

РЕШЕНИЕ

№ 5696

гр. София, 11.10.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, II КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 16.09.2022 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Николай Ангелов

ЧЛЕНОВЕ: Наташа Николова

Георги Бозуков

при участието на секретаря Макрина Христова и при участието на прокурора Яни Костов, като разгледа дело номер **5276** по описа за **2022** година докладвано от съдия Николай Ангелов, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208 – чл.228 от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във вр. С чл.63в от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

Образувано е по касационна жалба с вх. № 21823/10.06.2022 по описа на Административен съд – София - град на Инвестиционен посредник /ИП/ „Трейдинг 212“ ЕООД с ЕИК:[ЕИК], представлявано от управителите К. В. и В. И., чрез адв. Д. К., срещу Решение от 30.03.2022 г. по НАХД № 5721/2021 г. по описа на Софийски районен съд /СРС/, 136 състав, с което е потвърдено Наказателно постановление /НП/ № № Р-10-212/23.03.2021 г., издадено от заместник-председателя, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност” на Комисията за финансов надзор (КФН), с което на касатора за нарушение на чл. 92, ал. 3 от 3 от Закона за пазарите на финансови инструменти (ЗПФИ) и на основание чл. 290, ал. 9 , т. 3 предл. 1 от ЗПФИ, е наложено административно наказание „имуществена санкция“ в размер на 10 000 лева.

С жалбата се релевират основания за отмяна на решението като неправилно и незаконосъобразно, като постановено в противоречие с материалния и процесуалния закон. Излага се твърдение, че не е налице използване на финансови инструменти от страна на ИП, като е направено тълкуване на употребената от законодателя дума „използване“. Моли съда за отмяна на оспореното съдебно решение и на

потвърденото с него НП.

В съдебно заседание касаторът се представлява от адв. К., който поддържа жалбата. Изтъква, че в случая е налице по-благоприятен закон. Претендира направените по делото разноски. В представени са писмени бележки.

Ответникът – Комисия за финансов надзор се представлява от юрк. Г., която моли съда да остави първоинстанционното решение в сила. Представя писмени бележки и претендира юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура в съдебно заседание се представлява от прокурор К., който счита касационната жалба за основателна.

След като се запозна с обжалваното съдебно решение, обсъди наведените касационни основания и доводите на страните, Административен съд София – град, втори касационен състав, намира за установено от фактическа и правна страна следното:

По допустимостта на касационната жалба:

Касационната жалба е подадена в срока по чл. 211, ал. 1 АПК, във вр. с чл. 63, ал. 1, изр. второ ЗАНН, и от лице с право и интерес от обжалване, поради което е процесуално допустима и следва да бъде разгледана досежно нейната основателност.

По основателността на касационната жалба:

Разгледана по същество, касационната жалба е неоснователна.

Обжалваното съдебно решение е валидно и допустимо, постановено по подадена в срок жалба срещу наказателно постановление. Не са изтекли, както сроковете по чл. 34 ЗАНН, така и абсолютната погасителна давност за административнонаказателно преследване.

Въз основа на събраните по реда на НПК доказателства и доказателствени средства СРС е установил следната фактическа обстановка:

„Трейдинг 212“ ЕООД е дружество с издаден от КФН лиценз за предоставяне на определени инвестиционни услуги по смисъла на чл. 6, ал. 2 от ЗПФИ.

На 03.07.2020 г. А. М., който е клиент на „Трейдинг 212“ ЕООД, с писмо с вх. № 91-02-695 до КФН подава сигнал. В него сочи, че за отворените позиции, които е имал с Договори за разлика (ДЗР) с базов инструмент спот контракт върху индекса S&P 500 (SPX) и ДЗР с базов инструмент спот контракт върху индекса Hong K. 50 (HSI) към приключването на търговската сесия на 29.05.2020 г. след двата почивни дни (30.05.2020 г. и 31.05.2020 г.) със стартирането на търговията на 01.06.2020 г. е получил съобщение, че са мигрирани от ДЗР с базов инструмент спот контракт към ДЗР с базов инструмент фючърсен контракт. Последното било извършено без клиентът да бъде предварително уведомен за това и без негово съгласие.

На 14.07.2020 г. с писмо с изх. на КФН № 91-02-695 от дружеството – касатор е изискана допълнителна информация с оглед изясняване на фактическата обстановка.

На 22.07.2020 г. с писмо с вх. на КФН № 91-02-695 е предоставена изисканата информация. Става ясно, че е извършена миграция от ДЗР с базов инструмент спот контракти на индекси към ДЗР с базов инструмент фючърсни контракти на индекси. Налице е промяна на отворена позиция в един финансов инструмент на такава в друг финансов инструмент. Посредникът посочва, като точен момент на осъществяване на миграцията 30.05.2020 срещу 31.05.2020 г. Тази миграция е осъществена без посредникът да е поискал и получил изрично съгласие на клиентите, за чиято сметка е извършена тази миграция от един финансов инструмент към друг.

По този начин „Трейдинг 212“ ЕООД е използвало финансови инструменти на своя клиент А. М. за своя сметка без изричното съгласие на клиента. Използването за своя

сметка се изразило в обстоятелството, че при ДЗР „Трейдинг 212“ ЕООД е насрещната страна при сделките на своите клиенти, а променяйки ДЗР, в който е инвестирал М., „Трейдинг 212“ ЕООД променя и собствената си експозиция в този финансов инструмент.

Административно-наказателното производство е образувано на 14.10.2020 г., със съставяне на Акта за установяване на административно нарушение (АУАН) № Р-06-743/14.10.2020 г., от Н. Д. на длъжност „Главен експерт“ в отдел „Надзор на инвестиционни посредници, пазари на финансови инструменти и разследване на пазарни злоупотреби“, Дирекция „Надзор на инвестиционната дейност“ в управление „Надзор на инвестиционната дейност“ на Комисията за финансов надзор. АУАН е съставен в присъствието на двама свидетели - предявен и връчен на надлежно упълномощен представител на дружеството-касатор, на датата на неговото съставяне-14.10.2020 г., който го подписал. В него, последният не е вписал възражения. В срока по чл. 44, ал. 1 от ЗАНН, жалбоподателят не е направил писмени възражения пред наказващия орган. Въз основа на съставения АУАН е издадено процесното НП.

За да потвърди НП, в своето решение районният съд е приел, че при съставяне на АУАН и издаване на процесното НП не са допуснати съществени процесуални нарушения. Достигнато е до извод, че вмененото нарушение е безспорно извършено и правилно е ангажирана отговорност на дружеството. Съдът е приел още, че случаят не може да се приеме за маловажен по смисъла на чл. 28 от ЗАНН.

Решението е правилно.

Районният съд е изследвал всички относими към спора обстоятелства, излагайки мотиви, чрез които е направена връзката между приетите за установени фактически обстоятелства и съответните правни изводи.

Спорът се свежда до това дали правилно е приложен материалният закон.

Настоящата съдебна инстанция изцяло споделя правните изводи на първоинстанционния съд досежно тълкуването на посочената като нарушена разпоредбата на чл. 92, ал. 3 от ЗПФИ, в частност на понятието „използване“, поради което не следва да бъдат повтаряни.

В касационната жалба се твърди, че доколкото с разпоредбата на пар.1, т. 95 от Допълнителни разпоредби на ЗПФИ е дадена легална дефиниция на понятието „замяна на финансови инструменти“, то извършеното от ИП действие в настоящия случай не може да се приеме за „използване“ на финансови инструменти. Така наведеното оплакване, съдът счита за неоснователно. Посочената разпоредба още повече подкрепя развитите в първоинстанционния съд правни изводи, а именно, че понятието „използване“, употребено в чл. 92, ал. 3 от ЗПФИ не може да се тълкува само като прехвърляне на собствеността в класическия вещноправен смисъл. Използването на финансови инструменти за сметка на инвестиционния посредник може да стане по различни начини, като не е необходимо да се прехвърля собствеността. По делото е безспорно доказано, че „Трейдинг 212“ ЕООД е използвало финансови инструменти на своя клиент без негово изрично съгласие, като използването се изразява в обстоятелството, че при ДЗР „Трейдинг 212“ ЕООД е насрещна страна при сделките на своите клиенти. Променяйки ДЗР, в който е клиентът е инвестирал, „Трейдинг 212“ ЕООД променя и собствената си експозиция в този финансов инструмент.

В тази връзка и съобразно чл. 290, ал. 9, т. 3 от ЗПФИ, съгласно която за нарушения

по ал. 1, т. 6 и 7 на юридическите лица се налага имуществена санкция в размер от 10000 до 50000 лева, законосъобразно е ангажирана административно наказателната отговорност на дружеството. Така наложената санкция в минимален размер съответства на характера и тежестта на извършеното нарушение и ще постигне целите, визирани в ЗАНН.

Не са налице и предпоставките за приложение на чл. 28 от ЗАНН, поради малозначителност на нарушението. Първоинстанционният съд е изложил подробни и правилни мотиви защо не е налице маловажен случай, които настоящата касационна инстанция споделя изцяло. При това положение, наложеното наказание ще изпълни предвидената в закона генерална и специална превенция.

При този изход на спора на ответника се дължи юрисконсултско възнаграждение на основание чл. 63, ал. 3 от ЗАНН, във вр. с чл. 143, ал. 3 от АПК, определени на основание чл. 78, ал. 8 от ГПК, във вр. с чл. 37 от ЗПП, вр. с чл. 27е от Наредбата за заплащане на правната помощ, в размер на 150 лева.

Предвид тези съображения, Административен съд София-град, II касационен състав,

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ В СИЛА Решение от 30.03.2022 г. по НАХД № 5721/2021 г. по описа на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 136 състав.

ОСЪЖДА ИП “Трейдинг 212“ ЕООД, с ЕИК:[ЕИК], да заплати на Комисията за финансов надзор сумата от 150 /сто и петдесет/ лева, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.