

РЕШЕНИЕ

№ 78

гр. София, 06.01.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XXII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 09.12.2022 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Светлана Димитрова

**ЧЛЕНОВЕ: Радина Карамфилова
Николай Димитров**

при участието на секретаря Макрина Христова и при участието на прокурора Яни Костов, като разгледа дело номер **7544** по описа за **2022** година докладвано от съдия Николай Димитров, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 - чл. 228 от Административно-процесуалния кодекс (АПК), във връзка с чл. 63в от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Образувано е по касационна жалба на „Ваха Трейд“ ЕООД, ЕИК[ЕИК] чрез пълномощник адв. М. В. срещу решение № 2431 от 30.06.2022 г., постановено по НАХД № 3128/2022г., по описа на Софийски районен съд (СРС), Наказателно отделение, 99-ти състав. С оспореното решение е потвърдено наказателно постановление (НП) № Р-10-216/19.05.2020г., издадено от заместник-председателя на Комисията по финансов надзор (КФН), ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“, с което на касатора на основание чл. 290, ал.9, т.2 от ЗПФИ са наложени четири имуществени санкции, всяка една от по 5 000 лева, за четири нарушения на чл.70, ал.1 от ЗПФИ.

Жалбоподателят излага аргументи за неправилност на въззивното решение, като постановено в нарушение на закона и процесуалните правила, в противоречие с доказателствата и обстоятелствата по делото. В жалбата се твърди, че при постановяване на въззивното решение съдът не е изпълнил задължението си да разкрие обективната истина като не е установил, а в резултат на това и съобразил факта, че към датата на постановяване на съдебното решение дружеството „Ваха Трейд“ ЕООД е било с отнет лиценз, поради което не може да бъде субект на

административнонаказателна отговорност за соченото нарушение. Претендира се явна несправедливостта на наложеното наказание и несъразмерност с оглед твърдените от АНО неправомерно удържани парични суми. На следващо място, според касатора районният съд не е изпълнил в цялост указанията на АССГ дадени при предходното разглеждане на делото и не е осъществил пълно и всестранно изследване на случая. В допълнение на горното акцентира на факта, че клиентът по сделките е получавал на ежедневна база дневен отчет, в който изрично и по ясен начин е била предоставена информация за удържаните такси и комисионни. Последното е следвало да бъде взето предвид и с оглед приложението на чл.28 от ЗАНН. Освен всичко изложено според касатора в случая е нарушен и принципът заложен в чл.17 от ЗАНН доколкото има влязло в сила друго НП № Р-10-218/19.05.2020г. (потвърдено с решение по КНАХД № 11 242/2020г. АССГ), с което дружеството е санкционирано при идентична фактическа обстановка, но за друго нарушение. Според касатора АУАН е съставен при съществени процесуални нарушения като от една страна АНО е допуснат неяснота при квалификацията и изписване на нарушението, а от друга е допуснато смесване на функции и компетенции доколкото с показанията на актосъставителя Р. А. се установило, че не той, а един от свидетелите по съставянето на акта е вписал в същия датата и номера на заглавната страница. В заключение от съда се иска атакуваното решение и потвърденото с него НП да бъдат отменени.

В съдебно заседание адв. В. поддържа жалбата и моли за присъждане на разноски. Ответникът по касационната жалба заместник-председателя на Комисията по финансов надзор (КФН), ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“, чрез процесуалния си представител оспорва жалбата. Представя писмена защита и претендира юрисконсултско възнаграждение.

Представителят на Софийска градска прокуратура изразява становище за неоснователност на касационната жалба.

Административен съд - София-град, XXII касационен състав, като взе предвид наведените в жалбата доводи и като съобрази разпоредбата на чл.218 АПК, приема следното:

Касационната жалба е подадена в установения с чл.211, ал.1 АПК 14-дневен срок от надлежна страна срещу подлежащ на касационна проверка валиден и допустим съдебен акт и същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество същата е неоснователна.

След анализ и преценка на събрания по делото доказателствен материал и писмените доказателства, приобщени по реда на чл. 283 от НПК, вр. чл. 84 от ЗАНН, от въззивната инстанция е установена следната фактическа обстановка:

Инвестиционен посредник „Ваха Трейд“ ЕООД е дружество с издаден от КФН с Решение № 1136 – ИП/06.12.2018г. лиценз за предоставяне на определени инвестиционни услуги и извършване на определена инвестиционна дейност по смисъла на чл. 6, ал. 2 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.

Въз основа на Заповед № 3-316/16.09.2019 г. на заместник-председателя на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“, била открита проверка на ИП „Ваха Трейд“ ЕООД. На 18.09.2019г. била извършена проверка на място в

офиса на посредника, при която на законните представители на дружеството бил връчен препис от Заповед № 3-316/16.09.2019г., както и списък с документи и данни, които следва да бъдат предоставени на проверяващия екип. В тази връзка било изискано да бъдат представени всички прилагани, за периода от 06.12.2018г. до момента на извършване на проверката, Тарифи със стандартното комисионно възнаграждение на Посредника. В съответствие с предходното, били представени следните заверени копия от документи:

1. Тарифа, подадена заедно със заявлението за издаване на лиценз за извършване на дейност като инвестиционен посредник и приета на заседание на управителите от 08.03.2018 г., в сила от 06.12.2018г. до 24.05.201 г. („Тарифа 1”);
2. Тарифа, приета с решение на управителите от 24.04.2019г., в сила от 25.05.2019г. до 19.08.2019г. („Тарифа 2”);
3. Тарифа, приета с решение на управителите от 19.07.2019г., в сила от 20.08.2019г. („Тарифа 3”).

При преглед на трите тарифи било установено, че повечето условия, които са обявени в Тарифа 1, са в сила и по отношение на останалите две. Настъпвали били промени, единствено в раздел „Операции на международни финансови пазари” и те се изразявали в следното:

В Раздела от Тарифа 1 били установени следните условия: а) съгласно т. 2 от Раздела, по отношение на търговията с договори за разлика („ДЗР“) върху валутни двойки не се дължи комисиона; б) в т. 3 от Раздела по отношение на търговията с ДЗР върху акции, ценни метали, стоки и борсови индекси, е констатирано, че полето е празно и няма разяснение дали се дължи комисиона и ако се дължи такава, то в какъв размер е.

В Раздела от Тарифа 2 са уредени следните условия: а) по т. 2 от Раздела, а именно търговия с ДЗР върху валутни двойки, вече е въведена комисиона в размер на „7 U. per lot”; б) в т. 3 от Раздела, по отношение на търговията с ДЗР върху акции, ценни метали, стоки и борсови индекси, вече е указана комисиона в размер на „0. 15%, min 10 E.”.

В Раздела от Тарифа 3 е обявено следното: а) комисионата върху търговията с ДЗР върху валутни двойки е променена и е в размер на „10 U. на лот“; б) комисионата върху търговията с ДЗР върху акции, ценни метали, стоки и борсови индекси, е променена и е в размер на „10 U. на лот“, т. е. в прилаганата от Посредника спрямо неговите клиенти тарифа настъпвали промени единствено по отношение на операциите на международните капиталови пазари и в частност комисионата във връзка с търговията с ДЗР.

От предоставеното в КФН извлечение от регистъра на сделките на Дружеството за периода от 06.12.2018г. до 18.09.2019г., допълнено с ново извлечение за сключените сделки между 19.09.2019г. и 17.10.2019г. се установило, че цялата търговия на Посредника се изразявала именно в сделки с ДЗР върху следните базови активи: валутни двойки, индекси и стоки. От Дружеството били изискани пълните клиентски досиета на определени клиенти, сред които и Umit Goksen (клиент № 6 съгласно предоставения от ИП клиентски регистър), като при преглед на досието било установено наличието на „Договор за търговия с финансови инструменти чрез платформа за търговия”, сключен на 18.03.2019г., въз основа на който възникнало правоотношение между Посредника и Клиента.

При анализ на договора бил констатиран чл. 4.1 (част от раздела „Комисиони, такси и други разходи“), съгласно който „клиентът се задължава да заплаща на ИП

комисионните и таксите, когато такива има, посочени в Тарифата на ИП, публикувана на уебсайта". В допълнение, според чл. 4.2 на същия „ИП уведомява Клиента за всяка промяна в Тарифата по чл. 4.1 на посочения от Клиента имейл адрес и/или чрез публикация в уебсайта“. Също така, съгласно чл. 8.1, „с подписването на този договор клиентът декларира, че се е запознал, разбрал и приема неговите условия, включително актуалните към момента на подписването Общи условия, приложими към договорите с клиенти на ИП, Политиката за изпълнение на клиентски нареждания и Тарифата“. Описаното било в съответствие с разпоредбата на чл. 82, ал. 10 ЗПФИ, която предвиждала, че при възникването на правоотношение, инвестиционният посредник имал задължението да предостави на клиента тарифата си и същата ставала неразделна част от договора. Същевременно, при преглед на досието на Umit Goksen, било констатирано, че няма допълнителни документи, въз основа на които с Клиента да са уговорени различни условия, които да изменят комисионното възнаграждение на Посредника, предвидено в действащата към дадения момент Тарифа и прието от клиента.

От Дружеството „Ваха Трейд“ ЕООД били изискани копия на всички документи, въз основа на които между него и съответния клиент са уговорени различни размери на таксите и/или комисионните, които инвестиционният посредник ще удържа, или други клаузи, които изменят/допълват условията по вече сключените договори за търговия с финансови инструменти чрез платформа за търговия. В хода на проверката не били представени никакви допълнителни документи, въз основа на които да са уговаряни индивидуални комисионни между Дружеството „Ваха Трейд“ ЕООД и клиента Umit Goksen, които да обосновават прилагането на различни условия спрямо тези, предвидени в тарифата. Същевременно били представени и дневни отчети от използваната от ИП електронна платформа за търговия „M. Trader 4“, въз основа на които може да бъде установена реално удържаната комисиона. Били представени дневни отчети, за периода април - септември 2019г. от търговията с ДЗР на Umit Goksen, от които било установено следното:

- Позиция № 1417 в платформата „M. Trader 4“, открита в 13:30:55ч. (средно време по Г., наричано надолу в текста „G.“) на 23.04.2019г., била закрыта в 13:48:51ч. по G. на 23.04.2019г. чрез закупуването на 5 лота от валутната двойка „U./T.“ (щатски долар - турска лира) на цена „5,83385“. Закриването на цитираната позиция било отразено под сделка № 61 от регистъра на сделките на Посредника. Видно от дневния отчет, по повод на описаната сделка от сметката на Umit Goksen била удържана комисионна в размер на 35,00 долара. Същевременно, съгласно действащата към този момент Тарифа 1, по отношение сделките с ДЗР върху валутни двойки не се дължала комисионна. Предвид на това Посредникът не бил приложил обявената пред Umit Goksen тарифа, като по този начин неправомерно удържал комисиона от клиентската му сметка и неоснователно се обогатил за негова сметка.

- Позиция № 1510 в платформата „M. Trader 4“, открита в 06:05:26ч. по G. на 26.04.2019г., била закрыта в 08:05:48ч. по G. на 26.04.2019г. чрез продажбата на 5 лота от валутната двойка „U./T.“ (щатски долар – турска лира) на цена „5,94904“. Закриването на цитираната позиция било отразено под сделка № 84 от регистъра на сделките на Посредника. Видно от дневния отчет, по повод на описаната сделка от сметката на Umit Goksen била удържана комисионна в размер на 35,00 долара. Същевременно, съгласно действащата към този момент Тарифа 1, по отношение сделките с ДЗР върху валутни двойки не се дължала комисиона. Предвид на това

Посредникът не бил приложил обявената пред Umit Goksen тарифа, като по този начин неправомерно удържал комисионна от клиентската му сметка и неоснователно се обогатил за негова сметка.

- Позиция № 1392 в платформата „M. Trader 4“, открита в 12:40:28ч. по G. на 18.04.2019г., била закрыта в 14:28:39ч. по G. на 18.04.2019г. чрез продажбата на 5 лота от валутната двойка „U./T.“ (щатски долар – турска лира) на цена „5,81066“. Закриването на цитираната позиция било отразено под сделка № 54 от регистъра на сделките на Посредника. Видно от дневния отчет, по повод на описаната сделка от сметката на Umit Goksen била удържана комисионна в размер на 35,00 долара. Същевременно, съгласно действащата към този момент Тарифа 1, по отношение сделките с ДЗР върху валутни двойки не се дължала комисиона. Предвид на това Посредникът не бил приложил обявената пред Umit Goksen тарифа, като по този начин неправомерно удържал комисионна от клиентската му сметка и неоснователно се обогатил за негова сметка.

- Позиция № 1344 в платформата „M. Trader 4“, открита в 12:32:24ч. по G. на 12.04.2019г., била закрыта в 12:35:42ч. по G. на 12.04.2019г. чрез продажбата на 5 лота от валутната двойка „U./T.“ (щатски долар – турска лира) на цена „5,80362“. Закриването на цитираната позиция било отразено под сделка № 42 от регистъра на сделките на Посредника. Видно от дневния отчет, по повод на описаната сделка от сметката на Umit Goksen била удържана комисиона в размер на 35,00 долара. Същевременно, съгласно действащата към този момент Тарифа 1, по отношение сделките с ДЗР върху валутни двойки не се дължала комисионна. Предвид на това Посредникът не бил приложил обявената пред Umit Goksen тарифа, като по този начин неправомерно удържал комисионна от клиентската му сметка и неоснователно се обогатил за негова сметка.

С горното, според проверяващите дружеството е извършило 4 /четири/ нарушения на чл.70, ал. 1 от ЗПФИ, за които бил съставен АУАН № Р-06-175/18.02.2020г., въз основа на който било издадено и процесното наказателно постановление.

Въз основа на цялостен анализ на събраните по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност, както и на приложимите правни норми, съдът е обосновал изводи, които настоящият съдебен състав изцяло споделя. Съобразно дължимата от въззивната инстанция служебна проверка СРС е извършил обективно, всестранно и пълно изясняване на всички факти и обстоятелства, релевантни за установяване на нарушението и за отговорността на наказаното лице, подробно ги е обсъдил и въз основа на това е извел правилни изводи. Решаващият състав на СРС е изследвал и е взел отношение по изложените в жалбата доводи и по всички въпроси, включени в обхвата на дължимата от него служебна проверка, като настоящият съдебен състав изцяло споделя мотивите на въззивния съд за законосъобразност на обжалваното наказателно постановление.

По отношения на наведените пред настоящата инстанция възражения, следва да бъде отбелязано следното: на първо място доводът, че касаторът не може да бъде субект на административно наказателна отговорност поради последващото му отнемане на лиценза е несъстоятелен. Това е така, тъй като към датата на твърдените нарушения и към момента на издаване на процесното НП същият е бил вписан в регистъра на КФН като инвестиционен посредник. Противно на доводите на касатора, указанията на АССГ при предходното разглеждане на делото са изпълнени от въззивния съд постановил обжалваното в настоящото производство решение: изискан и приет е

договор за търговия с финансови инструменти чрез платформа за търговия от 18.03.2019г., ведно с Общите условия в превод на български. Районният съд е изложил доводи и анализирал клаузите на договора в съответствие с указанията на АССГ, като е обосновал изводи за приложимата Тарифа. Направил е дължимата преценка и относно приложимостта на разпоредбата на чл.28 ЗАНН.

Забраната за повторно съдене и наказване на едно и също лице за същото деяние - *ne bis in idem* - е принцип на наказателнопроцесуалното право, чиято цел е да не се допусне повторението на наказателни процедури, които са приключили с влязъл в сила акт. Установеното от чл. 4, § 1 от Протокол № 7 към ЕКПЧ правило е съществен елемент на правото на справедлив процес по чл. 6, § 1 от ЕКПЧ. По естеството си то представлява самостоятелна гаранция на гражданите срещу угрозата да бъдат последователно подлагани на наказателна репресия за престъпление, за което вече са били окончателно осъдени или оправдани съгласно наказателната процедура на държавата. Същото деяние (*idem*) е елементът, който свързва двата процеса срещу лицето. Отправна точка при определянето на тъждеството на деянието е акцентът върху фактите на инкриминираното поведение. Преценката дали се касае до същото деяние се основава само на фактическото му съдържание, без оглед на неговата квалификация и на класификацията му като „престъпление” или „административно нарушение”. Преценката на *idem* изисква във всеки отделен случай да се съпоставят съществените елементи на правонарушенията, които се изследват от гледна точка на конкретните условия на време, място, обстановка при осъществяване на деянието и единството на решението, въз основа на което е предприето поведението на дееца.

Прегледа на цитираното и приложено от касатора Решение по КНАХД № 11 242/2020г. на АССГ установява, че същото касае 4 /четири/ нарушения на чл. 70 ЗПФИ напълно различни от разглежданите в настоящето производството, като същите касаят различен клиент на дружеството и са осъществени на различни дати. Следователно в случая не е налице идентичност на нарушенията с оглед индивидуализиращите признаци, поради което не се установява и нарушение на принципа *ne bis in idem*.

Въззивният съд правилно е приел, че санкционираното юридическо лице е извършило нарушенията на чл. 70, ал. 1 от ЗПФИ, описани в АУАН и НП, като е изложил подробни изводи, които изцяло се споделят от касационната инстанция. В процесния случай, от доказателствата безспорно се установява, че наказаното лице по четирите отделни административни нарушения е нарушило грубо основния принцип, регламентиращ задълженията на инвестиционния посредник по повод взаимоотношенията му с настоящи и потенциални клиенти, а именно да действа честно, справедливо и като професионалист в най-добър интерес на клиента, а именно съобразно разписаното в разпоредбата на чл. 70, ал. 1 от ЗПФИ, при извършване на инвестиционни услуги и дейности, както и на допълнителни услуги за клиенти инвестиционният посредник действа честно, справедливо и като професионалист в най-добър интерес на клиента. Предвид факта, че в периода 03-14.05.2019г. инвестиционният

посредник с четири отделни транзакции е удържал комисионни от клиент, без такива да са били предвидени в Тарифата или допълнително договорени към момента, то правилно е прието, че на посочените в АУАН и НП дати е извършено нарушение на цитираната правна норма. В Тарифа № 1 посредникът не е обявил конкретно комисионно възнаграждение, по повод на ДЗР върху валутни сделки и следователно такова не следва да се удържа от клиентските сметки. Посредникът е удържал неугворени комисионни, което е довело до неоснователно обогатяване.

Всички елементи от съставите на нарушенията са установени в процесното НП, включително несправедливото и непрофесионално поведение на посредника. Съдът споделя и изводите на СРС, относно формалността на нарушението. Правилни са и изводите, относно справедливостта на наложеното наказание към минимума и липсата на предпоставки за квалифицирането на деянието като „маловажен случай“ по см. на чл. 28 ЗАНН.

От материалите по делото не се установява и твърдяното от касатора изземване на компетенции. Цитираният от жалбоподателя свидетел – актосъставителят Р. А. е разпитан в открито съдебно заседание проведено на 30.03.2022г. В показанията на същия не се съдържат данни друго, различно от него лице да е участвало при съставянето на АУАН или да е вписвало в него каквито и да било обстоятелства или реквизити на акта, поради което и това възражение се явява несъстоятелно.

Предвид гореизложеното касационната инстанция приема, че решението на СРС е постановено в съответствие с материалния закон и при спазване на процесуалните правила, поради което не са налице касационни основания за неговата отмяна.

Относно разноските: При този изход на спора и като взе предвид направеното от процесуалния представител на ответника по касация искане за присъждане на разноски, на същата се дължат разноски за юрисконсултско възнаграждение в минимален размер от 80 лв., определен съгласно чл.63д ал. 4 от ЗАНН вр.с чл. 37, ал.1 от Закона за правната помощ и чл. 27е от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Воден от горното, Административен съд - София град, X.-ри касационен състав

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ В СИЛА съдебно решение № 2431 от 30.06.2022г., постановено по НАХД № 3128/2022г., по описа на Софийски районен съд (СРС),

Наказателно отделение, 99-ти състав.

ОСЪЖДА „Ваха Трейд“ ЕООД, ЕИК[ЕИК] да заплати на Комисия за финансов надзор юрисконсултско възнаграждение в размер 80 лв.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: