

РЕШЕНИЕ

№ 5193

гр. София, 24.07.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 28.06.2013 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Деница Митрова

ЧЛЕНОВЕ: Николай Ангелов

Красимира Желева

при участието на секретаря Силвиана Шишкова и при участието на прокурора Ютеров, като разгледа дело номер **5279** 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 две касационни жалби с вх. № 14335 от 23.05.2013 г. по описа на Административен съд – София град и вх. № 17831 от 30.04.2013 г. по описа на Софийски районен съд, подадена от адв. Я. Т. от САК в качеството му на процесуален представител на [фирма], ЕИК[ЕИК], със съдебен адрес [населено място], [улица], ет.1 и с вх. № 18435 от 08.05.2013 г. по описа на Софийски районен съд, подадена от Е. М. – процесуален представител на председателя на Комисията за регулиране на съобщенията срещу решение от 05.04.2013 г. по НАХД № 25022 от 2011 г. по описа на СРС, НК, 94 състав., с което е изменено наказателно постановление /НП/ № 0230/11.10.2011 г., издадено от втория касатор, с което на първия касатор [фирма] на основание чл. 340 във връзка с чл. 336 от Закона за електронните съобщения (ЗЕС), е наложена “имуществена санкция” в размер на 7000 лева за извършено нарушение на чл. 261, ал.5, пр. 1 от ЗЕС

Срещу така постановеното решение са постъпили в срок две касационни жалби от КРС и [фирма]” и с тях се иска решението на СРС да бъде отменено.

В касационната жалбата на „ИБГ.БГ” се излагат доводи за неправилност на въззивния акт, тъй като с изменението на НП съдът е променил не само размера на наказанието, но и правната квалификация на нарушението. В допълнение се твърди, че до

влизането в сила на НП в сила, е налице изменение на чл. 340 от ЗЕС, при което е отпаднала санкцията за нарушение на чл. 261, ал.5 от същия закон, поради което на основание чл. 3, ал.2 от ЗАНН при наличието на по-благоприятен закон, НП следва да бъде отменено. В хода на съдебното заседание редовно призован се представлява от адв. Д., която поддържа касационната жалба и оспорва, тази, подадена от КПС. Моли, съда решението на СРС да бъде отменено и вместо него да се постанови други, с което се отмени и НП.

Касаторът – КПС – редовно призован не се представлява в настоящето производство. В депозираната от него жалба се иска да се отмени решението на въззивния съд и да се потвърди НП.

Представителят на Софийска градска прокуратура намира жалбата на „ИБГ.БГ” за основателна, а тази на КПС 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: на 10.07.2010г. било сключено споразумение между [фирма] /доставчик на услуга/ и [фирма] /Г./, по силата, на което Г. да предостави на доставчика на услугата кратки номера за предоставянето на услуги. Използването на кратки номера било необходимо на [фирма] за проект „Големият кеш 2”, като услугата следвало да започне на 01.09.2010г. Предоставеният на доставчика на услуга [фирма]/ кратък номер бил „500 S.”, а използването на услугата струвало 1.00 лева.

На 06.10.2010г. е бил сключен договор за наем на софтуер между компанията eBg.bg /"възложител"/, представлявана от изп.директор М. З. и Going Up S.A /"изпълнител"/. В договора е посочено, че възложителят е компания, която предлага мобилни услуги с добавена стойност на регистрираните си клиенти в Б., а изпълнителят е компания, която предлага услуги на директен маркетинг, разработка и производство на специализирани компютърни софтуерни платформи за извършване на мобилни телефонни промоции и маркетингови кампании за медиите, потребителски марки и мобилни оператори, вкл. персонализирани мобилни кампании и директна комуникация с крайния потребител. В договора е посочено също така, че възложителят има желанието да осъществи специализирана компютърна софтуерна платформа S. играта „Големите пари 2” /т.нар. „Проектът”/ с планирано начало 8 октомври 2010г. и продължителност 88 дни, в която играчите участват в интерактивна S. игра и в тегления за спечелване на награди. Записано е също така, че при S. играта „Големите пари 2” /т.нар. „Проектът”/, потребителите на мобилни телефони с връзки с Г. и/или М. и/или В., ще имат възможност по участват, изпращайки оскъпени S. съобщения на кратък номер, имайки възможност да отговорят на зададените въпроси и да печелят ежедневно или ежеседмично парични награди. За целта изпълнителя отдава на възложителя за срока на договора „софтуерни лизингови услуги” /описани в пар.3 на договора/ - софтуерна платформа, с която възложителя да осъществи Проекта.

Въз основа на сигнал до КПС с вх.№В-03-2262/12.10.2010г., подаден от Х. Б. П. от [населено място] във връзка с втората кампания на играта „Големият кеш” била извършена проверка по случая от служители на КПС. При проверката било установено, че на 26.11.2010г. [фирма] изпратило на мобилен номер 0896/755779, ползван от Х. Б. П. кратко тестово съобщение /S./ за маркетингови цели със следното

съдържание: „I. si da uchashtash v tegleneto za dнешnata nagrada I za 250.000 lv sled niakolko dni. I. SMS na 500 S., ako iskash da uchashtash! 1,20 lv s D./SMS". Съобщението било получено от Х. попов на 26.11.2010г. в 12:21ч. То било изпратено чрез кратък телефонен номер 500 за целите на играта „Големият кеш 2", организирана от У. Й. Л., [населено място], Република К.. Проверяващите установили, че текстът на изпратеното съобщение /S./ не позволява да бъде идентифициран изпращача /лицето, от чието име се прави комуникацията с потребителя/, което преценили, че е нарушение на чл.261, ал.5, пр.1 от ЗЕС. След като приели, че неидентифицираното кратко съобщение е изпратено от дружеството-жалбоподател, на 12.04.2011г., свид.К. - гл.инспектор в КРС съставила акт срещу него. Въз основа на акта било издадено обжалваното наказателно постановление.

При така установената фактическа обстановка въззивният съд е приел, че до влизане в сила на наказателното постановление е настъпила нормативна промяна, по силата на която санкционната разпоредба на чл.340 вр, чл.336 от ЗЕС вече не предвижда налагането на имуществена санкция за нарушение на чл.261, ал.5 от ЗЕС. С изменението на чл.340 от ЗЕС / ДВ, бр.105 от 2011 г., в сила от 29.12.2011г./, е въведена следната редакция — за нарушения по чл.261, ал.4 се налага „глоба" от 5000 до 10000 лв., съотв. имуществена санкция в същия размер съгл. чл.336 от ЗЕС.

Като е взел предвид предписанието на чл.3 от ЗАНН, СРС е посочил, че забраната, установена в чл.261, ал.5 пр.1 от ЗЕС /предишна редакция/ продължава да съществува в същия текст, но под т.1. От друга страна размерът на предвидената "имуществената санкция" за това нарушение в отменения чл.340 от ЗЕС са били предвидени с по-високи минимални и максимални размери от действащата разпоредба на чл.335 вр. чл.336 от ЗЕС. Обсъдено е, че след настъпването на законовата промяна, за нарушаване на забраната, установена в чл.261, ал.1, т.1 от ЗЕС, предишна редакция чл.261, ал.5, пр.1 от ЗЕС, не е предвидено изрично наказание, поради което и за това нарушение приложение намира разпоредбата на чл.335 вр. чл.336 от ЗЕС. Направен е изводът, че действащата нова регламентация е по-благоприятна за нарушителя. Изложени са подробни мотиви относно наличието на смекчаващи и отегчаващи вината обстоятелства, в следствие на което е изменен размера на санкцията, която от 7000 лева е намалена на 500 лева.

Касационните жалби са допустима, предвид обстоятелствата, че са подадени от активно легитимирани лица в законоустановения 14 – дневен срок от съобщаването на обжалваното съдебно решение, като са произвели със завеждането си целеният с тях деволутивен и суспензивен ефект.

Разгледани по същество същите се явяват неоснователни.

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.

Видно от АУАН, същият съдържа всички изискуеми съгласно чл. 42 ЗАНН реквизити: посочени са фактическите обстоятелства, при които е извършено нарушението, отразено е кои нормативни правила са нарушени, но липсват данни за датата на извършване на нарушението. В съответствие с изискването на чл. 42, т. 5 ЗАНН изчерпателно и прецизно е посочена законовата разпоредба, която е нарушена.

Видно от събраните по делото писмени и гласни доказателства пред въззивната и касационната инстанция не са представени такива, които да разколебаят описаната фактическа обстановка.

Въз основа на доказателствения материал по делото се установява, че издаденото на базата на цитирания АУАН наказателно постановление отговаря на изискванията на чл. 52-58 ЗАНН. Процесното НП е постановено от компетентен орган и не отговаря на императивните изисквания на чл. 57, ал.1 ЗАНН - в него не се съдържат всички изискуеми от закона реквизити, липсва предвидения в т. 5 – дата на нарушението. Налице е идентичност между описанието на нарушението в АУАН и в НП, както и в правните разпоредби, които са посочени за нарушени.

Като извърши служебно проверка на основание чл. 218, ал.2 от АПК и въз основа на фактите, установени от въззивният съд, съгласно чл. 220 от АПК, дванадесети касационен състав на Административен съд София – град намира, че обжалваното решение е валидно, допустимо и в съответствие с материалния закон.

Правилни са изводите на СРС относно въведената промяна в законовата регламентация както на извършеното нарушение, така и по отношение на приложимата санкционна норма.

Тук следва да се посочи, че съгласно правилата на чл. 63, ал.1 от ЗАНН районният съд има правомощието да се произнесе с решение, с което да потвърди, да измени или отмени наказателното постановление. На базата на препращащата норма на чл. 84 от ЗАНН приложение намира чл. 337, ал.1, т.1 и т.2 от НПК, според който въззивният съд може да: намали наказанието или да приложи закон за същото, еднакво или по-леко наказуемо престъпление.

Следователно районният съд правилно и законосъобразно е приложил новата редакция на текста, която въвежда същото правило за поведение (чл.261, ал.5 т.1) вместо изменена с ДВ, бр. 105 от 2011 г., в сила от 29.12.2011 г. стара редакция на чл. 261, ал.5, пр.1 от ЗЕС и е намалил размера на наказанието, с оглед бланкетната норма на чл. 335 от ЗЕС.

Що се касае до съдържанието на новата редакция на чл. 261, ал.5 от ЗЕС тя преповтаря новелата на изм. чл. 261, ал.5 от същия закон, като единствено за по-голяма яснота са обособени отделните забранени условия по изпращането на изпращането на съобщения за маркетингови и рекламни цели. С това изменение не са въведени нови изисквания за поведение, за да се приеме, че на касатора [фирма] е нарушено правото му на защита, тъй като описаната фактическа обстановка в АУАН, НП и решението на въззивната инстанция кореспондира както с действащата към датата на установяване на нарушението правна квалификация, така и на последващото ѝ изменение.

В допълнение и при обсъждане доводите на [фирма] следва да се посочи, че след като законодателят е изменил разпоредбата на чл. 340 от ЗЕС (И. - ДВ, бр. 105 от 2011 г., в сила от 29.12.2011 г.) и е предвидил санкция единствено за административно нарушение по чл. 261, ал.4 и е изключил това по ал.5, но не е посочил изрично, че за второто не се носи административно наказателна отговорност, то приложение намира бланкетната санкция на чл. 335 във връзка с чл. 336 от ЗЕС.

Следователно и двете касационни жалби са неоснователни, а постановеното съдебно решение от СРС правилно и законосъобразно, и като такова трябва да бъде оставено в сила.

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 по НАХД № 250022 от 2011 г., решение от 05.04.2013 г. на Софийски районен съд, НК, 94 състав

РЕШЕНИЕТО е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

1.

2.