

РЕШЕНИЕ

№ 53

гр. София, 06.01.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, VII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 10.12.2021 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Ралица Романова

ЧЛЕНОВЕ: Калина Пецова

Георги Терзиев

при участието на секретаря Илияна Янева и при участието на прокурора Милен Ютеров, като разгледа дело номер **9080** по описа за **2021** година докладвано от съдия Калина Пецова, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по касационна жалба на [фирма] (с предишно наименование [фирма]), представлявано от процесуалния си представител адв. Й., срещу решение от 09.06.2021 г., постановено по НАХД № 11982 по описа за 2020 г. на Софийски районен съд (СРС), Наказателно отделение, 112-ти състав, с което е потвърдено Наказателно постановление (НП) № Р-10-408/05.08.2020 г., издадено от заместник-председателя на Комисията за финансов надзор (КФН), ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“, с което на касатора, на основание чл. 290, ал. 9, т. 1, предложение първо от Закона за пазарите на финансови инструменти (ЗПФИ) е наложено административно наказание – „имуществена санкция“, в размер на 1000 лева, за извършено нарушение на чл. 75 във вр. т. 2, т. 16 и т. 26 от Раздел 2 на Приложение IV от Делегиран регламент (ЕС) 2017/565 на Комисията от 25 април 2016 година.

С касационната жалба се иска отмяна на решението като незаконосъобразно и неправилно. Релевираните основания са за нарушение на материалния закон, допуснати съществени процесуални нарушения, както и че наложеното наказание е явно несправедливо - касационни основания по смисъла на чл. 348, ал. 1, т. 1 - т. 3 от

Наказателнопроцесуалния кодекс (НПК), във вр. с чл. 63, ал. 1 ЗАНН. Твърди се, че е налице липса на материалната компетентност на актосъставителя за съставяне на акт за установяване на нарушението (АУАН). Счита се, че ЗПФИ препраща към нормите на делегираните регламенти, но те не представляват актове по неговото прилагане, по смисъла на ЗАНН. Липсата на изрично оправомощаване за извършване на проверка и за съставяне на АУАН за нарушения по него води до незаконосъобразност на АУАН и издаденото въз основа на него НП. Оспорва се твърдението на СРС, че наложената имуществена санкция в минимален размер е правилно определена. Сочат се аргументи за това, че в процесния случай неприложими за поднадзорното лице са т. 2, т. 16 и т. 26 от Раздел 2 на Приложение IV от Делегиран регламент (ЕС) 2017/565 на Комисията от 25 април 2016 година. Допълват се мотиви за това, че датата на твърдяното нарушение е определена неправилно. Сочат се аргументи и за това, че нарушението е маловажно и приложение следва да намери разпоредбата на чл. 28 ЗАНН. Иска се отмяна на обжалваното решение и постановяване на друго по съществото на спора, с което да бъде отменено изцяло наказателното постановление. Претендират се направените разноски пред две съдебни инстанции.

В съдебно заседание касаторът, редовно призован, чрез процесуалния си представител, поддържа жалбата и моли същата да бъде уважена. Представя писмени бележки.

Ответникът – Комисията за финансов надзор, чрез процесуалния си представител юрк. Г., моли решението на СРС да бъде оставено в сила. Претендира се юрисконсултско възнаграждение. Представя писмени бележки.

Представителят на Софийска Градска прокуратура дава заключение, че касационната жалба е основателна.

Административен съд София - град, седми касационен състав, намира, че жалбата е подадена в срока по чл. 211 от АПК от надлежна страна и се явява допустима. Разгледана по същество, същата е неоснователна.

От фактическа страна СРС е установил следното:

Въз основа на Заповед № 3-304/05.09.2019 г. на заместник-председателя на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“ била открита проверка на ИП [фирма]. На 22.11.2019 г. бил посетен офисът на Посредника в [населено място], вписан в Търговския регистър и регистъра на юридическите лица с нестопанска цел като седалище и адрес на управление на дружеството, като посещението е обективизирано в Констативен протокол № Р-04-187/22.11.2019 г. При посещението ИП е представил декларация и Приложение № 1 към нея, в което били отразени водените от него 18 (осемнадесет) броя регистри. На 25.11.2019 г. отново бил посетен офисът на Дружеството, като проверката приключила непосредствено преди приключване на работния ден за Посредника. Поради това, констативен протокол № Р-04-191/25.11.2019 г., в който било обективизирано това посещение, бил подписан от представляващите ИП на 05.12.2019 г. При посещението Посредникът представил достъп до самите регистри, включително и до Регистъра за нареждания и решения за търгуване. За всеки от водените регистри Посредникът представил извлечения-снимки на работен екран. В тази връзка било установено, че ИП води и поддържа:

1. „Дневник сделки“, от който било представено извлечение от 26.07.2019 г. При преглед на регистъра било установено, че същият съдържа 21 (двадесет и една) колони (реквизити), както следва: „№“, „Дата“, „Поръчка №“, „COBOS“, „№ сделка

Б., „Клиент №“, „И.“, „Количество“, „Вид количество“, „Ед. цена“, „Вид цена“, „В..“, „Обща стойност“, „Брокер“, „ISIN“, „Насрещна страна“, „Възн. ИП“, „Други разходи“, „Дата на сетълмент на ФИ“, „Място на сделката“, „Въвел“. Р. се генерирал от използвания от Посредника счетоводен продукт „@рхидея“, като в края на работния ден ИП правил разпечатка на дневника, която се заверявала от негови служители;

2. „Дневник/регистър № 2 на сделките по чл. 64 от Наредба № 38, съобразен с чл. 8, т. 2 от Регламент 1287/2006/ЕК на [фирма] за 22.11.2019 г.“, който съдържа 14 (четирнадесет) колони (реквизити), както следва: „Сделка №“, „Поръчка №“, „Клиент“, „Дата и час UTC+1“, „И.“, „Инструмент“, „Количество“, „Вид количество“, „Ед. цена“, „Базова валута“, „Обща стойност“, „Брокер“, „Място на сделката“, „Насрещна страна“. Р. се генерирал от използваната от Посредника във връзка с търговия на договори за разлика платформа „М. 5“.

Дневниците по т. 1 и т. 2 на практика съставлявали изискуемия, съгласно разпоредбата на чл. 75 от Делегиран регламент 2017/565, регистър за сделки и обработване на нареждания.

При осъществен преглед на представените извлечения-снимки на работен екран и съпоставка на изискванията в Раздел 2 от Приложение IV на Делегиран регламент 2017/565, служителите на КФН установили, че в регистъра липсвали данни, относими към търговията на Дружеството, а именно тези по т. 2 Име и друго обозначаване на всяко съответно лице, действащо от името на клиента; по т. 16 - Идентификация на инструмента; и по т. 26 Множител на цената. Поради това, проверителите приели, че към 25.11.2019 г. ИП [фирма] не поддържал изискуемите съгласно т. 2, 16 и 26 от Раздел 2 на Приложение IV от Делегиран Регламент 2017/565 данни, а именно: „Име и друго обозначаване на всяко съответно лице, действащо от името на клиента“; „Идентификация на инструмента“; „Множител на цената“, в „Регистъра за сделки и обработване на нареждания“, с което е осъществил нарушение на чл. 75, вр. т. 2, т. 16 и т. 26 от Раздел 2 на Приложение IV от Делегиран Регламент 2017/565. За дата на нарушението била приета 25.11.2019 г., а мястото на извършването му - [населено място].

На базата на съставения АУАН, е издадено и процесното наказателно постановление с № Р-10-408/05.08.2020 г., издадено от М. Ф., в качеството си на зам.-председател на Комисията за финансов надзор (КФН), ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“, с което на основание чл. 83, чл. 53 и чл. 27 от ЗАНН, вр. чл. 295, ал. 1, пр. 2 от ЗПФИ, на [фирма] е наложено административно наказание „имуществена санкция“ в размер на 1 000 (хиляда) лева, за извършено нарушение на чл. 75, вр. т. 2, т. 16 и т. 26 от раздел 2 на приложение IV от Делегиран регламент 2017/565 на Комисията от 25 април 2016 година.

Съдът е извел и правните си доводи, мотивирали го да потвърди издаденото НП, като е приел, че по делото безспорно е установено, че наказаното дружество не е изпълнило задължението си да поддържа регистър с изискуемото съдържание, съгласно нормата на чл. 75 от Делегиран Регламент 2017/565. Посочено е, че липсата на който и да е от реквизитите в раздел 2 на Приложение IV от Делегиран Регламент 2017/565 представлява нарушение.

Решението на въззивния съд е валидно, допустимо и правилно.

Съгласно разпоредбата на чл. 75 от Делегиран регламент (ЕС) 2017/565 на Комисията

от 25 април 2016 година незабавно след получаване на нареждане от клиент или вземане на решение за търгуване инвестиционните посредници регистрират и поддържат на разположение на компетентните органи поне данните, посочени в раздел 2 от приложение IV, доколкото са приложими към въпросното нареждане или въпросното решение за търгуване. Като допълнение, в Приложение I от Делегиран Регламент е посочено, че ИП следва да води регистър за сделки и обработване на нареждания. Минимално изискуемото съдържание на регистъра за сделки е посочено в Раздел 2 от Приложение IV от Делегиран регламент (ЕС) 2017/565 на Комисията от 25 април 2016 година и се състои от 40 конкретно разписани реквизити.

На първо място настоящият съдебен състав намира, че АУАН е съставен от компетентно длъжностно лице. По делото са приложени Заповед № 3-304/05.09.2019 г. и Заповед № 3-44/13.02.2020 г., като и в двете актосъставителят М. Ж. фигурира. Видно от тези заповеди, посочените в тях длъжностни лица са оправомощени да съставят актове за установяване на административни нарушения на актове по прилагането на ЗПФИ - в случая Делегиран регламент (ЕС) 2017/565.

На следващо място, съдът намира, че Делегиран регламент (ЕС) 2017/565 е акт с общо приложение, той е задължителен в своята цялост и се прилага пряко във всички държави-членки на Европейския съюз (чл. 288 от Договор за функционирането на Европейския съюз - ДФЕС). Директивата е акт, който обвързва по отношение на постигането на даден резултат от държавите-членки, до които е адресиран, като оставя на националните власти свобода при избора на формата и средствата за постигане на този резултат (чл. 288 от ДФЕС). Регламентът и директивата се приемат при обикновена (чл. 289, т. 1 от ДФЕС) или при специална законодателна процедура (чл. 289, т. 2 от ДФЕС). При обикновената законодателна процедура цитираните актове се приемат от Европейския парламент и Съвета по предложение на Комисията, докато при специалната законодателна процедура тези актове се приемат от Европейския парламент с участието на Съвета, или от Съвета с участието на Европейския парламент. Регламентът и директивата, приети по законодателна процедура, представляват законодателни актове (чл. 289, т. 3 от ДФЕС). Законодателен акт може да делегира на Комисията правомощието да приема незаконодателни актове от общ характер, които допълват или изменят определени несъществени елементи от законодателния акт. Законодателните актове определят изрично целите, съдържанието, обхвата и продължителността на делегирането. Съществените елементи от една област се запазват за законодателния акт и съответно не могат да бъдат предмет на делегиране на правомощие (чл. 290, т. 1 от ДФЕС).

Законодателните актове определят изрично условията, при които се осъществява делегиране. Тези условия могат да бъдат, както следва:

- а) Европейският парламент или Съветът могат да решат да оттеглят делегирането;
- б) делегираният акт може да влезе в сила единствено ако в срок, определен от законодателния акт, Европейският парламент или Съветът не представят възражения (чл. 290, т. 2 от ДФЕС).

Прилагателното „делегиран“, „делегирана“ или „делегирано“ се добавя в заглавието на делегираните актове (чл. 290, т. 3 от ДФЕС).

Директива 2014/65/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 15 май 2014 г. относно пазарите на финансови инструменти и за изменение на Директива 2002/92/ЕО и на Директива 2011/61/ЕС (Директива 2014/65/ЕС) представлява законодателен акт, който обвързва по отношение на постигането на даден резултат от държавите-членки,

до които е адресиран, като оставя на националните власти свобода при избора на формата и средствата за постигане на този резултат. Директива 2014/65/ЕС установява: 1. рамката на регулаторния режим за финансовите пазари в Европейския съюз, като урежда оперативните условия, свързани с дейността на инвестиционните посредници за инвестиционни услуги и, където е приложимо, допълнителни услуги и инвестиционни дейности; 2. организационните изисквания към инвестиционните посредници, които осъществяват такива услуги и дейности, към регулираните пазари и към доставчиците на услуги за докладване на данни; 3. изискванията за докладване по отношение на сделките с финансови инструменти; 4. ограниченията на позициите и режимите на управление на позициите в стокови деривати; и 5. изискванията за прозрачност по отношение на сделките с финансови инструменти (т. (1) от преамбюла на Делегиран регламент (ЕС) 2017/565). Видно от параграф 2, ал. 1 от Допълнителните разпоредби на ЗПФИ, изискванията на Директива 2014/65/ЕС са транспонирани в ЗПФИ. Делегиран регламент (ЕС) 2017/565 представлява незаконодателен акт, който е задължителен в своята цялост и се прилага пряко във всички държави-членки на Европейския съюз. Този незаконодателен акт допълва Директива 2014/65/ЕС и е издаден на основание чл. 2, параграф 3, чл. 4, параграф 1, точка 2, втора алинея, чл. 4, параграф 2, чл. 16, параграф 12, чл. 23, параграф 4, чл. 24, параграф 13, чл. 25, параграф 8, чл. 27, параграф 9, чл. 28, параграф 3, чл. 30, параграф 5, чл. 31, параграф 4, чл. 32, параграф 4, чл. 33, параграф 8, чл. 52, параграф 4, чл. 54, параграф 4, чл. 58, параграф 6, чл. 64, параграф 7, чл. 65, параграф 7 и чл. 79, параграф 8 от Директива 2014/65/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 15 май 2014 г. относно пазарите на финансови.

Посоченото по-горе доказва, че правилно е наложена санкция според нормата на чл. 290, ал. 9, т. 1 ЗПФИ, тъй като Делегиран регламент (ЕС) 2017/565 се явява акт по прилагане на ЗПФИ.

Както бе посочено, в чл. 75 от Делегиран регламент (ЕС) 2017/565 е въведено изискване за водене на документацията относно сделки на клиенти и обработване на нареждания. Изискванията са установени на основание делегацията в чл. 16, параграф 12 от Директива 2014/65/ЕС и в допълнение на организационното изискване в чл. 16, параграф 6 от Директива 2014/65/ЕС, съгласно което инвестиционният посредник прави необходимото да съхранява информация за всички извършвани от него услуги, дейности и сделки, като тази информация е достатъчна, за да позволи на компетентния орган да изпълнява надзорните си функции и да извършва действията по правоприлагане съгласно Директива 2014/65/ЕС, Регламент (ЕС) № 600/2014, Директива 2014/57/ЕС и Регламент (ЕС) № 596/2014, и по-специално да гарантира, че инвестиционният посредник е изпълнил всички задължения, включително по отношение на клиентите или потенциалните клиенти и по отношение на целостта на пазара.

Видно от параграф 2, ал. 1 от ДР на ЗПФИ във връзка с чл. 68, ал. 3, във връзка с чл. 65, ал. 1, т. 9 от ЗПФИ, допълнителни изисквания във връзка с условията за съхраняване на информацията относно извършените услуги и дейности по чл. 6, ал. 2 и 3 от ЗПФИ са определени с Делегиран регламент (ЕС) 2017/565.

Делегиран регламент (ЕС) 2017/565 се явява акт по прилагането на ЗПФИ, тъй като той допълва акт с по-висока степен, какъвто е Директива 2014/65/ЕС, чиито изисквания пък са транспонирани в ЗПФИ.

По делото безспорно се установява, че липсват въпросните три реквизита в регистъра.

Както беше посочено, тази информация е необходима на надзорния орган да осъществява надзорните си правомощия бързо и лесно, без да се налага да си я набавя чрез умозаключения или по други канали, или пък да извършва насрещни проверки, на което пък съответства огледалното и формално по своя характер задължение на инвестиционния посредник да поддържа регистрите съобразно изискванията на Делегиран регламент 2017/565.

Правилно е определена датата на извършване на нарушението. Същата е съобразена с приложения по делото Констативен протокол, който свидетелства за датата, на която на проверяващия екип е предоставен достъп до поддържаните от посредника регистри.

По отношение на представеното преюдициално решение, съдът намира, че то е неотнормо към процесния казус. Решение на СЕС по преюдициално дело C-95/20. се отнася до тълкуването на съвсем друг член от Делегиран регламент 2017/565 - чл. 72, пар. 2 във връзка с Приложение 1, като същото не може механично да бъде отнесено към процесния случай. В същото е посочено, че инвестиционните посредници не са длъжни да съхраняват документация за извършените за всеки клиент оценки на уместността и целесъобразността на инвестиционните продукти или услуги, както и за предоставената на всеки клиент информация относно разходите и свързаните такси, отнасящи се до инвестиционните услуги, в самостоятелни единни регистри под формата по специално на информационна база данни, като начинът на съхранение на тази документация може да бъде свободно избран, при условие обаче че отговаря на всички изисквания на чл. 72, пар. 1 от посочения делегиран регламент. Видно е, че е поставено неотменимото условие документацията да отговаря на изискванията на регламента, т.е. свободата на съхранение на въпросната информация не е безгранична. Информацията следва да бъде в съответствие с изискванията на регламента, а в настоящия случай е установена нейната цялостна липса.

Правилна е преценката на СРС и на АНО, че няма основания за прилагането на чл. 28 ЗАНН, доколкото нарушението по нищо не разкрива по-ниска степен на обществена опасност в сравнение с други нарушения от същия вид. Най-малкото установена е липсата не на един, а на три реквизита, при това с основен характер. Обстоятелството дали дадено нарушение е първо по ред (както се сочи в касационната жалба), е ирелевантно. Законът не казва, че всяко първо по ред нарушение трябва да бъде непременно приемано за маловажно, защото критерият за прилагане на чл. 28 ЗАНН е тежестта на нарушението в сравнение с други нарушения от същия вид, а не кое поред е нарушението. Да се приеме обратното, би означавало за всяко първо поред нарушение да се налага предупреждение вместо наказание, което не е целта на закона. От друга страна, наказващият орган не е пренебрегнал факта, че нарушението е първо по ред за дружеството и му е наложена минимално предвидената по закон имуществена санкция.

Предвид изложеното, решаващият касационен състав приема, че не са налице твърдените касационни основания, а обжалваното съдебно решение като валидно, допустимо и правилно, следва да бъде оставено в сила.

При този изход на спора на ответника по касацията следва да бъде присъдено юрисконсултско възнаграждение, определено на основание чл. 63, ал. 5 ЗАНН, във връзка с чл. 37 от Закона за правната помощ, във връзка с чл. 27е

от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 80 лева.

Воден от горното и на основание чл. 221, ал. 2, предложение първо АПК, във връзка с чл. 63, ал. 1, изр. 2 ЗАНН, Административен съд София – град, VII касационен състав

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА решение от 09.06.2021 г., постановено по НАХД № 11982 по описа за 2020 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 112-ти състав.

ОСЪЖДА [фирма] (с предишно наименование [фирма]) да заплати на Комисията за финансов надзор разноски по делото в размер на 80.00 (осемдесет) лева за юрисконсултско възнаграждение.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: