

# РЕШЕНИЕ

№ 6491

гр. София, 31.10.2023 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 17 състав,**  
в публично заседание на 25.09.2023 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Искра Гърбелова**

при участието на секретаря Грета Грозданова, като разгледа дело номер **675** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от АПК във връзка с във връзка с чл. 224г, ал. 5 от Закона за енергетиката /ЗЕ/.

Образувано е по жалба на „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица] Г. М. Д. № 57 чрез адв. Н. Ц. срещу Решение № 5R/25.11.2022г. на Комисия за енергийно и водно регулиране /КЕВР/ в частта му по т. 3, с която се установява, че „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД е извършило нарушение по чл. 5 от Регламент (ЕС) № 1227/20011 на Европейския парламент и на Съвета от 25 октомври 2011 година относно интегритета и прозрачността на пазара за търговия на едро с енергия (Регламент ЕС № 1227/2011, REMIT) – манипулиране на пазара, осъществено чрез изпрани сделки А., блокова търговия и кръстосани сделки по смисъла на член 2, ал.2, буква а), i), член 2, ал. 2, буква а), ii), чл. 2, ал. 3, буква а), i) или член. 2 ал. 3 а) ii) от REMIT, за което е наложена имуществена санкция в размер на 144 984 лв.

В жалбата се излагат доводи за незаконосъобразност на решението в оспорената му част. Сочи се, че решението е издадено в противоречие на чл. 146 от АПК, при съществено нарушение на съдопроизводствените правила, неспазване на установената от закона форма и противоречие с материално правните разпоредби на приложимия нормативен акт (REMIT). На първо място жалбоподателят счита, че липсва проведено пълно и главно доказване на твърдяното нарушение в съответствие с установените по чл. 35 и чл. 36 от АПК задължения на административния орган, както и с основните принципи на българското наказателно и административно-наказателно право, какъвто

е презумпцията за невинност на лицата. По -специално, жалбоподателят счита, че по отношение на опита за пазарна манипулация /чл.2, т. 3 от REMIT/ презумпцията прехвърля върху наказващия орган доказателствената тежест да установи по безспорен начин умисъла /който с оглед дадената в REMIT дефиниция може да бъде само пряк/ на наказаното лице, а по отношение на пазарната манипулация /чл.2, т. 2 от REMIT/ наказващият орган следва да докаже при условията на пълно и главно доказване, че установените от него практики и/или сделки са довели до ефективно манипулиране на пазара или обективно, с оглед особеностите и състоянието на пазара към релевиращия момент, са могли да доведат до такова манипулиране. На следващо място жалбоподателят счита, че липсва надлежна квалификация на твърдените нарушения и на мотиви за определяне на такава квалификация, което води до съществен порок на формата и нищожност на решението. Сочи се, че алтернативното квалифициране на действията на жалбоподателя /и то съвкупно, а не деяние по деяние или дори не по групи деяния в определен период/ под няколко отделни състава, всеки от които има различни предпоставки за реализирането си и които представляват различни по тежест и интензитет нарушения на чл. 5 от REMIT, води на практика до липса на квалификация на извършеното нарушение, което е съществен порок на процесното решение. На следващо място жалбоподателят счита, че решението противоречи и на материалния закон, тъй като не са налице данни уличаващи го в манипулиране на пазара във връзка с извършени множество сделки между „Н. ЕАД и пет дружества – търговци /между които и „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД/ на пазара на едро на електроенергия, които пораждат съмнения за осъществена забранена пазарна манипулация по смисъла на чл. 3 и/или чл. 5 от REMIT, изразяващи се в два отделни типа нарушение: 1. Изпрани сделки /тип А./ и 2. Кръстосани сделки или предварително уредени сделки. В заключение е отправено искане за прогласяване нищожността на оспореното решение, алтернативно за неговата отмяна, като неправилно и незаконосъобразно, в частта му по т. 3 от същото.

В съдебно заседание жалбоподателят, редовно уведомен се представлява от адв. А. В., преупълномощен от адв. Ц., който поддържа жалбата и моли за отмяна на процесното решение в оспорената му част, по съображения изложени в жалбата и в представени по делото писмени бележки. Претендира разноски, съгласно приложен списък.

Ответникът по жалбата - КЕВР, чрез процесуалния си представител, адв. Е. Й.-Й. оспорва жалбата като неоснователна, недоказана и моли да бъде отхвърлена. Представя писмени бележки и претендира разноски, съгласно приложен списък.

СГП, редовно уведомена, не изпраща представител за участие в съдебното производство и не ангажира становище по спора.

Административен съд – София – град, III отделение, 17- ви състав след преценка на събраните по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност намира за установено следното от фактическа страна:

От данните по делото се установява, че с Решение № 1R от 24.06.2020 г. КЕВР образува производство за установяване на нарушение на чл. 3 и чл. 5 от Регламент ЕС №1227/2011, REMIT от страна на „Национална електрическа компания“ ЕАД (Н. ЕАД), „Енерджи МТ“ ЕАД, „Интерпром“ ЕООД, „Мост Енерджи“ АД, „Гранд Енерджи Дистрибушън“ ЕООД (Г. ЕООД) и „Интерелектрик“ ЕООД. Производството е заведено като дело № REMIT - 2 по описа за 2020 г. на Дирекция „Мониторинг и контрол по изпълнение на Регламент ЕС №1227/2011 г. Образувано

въз основа на предварително проучване в съответствие с чл. 74а от ЗЕ по постъпили сигнали за осъществени подозрителни сделки от: Агенцията за сътрудничество между регулаторите на енергия (АСРЕ), която в съответствие с чл. 7 от Регламент ЕС №1227/2011 г. наблюдава търговската дейност на едро с енергийни продукти с цел откриване и предотвратяване на търговия, основана на вътрешна информация и манипулиране на пазара. Сигналят на АСРЕ е подаден в съответствие с чл. 16 т. 4 от Регламент ЕС №1227/2011 и чл. 74а, ал.1, т. 4 от ЗЕ и включва анализ и данни за осъществени 105 сделки, представляващи „изпрани сделки“ от А до В до А (А.) с код 441, извършени от Н. ЕАД и пет други търговски дружества, между които и „Енерджи МТ“ ЕАД, на националния пазар на едро на електроенергия от 01 март 2019 г. до 30 юни 2019 г. Сигнал е подаден и от „Българска независима енергийна борса“ ЕАД (БНЕБ ЕАД). В съответствие с чл. 15 от Регламент ЕС №1227/2011 г., когато БНЕБ ЕАД има разумно основание да предполага, че дадена сделка може да нарушава чл. 3 или чл. 5 от REMIT, незабавно следва да уведомява КЕВР в съответствие с чл. 74а, ал. 1, т. 2 от ЗЕ. Съгласно доклада на БНЕБ ЕАД в периода 01.02.2019 г. - 31.03.2019 г. са извършени множество търговски сделки между Н. ЕАД и “Интерпром“ ЕООД, „Мост Енерджи“ АД, „Гранд Енерджи Дистрибуионгън“ ЕООД и „Интерелектрик“ ЕООД, като при тази търговия подозрението и вида на злоупотребата включва основно два вида на пазарна злоупотреба.

Предмет на проучването е поведението на Н. ЕАД и още пет търговски дружества, между които и жалбоподателят във връзка с извършени множество търговски сделки между тях на пазара на едро на електроенергия, които пораждат съмнения за осъществена забранена пазарна манипулация по смисъла на чл. 3 и/или чл. 5 от Регламент (ЕС) 1227/2011 чрез осъществени:

Изпрани сделки - сключване на договори за продажба или покупка на енергиен продукт на едро, когато прехвърлянето на ползите или пазарния риск е само между страни, които е възможно да са действали съгласувано или по тайно споразумение, когато няма промяна на облагодетелстващия интерес или на пазарния риск, или когато прехвърлянето на облагодетелстващия риск или на пазарния риск е само между страни, които действат съгласувано или в условия на тайно споразумение.

Кръстосана или предварително уредена търговия – поведение, при което участващите страни търгуват определен продукт помежду си по цени и количества, за които предварително са се договаряли.

Според БНЕБ ЕАД допълнителните индикатори за манипулиране на пазара включват (i) необичайно повтаряне на сделки от ограничен брой лица за определен период от време, (ii) необичайна концентрация на сходни по количество и цена сделки, (iii) необичайна концентрация на сделки за конкретни енергийни продукти на едро с един участник.

В съответствие с чл. 74а, ал. 7 от ЗЕ за образуваното производство са уведомени проучваните лица и е изискана информация за осъществените от тях сделки. В съответствие с чл. 16, т. 5 от REMIT и чл. 74а, ал. 5, т. 1 за образуваното производство е уведомена АСРЕ.

С оглед изясняване на фактическата обстановка е изискана информация чрез подробни въпросници от проучваните лица, в т.ч. и от жалбоподателя, като последният е предоставил такава.

С решение по т. 1 по протокол № 3R от 25.08.2022 г. КЕВР на основание чл. 74м, ал. 2, т. 2 от ЗЕ е приела доклад - вх. № Е-Дк-1818 от 18.08.2022 г., който е изпратен на

проверяваните лица, като на основание 74м, ал. 4 от ЗЕ е определила едномесечен срок за предоставяне на писмено становище, считано от датата на получаване на доклада и приложенията към него. На основание чл. 74м, ал. 5 от ЗЕ в определения едномесечен срок КЕВР е приела да се предостави на дружествата достъп до събраните материали в хода на образуваното производство, с изключение на тези, които съдържат производствена, търговска или друга, защитена от закон тайна по ред и условия определени в Правила за достъп до преписки, свързани с установяване на нарушения по чл. 3 и 5 от Регламент (ЕС) № 1227/2011, използване и съхраняване на документи, представляващи производствена, търговска или друга защитена от закон тайна (обн., ДВ, бр. 31 от 14.04.2021 г., в сила от 14.04.2021 г.).

На основание чл. 74м, ал. 6 от ЗЕ проверяваните лица са уведомени, че могат писмено да заявят желанието си да бъдат изслушани от комисията. От предоставения достъп до преписката -Дело № REMIT-2/2020 се е възползвало Н. ЕАД и „Мост Енерджи“ АД, като в определения срок становища по доклада са предоставени от Н. ЕАД и „Мост Енерджи“ АД и жалбоподателя.

В оспореното решение на КЕВР е описана следната фактическа обстановка:

1. Изпрани сделки тип А., сключени на пазарен сегмент „В рамките на деня“ /ПРД/ на БНЕБ ЕАД за периода 1.02.2019г. - 30.06.2019г.

Цитирани са Насоките на АСРЕ за прилагане на чл. 5 от REMIT относно забранена пазарна манипулация, според които изпрана сделка от тип А. (код 441) се отнася до ситуация, при която участник на пазара се споразумява с друг търговец за въвеждане на оферта за продажба и покупка на едро на енергиен продукт, почти по едно и също време за същото или близко количество и за същата или близка цена. След известно време, същите търговци въвеждат почти в същото време оферти в обратна посока, които съвпадат по количество, а цената може да бъде същата или различна от първата сделка и това не води до промяна в ползите или в пазарния риск.

Търговски модели, при които между търговци се сключват сделки, при които няма промяна в ползите за участниците или няма пазарен риск, са индикация за евентуално манипулиране на пазара, а сделките се определят като „изпрани сделки“.

В решението се сочи, че Н. ЕАД сключва поредица от сделки, с ограничен кръг основни партньори, които имат характеристика на изпрани сделки тип А.. При сключване на сделките Н. ЕАД използва две портфолия: Н. ЕАД-търговец и Н. ЕАД-производител. Всички сделки са докладвани под един и същ ACER код: A0001789Q.BG и са сключени с търговците посочени по-горе.

В решението се сочи още, че в случаите, когато двама участници на пазара издават по съгласуван начин съответно нареждане за покупка и за продажба на електроенергиен продукт на едро, на определено място за търгуване, почти по едно и също време, за еднакво или сходно количество и за еднаква или сходна (съпоставима) цена и след известно време същите тези страни почти по едно и също време издават нареждания в обратната посока, които са съпоставими като цена, която може да е същата или да се различава от първата сделка, сделките в тези случаи се определят като “манипулативни сделки от А към В към А“, което се третира като практиката за съгласуване на продажба или покупка на енергиен продукт на едро, като прехвърлянето на бенефициентния интерес или пазарния риск се осъществява само между страните (две или повече), действащи съгласувано или в тайно споразумение. Посочения тип сделки се обозначават като „изпрани сделки“.

Насоки за подозрение за такива сделки дават следните индикатори за манипулиране

на пазара:

- Необичайно повтаряне на сделки от ограничен брой лица за определен период от време;
- Необичайна концентрация на сходни по количество и цена сделки;
- Необичайна концентрация на сделки за конкретни енергийни продукти на едро между определени членове/участници на пазара;
- Съвпадение на времето между сключените сделки, които обикновено са мигновени или за много кратък интервал;
- Сключени сделки, с които е вероятно да се измени средната цена на енергийния продукт на едро.

Тези показатели за манипулативно поведение сочат към подаване на неверни или подвеждащи сигнали и към въздействие върху определянето на пазарната цена.

В решението са описани като изпрани сделки тип А. сключени между Н. ЕАД и „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД за периода от 01.02.2019 г. до 30.06. 2019 г. с код: A0003325A.BG общо 75 броя, подробно описани в Приложение № 1 по предоставени данни за номер на транзакцията, вид продукт, контрагенти, вид транзакция купува/продава и време на търговията по информация, получени от АСРЕ и в Приложение № 1 А, където са описани изпрани сделки тип А. по информация, получена от БНЕБ ЕАД.

В решението се сочи, че на 27.02.2019 г. между Н. ЕАД - търговец, Н. ЕАД - производител и „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД са осъществени 28 броя сделки. В таблица № 1 са посочени 3 броя осъществени изпрани сделки, с което се илюстрира схемата, по която са извършвани изпраните сделките. Тя се изразява в последователни покупки между „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД и Н. ЕАД -търговец като след много кратък срок от 23 секунди се осъществява обратна сделка, при която Н. ЕАД - производител купува от „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД същото количество, но с разлика в цената от 0.50 евро за MWh. В решението се сочи следния пример: в 15:01:22 часа „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД купува 6,1 MWh на цена 41,1 евро от Н. ЕАД и в 15:01:22 часа (само след 23 секунди) продава същото количество на Н. ЕАД на цена 41,60 евро. В решението се сочи, че този модел за сключване последователно на двойка сделки за кратък период от време, където се избягва пазарния риск е приложен към всички сделки, изброени в Приложение № 1 и Приложение № 1 А.

## 2. Търговия с блокови продукти

Н. ЕАД сключва еднопосочни сделки с блокови продукти в сравнително големи обеми, които не са характерни за ПРД, с ограничен кръг контрагенти, конкретно с „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД 20 броя сделки за покупка на блокови продукти за 14 450 MW на стойност 642 400 лв. Сделките подробно са описани в Приложение № 2.4.

## 3. Търговия с кръстосани сделки

През месец февруари и март на двата пазарни сегмента ПДН и ПРД се осъществяват кръстосани сделки. При тях дружествата “Интерпром“ ЕООД, „Интерелектрикс“ ЕООД и жалбоподателят закупуват електроенергия от ПДН и продават същите количества преимуществено на Н. ЕАД на ПРД на по-висока цена от тази, на която са закупили, обобщени в Приложение № 3, Приложение № 3.1 и Приложение № 3.2 към решението. В тази връзка конкретно за жалбоподателя е посочено, че също е възможно системно да извършва предварително уговорена с Н. ЕАД търговия на двата пазарни сегмента. Изводът, който е направен е, че за да се сключват подобни сделки е необходимо да има предварителна уговорка между Н. ЕАД и жалбоподателя,

като според административния орган единственото логично обяснение за това поведение при сключването на сделките и пълното съвпадение на количествата купени от ПДН и продадени на ПРД на Н. ЕАД е, че Н. ЕАД информира дружествата дали на предстоящия ден на доставка ще има излишък или недостиг и в какъв обем, при което дружеството-партньор първо купува/продава съответното количество на ПДН, след което го търгува в обратна посока с Н. ЕАД на ПРД на по-добра цена и реализира печалба.

Въз основа на така описаната фактическа обстановка е анализирано поведението на Н. ЕАД спрямо петте дружества – търговци, между които и жалбоподателя. В тази връзка административният орган сочи, че на практика петте дружества се явяват основни доставчици на Н. ЕАД. Соци се, че независимо, че Н. ЕАД е производител на електроенергия през месеците февруари и март, дружеството закупува големи количества електроенергия на ПРД от посочените дружества и на практика е основен техен търговски партньор. В решението в табличен вид са обобщени данните за покупките и продажбите на Н. ЕАД за месец февруари и март 2019г. Видно от данните Н. ЕАД основно е закупил значителни количества електроенергия от „партньорите“: „Интерпром“ ЕООД е с най-големия дял - 43 % , следван от „жалбоподателя - 23 %, останалите търговци - 22 броя имат дял общо 31%. В месец март 2019 Н. ЕАД основно е закупил значителни количества електроенергия от „партньорите“: „Интерпром“ ЕООД е с -най големия дял - 36 % , следван от жалбоподателя - 24 %, Г. ЕАД 15% , „Мост Енерджи“ АД - 14 % и „Интерелектрик“ - 4%. Останалите търговци - 24 броя имат дял общо 7%. Соци се, че Н. ЕАД чрез системното сключва сделки на пазарите ПДН и ПРД е ограничил търговската си дейност изключително до дружествата „партньори“ и по този начин е ограничил конкуренцията на пазара на едро на електроенергия, като не е позволил и останалите търговци да участват. В оспореното решение се сочи също, че през месец март 2019 г. е установено, асиметрично поведение на Н. ЕАД на пазара, тъй като дружеството закупува 80 % от търгувания обем на пазар ПРД, а продава на него само 1%. Това неравновесие между покупките и продажбите на дружеството, според административния орган е следствие на търгуваните големи количества електроенергия с ограничен брой контрагенти, а именно дружествата „партньори“. Установено е, че през месец март са изтъргувани 4 пъти повече количества енергия в сравнение с месеците февруари, април и май. В тази връзка е прието, че рязката промяна в търгуваните количества през месец март е в състояние да изкриви пазара и да даде подвеждащи сигнали за участниците на пазара по отношение на ликвидността на пазара, търсенето и предлагането и съответно на цените. В решението се сочи, че това изкривяване води до манипулация на пазара.

В решението е изложен анализ и по отношение на търговците

„партньори“, като е посочено, че, дружествата „партньори“, са търгували (покупки и продажби) изключително с Н. ЕАД. През месец февруари покупките/продажбите осъществени от жалбоподателя с Н. ЕАД 97% и 99% от сделките, а през месец март жалбоподателя продава изключително на Н. ЕАД – 97%. Според административният орган, обстоятелството, че петте дружества в т.ч. и жалбоподателят реално осъществяват търговия само с Н. ЕАД, доказва, че между Н. ЕАД и търговците („партньори“) е изработен съвместен цялостен модел за търговия на БНЕБ ЕАД, който е довел до манипулация на пазара.

При тази фактическа обстановка е направен извода, че осъществените множество сделки с процесните дружества в т.ч. и с жалбоподателя, с характеристики на изпрани сделки и изключителната търговия на Н. ЕАД с тези дружества, изразяваща се в кръстосани сделки иbloкова търговия може да се осъществи само след предварителна договорка и изготвен план между посочените дружества за поведение на двата сегмента на БНЕБ – ПДН и ПРД.

В издаденото решение са цитирани Насоките на АСРЕ, които изброяват примерни индикатори (неизчерпателен примерен списък) и различни практики на пазарна манипулация (например „изпрани сделки“), които националните регулатори могат да вземат предвид. „Изпрани сделки“ са налице, когато при сключването на сделките за покупка или продажба на енергиен продукт на едро прехвърлянето на ползите или пазарния риск е само между страни, които е възможно да са действали съгласувано или по тайно споразумение. Сочи се, че, съгласно раздел 6.4.1 от Насоките на АСРЕ „изпрана сделка“ е практика, която се състои от: *„сключване на сделки за покупка или продажба на енергиен продукт на едро, когато няма промяна на благодетелстващия интерес или на пазарния риск или когато прехвърлянето на благодетелстващия интерес или на пазарния риск е само между страни, които действат съгласувано или в тайно споразумение.“* Основната характеристика при тези сделки е, че няма промяна в благодетелстващия интерес или на пазарния риск. Административният орган приел, че процесните сделки попадат под определението за изпрани сделки А. с код 441.

В оспореното решение, при описание на извършеното нарушение е посочено, че приложенията към решението и дадените в последното примери дават представа за различните практики, които попадат в категорията на сделки, даващи лъжливи/подвеждащи сигнали и сделки с фиктивни способности/заблуда, следва да се приемат като възможни опити за манипулация на пазарите за търговия на едро с електроенергия и да се считат за нарушение на прилагането на забраните срещу пазарна злоупотреба съгласно член 5 от REMIT.

Процесното поведение на Н. ЕАД и дружествата „Интерпром“ ЕООД, „Енерджи МТ“ ЕАД, „Гранд Енерджи Дистрибушън“ ЕООД, „Мост

Енерджи“ АД и „Интерелектрик“ ЕООД е прието, че представлява забранена манипулация на пазара на едро на енергия, осъществена чрез извършването на „изпрани сделки“ на пазарен сегмент „В рамките на деня“, заедно кръстосани сделки и търговия с блокови продукти на пазарните сегменти „Ден напред“ и „В рамките на деня“ на БНЕБ ЕАД в периода 01.02.2019 г. - 30.06.2019 г., които са довели до пазарна манипулация по смисъла на член 2, ал. 2, буква а), i), член 2, ал. 2, буква а), ii), чл. 2 ал. 3, буква а), i) или член. 2 ал. 3 а) (ii) от REMIT.

При горните аргументи КЕВР е ангажирала отговорността на жалбоподателя, като му е наложила съответна имуществена санкция. Нарушенията на чл. 5 от Регламент (ЕС) № 1227/2011 пораждат административнонаказателна отговорност за субектите на нарушението. В съответствие с чл. 224г, ал. 1 от ЗЕ на юридическо лице или едноличен търговец, който наруши или извърши действия с цел да наруши чл. 3 и 5 от Регламент (ЕС) № 1227/2011 амент (ЕС) № 1227/2011, ако не подлежи на по-тежко наказание, се налага имуществена санкция в размер до 10 на сто от общия оборот за предходната финансова година на това лице. Когато няма реализиран оборот, имуществената санкция е в размер от 10 000 до 100 000 лв.

Определената за жалбоподателя санкция е в размер на 144 984 лв., което се явява 10% от стойността на продажбите на дружеството, свързани пряко или косвено с нарушението, което го определя като тежко нарушение. При определяне размера на имуществената санкция КЕВР е взела предвид тежестта и продължителността на нарушението, както и смекчаващите и отегчаващите вината обстоятелства. Конкретният размер на санкцията е определен от КЕВР в съответствие с методите и принципите, залегнали в Методиката за определяне на санкциите и глобите, налагани по чл. 224г от ЗЕ 14 (Методиката).

При горните данни, на основание чл. 74н, ал. 1, т. 2 и чл. 224г от ЗЕ във връзка с чл. 5 в съответствие с чл. 2, ал. 2, буква а), i), чл. 2, ал. 2, буква а), ii), чл. 2 ал. 3, буква а), i) или чл. 2 ал. 3 а) (ii) от Регламент (ЕС) № 1227/2011 е установила, че „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД е извършило нарушение по чл. 5 от Регламент (ЕС) № 1227/2011 – манипулиране на пазара, осъществено чрез изпрани сделки А., блокова търговия и кръстосани сделки, за което е наложена имуществена санкция в размер на 144 984 лв.

В хода на съдебното производство е прието, неоспорено от страните заключение на Съдебно-икономическа експертиза /СИЕ/. Заключение на вещото лице сочи, че общият обем от сделки за процесния период, сключени от всички участници на ПРД е 250 148,300 МВтч, а сделките сключени от жалбоподателя и Н. ЕАД, квалифицирани от КЕВР като „изпрани сделки“ за процесния период са в обем 55,8 МВтч, като е даден и от относителния дал на тези сделки от общо изтъргуваните



количества от всички участници за процесния период. Посочено е, че сделките, квалифицирани от КЕВР, като „изпрани сделки“, описани в Приложение 1 към Решението, представляват по-малко от 1% от всички сделки, реализирани от жалбоподателя на двата сегмента. Дадени са данни и за съотношението на цените по тези сделки. Вещото лице сочи също, че е налице ценово ограничение в подадените заявки за всеки ден на ПДН, като количествата се променят в зависимост от нивото на цената. В заключението се сочи още, че средната цена, по която е закупена електрическата енергия на ПДН на дата 26.02.2019г. е 79,26 /МВтч, а на ПРД е 48,90/МВтч. В заключението се сочи, че тъй като страна по всяка сделка е БНЕБ, данните за лицата не се виждат /не е ясно кой пазарен участник стои зад определено количество цена/.

*При така установената фактическа обстановка съдът прави следните правни изводи:*

Жалбата е подадена в срока по чл. 149, ал. 1 от АПК, от легитимирано лице по чл. 147, ал. 1 от АПК и срещу подлежащ на оспорване административен акт, поради което жалбата е процесуално допустима.

Разгледана по същество жалбата е основателна.

Съгласно чл. 168, ал. 1 АПК съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 АПК, а именно: дали актът е издаден от компетентен административен орган и в установената форма, спазени ли са административно-производствените правила и материалноправните разпоредби по издаването му, съобразен ли е актът с целта на закона.

В жалбата е направено искане за прогласяване на нищожността на оспорения акт, като са развити аргументи за наличието на съществен порок във формата на акта, поради липса на надлежна квалификация на твърдените нарушения и на мотиви за определяне на такава квалификация. В тази връзка следва да бъде посочено, че нормативна уредба за недействителността на административните актове липсва. Няма законово определение за нищожни или унищожяеми административни актове. Те са установени в административноправната теория и в съдебната практика понятия, които допринасят за изясняване на понятията "нищожност" и "унищожяемост" и за изграждане на критерии за разграничаване на нищожните от унищожяемите административни актове. Един административен акт е нищожен, когато е засегнат от тежък порок - от неспазване на изрично определените в закона условия за валидността на административния акт или поради нарушаване на някое от нормативно установените изисквания за законност на административните актове - изброени съответно пет порока в чл. 146 АПК. Категорични критерии не са възможни, като преценката е с оглед на конкретни обстоятелства за допуснатата нередовност на акта. На първо място, като безспорен критерии за

нищожност, е очертана липсата на компетентност на административния орган да издаде акта. Компетентността на административния орган представлява кръга от въпроси от сферата на изпълнителната власт, които той едновременно е овластен и задължен да решава. Конституцията на Република България и АПК прогласяват принципа на законоустановеност на компетентността на административните органи. Те могат да действат само въз основа на закона и в рамките на правомощията си, а актовете и действията им извън тях са винаги нищожни - не пораждаат правни последици. В Тълкувателно решение № 2/91 г. на ОСГК на Върховния Съд е посочено, че "всяка некомпетентност води до нищожност". В случая Решението № 5R от 25.11.2022г. е издадено в изпълнение на възложените по силата на закона правомощия на КЕВР да извършва контрол по изпълнение на Регламент (ЕС) № 1227/2011, съгласно чл. 21, ал. 1, т. 41а, във вр. с чл. 74н, ал. 1, т. 2 от ЗЕ.

Основание за обявяване на нищожност представлява и установяване на обстоятелството, че административен акт е издаден въз основа на друг нищожен административен акт, което в настоящия спор също липсва. Нищожен би бил и акт, който не е издаден въз основа на закон или подзаконов нормативен акт, но същият засяга правата и законните интереси на адресатите му. В случая оспореният акт е издаден на основание конкретна правна норма от ЗЕ във вр. с Регламент (ЕС) № 1227/2011.

На последно място, като критерий за нищожност може да се приеме засягане на установената в закона форма при издаването на акта, до степен на същественост толкова сериозна, че да може да се приравни на липса на акт – липса на волеизявление, липса на всякакви мотиви, устно волеизявление, когато според закона е задължителна писмена форма и др., което в случая също не е налице.

При това положение съдът намира, че издаденото Решение в оспорената му част не е нищожен административен акт, а наведените в тази връзка доводи от страна на жалбоподателя касаят законосъобразността на акта.

Предмет на оспорване в настоящото производство е Решение № 5R/25.11.2022г. на Комисия за енергийно и водно регулиране /КЕВР/ в частта му по т. 3, с която се установява, че „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД е извършило нарушение по чл. 5 от Регламент ЕС № 1227/2011, REMIT, поради което и на основание чл. 74н, ал. 1, т. 1 във вр. с чл. 224г от ЗЕ е наложена имуществена санкция в размер на 144 984 лв.

Съгласно чл. 74н, ал. 1, т. 2 от ЗЕ Комисията в закрито заседание приема решение, с което установява, че е извършено нарушение или че са предприети действия за извършване на нарушение на чл. 3 и 5 от Регламент (ЕС) № 1227/2011; с решението комисията налага глобата

или имуществената санкция по чл. 224г и може да приложи мярката по чл. 74л. Разпоредбата на чл. 224г, ал. 1 от ЗЕ предвижда, че на юридическо лице или едноличен търговец, който наруши или извърши действия с цел да наруши чл. 3 и 5 от Регламент (ЕС) № 1227/2011, ако не подлежи на по-тежко наказание, се налага имуществена санкция в размер до 10 на сто от общия оборот за предходната финансова година на това лице. Когато няма реализиран оборот, имуществената санкция е в размер от 10 000 до 100 000 лв., като ал. 5 на същата разпоредба изрично посочва, че санкциите по този член се налагат с решение на комисията, без да се съставя акт за установяване на административно нарушение. В тази връзка настоящият съдебен състав приема, че оспореното решение е издадено от компетентен орган – КЕВР, в съответствие с предоставените му правомощия по чл. 21, ал.1, т. 41а във вр с чл. 74н, ал. 1т. 2 и чл. 224г, ал. 5 от ЗЕ. Решението е взето в закрито съдебно заседание, удостоверено с Протокол № 327 на 25.11.2022г. с четири гласа „за“, от които два със стаж в енергетиката, като същото съгласно чл. 13, ал. 3 ЗЕ, изречение първо представлява индивидуален административен акт и като такъв следва да отговаря на изискванията на чл. 59 от АПК, както и с оглед нормата на чл. 13, ал. 8 от ЗЕ, която изрично предвижда, че за неуредени случаи следва да се приложи АПК.

При провеждане на производството е спазен уреденият по глава 7а, чл. 74а – 74р от ЗЕ специален ред за установяване на административно нарушение, в изпълнение на чл. 13 от Регламент (ЕС) № 1227/2011 за прилагане на забрани срещу пазарна злоупотреба. Видно от приложените по делото доказателства, производството е образувано въз основа на предварително проучване от определените със заповед на председателя в съответствие с чл. 74а, ал. 2 от ЗЕ длъжностни лица, като въз основа на изготвения доклад с Решение №1R от 24.06.2020г. на КЕВР е образувано производство за установяване на нарушение по чл. 3 и чл. 5 от Регламент (ЕС) № 1227/2011 срещу пет дружества в т.ч. и срещу жалбоподателя на основание чл. 21, ал. 1, т. 41а във връзка с чл. 74а, ал. 5, т. 1 от ЗЕ. Със Заповед № № 3-Е-110/09.07.2020г., изменена със Заповед № 3-Е-1102 от 29.07.2022г. на основание чл. 74а, ал. 6 от ЗЕ са определени длъжностните лица за извършването на проверка по установяване на нарушение по чл. 3 и чл. 5 от Регламент (ЕС) № 1227/2011. С решение по т. 1 по протокол № 3R от 25.08.2022 г. на основание чл. 74м, ал. 2, т. 2 от ЗЕ е приет доклад - вх. № Е-Дк-1818 от 18.08.2022 г. Същият е изпратен на проверяваните лица, като на основание 74м, ал. 4 от ЗЕ е определен едномесечен срок за предоставяне на писмено становище, като такова е постъпило от жалбоподателя. На основание чл. 74м, ал. 6 от ЗЕ проверяваните лица са уведомени, че могат писмено да заявят желанието си да бъдат

изслушани от комисията. В резултат на извършеното предварително проучване и проверка на основание чл. 74н, ал. 1, т. 2 от ЗЕ е издадено оспореното в настоящото производство решение.

КЕВР обосновава своите изводи въз основа на приложенията към решението, описаните в същото практики на жалбоподателя на двата пазарни сегмента „Ден напред“ и „В рамките на деня“, както и на приобщен към административната преписка доказателствен материал. Съдът намира обаче, че в случая от една страна е налице несъответствие и разминаване между фактическото описание на нарушението и посочените в решението законови разпоредби от Регламент (ЕС) № 1227/2011, които са нарушени. Описаната в решението фактическа обстановка не съответства на посочените в същото правни основания/правна квалификация на нарушението. В обстоятелствената част на решението /стр. 30/, като „поведение на пазара на едро“ е посочено, че „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД за процесния период 01.02.2019г. до 30.06.219г. осъществява сделки, които попадат в категорията на такива, даващи лъжливи/подвеждащи сигнали, сделки с фиктивни способности/злоупотреба, които се приемат за възможни опити за манипулация на пазарите за търговия на едро с електрическа енергия и да се считат за нарушение на прилагането на забраните срещу пазарна злоупотреба, съгласно чл. 5 от Регламент (ЕС) № 1227/2011, но това словесно описание на нарушението не съответства на посочената в решението правна квалификация на нарушението /стр. 32/, а именно член 2, ал. 2, буква а), i), член 2, ал. 2, буква а), ii), член 2 ал. 3, буква а), i) или член 2 ал. 3 а) ii) от Регламент (ЕС) № 1227/2011. Цитираните разпоредби предвиждат **като манипулация** на пазара да се определи сделка, с която:

- чл. 2, ал. 2 буква а), i) се дава или може да се даде лъжливи или подвеждащи сигнали по отношение на предлагането, търсенето или цената на енергийни продукти на едро;

- чл. 2, ал. 2, буква а), ii) определя или се прави опит да се определи, чрез действията на едно или повече лица, действащи заедно, цената на един или повече енергийни продукти на едро на изкуствено равнище;

Цитираните разпоредби пък на чл. 2 ал. 3, буква а), i) или член. 2 ал. 3 а) ii) предвиждат **като опит за манипулация** на пазара да се определи сделка, извършена с намерение да се :

- Чл.2, ал. 3 буква а), i) дават лъжливи или подвеждащи сигнали по отношение на предлагането, търсенето или цената на енергийни продукти на едро;

- Чл.2, ал. 3 буква а), ii) определят цената на един или повече енергийни продукти на едро на изкуствено равнище;

В случая деянието, съставляващо нарушение е описано като сделка, даваща лъжливи/подвеждащи сигнали, а също и като фиктивен

способ/заблуда, което се приема като възможен опит за манипулация, но същото е в несъответствие с цитирания състав на нарушение конкретно по член 2, ал. 2, буква а), ii) и по чл. 2 ал. 3, буква а ii). Същевременно в обстоятелствената част на акта не е посочено и не е конкретизирано действието извършено от нарушителя, както и кой от всички цитирани състави на нарушение покрива това действие/поведение. Правна квалификация на деянието не е съответна на фактическото описание на нарушението и на посочената като нарушена нормативна разпоредба, като от фактическата формулировка и правна обосновка на решението не се следват еднозначни правни изводи за волята на административния орган по фактите и по приложението на закона. Константна е съдебната практика, че осъществилата се фактическа обстановка следва да бъде подведена под релевантния закон, действащ по време, място и лица за всеки конкретен случай. Несъответствието на фактите по преписката със законовите разпоредби е винаги толкова съществено нарушение, че води до ограничаване правото на защита на жалбоподателя /ТР № 4/22.04.2004 г. по дело № ТР-4/2002 г. ОСС на ВАС/. Липсата на надлежна квалификация на извършеното нарушение и на мотивите за определянето на такава квалификация, води до съществен порок на решението. В тази връзка основателни се явяват изложените в жалбата възражения, че алтернативното квалифициране на действията на жалбоподателя /и то съвкупно, а не деяние по деяние или дори не по група деяния в определен период/ под няколко отделни състава, всеки от които има различни по тежест и интензитет нарушения на чл. 5 от Регламент (ЕС) № 1227/2011, някои от които предполагат умишлено поведение, други – не, както и някои от тях представляват реално осъществена пазарна манипулация, а други – опит за такава, някои са резултатни, други на формално извършване, води на практика до липса на квалификация на извършеното нарушение, което е в противоречие с изискването за мотивираност на акта съгласно чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Съобразно диспозитива на Решението, КЕВР е посочила, че „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД е извършило нарушение на чл. 5 във връзка с чл. 2, ал. 2, буква а), i), член 2, ал. 2, буква а), ii), 2, ал. 3, буква а), i) или член 2, ал. 3, буква а), ii) от Регламент (ЕС) № 1227/2011. В диспозитива на Решението реално е постановено, че „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД е извършило и манипулация, и опит за манипулация, което съдържа вътрешно противоречие, доколкото едно поведение не може да бъде едновременно и манипулация, и опит за такава предвид това че фактическият състав на двете нарушения е коренно различен, тежестта на нарушението в единия и другия случай също следва да бъде отчетена като различна, респективно санкцията при извършване на опит за манипулация или манипулация следва да бъде различна. Горното

лишава съдът да извърши контрол върху законосъобразността на акта, касаеща съответствието с релевантния материален закон /чл. 146, т. 4 от АПК/ и неговата цел /чл. 146, т. 5 от АПК/. Дори и да се приеме, че са налице мотиви, то те са изложени формално, без конкретно обвързване с фактите по спора и удостоверяващите ги писмени доказателства. Посочването на отделни правни основания не обосновава фактическите такива и не обвързва съда при преценка законосъобразността на решението. Следва да бъде отбелязано също, че двете нарушения по чл. 5 от Регламент (ЕС) № 1227/2011 /манипулация и опит за манипулация на електроенергийния пазар на едро на БНЕБ ЕАД/ могат да се проявят алтернативно, доколкото нарушението чрез манипулация на пазара е резултатно /изисква вследствие на противоправното поведение да се е проявил някакъв ефект/ потенциален ефект върху пазара, тоест пазарът да се е променил като пряка последица от манипулацията/, докато при опита за манипулация е следвало да се установи, че „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД е искало да манипулира пазара и затова е извършило определени действия. Освен това, санкцията при манипулация спрямо тази при опит за манипулация следва да се различава, като при манипулацията същата следва да е в по-голям размер. Смесвайки двете нарушения и допускайки, че с едно и също поведение „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД е извършило едновременно както манипулация, така и опит за такава, е нарушение на административно производствените правила с налагане на санкция и за двете при допускане на възможност с кумулативното им проявление. В оспореното решение също така не е посочено кое действие представлява нарушение на чл. 5 във връзка с чл. 2, ал. 2, буква а), i), респективно на чл. 5 във връзка с чл. 2, ал. 2, буква а), ii), респективно на чл. 5 във връзка с чл. 2, ал. 3, буква а), i) и респективно на чл. 5 във връзка с чл. 2, ал. 3, буква а), ii) от Регламент (ЕС) № 1227/2011, което е възпрепятствало жалбоподателя да упражни ефективно правото си на защита, доколкото не е ясно какви са правните квалификации на неговото поведение през процесния период, както и кое действие от страна на „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД е възприето за нарушение на чл. 5 във връзка с чл. 2, ал. 2, буква а), i), респективно на чл. 5 във връзка с чл. 2, ал. 2, буква а), ii), респективно на чл. 5 във връзка с чл. 2, ал. 3, буква а), i) и респективно на чл. 5 във връзка с чл. 2, ал. 3, буква а), ii) от „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД. Констатираното нарушение опорочава административния акт, но не и от степен, която да обуславя неговата нищожност. В съответствие с ТР № 16/31.03.1975 г. на ОСГК на Върховния съд и ТР № 4/22.04.2004 г. по дело № ТР-4/2002 г. ОСС на ВАС оспореният ИАА подлежи на отмяна на основание чл. 168, ал. 1 във връзка с чл. 146, т. 2 от АПК.

В обобщение на изложеното, настоящият съдебен състав намира, че

решението в оспорената му част е издадено при несъответствие със законовите изисквания относно формата и съдържанието му съгласно разпоредбата на чл. 59, ал. 2 от АПК, поради което същото като незаконосъобразно следва да бъде отменено.

С оглед изхода на спора, и на основание чл. 143, ал. 1 от АПК, на оспорващия ще следва да се присъдят направените по делото разноси за адвокатско възнаграждение, , възнаграждение за вещо лице и внесена държавна такса, съобразно представен списък по чл. 80 от ГПК. Разноските, платими на оспорващия, в общ размер на 16 198 лв., от които 50. 00 лв. за внесена държавна такса, 14 400 лв. за адвокатско възнаграждение, и 1 748 лв. възнаграждение за вещо лице, на основание § 1, т. 6 от ДР на АПК, ще следва да се възложат в тежест на юридическото лице – КЕВР, чийто орган е издал оспореният административен акт.

Водим от горното, и на основание чл. 172, ал. 2, и чл. 143, ал. 1 от АПК, съдът

### **РЕШИ:**

**ОТМЕНЯ** Решение № 5R/25.11.2022г. на Комисия за енергийно и водно регулиране /КЕВР/ **в частта му по т. 3**, с която се установява, че „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД е извършило нарушение по чл. 5 от Регламент (ЕС) № 1227/20011 на Европейския парламент и на Съвета от 25 октомври 2011 година относно интегритета и прозрачността на пазара за търговия на едро с енергия (Регламент ЕС № 1227/2011, REMIT) – манипулиране на пазара, осъществено чрез изпрани сделки А., блокова търговия и кръстосани сделки по смисъла на член 2, ал.2, буква а), i), член 2, ал. 2, буква а), ii), чл. 2, ал. 3, буква а), i) или член. 2 ал. 3 а) ii) от REMIT, за което е наложена имуществена санкция в размер на 144 984 лв.

**ОСЪЖДА** Комисия за енергийно и водно регулиране, г. С., [улица] да заплати на „ЕНЕРДЖИ МТ“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], сумата от 16 198 лева, представляваща сторени по делото разноси.

Решението подлежи на касационно обжалване от страните пред Върховния административен съд чрез Административен съд София град в 14-дневен срок от съобщаването му.

**СЪДИЯ:**

