

РЕШЕНИЕ

№ 4756

гр. София, 16.07.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, III КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 18.06.2021 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Десислава Корнезова

ЧЛЕНОВЕ: Боряна Петкова

Полина Величкова

при участието на секретаря Кристина Българиева и при участието на прокурора Моника Малинова, като разгледа дело номер **4021** по описа за **2021** година докладвано от съдия Десислава Корнезова, 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 [фирма], подадена чрез процесуален представител адв. Л. Л.-Г. срещу РЕШЕНИЕ от 17.03.2021г. на СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НО, 96-ти състав, постановено по нахд № 16564/2020г.

В касационната жалба са развити съображения за неправилност на първоинстанционния съдебен акт, поради постановяването му в нарушение на материалния и процесуален закон. Изложени са твърдения, че нарушението е несъставомерно, защото на 22.06.2020г. са подадени в КФН коригирани справки № 5 и № 6 към ОКАЛ за първото тримесечие на 2020г., в които от собствения капитал на дружеството от първи ред е изключена сумата, представляваща неразпределена печалба за 2019г. Първоинстанционният съд не е обсъдил всички представени доказателства, постановил е необоснован съдебен акт, който бил лишен и от мотиви. Касаторът, чрез своя процесуален представител адв. Л. Л.-Г. моли да бъде отменено решение от 17.03.2021г. на СРС, НО, 96-ти състав по нахд № 16564/2020г. и спорът решен по същество, като се отмени изцяло НП № Р-10-611/19.11.2020г. В защита на доводите в жалбата са представени писмени бележки на 02.07.2021г.

Ответникът- заместник- председател на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност” в хода на съдебния процес се представлява от юрк. Б. Г., която изразява становище за неоснователност на жалбата. Подробни правни

съображения в защита на правилността на акта са развити в депозираните по делото на 18.06.2021г. писмени бележки.

Представителят на СОФИЙСКА ГРАДСКА ПРОКУРАТУРА дава заключение за неоснователност на жалбата, като счита, че решението на СРС трябва да бъде потвърдено.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, след 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:

Касационната жалба е ОСНОВАТЕЛНА.

С решение от 17.03.2021г. по нахд № 16564/2020г. СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НО, 96-ти състав е потвърдил наказателно постановление /НП/ № Р-10-611 от 19.11.2020г., издадено от зам. председател на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност”, с което на основание чл.273 ал.5 т.11, пр. първо от ЗДКИСДПКИ на [фирма], понастоящем с наименование [фирма], е наложена имуществена санкция в размер на 20 000.00 /двадесет хиляди/ лева за извършено нарушение по чл.90 ал.2, изр. трето от ЗДКИСДПКИ във вр. чл.26 § 2 от Регламент /ЕС/ 575/2013.

За да постанови решението си, първоинстанционният съд е събрал като доказателства по делото показанията на актосъставителя Ю. С. Н. и писмените доказателства, представени с наказателното постановление, приобщени по реда на чл.283 НПК. Въз основа на тях е обосновал правния извод, че в хода на процеса не са били допуснати съществени процесуални нарушения, доказано е извършването на вмененото административно нарушение, което не представлява маловажен случай.

Пред настоящата инстанция не са ангажирани нови писмени доказателства по см. на чл.219 ал.1 АПК.

Касационната инстанция на основание чл.220 АПК приема за доказани и установени фактите, изложени от СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НО, 96-ти състав.

При вярно установената фактическа обстановка, настоящата касационна инстанция намира, че СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НО, 96-ти състав неправилно е приложил материалния закон. Налице е въведеното отменително касационно основание по см. на чл.348 ал.1 т.1 във вр. ал.2 от НПК във вр.чл.63 ЗАНН.

За да постанови решението си, районният съд е извършил проверка на издадения АУАН и НП. Описал е фактическата обстановка и въз основа на какви доказателства е изяснена същата.

По делото не е налице спор по фактите:

[фирма], е вписано под № РГ-08-51 в регистъра по чл.30 ал.1 т.5 от ЗКФН и е получило лиценз за извършване на дейност като управляващо дружество. При преглед на съдържанието на представения в КФН тримесечен отчет за първо тримесечие на 2020г. е констатирано, че дружеството при определяне на размера на собствения си капитал за целите на изготвяне на ОКАЛ е включило и годишната си печалба за 2019г. в размер на 16 479.00 лева. В ОКАЛ е включена неразпределена печалба в размер на 13 724.00 лева, която представлява разлика между годишната печалба за 2019г. в размер на 16 749.00 лева и непокритата загуба за предходен период в размер на 2 756.00 лева. Т.е. годишната печалба за 2019г. е включена в базовия собствен капитал от първи ред. От дружеството с писмо изх. № РГ-03-00-29/14.05.2020г. е изискана информация относно това през 2019г. взимано ли е решение от едноличния собственик на капитала за разпределение на печалбата. Получен е отговор, че към

този момент- 14.05.2020г. не е взето решение от едноличния собственик на капитала, поради следните причини: срокът за такова решение изтича на 30.06.2020г., както и поради изтичане на мандатите на членовете на УС и на надзорния съвет са изпратени писма в КФН за тяхното одобрение. Посочено е, че след одобрение, едноличния собственик на капитала ще предприеме необходимите действия за провеждане на заседание със съответното решение за одобрение на ГФО и доклада на одитора, освобождаване от отговорност на членовете на съвета на директорите, избор на одитор и неразпределение на печалбата за 2019г. като дивидент и отнасяването ѝ към фонд „Резервен“. Същевременно в КФН не е било постъпило искане от дружеството за издаване на предварително разрешение за включване на посочената годишна печалба от 16 479.00 лева в базовия му собствен капитал от първи ред. Следователно за целите на изготвяне на ОКАЛ към 31.03.2020г., касаторът е включил годишната си печалба за 2019г. в размер на 16 479.00 лева в базовия собствен капитал от първи ред, без да е изпълнил условията на чл.26, § 2 от Регламент /ЕС/575/2013. Впоследствие, с решение от 09.06.2020г. дружеството е приело, реализираната печалба за 2019г. в размер на сумата от 16 479.00 лева да не бъде разпределяна като дивидент, а същата да се отнесе към фонд „Резервен“. АНО е приел, че дружеството при определяне на размера на собствения си капитал към 31.03.2020г. за целите на изготвяне на ОКАЛ е включило годишната печалба за 2019г. в размер на 16 479.00 лева в стойността на базовия собствен капитал от първи ред, преди да е взето решение за годишния резултат от едноличния собственик на капитала и без да е издадено предварително разрешение за това от КФН.

Имуществената отговорност на касатора е ангажирана за неизпълнено правно задължение по чл.90 ал.2, изр. трето от ЗДКИСДПКИ във вр. чл.26 § 2 от Регламент /ЕС/ 575/2013, като на основание чл.273 ал.5 т.11, пр. първо от ЗДКИСДПКИ му е наложена имуществена санкция в размер на 20 000.00 /двадесет хиляди/ лева.

Съгласно чл.90 ал.2, изр. първо от ЗДКИСДПКИ, управляващото дружество е длъжно по всяко време да поддържа собствен капитал, превишаващ или равен на стойността по ал. 1 или 3. Управляващото дружество е длъжно да спазва съответните изисквания на Регламент /ЕС/ № 575/2013 при определяне размера на собствения си капитал.

Според чл.92 ал.2 от ЗДКИСДПКИ, управляващото дружество е длъжно да представи в комисията до 10-о число на месеца, следващ тримесечието, счетоводен баланс и отчет за приходите и разходите към последната дата на всяко тримесечие, както и тримесечен отчет за капиталовата си адекватност и ликвидност /ОКАЛ/ със съдържание, определено с наредба.

По дефиницията на чл.4, § 1 т.118 от Регламент /ЕС/ 575/2013 „собствен капитал“ означава сумата на капитала от първи ред и капитала от втори ред.

Съгласно чл.25 от Регламента, капиталът от първи ред е сборът от базов собствен капитал от първи ред и допълнителен капитал от първи ред. Един от елементите на базовия собствен капитал от първи ред е и неразпределената печалба.

Съгласно чл.26 § 2 от Регламента, единствено с предварителното разрешение на компетентния орган институциите могат да включат в базовия собствен капитал от първи ред междинната или годишната печалба, преди да са взели официално решение за годишния резултат (печалба или загуба) на институцията.

Законосъобразно е прието, че при изготвяне на 09.04.2020г. на ОКАЛ за първо тримесечие на 2020г., касаторът е включил в базовия си собствен капитал от първи ред сумата от 16 479.00 лева, представляваща неразпределената печалба за 2019г., без

за това да е имало предварително одобрение от КФН и преди да е взето решение за това от едноличния собственик на капитала. Мерадавен за съставомерността на деянието е момента на изготвяне на ОКАЛ за съответното тримесечие и представянето му пред надзорния орган. В случая, процесният ОКАЛ е представен на 09.04.2020г., а последващото му коригиране и съобразяване с разпоредбите на Регламента, което е направено на 22.06.2020г. безусловно трябва да бъде преценено при индивидуализиране на санкцията и преценката за маловажност на нарушението.

Неоснователно е и позоваването от страна на касатора на § 47 т.2 от ПЗР на ЗМДВИП, тъй като до 30.09.2020г. се удължава срока за представяне на счетоводен баланс и отчет за приходите и разходите към последната дата на всяко тримесечие, както и тримесечен отчет за капиталовата си адекватност и ликвидност със съдържание, определено с наредба. В конкретния случай, дружеството не е санкционирано за неизпълнение на правно задължение по чл.92 ал.2 от закона, а именно: непредставяне в срок на тримесечен отчет за капиталовата си адекватност и ликвидност, а санкцията е наложена, за това, че дружеството не е изпълнило правилата на Регламент /ЕС/ 575/2013 при определяне на собствения си базов капитал от първи ред. За този вид нарушение по чл.90 ал.2, изр. трето от ЗДКИСДПКИ във вр. чл.26 § 2 от Регламента не е предвиден срок за изпълнение, още по-малко удължен такъв по ЗМДВИП, поради което управляващото дружество следва да спазва цитираните разпоредби по всяко време при определяне на собствения си капитал, независимо дали е за целите за съставяне на ОКАЛ или за други цели. С изготвянето на ОКАЛ на 09.04.2020г. и включването в базовия собствен капитал от първи ред на неразпределената печалба за 2019г. без разрешение на надзорния орган и преди да бъде взето решение от едноличния собственик на капитала е извършено нарушението с посочената правна квалификация.

Не се споделя от настоящата инстанция обаче, окончателният правен резултат за потвърждаване на наказателното постановление № Р-10-611/19.11.2020г., по следните съображения:

Неправилни са изводите на СРС, НО, 96-ти състав, че извършеното административно нарушение не представлява маловажен случай по смисъла на чл. 28 от ЗАНН - такъв, при който извършеното административно нарушение с оглед на липсата или незначителността на вредните последици или с оглед на други смекчаващи обстоятелства представлява по-ниска степен на обществена опасност в сравнение с обикновените случаи на административно нарушение от съответния вид. Съвкупната преценка на всички тези обстоятелства трябва да обуслови във всеки отделен случай по-ниска степен на обществена опасност на конкретното извършено нарушение в сравнение с обикновените случаи на административни нарушения от подобен вид. По принцип е възможно и формалните /на просто извършване/ административни нарушения да се определят за маловажни, но същите следва да се отличават от обикновените, типични нарушения от този вид. За съставомерността на деянието законът не поставя изискване да са настъпили каквито и да е вредни последици за някой субект или за Държавата. Правната теория и съдебната практика е последователна и непротиворечива по въпроса, че обстоятелствата, визирани от състава, очертават в тяхната съвкупност онова именно типично общественоопасно деяние, което нормата запретижава като престъпление, респ. нарушение от даден вид. Обусловената от тях типична обществена опасност на деянието е съобразена при фиксиране на общоустановената в него санкция, поради което тези обстоятелства не

могат след това да се явят едновременно като такива, които определят и индивидуалната тежест на конкретното нарушение от този вид, и следващото се за него индивидуализирано наказание.

Анализирайки приложените по делото доказателства, касационната инстанция заключава, че в конкретния случай може да се приложи разпоредбата на чл.28 ЗАНН. Проверката за наличие на основанията за това включва в обсега си обективни и субективните признаци, касаещи: степента на обществена опасност на деянието и дееца и сравнението с други сходни и типични за деянието хипотези; съдебното минало и административните нарушения, извършени от нарушителя, постигане целите на наказанието, въпреки освобождаването от административно-наказателна отговорност, отношението на извършителя към извършеното и към последиците от извършеното, възрастта и имотното състояние на извършителя и други. Административният съд, действащ като касационна инстанция, извършвайки служебна проверка за съответствието на първоинстанционното решение с материалния закон, в който се включва и проверката за маловажност на деянието по чл.28 ЗАНН, въз основа на събраните доказателства, установи следното:

В процесния казус, нарушението е отстранено на 22.06.2020г., когато е представен в КФН коригиран отчет за капиталовата адекватност и ликвидност за първо тримесечие на 2020г. Видно е, че в собствения капитал на дружеството от първи ред не е включена сумата от 16 479.00 лева, представляваща неразпределена печалба за 2019г. Капиталът на дружеството възлиза на размер от 301 296.00 лева, по-нисък в сравнение посочения в отчета от 09.04.2020г. от 317 776.00 лева. Нарушението е било отстранено преди издаване на наказателното постановление, което обстоятелство не е отчетено от ответника. Допуснато е нарушение по чл.52 ал.4 от ЗАНН, защото зам. председател на КФН, ръководещ управление «Н. на инвестиционната дейност» не е съобразил представените към възражение вх. № 91-01-386/22.06.2020г. писмени доказателства, не е обсъдил и анализирал тяхната относимост при формиране на крайното си решение да привлече и реализира административно-наказателна отговорност на [фирма].

Извършеното деяние не е застрашило обществените отношения, които са предмет на защита, с достатъчна интензивност, за да се приеме, че същото е административно нарушение. Съдът счита, че може да се обоснове по-ниска степен на обществена опасност в сравнение с обикновените случаи на нарушение от този вид.

Вмененото нарушение не се характеризира с достатъчен интензитет, за да се приеме, че същото следва да се санкционира по административен ред, а трябва да се освободи касатора от реализиране на административно-наказателна отговорност. След като към дата- 19.11.2020г. нарушението не е съществувало, било е отстранено, са налице достатъчно аргументи за квалифициране на извършеното деяние като маловажен случай по смисъла на чл.28 ЗАНН. Съдът счита, че и към настоящия момент не са засегнати обществените отношения, предмет на защита и не се накърняват целите на ЗДКИСДПКИ, а именно: осигурена е защита на правата и интересите на инвеститорите и е съхранена стабилността и общественото доверие в капиталовия пазар. /в т.см. е задължителното тълкувателно решение № 1/12.12.2007г. по т. дело № 1/2007г. на ВКС на РБ. /. Налагането на имуществена санкция в размер на сумата от 20 000.00 лева се явява непропорционална мярка спрямо степента на обществена опасност на деянието, което е и първо за дееца. Целта по чл.12 от ЗАНН ще бъде постигната, като се предупреди представляващият дружеството, че следва стриктно да

се спазват правилата по чл.26 от Регламент /ЕС/ № 575/2013 и при друго идентично нарушение ще се реализира административно-наказателна отговорност.

По тези доводи и аргументи, касационната инстанция заключава, че решението от 17.03.2021г. на СРС, НО, 96-ти състав е неправилно на основание чл.348 НПК и при условията и по реда на чл.221 ал.2 АПК следва да бъде отменено. Спорът подлежи на решаване по същество, чрез цялостна отмяна на наказателния акт. Не се констатираха служебно основанията за касиране на съдебния акт по см. на чл.218 ал.2 АПК във вр.чл.209 т.1 и т.2 АПК.

При този изход на делото в полза на [фирма] следва да се присъдят разноски за осъществено процесуално представителство от адв. Л. Л.- Г., които се определят в размер на сумата от 2 260.00 лева. Основателно е възражението на процесуалия представител на ответника за прекомерност на уговорения и заплатен адвокатски хонорар. На основание чл.18 ал.2 във вр. чл.7 ал.2 т.4 от Наредба № 1/09.07.2004г. на Висшия адвокатски съвет, минималният размер за адвокатско възнаграждение е 1 130.00 лева за всяка една от инстанциите.

По изложените съображения, **АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, III Касационен състав** на основание чл.221 ал.2 и чл.222 ал.1 от АПК във вр.чл.63 ал.1, изр.2 ЗАНН

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ решение от 17.03.2021г., постановено по нахд № 16564/2020г. на СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НО, 96-ти състав **и вместо него постановява:**

ОТМЕНЯ наказателно постановление /НП/ № Р-10-611 от 19.11.2020г., издадено от зам. председател на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност”, с което на основание чл.273 ал.5 т.11, пр. първо от ЗДКИСДПКИ на [фирма], понастоящем с наименование [фирма], е наложена имуществена санкция в размер на 20 000.00 /двадесет хиляди/ лева за извършено нарушение по чл.90 ал.2, изр. трето от ЗДКИСДПКИ във вр. чл.26 § 2 от Регламент /ЕС/ 575/2013.

ОСЪЖДА КОМИСИЯ ЗА ФИНАНСОВ НАДЗОР с адрес: [населено място], [улица] да заплати на [фирма], ЕИК[ЕИК], представлявано от Р. И. Р.-Н. и Р. В. Г. със седалище и адрес на управление: [населено място], район „С.“, [улица], ет.1 сумата от 2 260.00 /две хиляди двеста и шестдесет / лева на основание чл.63 ал.5 във вр. ал.3 от ЗАНН.

РЕШЕНИЕТО е окончателно на основание чл.223 АПК и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.