

РЕШЕНИЕ

№ 1771

гр. София, 15.03.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XIV КАСАЦИОНЕН
СЪСТАВ**, в публично заседание на 08.03.2013 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Камелия Стоянова

**ЧЛЕНОВЕ: Весела Цанкова
Луиза Христова**

при участието на секретаря Силвиана Шишкова и при участието на прокурора Ютеров, като разгледа дело номер **7457** по описа за **2012** година докладвано от съдия Камелия Стоянова, и за да се произнесе взе предвид следното:

4

Производството е по реда на чл. 208 и сл. от АПК, във вр. с чл. 63, ал. 1, изр. 2 от ЗАНН.

Образувано е по касационна жалба на [фирма] против решение от 16.07.2012 г., постановено по НАХД № 3413/2012 г. на СРС, наказателно отделение, 101 с-в. Със същото е потвърдено наказателно постановление № Р-10-249/10.09.2010 г. на заместник-председателя на Комисията за финансов надзор, ръководещ управление „Надзор над инвестиционната дейност”, с което на [фирма] на основание чл. 127, ал. 7, т. 1, вр. ал. 1, т. 1 от Закона за пазарите на финансови инструменти е наложена имуществена санкция в размер на 1000 лв. за нарушение на чл. 78, ал. 1 от Наредба № 35 от 17.06.2006 г. за капиталовата адекватност и ликвидността на инвестиционните посредници.

Решението се обжалва като неправилно постановено в нарушение на закона, със съществени нарушения на процесуалните правила - касационни основания по чл. 348, ал. 1, т. 1 и т. 2 от НПК, по съображения, изложени в касационната жалба. Искане се да се отмени решението и да се отмени наказателното постановление.

Ответникът по касационната жалба изразява становище за неоснователност на жалбата.

СПП дава заключение за основателност на жалбата.

Административният съд С.-град, като се запозна с обжалваното решение и обсъди доводите, посочени в жалбата, намира следното:

Касационната жалба е подадена в преклузивния срок по чл. 211, ал. 1 от АПК, вр. чл. 63, ал. 1, изр. 2 от ЗАНН, от надлежна страна по чл. 210, ал. 1 от АПК, срещу подлежащо на оспорване по чл. 208 от АПК съдебно решение, и е допустима.

Разгледана по същество е основателна.

От фактическа страна СРС е приел за установено, че във връзка с извършена документална проверка по заповед № 22/08.02.2010 г. на заместник-председателя на Комисията за финансов надзор е установено, че вследствие на възникнало вземане във връзка със сключен договор от 24.10.2008 г. между [фирма] и [фирма] е възникнала голяма експозиция по смисъла на чл. 75 от Наредба № 35. С писмо, изх. № РГ-03-227/10/15.03.2010 г. са били изискани документи и информация за възникналата експозиция посочена в счетоводен баланс и таблици „Структура на вземанията” към представения отчет за капиталова адекватност и ликвидността (ОКАЛ) по чл. 144, ал. 1 от Наредба № 35 към 31.12.2009 г. от [фирма]. С писма, вх. № РГ-03-227/10/23.03.2010 г., № РГ-03-227/10/07.04.2010 г. и № РГ-03-227/10/14.04.2010 г. „Г. маркест е представил в Комисията за финансов надзор фактура № 1021/22.12.2009 г. за 136 972 лв. към договор, сключен между ИП и [фирма] от 24.10.2008 г. От извлечения на аналитично ниво на сметка 411 „Клиенти” е установено, че към 22.12.2009 г. е възникнало вземане на [фирма] от [фирма] в размер на 136 972 лв. Във връзка с посочените обстоятелства и представения ОКАЛ към 22.12.2009 г. било установено наличие на експозиция по смисъла на чл. 74, ал. 1 от Наредба № 35 и голяма експозиция по смисъла на чл. 75 от същата наредба към [фирма]. Като е съобразено обстоятелството, че на 22.12.2009 г. собственият капитал на [фирма] по ОКАЛ е в размер на 375 677 лв., а вземането е в размер на 136 972 лв. или 36.46% от собствения капитал, то се формира голяма експозиция по смисъла на чл. 75 от наредба № 35, като експозицията, представляваща вземане на ИП към 22.12.2009 г. е над 25% (36.46%) от собствения капитал на дружеството към същата дата.

От правна страна СРС е приел, че [фирма] е извършило нарушение на чл. 78, ал. 1 от Наредба № 35 – експозицията към [фирма] вследствие на възникнало вземане, надвишава 25% от собствения капитал на [фирма], като нарушението е било извършено на 22.12.2009 г.

Изводите на първоинстанционния съд относно извършването на нарушението от касатора в производството пред настоящата инстанция са правилни, но при постановяването на решението си настоящата съдебна инстанция следва да съобрази и обстоятелството, че към момента на приключване на устните състезания и към момента на постановяване на настоящото решение е изтекла предвидената в закона абсолютна давност. В административно наказателното производство съгласно чл. 11 от ЗАНН по въпросите на вината, вменяемостта, обстоятелствата, които изключват отговорността, формите на съучастие, приготвянето и опита се прилагат разпоредбите на общата част на НК, доколкото в този закон не се предвижда друго. Препращането по чл. 11 от ЗАНН е общо и важи за всички обстоятелства, които изключват административнонаказателната отговорност – и за тези по глава II от НК

(неизбежната отбрана по чл. 12 от НК, гражданският арест по чл. 12а от НК, крайната необходимост по чл. 13 от НК, оправданият стопански риск по чл. 13а от НК, грешката по чл. 14, ал. 1 от НК, случайното деяние по чл. 15 от НК и изпълнението на неправомерна служебна заповед по чл. 16 от НК), така и за тези по глава IX, в т. ч. за давността по чл. 79, ал. 1, т. 2 от НК. С изтичането ѝ по закон се изключва и административнонаказателното преследване, и отговорността по чл. 6 от ЗАНН, тъй като извън него същата не може да се осъществява. Тоест давността като обстоятелство, което погасява преследването на деца и така юридически препятства административното му наказване, попада в обхвата на препращането по чл. 11 от ЗАНН. По силата на субсидиарно приложимия чл. 80, ал. 1, т. 5 от НК (редакция към момента на извършване на нарушението и на издаване на наказателното постановление) за административни нарушения давността е 2 г. Съгласно чл. 80, ал. 1 от НК вр. чл. 11 от ЗАНН тя тече от довършването им, а за тези, които траят непрекъснато или са продължавани - от прекратяването им. Спира по чл. 81, ал. 1 от НК вр. чл. 11 от ЗАНН, когато преследването зависи от разрешаване на предварителен въпрос с влязъл в сила съдебен акт. Прекъсва се съгласно чл. 81, ал. 2 от НК с всяко действие на надлежните органи, предприето спрямо преследваното лице, след което тече нова давност. Независимо от това колко пъти и за какъв период от време е спирана и прекъсвана, съгласно чл. 81, ал. 3 от НК, вр. чл. 11 от ЗАНН преследването на административно нарушение се изключва, ако е изтекъл срок, който с $\frac{1}{2}$ надвишава предвиденият 2-годишен такъв по чл. 80, ал. 1, т. 5 от НК (редакция към момента на извършване на нарушението и на издаване на наказателното постановление), вр. чл. 11 от НК. Следователно във всички случаи отговорността по чл. 6 от ЗАНН давностно се погасява 3 години след извършване на деянието по чл. 2, ал. 1 от ЗАНН. Това разрешение е общо и важи независимо от вида на нарушението и субекта на отговорност. Изключенията му са изрично предвидени в чл. 34, ал. 2 от ЗАНН и са приложими единствено за нарушения на нормативни актове, уреждащи бюджетната, финансово-стопанската, отчетната и хазартна дейност. Случаят не попада в това изчерпателно изброяване, така че разпоредбите на чл. 80, ал. 1, т. 5 (редакция към момента на извършване на нарушението и към момента на издаване на наказателното постановление), вр. чл. 81, ал. 3 от НК остават субсидиарно приложими по чл. 11 от ЗАНН. Наказателно постановление № Р-10-249/10.09.2010 г. е издадено за наказването на нарушение по чл. 78, ал. 1 от Наредба № 35 от 17 октомври 2006 г. за капиталовата адекватност и ликвидността на инвестиционните посредници, което е извършено на 22.12.2009 г. Именно поради това, броена от тази дата, съгласно чл. 80, ал. 3 от НК, вр. чл. 11 от ЗАНН, на която деянието е завършено, 3-годишната абсолютна давност по чл. 80, ал. 1, т. 2 вр. чл. 81, ал. 3 от НК, вр. чл. 11 от ЗАНН за административното му наказване по чл. 78, ал. 1 от Наредба № 35 от 17 октомври 2006 г. за капиталовата адекватност и ликвидността на инвестиционните посредници е изтекла на 22.12.2012 г. преди на 08.03.2013 г. да са приключили устните състезания пред тази инстанция. Касае се за факт от значение за спора, който бъдейки настъпил по време на висиящността на касационното производство по чл. 160, ал. 1 от АПК, следва да се вземе предвид съгласно чл. 142, ал. 2, вр. чл. 236 от АПК. При съобразяването му административнонаказателната отговорност по наказателно постановление № Р-10-249/10.09.2010 г. понастоящем е по право изцяло погасена. Пропускането на абсолютния давностен срок по чл. 80, ал. 1, т. 2, вр. чл. 81, ал. 3 от НК, вр. чл. 11 от ЗАНН е заличило процесното деяние като основание за налагане на

имуществена санкция по чл. чл. 127, ал. 7, т. 1, вр. ал. 1, т. 1 от Закона за пазарите на финансови инструменти за извършено нарушение на чл 78, ал. 1 от Наредба № 35 от 17 октомври 2006 г. за капиталовата адекватност и ликвидността на инвестиционните посредници, което е извършено на 22.12.2009 г., поради което тази инстанция не е овластена да проверява дали е извършено или не от обективна и субективна страна.

Следователно наказателно постановление № Р-10-249/10.09.2010 г. се явява незаконосъобразно издадено за осъществяване на давностно погасена на основание чл. 80, ал. 1, т. 5 (редакция към момента на извършване на нарушението и на издаване на наказателното постановление), вр. чл. 81, ал. 3 от НК, вр. чл. 11 от ЗАНН административнонаказателна отговорност.

Въз основа на изложеното, тази инстанция приема касационната жалба за основателна. Оспорваното първоинстанционно решение като неправилно следва да бъде отменено, а наказателното постановление да се отмени.

Като съобрази изложените фактически и правни изводи и на основание чл. 221, ал. 2, предл. 2 от АПК, във вр. с чл. 63, ал. 1, изр. 2 от ЗАНН, АДМИНИСТРАТИВНИЯТ СЪД С. – град, XIV-ти касационен състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ решение от 16.07.2012 г., постановено по НАХД № 3413/2012 г. на СРС, наказателно отделение, 101 с-в и вместо него постановява:

ОТМЕНЯ НП № Р-10-249/10.09.2010 г. на заместник-председателя на Комисията за финансов надзор, ръководещ управление „Надзор над инвестиционната дейност”, с което на [фирма] на основание чл. 127, ал. 7, т. 1, вр. ал. 1, т. 1 от Закона за пазарите на финансови инструменти е наложена имуществена санкция в размер на 1000 лв. за нарушение на чл. 78, ал. 1 от Наредба № 35 от 17.06.2006 г. за капиталовата адекватност и ликвидността на инвестиционните посредници.

РЕШЕНИЕТО е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: