

РЕШЕНИЕ

№ 3750

гр. София, 09.06.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XX КАСАЦИОНЕН
СЪСТАВ**, в публично заседание на 12.03.2021 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Стефан Станчев

ЧЛЕНОВЕ: Миглена Недева

Боряна Бороджиева

при участието на секретаря Клавдия Дали и при участието на прокурора Куман Куманов, като разгледа дело номер **746** по описа за **2021** година докладвано от съдия Боряна Бороджиева, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), вр. чл. 63, ал. 1 от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

С Решение № 20269465 от 07.12.2020 г. по НАХД № 7816/2020г. на СРС, НО, 8- ми състав е отменено Наказателно постановление (НП) № 28 от 25.03.2020г., издадено от председателя на Комисията за регулиране на съобщенията, с което на основание чл.335 вр. чл.336 от Закона за електронните съобщения (ЗЕС) на [фирма] е наложена имуществена санкция в размер на 1 500 лв. за нарушение на чл.261, ал.5, т.2 от ЗЕС.

В срока и по реда на чл.211,ал.1 от АПК, вр. чл.63, ал.1 от ЗАНН решението е обжалвано от административно-наказващия орган с искане да бъде отменено, като бъде потвърдено отмененото с него НП. Изложени са доводи, че извършеното административно нарушение е безспорно установено, без да са допуснати съществени процесуални нарушения в хода на административнонаказателното производство, които да доведат до незаконосъобразност на наказателното постановление.

В съдебно заседание касаторът, чрез юрк. Г. поддържа касационната жалба. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът – [фирма], чрез юрк. Х. оспорва касационната жалба. Претендира присъждане на разноски.

Прокурорът от СГП дава заключение, че касационната жалба е основателна, поради

което следва да бъде уважена.

По допустимостта на касационната жалба:

Административен съд София – град намира, че касационната жалба е допустима, като подадена от надлежна страна по смисъла на чл. 210, ал. 1 АПК, във вр. чл. 63, ал. 1, изр. 2 ЗАНН, в преклузивния 14-дневен срок по чл. 211, ал. 1 АПК, във вр. чл. 63, ал. 1, изр. 2 ЗАНН и срещу съдебно решение, подлежащо на касационен контрол.

По съществуващото на касационната жалба:

Разгледана по същество - касационната жалба е основателна.

В производството пред СРС е установено, че на 21.11.2019 г. [фирма] е изпратило до мобилен телефонен номер 0883 492405 кратко текстово съобщения за целите на директния маркетинг и реклама с текст „Искаш ли да знаеш кога въздухът е толкова замърсен, че е по – добре да останеш въщи? О. 7 дни безплатно, след което седмичният абонамент е 1,00 лв. с ДДС. Изпрати безплатен SMS с текст А на 882. Инфо: www.a1.bg/clean-air“. На дружеството е съставен АУАН за това, че в цитираното съобщение не е посочен валиден адрес, на който получателят може да изпрати заявка за отказ от получаване на съобщения в нарушение на чл.261, ал.5, т.2 от ЗЕС. Въз основа на така съставения АУАН е издадено оспореното НП.

За да отмени НП СРС е приел, че в съдържанието на изпратеното съобщение е посочен адрес, на който адресатът може да реализира правото си да откаже получаване на съобщения, съответно [фирма] не е осъществило вмененото му нарушение на чл.261, ал.5, т.2 от ЗЕС.

Настоящият съдебен състав не споделя доводите на СРС.

Съгласно императивната разпоредба на чл. 261, ал. 5, т. 2 от ЗЕС, изпращането на съобщения за маркетингови и рекламни цели се забранява, дори когато са изпълнени изискванията на ал. 1 и ал. 2, ако съобщението не включва валиден адрес, на който получателят може да изпрати заявка за отказ от получаване на съобщения. Тази норма става част от позитивното българско право, като транспонира част от изискванията на Директива 2002/58/ЕО относно обработката на лични данни и защитата на правото на неприкосновеност на личния живот в сектора на електронните комуникации, изменена с Директива № 2009/136/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 25 ноември 2009 г.

Тя е в унисон с чл. 13, § 4 от Директива 2002/58/ЕО, съгласно който във всеки случай се забранява практиката да се изпраща електронна поща за целите на директен маркетинг, маскираща или скриваща идентичността на подателя, от чието име се прави съобщението, или в нарушение на чл. 6 от Директива 2000/31/ЕО, или без валиден адрес, на който получателят да може да изпрати искане да се спрат такива съобщения, или насърчаваща получателите да посетят уебсайтовете, които са в нарушение на посочения член. По силата на т. 67 от Преамбюла на Директива № 2009/136/ЕО така формулираната забрана се отнася и до кратките електронни съобщения, мултимедийните услуги и други видове подобни приложения. Дори абонатът да е дал съгласието си за получаване на съобщения за целите на директния маркетинг това не означава, че съобщенията не трябва да включват валиден адрес, на който получателят да може да изпрати заявка за отказ от получаването им. Нарушението на чл. 261, ал. 5, т. 2 от ЗЕС е формално и е довършено с невключването на валиден адрес, на който получателят може да изпрати заявка за отказ от получаването на съобщения за целите на директния маркетинг и реклама.

В случая в изпратеното до абоната съобщение е посочено единствено адрес за

информация - www.a1.bg/clean-air, който представлява официалната интернет страница на оператора. В този смисъл там може да бъде получена информация за всички предлагани услуги, но не представлява изискуемия по чл.261, ал.5, т.2 ЗЕС валиден адрес, на който получателят може да изпрати заявка за отказ от получаване на съобщения, вкл. текстовото съобщение, не съдържа информация по какъв начин абонатът може да откаже получаването на такива, нито осигурява възможност за директен отказ чрез самото съобщение, съответно в съобщението не е налице валиден адрес за отказ. Действително дефиницията за адрес в §1, т.3 от ДР на ЗЕС е отменен с изм. в ДВ бр.20 от 2021г. С това обаче не отпада забраната на чл.261, ал.5, т.2 от ЗЕС. Следва да се сподели изложеното в касационната жалба, че в случая съобщението съдържа препратка към интернет страница на дружеството, а не валиден адрес, на който директно, от самото съобщение, да може да се направи отказ, както изисква нарушената разпоредба. До интернет страницата не може да се изпрати директна заявка за отказ от рекламни съобщения, а потребителят следва да издирва на тази страница реда и начина за отказ от получаване на съобщения и да търси там съответния адрес за заявката си, с което не е изпълнено изискването на ЗЕС.

От изложеното следва, че [фирма] е осъществило състава на вмененото му административно нарушение по чл.261, ал.5, т.2 ЗЕС, за което правилно дружеството е санкционирано на основание чл. 335 вр. чл. 336 от ЗЕС. Нарушението е описано в АУАН и наказателното постановление пълно, ясно и точно, като констатациите на административнонаказващия орган се потвърждават от доказателствата по делото. АУАН е съставен в съответствие с изискванията на чл.42 ЗАНН, а наказателното постановление е съобразено с тези на чл.57, ал.1 ЗАНН. Правилно е определена и имуществената санкция над предвидения в чл.335 във връзка с чл.336 от ЗЕС минимален размер, като видно от приложените към касационната жалба наказателни постановления, потвърдени при съдебното им обжалване, дружеството вече е извършвало такива нарушения на забраната на чл.261, ал.5, т.2 от ЗЕС, наказани с потвърдени от съда имуществени санкции и това обстоятелство може да бъде отчетено като отегчаващо при индивидуализацията на наказанието по чл.27 от ЗАНН. Правилно не е приложена преценка за маловажен случай, доколкото извършеното нарушение не разкрива белезите на такъв случай.

Като е отменил законосъобразното НП, СРС е постановил неправилно решение, което следва да бъде отменено. Вместо него следва да бъде постановено ново решение за потвърждаване на НП.

С оглед изхода на спора и своевременно направеното искане от страна на касатора, съдът следва да присъди разноски за юрисконсултско възнаграждение на основание чл. 63, ал. 5 от ЗАНН, във вр. с чл. 37 от Закона за правната помощ, във вр. с чл. 27е от Наредбата за заплащането на правната помощ, в минимален размер.

Воден от гореизложеното и на основание чл. 221, ал. 2, предл. 2 от АПК вр. с чл. 63, ал. 1 от ЗАНН Административен съд София-град, XX касационен състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № 20269465 от 07.12.2020 г. по НАХД № 7816/ 2020 г. на СРС, НО, 8- ми състав и вместо него постановява:

ПОТВЪРЖДАВА Наказателно постановление № 28 от 25.03.2020г., издадено от председателя на Комисията за регулиране на съобщенията, с което на основание чл.

335 вр. чл. 336 от ЗЕС на [фирма] е наложена имуществена санкция за нарушение на чл.261, ал.5, т.2 от ЗЕС в размер на 1500 лв.

ОСЪЖДА [фирма], ЕИК[ЕИК] да заплати на Комисията за регулиране на съобщенията юрисконсултско възнаграждение в размер на 80 (осемдесет) лева.

РЕШЕНИЕТО е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.