

РЕШЕНИЕ

№ 1856

гр. София, 22.03.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XI КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 26.02.2021 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Веселина Женаварова

ЧЛЕНОВЕ: Наталия Ангелова

Адриан Янева

при участието на секретаря Розалия Радева и при участието на прокурора Куман Куманов, като разгледа дело номер **12436** по описа за **2020** година докладвано от съдия Наталия Ангелова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Съдебното производство по делото е по реда на Глава дванадесета от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ - чл. 208 и следващите, във връзка с чл. 63, ал.1 изречение второ от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

Делото е образувано по касационна жалба на [фирма], с ЕИК[ЕИК] и седалище в [населено място], против Решение №20245779/2020г., постановено по н.а.х.д. 7609/2020г. по описа на СРС, Наказателно отделение, 131-ви състав.

В касационната жалба са изложени доводи, че съдът не е изпълнил служебното си задължение да прецени пропускането на преклузивния срок по чл.34 ЗАНН - три месеца от откриване на нарушителя за съставянето на АУАН. Счита, че в депозираната писмена защита пред СРС и в писмените възражения срещу АУАН подробно било посочено, че с уведомления до административно-наказващият орган дружеството било разкрило информация за доставчиците на ликвидност, с които работи - писма до КФН с вх. № РГ-03-273-9 от 20.02.2019г. и вх. № РГ-03-273-19/08.04. , а Политиката на дружеството за изпълнение на нареждания не била изменяна от представянето ѝ в хода на лицензионното производство, завършило с положителен акт от 07.12.2018г. За взаимоотношенията си с доставчиците на ликвидност, в това число и с турското дружество "И. Я." била

предоставяна прозрачна информация както преди така и след сключване на договора, съответно предварителното уведомяване било извършено с писмото то 20.02.2019г. и текущо - с писмото от 08.04.2019г. Така административно-наказващият орган имал възможност да упражни своите надзорни правомощия и в рамките на постъпилите от февруари до април 2019г. уведомителни писма, а това било сторено едва на 16.09.2019г., когато с нарочна заповед била открита проверка на място. Реално цялата информация, визирана от органа в акта му от 2020г. е била на негово разположение през цялата 2019г., но видно било от събраните доказателства, че КФН не била осъществила своевременен контрол. С касационната жалба се иска от съда да отмени съдебното решение и потвърденото с него НП, със законните последици от това.

Доводите в касационната жалба се поддържат в съдебно заседание от чрез адв. О., която заяви, че не се касае за установяване на нови факти пред касационната инстанция. Иска то съда да уважи изцяло жалбата, документите, на които се позовава - цитираните писма в т. 12 и т.10 от списъка на административно-наказващия орган. Направи искане за присъждането на разноски.

В подробна писмена защита касаторът чрез адв. В., подробно излага доводи за допуснати процесуални нарушения при издаването на АУАН и НП - съответно чл.34, ал.1 ЗАНН, на чл. 42,т.3 и чл.57, ал.1, т. 5 ЗАНН - нямало пълно, точно и ясно описание на нарушението, тъй като бил посочен период, което съставлявало погрешно установяване на датата на извършване на нарушението. Твърдяното нарушение било погрешно квалифицирано като продължавано административно нарушение за определен период от време - в периода от 26.03.2019г. до 14.11.2019г. ЗАНН не допускал съществуването на продължавано административно нарушение по аналогия от чл.26, ал.1 НК. Излага арг. от чл.18 ЗАНН и Тълкувателно решение №77/1984г. на ОСНК на Върховния съд, според който в административно-наказателното производство не се прилагат разпоредбите на чл.23-26 от НК. Счита допуснато съществено процесуално нарушение, в това число се обръща и внимание, че макар и органът да се е позовал в НП на чл.12 ЗАНН, то срещу дружеството били издадени общо 15 НП и няколко дни след връчването на процесното НП, било взето решение за отнемане на лиценза на дружеството като инвестиционен посредник, с което било лишено от възможността да бъде предупредено по чл.12 ЗАНН. Позовава се и на отмяната по съдебен ред на решението на КФН за отнемането на лиценза с Решение № 97/01.02.21г. по адм.д. 656/20г. на АССГ.

Ответникът по касация - Комисията за финансов надзор, чрез юрк. Г. оспори изцяло касационната жалба - в писмена защита, в откритото съдебно заседание. По доводите на касатора за незаконосъобразност процедурата по издаването на АУАН и НП изтъква, че до 22.10.2019г. КФН нямала възможност да извърши категорична преценка за извършеното нарушение. Позовава се на отправените искания до дружеството, като едва на 09.01.20г. е бил получен отговор и разяснено, коя политика се прилагала. Касаторът бил санкционирал за това, че не бил включил в споменатата политика турското дружество И. Я. (..) и на него трайно е разчитало като място за изпълнени ена клиентските нареждания. Договорът между двете дружества бил представен на 18.09.2019г., същият не бил представен в КФН на 08.04.2019г. Договорът не съдържа дата, които обстоятелства били узнати от КФН едва на 09.01.20г., на която дата било установено кога е сключен този договор, което било необходимо за да се фиксира датата на нарушението. Пак тогава било установено

и до кога е в сила този договор - 14.11.2019г., което фиксира крайният срок на противоправното деяние. Липсвали касационни основания, иска се то съда да остави в сила решението на СРС. В отделна молба юрк. Г. счита, че в протокола то съденото заседание не намерили в пълнота изявленията му за разноските и претендираното от него юрисконсултско възнаграждение.

Прокурорът - К. при СГП, представи заключение за неоснователност на касационната жалба.

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

С решението на СРС е потвърдено Наказателно постановление (НП) № Р-10-234 от 20.05.2020 година заместник-председател на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност" е наложил на [фирма], с ЕИК[ЕИК] имуществена санкция в размер на 1000/хиляда/ лева на осн. чл.290, ал.9, т.1 от ЗПФИ за извършено нарушение на чл.8б, ал.2, вр ал.7 ЗПФИ.

За да постанови горното, въззивният съд е приел в мотивите, че [фирма] упражнявало дейност като инвестиционен посредник въз основа на лиценз издаден с Решение № 1136-ИП/06.12.2018г. на КФН. Със Заповед № 3-316 от 16.09.2019г. на заместник-председателя на КФН, направление Инвестиционен надзор, била назначена тематична проверка. В хода на проверката от [фирма] били изискани различни документи, свързани с дейността на дружеството, представени на проверяващия екип с Констативен протокол от 18.09.2019г., включително Договор за доставка на цени във връзка със сделки за договор за разлики между ИП и "Info Y. M. D." A.S./И. Я. М. Д. АД/ с приложение Договор за текуща сметка, в превод от турски език.

Съдът е формирал извод, че от изпратените от ИП заявления до КФН, договорните отношения между жалбоподателя пред него - [фирма] и турския доставчик на ликвидност са започнали на 26.03.2019г., а с писмо вх. № РГ-03-273-31/20.12.2019г. по описа на КФН, [фирма] е уведомило надзорната институция, че считано от 14.11.2019г. е престанало да използва "Info Y. M. D." A.S. като доставчик на ликвидност във връзка с нарежданията на клиентите си.

С Искания от 21.10.2019г. и 07.01.2020г. били изискани допълнителни документи, като в изпълнение на същите на КФН били представени Политика за изпълнение на нареждания на ИП [фирма], както и извлечения от записи в използваните от ИП платформи за търговия, включително дневните отчети за търговия от платформата "М. 4". При анализа на данните от последната било установено, че в началото на своята дейност периода април -май 2019г. ИП [фирма] е насочвал нарежданията на клиенти при търговия с договори за разлика единствено към турския посредник "Info Y. M. D." A.S./И. Я. М. Д. АД/, първата извършена въз основа на клиентско нареждане сделка била от 04.04.2019г. Също е прието за установено, че в последствие същото останало място на изпълнение за голяма част от клиентските нареждания, като част от

клиентите винаги са насочвани към посоченото дружество.

Въззивният съд е обсъдил в мотивите на решението съдържанието на чл.11, ал.1, т.5 от Политиката за изпълнение на нареждания, прилагана от [фирма], в която разпоредба като субекти, при които се изпълнявали нареждания за сделки с договори за разлика, били посочени "Интерактив Б. ЛЛС-САЩ", S. V. A/S, S. и F., с изрично отбелязване, че изброяването е неизчерпателно. Също е обсъден и чл.12, ал.1, т.2 на Правилата, която разпоредба в табличен вид били включени и местата за изпълнение, на които инвестиционния посредник значително разчита при изпълнение на нарежданията на клиенти, като били посочени изброените вече контрагенти, а "Info Y. M. D." A.S. не фигурирало като възможно място за изпълнение в нито една точка на правилата.

Прието е, че на 22.01.2020г. бил съставен акт за установяване на административно нарушение (АУАН) № Р-06-58/22.01.2020 от свидетеля Д. Г., с който срещу [фирма] било повдигнато административнонаказателно обвинение за това, че като инвестиционен посредник не е включил в политиката си за изпълнение на клиентски нареждания "Info Y. M. D." A.S. като място за изпълнение, макар в значителна степен да е разчитало на същото, квалифицирано като нарушение на чл.86, ал.2, вр. ал.7 ЗПФИ. В тридневен срок от предявяване на акта от стана на нарушителя са депозирани писмени възражения, в които е прието общо, че са изложени съображения за липса на нарушение и маловажност на случая, аналогични с представените писмени бележки. На база така съставения АУАН било издадено процесното НП № Р-10-234 от 20.05.2020 година заместник-председател на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност" е наложил на [фирма], с ЕИК[ЕИК] имуществена санкция в размер на 1000/хиляда/ лева на осн. чл.290, ал.9, т.1 от ЗПФИ за извършено нарушение на чл.86, ал.2, вр. ал.7 ЗПФИ.

Изложената фактическа обстановка, въззивният съд е приел за установена въз основа на точно цитирани писмени доказателства и доказателствени средства: показанията на свидетеля Д. Г., дадени в хода на съдебното следствие, приобщените по реда на чл.283 от НПК писмени доказателства - АУАН № Р-06-58/22.01.2020 година; Възражение вх. № 91-01-78/28.01.2020г. по описа на КФН, наказателно постановление (НП) № Р-10-234 от 20.05.2020 година, Заповед № 3-377/13.11.2019г. за компетентност на наказващия орган, Решение № 1136-ИП/06.12.2018г., Заповед № 3-316/16.09.2019г., с приложен към същата списък на документи и данни, които следва да се предоставят от ИП, Констативен протокол № Р-04-126/18.09.2019г., Договор за доставка на цени във връзка със сделки за договор за разлики между ИП и И. Я. М. Д. АД, Искания за представяне на документи № 4 от 21.10.2019г. и № 10 от 07.01.2020г., Протоколи за решения на управителите на [фирма] от 08.03.2018г. и 12.10.2018г., Политика за изпълнение на нареждания на инвестиционен посредник [фирма] и приложения към същата, „останалата кореспонденция между дружеството и КФН“.

Видно от останалата кореспонденция между КФН и дружеството, че се съдържат посочените в касационната жалба писма до КФН - от - под № 20 и 21 от придружителното писмо на комисията до СРС, съответно от 20.02.2019г. и от 08.04.2019г. Уведомленията с посочените писма до КФН, не са намерили отражение в мотивите на съдебното решение.

По спазването на изискванията на закона при издаването на АУАН и НП, в мотивите

на съдебното решение е прието по отношение и на двата акта, че:

"При съставянето на процесния АУАН не са допуснати съществени процесуални нарушения, рефлектиращи върху неговата законосъобразност или водещи до неяснота в повдигнатото обвинение." Идентично съдът е3 констатирал, че не са допуснати съществени процесуални нарушения, които да обуславят отмяната на НП., конкретно са изложени доводи по спазването на чл.52, ал.4 ЗАНН. Не са изложени конкретни съображения по спазването на сроковете по чл.34 ЗАНН.

На основание съответствие на НП с материалния закон - приетото от фактическа страна, че действително дружеството е извършило нарушение на чл.86, ал.2, във връзка с ал.7 от ЗПФИ, тъй като като инвестиционен посредник не е посочило в политиката си за изпълнение на клиентски нареждания "Info Y. M. D." A.S. като възможно място за изпълнение. Съдът е приел и правилно приложение на санкционната норма - чл.290, ал.9, т.1 ЗПФИ относно размера на наложената имуществена санкция - 1000 лв.

По тези съображения въззивният съд е потвърдил оспореното пред него НП.

Преценка на касационната инстанция:

Касационната жалба е подадена в рамките на 14-дневния преклузивен срок по чл. 211, ал. 1 от АПК. Съдът е сезиран от надлежна страна в производството пред районния съд и срещу съдебен акт, който е бил неблагоприятен за нея и следователно е подлежащ на оспорване. Във връзка с изложеното и съдържанието на касационната жалба, съдът счита, че същата е процесуално допустима и като такава следва да бъде разгледана.

Не се установява по делото пред въззивната инстанция - видно от съдържанието на жалбата и писмената защита, дружеството касатор [фирма] да е предявило възражение за спазването на сроковете по чл.34, ал.1 ЗАНН във връзка с издадения срещу него АУАН за допуснато нарушение на чл. 86, ал.2 ЗПФИ.

Действително във възражението срещу АУАН от страна на [фирма] е изтъкнато уведомяването на КФН с писмата от 20.02.2019г. и от 08.04.2019г. - за планирано сключване на договори с лицензирани доставчици на ливидност и за сключването на договора с "Info Y. M. D." A.S., както и, че политиката за изпълнение на нареждания на ИП била същата, както представената в хода на лицензионното производство пред КФН. Тези възражения не са обсъдени от гледна точка на спазването на чл.34, ал.1 ЗАНН нито от административно-наказващият орган, нито впоследствие от съда в мотивите на решението му.

Видно от изложеното по-горе за изводите на въззивния съд, в мотивите на решението липсва изрично произнасяне по спазването на сроковете по чл.34, ал.1 ЗАНН при издаването на процесния АУАН на дата 22.01.2020г. Също видно то мотивите на съда, по делото е приобщена като доказателство и цялата кореспонденция между КФН и [фирма], сред която и двете писма от от 20.02.2019г. и от 08.04.2019г. - за планирано сключване на договори с лицензирани доставчици на ливидност и за сключването на договора с "Info Y. M. D." A.S.

Също видно от решението на въззивния съд, не е обсъдено и взето предвид, на коя точно дата са станали известни всички относими към състава на нарушената разпоредба - чл.86, ал.2 ЗПФИ факти и обстоятелства, относими към ангажиране на отговорността на дружеството.

Въззивният съд също не е формирал извод относно изискването за датата на извършване на нарушението и съдържанието на НП- период на нарушението, посочен в мотивите на НП - стр. 7, първи абзац. Няма формирани мотиви и изводи на въззивния съд за съответствие на така описаното с изискванията за съдържание на НП по чл.57, ал.1, т.5 ЗАНН - за посочване на дата на нарушението. Също не обсъдено и не става ясно как посочването на периода на нарушението съответства и на чл.18 ЗАНН.

Действително, доводите на касатора [фирма] за неспазване на процесуалните правила при издаването на НП и АУАН са предявени за пръв път пред касационната инстанция, но писмените доказателства, на които са основани тези възражения се съдържат по административно-наказателната преписка, представена и приобщена от въззивния съд по реда на чл.283 НПК.

С решението си районният съд е приел, че АУАН и НП са издадени без да са допуснати съществени процесуални нарушения. При тези доводи, без да обсъжда събраните по делото доказателства, въззивният съд е потвърдил процесното НП.Настоящият състав на съда намира, че оспореното решение е постановено при съществено нарушение на процесуалните правила и налице отменително основание по чл. 348, ал. 1, т. 2 от НПК във вр. с чл. 84 от ЗАНН. Съгласно чл.107, ал.2 от Наказателно-процесуалния кодекс /НПК/, приложим във връзка с чл.84 от ЗАНН, съдът е длъжен служебно да събере доказателства, когато това се налага за разкриване на обективната истина, и да ги обсъди, което в разглеждания случай не е извършил. Районният съд не е провел всестранно и пълно изследване на всички обстоятелства по делото по чл. 14 от НПК, във връзка с чл. 105 , чл. 107, ал. 3 и 5 и чл. 114 от НПК, приложими съгласно разпоредбата на чл. 84 от ЗАНН. Съдът, като инстанция по същество, съгласно чл. 63, ал. 1, изр. 1 от ЗАНН, не е анализирал цялата доказателствена съвкупност и не е посочил, кои обстоятелства счита за установени и въз основа на кои доказателствени материали за извода, че не са допуснати нарушения на процесуалните правила, които да обуславят отмяната на АУАН и НП.

При така изложеното за изводите на въззивната инстанция, направени без конкретни мотиви и обсъждане на релевантните за спора факти, относими към спазването в пълнота на процесуалните правила и изискванията за съдържание на АУАН и НП по ЗАНН, касационната инстанция не е допустимо да постанови акт, в който за пръв път да обсъди тези изисквания, защото следва да установи за пръв път фактическа обстановка по делото без да е инстанция по същество. Следва да бъде спазена забраната за фактически установявания от касационната инстанция по чл. 220 АПК , обратното би означавало наказаното лице да бъде лишено от една съдебна инстанция по повдигнатите въпроси.

Поради всичко изложено следва да се приеме, че е налице касационното основание по чл. 348, ал.1, т.2 от НПК, съдебното решение следва да бъде отменено, а делото върнато за ново разглеждане от друг състав на съда, който да се произнесе и по всички процесуални въпроси, касаещи изискванията за законосъобразност на АУАН и НП по ЗАНН, след което да формира изводи за съставомерността на нарушението.

Тъй като не се разрешава правен спор, касационната инстанция не се произнася и по исканията за разноски и на двете страни.

Така мотивиран и на основание чл.222 ал.2 т.1 и т.2 от АПК Административен съд София-град, XIII касационен състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ решение № 20245779/ 06.11.2020г. по НАХД № 7609/2020г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 131-ви състав.

ВРЪЩА делото на Софийски районен съд за ново разглеждане от друг състав.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:
2.

ЧЛЕНОВЕ: 1.