

РЕШЕНИЕ

№ 3309

гр. София, 26.06.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XIX КАСАЦИОНЕН
СЪСТАВ**, в публично заседание на 05.06.2020 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Катя Аспарухова

ЧЛЕНОВЕ: Мария Ситнилка

Елка Атанасова

при участието на секретаря Детелина Начева и при участието на прокурора Моника Малинова, като разглежда дело номер **755** по описа за **2020** година докладвано от съдия Мария Ситнилка, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 208 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл. 63, ал. 1 от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

Делото е образувано по касационната жалба на Комисията за финансов надзор против решение от 25.11.2019 г., постановено по н.а.х.д. № 21915/2018 г. по описа на Софийския районен съд, с което е отменено наказателно постановление № Р-10-1078/27.11.2018 г., издадено от заместник-председателя на Комисията за финансов надзор, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“. Наведени са доводи за неправилност на решението, поради постановяване му в нарушение на закона - касационно основание по чл. 348, ал. 1, т. 1 във връзка с ал. 2 от НПК във връзка с чл. 63, ал. 1, изр. 2 от ЗАНН. Обосновават се съображения за неправилност на изводите на съда за съставяне на АУАН извън тримесечния срок по чл. 34, ал. 1 от ЗАНН, доколкото момента на откриване на нарушението е 22.05.2018 г., когато е получено писмо №РГ-05-1194-4/22.05.2018 г., с което е предоставена информацията относно икономическата изгода от сключването на процесната сделка. Конкретно се твърди неправилност на констатациите на съда, че нарушението е установено още на 09.03.2018 г., когато в КФН са представени протоколи от съвместното заседание на Надзорния и Управителния съвет на [фирма] и предварителния договор за покупко-продажба на акции. Претендира се да бъде

отменено решението на първоинстанционния съд и постановено ново по съществото на правния спор, с което да бъде потвърдено наказателното постановление. Претендира разноски. Прави възражение по чл. 78, ал. 5 от ГПК.

Ответникът по касация [фирма], чрез пълномощника си изразява становище за неоснователност на касационната жалба. Моли съда да постанови решение, с което да потвърди решението на Софийския районен съд. Подробни съображения излага в депозираните по делото писмени бележки. Претендира разноски. Представителят на Софийската градска прокуратура изразява становище за основателност на касационната жалба.

Касационната жалба е ДОПУСТИМА, като подадена от легитимирано лице, в срока по чл. 211, ал.1 от АПК, приложим по силата на чл. 63, ал. 1, изр. второ от ЗАНН, срещу съдебен акт, който подлежи на касационен контрол

Настоящият касационен състав, след като се запозна с доказателствата по делото, прецени доводите на страните и съобрази валидността, допустимостта и правилността на обжалвания съдебен акт, намира касационната жалба за **ОСНОВАТЕЛНА** по следните съображения:

Въз основа на събраните по делото доказателства, Софийският районен съд е приел за установено от фактическа страна следното:

[фирма] е член на Надзорния съвет на [фирма].

[фирма] е публично дружество по смисъла на чл. 110, ал. 1 ЗГ1ПЦК, чиито акции се търгуват на регулиран пазар, организирани и поддържан от [фирма] /БФБ/ и е адресат на нормите на ЗППЦК и подзаконовите актове по прилагането му.

На 31.01.18г. чрез единната система за предоставяне на информация на КФН - е-R., е постъпил тримесечен финансов отчет за дейността на [фирма] за четвърто тримесечие на 2017 г.. Видно от отчета за финансовото състояние на дружеството към 31.12.2017г. в текущите активи, статия „търговски и други вземания” са осчетоводени вземания в размер на 14 189 хил. лева, докато в отчета за финансовото състояние към 31.12.2016г. същите са били 2 002 хил. лв., т.е. налице е увеличение на вземанията с 12 187 хил. лева. Липсва оповестена информация в отчета за насрещна страна по сделките, въз основа на които за публичното дружество е възникнало вземането.

С писмо с изх. № РГ-05-1159-1 /28.02.18г. е поискана информация и документи от [фирма].

С писмо с вх. № РГ-05-1159-1/09.03.18г., дружеството е представило информация и документи - протокол от съвместно заседание на Надзорния и Управителния съвет на [фирма], проведено на 12.06.17г.; предварителен договор за покупко-продажба на акции, сключен между [фирма] и [фирма]; аналитична разшифровка със счетоводни операции счетоводна сметка 414 „Разчети с клиенти при определени условия” - [фирма] за периода от 01.01.2016 г. до 28.02.2018 г. Относно оповестената информация в статия „търговски и други вземания” в текущите активи на отчета за финансовото състояние към 31.12.2017 г. е посочено, че „дружеството не е счело, че информацията относно формирането на салдата по другите вземания и аванси е съществена за разкриване и затова липсват подробности относно насрещните страни по сделките, формиращи салдата. Дружеството е заплатило аванс за придобиване на дружествени дялове в новообразуващо се чрез непарична вноска дружество...”. Констатирано е, че в резултат на предварителния договор от 12.06.2017 г. за публичното дружество [фирма] е възникнало вземане, което към 31.12.2017г. представлява 35.88% от текущите му активи.

От представения в КФН протокол от съвместно заседание на Управителния съвет/УС/ и Надзорния съвет/НС/ на [фирма], проведено на 12.06.2017 г., е установено, че с единодушие членовете на УС и НС на [фирма] са взели решение публичното дружество да инвестира сумата 7 765 000 лв., представляваща авансово плащане на дялово участие на юридическо лице. Одобрен е текстът на предварителния договор за покупко-продажба на дялово участие и е упълномощен изпълнителният директор на дружеството да предприеме всички необходими действия и подпише предварителен договор за покупко-продажба на дялово участие и други документи. Протоколът от проведеното на 12.06.2017 г. съвместно заседание е подписан от всички членове на УС и НС, които са участвали във вземането на решение да се инвестира сумата от 7 765 000 лв., представляваща авансово плащане на дялово участие на юридическо лице, с което са дали своето изрично съгласие за одобрение на текста на предварителния договор за покупко-продажба на дялово участие, който е част от протокола от заседанието на УС и НС.

В КФН е представен предварителен договор за покупко-продажба на акции, сключен на 12.06.2017г. в [населено място] между [фирма] като продавач и [фирма] като купувач. В договора е посочено, че дружеството-продавач [фирма] е собственик на надлежно обезпечени вземания срещу [фирма] за връщане на заем с главница в размер на 3 000 000 евро и всички начислени лихви. В договора е предвидено, че [фирма] ще апортира вземанията, ведно с всички привилегии и обезпечения, чрез извършване на непарична вноска по реда на Търговския закон, като ще участва в учредяването на дъщерно акционерно дружество с наименование [фирма]. В договора е посочено, че капиталът на [фирма] ще бъде в размер на 50 000 лв. и ще бъде формиран от непаричната вноска от [фирма] с предмет вземанията му към [фирма] и парични вноски на другите акционери - физически лица. Срещу непаричната вноска в капитала на [фирма] с предмет вземанията, [фирма] ще запише 33 000 бр. обикновени, налични, поименни акции с право на глас с номинална стойност 1 лв., обща номинална стойност 33 000 лв. и обща емисионна стойност, която ще бъде определена след оценка на непаричната вноска с предмет вземанията по реда на чл. 72 и сл. от Търговския закон, представляващи 66% от капитала на [фирма]. В договора е посочено, че [фирма] желае да придобие 66% от акциите на така учреденото дъщерно дружество, необременено с тежести. В т. I „Предмет на договора”, в т. 1.1 е посочено, че [фирма] се задължава да продаде на [фирма], а [фирма] се задължава да закупи от [фирма] притежаваните от последното акции от капитала на дъщерно дружество [фирма], в което ще се апортират вземанията, описани в договора. В т. II „Сключване, влизане в сила и срок на договора”, т. 2.1 е посочено, че договорът поражда действие от момента, в който бъде подписан от страните. Срокът за подписване на окончателния договор е 12 месеца от датата на учредяване на дъщерното дружество [фирма], в което [фирма] ще притежава 66% от акциите, записани срещу апортна вноска с предмет вземанията на [фирма] от [фирма]. В предварителния договор липсва конкретен срок за учредяване на новото дружество [фирма], в което за придобиване на 66% от капитала му [фирма] заплаща съществена по размер сума - 7 765 000 лв. В сключения на 12.06.2017 г. предварителен договор не са предвидени клаузи, уреждащи изплащането на неустойки, в случай на неизпълнение на предварителния договор от някоя от страните, както и каквито и да било други клаузи, в които са предвидени гаранции за публичното дружество [фирма], че ще си получи обратно предоставените парични

средства, в случай че новото дружество не бъде учредено и вписано в ТР.

От представена към договора от 12.06.2017г. аналитична разшифровка на счетоводна сметка 414 „Разчети с клиенти при определени условия” - [фирма] е видно, че [фирма] е осчетоводило вземане от [фирма] в размер на 7 765 000 лв., но не са представени платежни документи, от които да е видно извършеното плащане по предварителния договор от 12.06.17г., както и информация и документи за лицето, наредило извършените плащания от [фирма] в полза на [фирма]. Не са представени и доказателства за предприети действия от страна на [фирма] за учредяване на дружеството [фирма].

С писмо с вх. № РГ-05-1 159-4/15.05.2018 г. е поискана допълнително информация и документи, посочени в писмото.

В отговор с писмо с вх. № РГ-05-1 159-4/22.05.18г. в КФН е представена исканата информация и документи - писмени обяснения и обосновка относно икономическата изгода за [фирма] за сключване на предварителен договор за покупко-продажба на акции, извлечение от разплащателна сметка в [фирма] № 20/13.06.2017 г., платежно нареждане за кредитен превод от 12.06.17г., книга на акционерите на [фирма] към 10.05.2018г.

От представеното на 22.05.2018 г. заверено копие на книга на акционерите на [фирма] е установено, че дружеството е учредено на 10.05.2018г. с капитал от 50 000 лв., разпределен в 50 000 бр. обикновени поименни акции с номинал 1 лв.

От налично в ТР по партидата на [фирма] удостоверение за внесения капитал в дружеството от 20.04.18г., издадено от [фирма] е видно, че по сметката на дружеството е постъпила сума в размер 17 000 лв., представляваща 34% от дружествения капитал.

Съгласно оценка на непарична вноска, изготвена от три вещи лица на основание акт за назначаване № 20170721 190315/26.07.17г. участието на [фирма] в капитала на новоучредяващото се дружество [фирма] се разпределя, както следва:

- 33 000 лв.- разпределени в 33 000 бр. акции с номинална стойност 1 лв., записани в капитала на дружеството.
- 7 425 854.07 лв. - във фонд „Резервен” на дружеството.

Освен паричните средства в размер на 17 000 лв., за които има издадено удостоверение от 20.04.2018г. от [фирма], няма доказателства, от които да е видно, че в капитала на новоучредяващото се дружество са постъпили други парични средства.

Извършен е преглед на финансовите отчети и на [фирма], като е установено, че в ТР по партидата на [фирма] е налична декларация по чл. 38, ал. 9, т. 2 от Закона за счетоводството от 30.03.2018 г. От съдържанието на декларацията е видно, че представляващият дружеството декларира, че дружеството не е осъществявало дейност през отчетния период 01.01.2017г.-31.12.2017г. Извършен е преглед на обявените по партидата на дружеството в ТР ГФО на [фирма] към 31.12.2016 г. и 31.12.2015 г., от които е видно, че дружеството е свръхзадължияло, неговият собствен капитал е отрицателна величина, няма парични средства и няма приходи от дейността. Непокритата натрупана загуба към 31.12.2016 г. е 1 601 000 лв.

В резюме от представените в КФН документи и проверки в ТР се установява, че на 12.06.2017 г. публичното дружество [фирма] сключва предварителен договор с [фирма] и превежда на същата дата сума в размер на 7 765 000 лв., представляваща уговорената покупна цена на акциите на [фирма]. По партидата на дружество

[фирма] след вписването му на 10.05.2018 г. в ТР е установено наличие на оценка на непаричната вноска с предмет вземания на [фирма] срещу [фирма] срещу 3 000 000 евро и всички начислени лихви и такси, произтичащи от договор за кредит № 304/08.06.2009 г. между [фирма] и [фирма], както и договор за цесия от 09.06.17г. между [фирма] и [фирма], по силата на който [фирма] прехвърля на [фирма] вземанията си към [фирма]. Оценката е изготвена на 26.07.2017 г. на основание акт за назначаване № 20170721190315/26.07.2017 г., постановен от Агенцията по вписванията и подписана от три вещи лица.

На 13.06.2018г. е съставен АУАН № Р-06-540/13.06.18г. за извършено нарушение на чл. 116б, ал. 1, т. 1 от ЗППЦК от [фирма] в качеството му на член на Надзорния съвет на [фирма]

Въз основа на съставения АУАН е издадено наказателното постановление, предмет на производството пред Софийския районен съд, с което на [фирма] е наложена имуществена санкция в размер на 5000 лева на основание чл. 221, ал. 8, т. 3 от ЗППЦК за извършено нарушение на чл. 116б, ал. 1, т. 1 от ЗППЦК.

Въз основа на така установеното от фактическа страна, районният съд от правна страна е приел, че в хода на административно наказателното производство е допуснато нарушение на чл. 34, ал. 1 от ЗАНН, доколкото АУАН е съставен след изтичане на тримесечния срок. Този извод се основава на констатацията, че в съставения на 13.06.2018 г. АУАН е посочено като основание за неговото съставяне резултатите от проверка, започнала предвид информация, съдържаща се във финансовия отчет за дейността на [фирма] за 4-то тримесечие на 2017 г., постъпил на 31.01.2018 г. в КФН. Изтъкнато е, че на 28.02.2018 г. КФН е изисквала информация от Дружеството, в изпълнение на което от същото е предоставена такава на 09.03.2018 г. Въз основа на тези констатации съдът е приел, че дори и да се приеме, че нарушението е открито на 09.03.2018 г., то АУАН от 13.06.2018 г. е съставен извън тримесечния срок по чл. 34, ал. 1 от ЗАНН.

Решението на Софийския районен съд е неправилно.

Разпоредбата на чл. 34, ал. 1 от ЗАНН установява преклузивен срок за съставяне на АУАН, като обвързва неговото начало с момента на откриване на нарушителя. В тази връзка следва да се има предвид, че нарушителя се счита за открит, когато в писмен документ, показания на свидетели или лично волеизявление на дееца се съдържат данни, които не пораждат съмнение относно авторството на деянието. В случая административно наказателната отговорност на [фирма] е ангажирана за нарушение на чл. 116б, ал. 1, т. 1 от ЗППЦК, в качеството му на член на Надзорния съвет на [фирма]. Съгласно чл. 116б, ал.1, т.1 ЗППЦК членовете на управителните и контролните органи на публично дружество са длъжни: да изпълняват задълженията си с грижата на добър търговец по начин, който обосновано считат, че е в интерес на всички акционери на дружеството и като ползват само информация, за която обосновано считат, че е достоверна и пълна. Така визираното задължение, изисква да се установи дали е налице изпълнение на задължението с грижата на добрия търговец. Предпоставка за установяване на самоличността на нарушителя е установяването на първо място на факта на осъществяване на административното нарушение. В случая достатъчно данни и доказателства за това са налични при административния орган не към 09.03.2018 г., както неправилно е приел районния съд, а едва към дата на депозиране на писмо с вх. № РГ-05-1 159-4/22.05.2018г. в КФН, доколкото от приложените към него писмени доказателства

се установява икономическата изгода, от сключването на договора която е елемент от преценката за изпълнение на задълженията с грижата на добър търговец. С оглед на това следва да се приеме, че АУАН от 13.06.2018 г. е съставен в преклузивния срок по чл. 34, ал. 1 от ЗАНН.

Този извод обуславя неправилност на обжалваното решение и постановяването на ново по съществото на правния спор, с което да бъде потвърдено наказателното, доколкото касационната инстанция напълно споделя изводите на Софийския районен съд относно прилагането на материалния закон. В тази връзка намира за необходимо единствено да допълни мотивите в обжалваното решение със следното:

Касаторът е наказан за това, че на 12.06.2017 г., в качеството си на член на надзорния съвет на [фирма] на съвместно заседание на надзорния и управителния съвет на дружеството е участвала във вземане на решение, с което публичното дружество [фирма] се задължава да инвестира сумата от 7 765 000 лева - авансово заплащане на дялово участие в юридическо лице, което предстои да бъде учредено ([фирма]) и с което е одобрен текста на предварителен договор за покупко- продажба на дялово участие. На същото заседание е упълномощен и изпълнителният директор на дружеството да предприеме всички необходими действия във връзка с взетото решение. При гласуването за това решение [фирма] не е изпълнило задължението си с грижата на добър търговец по начин, който обосновано да бъде счетен, че е в интерес на всички акционери на [фирма] и като бъде ползвана само информация, за която обосновано да бъде счетено, че е достоверна и пълна. Относимите факти към така установеното административно нарушение са подробно описани в АУАН и наказателното постановление.

Съгласно чл. 116б, ал.1, т.1 ЗППЦК членовете на управителните и контролните органи на публично дружество са длъжни: да изпълняват задълженията си с грижата на добър търговец по начин, който обосновано считат, че е в интерес на всички акционери на дружеството и като ползват само информация, за която обосновано считат, че е достоверна и пълна. В тази разпоредба законодателят е очертал обема от грижата на добър търговец при изпълнение на задълженията на посочените адресати, субекти на отговорност. Съгласно съдебната практика на ВКС при „грижата на добрия търговец” се касае за един абстрактен модел - изхожда се не от субективните качества и умения на конкретния търговец, а от онези умения и качества, ниво на познание и професионализъм, които поначало един добър търговец от същия бранш, при същите условия, би положил. Изискванията към добрия търговец са завишени в сравнение с тези към добрия стопанин по ЗЗД, именно защото търговецът е професионалист, носител на специални знания в съответната търговска област. Смисълът на понятието „добър търговец“ се извежда,

както от визираната разпоредба, така и от вложения смисъл в търговското право и търговската практика. От една страна поведението на търговеца, член на Надзорния съвет, не разкрива поведение, което да бъде счетено, че е в интерес на всички акционери - не е обоснована икономическа изгода от взетото решение, не са предвидени клаузи в предварителния договор, които да защитават интересите на акционерите, а от друга при взимане на решението от 12.06.2017 г. [фирма] не е разполагало с пълната информация относно финансовата оценка на непаричната вноска, която е предвидено да бъде внесена в капитала на договореното да бъде учреденото дружество и предмета му на дейност. Същото не е разполагала и с достоверна информация досежно правопораждащото действие на договора за цесия сключен между [фирма] и [фирма].

При преглед на сделката между страните [фирма] и [фирма], за чието сключване е гласувал [фирма] са установени редица обстоятелства, които разгледани поотделно и в тяхната съвкупност обосновават извод за извършено нарушение на разпоредбата на чл. 116б, ал. 1, т. 1 от ЗППЦК.

На първо място липсват доказателства, от които е видно наличие на икономическа изгода за инвеститорите на [фирма] от така сключената сделка. В одобрения текст на предварителния договор между [фирма] и [фирма] не са предвидени клаузи, които да защитават интересите на акционерите на [фирма]. Не са договорени неустойки при неизпълнението на задълженията по договора от страна на [фирма]. Не са договорени и гаранции, обезпечаващи авансовото плащане и то при положение, че авансовото плащане касае цялата стойност на сделката. Подобно необезпечено вземане не би могло да се обоснове като извършено в интерес на акционерите, защото при евентуално неизпълнение на насрещната страна по сделката [фирма] може единствено да предяви претенция по съдебен ред. Не са уговорени обезщетения за вреди от евентуалното неизпълнение /пълно неизпълнение или закъсняло изпълнение/- неустойка или лихва за забава. Предвид липсата на модалитети на задължението за учредяване на дъщерното дружество водят до липса на яснота кога ще е налице неизпълнение на договора в тази му част от страна на [фирма], т.е. кога за изправната страна ще възникне правото да развали договора.

На следващо място, не е посочен и срок за учредяване на [фирма], което пречатства възможността на [фирма] да се позове на неизпълнение от страна на [фирма]. Единствено е посочено, че срокът за подписване на окончателния договор е 12 месеца от датата на учредяване на дъщерното дружество [фирма], което създава условия за несигурност в какъв период задължението срещу което са заплатени значителни активи - 7 765

000 лв., ще бъде изпълнено.

Също така, към датата на гласуване на посоченото решение (12.06.2017 г.) не е била известна оценката на непаричната вноска, която е договорено да бъде апортирана от страна на [фирма] в капитала на дружеството, което следва да се учреди - [фирма]. Също така неясен е и предметът на дейност на дружеството, което предстои да бъде учредено- [фирма]. Посочените обстоятелства, обосновават непълнота на информацията, при която жалбоподателката е гласувала на процесното заседание. Освен непълна, информацията, с която е разполагал члена на Надзорния съвет към датата на гласуване на решението е и недостоверна. Към 12.06.2017 г. [фирма] не е собственик на надлежно обезпечени вземания срещу [фирма]. Прехвърлянето на вземането, съгласно договора за цесия от 09.06.2017 г. между [фирма] и [фирма] е вписано в Службата по вписванията с вх. № 40156 от 26.06.2017 г. (две седмици след вземането на решение и подписването на предварителен договор). Съгласно разпоредбата на чл. 171 от ЗЗД „Прехвърлянето и залагането на вземането, което е обезпечено с ипотека, встъпването в такова вземане и налагането на заповор върху него, както и подновяването и заместването в задължение, обезпечено с ипотека, за да имат действие трябва да бъдат извършени в писмена форма с нотариална заверка на подписите и вписани в имотния регистър“. В настоящия случай към 12.06.2017 г. договърът за цесия не е вписан. Не са налице и данни относно уведомяване на длъжника [фирма] за цесията, тъй като, за да запазят действието си обезпеченията, дадени за старото задължение е необходимо изричното съгласие на длъжника, дал обезпечението. Изложеното обосновава еднозначния извод, за осъществен състав на нарушение от страна на [фирма], за което основателно е била ангажирана неговата административно – наказателна отговорност.

Предвид изложеното, решението на Софийския районен съд следва да бъде отменено и вместо него постановено ново, с което да бъде потвърдено наказателно постановление № Р-10-1078/27.11.2018 г., издадено от заместник-председателя на Комисията за финансов надзор, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“.

Съобразно разпоредбата на чл. 63, ал. 3 от ЗАНН (Нова – ДВ бр. 94 от 2019 г.) в съдебните производства по ал. 1 страните имат право на присъждане на разноски по реда на АПК. С оглед изхода на спори и своевременно направеното искане от страна на пълномощника на касатора, съдът следва да присъди юрисконсултско възнаграждение на основание чл. 63, ал. 5 от ЗАНН във връзка с чл. 37 от Закона за правната помощ във връзка с чл. 27е от Наредбата за заплащането на правната

помощ.

Предвид тези съображения, Административен съд София-град, XIX касационен състав, на основание чл. 221, ал. 2 от АПК

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ решение от 25.11.2019 г., постановено по н.а.х.д. № 21915/2018 г. по описа на Софийския районен съд

и вместо него постановява:

ПОТВЪРЖДАВА наказателно постановление № Р-10-1078/27.11.2018 г., издадено от заместник-председателя на Комисията за финансов надзор, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“.

ОСЪЖДА [фирма], ЕИК[ЕИК] да заплати на Комисията за финансов надзор разноски по делото в размер на 100 лева.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ:1.

2.