

РЕШЕНИЕ

№ 2944

гр. София, 15.06.2011 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, VIII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 15.04.2011 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Мадлен Петрова

ЧЛЕНОВЕ: Боряна Бороджиева

Мария Попова

при участието на секретаря Цонка Вретенарова и при участието на прокурора Димитров, като разгледа дело номер **1536** по описа за **2011** година докладвано от съдия Боряна Бороджиева, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208-228 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във връзка с чл. 63, ал. 1, изр. 2 от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

С решение от 22.12.2010г. по НАХД № 12537/2010 г. на Софийски районен съд (СРС), НО, 99 състав е отменено наказателно постановление (НП) № Р-10-246/10.09.2010 год., издадено от зам.-председател на Комисията за Ф. Н.. С НП на „Г. М.” О. е наложена имуществена санкция в размер на 1000 лв., на основание чл.127, ал.7, т.1 във вр. с ал.1, т.1 от Закона за пазарите на финансови инструменти (ЗПФИ), във връзка с чл.177, ал.1 от Наредба № 35/17.10.2006г. за капиталовата адекватност и ликвидността на инвестиционните посредници, за нарушение на чл.78, ал.1 от същата Наредба.

Срещу така постановеното решение е постъпила в срок касационна жалба от процесуален представител на административнонаказващия орган, с която се иска неговата отмяна и постановяване на ново решение, с което да се потвърди НП. Изложени са подробни доводи за това, че въззивният съд неправилно и незаконосъобразно е стигнал до извода за нарушение на принципа за Non bis in idem – не два пъти за едно и също нещо; изискуемост на задължението по чл.78, ал.1 от Наредба № 35 всеки ден; наличие на нова експозиция; неправилен извод на СРС, че нарушението, което е осъществено на 22.10.2009г. е „еднократно” – „продължено”.

Ответникът по касационната жалба чрез процесуалния си представител изразява

становище за нейната неоснователност.

Представителят на С градска прокуратура намира касационната жалба за неоснователна.

Административен съд С. град, Осми касационен състав, след като се запозна с обжалваното решение и събраните по делото доказателства, 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 и правна страна:

Касационната жалба е допустима, предвид обстоятелствата, че е подадена от активно легитимирано лице в законоустановения 14-дневен срок от съобщаването на обжалваното съдебно решение. Разгледана по същество, тя е неоснователна.

Като извърши служебно проверка на основание чл. 218, ал. 2 от Административнопроцесуалния кодекс и въз основа на фактите, установени от първоинстанционния съд, съгласно чл. 220 от АПК, настоящият състав намира, че обжалваното решение е валидно и допустимо. В тази връзка решаващият състав на съда съобрази и, че това решение е постановено по отношение на акт, който подлежи на съдебен контрол, като произнасянето е извършено от компетентен съд в рамките на правомощията му. Последният е постановил обжалваното решение след обективен анализ на събраните доказателства, като е изпълнил задължението си, разглеждайки делото по същество, в хода на съдебното производство да установи с допустимите от закона доказателства дали е извършено нарушение и обстоятелствата, при което е извършено. Въз основа на установените обстоятелства по делото районният съд е формирал и изложил мотиви относно извършването на нарушение, които настоящият състав споделя изцяло, и по изложените съображения намира обжалваното съдебно решение за законосъобразно, в това число правилно и обосновано.

Неоснователно е оплакването за неправилност на извода на СРС, че административнонаказващия орган (АНО) е допуснал съществено нарушение на принципа в разпоредбата на чл.17 вр. чл.84 ЗАНН да не се наказва два пъти за едно и също нарушение. Въззивният съд е обосновал тезата, че нарушението, което е осъществено на 22.10.2009г. е „еднократно”, т.е. продължено, а последващото увеличаване на размера на експозицията с последващи фактури, издадени по един и същи договор, не води до ново нарушение на чл.78, ал.1 от Наредба № 35, а до увеличение интензитета на нарушението, което би се отразило единствено върху размера на санкцията. Настоящият касационен състав споделя тези доводи на въззивния съд, като становището му и по други аналогични казуси е, че при такава фактическа обстановка, каквато е установена по делото нарушение на чл.78, ал.1 от Наредба № 35 във връзка с експозицията на „Г. М.”, представляваща вземания по договор сключен с „КП АП от 24.10.2008г. (съгласно дефиницията на чл.74,ал.1 от Наредбата и разглеждана като съвкупността от вземанията) е извършено на 22.10.2009г. с първото надвишаване на прага, като след това с последващите плащания и непривеждане на експозицията под допустимия праг е продължило осъществяването на състава на започналото нарушение. А това нарушение е санкционирано с друго НП - Р-10-247/10.09.2010г. С плащането на 26.10.2009г. по фактура № 1017/26.10.2009г., което е в размер на 39 300 лв. инвестиционният посредник (ИП) е довел достигнатото на 22.10.2009г. надвишение от 29, 26 % до по-високо ниво – вече 38, 48 %, но не е налице ново, отделно нарушение на чл.78, ал.1 от Наредбата. Този съд не споделя тълкуването от страна на АНО на нарушението по чл.78, ал.1 в контекста на чл.77, ал.1

и ал.2 от Наредба №35 с извода за ежедневност и преценката дали експозицията надвишава прага е изискуема всеки ден и следва да се извършва всеки ден. Изискването на чл.77, ал.1 от Наредбата за ежедневно следене от ИП на експозициите му е относимо към задълженията му за уведомяване на КФН в хипотезите по ал.2 на същата, но според настоящия съд не може да се тълкува в контекста на чл.78, ал.1 като ежедневност на разписаната там забрана и оттук съставомерност на отделните действия/бездействия, с които се достигат различни нива на нарушението на тази забрана. Забраната по чл.78, ал.1 Наредба №35 за надвишаване на експозицията над определено ниво не е разписана като ежедневна, а като забрана за достигане на състояние на експозицията, за разлика от предвиденото задължение за ежедневно следене по чл.77, ал.1 и не може да се тълкува разширително. Още повече, че в случая ответникът по касация не е наказан за нарушение по чл.77 от приложимата наредба, а по чл.78, ал.1 от Наредбата. В случая санкционираното действие на 26.10.2009г. е плащане на сума в размер на 39 300 лв., която разгледана самостоятелно и независимо от предходните състояния на експозицията като съвкупност от вземания на санкционираното дружество от „КП по дължими комисионни, не надвишава прага по чл.78, ал.1 от Наредбата. В този смисъл не се споделя довода на касатора, че сумите по отделните фактури са отделни експозиции, тъй като се касае за отделни действия, при нови обстоятелства – това не обяснява защо същите са сумирани, за да се отчете превишение. Ако се разглеждат отделно едно от друго плащанията в периода, направени към едно и също лице, на едно и също основание – договор за търговско сътрудничество, то всяко едно от тях поотделно не би било нарушение, доколкото поотделно, независимо от другите и съпоставено със собствения капитал на ИП не надвишава прага от 25%. Напротив плащанията са разглеждани в процеса им на извършване и натрупване на общата стойност, което е и правилното в случая, но това води и до логичния извод за едно деяние по смисъла на чл.6 от ЗАНН. Не се споделя аргумента на касатора, че административнонаказателното право не познава термина „продължено нарушение“, тъй като същото е познато на правната теория и в тази правна област. В разглеждания случай е налице състояние на трайно нарушение, възникнало на 22.10.2009г. и обхващащото и процесната дата 26.10.2009г. Касационният съд споделя виждането, че така както е разписана забраната по чл. 78, ал. 1 от Наредба № 35/17.10.2006г. нарушаването ѝ при особеностите на разглеждания случай носи белези на своеобразно фактическо усложнение при извършване на едно административно нарушение или т.нар. в правната теория „продължено нарушение“, при което непрекъснато в определен период от време се осъществява състава на нарушението, докато не настъпят обстоятелства, които го прекратяват. Нарушението на чл.78, ал.1 от Наредба № 35/17.10.2006г. е извършено само с едно деяние, изразяващо се в съвкупност от действия и бездействие, при която субектът на административнонаказателна отговорност – инвестиционният посредник осъществява непрекъснато състав на нарушението чрез нарушение на забраната в нормата през определен период от време - от момента на превишаване на ограничението от 25 % за експозиция спрямо собствения му капитал, което е станало на 22.10.2009г., така създаване на трайно противоправно състояние, което продължава до прекратяването му чрез привеждане на експозицията в границата до 25 %. Това, че за периода от 22.10.2009г. до 26.10.2009г. и натък до привеждане на експозицията в допустимите граници нарушителят е продължил да извършва плащания по отделни фактури представлява само фактическо усложнение на изпълнителното деяние и засяга в

по-голяма степен обществените отношения, които брани нормативната забрана. Но независимо от усложненията и времетраенето на деянието, то представлява едно нарушение и обосновава едно единствено наказание. В случая ИП е санкциониран за действия и бездействия на конкретна дата от периода на нарушението, които са част от осъществяването му, но не е наказан с оспореното НП за съставомерното деяние, което включва и действието по първоначално надвишаване на 25% на експозицията и последващите действия и бездействия за привеждането ѝ в границите на Наредбата. Последващото плащане, каквото е процесното по фактура 1017 от 26.10.2009г. и съответното по-високи нива на превишение е следвало да бъде взето предвид при индивидуализация на санкцията за нарушението, осъществено с действие на 22.10.2009г. и продължило във времето и на 26.10.2009г. Но това плащане и съответното различно ниво на експозицията по съответната дата незаконосъобразно е санкционирано като отделно нарушение на състава на чл.78, ал.1 извън нарушението с начална дата 22.10.2009г.

И по посочените съображения, съвпадащи с изводите на въззивния съд и изложени с оглед обсъждане доводите в касационната жалба, касационната инстанция приема, че не е налице основание за отмяна на обжалваното съдебно решение, тъй като с него правилно е отменено материално незаконосъобразно наказателно постановление. На ответникът по касация е наложена имуществена санкция за деяние, с което самостоятелно не се осъществява състав на административно нарушение на чл.78, ал.1 от Наредба № 35/17.10.2006г.

Воден от горното и на основание чл. 221, ал.2, предл.1 от АПК, вр.чл.63, ал.1, изр.второ от ЗАНН, Административен съд С.-град, Осми касационен състав

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ В СИЛА решение от 22.12.2010г. по НАХД № 12537/2010 г. на С районен съд, НО, 99 състав.

РЕШЕНИЕТО е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.