

РЕШЕНИЕ

№ 7230

гр. София, 03.12.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, IV КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 05.11.2021 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Галин Несторов

ЧЛЕНОВЕ: Деница Митрова

Вяра Русева

при участието на секретаря Гергана Мартинова и при участието на прокурора Куман Куманов, като разгледа дело номер **8812** по описа за **2021** година докладвано от съдия Деница Митрова, 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 повод касационна жалба вх. № 30645 от 08.09.2021 г. по описа на Административен съд – София град /АССГ/ и вх. № 21042123 от 29.07.2021 г. по описа на Софийски районен съд /СРС/, подадена от [фирма], ЕИК[ЕИК], (правоприемник на [фирма], ЕИК[ЕИК], с предишно наименование „Л. маркетс“ и „Ленно Г. А.“), със седалище и адрес на управление [населено място], р-н Централен, [улица], ет.3, офис А10, чрез адв. Н. Й. срещу Решение № 20134297 от 08.06.2021г., постановено по НАХД № 14737/2020г. по описа на СРС, Наказателно отделение /НО/ – 100 състав, с което е потвърдено Наказателно постановление № Р-10-546 от 06.10.2020г., издадено от заместник-председател на Комисия за финансов надзор, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“ с което на касатора на основание чл.290, ал.9, т.14, предложение първо от Закона за пазарите и финансовите инструменти /ЗПФИ/ е наложено административно наказание „имуществена санкция“ в размер на 20 000 лева за нарушение на чл.290, ал.7, т.1 във връзка с чл.276, ал.1, т.1 от ЗПФИ.

В касационната жалба са развити подробни съображения за неправилност и незаконосъобразност на постановеното решение, както и че постановено в нарушение

на закона и при съществени процесуални нарушения и са развити доводи, че наложеното с НП наказание е явно несправедливо по смисъла на чл.348, ал.5, т.1 от НПК. Посочва се, че обжалваното решение е постановено при недоказаност и противоречивост на твърдяната от съда фактическа обстановка, т.к. неправилно било прието от него, че на 29.07.2020г. ИП не е изпратил електронно съобщение до КФН, в изпълнение на задължението си /доказателство за изпълнение в срок на ПАМ/. Недопускането на съдебно техническа експертиза във фазата на производството пред районният съд е лишило дружеството от надлежно упражняване на неговото право на защита. Освен това твърди, че санкционираното дружество нито от обективна, нито от субективна страна е осъществило състава на чл.290, ал.7, т.1 във връзка с л.276, ал.1, т.1 от ЗПФИ. Претендира приложение на чл.28 от ЗАНН. Моли делото да бъде върнато за ново разглеждане на друг състав на районния съд поради неизяснена фактическа обстановка с оглед отказа за назначаване на СТЕ, алтернативно, моли решението да бъде отменено като незаконосъобразно. Претендира присъждане на съдебно-деловодни разноски, включително и тези за производството пред СРС. В съдебно заседание касаторът, редовно призован, се представлява от адв.Й., която поддържа подадената жалба. Постъпили са бележки по съществуването на спора, в които е потвърдено изложеното в касационната жалба и направеното с нея искане.

Ответникът – Комисия за финансов надзор, редовно призован, се представлява от юр.к. Г., която оспорва жалбата. Излага доводи за нейната неоснователност, предлага да не се уважава и да се потвърди въззивното решение. Представя писмени бележки в подкрепа на твърденията си. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение.

Представителят на Софийска градска прокуратура дава заключение за неоснователност на касационната жалба, а обжалваното решение намира за правилно и законосъобразно.

Административен съд София-град, IV-ти касационен състав, след като се запозна с обжалваното решение и обсъди, както наведените с касационната жалба основания, така и тези по чл.218, ал.2 АПК, намира следното:

Касационната жалба е допустима, като постъпила в законоустановения срок, подадена от лице – страна в производството и против акт, подлежащ на касационно оспорване.

Разгледана по същество касационната жалба е частично основателна.

След анализ и преценка на събрания по делото доказателствен материал, от въззивната инстанция е приета за установена следната фактическа обстановка: Към 2019г. Инвестиционен посредник (ИП) [фирма] с предишно наименование [фирма] има издаден от КФН лиценз с Решение № 145 - ИП от 22 февруари 2006г. за предоставяне на определени инвестиционни услуги и извършване на определена инвестиционна дейност по смисъла на чл. 6, ал. 2 от 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, съгласно чл. 6, ал. 3 от ЗПФИ.

На 16.09.2019г. от контролните органи е посетен офиса на дружеството, като в хода на проверката е установено, че Инвестиционният посредник извършва дейност в нарушение на приложимото законодателство, с което се застрашават интересите на инвеститорите. Във връзка с това с Решение № 482-ИП от 26.06.2020г. на

заместник-председателя спрямо ИП е приложена принудителна административна мярка.

Решението на заместник-председателя на КФН, с което е поставена ПАМ, е изпратено на официалния електронен адрес на Дружеството ([електронна поща]) с придружително писмо, изх. № РГ-03-188-23/29.06.2020г. /понеделник/, като писмото било получено от посредника на същата дата /видно от генерираното известие за доставяне по електронен път/.

Едномесечният срок за изпълнение на приложената принудителната административна мярка започнал да тече от датата на получаване на решението, а именно от 29.06.2020г. и изтекъл на 29.07.2020 г. (сряда). До посочената дата в КФН не са постъпили исканите документи.

На 30.07.2020г. с писмо, вх. № РГ-03-188-23#246/30.07.2020г. от името на инвестиционния посредник в КФН е предоставена информация по електронен път и документи по точка 1 от принудителната административна мярка, подписани на 29.07.2020г.

На същата дата – 30.07.2021г. с вх. № РГ-03-188-23#247/30.07.2020 г. и вх. № РГ-03-188-23#248/30.07.2020г. инвестиционният посредникът представил в КФН по електронен път информация и документи по точка 2 от принудителната административна мярка, подписани на 30.07.2020г.

С последващо писмо, вх. № РГ-03-188-23#249/31.07.2020г. инвестиционният посредник представил в КФН на електронен носител (CD) документи и доказателства във връзка с изпълнението на принудителната административна мярка, приложена с Решение № 482-ИП от 26.06.2020 г. на заместник-председателя. Писмото е подписано на 30.07.2020г. от представляващите инвестиционния посредник и в него се твърдяло, че на 29.07.2020г. посредникът е предоставил чрез електронен способ доказателства за изпълнение на приложената принудителна административна мярка, като за целта е изпратил от официалната си електронна поща до електронната поща на КФН [електронна поща] три електронно подписани файла: „Уведомително писмо“, архив „Доказателства по т. 1“ и архив „Доказателства по т. 2“. Твърдяло се също така, че до 11:00 часа на 30.07.2020 г. на електронната му поща не е получен входящ номер и потвърждение за успешно регистриран документ поради файловете, тъй като допустимият размер на прикачени файлове, зададен от КФН е 8 мегабайта. В писмото се посочвало, че от представената извадка от сървъра на дружеството е видно какъв е статусът на изпратеното писмо и върнатото съобщение от сървъра на КФН.

След извършване на проверка на представените документи от страна на инвестиционния посредник във връзка с дадените предписания в ПАМ, свид. А. установил, че посредникът е решил да продължи дейността си с ново дружество „А. П. Л.". В тази насока установил, че във връзка с т. 2 от ПАМ посредникът е представил договор с новата насрещна страна (място на изпълнение) с наименование „IS P. L.“.

Прието е, че при избора на единствен доставчик на ликвидност Посредникът не е разполагал, не е положил дължимата грижа да се сдобие, респективно не е използвал информацията относно изпълнението на сделките при избора на единствен доставчик на ликвидност по повод на електронната търговия с деривативни финансови инструменти на неговите клиенти, респективно - не е изпълнил в срок до 29.07.2020 г. приложената с Решение № 482-ИП от 26.06.2020г. принудителна административна мярка в нейната цялост. Посредникът е представил част от изисканите доказателства

на 30.07.2020 г. - след указания срок за изпълнение, като освен това не е представил информация за действителния собственик на насрещната страна, с която е встъпил в договорни правоотношения, както и не е извършил анализ/обосновка за избор на единствен доставчик на ликвидност.

При констатираното по време на проверката на 29.09.2020г. свид. А. съставил срещу Инвестиционния посредник акт за установяване на административно нарушение /АУАН/ № Р-06-703/29.09.2020г. за нарушение на чл. 290, ал. 7, т. 1, вр. чл. 276, ал. 1, т. 1 от ЗПФИ. Актът е съставен в присъствие на Г. Т. – надлежно упълномощен от изпълнителния директор на Инвестиционния посредник и от прокуриста. Препис от акта е връчен на упълномощеното лице.

Срещу АУАН постъпили възражения, които са приети за неоснователни от страна на административнонаказващия орган, поради което на 06.10.2020г. е издадено атакуваното НП.

При така установената фактическа обстановка съставът на въззивният съд е направил извода за законосъобразност на атакуваното наказателно постановление и като такова го е потвърдил изцяло. В своите мотиви съдът е посочил, че показанията на св.А.-актосъставител се отличават с логичност, последователност и вътрешна безпротиворечивост, поради което ги е кредитирал изцяло. Освен това намирили подкрепа и в останалия, събран по делото доказателствен материал. СРС е посочил, че при съставянето на АУАН и издаването на НП не са допуснати съществени процесуални нарушения, ограничаващи правото на защита, издадени са от компетентен орган, отговарят на императивните изисквания за съдържание и са съставени в съответните за това срокове. По отношение на нарушението, съдът е посочил, че същото изцяло изпълва състава на чл.290, ал.7, т.1, вр. чл.276, ал.1, т.1 от ЗПФИ, и е изложил съответните съждения за това, които настоящият състав намира за напълно мотивирани и изчерпателни, поради което не намира за необходимо да ги преповтаря. Въззивният съд е намерил размера на наложената санкция, близка до минимално предвидения в закона размер, за съобразена със степента на обществената опасност на вмененото нарушение, отчетел е и факта, че дружеството и в предходни случаи е наказвано за нарушения по същият закон, поради което я е намерил за напълно справедлива. Със същите съображения е мотивирал и неприложението на чл. 28 от ЗАНН. С тези мотиви е потвърдил изцяло НП № Р-10-546 от 06.10.2020г., издадено от заместник-председател на Комисия за финансов надзор, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“.

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

Касационната жалба е депозирана в законоустановения срок от активно легитимирано лице срещу акт, който подлежи на оспорване, поради което същата е процесуално допустима. Разгледана по същество, тя е неоснователна.

Като извърши служебно проверка на основание чл. 218, ал. 2 АПК и въз основа на фактите, установени от районния съд, съгласно чл. 220 от АПК, настоящият състав намира, че решението е валидно и допустимо. В тази връзка решаващият състав на съда съобрази, че това решение е постановено по отношение на акт, който подлежи на съдебен контрол, като произнасянето е извършено от компетентен съд в рамките на правомощията му.

Районният съд е събрал необходимите и относими доказателства; в обжалваното

решение е изложил мотиви относно преценката на доказателствата, която е извършил. Въз основа на последните е направил изводи, които настоящият състав споделя и към които препраща на основание чл.221, ал.2, изр.2 АПК, в редакцията от ДВ бр.77/2018г., сила от 01.01.2019г. При субсидиарното действие на Наказателно-процесуалния кодекс /НПК/, районният съд е изпълнил служебното си задължение да проведе съдебното следствие по начин, който е осигурил обективно, всестранно и пълно изясняване на всички обстоятелства, включени в предмета на доказване по конкретното дело, при точното съблюдаване на процесуалните правила относно събиране, проверка и анализ на доказателствената съвкупност, и не е допуснал нарушения на съдопроизводствените правила.

В допълнение настоящият състав намира възражението за недопусната съдебно техническа експертиза в производството пред въззивната инстанция за неоснователно. Съдът е обосновал защо доказателствата, които би установила са ирелевантни към правния спор, като мотивите се споделят от касационния състав.

Настоящата инстанция приема за основателно възражението за касатора, че необосновано е определен размера на наложеното му наказание. От една страна следва да се посочи, че цитираните в НП издадени предходни наказателни постановления не са влезли в сила към датата на подписването му. От друга страна превратно се тълкува и прилага от наказващия орган, респ. районния съд дефиницията по §1, т. 62 от ДР на ЗПФИ, която посочва, че "Системно нарушение" е налице, когато са извършени три или повече административни нарушения на закона, на правото на Европейския съюз или на актовете по прилагането му в срок до една година. Съгласно чл. 27 от ЗАНН административното наказание се определя съобразно разпоредбите на този закон в границите на наказанието, предвидено за извършеното нарушение. При определянето на наказанието се вземат предвид тежестта на нарушението, подбудите за неговото извършване и другите смекчаващи и отегчаващи вината обстоятелства, както и имотното състояние на нарушителя. Смекчаващите обстоятелства обуславят налагането на по – леко наказание, а отегчаващите – на по – тежко наказание. Следователно АНО незаконосъобразно се позовава на §1, т. 62 от ДР на ЗПФИ, за да мотивира наложеното около средния размер на предвиденото наказание, като го подкрепя с невлезли в сила наказателни постановления. За да имаме системно нарушение, то същото следва да е установено по – несъмнен начин и да е самостоятелно и необвързано с административно наказателната отговорност на нарушителя. В тази връзка с последното изменение на ЗАНН, влизащо в сила от 23.12.2021 г., изрично се предвижда носеното на административнонаказателна отговорност за нарушение на системно извършване. Следвайки логиката на законодателя, за да бъде отчетено системното извършване като отегчаващо вината обстоятелство при определяне размера на наложеното наказание, то за него следва да има изрична законова регламентация. В случая такава липсва, поради което решението на въззивния съд в тази му част, следва да бъде отменено и вместо него да се постанови друго, с което се намели размера на имуществената санкция на касатора до нормативно определения минимум.

С оглед изхода на делото и съобразно на уважената и отхвърлената части следва да бъдат удовлетворени исканията и на двете страни за присъждане на разноски по делото, както следва: ответникът следва да заплати на касатора адвокатско възнаграждение в размер на 565 лв. по реда на чл. 36 от ЗА и Наредба № 1 от 09.07.2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения и [фирма] да

заплати юрисконсултско възнаграждение на КФН в размер на 100 лв. съобразно чл.27е от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Така мотивиран и на основание чл.222, ал.1 вр. чл. 221 и ал. 2 от АПК във връзка с чл. 63, ал. 1 от ЗАНН Административен съд София – град, IV касационен състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ решение № 20134297 от 08.06.2021г. по НАХД № 14737/2020г. по описа на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 100 състав и вместо него ПОСТАНОВЯВА

ИЗМЕНЯ наказателно постановление № Р – 10 – 546 от 06.10.2020 г., издадено от заместник – председател на Комисията за финансов надзор, с което на Инвестиционния посредник [фирма], правоприменник на [фирма], с предишни наименования [фирма] и [фирма] за извършено административно нарушение на чл. 290, ал. 7, т. 1 във връзка с чл. 276, ал. 1, т.1 от Закона за пазарите на финансови инструменти (ЗПФИ) е наложено административно наказание „имуществена санкция“ по чл. 290, ал. 9, т. 14 от ЗПФИ и намалява размера на санкцията от 20 000 лв. на 10 000 лв.

ОСЪЖДА „О. 33“ Е., ЕИК[ЕИК] да заплати на Комисията за финансов надзор сумата 100 (сто) лева - юрисконсултско възнаграждение.

ОСЪЖДА Комисията за финансов надзор да заплати на [фирма], ЕИК[ЕИК] сторените съдебно – деловодни разноски в размер на 565,00 (петстотин шестдесет и пет) лева.

Решението е окончателно:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.