

РЕШЕНИЕ

№ 8016

гр. София, 17.12.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 15.11.2013 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Румяна Лилова

ЧЛЕНОВЕ: Деница Митрова

Николай Ангелов

при участието на секретаря Кристина Петрова и при участието на прокурора Димитров, като разгледа дело номер **8836** по описа за **2013** година докладвано от съдия Деница Митрова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208 – 228 от АПК във връзка с чл. 63, ал.1, изр. 2 от ЗАНН

Образувано е по повод на касационна жалба с вх. № 23616 от 10.09.2013 г. по описа на Административен съд – София град и вх. № 33713 от 27.08.2013 г. по описа на Софийски районен съд, подадена от Комисията за регулиране на съобщенията (КРС) чрез процесуалния ѝ представител Е. М. срещу решение от 13.08.2013 г. по НАХД № 1557 от 2013 г. по описа на СРС, НК, 20 състав, с което е отменено наказателно постановление /НП/ № 45/31.01.2012 г., издадено от председателя на КРС, с което на [фирма], е наложено административно наказание „имуществена санкция“ в размер на 60 000 лева на основание чл. 325, ал.1 вр. чл. 336 от Закона за електронните съобщения (ЗЕС) за извършено нарушение на чл. 2.7.1 от Разрешение № 01395 от 08.04.2009 г. във връзка с чл. 31, ал.1 от Функционалните спецификации.

Срещу така постановеното решение е постъпила в срок касационна жалба от КРС, с която се иска да се отмени обжалваното решение и вместо него да се постанови ново, с което се потвърди НП. Излагат се подробни доводи по същество на спора, както и по отношение на приложимата санкционна норма. В хода на касационното производство, касаторът редовно призован не се представлява и не взима становище по същество на спора.

Ответникът – [фирма] редовно призован, не се представлява, депозира писмено

становище.

Представителят на Софийска градска прокуратура намира жалбата за неоснователна и недоказана, предлага да се остави без уважение.

Административен съд София – град, 12 – ти касационен състав, след като се запозна с обжалваното решение, съобрази доводите и становищата на страните, и обсъди както наведените касационни основания, така и тези по чл. 218, ал. 2 от АПК, намира за установено следното от фактическа страна: [фирма] било абонат на мобилната телефонна услуга, предоставяна от [фирма], във връзка с използвани от него мобилни телефонни номера, един от които и номер 0 886 704 777, по силата на сключен срочен договор за мобилни телефонни услуги и допълнително споразумение към него от 12.03.2009 г. - за срок от 2 години. [фирма] подало на 11.02.2011 г. по електронната поща предизвестие за прекратяване на договора с [фирма]. На 09.03.2011 г. [фирма] подало в [населено място] пред Д. - представител на [фирма], заявление за пренасяне на 28 мобилни телефонни номера, в това число и на горепосочения номер, което по електронен път било изпратено на [фирма] и получено от последното. На 11.03.2011 г. [фирма] уведомило [фирма] със съобщение с код „007“, че заявлението е с непълни/неточни данни. На 14.03.2011 г. [фирма] изпратило ново съобщение до [фирма], с пълни и коректни данни. На 16.03.2011 г. [фирма] изпратило съобщение на [фирма] с код „006“, означаващ дължими неустойки поради предсрочно прекратяване на договора на абоната. На 13.04.2011 г. в КРС била заведена жалба от [фирма] във връзка с непренасянето на номерата от [фирма] към [фирма], като се оспорвала сумата, изчислена като неустойки. На 21.04.2011 г. [фирма] подало второ заявление за преносимост за същите номера, което било изпратено на [фирма]. На 26.04.2011 г. [фирма] върнало отговор „ОК“, като била определена дата за пренасяне на мобилните номера - на 07.05.2011 г. и те, след като били платени дължимите неустойки от [фирма], били пренесени. По повод на подадената жалба от [фирма], заведена в КРС на 13.04.2011 г. била извършена проверка от КРС, при която проверяващите счели, че относно подаденото на 09.03.2011 г. заявление за пренасяне на мобилните телефонни номера, в т. ч. и на посочения по - горе мобилен телефонен номер, [фирма] не е осигурило възможност за пренасяне на номера към [фирма] и по този начин не е осигурило възможност на [фирма] да запази мобилния си телефонен номер при промяна на доставчика на обществена мобилна телефонна услуга, като по отношение на посочения телефонен номер, според КРС към 09.03.2011 г. не са били налице основания за отказ от преносимост, за което бил съставен АУАН. В законопосочения срок било депозирано писмено възражение срещу АУАН. Въз основа на АУАН било издадено обжалваното НП.

Районният съд при извършената от него проверка на НП е приел, че същото е издадено при допуснати множество съществени процесуални нарушения. На първо място според въззивната инстанция не е спазен три месечния срок за издаване на АУАН по чл. 34, ал.1, изр.2 от ЗАНН, тъй като нарушителят бил станал известен в момента на подаване на жалбата до КРС.

На второ място предходната инстанция е посочила, че нито в НП, нито в АУАН са изложени в пълнота и в цялост всички фактически обстоятелства във връзка с пренасяне на процесния мобилен телефонен номер.

Според СРС нито в АУАН, нито в НП са посочени задължителни елементи от обективна страна на описаното нарушение като дата и място на извършване на

същото. В тази връзка предходната инстанция е отбелязала, че е допуснато нарушение на чл. 57, ал.1 т. 5 и чл. 42, т.3 от ЗАНН, както и че е недопустимо и незаконосъобразно задължителни елементи от състава на нарушението да се извеждат по подразбиране или предположение.

Отделно от горното районният съд е приел за съществено процесуално нарушение невзимането на никакво отношение от наказващия орган на депозираното срещу АУАН възражение.

Според СРС посочената правна квалификация на нарушението е неточна: липсва единство между текстовото описание на твърдяното нарушение и дадената цифрова квалификация. Според този съд не са налице предпоставките описаното нарушение да бъде квалифицирано във връзка с т. 2.7.1., от издаденото на [фирма] разрешение от КРС № 01395 от 08.04.2009 г., а относно квалификацията по чл. 31, ал.1 от ФС, липсвали от страна на АНО каквито и да е аргументи за преценката му, че в случая не са били налице основанията на чл. 30, ал.1 от ФС.

Според въззивната инстанция е недопустимо размерът на санкция да се определя от броя издадени наказателни постановления, от които само две са били влезли в сила към датата на констатиране на процесното, още повече, че се касаело за непренасянето само на един номер.

Касационните жалби е допустима, предвид обстоятелствата, че е подадена от активно легитимирано лице в законоустановения 14 – дневен срок от съобщаването на обжалваното съдебно решение, като е произвела със завеждането си целеният с нея деволутивен и суспензивен ефект.

Разгледана по същество същата се явява неоснователна.

За да постанови атакуваното съдебно решение, СРС в цялост и правилно е установил фактическата обстановка, което потвърждава фактите и констатациите на административния орган в проведеното административно наказателно производство.

Касационната инстанция не споделя изводите на районния съд относно допуснато съществено процесуално нарушение в АУАН и НП във връзка с непосочването на датата на извършване на административното нарушение. Видно от мотивите на НП, тяхното систематично изписване и хронологията на събитията, се установява, че административното нарушение е извършено на 11.03.2011 г., когато [фирма] е уведомило [фирма], че отказва преносимост на заявения номер. В този смисъл са и доводите изложени от касатора в депозираната от него жалба срещу решението на СРС.

Касационната инстанция не споделя изводите на СРС, че АУАН е изготвен след изтичането на срока по чл. 34, ал.1, изр. 2 от ЗАНН, тъй като той се изчислява не е от момента на депозиране на жалбата до контролния орган, а от момента, в който последният след извършена проверка е установил дали има административно нарушение и нарушител, в какъвто смисъл е и цитираното в обжалваното решение ТР № 48 от 28.12.1981 г. по н.д. № 48/81 на ОСНК на ВС. Съгласно приетите по делото писмени доказателства административното нарушение и нарушител са установени с Констативен протокол № П – АИ – 029 от 12.05.2011 г., а АУАН е издаден на 08.08.2011 г., т.е. спазен е предвидения тримесечен срок.

Неправилни и неточни са доводите на СРС относно непълнота на фактическите обстоятелства, посочени в АУАН и НП, тъй като е необходимо да се опишат единствено и само фактите, свързани с извършеното административно нарушение, което в настоящия случай е сторено.

Касационната инстанция приема, че описаното деяние неправилно е било квалифицирано като нарушение на чл. 325, ал. 1 ЗЕС. Задължението на доставчика на електронна услуга да осигурява възможност за запазване на географски номер на свой абонат е преписано в индивидуалното му разрешение от разпоредбата на чл. 134, ал. 1, т. 1 ЗЕС, която към момента на деянието е била със следното съдържание: предприятията, предоставящи обществени телефонни услуги, осигуряват възможност на своите абонати да запазят: географския номер при промяна на доставчика на фиксирана телефонна услуга и/или при промяна на адреса си в рамките на един географски национален код за направление.

Административно-наказателната отговорност на [фирма] неправилно е ангажирана на основание чл. 325, ал.1 от ЗЕС. Съгласно цитираната санкционна норма, който предоставя обществени електронни съобщителни мрежи и/или услуги, за осъществяването, на които има издадено разрешение за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс и наруши условията на разрешението, се наказва с глоба в размер от 10 000 до 100 000 лв. По силата на чл. 336 от ЗЕС за нарушение по чл. 325 от същия закон, извършено от юридически лица или от еднолични търговци, се налагат имуществени санкции в размерите на предвидените глоби.

В разпоредбата на чл. 30, ал. 1 от действащите към датата на извършване на нарушението ФС е предвидена възможност за даряващия доставчик да откаже преносимост на номер/номера пред приемащия доставчик само в следните случаи: 1. MSISDN е несъществуващ или не е предоставен на абонат или потребител на даряващия доставчик; 2. MSISDN не е активен; 3. даряващият доставчик вече е получил от приемащ доставчик искане за пренасяне на същия MSISDN, процедурата по което още не е приключила; 4. не са заплатени всички задължения към даряващия доставчик, пряко свързани с пренасянния номер, и услугите, ползвани чрез него, възникнали и станали изискуеми преди датата на подаване на заявлението и дължими от абоната или потребителя на даряващия доставчик; 5. 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; 6. абонатът или потребителят е ползвал услугите на даряващия доставчик за период, по-малък от 3 месеца, или потребителят не е активирал допълнителна сума на обща стойност не по-малка от 10 лв. към момента на подаване на заявлението; 7. представените от приемащия доставчик данни за абоната/потребителя са непълни и/или неточни.

Следователно, за да е съставомерно нарушението от обективна страна, АУАН следва да съдържа фактическа констатация, въз основа на която надзорният орган прави извод, че не е налице основание за отказ. Видно от данните в преписката, от страна на мобилния оператор е заявен отказ да се извърши преносимост на заявения номер, тъй като заявлението не е коректно „U./PDF is not valid” с код „007”. Констатираното нарушение не може да се определи като неизпълнение на задължението за осигуряване на възможност за преносимост на такива номера по чл. 2.7.1 от разрешението. В процесния случай се санкционира отказът за пренос на мобилен номер, тъй като приемащия доставчик е изпратил файл, който не е могъл да се отвори при касатора, като в следствие след отстраняване на нередовността, номерът е пренесен. Това неизпълнение на законово задължение не може да се определи като нарушение на условието на разрешението по т. 2.7.1. То представлява нарушение на чл. 134 от

ЗЕС във връзка с чл. 31, ал.1 от ФС и чл. 30, ал.2, във връзка с чл. 30, ал. 1, т. 7 от ФС и подлежи на санкция по чл. 335 от ЗЕС с друга по размер имуществена санкция като нарушение на този закон и на издадените въз основа на него актове /арг. от чл. 134, ал. 3 от ЗЕС/, за което не е предвидено наказание в различни размери. В този смисъл е решение № 5121 от 22.07.2013 г. постановеното по адм. дело № 3863/2013 г. по описа на АССГ, Х – ти касационен състав; решение № 6594 от 30.10.2013 г. постановено по адм. дело 6497/2013 г. по описа на АССГ, Х. – ти касационен състав и др.

Мотивиран така и на основание чл. 221, ал.2, предложение 1 от АПК, Административен съд София – град, 12 – ти касационен състав,

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА постановеното решение без номер от 13.08.2013 г. по НАХД № 1557/2013 г. по описа на СРС, НК, 20-ти състав, с което е отменено наказателно постановление (НП) № 45/31.01.2012 г., издадено от председателя на Комисията за регулиране на съобщенията.

РЕШЕНИЕТО е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

1.

2.