

РЕШЕНИЕ

№ 3903

гр. София, 29.11.2010 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, VI КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 01.10.2010 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Пламен Горелски

ЧЛЕНОВЕ: Весела Николова

Наталия Ангелова

при участието на секретаря Ц. Вретенарова и при участието на прокурора Георгиев, като разгледа дело номер **4382** по описа за **2010** година докладвано от съдия Весела Николова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е касационно и е по реда на Глава дванадесета, чл.208-228 от АПК, вр.чл. 63, ал. 1, изр.2-ро от ЗАНН.

С Решение от 25.03.2010г. по нахд. №193/2010г. СРС, НК, 1-ви състав е ОТМЕНИЛ Наказателно постановление /НП/ №Р-10-326/17.12.2009г., издадено от заместник-председателя на Комисията за Ф. Н., Управление „Н. на инвестиционната дейност”, с което на инвестиционен посредник /ИП/ „К.” е наложена имуществена санкция в размер на 2000 лева, за нарушение на разпоредбата на чл.78, ал.1 от Наредба №35/17.10.2006г. за капиталовата адекватност и ликвидност на инвестиционните посредници.

Постановеното решение е обжалвано от административнонаказващия орган /АНО/ в срока и по реда на чл.211 ал.1 от АПК във връзка с чл.63 ал.1 от ЗАНН с доводи за неправилност поради нарушение на закона.

Касаторът - заместник-председателят на Комисията за Ф. Н., Управление „Н. на инвестиционната дейност” се представлява в съдебно заседание от юрисконсулт Г, която претендира уважаването на жалбата на АНО.

Ответникът ИП „К.” се представлява от адв.М, която оспорва жалбата на административнонаказващия орган

Представителят на С градска прокуратура изразява становище за неоснователност на жалбата.

Съдът, след като взе предвид релевираните с жалбата касационни основания по смисъла на чл.348 от НПК и служебно на основание чл.218 ал.2 от АПК, провери изцяло съответствието на атакуваното решение с материалния закон и съществените процесуални изисквания, намира за установено следното:

Касационната жалба е допустима - подадена е от лице, легитимирано да обжалва, срещу акт, подлежащ на касационен контрол и в законово установения за това преклузивен 14-дневен срок.

Разгледана по същество жалбата е неоснователна.

Ответникът по жалбата ИП „К.“ е санкциониран за това, че на 21.11.2008г. е имал вземане от „К. Финанс“ ЕООД в размер на 5 439 400лв. при 25% собствен капитал, т.е. експозицията на посредника към „К. Финанс“ ЕООД е надвишавала 80,74 % от собствения му капитал - нарушение по чл.78, ал.1 от Наредба № 35 от 17.10.2006 г. за капиталовата адекватност и ликвидността на инвестиционните посредници, приета с Решение № 67-Н от 17.10.2006 г. на Комисията за Ф. Н., обн., ДВ, бр. 97 от 1.12.2006 г., в сила от 1.01.2007 г. /наричана по долу за краткост Наредбата/.

С нормата на чл.78, ал.1 от Наредбата се забранява експозицията на инвестиционен посредник към отделно лице или към група свързани лица да надвишава 25 % от собствения му капитал. Легалното определение на понятието „експозиция“ се съдържа в чл.74, ал.1 от Наредбата- „всички активи и задбалансови позиции съгласно глава дванадесета, раздел I, без да се прилагат рисковите тегла или степените на риск, които те носят“.

Установената по делото фактичката обстановка е следната:

Със заповед № 38/24.02.2009г. на зам.председателя на КФН - Управление „НИД“ е наредено да бъде извършена проверка на ИП „К.“, при която се констатира, че ИП „К.“ е предоставял заеми по сключен договор за финансово обслужване от 01.07.2005г. на „К. Финанс“ ЕООД. В резултат на предоставените заеми ИП „К.“ е имал вземания към „К. Финанс“ ЕООД, както следва: **1.** На 17.07.2008г. в размер на 548 300 лв.; **2.** На 18.07.2008г. - в размер на 1 604 300 лева; **3.** На 19.08.2008г. - в размер на 1 695 600 лева; **4.** На 09.09.2008г. - в размер на 1 941 100 лева; **5.** На 17.09.2008г. - в размер на 2 365 100 лева; **6.** На 19.09.2008г. - в размер на 2 570 100 лева; **7.** На 23.09.2008г. - в размер на 4 830 100 лева; **8.** На 25.09.2008г. - в размер на 4 848 100 лева; **9.** На 30.09.2008г. - в размер на 4 929 600 лева; **10.** На 03.10.2008г. - в размер на 4 991 400 лева; **11.** На 07.10.2008г. - в размер на 5 081 400 лева; **12.** На 08.10.2008г. - в размер на 5 225 400 лева; **13.** На 09.10.2008г. - в размер на 5 355 400 лева; **14.** На 13.11.2008г. - в размер на 5 417 400 лева и **15.** На 21.11.2008г. - в размер на 5 439 400 лева. Установено е още, че допустимата по чл.78, ал.1 от Наредбата граница от 25 % на експозицията е премината на 19.08.2008г. и няма фактическо установяване в който й да е следващ момент до 21.11.2008г. да е падала до разрешения максимум от 25 %. Точно обратното - с всяко следващо плащане се е влошавало състоянието на ИП, поради което и АНО при определяне на забраненото над 25 % превишение е събирал /наслагвал/ всички заети суми от ИП „К.“ на „К. Финанс“ ЕООД към всяка една от посочените дати. Въпреки това са били съставени 13 отделни АУАН за самостоятелни нарушения, извършени на датите, посочени по-горе в т.3 - т.15 .

При тези установени данни правилно първоинстанционният съд е приел, че осъщественото от ИП е продължено нарушение - форма на усложнена противоправна дейност, свързана с нейното проявление във времето. Нарушението е извършено само с едно деяние, изразяващо се в съвкупност от действия и бездействие, при която

субектът на административнонаказателна отговорност - ИП осъществява непрекъснато състава на нарушение по чл.78, ал.1 от Наредбата през определен период от време - от момента на превишаване на ограничението от 25 % за експозиция спрямо собствения му капитал, което е станало на 19.08.2008г., в случая. Така ИП е създал едно трайно противоправно състояние, което е продължило до неговото прекратяване - превеждане на експозицията в границата до 25 %. Това, че и след 19.08.2008г., и до 21.11.2008г. е продължил да извършва плащания представлява само фактическо усложнение, изразяващо се в осъществени от ИП „К.” последователни въздействия върху обекта на административно нарушение,

които увеличават интензитета на неговото засягане. Налице е количествено натрупване на общественоопасни последици, без това да променя качеството на тези последици и квалификацията на извършеното нарушение. От своя страна то има значение за индивидуализацията на санкцията в границите, установени от закона за съответния състав на административно нарушение, но е недопустимо действията след 19.08.2008г., сред които е и процесното от 21.11.2008г. да се квалифицират като отделни и самостоятелни нарушения по чл.78, ал.1 от Наредбата. Само това основание е достатъчно за отмяната на издаденото срещу ИП „К.” наказателно постановление за това, че на 21.11.2008г. е имал експозиция към „К. Финанс” ЕООД в размер на 80,74 % /5 439 400 лева/ от собствения му капитал /6 736 744 лева/. Като е постановил решение в този смисъл - с което е отменил оспореното пред него НП, СРС е постановил законосъобразен съдебен акт.

Ръководен от изложеното и на основание чл. 221,ал.2, предл. 2-ро от АПК, вр.чл.63, ал.1, изр.второ от ЗАНН, Административен съд С.-град, VI касационен състав

Р Е Ш И :

ОСТАВЯ В СИЛА РЕШЕНИЕ от 25.03.2010г. по нахд № 193/2010г. СРС, НК, 1-ви състав, с което СРС е **ОТМЕНИЛ** Наказателно постановление /НП/ №Р-10-326/17.12.2009г., издадено от заместник-председателя на Комисията за Ф. Н., Управление „Н. на инвестиционната дейност”, с което на инвестиционен посредник /ИП/ „К.” е наложена имуществена санкция в размер на 2000 лева, за нарушение на разпоредбата на чл.78, ал.1 от Наредба №35/17.10.2006г. за капиталовата адекватност и ликвидност на инвестиционните посредници.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ :

ЧЛЕНОВЕ : 1.

2.

Особено мнение на съдия Н А по к. а.х.д. № 4382 /2010г. на VI касационен състав, по Решение № 3903/29.11.2010г.

Не съм съгласна с мотивите на мнозинството от решаващия състав по следните съображения:

Както е посочено в мотивите на НП, към 21.11.2008г. вземанията на Инвестиционен посредник „К.“ от свързаното с него лице „К. Финанс“ ЕООД – в размер на 5 439 400 лв., представляващи 80,74 % от собствения капитал на първото дружество, с което към тази дата е налице вземане в размер по-голям от 25 % към това лице, в нарушение на чл. 78, ал. 1 от Наредба 35 / 17.10.2006г., за капиталовата адекватност и ликвидност на инвестиционните посредници (Наредба 35/2006). Действително, вземането е с натрупване на вземания, в резултат на поредица от плащания, които сумарно водят до посочения общ размер и съотношение към основния капитал.

По делото не се спори, че плащанията между двете дружества не са отчитани като голяма експозиция по смисъла на чл. 77 от Наредба 35/2006, респективно не са представяни в КФН изискващите се по ал. 3 от същата разпоредба отчет за капиталовата адекватност и ликвидност, оборотна ведомост и счетоводен баланс, към дати преди 09.09.2008г., от които да се установява, че размерът на вземането на инвестиционния посредник от „К. Финанс“ ЕООД надвишава 25 %.

Поради посоченото поведение на инвестиционния посредник, то обстоятелството по чл.78,ал.1 от посочената наредба, експозицията на инвестиционния посредник към отделно лице дали надвишава 25 % от собствения му капитал, може да се установи само към датите, на които са съставяни отчети за този капитал. Съгласно чл. 143, ал.1 от посочената Наредба, инвестиционният посредник е длъжен да изготвя ежедневно отчети за капиталовата си адекватност и ликвидност.

Изводът, че към 19.08.2008г. е надвишена границата от 25% , допустима по чл. 78, ал.1 от Наредба 35/2006, с 25,17% , не може да се приеме за доказан от съдържащите се доказателства по делото. Последното обстоятелство е посочено в мотивите на Констативен протокол № Р-04-117 /19.06.2009г., на стр. 27, в това число и за размера на капитала към тази дата – 6 736 543 лв. Изводите в този констативен протокол не съставляват обвързващо доказателство и на него административно-наказващият орган не е основал изводите си, видно от съдържанието на АУАН и НП. Като доказателства по делото и по административно-наказателната преписка са представени отчети към 21.11.2008г., 17.07.2008г., 18.07.2008г. и към 23.03.2008г., от които може да се установи собствения капитал на инвестиционния посредник, както и вземането от процесния контрагент.

Независимо от горното, тъй като инвестиционният посредник е задължен ежедневно да съставя отчети за капиталовата си адекватност и ликвидност, и да следи ежедневно за спазване на изискването по чл. 78, ал.1 от Наредба 35/2006, то следователно, нарушението е установимо ежедневно. Изключение от това правило следва да бъде периодът от време, в който се прилага оздравителната програма съответно по ал.4 от същата разпоредба, след уведомяване на КФН, каквото не е направено.

Относимата правна уредба не предполага извод, че след преминаване на границата от 25 % по чл. 78,ал.1 от Наредба 35/2006, дори и за съотношение 80 % към собствения капитал, отговорността на дружеството не следва да бъде ангажирана. Инвестиционният посредник не следва да понесе в случая отговорност само веднъж при минималното превишение от 25,17% над определената граница, тъй като посоченото ограничение не е спазено многократно, т.е. налице са множество деяния.

Предвид начина на изчисляване на експозицията, както и на основния капитал - ежедневно и с натрупване, то съотношението между същите, видно от конкретните факти, е динамична величина, тъй като плащанията въпреки превишението са продължили, съгласно нареждания за плащане. Отчетът за собствения капитал както и другите отчети отразяват състоянието на инвестиционния посредник винаги към определен момент, което следва да бъде удостоверено чрез подписването им от отговорните за съставянето им длъжностни лица, същите не могат да се изготвят служебно от други лица, каквито са проверяващите органи например. Само към датите на които изискващите се отчети са съставени от съответните длъжностни лица, е възможно да се установи нарушението. Следователно, към всяка дата, на която са съставени отчети, които позволяват да се установи съотношението по чл. 78, ал.1 от Наредбата, и се установи превишение над лимита от 25% за отделна експозиция, ще бъде нарушена забраната, въведена със същата разпоредба.

Основният въпрос който се поставя е ЗАНН предвижда ли форма на усложнена противоправна дейност, свързана с нейното проявление във времето, при която непрекъснато се осъществява състава на нарушението, като се увеличава интензитета на засягането, както и че е налице количествено натрупване на обществено-опасни последици, без да се променя качеството им и квалификацията на извършеното нарушение.

В ЗАНН не е уреден състав на усложнена противоправна дейност, по аналогия на чл. 26 НК. Правилно СРС е приел неприложимост на тази разпоредба, тъй като в разпоредбите, определящи административното нарушение не се препраща към този текст от кодекса, а само по изрично посочените в чл. 11 от ЗАНН въпроси - на вината, вменяемостта, обстоятелствата, изключващи отговорността, формите на съучастие, приготвянето и опита, се препраща към този кодекс и то доколкото не е предвидено друго.

От разпоредба на чл. 6 от ЗАНН следва, че административно нарушение е всяко противоправно деяние, което може да бъде действие или бездействие. Посочената легална дефиниция изключва тълкуване, че деянието представлява съвкупност от повтарящи се действия, всяко едно от които осъществява състав на административно нарушение. Аргумент за това е и чл.18 от ЗАНН, който също предвижда отделно изтърпяване на всяко наложено наказание, ако е извършено от едно лице.

Съгласно т. 8 от Тълкувателно решение № 77 от 29.11.1984г. по н.д. 68/1984г., Върховният съд е постановил изрично следното:

„ т. 8. С амнистирането на престъпленията, които съдържат едновременно и признаците на административни нарушения, деецът ще носи административнонаказателна отговорност за деянията такива, каквито са и колкото са. Съгласно изричната разпоредба на чл. 18 от Закона за административните нарушения и наказания, когато едно лице извърши няколко отделни нарушения, се налагат отделни наказания за всяко едно от тях. В административно -наказателната отговорност не се прилагат разпоредбите на чл. 23 – 26 НК и затова, ако амнистираното престъпление по чл. 1, ал.1 и ал.2 от ЗА (Закона за амнистията – бележката е моя) от 1984 г. е от две или повече деяния, за всяко едно от тях ще се наложи отделно административно наказание и няма да се определя общо наказание. Няма пречка обаче нарушенията да се констатират с един акт и да се издаде едно наказателно постановление.”

Действително, в случая се касае за безвиновна отговорност на юридическо лице, заради нарушение на „задължения“ към държавата при осъществяване на неговата дейност, съгласно чл. 83,ал.1 от ЗАНН. В чл. 177, ал. 1 от Наредба 35 /2006 не е направено разграничение между физическите лица и търговците при ангажиране на отговорността им за нарушаването на разпоредбите ѝ. От чл. 221, ал.1,т.1 и ал. 8 на Закона за публично предлагане на ценни книжа следва същия извод, че за едно и също деяние, съставляващо административно нарушение, може да се понесе отделно отговорност от виновното длъжностно лице, така и да се наложи имуществена санкция на юридическо лице или едноличен търговец.

След като всяко от посочените лица може да понесе отговорност за едно и също деяние, поради изключване приложението на чл. 26 от НК за физическите лица, чрез фактическите действия или бездействия на които е осъществен състав на административното нарушение, то е неприложима тази разпоредба и за отговорността на юридическите лица, в случая за Инвестиционния посредник „К.“. С оглед на това за всяко установимо неизпълнение на чл.78,ал.1 от Наредба 35 /2006г. следва да понесе отговорност „К.“ следва да понесе отговорност. В противен случай ще се допусне различен състав на деянията по наредбата, за които могат да носят административно-наказателна отговорност тези две групи лица.

По горните мотиви считам, че следва да бъде оставено в сила обжалваното решение, с което е изменено НП като наложената имуществена санкция е намалена от 2000 на 500 лв.

Съдия Н А