

РЕШЕНИЕ

№ 6395

гр. София, 27.10.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XI КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 29.09.2023 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Веселина Женаварова

ЧЛЕНОВЕ: Георги Тафров

Людмила Коева

при участието на секретаря Кристина Петрова и при участието на прокурора Милен Ютеров, като разгледа дело номер **5599** по описа за **2023** година докладвано от съдия Веселина Женаварова, 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.63в от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

Образувано е по касационна жалба от заместник-председателя на Комисията за финансов надзор (КФН), подадена чрез юрк. Г., срещу Решение № 1223 от 15.03.2023 г. на Софийския районен съд, Наказателно отделение, 100 състав по а.н.д.№ 4794/2022 г., с което е отменено Наказателно постановление № Р-10-39/16.03.2022 г. на заместник-председателя на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“, е което НП на инвестиционен посредник „Трейдинг 212“ ЕООД, ЕИК[ЕИК], на основание чл. 290, ал. 9, т. 3, пр. 1 от Закона за пазарите на финансови инструменти (ЗПФИ) са наложени 16 бр. „имуществени санкции” в размер на 12 000 лв. за всяко от 16 бр. констатирани нарушения на чл. 11, ал. 1 от ЗПФИ (относно отчетната дата), във връзка с чл. 92, §1, б. в) във връзка с §2, б. в) във връзка с §3, и §4 от Регламент (ЕС) № 575/2013, като наложените санкции възлизат в общ размер от 192 000 (сто деветдесет и два хиляди лева).

Излагат се съображения за наличие на касационно основание по чл.348, ал.1, т.1 НПК - за неправилност на първоинстанционното решение. Твърди се, че изводът на СРС, че става дума за продължено нарушение е неправилен. В случая били извършени 16 отделни нарушения, извършени между 26.04.2021 г. и 21.05.2021 г.,

като за всяко от тях съгласно чл. 18 от ЗАНН следвало да се наложи и отделно административно наказание. Сочи, че в чл. 92 от Регламента се съдържа изискване към ИП във всеки един момент да отговаря на три капиталови изисквания, едно от които е и да спазва съотношение на обща капиталова адекватност от 8 на сто (параграф 1, буква „в“), което означавало, че нормативното изискване се отнася за всеки ден от дейността, която ИП извършва. Счита, че след като СРС е установил, че нарушение действително е извършено, същият е следвало да приложи закон за същото, еднакво или по-леко наказуемо административно нарушение, т. е. районният съд е имал правомощието да преквалифицира описаните в наказателното постановление изпълнителни деяния, подвеждайки установените от АНО факти под съответната нарушена законова разпоредба, без да отменя наказателното постановление. Касационният жалбоподател претендира да бъде отменено решението на районния съд, а наказателното постановление – потвърдено. При условията на евентуалност моли наказателното постановление да бъде изменено, доколкото няма спор, че нарушение от страна на инвестиционния посредник действително е извършено. Претендира присъждане на разноски.

В съдебно заседание касационният жалбоподател - заместник-председателя на Комисията за финансов надзор (КФН), чрез юр. Г., поддържа жалбата. Прави възражение за прекомерност на заплатеното адвокатско възнаграждение.

Ответникът по касационната жалба - Инвестиционен посредник „Трейдинг 212“ ЕООД, в съд.з. чрез адв. К., оспорва жалбата и моли да се остави в сила решението на районния съд. Счита, че неотговарянето на капиталовите изисквания е противоправно състояние, това е период и е без значение колко пъти ще бъде установено противоправното състояние, то е едно и остава едно. Още на 23.06.2021 г. посредникът е представил справки за процесните дати, които са с всички позиции в ДЗР, вкл. с процесния клиент Т. 212 UK L., и от които е видно, че посредникът е извън капиталова адекватност. Непокриването на тези изисквания се вижда от тези справки, т.е. още на 23 юни е установено нарушението. Претендира присъждане на адвокатско възнаграждение.

Прокурорът от Софийска градска прокуратура дава заключение, че касационната жалба е неоснователна.

Административен съд-София-град, XI касационен състав, като взе предвид изложеното в касационната жалба и установената от районния съд фактическа обстановка, направи следните правни изводи:

Касационната жалба е подадена в срока по чл.211, ал.1 АПК във вр. с чл.63, ал.1 ЗАНН и е процесуално допустима. По съществото ѝ и във връзка със сочените в нея като касационни основания нарушения и тези за които следва да следи служебно, настоящия съд взе предвид следното:

В производството пред СРС е установено, че на 18.09.2020 г. КФН е извършила проверка на дружеството „Трейдинг 212“ ЕООД по спазване на законодателството в областта на предоставянето на инвестиционни услуги и извършване на инвестиционна дейност, за резултатите от която е съставен Констативен протокол Р-04-145/18.09.2020 г. Въз основа на констатираните несъответствия на КФН са предоставени правила, свързани с рисковете и други политики, планове, системи, процедури и механизми по Наредба № 50 от 19.06.2015 г на дружеството, както и Политика за определяне базата за включване на позиции към търговския портфейл на ИП „Трейдинг 212“ ЕООД и неговото управление. Констатирани били нарушения и

невключване на позиции по договори за разлика в търговския портфейл. С влязло в сила решение № 185-ИП от 06.04.2021 г. КФН е наложила принудителна административна мярка. Същата включва задължение за инвестиционния посредник да подава отчети за капиталова адекватност и ликвидност, както и допълнителни справки към тях, всеки работен ден за период от 3 месеца, считано от първия работен ден след изтичане на срока от 14 работни дни, съгласно т. 1 от Решение № 185- ИП от 06.04.2021 г. Дружеството е подало своите справки на 07.07.2021 г. Впоследствие са подадени нови коригирани справки, с които констатираните нередности не са били отстранени.

Въз основа на горните справки, за да приемат за установени от фактическа страна извършените нарушения, актосъставителят и административнонаказващия орган са приели, че ИП, който е притежавал собствен капитал /посочен конкретно за всеки ден/ в размер по малък от 8 на сто от формираната обща рискова експозиция, посочена конкретно за съответните дати - работните дни в периода от 26.04 до 21.05.2021 г., не е изпълнил капиталовите изисквания да отговаря във всеки момент на съотношението на обща капиталова адекватност 8 на сто, т.е., че ИП „Трейдинг 212“ЕООД не е притежавал определения собствен капитал, който да е адекватен на поетите от него рискове, свързани с дейността му, при спазване на изискванията на Регламент /ЕС/ №575/2013.

При така изложената фактическа обстановка бил издаден АУАН, а въз основа на него и процесното НП.

За да постанови обжалваното решение, с което е отменил НП, въззивният съд е приел, че АУАН и НП са издадени от компетентните за това административни органи и срокът по чл. 34, ал. 1 ЗАНН е бил спазен, посочени са обстоятелствата, при които са осъществени нарушенията и законните разпоредби, които са нарушени. Посочил е обаче, че естеството на нарушението по чл. 11, ал. 1 от ЗПФИ, дава основание то да бъде квалифицирано като „продължено”, а не „продължавано”, т. е. нарушението е едно и то е извършено с действието, което е намалило размера на собствения капитал на дружеството под 8 на сто от размера на формираната обща рискова експозиция, като без значение е какъв точно е размерът щом той е по-нисък от посочения. Обосновал е извод, че конкретния случай е неприложима и хипотезата на чл. 18 от ЗАНН, като е посочил, че едва след настъпването на нов юридически факт, който има за правна последица увеличаване на размера на собствения капитал над 8% и изпълнение на изискванията на общата капиталова адекватност, може да бъде и повторно осъществен съставът на нарушението с ново действие по намаляване размера на собствения капитал на инвестиционния посредник.

Правилно районният съд е провел разграничение между „продълженото нарушение” и института на „продължавано престъпление” по чл.26 от НК, допустимостта на първото и неприложимостта на наказателноправния институт по аналогия и предвид чл.11 от ЗАНН в административно-наказателното производство. За да постанови решението си, СРС е приел, че в разглеждания случай е налице трайно състояние, възникнало на 26.04.2021 г. и продължаващо до дата 21.05.2021 г. Въззивният съд споделя виждането, че така както е разписано задължението по чл. 11, ал. 1 от ЗПФИ, нарушаването му при особеностите на разглеждания случай носи белези на своеобразно фактическо усложнение при извършване на едно административно нарушение или т.нар. в правната теория „продължено нарушение”, при което непрекъснато в определен период от време се осъществява състава на

нарушението, докато не настъпят обстоятелства, които го прекратяват. Нарушението на чл. 11, ал. 1 от ЗПФИ (във връзка с чл. 92, §1, б. в) от регламент (ЕС) № 575/2013 и актовете по прилагането му) е извършено само с едно деяние, изразяващо се в действие и бездействие, при която субектът на административнонаказателна отговорност – инвестиционният посредник осъществява непрекъснато състав на нарушението чрез нарушение на задължението в нормата през определен период от време - от момента на намаляване на собствения капитал под 8 на сто от размера на формираната обща рискова експозиция, което е станало на 26.04.2021 г., като така е създадено трайно противоправно състояние, което е продължило до прекратяването му чрез привеждане на собствения капитал над границата от 8 % от размера на формираната обща рискова експозиция. Но независимо от времетраенето на деянието, то представлява едно нарушение и обосновава едно единствено наказание. В случая ИП е санкциониран за действия и бездействия на конкретни дати от периода на нарушението, които са част от осъществяването му, но не е наказан с оспореното НП за съставомерното деяние, което включва и действието по първоначално намаляване на собствения капитал под 8 на сто от размера на формираната обща рискова експозиция и последващото бездействие за привеждането му над границата от 8%. Продължителността на последващото бездействие за привеждането на собствения капитал над границата от 8%, според СРС, е следвало да бъде взета предвид при индивидуализация на санкцията за нарушението, осъществено с действие на 26.04.2021 г. и продължило във времето до 21.05.2021 г., но това бездействие на съответните дати незаконосъобразно е санкционирано като отделни нарушения на състава на чл. 11, ал. 1 от ЗПФИ, извън нарушението с начална дата 26.04.2021 г.

Както приема и СРС, неоснователно е и не намира опора в приложимите разпоредби посоченото в касационната жалба, че нормативното изискване по чл. 92 от Регламента се отнася за всеки ден от дейността, която ИП извършва. Изискването на чл. 92, §1 от регламент (ЕС) № 575/2013 за институциите във всеки един момент да отговарят на посочените капиталови изисквания не може да се тълкува като ежедневност на разписаното там задължение.

Във връзка с горното, касационният съд приема, че общата капиталова адекватност следва да се преценява след всяко изменение на собствения капитал, както и след всяка сделка, която води до промяна на общата рискова експозиция, което може да стане както в рамките на един ден, така и в периоди по-големи или по-малки от ден. В случая доколкото в АУАН и в НП липсват данни относно размера на общата рискова експозиция след конкретните сделки, които я формират, съдът намира, че от изложеното в АУАН и в НП не може да се направи извод относно осъществяването на конкретно нарушение и неговия период с оглед изискванията на чл.42, ал.1, т.4 и чл.57, ал.1, т.5 ЗАНН, което нарушава правото на защита на наказаното лице и възпрепятства проверката на съда за осъществяване на вменените нарушения.

Предвид горните съображения, с които допълва и уточнява мотивите на СРС, настоящият касационен състав намира, че ще следва да бъде оставено в сила обжалваното въззивно решение.

При този изход на делото и на основание чл.63д, ал.1 ЗАНН на ответника по касационната жалба ще следва да се присъдят направените от него по касационното производство разноски за адвокатско възнаграждение в размер на 1760,24лв.

По изложените съображения и на основание чл. 221, ал. 2 от АПК вр. чл. 63в от

ЗАНН, Административен съд София-град, XI касационен състав

Р Е Ш И :

ОСТАВЯ В СИЛА Решение № 1223 от 15.03.2023 г. по а.н.д.№ 4794/2022 г. на Софийския районен съд, Наказателно отделение, 100 състав.

ОСЪЖДА Комисията за финансов надзор да заплати на „Трейдинг 212“ ЕООД, ЕИК[ЕИК], съдебни разноси в размер на 1760,24лв. /хиляда седемстотин и шестдесет лева и двадесет и четири стотинки/.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.