

РЕШЕНИЕ

№ 7056

гр. София, 08.12.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XIX КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 30.10.2020 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Катя Аспарухова

**ЧЛЕНОВЕ: Мария Ситнилска
Красимира Милачкова**

при участието на секретаря Емилия Митова и при участието на прокурора Стоян Димитров, като разгледа дело номер **8144** по описа за **2020** година докладвано от съдия Катя Аспарухова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 и сл. от АПК, вр. чл. 63 от ЗАНН.

Образувано е по касационна жалба от Пенсионноосигурителна компания /ПОК/ [фирма], ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление [населено място], [улица], представлявано от М. Г. М. – главен изпълнителен директор, и Д. А. Г. – изпълнителен директор, СРЕЩУ Решение №69789 от 16.03.2020г. на СРС, НО, 100 състав, с което е потвърдено наказателно постановление № Р – 10 – 1009 от 16.12.2019г., издадено от заместник – председателя на Комисията за финансов надзор /КФН/, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“, с което на жалбоподателя за нарушение на чл.15, вр. чл.12, пар.1, б. „а“, подбуква „i“ в предложението „ключване на сделка, което дава подвеждащи сигнали по отношение на предлагането и търсенето на финансови инструменти“ от Регламент (ЕС) №596/2014, на основание чл.23, ал.2, т.3, предложение първо от Закона за прилагане на мерките срещу пазарни злоупотреби с финансови инструменти (ЗПМПЗФИ) е наложена имуществена санкция в размер на 50 000 (петдесет хиляди лева).

В жалбата се навеждат доводи за това, че решението на първоинстанционния съд е необосновано и неправилно, поради противоречието му с материалния закон и постановяването му при допуснати съществени процесуални нарушения. На първо място, се релевират нарушения на чл. 42, ал. 3 и чл. 57, ал. 1, т. 5 от ЗАНН – нарушения при съставянето на АУАН, съответно НП, а именно неправилно посочване

на датата на извършване на твърдяното нарушение, както и включване на нови факти, различни от предявените с АУАН. На следващо място, се излагат доводи, че не е спазен срокът по чл. 34, ал. 1 от ЗАНН за съставяне на АУАН, доколкото надзорният орган е получил цялата информация по случая на 01.03.2019г. с получаването на справка по образец по чл. 23, ал. 1 от Наредба №9 от 19.11.2003г. за начина и реда за оценка на активите и пасивите на фондовете за допълнително пенсионно осигуряване и на пенсионноосигурителното дружество, на стойността на нетните активи на фонда, за изчисляване и обявяване на стойността на един дял, за изчисляване и съпоставяне на доходността от инвестиционните имоти и за изискванията към воденето на индивидуалните партии. Подчертава се, че са спазени принципите на инвестиране, регламентирани в чл.175 от Кодекса за социално осигуряване /КСО/, с оглед на което е недопустима намесата на надзорния орган в инвестиционната политика на дружеството и в сключването на конкретни сделки. На следващо място, се релевира и нарушение на чл. 42, ал. 4 от ЗАНН, доколкото се твърди, че в АУАН не са посочени хипотезите на т. 3, б. „в“, раздел 1 от Приложение II от Делегиран Регламент ЕС 2016/522 за допълване на Регламент (ЕС) №596/2014, които са част от фактическия състав на действията, регламентирани като „неправомерни съгласувани нареждания“. Развиват се аргументи в подкрепа на твърдението, че дружеството е следвало стандартна пазарна политика предвид това, че акциите на [фирма] са от най-ликвидните, предлагани на регулирания пазар, организиран от [фирма]. Иска се отмяна на обжалваното решение и постановяване на друго по съществуващото на спора, с което да бъде отменено наказателното постановление. Претендира разности за процесуално представителство пред две съдебни инстанции по списък.

В съдебно заседание касаторът се представлява от изпълнителния директор Д. Г. и от адв. Й.. Поддържа жалбата, излагайки подробни аргументи в съдебно заседание.

Ответникът - Комисията за финансов надзор, се представлява от юрк. С., който оспорва жалбата по съображения, изложени в писмени бележки. Прави възражение за прекомерност на претендирания от касатора адвокатски хонорар. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Представителят на СГП дава заключение, че касационната жалба е неоснователна.

Административен съд София - град, Деветнадесети касационен състав, като съобрази становищата на страните намира следното:

Жалбата е подадена в срока по чл. 211 от АПК от надлежна страна, поради което е допустима.

Разгледана по същество, същата е основателна като за да достигне до този извод съставът съобразява следното:

От фактическа страна СРС е констатирал, че във връзка с постъпила в КФН /Управление „Надзор на инвестиционната дейност“/ информация от [фирма] относно договор между последния и ПОК [фирма] за покупко-продажба на финансови инструменти – 300 000 акции от капитала на [фирма], сключен на 10.09.2018г., била извършена проверка от длъжностно лице - старши експерт У. в отдел „Надзор на инвестиционни посредници, пазари на финансови инструменти и разследване на пазарни злоупотреби“ при Дирекция „Надзор на инвестиционната дейност“ в Управление „Надзор на инвестиционната дейност“ при КФН. Във връзка със същата е поискана от [фирма] справка за всички сключени сделки от 01.07.2018г. с предмет акции на [фирма]. Въз основа на информацията от поисканата справка било установено, че за периода от 01.07.2018г. до 04.06.2019г. на регулиран пазар между

пенсионните фондове, управлявани от ПОК [фирма], от една страна, и [фирма], от друга страна, били сключени три сделки с номера 20190226000000303, 20190226000000306 и 20190226000000307, с обем на прехвърлените акции от капитала на [фирма] от 275000 акции. Чрез сделки 20190226000000303 и 20190226000000307 ПОК [фирма] придобила от името и за сметка на ДПФ „Съгласие“ съответно първо 199 500 акции и впоследствие още 500 акции. Чрез сделка 20190226000000306 ПОК [фирма] придобила от името и за сметка на ППФ „Съгласие“ още 75 000 акции. Всички сделки били сключени при единична цена за акция от 2,04 лв., а продавач в сделките било [фирма]. Установено било, че първата от трите сделки била най-голямата, сключвана на регулиран пазар с акциите от капитала на [фирма] за периода от 01.07.2018г. до 04.06.2019г., а сделките от 26.02.2019г. между управляваните от ПОК [фирма] фондове и [фирма] за 275 000 акции формирали 73 % от дневния обем по позицията на [фирма] на регулирания пазар на БФБ - С. и 3,66 % от сключените сделки по позицията. Като съобразил фактичката обстановка във връзка с посочените сделки, а именно предварителна договореност между ПОК [фирма] и [фирма], подаване на нарежданията от двата субекта последователно, което е видно от поредните им номера, генерирани от системата на регулирания пазар, и разликата в подаването им от няколко секунди, проверяващият орган стигнал до извод, че поведението на ПОК [фирма], действаща от името и за сметка на управляваните от нея фондове, и [фирма] при подаване на нарежданията за търговия и сключените вследствие на тях сделки на 26.02.2019г., кореспондира с практиката, посочена в точка 3, буква „в“ от раздел 1 на Приложение II в предложение „сделки, извършени в резултат от издаването на нареждания за купуване и продажба по почти по едно и също време, с много сходно количество и сходна цена, от различни страни, но в съгласение - тази практика обикновено е известна като „неправомерни съгласувани нареждания“ от Делегиран регламент (ЕС) 2016/522 на Комисията за допълване на Регламент (ЕС) № 596/2014 на Европейския парламент и на Съвета по отношение на освобождаването на определени публични органи и централни банки на трети държави, показателите за манипулиране на пазара, праговете за разкриване, компетентния орган, който да бъде уведомяван при забавяне, разрешението за търговия по време на забранителния срок и видовете подлежащи на уведомяване сделки на лицата, които изпълняват ръководни функции.

Формиран бил извод, че чрез своето целенасочено поведение ПОК [фирма] и [фирма] извършили действия по договаряне на сделки, които да бъдат сключени на регулиран пазар, организиран от БФБ-С., включително са извършили съгласувани действия по подаване на нареждания за търговия, които да бъдат изпълнени на регулиран пазар с акции от капитала на [фирма], което поведение дало подвеждащи сигнали по отношение на предлагането и търсенето на акциите от капитала на [фирма] и нарушило разпоредбата на чл. 15, вр. чл. 12, § 1, б. „а“, подбуква „i“ в предложението „сключване на сделка, което дава подвеждащи сигнали по отношение на предлагането и търсенето на финансов инструмент“ от Регламент (ЕС) № 596/2014 на Европейския парламент и на Съвета от 16 април 2014 година относно пазарната злоупотреба.

При така установеното на 02.07.2019г. ст. експерт У. съставил срещу ПОК [фирма] акт за установяване на административно нарушение /АУАН/ № Р-06-586/02.07.2019г., в присъствие на представляващите дружеството.

Подаденото писмено възражение срещу АУАН не е уважено и на 16.12.2019г. било

издадено атакуваното НП №Р-10-1009/16.12.2019г.. Следва да се има предвид, че в НП касателно датата на деянието, за която е направено възражение, е формиран извода, че това е 26.02.2019г., когато са подадени нарежданията и са включени сделките, а не е датата на договора от 10.09.2018г., за който е посочено, че сам по себе си не представлява манипулиране на пазара на финансовите инструменти.

За да постанови обжалваното решение въззивният съд е приел от правна страна, че както в АУАН, така и в НП е описано пълно и точно извършеното нарушение, обстоятелствата, при които е осъществено, и законовите разпоредби, които са нарушени, включително, че АУАН и НП са издадени от компетентни органи. По същество е посочено, че правилно са анализирани фактите, които водят до извод за съгласуваност в поведението на двата субекта, довела до нарушаване на принципа на анонимност и случайно съвпадане на насрещните нареждания на участниците на регулирания пазар на ценни книжа.

К. СЪСТАВ споделя мотивите на районния съд, че издаденият АУАН и НП съдържат изискуемите реквизити и отговарят на изискванията на чл.42 и 57 от ЗАНН. Както в АУАН, така и в НП е посочена като дата на деянието 26.02.2019г., когато са сключени сделките, а не е посочено като дата на деянието сключения на 10.09.2018г. договор. Видно от същия обаче [фирма] като притежател на акции на [фирма] се съгласява до 31.03.2019г. да продаде 300 000 акции на управляваните от ПОК „Съгласие“ фондове чрез една или повече сделки на ФБ. По това съглашение в НП има изрична констатация по възраженията по АУАН, че не е в нарушение на правилата на пазара на финансовите инструменти. От друга страна отново в НП, в обстоятелствената част е посочено, че с този договор за взаимно предлагане и търсене –са се договорили неравностойни условия за търговия. Не е спорно, че именно в изпълнение на този договор ПОК „Съгласие“ е дало нареждане, че търси първо 200 000 акции на [фирма], а непосредствено след това е направено и нареждане от [фирма], че продава посоченото количество. Същото е и при останалите 2 сделки от същата дата. Заключение на наказващия орган е, че тези нареждания и сделки представляват практика посочена в т.3,б.“в“ раздел I Приложение II на Регламент 201/522 за допълване на Регламент 596/2014г., за нарушението на който чл.15 вр.с чл.12 е ангажирана отговорността по чл.23, ал.2 т.3 от ЗПМПЗФИ т.е. „сделки, извършени в резултат от издаване на нареждане за купуване и продажба по почти едно и също време, с много сходно количество и сходна цена, от различни страни, но в съглашение“. Съответно е посочено, че тази практика подада в приложното поле на чл.12, §.1 б“а“ подбуква i в предложение „Сключване на сделка, която дава подвеждащи сигнали по отношение на предлагането и търсенето на финансови инструменти“ и е в нарушение на чл.15 от Регламент 596/2014г..

Видно от чл.15 на Регламент 596/2014г. с разпоредбата се въвежда забрана за манипулиране на пазара като същата гласи, че „никое лице няма право да участва или да се опитва да участва в манипулиране на пазара“.

Посочената забрана не може да съществува сама по себе си, а следва да се базира на анализ конкретно в какво се състои тази манипулация и доколкото е свързана с чл.12 в конкретното му предложение – то следва да се установи от ответната страна именно наличието на подвеждащ сигнал. Ако самото съглашение от 10.09.2018г. не е в манипулиране на пазара, което изрично е отбелязано в НП, то следва да е ясно на какво почива констатацията, че със сделките от 26.02.2019г. се дават подвеждащи сигнали към останалите участници на пазара по отношение акциите на [фирма].

Анализът на съдебната практика по нарушението на чл.15 от Регламента – показва, че съгласуваните практики между два субекта, изразяващи се в това единият да продаде, а другият да купи акции- водят до промяна цената на акциите чрез симулираната активност по позицията на акциите /в този смисъл е решение №6859 от 14.11.2019г. по кнах дело №6140/2019г. на АССГ/. Също по кнахд №2281/2020г. на АССГ –наличие на съгласувана практика по покупко-продажбата на акции, довела до понижаване цената вкл. последователни нареждания за търсене и предлагане – довело до невъзможност останалите инвеститори да се включат в търговията на акциите. Изложеният факт на променена цена сам по себе си обаче не е елемент от фактическия състав на нарушението, като е достатъчно да има подвеждащ сигнал по отношение на търсенето и предлагането -така, както е описано деянието, което обаче е ограничило възможностите на останалите инвеститори.

Във връзка с последното следва да се има предвид, че в НП е посочено, че на участниците следва да се подсигурят равни условия на участие и посредством системата за търговия се срещат интересите за покупка и продажба. В жалбата до СРС е възразено от касатора, че тези равни условия не са нарушени, защото нарежданията са подадени чрез платформата на инвестиционен посредник като времето между двете нареждания позволява да се включат и други участници.

Във връзка с изложеното следва да се има предвид, че още с договора от 10.09.2018г. е известно, че възможността на останалите участници ще бъде ограничена, ако не се направят последователни нареждания за търсене и предлагане.

В контекста на изложеното сам по себе си извода, че договорът от 10.09.2018г. не е в нарушение на пазара на финансовите инструменти, а самите конкретни сделки са – не могат да обусловат констатацията за нарушение на чл.15 вр. с чл.12 от Регламента. Ето защо е било относимо да се установи дали и как със сключените сделки на 26.02.2019г. е подаден подвеждащ сигнал вкл. и дали същият е засегнал равните условия на участниците. Съответно за наличието на такъв сигнал трябва да се анализират и останалите обстоятелства като обема на изтъргуваните акции. /Такава преценка е била извършена и при наличието на симулирана търговия между продавач и купувач, които са един и също субект - решение №2008 от 25.03.2019г. по дело кнахд №1612/2019г. на АССГ/.

Следователно –гореизложеният извод на ответната страна за подвеждащи сигнали следва да се базира на анализ на изтъргуваните позиции. В АУАН и в НП е посочено, че за периода от 01.07.2018г. до 04.06.2019г. има 2 952 сделки с акции на [фирма], като ПОК „Съгласие“ има 578 сделки, а [фирма] само 4. Изложеното само по себе си е свързано с намерението на ПОК „Съгласие“ да сключи договора от 10.09.2018г. и показва позицията му на интерес към сделките на [фирма], което не е подвеждащ сигнал.

При описанието на деянието е посочено, че в сравнение втората половина на 2018г. към периода от 01.01.2019г. до 04.06.2019г. е с повишена активност т.е. два пъти по-голям е обемът на изтъргуваните дневно акции през 2018г.. Конкретно през второто шестмесечие на 2018г. са продадени среднодневно 33 522 акции, а през първото шестмесечие 16 944 акции. Изложеното обаче също само по себе си не е посочено и преценено как води до подвеждане на останалите участници.

Също е отразено, че с продажбата на 275 000 акции на 26.02.2019г. от [фирма] на управляваните от ПОК „Съгласие“ пенсионни фондове се формира 73% от дневния обем по позицията на [фирма] и едва 3,66% от сключените сделки по позицията.

Първата сделка за 199 5000 акции от 26.02.2019г. е посочено, че за времето от 01.07.2018г. до 04.06.2019г. е най-голямата, сключвана на регулирания пазар с акциите на [фирма], но видно от приложените от оспорващия писмени доказателства от сайта „И.“ за данни за търгуваните акции на [фирма] към 20.11.2018г. и към 04.04.2019г. има изтъргувани по-високи обеми за периода. Становището на процесуалния представител на ответника е било, че доколкото са на различни дати са неотнормими, но същите са свързани с констатациите на ответника за периода.

Следователно –не е изяснено при разглеждане на делото, събирането и обсъждането на доказателствата от въззивната инстанция на какво почива констатацията в НП, част от състава на деянието, че със сделките от 26.02.2019г. са подадени подвеждащи сигнали по отношение предлагането и търсенето на акциите на [фирма]. СРС е приел, че това е свързано с обема на изтъргуваните акции, които са „съществена част от дневния обем“ и невъзможността на други участници да се включат по сделката, но не е обсъдил доказателствата на касатора, че за периода има и други сделки с такъв обем. От друга страна –касателно обема в НП има констатации само за първата сделка за 199 500 акции. Съответно, ако подвеждащите сигнали са свързани с нарушаването на равните условия с двете насрещни и съгласувани нареждания за търсене и предлагане, депозирани в рамките на няколко секунди, то не е изяснено след като има в чл.1,2 на договора от 10.09.2018г. клауза, че прехвърлянето на 300 000 акции ще се извърши чрез една или няколко сделки и извод в НП, че тази договореност не манипулира пазара на финансови инструменти - то не е ясно как /отделно от това съглашение за съвместни действия/ самите 3 сделки от 26.02.2019г. манипулират пазара. Изначално е било ясно, че има съглашение за продаване и купуване чрез една или няколко сделки между тези субекти, което ще ограничи участието на други субекти. По отношение на тази констатация от СРС не е изследвано обаче дали подаденото нареждане чрез инвестиционен посредник е оставило подобна възможност –твърдение, което се прави в жалбата до СРС.

Следователно делото не е изяснено от фактическа страна и изводи по изложените обстоятелства липсват. С оглед изложеното следва да се отмени решението на СРС и делото да се върне за ново разглеждане. Следва при новото разглеждане -да се укаже на наказващия орган доказателствената тежест за неизяснените обстоятелства вкл. ако има необходимост от изслушване на експерт по въпроса дали от подаване на нареждането чрез платформа за търговия на инвестиционен посредник е имало

възможност за включване и на други участници, или тези обстоятелства по твърденията на оспорващия могат да се установят от разпита на подалото от името на [фирма] за инвестиционния посредник лице Д. К., или от преразпита на разпитания вече свидетел.

По отношение на разноските пред касационната инстанция, при връщане на делото следва да има произнасяне от новата инстанция.

Водим от горното и на основание чл. 221, ал. 2 АПК, вр. чл. 63, ал. 1, изр. второ ЗАНН, Административен съд София - град – град, XIX КС

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение №69789 от 16.03.2020 г. на СРС, НО, 100 състав, с което е потвърдено наказателно постановление № Р – 10 – 1009 от 16.12.2019г., издадено от заместник – председателя на Комисията за финансов надзор, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“.

ВРЪЩА делото за ново разглеждане от друг състав на СРС при задължителните указания в мотивите.

РЕШЕНИЕТО е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.