

РЕШЕНИЕ

№ 3362

гр. София, 29.06.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, IV КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 12.06.2020 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Галин Несторов

ЧЛЕНОВЕ: Бранимира Митушева
Зорница Дойчинова

при участието на секретаря Евгения Стоичкова и при участието на прокурора Яни Костов, като разгледа дело номер **1539** по описа за **2020** година докладвано от съдия Бранимира Митушева, и за да се произнесе взе предвид следното:

Решение по кнахд № 1539/2020г. на АС-София-град, IV КС, 10 страница

Производството е по реда на чл. 208-228 от АПК във вр. чл. 63 от ЗАНН.

Образувано е по касационна жалба на [фирма], чрез пълномощника адв. Й., срещу решение от 06.01.2020 г. на СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД /СРС/, НО, 96-ти състав по НАХД № 16061/2019 г.

Касационната жалба съдържа оплаквания за неправилност на решението поради постановяването му в нарушение на закона, при допуснати съществени нарушения на процесуалните правила и при явна несправедливост на наложеното наказание - касационни основания по чл. 348, ал. 1, т. 1, т. 2 и т. 3 вр. ал. 2 от НПК вр. чл. 63, ал. 1, изр. 2 от ЗАНН. Навеждат се доводи, че актът за установяване на административно нарушение /АУАН/ е съставен от материално некомпетентно лице. Посочва се, че съставянето на АУАН на дата 11.04.2019 г. от лице на друго лице, въз основа на Заповед № 3-113/10.04.2019 г., която няма действие спрямо актосъставителя П. и нарушителя /по аргумент, че решението за избор на зам. председател на КФН има действие спрямо тях от датата на обнародването му в ДВ, а именно бр. 31/12.04.2019 г./, е извършено при нарушение на изискванията на чл. 37, ал. 1, буква „б“ от ЗАНН, поради което и издаденото въз основа на него наказателно постановление /НП/ се

явява постановено в нарушение на закона. Като нарушение се посочва също, че позоваването в НП и прилагането на Съвместните насоки на ЕОЦКП по отношение на деяние, извършено преди приемането на чл. 4а, ал. 1 от Закона за пазарите на финансови инструменти /ЗПФИ/ и чл. 13, ал. 1, т. 26 от Закона за комисията за финансов надзор /ЗКФН/ в последната му редакция /ДВ, бр. 83 от 2019 г., в сила от 22.10.2019 г./, а именно на 31.12.2018 г., се явява незаконосъобразно на основание чл. 3, ал. 1 от ЗАНН. Допълва се, на следващо място, че не е налице осъществен състав на нарушение по чл. 53, ал. 5 вр. ал. 1, във вр. с § 4, ал. 2 от ДР на ЗПФИ, във вр. с чл. 107 от Закона за дейността на колективните инвестиционни схеми и на други предприятия за колективно инвестиране /ЗДКИСДПКИ/, тъй като от анализа на правите разпоредби ставало ясно, че за да е осъществен състав на това нарушение от обективна страна, е необходимо наличието на „взето решение за пряко или непряко придобиване на квалифицирано участие“. В настоящия случай обаче касаторът не е взел решение за непряко придобиване на квалифицирано участие, тъй като той не е уведомен по никакъв начин за намеренията за сключване на сделката и факта на сключване. Предвид горепосоченото, се счита още, че към датата на твърдяното нарушение 31.12.2018 г., действащата нормативна уредба не е съдържала състав на административно нарушение за неволно придобиване на квалифицирано участие чрез свързани лица, за което не е уведомен надзорния орган. Според касатора, видно от последното изменение на ЗПФИ /ДВ, бр. 83 от 2019 г., в сила от 22.10.2019 г./, чл. 60а от ЗПФИ, който препраща към чл. 53, ал. 1 от същия закон, въвежда ново, несъществуващо към датата на твърдяното нарушение, административно задължение. Като съществено нарушение при издаването на НП се счита, че никъде в действащата нормативна уредба не е предвидена административнонаказателна отговорност за нарушение на чл. 53, ал. 5 във вр. с ал. 1 от ЗПФИ, от страна на лице, което е придобило квалифицирано участие в управляващо дружество. Счита се, че след като в § 4, ал. 2 от ДР на ЗПФИ не се съдържа изрично препращане към чл. 290, ал. 9, т. 10, предложение 1 от ЗПФИ, по отношение на вида и размера на наказанието, за нарушение на чл. 53, ал. 5, вр. с ал. 1 от ЗПФИ, при придобиване на квалифицирано участие пряко или чрез свързани лица в Управляващо дружество /УД/, а в административнонаказателните разпоредби на закона, регламентиращ дейността на УД – Закона за дейността на колективните инвестиционни схеми и на други предприятия за колективно инвестиране /ЗДКИСДПКИ/, също не е предвидена такава санкция, то наложената от административно-наказващия орган имуществена санкция, в размер на 20 000 лева, се явява незаконосъобразна. В условията на алтернативност, се посочват аргументи за приложимостта на чл. 28 от ЗАНН. Искане се от съда да постанови съдебно решение, с което да отмени решението на СРС и да отмени наказателното постановление, както и да се присъдят направените по делото разноски. Ответникът – КОМИСИЯ ЗА Ф. НАДЗОР /КФН/, чрез процесуалния си представител, оспорва жалбата и счита същата за неоснователна по съображения, изложени в писмени бележки. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение. Представителят на СОФИЙСКА ГРАДСКА ПРОКУРАТУРА счита жалбата за неоснователна.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД-С. град, като прецени събраните по делото доказателства и наведените касационни основания прилагайки нормата на чл. 218 от АПК, приема за установено от фактическа и правна страна следното:

Касационната жалба е процесуално допустима, а разгледана по същество е

НЕОСНОВАТЕЛНА.

Със съдебно решение от 06.01.2020 г. по НАХД № 16061/2019 г. СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НО, 96-ти състав е ПОТВЪРДИЛ наказателно постановление /НП/ № Р-10-838/17.09.2019 г., издадено от заместник-председателя на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“, с което на [фирма], на основание чл. 290, ал. 9, т. 10, предложение първо от ЗПФИ е наложено административно наказание – „имуществена санкция“, в размер на 20 000 лева, за извършено нарушение на чл. 53, ал. 5 вр. ал. 1, във вр. с § 4, ал. 2 от ДР на ЗПФИ, във вр. с чл. 107 от ЗДКИСДПКИ.

За да постанови решението си, първоинстанционният съд е събрал като доказателства по делото показанията на свидетелите К. Д. П. и Н. Л. Л., както и писмените доказателства, представени с наказателното постановление. Въз основа на тях е обосновал правния извод, че [фирма] е извършило нарушение на чл. 53, ал. 5 вр. ал. 1, във вр. с § 4, ал. 2 от ДР на ЗПФИ, във вр. с чл. 107 от ЗДКИСДПКИ.

Пред настоящата инстанция е представено като писмено доказателство писмо изх. № 03/06.01.2020 г. на [фирма], адресирано до КФН, което съдът не следва да обсъжда, тъй като същото е неотносимо към предмета на спора.

Касационната инстанция, на основание чл. 220 от АПК, приема за доказани и установени фактите, изложени от СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД и въз основа на тях е възприел следната фактическа обстановка:

Към 31.12.2018 г. [фирма] било мажоритарен акционер в [фирма], като притежавало 35 175 броя акции, представляващи 95.20 % от капитала на [фирма]. На проведено на 20.12.2018 г. заседание на Съвета на директорите на [фирма] било взето решение за придобиване на 2562 броя обикновени, поименни, безналични акции, представляващи 91.01 % от гласовете в ОС на Управляващото дружество [фирма]. С писмо вх. № РГ-05-1664-4 от 21.12.2018 г. [фирма] уведомило КФН за взетото решение за придобиване от страна на дружеството на пряко квалифицирано участие в капитала на Управляващото дружество [фирма], като е уточнено, че дружеството планира да придобие пряко 2562 броя акции, представляващи 91 % от капитала на УД. С писмо вх. № РГ-05-83-8 от 27.12.2018 г. в КФН е подадено уведомление от страна на [фирма]. В писмото е посочено, че към датата на неговото подаване в КФН, [фирма] притежава 2815 броя акции от капитала на Управляващото дружество [фирма]. Уточнено е, че след приключване на процедурата по продажба на акции от капитала на Управляващото дружество [фирма], която ще бъде осъществена чрез сделка, сключена извън регулиран пазар между [фирма] и [фирма], [фирма] ще притежава 253 акции от капитала на УД.

На 31.12.2018 г. /дата на трансфер/ чрез сделка за продажба, сключена между [фирма], в качеството му на купувач, и [фирма], в качеството му на продавач, [фирма] е придобило от [фирма] пряко 2562 броя акции, представляващи 91 % от капитала на Управляващото дружество [фирма].

С писмо вх. № РГ-08-6-1 от 07.01.2019 г. Управляващото дружество [фирма] е уведомило КФН, че съгласно книгата на акционерите на УД, актуална към 31.12.2018 г., акционер на УД, притежаващ дялово участие, е [фирма], притежаващо 2562 броя акции, представляващи 91 % от капитала на УД. По искане на КФН с писмо вх. № РГ-08-6-1 от 21.01.2019 г. [фирма] е предоставило в КФН заверено копие от акционерната книга на дружеството, от която се установява, че към 31.12.2018 г. мажоритарен акционер в [фирма], притежаващ 95.20 % от капитала му, се явява

[фирма].

В резултата на извършена проверка служителите на КФН са приели, че [фирма] е извършило нарушение на разпоредбата на чл. 53, ал. 5 от ЗПФИ, тъй като е придобило чрез контролирано от него [фирма] непряко квалифицирано участие в Управляващото дружество [фирма] чрез сделка за покупко-продажба, сключена на 31.12.2018 г., без да е извършена оценка на придобиването на квалифицираното участие от страна на КФН по реда на чл. 56-60 от ЗПФИ. При така установеното е съставен акт за установяване на административно нарушение /АУАН/ № Р-06-284/11.04.2019 г., а въз основа на него е издадено и процесното наказателно постановление.

При правилно установена от СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НО, 96-ти състав фактическа обстановка, настоящата съдебна инстанция намира, че обжалваното съдебно решение е валидно и допустимо. Софийски районен съд по съществото на спора и във връзка с изложените в жалбата доводи е развил правилни съображения. Неоснователни са изложените в касационната жалба доводи. Съгласно разпоредбата на чл. 53, ал. 1 от ЗПФИ всяко физическо или юридическо лице или лица, действащи съгласувано, които са взели решение да придобият пряко или непряко квалифицирано дялово участие в инвестиционен посредник /в случая – управляващо дружество/, уведомяват писмено КФН преди придобиването. Изискването по изречение първо се прилага и в случаите, когато в резултат на прехвърлянето правото на глас или участието на това лице в капитала на инвестиционния посредник ще спадне под 50 %, 30 % или 20 %, или инвестиционния посредник ще престане да е дъщерно дружество на това лице. Според чл. 107 от ЗДКИСДПКИ за управляващото дружество се прилага § 4, ал. 2 от ДР на ЗПФИ, който предвижда, че за управляващи дружества се прилагат разпоредбите на чл. 53-60 от ЗПФИ. С разпоредбата на чл. 53, ал. 5 от ЗПФИ законодателят изрично е предвидил забрана, на посочените в ал. 1 лица, да увеличават прякото или непрякото си квалифицирано участие преди извършване на оценка на придобиването от страна на надзорния орган – КФН. Посочените от законодателя лица, в цитираните норми, следва да подават до КФН уведомление, в което да посочват участието в капитала, съответно гласовете от общото събрание, които възнамеряват да придобият, както и участието, което ще имат след придобиването. При извършена проверка е установено, че [фирма] е придобило пряко 2562 броя акции, представляващи 91,01 % от капитала на УД [фирма]. От книгата на акционерите на [фирма] е видно, че мажоритарен собственик на дружеството, притежаващ 35 175 бр. акции /95,20 %/ от капитала му е [фирма]. [фирма] упражнява контрол върху [фирма] в хипотезата на § 1, т. 14, б. „а“ от ДР на ЗППЦК /притежава, включително чрез дъщерно дружество или по силата на споразумение с друго лице, над 50 на сто от броя ма гласовете в общото събрание на едно дружество или друго юридическо лице/. Съгласно Съвместните насоки за пруденциална оценка на придобивания и увеличение на квалифицирани участия във финансовия сектор, които КФН е приела, че ще спазва, съгласно критерият за контрол всяко физическо или юридическо лице, което контролира пряко или непряко кандидат-приобретателя на пряко квалифицирано участие в придобиваното предприятие следва да се счита за непряк приобретател на квалифицирано участие. Размерът на участието на всеки непряк приобретател се счита за равен на пряко придобитото квалифицирано дялово участие. В тази връзка се обосновава извода, че дружеството-касатор е придобило на 31.12.2018 г. непряко чрез [фирма] участие в капитала на УД [фирма], като преди

това не е предоставило в КФН данни и документи съгласно изискванията на Регламент 2017/1946 и КФН не е извършила оценка на придобиването по реда на чл. 56 - 60 от ЗПФИ. С описаното дружеството [фирма] е извършило нарушение на разпоредбата на чл. 53, ал. 5, вр. ал. 1 от ЗПФИ, вр. § 4, ал. 2 на ДР на ЗПФИ, вр. чл. 107 от ЗДКИСДПКИ. Следва да бъде посочено, че [фирма] се счита за непряк приобретател на квалифицирано участие в УД [фирма]. Именно като непряк приобретател на квалифицирано дялово участие, за него е налице задължение, преди придобиването, да представи данни и документи съгласно изискванията на Регламент 2017/1946 за извършване на оценка на придобиването по чл. 56 – 60 от ЗПФИ, както и по отношение на него съществува забрана да осъществи непряко придобиване на квалифицирано дялово участие преди оценката на придобиването. След като дружеството не е изпълнило това свое задължение е осъществило състава на процесното нарушение.

Разпоредбата на чл. 53, ал. 1 от ЗПФИ установява две различни хипотези при определяне на задължения субект. От една страна - са лицата, които действат съгласувано, а от друга – отделно физическо/юридическо лице, което е взело решение за придобиване на пряко или непряко квалифицирано дялово участие. В процесния случай, от събраните по преписката доказателства, се установява, че е налице първата хипотеза – наличието на лица, действащи съгласувано. Според легалното определение на § 1, т. 64 от ДР на ЗПФИ, „лица, действащи съгласувано“ са две или повече лица, които упражняват правата си на глас по акции въз основа на изрично съгласие помежду им, както и лицата, за които може обосновано да се предположи, че упражняват или ще упражняват по един и същ начин притежавани от тях права на глас поради характера на отношенията между тях, пазарното им поведение или сключените от тях договори. Възражението на касатора, че не то, а [фирма] е взело решение за придобиване на пряко квалифицирано участие в УД [фирма], е неоснователно за извършването на нарушението, предвид събраните при проверката обстоятелства относно характера на отношенията между дружествата [фирма], [фирма], [фирма], М. С. и А. Д., към датата на придобиване на непрякото квалифицирано дялово участие /описани подробно от наказващия орган/, предопределящи вземането на решението от тях да се извърши като „лица, действащи съгласувано“. Приема се, възприетото от административнонаказващият орган, заключение, че при придобиването на 31.12.2018 г. /датата на придобиване на непряко квалифицирано дялово участие в УД [фирма]/, цитираните по-горе лица упражняват по един и същи начин притежаваните от тях права на глас.

Неоснователно е направеното от касатора възражение, че АУАН е съставен от некомпетентно за това лице. Лицето К. Д. П., главен експерт в дирекция „Регулаторни режими на инвестиционната дейност“, отдел „Инвестиционни посредници, предприятия за колективно инвестиране и пазари на финансови инструменти“ към датата на съставяне на акта 11.04.2019 г. е била упълномощена със Заповед № 3-113/10.04.2019 г., издадена от заместник-председателя на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“ М. Ф. да извършва проверки и да съставя актове за установяване на нарушения по ЗПФИ. М. Ф. е избрана за посочената позиция в КФН с решение на Народното събрание от дата 10.04.2019 г., което влиза в сила от момента на приемането му, което опровергава твърдението, че АУАН е съставен в нарушение на чл. 37, ал. 1, б. „б“ от ЗАНН. Настоящата съдебна инстанция счита, че единствено нормативните актове влизат в сила след обнародването им в ДВ.

Обратно на посоченото в касационната жалба, приложение по казуса намират Съвместните насоки за пруденциална оценка на придобивания и увеличения на квалифицирани участия във финансовия сектор, публикувани на интернет страницата на КФН, особено в точки 6 и 7. В действителност след датата на извършване на нарушението, е приета и влязла в сила разпоредбата на чл. 4а, ал. 1 от ЗПФИ /нов - ДВ, бр. 83 от 2019 г., в сила от 22.10.2019 г./, даваща възможност КФН да взема решения за прилагането в надзорната си практика на препоръки и насоки на Европейския орган за ценни книжа и пазари /ЕОЦКП/ и на Европейския банков орган (ЕБО) съгласно чл. 13, ал. 1, т. 26 от Закона за Комисията за финансов надзор, които се публикуват на интернет страницата на комисията на български език. Соченото правомощие обаче, е съществувало и преди приемането на чл. 4а, ал. 1 от ЗПФИ, съгласно чл. 13, ал. 1, т. 26 от ЗКФН /в приложимата редакция/, гласяща, че Комисията има правомощия взема да решения за прилагането в надзорната си практика на препоръки и насоки на Европейския орган за ценни книжа и пазари, на Европейския орган за застраховане и пенсионно осигуряване и на Европейския банков орган, които се публикуват на интернет страницата на комисията на български език. Както и СРС е посочил в оспореното решение, съгласно цитираната разпоредба, КФН е взела решение за прилагане, считано от 01.10.2017 г., в надзорната си практика на посочените Съвместни насоки. С оглед на това, правилно са приложени насоките и към процесния казус.

Разпоредбата на чл. 60а от ЗПФИ – относно уведомяването при неволно придобиване, не намира приложение към описаното в АУАН и НП нарушение. Същото, на първо място, касае друг задължен субект, а и друга хипотеза на непряко квалифицирано участие в УД. В разглеждания казус е налице взето решение за пряко придобиване на квалифицирано участие /а не неволно придобиване на квалифицирано участие/ в УД [фирма] от страна на [фирма], което е довело до непряко придобиване на квалифицирано участие от страна на [фирма].

Правилно е посочена, кореспондиращата на нарушението, санкционна норма на чл. 290, ал. 9, т. 10, предложение първо от ЗПФИ, която предвижда, че за нарушения на чл. 290, ал. 1, т. 14 от същия закон, на юридически лица или ЕТ се налага имуществена санкция в размер от 20 000 до 40 000 лева. Разпоредбата на чл. 290, ал. 1, т. 14 от ЗПФИ приема, че следва да бъдат санкционирани лица, които извършат или допуснат извършването на нарушение по чл. 53, ал. 5 от закона /разпоредбата, по която е квалифицирано извършеното от касатора нарушение, описано в процесното НП/. Наложено с НП наказание е определено справедливо,

тъй като санкциониращият орган се е съобразил с критериите за определяне на наказанието по чл. 27, ал. 2 от ЗАНН и е наложил имуществена санкция в размер на законоустановения минимум.

Неоснователни са доводите на касатора за наличието на обстоятелства, обуславящи приложението на чл. 28 от ЗАНН. Процесното нарушение е формално и е осъществено чрез противоправно бездействие. Ирелевантен е фактът, дали от същото са настъпили вредни последици. При формалните нарушения преценката относно приложението на чл. 28 от ЗАНН се прави не с оглед наличието или липсата на вредни последици, а според степента, с която нарушението е застрашило конкретните обществени отношения. С нарушението са засегнати обществените отношения осигуряване защита на инвеститорите и създаване на условия за развитието на справедлив, открит и ефективен пазар на дялове на предприятия за колективно инвестиране. Преди придобиване на квалифицирано участие в управляващо дружество КФН проверява редица обстоятелства, за да позволи или не позволи придобиването. Именно, за да се осъществи посочената проверка от страна на регулатора лицата, които придобиват пряко или непряко дялово участие в управляващо дружество подават уведомление, в което посочват - участие в капитала, гласове в общото събрание и участие, което ще имат след придобиването, както и подробен списък от документи по отношение на регулаторните технически стандарти за изготвяне на изчерпателен списък на сведенията, които да бъдат включени от кандидат-приобретателите, съгласно изискванията на Регламент /2017/1946/. Разпоредбите, които регламентират извършването на оценка на придобиването и увеличаването на квалифицирано участие в инвестиционен посредник, са съобразени и със Съвместните насоки за пруденциална оценка на придобивания и увеличения на квалифицирани участия във финансовия сектор, приети от Европейските надзорни органи /Европейския банков орган, Европейския орган за застраховане и професионално пенсионно осигуряване и Европейския орган за ценни книжа и пазари/. Посочените насоки изрично предвиждат, че надзорният орган, отговарящ за контрола на сделката следва да провери дали квалифицираното участие се придобива пряко или непряко. Освен това, извършеното нарушение не се характеризира с по-ниска степен на обществена опасност в сравнение с другите нарушения от този вид. Не са установени каквито и да е смекчаващи отговорността обстоятелства. Отнася се до пълно неизпълнение на административно задължение, което надзорният орган не би могъл да толерира, поради което правилно е ангажирана административнонаказателната отговорност на дружеството.

Констатираното нарушение засяга обществени отношения, които самият законодател е отчел като особено важни, въздигайки в административно нарушение бездействието да представи пред КФН необходимото за извършване на оценка на придобиването на непряко квалифицирано участие в управляващо дружество, без да е предвидил като съставомерен признак на нарушението настъпили вреди.

По тези доводи и аргументи, касационната инстанция приема, че **СЪДЕБНО РЕШЕНИЕ** от 06.01.2020 г. на СРС, НО, 96-ти състав е **ПРАВИЛНО** и при условията и по реда на чл. 221, ал. 2 от АПК следва да бъде оставено в сила.

При този изход на спора претенцията на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение е основателна, като същото следва да бъде определено в размер на 80 лева, на основание чл. 63, ал. 5 от ЗАНН, във вр. с чл. 37, ал. 1 от Закона за правната помощ, във вр. с чл. 27е от Наредбата за заплащането на правната помощ.

По изложените съображения, **АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД-С.-град, IV Касационен състав** на основание чл. 221, ал. 2 от АПК във вр. чл. 63, ал. 1, изр. 2 от ЗАНН

Р Е Ш Е Н И Е :

ОСТАВЯ В СИЛА РЕШЕНИЕ от 06.01.2020 г. на **СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД**, НО, 96-ти състав по НАХД № 16061/2019 г.

ОСЪЖДА [фирма] да заплати на КОМИСИЯ ЗА Ф. НАДЗОР сумата в размер на 80 /осемдесет/ лева, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

РЕШЕНИЕТО е окончателно на основание чл. 223 от АПК и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.