

РЕШЕНИЕ

№ 6712

гр. София, 07.12.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, II КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в
публично заседание на 16.11.2012 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Милена Славейкова

ЧЛЕНОВЕ: Владимир Николов

Мирослава Керимова

при участието на секретаря Емилия Митова и при участието на
прокурора Димитров, като разгледа дело номер **9730** по описа за **2012**
година докладвано от съдия Мирослава Керимова, и за да се произнесе взе
предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 и следв. от АПК във вр. с чл. 63 ал.1
изр. последно от ЗАНН.

Образувано е по касационна жалба на Пенсионно –осигурителна компания [фирма]
срещу решение на СРС по нахд № 5663/2012г. Претендира се незаконосъобразност на
решението на РС като постановено при допуснати съществени процесуални
нарушения и при неправилно приложение на материалния закон. Претендира се, че
РС е направил изводите си от правна страна без подробен анализ на състава на
нарушението и фактите в конкретната хипотеза. Според касатора при анализ на
фактите в тяхната пълнота се установява, че деянието не субсумира състава на чл.
177а ал.1 от КСО. Не се оспорват фактите в насока, че чрез две сделки Дружеството от
името и за сметка на УПФ „Д.” придобива 1 330 000бр. акции от капитала на [фирма]
и 3 550 000 бр. акции от капитала на [фирма]; както и фактите, че чрез тези сделки
към 18.05.2011г общият размер на притежаваните от УПФ „Д.” акции от капитала на
[фирма] представлява 7.61%; а от капитала на [фирма] – 9.20%. Като не оспорва тези
факти, жалбоподателят обръща внимание на вида и характера на реализираните
сделки, които са довели до този резултат, като твърди, че РС и наказващият орган
механично са сборували броя на двете отделни групи акции, които водят до
превишаване на прага от 7%, без да направят икономически и правен анализ на
съдържанието на правата, свързани с притежаването на тези акции. В касационната

жалба се развиват подробни съображения в тази насока, като се твърди, че процесните акции са придобити чрез репо-сделки , който факт не се спори от страните. При изясняване на характера на тези сделки обаче се стигало до извода, че репо-сделката е финансов инструмент – техника за получаване на краткосрочно финансиране. Твърди се, че същата няма за цел придобиване или продажба на ценни книжа , а има обезпечителен характер и получаване на допълнително доходи. Твърди се репо-сделката е ненаименован договор, който притежава характеристиките на финансираща и обезпечителна сделка, като съдържа изрична клауза за обратно изкупуване на продадени ценни книжа . При репо-сделките едната страна прехвърля на другата за предварително определен срок от време срещу определена цена ценни книжа, като поема ангажимент да изкупи обратно ценните книжа на конкретна бъдеща дата по предварително фиксирана цена, като разликата в цените по първоначалната и втората прехвърлителна сделка представлявала цената на предоставеното финансиране. Твърди се, че предоставеното финансиране било обезпечено с предоставяне на права върху ценни книжа, но тези права били ограничени, тъй като лицето, което ги придобивало нямало право на дивидент, право на участие в управлението на дружеството и право на ликвидационен дял, и пр.. В този смисъл се твърди, че независимо, че репо-сделката формално е покупко-продажба на ценни книжа , по своята същност тя представлява финансираща – кредитираща сделка. Оттук се прави извода, че не е налице състава на чл. 177а от КСО, тъй като не е налице придобиване на дялово участие на УПФ „Д.“ в капитала на [фирма] и [фирма]; не е налице право на дивидент, като полученият такъв се привежда по сметка посочена от емитента. В жалбата се прави подробен анализ на представените договори, като се твърди, че УПФ „Д.“ няма да упражнява право на глас в общото събрание на тези дружества. В тази насока се твърди, че Д. участва като акционер притежаващ само и единствено първоначално придобитите акции и не е титуляр на правото на участие в управлението. Фондът нямал и право да продава на трети лица акциите, предмет на обезпечението. Разпореждането с акциите било възможно само и единствено като средство за удовлетворяване на обезпечения кредитодател в случай на неизпълнение на задължението от страна на кредитополучателя. Излагат се подробни аргументи в насока, че по силата на това прехвърляне приемащата страна няма възможност да придобие контрол върху финансовия актив /ЦК, тъй като е уговорено обратно изкупуване при предварително определена дата и цена. Предвид горното се правят изводите, че репо-сделките не представляват окончателни и същински покупко-продажби на ЦК; в резултат на тях не се придобива допълнително дялово участие в капитала на други дружества, поради което не е налице и нарушение на чл. 177а ал.1 предл. първо от КСО. Твърди се, че в хипотеза на репо-сделки няма и задължение за уведомяване по чл. 145 от ЗППЦК. В счетоводството на компанията било отразено вземане по репо-сделка чрез натрупване на полагащата се лихва; но ЦК не били включени като актив в баланса. Претендира се непоследователна политика на КФН, която на 15.02.2012г била приела Практика по третиране на репо-сделките и обратните репо-сделки с безналични ценни книжа, регистрирани в Централния депозитар, която изцяло потвърждавала тезата изложена в касационната жалба.

В съдебно заседание, жалбоподателят се представлява от адв. С., която поддържа жалбата.

Ответникът по касационната жалба, Комисия за финансов надзор , чрез юрк. В.

оспорва касационната жалба.

СГП чрез прокурор Димитров взема становище за неоснователност на касационната жалба.

АССГ в настоящия касационен състав, след извършена служебна проверка за допустимост на касационната жалба, приема същата за допустима като подадена в срок, от активно процесуално легитимирана страна, срещу съдебен акт, който подлежи на контрол за законосъобразност пред настоящия съд и съдебен състав.

Съгласно разпоредбата на чл. 63 ал.1 изр. последно от ЗАНН, решението на РС подлежи на касационно обжалване пред административния съд на основанията, предвидени в [Наказателно-процесуалния кодекс](#), и по реда на [глава дванадесета от Административнопроцесуалния кодекс](#).

Съгласно разпоредбата на чл. 348. (1) от НПК: Присъдата и решението подлежат на отмяна или изменение по касационен ред: 1. когато е нарушен законът; 2. когато е допуснато съществено нарушение на процесуални правила; 3. когато наложеното наказание е явно несправедливо.

Съгласно разпоредбата на чл. 218 ал.2 от АПК: За валидността, допустимостта и съответствието на решението с материалния закон съдът следи и служебно.

При извършена служебна проверка за валидността и допустимостта на решение на РС по нахд № 5663/2012г. АССГ приема, че решението е валидно и допустимо.

При обсъждане на спора, касационната инстанция приема, че не следва да повтаря фактите, установени от РС, тъй като те не се спорят между страните.

РС въз основа на събраните по делото относими, допустими и необходими доказателства е установил фактическа обстановка, изписана и в АУАН и в обжалваното НП, която се приема от касационната инстанция и по която страните не спорят.

Спорът между страните е дали чрез реализираните репо-сделки се осъществява състава на чл. 177а ал.1 предл. 1 от КСО.

При решаване на спора, РС е приел формално, че фактите не се спорят и че компанията е придобила посочения брой акции на [фирма] и [фирма], като по този начин Д. е превишило 7 процентния праг по чл. 177а ал.1 предл.1 от КСО, поради което нарушението е реализирано. Приел, че останалите възражение за вида и характер на сделките са неотносими към случая и не са предмет на производството, поради което и не са обсъждани. В резултата на това, РС е потвърдил НП като законосъобразно, при правилно приложение на материалния закон.

Според АССГ в настоящия касационен състав при преценка съставомерността на деянието по чл. 177а ал.1 предл. 1 от КСО приема, че следва да се изходи от елементите на фактическия състав:

Съгласно текста на закона, Пенсионноосигурителното дружество и управляваните от него фондове за допълнително задължително пенсионно осигуряване не могат поотделно да придобиват повече от 7 на сто от акциите на един емитент или участие, чрез което дружеството или фондовете - заедно или поотделно - могат да определят пряко или непряко повече от половината от членовете на управителния орган или по друг начин да упражняват решаващо влияние върху вземането на решения във връзка с дейността на емитента.

От текста на законовата норма е видно, че Пенсионно-осигурителна компания „Д.“ може да бъде субект на нарушението по този текст лично или чрез управляван от компанията фонд.

Изпълнителното деяние включва: 1-во: придобиване повече от 7 на сто от акциите на един емитент или участие, и 2-ро :- чрез това следва да се постигне резултат - дружеството или фондовете - заедно или поотделно – да могат да определят пряко или непряко повече от половината от членовете на управителния орган или по друг начин да упражняват решаващо влияние върху вземането на решения във връзка с дейността на емитента.

В конкретната хипотеза чрез посочените репо-сделки, които не се оспорват като такива от страните се осъществява първия елемент от фактическия състав:

- Дружеството от името и за сметка на УПФ „Д.” придобива 1 330 000бр. акции от капитала на [фирма] и 3 550 000 бр. акции от капитала на [фирма]; чрез тези сделки към 18.05.2011г общият размер на притежаваните от УПФ „Д.” акции от капитала на [фирма] представлява 7.61%; а от капитала на [фирма] – 9.20% . Безспорно е превишаването на прага от 7% от капитала.

РС обаче не е поставил на обсъждане наличието или липсата на втория елемент от фактическия състав на нарушението: дали по този начин се стига до определяне пряко или непряко на повече от половината от членовете на управителния орган или до упражняване на решаващо влияние върху вземането на решения във връзка с дейността на емитента.

Според АССГ, РС неправилно не е обсъдил възраженията на жалбоподателя, касаещи вида и характера на сделките, чрез които се придобиват правата върху процесните брой акции. Направата на такъв анализ обосновава извода, че в процесната хипотеза не се стига до определяне пряко или непряко повече от половината от членовете на управителния орган или по друг начин да се упражнява решаващо влияние върху вземането на решения във връзка с дейността на емитента. Съгласно чл. 14 ал.2 от Договор за репо на финансови инструменти от 16.05.2011г, клиентът няма право да упражнява права върху ФИ – като право на записване на акции във връзка с взето решение за увеличаване на капитала на емитент; право на глас в общото събрание и т.н. Изрично в договора е изписано, че с договора не се прехвърля право на глас в общо събрание на публично дружество – емитент на акции, обект на репо.

На ел.страница на КФН е публикувано Съобщение на КФН във връзка с надзорната политика на КФН, Управление „Надзор на инвестиционната дейност” по чл. 145 и сл. и 149 и сл. от Закона за публичното предлагане на ценни книжа в случай на сключен договор за репо с акции, емитирани от публично дружество. Съгласно текста на същото: Във връзка с все по-честото използване на договорите за репо с акции, емитирани от публично дружество (ПД), като форма на облекчено кредитиране и императивните норми на чл. 145 и сл. и 149 и сл. от Закона за публичното предлагане на ценни книжа (ЗППЦК), Комисията за финансов надзор (КФН) уведомява за следното: Горепосочените норми вменят на задължените по тях лица задълженията за уведомяване при промени в дяловото участие в капитала на публично дружество, както и за регистриране в КФН на търгово предложение или прехвърляне на съответно количество акции, така че гласовете в общото събрание на акционерите да паднат под съответния праг. Предпоставка за възникване на тези задължения е придобиване (пряко или чрез свързани лица) или прехвърляне на право на глас в общото събрание на акционерите (ОСА) на публично дружество, над конкретно нормативно определено количество гласове. При репо-сделките като форма за облекчено кредитиране (при която кредиторът няма инвестиционни намерения за трайно придобиване на ценните книжа и не цели получаване на контрол над ПД) се

предполага отделяне на собствеността от правата по акциите, тоест не е налице същинско прехвърляне на правото на глас по акциите. Предвид целта и тази специфика на репо-сделките, при сключен договор за репо с акции, емитирани от ПД, за страните по договора не възникват задълженията по чл. 145 и сл. и чл. 149 и сл. от ЗППЦК.

Изписаното от КФН в цитираното съобщение противоречи на изводите на КФН в процесните АУАН и НП, където се приема, че в резултат на репо-сделките са настъпили обстоятелствата по чл. 145 ал.1 от ЗППЦК.

На същата страница е публикувана и Практика на КФН по третирането на репо сделките и обратните репо-сделки с безналични ценни книжа, регистрирани в Централен депозитар. Изрично в същата практика се посочва, че репо-сделките и обратните репо-сделки са обезпечителни сделки, при които има прехвърляне на ценни книжа като обезпечение на сделката. Това са сделки, които се използват като техника за получаване на краткосрочно финансиране и за получаване на допълнителни доходи. Целта на репо сделката и обратната репо сделка не е реално инвестиране в безналичните ценни книжа. Изрично в същата практика се посочват фактите, които следва да се установяват, за да се прецени дали се касае за реално прехвърляне на права върху безналични ценни книжа: В тази насока изрично се посочва, че следва да се прави преценка въз основа на договорите съществува ли безусловен и неотменим ангажимент за обратно изкупуване на безналични ценни книжа на определена дата и при определена цена; дали се прехвърля право на глас по безналичната ценна книга; дали е уредена забрана за разпореждане с безналичната ценна книга в периода на прехвърлянето ѝ и пр. В конкретната хипотеза съдът констатира, че в действителност проверката и отразените в АУАН и в НП факти се свеждат само и единствено до механичен сбор на броя акции преди и след сделката, както и изчисляване на процентното съотношение спрямо капитала на дружеството. Направен е извод за нарушение на чл. 177а ал.1 предл.1 от КСО и задължение по чл. 145 ал.1 от ЗППЦК, без да е направен анализ на вида и характера на сделките, както и на спецификите на договорите по тях с оглед реалното прехвърляне на право на глас. Никъде в АУАН и в НП не се твърди, че дори и привидно да се касае за репо-сделки, с договорите се прикриват реални продажби на акции, тъй като в договорите не се съдържат клаузи, типични за репо-сделките, които не позволяват дружеството или фондовете - заедно или поотделно - да определят пряко или непряко повече от половината от членовете на управителния орган или по друг начин да упражняват решаващо влияние върху вземането на решения във връзка с дейността на емитента.

Предвид гореизложеното, АССГ в настоящия касационен състав приема за незаконосъобразни изводите на РС, че вида и характера на сделките са ирелевантни факти спрямо състава на чл. 177а ал.1 предл.1 от КСО. Напротив, след като елемент от фактическия състав е да не се допуска дружеството или фондовете - заедно или поотделно - да определят пряко или непряко повече от половината от членовете на управителния орган или по друг начин да упражняват решаващо влияние върху вземането на решения във връзка с дейността на емитента, то следва наказващият орган да установи, че чрез тези сделки ще се стигне до този резултат, поради което следва да се преценява вида и характера на сделката в конкретната хипотеза. Такъв не е направен нито от наказващия орган, нито от РС.

В конкретната хипотеза, наказващият орган не е доказал, че чрез процесните сделки се стига до това дружеството или фондовете - заедно или поотделно – да могат да

определят пряко или непряко повече от половината от членовете на управителния орган или по друг начин да упражняват решаващо влияние върху вземането на решения във връзка с дейността на емитента.

От друга страна, наказаното лице е представило писмени доказателства, от които е видно, че се касае за репо-сделки, при които клиентът няма да упражнява права по финансовите инструменти, за да се стигне до такова определяне.

Според съда, не е достатъчно да се докаже преминаване на 7%-я праг , а това превишаване следва да води да контрол и решаващо влияние, което при сключените репо-сделки в конкретната хипотеза не се доказва.

Предвид гореизложеното, АССГ в настоящия касационен състав приема, че обжалваното решение следва да бъде отменено като незаконосъобразно при неправилно приложение на материалния закон, като вместо него се постанови друго, с което се отмени обжалваното наказателно постановление.

Воден от горното и на основание чл. 221 ал.2 от АПК, АССГ в настоящия състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ решение на СРС по нахд № 5663/2012г., ВМЕСТО КОЕТО ПОСТАНОВИ:

ОТМЕНЯ Наказателно постановление № Р- 10 94/17.02.2012г на зам.председател на КФН, ръководещ управление „Осигурителен надзор”.

Решението е окончателно.

Председател:

/М.С. /

Членове:

.....

/Вл.Н./

.....

/М. К./