

РЕШЕНИЕ

№ 4456

гр. София, 22.11.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, 122-РИ СЪСТАВ, в закрито заседание на двадесет и втори ноември през две хиляди двадесет и втора година в следния състав:

Председател: **ДИМИТЪР Г. КУРТОВ**

като разгледа докладваното от **ДИМИТЪР Г. КУРТОВ** Административно наказателно дело № 20221110205174 по описа за 2022 година

намира за установено следното:

Производството е по реда на чл.59 и сл. от ЗАНН.

Образувано е по Жалба вх. № 14-00-491 от 07.04.2022 г. по описа на КРС от „УООЛ ПРЕМИУМ“ ЕООД, с ЕИК 203363254, *** представлявано от Управителя М.С., чрез адв. А. К. от АК – Пловдив, срещу Наказателно постановление № 2 от 15.03.2022 г. на Председателя на Комисия за регулиране на съобщенията, с което на жалбоподателя е наложена имуществена санкция в размер на 1000 лева, за нарушение на чл. 261, ал. 1, изр. 1 от ЗЕС, във връзка с чл. 335 от ЗЕС, във връзка с чл. 336 от ЗЕС.

В съдебно заседание жалбоподателят, редовно уведомен, се представлява от адв. А. К. от АК-Пловдив.

В съдебно заседание административно-наказващият орган (АНО) - Председателя на Комисия за регулиране на съобщенията, редовно уведомен, се представлява от юрк. М. Г.а.

С жалбата се оспорва Наказателно постановление № 2 от 15.03.2022 г. на Председателя на Комисия за регулиране на съобщенията като нищожно, незаконосъобразно, неправилно, издадено в нарушение на материалния и процесуалния закон, като се иска отмяна на наказателното постановление, като алтернативно се иска, в случай, че Съда не намери основания за пълна

отмяна, то да се намали размера на наложената имуществена санкция до нормативно предвидения минимум в размер на 500 лв.

Жалбоподателят счита, че извършеното от дружеството не осъществявало състава на административното нарушение по чл. 261, ал. 1, т. 1 от ЗЕС, тъй като обажданията, които били осъществени от служителите на „УООЛ ПРЕМИУМ“ ЕООД - не са били извършени за целите на директния маркетинг. При извършването на въпросните обаждания - нищо не било рекламирало и нищо не се предлагало като стока или услуга на потребителя. Твърди, че единственото, което служителят на „УООЛ ПРЕМИУМ“ ЕООД прави, е да попита избраното лице, дали желае да вземе участие в презентация на продукти на „Велмакс лукс“ ЕООД. Твърди, че при това обаждане нямало нито директен маркетинг, нито реклама, поради което не било необходимо предварително съгласие на потребителя. Жалбоподателят твърди, че съгласно утвърдения от Управителя на дружеството Скрипт за провеждане на стандартни телефонни обаждания, в началото на телефонното обаждане служителят на „Уоол Премиум“ ЕООД запитвал лицето, което отговаря на набрания телефонен номер дали е съгласно да получи маркетингово съобщение, като в случай, че последва отрицателен отговор, обаждането се прекратявало незабавно, като използването на въпросния скрипт било абсолютно задължително за операторите.

Счита също, че в обжалваното Наказателно постановление не било правилно посочено мястото на извършване на административното нарушение - телефонен номер с географски код за достъп, обслужващ област София.

Също така, счита, че не били спазени правилата за установяване на административното нарушение, тъй като нито в АУАН, нито в Наказателното постановление било посочено кой от служителите на „УООЛ ПРЕМИУМ“ ЕООД е извършил твърдяното административно нарушение.

Твърди се, че Актът за установяване на административно нарушение е издаден след изтичане на законово регламентирания срок - процесното повикване било осъществено на 10.05.2021г., а АУАН бил съставен на 29.10.2021 г., т. е. след изтичане на законово регламентирания 3-месечен срок, както и това, че в АУАН нямало отбелязване към коя от категориите принадлежат свидетелите подписали акта.

Дружеството-жалбоподател счита, че наложеното наказание не е

съобразено с тежестта и обществената опасност на извършеното, съответно - твърди, че нарушението на чл. 261, ал. 1, изр. 1 от ЗЕС се характеризира с изключително ниска степен на обществена опасност и всяка имуществена санкция в размер над минималния /500 лв./ се явявала несправедлива. Моли присъждане на разноски. За доказването им представя Договор и платежно нареждане.

В хода на съдебните прения, юрк. М. Г.а, от името на АНО, изразява мнение за неоснователност на жалбата. Сочи, че издаденото НП е правилно и законосъобразно и като такова, следва да бъде потвърдено. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

От събраните гласни и писмени доказателства съдът прие за установена следната фактическа обстановка:

Жалбата е подадена от „УООЛ ПРЕМИУМ“ ЕООД, с ЕИК 203363254, *** представлявано от Управителя М.С., е подадена в законоустановения срок и от лице, което има право на жалба поради, което е процесуално допустима.

Разгледана по същество, Жалбата е **ОСНОВАТЕЛНА**, обжалваното НП следва да бъде отменено, макар и на друго, непосочено в нея основание.

Съдът установи фактическата обстановка въз основа на писмените доказателства, съдържащи се в административнонаказателната преписка, изпратена от АНО и най-вече въз основа на АУАН № С-063/ 29.10.2021 г съставен от свид. Ц. П. М.; Констативен протокол (КП) №№ С-ЦМ-051/02.08.2021 г; КП № С-ЦМ-052/02.08.2021 г; С-ЦМ-053/06.08.2021 г; С-ЦМ-066/12.08.2021 г; С-ЦМ- 067/10.08.2021 г; С-ЦМ-072/12.10.2021 г; С-ЦМ-073/12.10.2021 г, ведно с приложенията към тях сигнал вх. № 04-18-9/16.07.2021 г.; както и на свидетелските показания на разпитаните на етап съдебно следствие свидетели Ц. П. М., К. А. Д., Н. Г., Р. Ян Старецка – Н.. Тези показания са непротиворечиви, взаимно се допълват и не съдържат вътрешни противоречия. Тожва е така и по отношение показанията на свид.Р. Старецка, които дават отговори по принцип как би следвало да подхождат служителите на Дружеството-жалбоподател при осъществяване на дейността си. Съдът е съгласен, а и не се твърди от АНО, че всяка една комуникация между служител на жалбоподателя с абонат на мобилен оператор, е извършвана в нарушение на законовата норма. Свидетелят Старецка не е

очевидец на конкретното разследвано деяние. Поради тази причина общите й показания не могат да конкурират детайлните показания на свид.К. Д., по чийто сигнал е образувано производството и които също съдът намира за добросъвестно дадени. Показанията на свид.Старецка не влизат в противоречия с показанията на Д., т.к. са общи, по принцип, без Старецка да е добила впечатления за конкретно разследвания разговор, докато показанията на свид.Д. са конкретни в достатъчна степен, за да се направи извода за конкретно извършено нарушение – индивидуализирано по време, място, начин на извършване и субект на административнонаказателната отговорност.

При анализа на събраните по делото писмени доказателства Съдът счита за установено, че телефонни номера +*****, +***, са предоставени на жалбоподателя за извършване на VoIP-услуги или т. нар. „глас по интернет протокол“ от „Джи Ти Ти България“ ЕАД (преотдадени на „ТБГ“ ООД). Този факт не се и оспорва от страна на жалбоподателя, който го е потвърдил в предоставения от него отговор в и-мейл с вх. № КРС № 04-18-9/16.07.2021 г. до АНО в рамките на административното производство по установяване на нарушението, като гласовите комуникации се извършват през Интернет – документите приложени към делото.

По делото е предоставено и копие от договор между „ТБГ“ ООД и „Уоол Премиум“ ЕООД от 02.01.2020 г., потвърждаващ факта, че на „Уоол Премиум“ ЕООД се предоставя VoIP услуга, при която не се използват номера от Националния номерационен план (ННП).

Установено, че централата през която се предоставят VoIP услуги се намира на административен адрес в ***, като обажданията са извършени от номера +*****, +***, съответно към номер ***, което е било извършено на 10.05.2021 г в 17:03 ч., а към номер ** е било извършено на 10.05.2021 г, в 17:47ч.

В случая входящото обаждане е с географски обхват с код 02, т.е. изходящо е от гр. София. Установено е, че държателят на обхвата започва с телефонен номер 492, а по нататъшни числа са на фирма „ДжиТиТи“. Обхвата е предоставен от КРС.

Фирма „ДжиТиТи“ е предоставила съответно обхват за телефония, чиято номерация започва с 492, по договор с „ТБГ“ ООД, предоставен по преписката. Установено от АНО е, че „ТБГ“ ООД е предоставил услугата на

„Уоол Премиум“ като чрез предоставените два телефонни номера, ползвани от „Уоол Премиум“, са осъществени обаждания до К. Д..

АУАН е издаден въз основа на направени от контролните органи констатации, обективирани в приложенияте към акта Констативен протокол (КП) №№ С-ЦМ-051/02.08.2021 г; КП № С-ЦМ-052/02.08.2021 г; С-ЦМ-053/06.08.2021 г; С-ЦМ-066/12.08.2021 г; С-ЦМ- 067/10.08.2021 г; С-ЦМ-072/12.10.2021 г; С-ЦМ-073/12.10.2021 г, ведно с приложенията към тях сигнал вх. № 04-18-9/16.07.2021 г., както и възражение вх. № 14-00-1260/03.11.2021 г. и е подписан от посочения свидетел - Н. Г. Г., на длъжност главен инспектор в КРС.

Както АУАН, така и обжалваното НП са издадени от компетентни длъжностни лица в кръга на правомощията им, за което е представена заповед № РД-07-745/27.12.2018 г. за компетентността на актосъставителя, като съдържанието им отговаря на изискванията на материалния и процесуален закон.

Спазени са изискванията на чл. 42, т. 4 от ЗАНН и чл. 57, ал. 1, т. 5 от ЗАНН достатъчно конкретно е описан начинът на извършване на твърдяното нарушение и обстоятелствата, при които е било извършено.

АУАН е връчен на 29.10.2021 г., на адв. А. К. от АК–Пловдив, в качеството му на пълномощник на Управителя на „УООЛ ПРЕМИУМ“ ЕООД – Магдалена Сломенска, съгласно представеното в административната преписка пълномощно от 19.03.2021 г, който го подписал, като е посочил, че не е съгласен с акта, тъй като в Скрипта за телефонни разговори на дружеството започвал с искане за съгласие от лицето.

Въз основа на посочения АУАН и като намерил възражението за неоснователно, Председателят на Комисия за регулиране на съобщенията е издал процесното Наказателно постановление № 2 от 15.03.2022 г., с което на жалбоподателя е наложено административно наказание на основание чл. 83, ал. 1 от ЗАНН - имуществена санкция в размер на 1000 лева, за нарушение на чл. 261, ал. 1, изр. 1 от ЗЕС, във връзка с чл. 335 от ЗЕС, във връзка с чл. 336 от ЗЕС.

Въз основа на събрания доказателствен материал, съдът намира, че действително, на 10.05.2021 г., в 17:03 часа в гр. София, „УООЛ ПРЕМИУМ“

ЕООД, ЕИК 203363254, осъществило повикване за целите на директния маркетинг и реклама до телефонен номер ***, ползван от К. А. Д., с ЕГН *****, с адрес: **. Повикването е имало за цел осъществяване на реклама на „програма за по-добро здраве“. Повикването за целите на директния маркетинг и реклама е осъществено от телефонен номер +**** ползван от „УООЛ ПРЕМИУМ“ ЕООД, (договор за предоставяне на услуги № 95 2/02.01.2020 г. - приложение към КП № С-ЦМ-053/06.08.2021 г.). Телефонният номер е с географски код за достъп, обслужващ административна област София.

Твърдяната в НП за нарушена разпоредба (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), е създадена в интерес на крайните потребители на електронни услуги. Затова деянието е довършено в момента, когато се осъществи такова обаждане, но само в случаите, когато е осъществено без предварително дадено съгласие от крайния потребител – в случая свид.Д. и изпълнителното деяние е довършено на мястото, където е прието обаждането от този потребител. Към този момент – момента на довършване на започналото в Пловдив изпълнително деяние, свид.Д. се е намирал в дома си в София. Затова и АНО правилно е определил гр.София за място на извършване на твърдяното нарушение. Към момента на осъществяване на обаждането е било в сила предварително дадено от него разрешение – Декларация за съгласие на л.26 от делото.

Горната фактическа обстановка се потвърждава и от показанията на разпитаните свидетели по делото, като свидетелят Ц. М. – актосъставител, заяви, че АУАН-ът е издадено в резултат на постъпила жалба в КРС, като длъжностните лица са извършили проверки, при които се е констатирало, че на 10.05.2021 г. в 17:03ч. жалбоподателят е осъществил повикване за целите на директна маркетингова реклама до цитирания в АУАН телефонен номер ползван от лицето К. Д.. Повикването е имало за цел реклама на програма за по-добро здраве. Телефонният номер е бил с код на гр. София, като жалбоподателят не е получил предварително съгласие от Д. за осъществяване на такова повикване, поради което е бил съставен съответният АУАН, като нарушението се изразявало в липсата на предварително съгласие на абоната за маркетинг и реклама. Свидетелката описва и самия механизъм на

обаждането, като посочва, че входящото обаждане е било с географски обхват с код 02, т.е. изходящо от гр. София и описва другите технически процедури, проследяващи същото, като е установено, че предоставените телефонни номера, от които са извършвани обажданията и в частност - телефонен номер +****, са използвани от „Уоол Премиум“ и чрез него са осъществени обаждания до К. Д..

Свидетелката приема в съставения от нея АУАН, че предварително съгласие за директен маркетинг свид.Д. не е давал, но това обстоятелство противоречи на констатираното от самата нея в Констативен протокол № С-ЦМ-073/12.10.2021г. (л.20 от делото), че абонатът е дал съгласие да получава маркетингова информация от мобилния оператор и от трети страни в нарочна писмена декларация към Договор от 23.04.2019г. Отразеното в този КП фактическо положение намира подкрепа в самата Декларация за съгласие, приложена на л.26 от делото. Затова съдът не дава вяра на преценката на свид.М. за липсата на предварително съгласие, отразено в АУАН, а оттам възпроизведено и в обжалваното НП. В случая става въпрос за преценка, а не за лично възприети от свидетеля (а и за актосъставителя) факти и обстоятелства, свързани с предмета на делото. Отделен е въпроса, че съдът намира тази преценка и за неправилна, т.к. противоречи на посочените по-горе присмено доказателство – фотокопието на самата Декларация за съгласие и на доказателственото средство – цитираният Констативен протокол.

Свидетелят Н. Г. заяви, че АУАН-ът е издаден по повод постъпила жалба в КРС от сем. Д.и, при които длъжностните лица са констатирани, че на 10.05.2021 г. от жалбоподателя, чрез телефонен номер - ****, е осъществено повикване до мобилен телефон 0895 484434 за целите на директния маркетинг, без предварително съгласие от ползвателя на мобилния номер. За установяване на тази кореспонденция между жалбоподателя и конкретния телефонен номер от КРС са изискали принт-скринове от екрана на жалбоподателя Д.. Събраната от него информация и събраните договори между различните дружества участващи в осъществяването на техническите процедури са допринесли за установяването на това, кой е ползвателя на фиксираните номера и извършеното нарушение. Показанията на този свидетел в частта им относно липсата на предварително дадено съгласие за ползване на лични данни и за получаване на маркетингова информация, съдът

не кредитира по посочените в горния абзац причини. Този свидетел на съставянето на АУАН е и свидетел на съставянето на цитирания вече Констативен протокол за наличие на Декларация за съгласие.

Водената от страна на жалбоподателя свидетелка – Р. Я.С. – Н., макар и да описва по принцип възприетите в дружеството жалбоподател процедури на телефонни обаждания и приетия етикет за водене на разговори, заяви, че не е присъствала на разговора с К. А. Д., т.е. – няма преки впечатления по конкретен осъществен с Д. контакт.

Относно обстоятелството, че свид.Д. заявява, че два пъти е бил жертва на такова деяние – веднъж чрез ползвания от него телефонен номер ***, а втори път – когато приел такова обаждане чрез телефонния апарат, ползващ сим-карта на съпругата му Х. Д.а. Нарушението, предмет на обжалваното НП, касае само комуникацията, осъществена с телефонния номер ***, който според приложения Договор за предоставяне на електронни съобщителни услуги между свид.Джобрев и „А1 България“ ЕАД се ползва именно от свид.Д.. Евентуално извършено нарушение на телефонния номер, ползван от съпругата му (Договора за предоставяне на електронни услуги, сключен между „А1 България“ ЕАД и К.Р. А.ова на 14.01.2020г. с приложена Декларация за съгласие, приложени на л.л.43,44 от делото) не е предмет на обжалваното НП, нито на настоящото съдебно производство.

Съдът намира обаче, че АНО неправилно е приложил материалния закон, приемайки, че описаното в АУАН и в обжалваното НП деяние съставлява нарушение. То би било такова, ако свид.Д. се бе противопоставил на такава кореспонденция валидно и преди деянието. Той не е сторил това. Видно от Декларацията за съгласие – част от цитирания по-горе Договора му с мобилния оператор, той е дал предварително съгласие да получава маркетингова информация от „А1 България“ ЕАД и от трети страни – каквато се явява жалбоподателя, още при подписване на Договора си с „А1 България“ ЕАД, на 05.04.2019г.

Сред материалите по делото липсва доказателство това съгласие да е било оттегляно преди датата на твърдяното нарушение.

В този смисъл е и Констативен протокол № С-ЦМ-073/12.10.2021г., съставен от свид.Ц. М.. В този смисъл са както показанията на свид.Д., дадени

в съдебно заседание, така и указаното още в сигнала му до Комисията за защита на личните данни. Сигналът, според самият Д., е подаден преди всичко, за да се изясни как са достигнали личните му данни до „Уол Премиум“ ЕООД и да се провери не става ли въпрос за злоупотреба с негови лични права. Видно от самия сигнал, а и от показанията на свидетеля, след провеждане на разговора и отказа му – устно, само пред служител на жалбоподателя, маркетинговите обаждания са преустановени.

Като взе предвид гореизложеното, съдът намира, че твърдяното нарушение по чл.261, ал.1, изр.1 от 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.) **не е извършено от обективна страна,** т.к. към датата на твърдяното нарушение – 10.05.2021г., е било в сила валидно даденото съгласие на свид.Д. да получава на мобилен номер *** маркетингова информация от „А1 България“ ЕАД и от трети страни – каквато се явява жалбоподателя.

Това обстоятелство е било известно на АНО преди съставяне на АУАН и преди издаване на обжалваното НП, т.к. е обективирано в цитирания КП от 12.10.2021г.. Въпреки тази изначална яснота за липса на състав на нарушение от обективна страна, срещу Дружеството – жалбоподател е образувано административнонаказателно производство, в рамките на което същото е било принудено да предприема реални действия по защита, изготвяйки възражения, предоставяйки информация, ангажирайки адвокат за процесуално представителство. Според приложения в откритото съдебно Договор за правна защита и съдействие от 05.04.2022г между „Уол Премиум“ ЕООД с ЕИК 203363254, представлявано от управителя М.С. и Адвокатско съдружие „К. и партньори“, представлявано от процесуалния по това дело представител на жалбоподателя аадв.А. Н. К. от АК-Пловдив, договореното адвокатско възнаграждение за процесуално представителство възлиза на 300 лева. Приложено е и Платежното нареждане от 18.04.2022г., с което сумата от 2300 лева е преведена по банков път по сметката на Адвокатското съдружие. В съдебно заседание жалбоподателят чрез своя процесуален представител претендира присъждане на направените разноски. Предвид отмяната на обжалваното НП съдът намира искането за основателно. Като взема предвид изложеното в началото на този абзац съзнаване на изначалната несъставомерност на твърдяното нарушение, съдът е принуден да присъди в

полза на жалбоподателя само сумата от 300 лева – само колкото се претендират и само за колкото са представени доказателства.

Предвид гореизложеното и на основание чл.63, ал.2, т.1, вр.ал.3, т.1 от ЗАНН, съдът,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Наказателно постановление № 2 от 15.03.2022 г. на Председателя на Комисия за регулиране на съобщенията, с което на „**УООЛ ПРЕМИУМ**“ ЕООД, с ЕИК **203363254**, *** е наложена имуществена санкция в размер на 1 000 лева, за нарушение на чл. 261, ал. 1, изр. 1 от ЗЕС.

ОСЪЖДА на основание чл.63д, ал.1 от ЗАНН Комисията за регулиране на съобщенията да заплати в полза на жалбоподателя „**УООЛ ПРЕМИУМ**“ ЕООД, с ЕИК 203363254, *** направените по делото разноски за адвокатско възнаграждение в размер на **300 (триста) лева**.

РЕШЕНИЕТО подлежи на касационно обжалване пред Административен съд - гр. София на основанията, предвидени в НПК и по реда на Глава XII от АПК в 14-дневен срок от получаване на съобщението за изготвянето му.

Съдия при Софийски районен съд: _____