чрез изпращане на нежелани съобщения с цел директен маркетинг и реклама. Разпоредбата на чл.261, ал.5, т.2 ЗЕС е императивна и нарушението ѝ са санкционира съгласно чл.335, респ. чл.336 от закона. Очевидно касационният жалбоподател не е изпълнил това свое задължение и нарушението му е доказано по безспорен начин. В случая, тъй като е безспорно, че в нарушение на изискването на чл.261, ал.5, т.2 ЗЕС изпратеното от касатора кратко съобщение не е съдържало адрес за отказ от получаването на съобщения, е налице основание за ангажиране на отговорността му по чл.235 във вр.с чл.236 ЗЕС.

Фактичeskото описание на нарушението в АУАН и в НП отговаря на изискванията на чл.42, т.4 и чл.57, ал.1, т.5 ЗАНН – в тях ясно и точно е посочено установеното нарушение относно изпратеното на потребителя съобщение. Конкретизирани са всички обстоятелства, относими към всички признаци от обективната страна на нарушението. Тази фактическа конкретизация с оглед вида на нарушението отговаря на изискуемата от закона, по идентичен начин се съдържа в АУАН съгласно чл.42, т.4 ЗАНН и в НП съгласно чл.57, ал.1, т.5 ЗАНН, без несъответствия помежду им. Изпълнени са императивните изисквания за съдържанието им по чл.42, т.3 ЗАНН, респективно чл.57, ал.1, т.5 ЗАНН.

Правилна е мотивировката на СРС за това, че не са налице предпоставките на чл.28 ЗАНН. Случаят не маловажен предвид характера на регламентираните от чл.261 ЗЕС обществени отношения и целите по чл.4, ал.1 от закона. Нарушението, за което е наложена имуществената санкция, е формално и за съставомерността му не се изисква настъпването на вредни последици. Не са налице нито изключителни, нито многобройни смекчаващи отговорността му обстоятелства, занижаващи степента на обществена опасност на конкретното деяние под тази на обикновените случаи на нарушения по чл.261, ал.5, т.2 ЗЕС. Ето защо касационната инстанция споделя преценката на райония съд, че законовите критерии по чл.93, т.9 НК вр. чл.11 ЗАНН за маловажност на случая не са изпълнени. Размерът на наложената санкция отговаря на тежестта на извършеното нарушение.

Ето защо касационната инстанция намира, че касираното решение е постановено в съответствие с нормите на материалния закон, като наведените в касационната жалба доводи за противното са неоснователни. С оглед липсата на други твърдения, представляващи касационни основания за отмяна на първоинстанционното решение и с оглед предмета на касационната проверка, Съдът счита, че спрямо обжалваното решение не са налице касационни основания, които да налагат неговата отмяна.

С оглед изхода на спора претенцията на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение е основателна и в негова полза следва да се присъди поисканото от юк.М. юрисконсултско възнаграждение. Съдебните разноски са разходите на страните, произтичащи от участието им в административното производство. Всяка от страните по делото е отговорна за направените разноски. Отговорността за разноски по принцип е обективна (безвиновна), защото загубила спора страна отговаря за разноски, дори ако е положила най-голямо старание да води процеса добросъвестно. Задължението за разноски произтича от неоснователно предизвикания

правен спор и тежестта за тях е за страната, която неоснователно е предизвикала същия. Отговорността за разноси в съдебното производство по обжалване на НП е уредено в чл.63, ал.5 ЗАНН. Тази норма е изменена, като е създадена нова ал.3 (ДВ, бр.94 от 2019 г. - 29.11.2019 г.), сочеща, че в съдебните производства по ал.1 страните имат право на присъждане на разноси по реда на АПК. Разпоредбата на чл.63, ал.5 ЗАНН (ДВ, бр.94 от 2019 г. - 29.11.2019 г.) предвижда, че в полза на юридически лица или еднолични търговци се присъжда и възнаграждение в размер, определен от съда, ако те са били защитавани от юрисконсулт. Размерът на присъденото възнаграждение не може да надхвърля максималния размер за съответния вид дело, определен по реда на чл.37 от Закона за правната помощ. В чл.37, ал.1 ЗПП е визирано, че заплащането на правната помощ е съобразно вида и количеството на извършената дейност и се определя в наредба на Министерския съвет по предложение на НБПП.

На ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение по реда на чл.27е от Наредбата за заплащане на правната помощ, който сочи, че възнаграждението за защита в производства по ЗАНН е от 80 до 120 лв. В касационното производство пред АССГ е проведено едно съдебно заседание, в което е взел участие юк.М.. Делото не се отличава с фактическа и правна сложност, не предполага полагане на специални усилия от страна на процесуалния представител за запознаване със същото и за изразяване на становище по него. При това положение полагащото се възнаграждение на КРС следва да бъде определено в размер на 80 лв. за касационното производство - този размер е справедлив и съответен на оказаната правна помощ.

Така мотивиран и на основание чл.221, ал.2, предл.1 от АПК във вр.с чл.63, ал.1, изр.второ и чл.63, ал.3 и ал.5 от ЗАНН във вр.с чл.37 от ЗЗП и чл.27е от Наредбата за заплащането на правната помощ, Съдът

Р Е Ш И :

ОСТАВЯ В СИЛА Решение от 05.07.2023 г., постановено от Софийския районен съд по НАХД № 5066/2022 г.

ОСЪЖДА "Виваком България" ЕАД (с предишно наименование "Българска телекомуникационна компания" ЕАД), ЕИК по Булстат:[ЕИК], да заплати на Председателя на Комисията за регулиране на съобщенията юрисконсултско възнаграждение в размер на 80 лв. /осемдесет лева/.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.