

О П Р Е Д Е Л Е Н И Е

№

Гр.Варна,2020 година

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД – ВАРНА, VIII-ми касационен състав,
в закрито заседание на десети февруари 2020г., в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: БОРИСЛАВ
МИЛАЧКОВ
ЧЛЕНОВЕ: МАРИЯ ЖЕЛЯЗКОВА
ТАНЯ ДИМИТРОВА

като разгледа докладваното от съдия Желязкова **КАНХД № 2661/2019г.**
по описа на съда, за да се произнесе, взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208 от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/, вр. чл.63, ал.1 от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

Образувано е по касационна жалба на „ВАРЧЕВ ФИНАНС“ ЕООД, ЕИК 103775285, със седалище и адрес на управление: гр.Варна, бул.“Владислав Варненчик“ № 186, ет.3, офис 4.305, представлявано заедно от Бисер Симеонов варчев и Севделина Иванова Фотева, против Решение № 1465/18.07.2019г. на Районен съд - гр.Варна, XIII-ти състав, постановено по АНД № 2733/2019г., с което е потвърдено Наказателно постановление № Р-10-533/20.05.2019г. на Зам.Председател Комисията за финансов надзор, ръководещ „Надзор на инвестиционната дейност“, с което на дружеството са наложени: 1.административно наказание „имуществена санкция“ в размер на 5 000 лева на основание чл.290, ал.9, т.16, предложение първо от ЗПФИ за извършено нарушение на чл.56, параграф 2 във връзка с чл.72, параграф 2 във връзка с Приложение 1 от Делегиран регламент № 2017/565; и 2.административно наказание „имуществена санкция“ в размер на 5 000 (пет хиляди) лева на основание чл.290, ал.9, т.16, предложение първо от ЗПФИ за извършено нарушение на чл.72, параграф 2 във връзка с Приложение 1 от Делегиран регламент № 2017/565.

В хода на производството, настоящият касационен състав на Варненския административен съд преценява, че за разрешаването на спора между страните е необходимо тълкуване на разпоредбите на чл.56, параграф 2 и чл.72, параграф 2, във връзка с Приложение 1 от Делегиран регламент № 2017/565;

Във връзка с това, Варненският административен съд, в настоящия съдебен състав, счита за уместно да отправи до Съда на Европейския съюз запитване относно тълкуването на приложимите към спора разпоредби. По тези съображения, съдът формулира съдържанието на преюдициалното запитване, както следва:

I. Страни по делото:

1. Касационен жалбоподател – „ВАРЧЕВ ФИНАНС“ ЕООД.
2. Ответник – Комисията за финансов надзор гр.София.
3. Контролираща страна - Варненска окръжна прокуратура.

II. Предмет на делото:

Решение № 1465/18.07.2019г. на Районен съд - гр.Варна, XIII-ти състав, постановено по АНД № 2733/2019г., с което е потвърдено Наказателно постановление № Р-10-533/20.05.2019г. на Зам.Председател Комисията за финансов надзор, ръководещ „Надзор на инвестиционната дейност“, с което на „ВАРЧЕВ ФИНАНС“ ЕООД гр.Варна, ЕИК 103775285 са наложени: 1. административно наказание „имуществена санкция“ в размер на 5 000 лева на основание чл.290, ал.9, т.16, предложение първо от ЗПФИ за извършено нарушение на чл.56, параграф 2 във връзка с чл.72, параграф 2 във връзка с Приложение 1 от Делегиран регламент № 2017/565; и 2. административно наказание „имуществена санкция“ в размер на 5 000 (пет хиляди) лева на основание чл.290, ал.9, т.16, предложение първо от ЗПФИ за извършено нарушение на чл.72, параграф 2 във връзка с Приложение 1 от Делегиран регламент № 2017/565.

III. Фактическа обстановка, относима към предмета на запитването:

„ВАРЧЕВ ФИНАНС“ ЕООД има издаден от КФН лиценз за предоставяне на инвестиционни услуги и извършване на инвестиционна дейност. При осъществяване на същата дружеството следва да спазва всички нормативни изисквания, които регулират тази дейност, в това число разпоредбите на Делегиран регламент (ЕС) 2017/565 на Комисията от 25 април 2016 г. за допълване на Директива 2014/65/ЕС на Европейския парламент и на Съвета по отношение на организационните изисквания и условията за извършване на дейност от инвестиционните посредници (Делегиран регламент № 2017/565).

Въз основа на Заповед № 3-310/20.08.2018 г. на Заместник - председателя на КФН, ръководещ управление „Надзор на инвестиционната дейност“, е извършена проверка на инвестиционния посредник „ВАРЧЕВ ФИНАНС“ ЕООД. В хода на същата от дружеството е било изискано да предостави достъп до всички регистри, които поддържа в съответствие с нормативните изисквания. Водените регистри, както и съдържащата се в тях информация, са били проверени и описани в Констативен протокол от 28-29.09.2018г.

В хода на тази проверка било установено, че „ВАРЧЕВ ФИНАНС“ ЕООД:

1. Не поддържа регистър, в който да вписва данни за извършените оценки за целесъобразност на своите клиенти, с което е прието, че е допуснато нарушение на разпоредбата на чл.56, параграф 2 във връзка с чл. 72, параграф 2 във връзка с Приложение 1 от Делегиран регламент № 2017/565; и

2. Не поддържа регистър, в който да вписва данни за предоставената на клиентите информация за разходите и таксите, с което е прието, че е допуснато нарушение на чл.72, параграф 2 във връзка с Приложение 1 от Делегиран регламент № 2017/565.

За установените нарушения, на „ВАРЧЕВ ФИНАНС“ ЕООД бил съставен Акт за установяване на административно нарушение. Въз основа на него било издадено Наказателно постановление № Р-10-533/20.05.2019г., с което на дружеството за всяко едно от нарушенията била наложена имуществен санкция в размер на по 5 000 лв., на основание чл.290, ал.9, т.16 предложение първо от Законът за пазарите на финансови инструменти /ЗПФИ/.

III.2. „ВАРЧЕВ ФИНАНС“ ЕООД е оспорил наказателното постановление пред Варненския районен съд и по жалбата е образувано АНД № 2733/2019 година по описа на съда.

С Решение № 1465/18.07.2019 година, постановено по НАХД № 2733/2019г., Варненският районен съд е потвърдил наказателното постановление. За да достигне до този правен резултат, съдът е приел, че в хода на административнонаказателното производство не са допуснати съществени процесуални нарушения. Посочил е, че гореописаната фактическа обстановка се установява по безспорен начин от събраните в хода на съдебното производство гласни и писмени доказателства. Изложил е мотиви, че наказателното постановление съответства и на материалния закон, поради следното:

1.В чл.72, параграф 2 от Делегиран регламент № 2017/565 е установено задължение за инвестиционните посредници да водят като минимум регистрите, посочени в приложение № 1 към регламента, в зависимост от естеството на своите дейности.

Разпоредбата на чл.72, параграф 1 от Делегиран регламент № 2017/565 установява правила за съхраняване на документацията на инвестиционните посредници, които са приложими и по отношение на водените от посредника регистри. Съгласно посочената разпоредба инвестиционният посредник в случая въззивното дружество следва да съхранява документацията на носител, който позволява съхранение на информацията по начин, достъпен за бъдещи справки от страна на компетентния орган, и в такава форма и начин, че да бъдат спазени едновременно следните условия:

- да може компетентният орган да получи информацията лесно и да възстанови всички основни етапи на обработка на всяка сделка;
- да е възможна лесна проверка на всички поправки или други изменения, както и на съдържанието на документите преди такива поправки и изменения;
- да е невъзможно манипулирането или изменението на документите по друг начин;
- да е възможно използването на информационни технологии или други ефективни средства, когато анализът на данните не може да бъде извършен лесно поради обема и естеството на тези данни; и
- правилата на инвестиционния посредник да съответстват на изискванията за съхранение на документацията независимо от използваната технология.

В чл.72, параграф 2, ал.2 от Делегиран регламент № 2017/565 е посочено, че списъкът на регистрите в приложение I към същия регламент, не ограничава действието на което и да било друго задължение за водене на документация, произтичащо от други нормативни актове.

Законът за пазарите на финансови инструменти и Делегиран регламент № 2017/565 установяват задължение за инвестиционния посредник, когато предоставя инвестиционни услуги, различни от услугите „управление на портфейл“ и „инвестиционен съвет“, да изиска от клиента информация за неговите знания и опит във връзка с инвестиционните услуги, свързани с конкретния вид продукт или услуга, които се предлагат или търсят. Въз основа на получената информация инвестиционният посредник извършва оценка за целесъобразност доколко инвестиционната услуга или продукт са подходящи за клиента.

Съгласно разпоредбата на чл.56, параграф 2 от Делегиран регламент № 2017/565 инвестиционният посредник е длъжен да поддържа регистър на извършените оценки за целесъобразност, които включват:

а) резултата от оценката за целесъобразност;

б) всяко предупреждение, отправено до клиента, когато инвестиционната услуга или покупката на продукт е оценена като потенциално нецелесъобразна за клиента, дали клиентът е поискал да се пристъпи към сделката независимо от предупреждението и, когато е приложимо, дали инвестиционният посредник е приел искането на клиента за пристъпване към сделката;

в) всяко предупреждение, отправено до клиента, когато клиентът не е предоставил достатъчно информация, за да може инвестиционният посредник да извърши оценката за целесъобразност, дали клиентът е поискал да се пристъпи към сделката независимо от предупреждението и, когато е приложимо, дали инвестиционният посредник е приел искането на клиента за пристъпване към сделката.

По делото е доказано, че дружество предоставя услугите „приемане и предаване на нареждане“ и „изпълнение на нареждания за сметка на клиенти“, във връзка с които извършва оценки за целесъобразност на услугите спрямо клиентските профили, но тези обстоятелства, относно извършените оценки, не са вписани в отделен регистър, в съответствие с изискването на чл.56, параграф 2 от Делегиран регламент № 2017/565.

2. Съгласно разпоредбата на чл.71, ал.2, т.4 от ЗПФИ инвестиционният посредник съевременно, по подходящ начин и при спазване на изискванията за предоставяне на вярна, ясна и неподвеждаща информация, предоставя на своите клиенти или на потенциални клиенти информация за видовете разходи и такси за клиента и техния размер. Съгласно чл.50, параграф 2 от Делегиран регламент № 2017/565 за целите на предварителното и последващото оповестяване на информация за разходите и таксите пред клиенти, инвестиционните посредници сумират:

а) всички разходи и свързани такси, наложени от инвестиционния посредник или от други лица, когато клиентът е бил насочен към такива други лица, за инвестиционните и/или допълнителните услуги, предоставяни на клиента; и

б) всички разходи и свързани такси, отнасящи се до създаването и управлението на финансовите инструменти.

Разходите по букви а) и б) са посочени в приложение II от Делегиран регламент № 2017/565.

Същевременно, в Приложение № 1 от Делегиран регламент № 2017/565 е предвидено, че инвестиционният посредник води регистър, съдържащ данни за предоставената на клиента информация относно разходите и таксите.

Варненският районен съд е приел за безспорно установено по делото, че дружество не е подържало регистрите предвидени в чл.56, параграф 2, във връзка с чл.72, параграф 2 във връзка с Приложение 1 от Делегиран регламент № 2017/565 и тези предвидени в чл.72, параграф 2, във връзка с Приложение 1 от Делегиран регламент № 2017/565.

III.3. „ВАРЧЕВ ФИНАНС“ ЕООД е оспорил решението на Варненския районен съд, с касационна жалба, която е допустима за разглеждане.

IV. Приложими нормативни разпоредби

A. Национално право

- 1. процесуални норми ;**
- 2. материално-правни норми.**

IV.A.1. Закон за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

Разпоредбата на чл.59 ал.1 от ЗАНН (изм. - ДВ, бр. 10 от 2011г.), гласи:

Наказателното постановление и електронният фиш подлежат на обжалване пред районния съд, в района на който е извършено или довършено нарушението, а за нарушенията, извършени в чужбина - пред Софийския районен съд.

Разпоредбата на чл.63 ал.1 от ЗАНН /Доп. - ДВ, бр. 28 от 1982г., изм., бр. 59 от 1998г., бр. 30 от 2006г., доп., бр. 10 от 2011г./, гласи:

Районният съд в състав само от съдия разглежда делото по същество и се произнася с решение, с което може да потвърди, да измени или отмени наказателното постановление или електронния фиш. Решението подлежи на касационно обжалване пред административния съд на основанията, предвидени в Наказателно-процесуалния кодекс, и по реда на глава дванадесета от Административнопроцесуалния кодекс.

В Глава дванадесета от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ е регламентирано касационното производство.

Съгласно чл.217, ал.1 от АПК, вр. чл.63, ал.1 от ЗАНН, жалбите срещу решения на районните съдилища се разглеждат от тричленен състав на съответния административен съд.

Съгласно чл.223 от АПК, касационното решение е окончателно.

IV.A.2. Приложим материален закон е Законът за пазарите на финансови инструменти /ЗПФИ, обн., ДВ, бр.15 от 16.02.2018г., в сила от 16.02.2018г, с последващи допълнения и изменения/.

Съгласно разпоредбата на чл.71, ал.2, т.4 от ЗПФИ инвестиционният посредник своевременно, по подходящ начин и при спазване на изискванията за

предоставяне на вярна, ясна и неподвеждаща информация, предоставя на своите клиенти или на потенциални клиенти информация за видовете разходи и такси за клиента и техния размер.

Съгласно разпоредбата на чл.290, ал.9, т.16 предложение първо вр. ал.1 т.16 от ЗПФИ за нарушение на приложими изисквания на регламент на Европейския съюз, доколкото не е предвидено друго, на юридически лица и еднолични търговци се налага имуществена санкция в размер от 5 000 до 1 000 000 лв., а при повторност - от 10 000 до 2 000 000 лв.

Б. Право на Европейския съюз:

IV.Б.1. ДЕЛЕГИРАН РЕГЛАМЕНТ (ЕС) 2017/565 на Комисията от 25 април 2016 година за допълване на Директива 2014/65/ЕС на Европейския парламент и на Съвета по отношение на организационните изисквания и условията за извършване на дейност от инвестиционните посредници и за даването на определения за целите на посочената директива

Разпоредбата на чл.50, параграф 2 от Делегиран регламент № 2017/565 гласи: За целите на предварителното и последващото оповестяване на информация за разходите и таксите пред клиенти, инвестиционните посредници сумират:

а) всички разходи и свързани такси, наложени от инвестиционния посредник или от други лица, когато клиентът е бил насочен към такива други лица, за инвестиционните и/или допълнителните услуги, предоставяни на клиента; и

б) всички разходи и свързани такси, отнасящи се до създаването и управлението на финансовите инструменти.

Разходите по букви а) и б) са посочени в приложение II от Делегиран регламент № 2017/565.

Разпоредбата на чл.56, параграф 2 от Делегиран регламент № 2017/565 гласи: Инвестиционните посредници поддържат регистър на извършените оценки за целесъобразност, които включват следното:

а) резултата от оценката за целесъобразност;

б) всяко предупреждение, отправено до клиента, когато инвестиционната услуга или покупката на продукт е оценена като потенциално нецелесъобразна за клиента, дали клиентът е поискал да се пристъпи към сделката независимо от предупреждението и, когато е приложимо, дали инвестиционният посредник е приел искането на клиента за пристъпване към сделката;

в) всяко предупреждение, отправено до клиента, когато клиентът не е предоставил достатъчно информация, за да може инвестиционният посредник да извърши оценката за целесъобразност, дали клиентът е поискал да се пристъпи към сделката независимо от предупреждението и, когато е приложимо, дали инвестиционният посредник е приел искането на клиента за пристъпване към сделката.

Разпоредбата на чл.72 „Водене на документацията“, параграф 1 от Делегиран регламент № 2017/565 гласи: Документацията се съхранява на носител, който позволява съхранение на информацията по начин, достъпен за бъдещи справки от страна на компетентния орган, и в такава форма и начин, че да бъдат спазени едновременно следните условия:

а) да може компетентният орган да получи информацията лесно и да възстанови всички основни етапи на обработка на всяка сделка;

б) да е възможна лесна проверка на всички поправки или други изменения, както и на съдържанието на документите преди такива поправки и изменения;

в) да е невъзможно манипулирането или изменението на документите по друг начин;

г) да е възможно използването на информационни технологии или други ефективни средства, когато анализът на данните не може да бъде извършен лесно поради обема и естеството на тези данни;

д) правилата на инвестиционния посредник да съответстват на изискванията за съхранение на документацията независимо от използваната технология.

Разпоредбата на чл.72, параграф 2 от Делегиран регламент № 2017/565 гласи: Инвестиционните посредници водят като минимум регистрите, посочени в приложение I към настоящия регламент, в зависимост от своята дейност. Списъкът на регистрите, посочени в приложение I към настоящия регламент, не ограничава действието на което и да било друго задължение за водене на документация, произтичащо от други нормативни актове.

V. Съдебна практика

Настоящият съд не констатира практика по горопосочените текстове.

VI. Доводи и правни изводи на страните.

VI.1. Един от аргументите, с които касаторът „ВАРЧЕВ ФИНАНС“ ЕООД оспорва решението на Варненския районен съд и поради който е депозирал молба за преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз е, че Делегиран регламент 2017/565 не е тълкуван и приложен правилно от административнонаказващия орган, тъй като използваният в чл.56 параграф 2 от Делегиран регламент № 2017/565 термин „mainmain records“ в пряк смисъл означава „записи“, а не регистри. Регламентът не говори за регистри, а за записи. Такива записи са налице в дружеството и това е установено от ответника

VI.2. Ответникът оспорва становището на касатора. Счита, че съдържащия се в официалния превод на Делегиран регламент 2017/565 израз „поддържа регистри“, не представлява абстрактно или неясно понятие, което да се нуждае от тълкуване от СЕС.

VII. Мотиви за отправяне на преюдициалното запитване.

VII.1. По настоящето дело, съдът е касационна инстанция и се произнася с решение, което е окончателно и не подлежи на обжалване или протест от прокуратурата.

С наказателното постановление, предмет на решението на Варненски районен съд, оспорено пред настоящата инстанция, на „ВАРЧЕВ ФИНАНС“ ЕООД са наложени две имуществени санкции от по 5 000 лв. на основание чл.290 ал.9 т.16 от ЗПФИ, за това, че: 1.Не поддържа регистър, в който да вписва данни за извършените оценки за целесъобразност на своите клиенти, с което е допуснато нарушение на разпоредбата на чл.56, параграф 2 във връзка с чл. 72, параграф 2 във връзка с Приложение 1 от Делегиран регламент № 2017/565; и 2.Не поддържа регистър, в който да вписва данни за предоставената на клиентите информация за разходите и таксите, с което е допуснато нарушение на чл.72, параграф 2 във връзка с Приложение 1 от Делегиран регламент № 2017/565.

Пред районния съд е установено, че дружеството поддържа данните посочени в цитираните разпоредби, но същите не са обособени в самостоятелни регистри.

С оглед наведените от касатора възражения, настоящата инстанция го е задължила да представи легализиран превод на горесцитираните разпоредби регламента от френски, немски и английски език на български език. Такива са представени по делото и видно от същите превода на използваните в делегирания регламент изрази: „Investment firms shall maintain records....“ /чл.56 параграф 2/, „Investment firms shall keep at least the list of records....“ /чл.72 параграф 2/ и „Minimum list of records to be kept by investment firms....“ /приложение I/, е както следва: „Инвестиционните посредници поддържат архивни записи/съхраняват записи/поддържат данни....“ /чл.56 параграф 2/, „Инвестиционните посредници трябва да съхраняват най-малко записите/документите/данните....“ /чл.72 параграф 2/ и „Водене на записи/Минимален списък на записите/Минимален списък от данни.....“ /Приложение I/

Предвид обстоятелството, че в публикувания на български език официален превод на Делегиран регламент № 2017/565, горните понятия са със следното съдържание: „Инвестиционните посредници поддържат **регистри** ...“ /чл.56 параграф 2/, „Инвестиционните посредници водят като минимум **регистрите** ...“, /чл.72 параграф 2/ и „Минимален списък на **регистрите** поддържани от инвестиционните посредници...“ /Приложение I/, то настоящият състав намира, че за решаване на съдебния спор е необходимо тълкуване на общностното право, с оглед осигуряване точното и еднакво прилагане на европейското право. По-конкретно на разпоредбите на чл.56 параграф 2, вр. чл.76 параграф 2, връзка Приложение I от Делегиран регламент 2017/565, за да се установи дали съобразно същите е достатъчно посочената в тези текстове информация да се поддържа по съответните досиета на клиентите на инвестиционния посредник. Или същата следва да е систематизирана в отделни регистри.

Мотивиран от изложеното и на основание чл.267, пар.3 от Договора за функционирането на ЕС, във връзка с чл.628 и чл.629 ал.3 от ГПК, във връзка с чл.144 от АПК, както и на основание чл.631 от ГПК във връзка с чл.144 от АПК, вр. чл.63, ал.1 от ЗАНН, Административен съд Варна, VII-ми касационен състав,

О П Р Е Д Е Л И:

ОТПРАВЯ преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз съгласно член 267, първи параграф, буква „б” от Договора за функционирането на Европейския съюз със следните въпроси:

1. Изисква ли чл.56, параграф 2, във връзка с чл.72, параграф 2, във връзка с Приложение I от ДЕЛЕГИРАН РЕГЛАМЕНТ (ЕС) 2017/565 НА КОМИСИЯТА от 25 април 2016 година за допълване на Директива 2014/65/ЕС на Европейския парламент и на Съвета по отношение на организационните изисквания и условията за извършване на дейност от инвестиционните посредници и за даването на определения за целите на посочената директива:

- инвестиционните посредници да водят (поддържат) самостоятелен единен регистър (като информационна база данни) с вписвания за извършените оценки на уместността и целесъобразността на всеки клиент, със съдържанието, предвидено в член 25, параграфи 2 и 3 от Директива 2014/65/ЕС и член 50 от ДЕЛЕГИРАН РЕГЛАМЕНТ (ЕС) 2017/565 НА КОМИСИЯТА от 25 април 2016 година?

Или е достатъчно горните данни да са налични у инвестиционния посредник и да са приложени към досието на съответния клиент по чл.25, параграф 5 от Директива 2014/65/ЕС и тази информацията да се съхранява по начин, достъпен за бъдещи справки от страна на компетентния орган, и в такава форма и начин, че да бъдат спазени условията по чл.72, параграф 1 от Делегирания регламент?

2. Изисква ли чл.72, параграф 2, във връзка с Приложение I от ДЕЛЕГИРАН РЕГЛАМЕНТ (ЕС) 2017/565 НА КОМИСИЯТА от 25 април 2016 година за допълване на Директива 2014/65/ЕС на Европейския парламент и на Съвета по отношение на организационните изисквания и условията за извършване на дейност от инвестиционните посредници и за даването на определения за целите на посочената директива:

-инвестиционните посредници да водят (поддържат) самостоятелен единен регистър (като информационна база данни) с вписвания на предоставената на всеки клиент информация за разходите и свързаните такси, със съдържанието, предвидено в член 45 от от ДЕЛЕГИРАН РЕГЛАМЕНТ (ЕС) 2017/565 НА КОМИСИЯТА от 25 април 2016 година за всички клиенти?

Или е достатъчно горните данни да са налични у инвестиционния посредник и да са приложени към досието на съответния клиент по чл.25, параграф 5 от Директива 2014/65/ЕС и тази информацията да се съхранява по начин, достъпен за бъдещи справки от страна на компетентния орган, и в такава форма и начин, че да бъдат спазени условията по чл.72, параграф 1 от Делегирания регламент?

СПИРА на основание член 631, алинея 1 от Гражданския процесуален кодекс производството по делото до произнасяне на Съда на Европейския съюз.

Определението не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.