Р Е Ш Е Н И Е
№ 3431

гр. София, 21.05.2014 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, **VI КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,**
в публично заседание на 21.02.2014 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Любка Стоянова
ЧЛЕНОВЕ: Маруся Йорданова
Вяра Русева

при участието на секретаря Камелия Миладинова и при участието на прокурора Я.Костов, като разгледа дело номер **9600** по описа за **2013** година докладвано от съдия Маруся Йорданова, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по касационна жалба на КОМИСИЯТА ЗА ФИНАНСОВ НАДЗОР (КФН) с адрес [населено място], [улица] срещу РЕШЕНИЕ от 10.07.2013г. на СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НАКАЗАТЕЛНО ОТДЕЛЕНИЕ, 108-и състав по НАХД № 21293/2012г., с което е отменено наказателно постановление (НП) № Р-10-593 от 04.10.2012г., издадено от заместник председателя на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“, с което на Б. Б. К., ЕГН [ЕГН], в качеството му на изпълнителен директор на инвестиционния посредник (ИП) [фирма], на основание чл.127, ал.1, т.1, предл.1 от Закона за пазарите на финансови инструменти (ЗПФИ) е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 500.00 (петстотин) лв. за допускане извършването на нарушение на чл.143, ал.1, изр.1-во предложение второ от Наредба № 35 от 17.10.2006г. за капиталовата адекватност и ликвидността на инвестиционните посредници (Наредба № 35).

В касационната жалба са развити съображения за неправилност на първоинстанционния съдебен акт, като постановен при неправилно приложение на материалния закон като касационно основание по чл.348, ал.1, т.1 НПК. Касаторът поддържа, че отговорността на наказаното лице е ангажирана на основание чл.24, ал.2 ЗАНН за това, че е допуснал управляваното и

представлявано от него дружество да не спази разпоредбата на чл.143, ал.1, изр.1-во предложение второ от Наредба № 35, като не изготви на 22.05.2012г. отчет за капиталова адекватност и ликвидност (ОКАЛ) към 22.05.2012г. Посочва, че тази отговорност е различна от отговорността на ИП и между двете няма взаимна обвързаност. Касаторът претендира съда да постанови съдебно решение, с което да отмени обжалваното решение на СРС и по същество на спора да потвърди НП.

Ответникът по касационната жалба Б. Б. К., ЕГН [ЕГН] от [населено място],[жк], [жилищен адрес] чрез адв. С. Д. от САК оспорва жалбата. Подробни съображения излага в писмен отговор от 14.08.2013г.

Представителят на СОФИЙСКА ГРАДСКА ПРОКУРАТУРА счита жалбата за неоснователна.

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

Със съдебно решение от 10.07.2013г. СРС, НО, 108-и състав по НАХД № 21293/2012г. е отменил НП № Р-10-593 от 04.10.2012г., издадено от заместник председателя на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“, с което на Б. Б. К., ЕГН [ЕГН], в качеството му на изпълнителен директор на ИП [фирма], на основание чл.127, ал.1, т.1, предл.1 ЗПФИ е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 500.00 (петстотин) лв. за допускане извършването на нарушение на чл.143, ал.1, изр.1-во предложение второ от Наредба № 35.

За да постанови решението си, първоинстанционния съд е събрал като доказателства по делото показанията на актосъставителя С. Т. К., както и писмените доказателства, представени с наказателното постановление, приобщени по реда на чл.283 НПК. Въз основа на тях е обосновал правен извод, че за да бъде установено, че деецът е допуснал друго лице да извърши административно нарушение, е нужно да бъде установено, че това лице действително е извършило нарушението. Доколкото не било налице влязло в сила НП срещу инвестиционният посредник, с което се установява същият да е извършил административно нарушение, районният съдия е приел, че обжалваното пред него НП е преждевременно издадено.

Съобразно чл.218 АПК касационната инстанция дължи произнасяне само относно наведените в жалбата касационни оплаквания, като следи служебно за валидността, допустимостта и съответствието на решението с материалния закон. Съдът намира, че обжалваното решение на СРС, НО, 108-и състав е валидно и допустимо. Касаторът оспорва приложението на материалния закон.

На основание чл.220 АПК касационната инстанция напълно възприема правилно установената от СРС фактическа обстановка:

На 01.08.2012 г. в офиса на [фирма] - дружество, осъществяващо счетоводното обслужване на ИП [фирма], била извършена проверка от главен експерт Р. Д. и главен експерт С. К. - служители на КФН, относно ежедневно изготвяне на отчет за капиталова адекватност и ликвидност (ОКАЛ) на ИП [фирма] въз основа на счетоводен баланс и аналитична оборотна ведомост, съгласно изискването на чл. 143, ал. 1 от Наредба №35. По време на проверката било изискано представяне на ОКАЛ и счетоводен баланс на ИП [фирма] към произволно избрана дата, а именно към 22.05.2012 г. На проверяващите не били представени изисканите отчетни документи,

нито в електронен вид, нито на хартиен/магнитен носител. Били показани на компютърен екран изготвени ОКАЛ, счетоводен баланс и оборотна ведомост към 31.05.2012 г., 30.06.2012 г. и 04.07.2012 г. По отношение отправеното искане от страна на проверяващите да бъдат показани отчети и към 12.01.2012 г.; 09.02.2012 г.; 23.02.2012 г.; 14.03.2012 г.; 21.03.2012 г.; 05.04.2012 г.; 16.04.2012 г.; 08.05.2012 г.; 22.05.2012 г.; 12.06.2012 г.; 28.06.2012 г., било отговорено от Р. Г. (съдружник в [фирма]), че не могат да бъдат показани, но същите могат да бъдат изготвени. В особено мнение от Р. Г. към протокола за проверката от 01.08.2012г. било посочено, че „поради технически проблеми не беше възможно да се покажат водените отчети, а те не се съхраняват на хартиен носител".

В особено мнение от Б. К. към Протокола от 01.08.2012г. било посочено, че „По време на проверката беше установено, че софтуерът не работи, тъй като извършва месечно приключване, а не, че не може да представи/изготви отчетите за капиталова адекватност. Беше обяснено на проверяващия екип, че програмата ще може да се използва след 17:00 часа".

Предвид изразените особени мнения от Р. Г. и Б. К., на 02.08.2012 г. проверяващият екип предприел действия за извършване на повторна проверка в офиса на [фирма] относно спазване изискването на чл. 143, ал. 1 от Наредба № 35. Не била предоставена възможност за извършване на повторна проверка в офиса на [фирма] за спазване изискването на чл. 143, ал. 1 от Наредба № 35, за което бил съставен Протокол от 02.08.2012 г., нито били представени изисканите документи.

За констатираното нарушение на чл.143, ал.1 от Наредба № 35 на ИП [фирма] бил съставен АУАН №Р-06-692 от 07.08.2012г. и издадено НП №Р-10-584 от 04.10.2012г. На изпълнителния директор на ИП [фирма] било издадено обжалваното пред СРС НП №Р-10-594 от 04.10.2012г. Административно наказващият орган (АНО) намерил, че с поведението си Б. К. е осъществил допустителство по смисъла на чл.10 ЗАНН, вр. чл.177, ал.1, предл.1-во от Наредба № 35 и чл.127, ал.1, т.1 ЗПФИ, тъй като същият, в качеството си на изпълнителен директор на ИП, осъществява текущ оперативен контрол върху цялостната дейност на дружеството, свежда информация и следи за стриктното спазване на нормативната база. АНО се позовава на задълженията на изпълнителния директор, регламентирани в т.1 от Правилата за вътрешната организация и вътрешния контрол на ИП.

Съгласно т. 1 от Правилата за вътрешната организация и вътрешния контрол на ИП [фирма], приети с Решение на Съвета на директорите (СД) на ИП по Протокол № 1 от 19.05.2008 г., изменени и допълнени от СД с Решение по Протокол № 4 от 30.01.2009 г., както и с Решение по Протокол от 28.02.2012 г., действащи към 22.05.2012 г. (предоставени на проверяващите на 07.08.2012 г. с Приемо-предавателен протокол), оперативното управление и вътрешната координация на ИП се осъществяват от изпълнителния директор на ИП [фирма], който упражнява текущ оперативен контрол върху цялостната дейност на дружеството и свежда информация, и следи за стриктното спазване на нормативната база, регулираща дейността на ИП.

Няма спор, че допустителството за извършване на нарушения на Наредба № 35 е накакуемо съгласно чл.177, ал.1 от наредбата, вр. чл.10 ЗАНН. Съгласно чл.20, ал.3 НК, вр. чл.11 ЗАНН подбудител е този, който умишлено е склонил другиго да извърши престъплението (нарушението). Подбудителят допринася за осъществяване на нарушението, без да участва пряко в неговото изпълнение. То

е форма на интелектуално участие в нарушението, която се отнася до формиране на умисъл у извършителя – въздействие върху психиката на извършителя по начин, че у последния възниква решение за извършване на нарушение. До началото на склоняването у извършителя няма оформено решение за извършване на нарушение. Умисълът у извършителя възниква именно вследствие въздействието на подбудителя. От обективна страна подбудителството е склоняване, а от субективна страна изисква умисъл у извършителя да възникне решение за извършване на нарушението. При допустителство, осъществено чрез бездействие, допустителят не се противопоставя на извършване на нарушението, когато е правно задължен да стори това, т.е. улеснява чрез своето бездействие извършването на нарушение от друго лице, но от субективна страна отсъства общ умисъл между допустителя и извършителя на нарушението (стр.320, Наказателно право – Обща част, автор А. С., изд. «С.»).

В случая няма спор, че дружеството е наказано за нарушение на чл.143, ал.1, изр.1-во от Наредба № 35 с НП № Р-10-584 от 04.10.2012г. на зам. председателя на КФН. Видно от наказателното постановление и съгласно чл.235, ал.1 от Търговския закон (ТЗ) акционерното дружество се представлява от всеки двама от членовете на Съвета на директорите (СД) Б. Б. К. и М. А. В.. Волята на търговското дружество се формира и изразява чрез волята на неговите управителни и представителни органи, в случая - чрез волята на членовете на СД Б. Б. К. и М. А. В.. В този смисъл физическото лице Б. Б. К. се явява от една страна изразител на волята (субективното отношение) на извършителя на нарушението и от друга страна - допустител. Касационната инстанция (в решаващия си състав) приема, че в случая подобно сливане на качества с оглед фигурите на извършител и допустител на административно нарушение е недопустимо. Умисълът у допустителя (физическото лице Б. К.) изключва наличието на общ умисъл с извършителя (управителния орган на търговското дружество, извършващо нарушението) за извършване на конкретно административно нарушение. Т.е. допустител може да бъде конкретно физическо лице, което с умишленото си бездействие способства за допускане на нарушение от органа, формиращ волята на юридическото лице. Именно изискването за липса на общ умисъл между допустителя и извършителя на нарушението в случая препятства ангажирането на административната отговорност на изпълнителния директор на юридическото лице за допустителство на едно и също административно нарушение на чл.143, ал.1 от Наредба № 35.

На следващо място, ангажирането на административно наказателната отговорност на физическото лице Б. К. за допустителство изисква да се опише нарушението в неговата цялост - а именно описание на конкретния управленчески акт, с който недостатъчно добре е организирана дейността на търговското дружество, поради което е допуснато нарушението; или бездействие при дължимо действие по организиране на дейността на дружеството и упражняване на контрол върху дейността на подчинените. Поради това и административно-наказателна отговорност няма да се носи, независимо, че е извършено нарушение от служители на дружеството при изпълнение на техните трудови или служебни функции, ако ръководителят добре е организирал дейността на подчинените си и нарушението се дължи на неспазване на неговите указания; или ако

ръководителят е упражнявал необходимия и законосъобразен контрол, въпреки който нарушението е извършено. В случая в АУАН и НП общо е посочено, че отговорността на изпълнителния директор и член на СД на дружеството се ангажира поради нарушение на задължението по т.1 от Правилата за вътрешна организация и вътрешен контрол в ИП за осъществяване на текущ оперативен контрол върху цялостната дейност на дружеството. Касационната инстанция (в решаващия си състав) намира, че в случая подобно описание на деяние по осъществяване на допустителство чрез общо посочване на неизпълнение на задължение за осъществяване на текущ контрол е направено в нарушение на чл.57, ал.1, т.5 ЗАНН. В настоящия случай не е посочено с кое свое конкретно действие или бездействие Б. К. е допуснал да се извърши нарушението от страна на ИП на задължението по чл.143, ал.1 от Наредба № 35. Същото съставлява основание за отмяна на обжалваното НП, тъй като в него не е описана в цялост фактическата обстановка, съобразно нормата на чл. 57, ал. 1, т. 5 ЗАНН. Поради съвпадане на крайните изводи за наличие на основание за отмяна на обжалваното НП решението на СРС следва да бъде оставено в сила.
По изложените съображения и на основание чл. 221 ал.2 АПК и чл.222 ал.1 АПК във вр. чл.63 ал.1, изр.2 от ЗАНН, АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД-С.-град, VI Касационен състав

Р Е Ш И :

ОСТАВЯ В СИЛА Решение от 10.07.2013г. на СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НАКАЗАТЕЛНО ОТДЕЛЕНИЕ, 108-и състав по НАХД № 21293/2012г.
РЕШЕНИЕТО е окончателно на основание чл.223 АПК и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ЧЛЕНОВЕ: