

РЕШЕНИЕ

№ 2242

гр. София, 27.04.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, III КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 06.03.2020 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Десислава Корнезова

ЧЛЕНОВЕ: Боряна Петкова

Полина Величкова

при участието на секретаря Илияна Тодорова и при участието на прокурора Милен Ютеров, като разгледа дело номер **13381** по описа за **2019** 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], представлявано от М. П. С. и А. Г. Г., подадена чрез процесуален представител адв.Д. П. срещу РЕШЕНИЕ от 04.10.2019г. на СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НО, 115-ти състав, постановено по нахд № 3537/2019г.

В обстоятелствената част на касационната жалба са развити съображения за неправилност на съдебния акт, поради постановяването му в нарушение на материалния и процесуален закон и при явна несправедливост на наложеното наказание. Поддържа, че резултатите от прегледите по чл.108, ал.7 и ал.8 от Закона за дейността на колективните инвестиционни схеми и на други предприятия за колективно инвестиране (ЗДКИСДПКИ) не са реквизит на Годишния финансов отчет (ГФО) на колективните инвестиционни схеми. Сочи, че на дружеството не са били дадени указания за отстраняване на непълноти в ГФО. Счита, че е неправилна индивидуализацията на твърдяното нарушение, което ограничава правото на защита на наказаното лице. Твърди, че в Акта за установяване на административно нарушение (АУАН) и в издаденото въз основа на него Наказателно постановление (НП) неправилно е посочено, че нарушението е извършено на 03.04.2018г. Релевира доводи, че АУАН е съставен извън срока по чл.34 ЗАНН, който е изтекъл на 23.06.2018г. Намира, че в противоречие с принципа „non bis in idem“ дружеството е

било повторно санкционирано за същото нарушение. Претендира също, че наложеното наказание е явно несправедливо. Нарушението представлявало и маловажен случай по см. на чл.28 ЗАНН, тъй като данните, които не са били отразени в ГФО, са били публично оповестени на сайта на управляващото дружество и в тези данни почти 2 години преди датата на налагането на санкцията не са били нанасяни промени, деянието не е застрашило по никакъв начин интересите на инвеститорите, не са постъпили жалби от притежатели на дялове в ДФ „Г. опортюнитис“ относно липсата или недостатъчната информация в отчета.

Касаторът моли да се постанови решение, с което да бъде отменено решението на СРС, НО, 115-ти състав по нахд № 3537/2019г. и спорът решен по същество, като се отмени изцяло НП № Р-10-72/29.01.2019г., издадено от Б. А., Зам. Председател на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност” или алтернативно делото да се върне за ново разглеждане от друг съдебен състав.

Ответникът по касационната жалба- Зам.Председател на Комисия за финансов надзор, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност”, чрез процесуален представител юрк. Б. Г. я оспорва, като излага доводи за правилността на съдебния акт в писмени бележки, депозиранни по делото на 06.03.2020г. Заявена е и претенция за присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Представителят на СОФИЙСКА ГРАДСКА ПРОКУРАТУРА дава заключение за неоснователност на жалбата и моли решението на СРС 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 НЕОСНОВАТЕЛНА.

Със съдебно решение от 04.10.2019г., постановено по нахд № 3537/2019г. СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НО, 115-ти състав е потвърдил наказателно постановление /НП/ № Р-10-72 от 29.01.2019г., издадено от Б. А., Зам. Председател на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност”, с което на Управляващо дружество [фирма], представлявано от М. П. С. и А. Г. Г. на основание на основание чл.273, ал.5, т.1 ЗДКИСДПКИ е наложено административно наказание „имуществена санкция“ в размер на 4 000.00 (четири хиляди) лева, за извършено нарушение на чл.73, т.6, б „г“ от Наредба №44/20.10.2011г. за изискванията към дейността на колективните инвестиционни схеми, управляващите дружества, националните инвестиционни фондове и лицата, управляващи алтернативни инвестиционни фондове (Наредба № 44/2011г.) във вр. с чл.60 ал.2 във вр. ал.1, т.1 ЗДКИСДПКИ.

За да постанови решението си, първоинстанционният съд е събрал гласни доказателства, чрез разпит на свидетелката В. С. А. и е приел 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 административно-наказателното производство не са били допуснати съществени процесуални нарушения и е доказано извършването на вмененото административно нарушение с правна квалификация чл.73, т.6, б „г“ от Наредба № 44/2011г. във вр. с чл.60, ал.1, т.1 и ал.2 ЗДКИСДПКИ, в резултат на което правилно е била ангажирана административно-наказателната отговорност на [фирма].

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, 115-ти състав. По смисъла на тази разпоредба съществува забрана за фактически установявания в касационното производство, като правомощията на съда се изразяват само в преценката дали въззивният съд правилно е приложил относимите материално-правни норми.

По силата на Заповед № 3-150/17.04.2018г. е била извършена проверка на касатора, който е бил вписан под № РГ-08-25 в регистъра на КФН и е получил лиценз за извършване на дейност като управляващо дружество, като е организиран и управлявал договорен фонд /ДФ/ „Г. опортюнитис“. С писмо от 08.05.2018г. от [фирма] е изискана декларацията относно датите на провеждане на годишните прегледи по чл.108, ал.7 и ал.8 ЗДКИСДПКИ за периода от 01.05.2016 г. до момента на изготвяне на декларацията. С приемо – предавателен протокол от 08.05.2018г. на проверяващия екип били представени доклади от отдел „Управление на риска“ за извършени прегледи на политиката за възнагражданията от 11.01.2016г., 10.01.2017 г. и 11.01.2018г. Допълнително, с приемо–предавателен протокол от 11.05.2018г., е предоставена и декларация от представляващите дружеството, в която е посочено, че за указания период годишни прегледи по чл.108 ал.7 и ал.8 ЗДКИСДПКИ са извършени на 11.01.2016г., на 10.01.2017г. и на 11.01.2018г. С приемо – предавателен протокол от 06.08.2018г. са били представени доклади от отдел „Нормативно съответствие“ за извършени прегледи на политиката за възнагражданията на „Инвест Фонд Мениджмънт“ АД от 11.01.2016г., 10.01.2017 г. и 11.01.2018 г. Резултатите от прегледите по чл.108 ал.7 и ал.8 ЗДКИСДПКИ не са намерили отражение в ГФО за 2017г. на Договорен фонд (ДФ) „Г. Опортюнитис“, за чиято сметка е действало управляващото дружество „Инвест Фонд Мениджмънт“ АД. От представения в Комисията ГФО за 2017г. на ДФ „Г. опортюнитис“ е установено, че същият е изготвен на 04.03.2018г. - след извършване на 11.01.2018г. на прегледите по чл.108, ал.7 и ал.8 ЗДКИСДПКИ.

При тази фактическа обстановка е бил съставен АУАН № Р-06-868/06.08.2018г. и въз основа на него оспореното НП № Р-10-72 от 29.01.2019г. на Зам.Председател на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“. Касационната инстанция приема, че съдебният акт е правилен, защото при неговото постановяване не е допуснато нарушение на материалния закон – касационно отменително основание по чл. 348, ал. 1, т.1 от НПК. Съображенията за това са следните:

Съгласно изискванията на чл.108, ал.7 ЗДКИСДПКИ, членовете на управителния орган на управляващото дружество, на които не е възложено управлението и които имат опит в управлението на риска и възнагражданията, извършват периодичен преглед за спазването на изискванията по ал.4, най-малко веднъж годишно, но не по-късно от 30 дни от края на календарната година, за която се извършва прегледът. В ал.8 на чл.108 ЗДКИСДПКИ е предвидено, че изпълнението на политиката за възнагражданията се подлага на централен и независим вътрешен преглед от отдела за нормативно съответствие най-малко веднъж годишно, но не по-късно от 90 дни от края на календарната година, за която се извършва прегледът.

В разпоредбата на чл.60 ЗДКИСДПКИ / в ред. към датата на извършване на деянието 03.04.2018г./ е регламентирано задължение на инвестиционното дружество и управляващото дружество на договорния фонд да представят на Комисията: 1. годишен отчет в срок 90 дни от завършването на финансовата година; 2. шестмесечен

отчет, обхващащ първите 6 месеца на финансовата година, в срок 30 дни от края на отчетния период; 3. друга информация, определена с наредба. Изискванията относно съдържанието на отчетите и информацията по ал.1, редът, сроковете и начинът за представянето ѝ на КФН, както и относно публичното ѝ разпространение се определят с Наредба № 44/2011г. В чл.73, т.6 от Наредбата е посочено, че годишният отчет на колективната инвестиционна схема съдържа информация относно политиката за възнагражденията: а) общият размер на възнагражденията за финансовата година с разбивка по постоянни и променливи възнаграждения, изплатени от управляващото дружество и от инвестиционното дружество на неговите служители, броят на получателите и когато е приложимо, всички суми, изплатени пряко от самата колективна инвестиционна схема, включително такса за постигнати резултати; б) общата сума на възнагражденията с разбивка по категориите служители или други членове на персонала съгласно чл. 108, ал. 1 ЗДКИСДПКИ; в) описание на начините на изчисление на възнагражденията и облагите; г) резултатът от прегледите по чл.108, ал.5 и ал.6 ЗДКИСДПКИ, включително евентуално констатирани нередности; д) съществените промени в приетата политика за възнаграждения.

Възражението на касатора за обективна несъставомерност е неоснователно, тъй като нормата на чл.73 т.6, б.,г“ от Наредба № 44/2011г. препраща към чл.108 ал.5 и ал.6 ЗДКИСДПКИ. Разпоредбата на чл.108 ал.5 ЗДКИСДПКИ /редакция, ДВ. бр. 95 от 28.11.2017г./ предвижда задължение за извършване на периодичен преглед за спазването на изискванията относно политиката на възнагражденията най-малко веднъж годишно, но не по-късно от 30 дни от края на календарната година, за която се извършва прегледът. Разпоредбата на чл.108 ал.6 ЗДКИСДПКИ, в приложимата редакция, предвижда задължение за централен и независим вътрешен преглед по отношение на политиката за възнагражденията от отдела за нормативно съответствие най-малко веднъж годишно, но не по-късно от 90 дни от края на календарната година, за която се извършва прегледът. С изменения, обнародвани в ДВ, бр. 15 от 2018г., в сила от 16.02.2018 г. в текста на чл.108 ЗДКИСДПКИ е въведена нова алинея 6, като досегашните алинеи 5 и 6 са запазили съдържанието си, но са уредени като алинеи 7 и 8. Въпреки измененията, обн. в ДВ. бр. 15 от 16.02.2018г., текстът на разпоредбата на чл.73 т.6, б. „г“ от Наредба №44/2011г. е останал непроменен и е запазил предишната си редакция. Независимо от непрецизния подход на законодателя да синхронизира Наредбата с цитираните законови изменения, следва да се приеме, че законът е нормативен акт с приоритет и при несъответствия не би следвало да има дискусия по въпроса коя разпоредба би била приложима, в случай на колизия. За касатора като управляващо дружество е съществувало задължение за оповестяване на резултатите от прегледите на политиката за възнагражденията в ГФО за всеки договорен фонд и като не е изпълнил това си задължение и не е оповестил резултатите от прегледите по чл.108 ал.7 и ал.8 ЗДКИСДПКИ за 2017 година, извършени на 11.01.2018г., в ГФО на ДФ „Г. опортюнитис“ за 2017 година, е нарушил разпоредбата на чл.73 т.6 б. „г“ от Наредба № 44/2011г. Нарушението е формално, осъществено чрез бездействие – неизпълнение от страна на задължения субект на задължението му, да посочи резултатите от прегледите на политиката на възнагражденията, извършени на 11.01.2018г. в ГФО за 2017г. на ДФ „Г. опортюнитис“, като видно от разпоредбата на чл.60, ал.1, т.1 ЗДКИСДПКИ – най-късно 90 дни от завършване на финансовата година, като в конкретния случай срокът е изтекъл на 02.04.2018г. (предвид, че 31.03.2018г. се явява неработен ден – събота, и срокът изтича в първия работен ден,

който в случая е 02.04.2018 г.), като неоснователни са доводите на касатора и в тази насока, че датата на нарушението е неправилно определена.

Неоснователен е доводът на процесуалния представител на касатора адв.Д. П., че още на дата 23.03.2018г. - когато е представен ГФО в КФН /вх. № РГ-05-00-7/ нарушението и нарушителят са станали известни на актосъставителя и от този момент са започнали да текат сроковете, предвидени в нормата на чл.34 ЗАНН и на 23.06.2018г. е изтекъл срокът за съставяне на АУАН. За да формира този извод, съдът излага следните аргументи.

Съгласно Тълкувателно постановление № 1 от 27.02.2015г. по тълк.дело № 1/2014г. на ВКС и ВАС на РБ сроковете по чл.34 от ЗАНН са давностни. Административно наказателно производство не може да се образува, ако не е съставен акт за установяване на нарушението в продължение на три месеца от откриване на нарушителя или ако е изтекла една година от извършване на нарушението. Тази разпоредба предвижда два давностни срока за административно наказателно преследване - тримесечен и едногодишен. Първият срок започва от деня, в който органът, който е овластен да състави акта, е узнал кой е нарушителят. Бездействието на този орган повече от три месеца от откриване на нарушителя е пречка за съставяне на акта - изключва отговорността на нарушителя/ вж. Тълкувателно решение № 48/28.12.1981г. по н.дело № 48/1981г. на ОСНК на ВС/. След като вече е открит нарушителят от компетентния орган от този момент започва да тече тримесечният срок по чл.34 ал.1 пр.2 от ЗАНН. Той е задължителен за контролния орган. Щом като нарушението и нарушителят са открити, но поради бездействието на компетентния орган не е съставен акт, се прилага общото правило на чл.34 ал.1 пр.2 от ЗАНН, а именно: погасява се възможността да бъдат реализирани всички правомощия на наказващия орган по административно-наказателното правоотношение. Давността погасява възможността за реализирането на отговорността, следователно изключва възможността за реализиране на материалното санкционно правоотношение изобщо. Нарушителят се счита за открит, когато в писмен документ, показания на свидетели или лично волеизявление на дееца се съдържат данни, които не поражда съмнение за авторството на деянието. В конкретния случай, не се споделя виждането на касатора, че деецът е открит на 23.03.2018г. и именно на тази дата на актосъставителя му е станало известно, че е извършено процесното нарушение. Срокът по чл.34 от ЗАНН започва да тече не от момента, в който за контролния орган възникне хипотетичната възможност да разкрие нарушението, а от момента, в който той действително е узнал кой е нарушителят. Видно от доказателствата по делото, следва да се приеме, че датата, на която е установено нарушението и е открит нарушителят е 11.05.2018г., тъй като на тази дата на проверяващия екип е предоставена исканата информация. Считано от 11.05.2018г. е започнал да тече тримесечният срок по чл.34, ал.1 ЗАНН и е изтекъл на 13.08.2018 г. (първият присъствен ден след изтичане на срока на 11.08.2018 г., който е неприсъствен). АУАН № Р-06-868 е съставен на 06.08.2018г., т.е. преди изтичане на тримесечния срок, предвиден в чл.34, ал.1 ЗАНН, след който не може да се образува административнонаказателно производство. След като нарушението и нарушителят е открит и установен на 11.05.2018г., то съставянето на АУАН на 06.08.2018г. не съставлява процесуално нарушение от такъв характер, че да е погасило възможността за реализиране на административно-наказателното обвинение, както счита касаторът. Не е изтекла и четири и половина годишната абсолютна погасителна давност от извършване на нарушението.

Неотнoсими към предмета на производството са аргументите на касатора, свързани с допуснати процесуални нарушения от ответника, защото той не е приложил разпоредбата на чл.74 ал.1 от Наредба № 44/2011г. Отговорността на дружеството е ангажирана за неизпълнение на законоустановено задължение и не е обусловена от даване на указания от надзорния орган. От друга страна и съгласно чл.74 ал.2 от Наредба № 44/2011г. даването на евентуални указания следва да се осъществи по реда на чл.265 от ЗДКИСДКПИ, който касае прилагане на ПАМ. Това производство е отделно, самостоятелно и независимо от производството по налагане на административно наказание и няма връзка между двете.

Неоснователно е и възражението за повторна наказуемост, тъй като по силата на чл.60, ал.1, т.1 ЗДКИСДКПИ, управляващото дружество на договорния фонд е длъжно да представи пред Комисията годишен отчет в срок 90 дни от завършването на финансовата година. Издадените срещу [фирма], пет други наказателни постановления /НП № РД-10-73/29.01.2019г., № РД-10-74/29.01.2019г., № РД-10-75/29.01.2019г., № РД-10-76/29.01.2019г., № РД-10-77/29.01.2019г., № РД-10-78/29.01.2019г./, касаят съдържанието на ГФО, по отношение на различни договорни фонда, спрямо които касаторът е управляващо дружество, като за него съществува задължение да представи ГФО за всеки договорен фонд поотделно. Неизпълнението на това задължение, по отношение на всеки договорен фонд, осъществява отделно административно нарушение и на тази плоскост, административнонаказващият орган не е нарушил нормата на чл.17 ЗАНН и принципа“ non bis in idem“.

Възприемат и се споделят и правните изводи на СРС, НО, 115-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 конкретен случай по-ниска степен на обществена опасност на конкретното извършено нарушение в сравнение с обикновените случаи на административни нарушения от същия 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 от това да са настъпили каквито и да е вредни последици за някой субект или за Държавата като цяло.

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 не 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 по чл.28 ЗАНН, въз основа на събраните доказателства, установи следното: В конкретния случай извършеното деяние е застрашило обществените отношения, предмет на защита, с достатъчна интензивност, за да се приеме, че същото е административно нарушение. Деянието накърнява обществени отношения, свързани с доверието към капиталовия пазар, неговата стабилност и прозрачност. Високата обществена опасност на деянието от обективна страна, изключва хипотезата за маловажност, защото се накърняват целите на ЗДКИСДПКИ, а именно: 1. осигуряване защита на правата и интересите на инвеститорите, включително чрез създаване на условия за повишаване на тяхната информированост за пазара на дялове на предприятия за колективно инвестиране; 2. създаване на условия за развитието на справедлив, открит и ефективен пазар на дялове на предприятия за колективно инвестиране; 3. поддържане на стабилността и на общественото доверие в капиталовия пазар.

При това положение, съдът приема, че [фирма] е нарушило обществени отношения, които се отличават с по-висока степен на обществена

опасност. Липсата на доказателства за смекчаващи отговорността на наказаното лице обстоятелства навежда на извода, че не са налице достатъчно аргументи за квалифициране на извършеното деяние като маловажен случай по смисъла на чл.28 ЗАНН / в т.см. е задължителното за съдилищата тълкувателно решение № 1/12.12.2007г. по т. дело № 1/2007г. на ВКС на РБ. /.

Според кореспондиращата на нарушението санкционна норма на чл.273, ал.5 т.1 във вр. с ал.1 т.1 ЗДКИСДПКИ - за извършване на нарушения на нормативните актове по прилагането на закона се предвижда налагане на имуществена санкция от 4 000.00 до 10 000.00 лева, при първо нарушение, като в случая административното наказание - „имуществена санкция“, е наложено законосъобразно в минималния размер, който не подлежи на редуциране. С оглед на това съдът счита, че не е налице и соченото касационно основание по чл.348, ал.1, т.3 НПК за отмяна на обжалваното решение.

По тези доводи и аргументи, касационната инстанция заключава, че съдебното решение от 04.10.2019г. на СРС, НО, 115-ти състав е правилно на основание чл.348 НПК и при условията и по реда на чл.221 ал.2 АПК следва да бъде потвърдено. Не се констатираха служебно основания 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 спора и на основание чл.63 ал.5 ЗАНН в полза на ответника следва да се присъдят разноски за осъществено процесуално представителство от юрк.Б. Г., които се определят в размер на сумата от 80.00 лева на основание чл.37 ЗПП във вр.чл.27е от Наредбата за заплащането на правната помощ.

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

Р Е Ш И :

ОСТАВЯ В СИЛА решение от 04.10.2019г. постановено по нахд № 3537/2019г. на СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, НО, 115-ти състав.

ОСЪЖДА [фирма], ЕИК[ЕИК], представлявано от М. П. С. и А. Г. Г.,

със седалище и адрес на управление: [населено място], район „С.“, [улица], ет.3 да заплати на Комисия за финансов надзор с адрес: [населено място], [улица] сумата от 80.00 /осемдесет/ лева на основание чл.63 ал.5 от ЗАНН.

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

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.