Р Е Ш Е Н И Е
№ 3325

гр. София, 19.05.2014 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, **IX КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,**
в публично заседание на 25.04.2014 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Полина Якимова
ЧЛЕНОВЕ: Антоанета Аргирова
Диляна Николова

при участието на секретаря Красимира Савова и при участието на прокурора Ст. Димитров, като разгледа дело номер **2897** по описа за **2014** година докладвано от съдия Полина Якимова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208–чл.228 от Административно-процесуалния кодекс (АПК) във вр. с чл.63, ал.1 от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

С решение от 08.07.2013 г., постановено по н. а. х. дело № 17836/ 2012г. по описа на Софийски районен съд /СРС/, НО, 103 състав е отменено Наказателно постановление /НП/ № 0217/ 28.05.2012 г., издадено от председателя на Комисията за регулиране на съобщенията /КРС/, с което на [фирма], ЕИК[ЕИК] е наложена имуществена санкция в размер на 60 000 лева на основание чл. 53, ал. 1 във вр. чл. 83, ал. 1 ЗАНН и чл. 336 във вр. с чл. 325, ал. 1 от Закона за електронните съобщения /ЗЕС/ във вр. с чл. 2.7.1 от Разрешението във връзка с чл.31, ал.1 от Функционалните спецификации за осъществяване на преносимост на национално значими номера при промяна на доставчика на обществена мобилна телефонна услуга /ФС/.

Постъпила е касационна жалба от административно-наказващия орган /АНО/, в която се поддържа, че решението е постановено в нарушение на материалния закон – основание за отмяната му по чл. 348, ал.1, т. 1. Наведена е аргументация, че неосигуряването на възможност на абоната да запази ползвания телефонен номер при промяна на доставчика на телефонната услуга съставлява нарушение на т. 2.7.1 от разрешението – поради това правилно е ангажирана административно-наказателната му отговорност за нарушение на чл. 325, ал. 1 ЗЕС. Излага довод за неправилно

обоснован извод на районния съд, като е счел, че квалифицирането на деянието от АНО е объркало нарушителя и по този начин е засегнато съществено правото му на защита. Сочи, че законодателят е предвидил гаранция за защита на правата на абонатите, пожелали да сменят доставчика на телефонни услуги в хипотезата на новия чл. 326а от ЗЕС. Излага довод, че въззивната инстанция е следвало да преквалифицира нарушението като наложи санкционната норма на чл. 335 от ЗЕС. На следващо място излага подробни съображения за тежестта на извършеното нарушение, описва обстоятелствата, при които АНО е ангажирал административнонаказателната отговорност, като правилни и законосъобразни.

В съдебно заседание пред Административен съд София-град касаторът не се представлява.

Ответникът, [фирма], в писмено становище на юрк. Б., отрича основателността на касационната жалба и смята решението за правилно и законосъобразно. Счита констатацията на актосъставителя за нарушение на чл. 2.7.1 от разрешението, във вр. с чл. 31, ал. 1 от ФС, която обосновава налагането на имуществена санкция по чл. 325, ал. 1 от ЗЕС в размер на 60000 лв., за неправилна Твърди се, че абонатът не е заплатил неустойки в определения по чл. 30, ал. 3 от ФС срок и оттегляйки заявлението, става причина за прекратяване на процедурата по преносимост. Счита, че посочения в НП за нарушен текст на чл. 31, ал. 1от ФС, към датата на нарушението е неотносим към санкционната разпоредба на чл. 325, ал. 1 от ЗЕС и е следвало да бъде наказуемо по чл. 335 от ЗЕС, във вр. са чл. 134, ал. 1, т. 3 от ЗЕС, във вр. с чл. 31, ал. 1 от ФС. Сочи, че АНО не е изследвал обстоятелствата около наличието на валиден срочен договор, както и клаузите, заложени в него. Излага мотиви за маловажност на анрушението. Алтернативно мотивира приложимост на чл. 3, ал. 2 от ЗАНН във вр. с чл. 326а от ЗЕС, като моли да бъде намален размерът на имуществената санкция до предвидения минимум в чл. 326а от ЗЕС.

Участващият по делото прокурор от СГП дава заключение за неоснователност на касационната жалба.

Съдът, като взе предвид релевираните с нея касационни основания по смисъла на чл.348 от НПК и служебно на основание чл.218, ал.2 от АПК, провери изцяло съответствието на решението с процесуалните изисквания, свързани със съществуването и упражняването на субективното публично право на жалба и с материалния закон, намира за установено следното:

За да постанови оспореното решение, СРС е приел за установено от фактическа страна, че на 08.07.2011 г. в [населено място] абонат на мобилен телефон [ЕГН], предоставен му от [фирма], съгласно договор № К 1191540, сключен на 08.08.2007 г. е подал в магазин на [фирма] ([фирма]) заявление за пренасяне на горния мобилен номер, получено от [фирма] на дата 08.07.2011 г. На 12.07.2011 г. от [фирма] е изпратено уведомление до [фирма], с което е направен отказ от преносимост на заявения номер, с код 006, поради дължими неустойки за прекратяване на договора. Процедурата била спряна в срок от 30 дни, в който срок следвало да бъдат платени неустойките. Ползвателят на мобилния номер – К., депозирал жалба в КРС, въз основа на която са извършени две проверки на даряващия доставчик [фирма], по документи, представени в КРС. При проверката е установено, че договорът на К. е многократно подновяван. Съгласно т. 5.3. от същия, ако до един месец преди изтичане на срока на договора – 12 месеца, нито една от страните не отправи писмено предизвестие за прекратяването му, договорът се приема за безсрочен, следователно неустойки не се

дължат. За констатираното нарушение св. М. е съставила Акт за установяване на административно нарушение № С-623/ 30.11.2011 г. за нарушение на чл. 325, ал. 1 от ЗЕС във вр. с т. 2.7.1. от разрешението, във вр. с чл. 31, ал. 1 от ФС. Въз основа на АУАН е издадено процесното наказателно постановление.

От правна страна, при така установената фактическа обстановка, СРС е изложил, че е налице неяснота относно признаците на вмененото на [фирма] нарушение, тъй като разпоредбата на чл. 31, ал. 1 от ФС е насочена към осъществяване на самата процедура по пренос на конкретен национално значим номер при промяна на доставчика, за което е създадена вече организация по реда на разпоредбата на т. 2.7.1. от разрешението. Посочените за нарушени разпоредби са с различно съдържание, въз основа на което е формиран решаващ извод, че е нарушено правото на защита на дружеството, основание за отмяна на обжалваното наказателно постановление.

Действително НП е издадено в нарушение на материалния закон. Възпроизвеждането на едно законово установено задължение, каквото е задължението на оператора да осигури на своите абонати възможност за преносимост на номера - чл.134, ал.1 от ЗЕС, в ИАА-т.2.7.1 от Разрешението не променя източника, който го установява, а си остава условие/изискване на закона. Затова и неизпълнението му е нарушение на закона.

Фактическото описание на нарушението, предмет на административно-наказателното обвинение, сочи на нарушение на чл.31, ал.1 от ФС, издадени на основание законовата делегация на чл.134, ал.3 от ЗЕС, при липса на основание за отказ по чл.30, ал.1, в редакцията действаща към твърдяната дата на нарушението – 12.07.2011 г., когато е постановен отказ за преносимост на заявения номер, до изм. в ДВ, бр. 74 от 2012 г. , в сила от 28.09.2012 г. Затова за извършеното нарушение на чл.31, ал.1 от ФС в случая, приложимата санкционна разпоредбата към момента на извършване на нарушението е била тази на чл.335 от ЗЕС, съгласно която за нарушение на този закон и на издадените въз основа на него актове, за което не е предвидено друго наказание, се налага глоба в размер от 500 до 5000 лв., съответно имуществена санкция в същия размер за ЮЛ, съгласно чл.336 от ЗЕС.

Извън изложеното дотук, в подкрепа на извода, че нарушенията на ФС не са нарушения на Разрешението, съответно не подлежат на санкциониране по чл.325, ал.1, вр.чл.336 от ЗЕС е и историческото тълкуване на волята на законодателя, предвид създадената впоследствие нова изрична разпоредба на чл.326а от ЗЕС (ДВ, бр. 105 от 2011 г., в сила от 29.12.2011 г.). С нея нарушител на функционалните спецификации за преносимост на номерата, приети от комисията, се наказва с глоба или имуществена санкция в размер от 5000 до 60 000 лв, като е запазено изцяло съдържанието на разпоредбата на чл.325, ал.1 от ЗЕС. Разпоредбата на чл.326а от ЗЕС е по-неблагоприятна за нарушителя, поради което и тази разпоредба е неприложима, съгласно чл.3, ал.1, вр.ал.2 от ЗАНН.

Остава открит, обаче, въпросът за преквалификация на извършеното нарушение - когато съдът е сезиран с определени факти и обстоятелства, правнозначими за повдигнатото административнонаказателно обвинение срещу извършителя на административно нарушение и същите са правилно установени в хода административнонаказателното разследване като делото е изяснено от фактическа страна, решаващият съд следва да се занимае с извършеното нарушение и да се произнесе по надлежния ред за ангажиране на административнонаказателната отговорност на санкционираното лице. За да бъде отменено НП се изисква не само

санкционираното лице да не е извършило нарушение според квалификацията на основанието за ангажиране на административно-наказателната му отговорност в АУАН и в НП, а и според фактите на обвинението. Няма процесуална пречка съдът да постанови съдебен акт по фактически извършеното нарушение, когато са налага приложение на закон за по-леко, същото или еднакво наказуемо нарушение, и като преквалифицира извършеното нарушение, да измени НП- чл.63, ал.1 от ЗАНН. Обратното на това означава съдът да премира нарушителя като го освободи изцяло от административнонаказателна отговорност при доказаност на извършено административно нарушение от фактическа страна, което противоречи на целите на административното наказание по чл.12 от ЗАНН.
Така допуснатото нарушение на закона може да бъде отстранено от касационната инстанция без да се налага връщане на делото за ново разглеждане на въззивната инстанция - в този смисъл Тълкувателно решение № 3 от 10.05.2011 г. на ВАС по по тълк. д. № 7/2010 г., О..
С тези съображения съдът намери, че оспореното решение на СРС, като издадено в нарушение на материалния закон следва да бъде отменено, а вместо него НП изменено, като се преквалифицира нарушението от такова по т.2.7.1 от Разрешението в такова по чл.31, ал.1 от ФС.
При този изход на спора, за индивидуализацията на административното наказание, което следва да бъде наложено след преквалифициране на нарушението, според АССГ в настоящия състав, след като при първоначалната квалификация, административното наказание е било индивидуализирано от АНО в НП над средния установен в чл.325, ал.1, вр.чл.336 от ЗЕС размер /10 000 до 100 000 лв./, а именно в размер на 60 000 лева /две трети от максималния възможен размер до минимално установения - 10 000 лева/, и с оглед забраната за влошаване положението на обжалващия, административното наказание по чл.335, вр.чл.336 от ЗЕС /от 500 до 5000 лева/, за нарушението на чл.31, ал.1 от ФС, следва да бъде определено по същия начин и да се индивидуализира в размер на 3000 лева.
Така мотивиран и на основание чл.222 ал.1 от АПК във връзка с чл.63 ал.1 от ЗАНН Административен съд София-град, IX касационен състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение от 08.07.2013 г., постановено по н. а. х. дело № 17836/ 2012 г. по описа на Софийски районен съд, НО, 103 състав
ИЗМЕНЯ наказателно постановление № 0217/ 28.05.2012 г., издадено от председателя на Комисията за регулиране на съобщенията /КРС/, с което на [фирма], ЕИК[ЕИК] е наложена имуществена санкция в размер на 60 000 лева на основание чл. 53, ал. 1 вр. л. 83, ал. 1 ЗАНН и чл. 336 вр. чл. 325, ал. 1 от Закона за електронните съобщения, вр. чл. 2.7.1 от Разрешението във връзка с чл.31, ал.1 от Функционалните спецификации за осъществяване на преносимост на национално значими номера при промяна на доставчика на обществена мобилна телефонна услуга, като ПРЕКВАЛИФИЦИРА деянието от такова по т.2.7.1 от Разрешение №1395/08.04.2009 г. за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс-номера, в нарушение по чл.31, ал.1 от Функционалните спецификации за осъществяване на преносимост на национално значими номера при промяна на доставчика на обществена мобилна телефонна /Приети с Решение № 1477 от 20.12.2007 г. на Комисията за регулиране на

съобщенията, обн., ДВ, бр. 8 от 25.01.2008 г., в сила от 25.01.2008 г./, в действащата му към 06.11.2010 г. редакция И НАЛАГА имуществена санкция в размер на 3000 /три хиляди/ лева.
Решението не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ЧЛЕНОВЕ: