

РЕШЕНИЕ

№ 4149

гр. София, 23.06.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XVIII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 04.06.2021 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Милена Славейкова

ЧЛЕНОВЕ: Даниела Гунева

Ева Пелова

при участието на секретаря Грета Грозданова и при участието на прокурора Милен Ютеров, като разгледа дело номер **2879** по описа за **2021** година докладвано от съдия Милена Славейкова, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по касационна жалба на [фирма], ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление [населено място], район „В.“, [улица], ет.2, офис 3, чрез адв. М. В., срещу Решение № 20016483 от 19.01.2021 г. по нахд № 7544/2020 г. на СРС, НО, 107-и състав, с което е потвърдено Наказателно постановление (НП) № Р-10-215 от 19.05.2020 г., издадено от заместник – председателя на Комисията за финансов надзор (КФН), ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“, с което на касатора на основание чл.221, ал.8, т.1, вр. ал.1, т.1 от Закона за публичното предлагане на ценни книжа (ЗППЦК) е наложена имуществена санкция в размер на 500 лв. за нарушение на чл.7а, ал.1, т.1, вр. чл.6, ал.1, т.3 от Наредба № 23 от 08.02.2006 г. за условията и реда за оценка на клиентските активи.

Касаторът излага съображения за неправилност на обжалваното решение като постановено при неправилно приложение на закона - отменително основание по чл.348, ал.1, т.1 НПК. Твърди допуснати нарушения при съставянето и връчването на АУАН. Сочил нарушение на чл.34, ал.1 ЗАНН, чийто начален срок смята, че тече от депозиране на справка рег. № РГ-03-00-26 от 09.10.2019 г. Поддържа, че справката по чл.77н от ЗППЦК е ежемесечна, поради което много преди тематичната проверка,

разпоредена със Заповед № 3-316 от 16.09.2019 г., КФН била наясно с осъществявания от лицето вид сделки (договори за разлики), вкл. за извършването на оценки на въпросните активи и за евентуално нарушение поради неправилното им отчитане като обикновени парични средства. Твърди, че липсва законова уредба или указания на регулатора за оценка на въпросните активи. Поддържа, че за правилното описание на нарушението съгласно чл.57, ал.1, т.5 ЗАНН административно-наказващият орган (АНО) е следвало да посочи конкретни размери или обеми на погрешни изчисления, респ. погрешно внесени вноски във Фонда за компенсиране на инвеститорите (ФКИ). Претендира за отмяна на обжалваното решение на СРС и по същество на спора – за отмяна на НП.

Ответникът по касационната жалба – КФН - редовно призован, се представлява от юрк. Г., който оспорва жалбата по съображения, подробно изложени в писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Представителят на Софийска градска прокуратура намира жалбата за неоснователна и счита, че решението на СРС следва да бъде потвърдено като правилно.

Административен съд София – град, XVIII –ти касационен състав, след като се запозна с обжалваното решение, съобрази доводите и становищата на страните, и обсъди наведените касационни основания, намира за установено от фактическа и правна страна следното :

Касационната жалба е подадена в преклузивния срок по чл.211, ал.1 от АПК, във връзка с чл.63, ал.1, изр.2 от ЗАНН, от надлежна страна по чл. 210, ал. 1 от АПК, срещу подлежащо на оспорване по чл. 208 от АПК съдебно решение, поради което е допустима.

Разгледана по същество е неоснователна.

От фактическа страна, решаващият съд е приел за установено, че инвестиционен посредник /ИП/ [фирма] е дружество с издаден от КФН с Решение № 1136-ИП/06.12.18 г. лиценз за предоставяне на определени инвестиционни услуги и извършване на определена инвестиционна дейност по смисъла на чл. 6, ал. 2 от Закона за пазарите на финансови инструменти (ЗПФИ), а именно: приемане и предаване на нареждания във връзка с един или повече финансови инструменти/изпълнения на нареждания за сметка на клиент/управление на портфейл/ предоставяне на инвестиционни съвети/пласиране на финансови инструменти, както и за предоставянето на допълнителните инвестиционни услуги, уредени в чл. 6, ал. 3 ЗПФИ.

Със заповед № 3-316/16.09.2019 г. на заместник-председателя на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност”, е открита проверка на ИП [фирма]. Във връзка с искане № 4 ИП с писмо с вх. № 03-273-31/22.10.19 г. е предоставил документ „Правила за оценка на клиентските активи при инвестиционен посредник [фирма]. Във връзка с искане № 11 ИП с писмо с вх. № 03-273-31/16.01.20г. и констативен протокол № Р-04-6/20.01.20г. е потвърдил, че тези правила са единствените, които е приемал.

При преглеждането на правилата е установено, че ИП е обособил раздел II, озаглавен „Правила за оценка на клиентските активи”. В него се съдържат и същинските правила за оценка, приети от ИП. В чл. 4 са уговорени методите за оценка по отношение на акции, облигации, допуснати до търговия на регулиран пазар, държавни ценни книжа и акции или дялове на колективни инвестиционни схеми. В чл. 5 е уговорен метод за оценка на акции, които са били предмет на публично предлагане в

РБ и не са били допуснати до търговия на регулиран пазар. В чл. 6 е посочено следното: „При невъзможност да се формира пазарната стойност на финансовите инструменти съгласно чл. 4, включително когато финансовите инструменти не са допуснати до търговия на регулиран пазар, пазарната стойност се определя, както следва:

1. за акциите на публично дружество, които са били предмет на публично предлагане в РБ, или акции на дружество, допуснати до търговия на регулиран пазар, от деня на публикуване на съответния финансов отчет на дружеството – по метода на нетната балансова стойност на активите; стойността на една акция по този метод се определя, като активите по баланса на дружеството, намалени със стойността на текущите и нетекущите пасиви по баланса, се разделят на броя на акциите, без обратно изкупените от дружеството, ако нетната балансова стойност е положителна;

2. за облигациите - по метода на дисконтираните бъдещи нетни парични потоци, като дисконтовият фактор се определя от инвестиционните посредници за съответната година до 31 януари и отразява най-малко основния лихвен процент на БНБ към края на предходната година и инфлационния индекс за предходната година, обявен от Националния статистически институт;

3. финансови инструменти и други клиентски активи извън тези по т. 1 и 2 – по общоприети методи за оценка, определени в правилата по чл. 8.”

В чл. 8 е описано, че последваща оценка на клиентски активи се извършва, като се използват следните методи на оценка:

„- чуждестранните ценни книжа, допуснати до или приети за търговия на международно признати и ликвидни регулиращи пазари на ценни книжа в чужбина се извършва:

- за ценни книжа, търгувани на регулирани пазари и официални пазари на фондова борса по последна цена от борсовия бюлетин на сключена с тях сделка на съответния пазар в деня на операцията;

- банковите депозити, парите на каса, паричните средства по разплащателни сметки се оценяват към деня на оценката, както следва:

- банковите депозити- по номиналната им стойност и полагашата се съгласно договора натрупана лихва;

- клиентските пари на каса и по разплащателна сметка – по номинална стойност.”

От приложения с писмо с вх. № РГ-03-273-30/18.09.2019г. „Дневник сделки за периода от 6.12.2018 г. до 18.09.2019 г.” е видно, че считано от 04.04.2019 г. през ИП започва да се осъществява търговия с договори за разлики, като това са единствените финансови инструменти, с които ИП оперира. От справка по чл. 77н ЗППЦК, подадена от ИП с писмо с вх. № РГ-03-00-26/09.10.2019 г., е видно, че ИП извършва оценка на финансови инструменти от вида договори за разлики, тъй като в таблица 2, т. I „Финансови инструменти на клиенти”, ред 9 „Договори за разлики по чл. 3, т. 2, б. „з” от ЗПФИ е попълнил, че съхранява финансови инструменти от посочения вид на стойност 4898.18 щатски долара или 8797.87 лева.

От подадени с писмо с вх. № РГ-03-273-31/19.11.19 г. дневни отчети от платформата „М. 4” за търговията на всеки клиент към следните дати – 30.04.2019 г., 31.05.2019 г., 28.06.2019 г. и 31.07.2019 г. /последните работни дни от месеците април, май, юни и юли 2019г./ е видно, че към 31.05.2019 г. отворени позиции по договори за разлики имат клиентите А. Т. и Н. В., към 28.06.2019 г. отворени позиции по договори за разлики има клиента С. К. и към 31.07.2019г. отворени позиции по договори за

разлики имат клиентите С. К. и Н. Г.. За тези финансови инструменти следвало да бъде извършена оценка. При преглед на представени от ИП с констативен протокол № Р-04-126/18.09.19 г. аналитични справки с дебитни и кредитни салда към 30.08.2019 г. било установено, че ИП е извършил преоценка на финансови инструменти от типа договори за разлики. В аналитичната справка с дебитни салда се съдържа синтетична сметка № 4893 с наименование „Нереализирана загуба от преоценки CFD - клиенти”.

Така установените факти дали основание на св.Р. А. да състави АУАН № Р-06-55/22.01.20г. за нарушение на чл. 7а, ал. 1, т. 1, вр. чл. 6, ал. 1, т. 3 от Наредба № 23, въз основа на което било издадено НП № Р-10-215/19.05.2020г., с което на касатора е наложена имуществена санкция в размер на 500 лева на основание чл. 221, ал. 8, т. 1, пр. 1 З. за нарушение на чл. 7а, ал. 1, т. 1, вр. чл. 6, ал. 1, т. 3 от Наредбата.

От правна страна, съставът на СРС е приел, че при съставянето на АУАН и издаването на НП не са допуснати съществени процесуални нарушения, като същите са издадени от материално компетентни органи. Конкретно, относно актосъставителя приел, че компетентността произтича от Заповед № 3-377 от 13.11.2019 г. От материална страна е приел вмененото нарушение за доказано. Като е тълкувал разпоредбите на чл.77а, ал.3 и чл.77н ЗППЦК, вр. чл.3, ал.1, чл.4, чл.6 и чл.7а, ал.1 от Наредба № 23/206 г. е достигнал до извод, че [фирма] е следвало да приеме правила за оценка на клиентските активи. Предвид обстоятелството, че извършва търговия с договори за разлики, е било длъжно да предвиди в своите правила метод за оценка на финансови инструменти от типа договори за разлики, респ. като не е приел правила за оценка на клиентски активи със съдържащи се в тях методи за оценка на финансови инструменти от типа договори за разлики, ИП е извършил нарушение на чл. 7а, ал. 1, т. 1 от Наредба № 23. Споделил е съображенията на АНО, изложени в НП, относно характера на договорите за разлики. Приел е, че непосочването на метод за изчисляване на актива договор за разлики в Наредба № 23, следва от характера ѝ на подзаконов нормативен акт, който общо регулира обществените отношения, свързани с оценката на клиентски активи. Невъзможно било да се предвиди оценка на всеки един финансов инструмент на нормативно ниво. Именно поради това в чл. 6, ал. 1, т. 3 и чл. 7а, ал. 1 от Наредба № 23 е приел, че финансовите инструменти извън акции и облигации се определят по общоприети методи, определени в правилата за оценка на клиентски активи на съответния ИП. СРС е посочил, че по своята правна същност договорите за разлики представляват финансови инструменти на основание чл. 4, т. 9 от Закона за пазарите за финансови инструменти. Договорите за разлики не представляват парични средства и се различават от тях. Именно поради това ИП в своите правила е следвало да посочи, че този тип финансови инструменти се оценяват като парични средства, тъй като в противен случай остава неясен методът на оценка на финансовия инструмент договори за разлика. Намерил е за неоснователно възражението за нарушение на чл.34, ал.1 ЗАНН. Изложил е мотиви за липса на основание за приложение на чл.28 ЗАНН с оглед естеството на нарушението и важността на засегнатите обществени отношения, както и за съобразеност на размера на санкцията с целта на наказанието.

Така постановеното решение е валидно, допустимо и правилно, постановено при правилно приложение на материалния закон, правилно разпределение на доказателствената тежест и правилно формиране на правните изводи на съда в съответствие с правилата на логическото мислене и съвкупна преценка на всички факти, обстоятелства и доказателствата, без да е допуснато изопачаването им или

неправилното им тълкуване.

Касаторът не оспорва качеството си на инвестиционен посредник. Със Заповед № 3-336 от 16.09.2019 г. на заместник – председателя на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност”, е разпоредена тематична проверка на дейността на [фирма] за спазване на разпоредбите на Глава Шеста, раздел III и Глава Седма от Закона за пазарите на финансови инструменти, вкл. с правомощия на проверяващите да съставят АУАН. В хода на проверката, още на 18.09.2019 г. на проверяващите били предоставени множество документи, описани в констативен протокол (КП) от същата дата. За доказване компетентността на актосъставителя Р. Е. А. е представена Заповед №3-377 от 13.11.2019 г., с която на основание чл.15, ал.1, т.6 от ЗКФН заместник – председателя на Комисията ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност”, е определил поименно длъжностни лица, разполагащи с компетентност да съставят АУАН.

Установява се от съдържанието на двете заповеди, че между тях липсва връзка. Първата е тематична, издадена конкретно за проверка на дейността на касатора в определена сфера на неговата дейност. Втората е обща и касае оправомощаване на множество служители на КФН да съставят АУАН по множество на брой национални и съюзни нормативни актове. Изложеното не означава, че в периода от 16.09.2019 г. до 13.11.2019 г. Р. А. не е разполагал с компетентност да изисква документи от [фирма], респ. че е налице опорочаване на процедурата по редовно събиране на доказателства в хода на разпоредената проверка, вкл. относими към задълженията на лицето по ЗППЦК. Въз основа на заповедта от 16.09.2019 г. Р. А. разполага с компетентност по съставяне на АУАН по ЗПФИ, което от своя страна е наложило прилагането в административно-наказателната преписка на общата оправомощаваща заповед от 13.11.2019 г. Доколкото АУАН е издаден на 22.01.2020 г. безспорно актосъставителят е разполагал с компетентност за това. Позоваването в акта на доказателства, събрани преди образуването на административно-наказателното производство чрез съставяне на АУАН, по никакъв начин не опорочава процедурата, както неоснователно поддържа касаторът.

Безспорно е установено по делото, че на [фирма] е издаден лиценз от КФН с Решение № 1136-ИП/06.12.18 г. за предоставяне на определени инвестиционни услуги и извършване на определена инвестиционна дейност по смисъла на чл. 6, ал. 2 ЗПФИ. В това си качество и съгласно чл.77а, ал.3 ЗППЦК касаторът е задължен да прави парични вноски във ФКИ съгласно чл.77н, ал.1 и ал.2 ЗППЦК – встъпителна и годишна вноски. Инвестиционният посредник е длъжен да представя в комисията и фонда до 10-о число на всеки месец справка за клиентските активи към последния ден на предходния месец по образец, одобрен от заместник-председателя на комисията (чл.77н, ал.12 ЗППЦК).

При изчисляване размера на дължимата годишна вноска паричните средства в чуждестранна валута се оценяват по курса на Българската народна банка към последния ден на месеца, а финансовите инструменти и другите активи се оценяват към последния ден на месеца, ако е възможно по пазарната им стойност, в съответствие с правила, определени с наредба (чл.77н, ал.12 ЗППЦК). Въз основа на визираното нормативно делегиране е издадена Наредба № 23/2006 г. за условията и реда за оценка на клиентски активи. Начина на оценка на пазарната стойност на активите е уреден в чл.4 от Наредба № 23. При невъзможност да се формира пазарна стойност на активите по чл.4, съгласно чл.6, ал.1, т.3 от Наредба № 23 финансови

инструменти и други клиентски активи извън тези по т. 1 и 2 (акции и облигации) - по общоприети методи за оценка, определени в правилата по чл. 7а. Според вменената за нарушена норма на чл.7а, ал.1, т.1 от Наредба № 23 ИП извършват оценка на финансовите инструменти по чл. 6, ал. 1, т. 2 и 3 въз основа на приети от тях правила, които съдържат най малко следното: описание на избрания метод за оценка на всеки финансов инструмент или друг актив, както и обосновка за определянето му. ИП представят в комисията правилата по ал. 1 в 7-дневен срок от приемането им, съответно от приемане на изменения в тях (чл.7, ал.3 от Наредба № 23).

Не е спорно, че първоначално приетите Правила за оценка на клиентски активи са предоставени на КФН на 28.06.2019 г.

Искане № 4 от 21.10.2019 г. към Заповед № 3-336 от 16.09.2019 г. касае представяне на списък на всички вътрешни правила, политики и процедури, приети от [фирма], както и копия от всички вътрешни правила. Не може да се поддържа, че така формулираното искане не отговаря на тематичната проверка, разпоредена със заповедта от 16.09.2019 г., доколкото касаторът не оспорва качеството си на ИП. Вътрешните правила са представени с писмо, постъпило в КФН на 22.10.2019 г.

С искане № 11 от 16.01.2020 г. е изискано от ИП да посочи, дали освен с Правила за оценка на клиентски активи от 28.06.2019 г., представени в КФН с писмо от 22.10.2019, ИП разполага с други правила за оценка на клиентски активи. Предоставен е отговор от 16.01.2020 г., че [фирма] не разполага с други Правила за оценка на клиентски активи, а действащите правила са представени първоначално в КФН на 28.06.2019 г.

Същевременно, в АУАН и НП се сочи, че едва от подадените с писмо с вх. № РГ-03-273-31/19.11.19 г. дневни отчети от платформата „М. 4” за търговията на всеки клиент към следните дати – 30.04.2019г., 31.05.2019г., 28.06.2019г. и 31.07.2019г. ставало ясно, че при проверяването лице има отворени позиции по договори за разлики (ДЗР). Тези допълнително изискани документи също са пряко относими към състава на вмененото на [фирма] нарушение начл.7а, ал.1, т.1 от Наредба № 23, респ. към преценката за спазване на срока по чл.34, ал.1 ЗАНН.

От посочените дати ясно личи, че в хода на проверката лицето е представило документи, относими към състава на вмененото му нарушение. Последното от тях е писмо от **16.01.2020 г.** на [фирма], удостоверяващо, че първоначално представените Правила са действащи. Това е релевантно съобразно чл.7а, ал.3 от Наредба № 23, съгласно който ИП представят в комисията правилата по ал. 1 в 7-дневен срок от приемането им, съответно от приемане на *изменения* в тях. Последващо изисканата от проверяваното дружество информация е релевантна с оглед нормативно уредената възможност за внасяне на изменения в Правилата. Не може да се поддържа, че Комисията разполага с необходимата информация единствено въз основа на дистанционен достъп и електронно предоставяната ѝ информация, тъй като проверяваното лице може да не е изпълнило някое от задълженията си за деклариране. По изложените съображения, съставеният на 22.01.2020 г. АУАН е издаден в сроковете по чл.34, ал.1 ЗАНН. Несподелима е тезата на касатора относно началната дата на срока по чл.34, ал.1 ЗАНН. Тя не може да се отнесе към представените месечни справки по чл.77н ЗППЦК, тъй като конкретното нарушение по чл.7а, ал.1, т.1 от Наредба № 23 изисква съобразяване на множество допълнителни доказателства, представени от проверяваното лице в хода на проверката, разпоредена със Заповед №

З-336 от 16.09.2019 г.

Служителите на Комисията са определили договорите за разлики (ДЗР) като финансови инструменти по чл.6, ал.1, т.3 от Наредба № 23, които следвало да бъдат оценени. Анализирани са съдържанието на представените от дружеството правила и са приели, че съдържашите се в чл.8 методи за оценка не са относими към финансовите инструменти от типа ДЗР. В заключение са формирали извод, че както чл.8, така и целите Правила, не съдържат правила за оценка на финансови инструменти от типа ДЗР.

В АУАН и НП, въз основа на писма от [фирма] от 18.09.2019 г. и от 09.10.2019 г. е направен извод, че единствените финансови инструменти, с които оперира [фирма] са именно ДЗР, респ. дружеството извършва тяхна оценка, като е декларирало, че съхранява активи от посочения вид на стойност 4898.18 щатски долара, или 8797.97 лв. При съпоставка на така установените обстоятелства, в АУАН и НП е направен извод, че *предвид липсата на описани методи за оценка в правилата на ИП, не може да бъде даден отговор дали посредникът правилно е оценил финансовите си инструменти.*

ДЗР са посочени като финансови инструменти в чл.4, т.9 от Закона за пазарите на финансови инструменти. С оглед изброяването в чл.6, ал.1 от Наредба № 23 този клиентски актив дефинитивно попада в т.3, респ. за него е относимо правилото на чл.7а, ал.1, т.1 от Наредба № 23. След като проверяващите не са открили метод за оценка на този актив в предоставените правила, то вмененото нарушение е доказано, както правилно е приел районният съд.

Касаторът не излага аргументирани доводи, защо ДЗР следва да се приемат за парични средства – становище, което не може да бъде споделено. В тази връзка не може да се кредитира аргумента му, че това следва от практиката на всички ИП. Абсолютно несъстоятелни са и доводите му за липса на законова уредба за оценка на въпросните активи, както и, че за правилното описание на нарушението АНО следвало да посочи конкретни размери или обеми на погрешни изчисления, респ. погрешно внесени вноски във Фонда за компенсиране на инвеститорите (ФКИ). В тази връзка аргументи са посочени в решението на СРС, към които касационната инстанция препраща съгласно чл.221, ал.2, изр.2 АПК.

На последно място, АУАН е съставен и връчен в присъствието на Д. Б. и Т. Д., поради което и този аргумент на касатора е неоснователен.

По изложените съображения и като е достигнал до идентични правни изводи, СРС е постановил правилно решение, което на основание чл.221, ал.1 АПК следва да бъде оставено в сила.

При този изход на спора и на основание чл.63, ал.5 ЗАНН, вр. чл.27е от Наредбата за заплащане на правната помощ на ответника по касация следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв.

По изложените съображения и на основание чл. 221, ал. 2 АПК, във вр. с чл. 63, ал. 1, изр. 2 ЗАНН, Административен съд София – град, XVIII-ти касационен състав,

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА съдебно решение № 20016483 от 19.01.2021 г. по нахд № 7544/2020 г. на СРС, НО, 107-и състав.

ОСЪЖДА [фирма], ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление [населено

място], район „В.“, [улица], ет.2, офис 3, да заплати на Комисията за финансов надзор юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв.

РЕШЕНИЕТО е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.