

ВИСШИ СЪДЕБЕН СЪВЕТ	
Регистров номер индекс	Дата
41-00-422	08-05-2015

ДО

**ВЪРХОВЕН
АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД**

Чрез

Конкурсна комисия за първоначално назначаване на свободните длъжности за „съдия“ във ВАС, определена с Протокол № 62/18.12.2014г. и Протокол № 03/22.01.2015г. на ВСС

ЖАЛБА

От Рая Стефанова Станкова,
с адрес :

с адрес за призоваване и
съобщения:

.
ч
те..

срещу

Протокол за резултати от проведен писмен изпит на 04.03.2015 г. в обявения конкурс за първоначално назначаване за заемане на 2 (две) свободни длъжности "съдия" във Върховен административен съд

УВАЖАЕМИ ВЪРХОВНИ СЪДИИ,

На основание чл. 97, ал.5 от АПК оспорвам Протокол за резултати от проведен писмен изпит на 04.03.2015 г. в обявения конкурс за първоначално назначаване за заемане на 2 (две) свободни длъжности "съдия" във Върховен административен съд. Същият, на основание чл.81, ал.1 от АПК съм оспорила по административен ред пред Висшият съдебен съвет с жалба от 18.03.2015г. Към момента Висшият съдебен съвет не се е произнесъл по така подадената жалба, въпреки изтичането на едномесечния срок по чл.97, ал.1 от АПК, което е основание за обжалване на незаконосъобразния акт на комисията пред ВАС.

С решение на ВСС по протокол № 54/20.11.2014 г., на основание чл. 180, ал.1 и чл.178, ал.1 от ЗСВ е обявен конкурс за първоначално назначаване и заемане на 2 /две/ свободни длъжности за "съдия" във Върховен административен съд. Решението е обнародвано в ДВ бр. 98 от 28.11.2014 г., като приемът на документи е извършен в периода 29.11.2014 – 12.12.2014 г. включително. За участие в конкурса заявления са подали 17 /седемнадесет/ кандидати, като с решение на Комисията по предложение и атестиране по протокол № 2 от заседание проведено на 13.01.2015 г., са допуснати 16 /шестнадесет/ кандидати.

Съставът на конкурсната комисия е определен с решения на Висшия съдебен съвет по протоколи 62/18.12.2014 г. и 03/22.01.2015 г., в т.ч.:

ъв - председател,

Конкурсът е проведен от конкурсната комисия на два етапа - писмен и устен изпит по ред, определен с Правилата относно реда за провеждане на конкурси за младши съдии и младши прокурори, за първоначално назначаване и за повишаване в длъжност и преместване на съдии, прокурори и следователи.

Предмет на жалбата подадена до ВСС, по която няма произнасяне към момента и на настоящата жалба до ВАС, е първият етап от конкурса, приключил със съставения от конкурсната комисия Протокол за резултати от проведен писмен изпит на 04.03.2015 г.

На 04.03.2015г., съгласно предварително обявен график, се проведе първият етап от конкурса, а именно писмен изпит на кандидатите в конкурс за първоначално назначаване за заемане на 2 (две) свободни длъжности "съдия" във Върховен административен съд. На същата дата в интернет страницата на Висшия съдебен съвет беше публикуван Протокол за резултати от проведен писмен изпит на 04.03.2015 г. и е извършено оценяване на положилите писмен изпит участници в конкурса. От протокола за резултати е видно, че съм получила оценка „2”. С този си акт конкурсната комисия, с оглед разпоредбата на чл. 184, ал. 4 от ЗСВ, ме лишава от по-нататъшно участие в конкурса, което обстоятелство обуславя правния ми интерес от оспорването му.

Считам, че в хода на провеждането и оценяването на първия етап от конкурса - писменият изпит, състоял се на 04.03.2014г., са допуснати нарушения на материалния закон, съществени процесуални нарушения, както и несъответствие с целта на закона. Допуснатите нарушения са опорочили провеждането на писмения изпит и са довели до незаконосъобразно и неправилно оценяване на моята писмена работа под № 6 в протокола на изпитната комисия, което пък е довело до лишаването ми от възможност от по-нататъшно участие в конкурс за първоначално назначаване.

В ДВ, бр.98 от 28.11.2014г., на основание чл. 180, ал.1 и чл. 178, ал. 1 от ЗСВ, във връзка с решение на ВСС по пр. № 39/10.09.2014 г., доп. т. 4, Висшият съдебен съвет е обявил Конкурс за първоначално назначаване и заемане на 2 (две) свободни длъжности за „съдия” във Върховен административен съд. В т.4.1. от обявлението и в самото решение на ВСС е указано, конкурсът да се проведе от конкурсна комисия на два етапа - писмен и устен изпит по ред, определен с ПРАВИЛАТА относно реда за провеждане на конкурси за младши съдии и младши прокурори, за първоначално назначаване и за повишаване в длъжност и преместване на съдии, прокурори и следователи.

Писменият изпит беше проведен на 04.03.2015г. Изтегленият казус за решаване, публикуван и на страницата на ВСС, е следният:

*До Върховния административен съд са подадени жалби от:
1. Пенсионно осигурително дружество „ Средец „ България,*

2. Пенсионно осигурителна компания „ Хелмус „ България и
3. Драгомир Драганов като физическо лице
срещу „ Практика по третирането на репо сделките и обратните репо сделки с безплатни ценни книжа, регистрирани в Централен депозитар „ приета с протокол № 8/15.02.2012 г. на заседание на Комисията за финансов надзор.

Твърди се в жалбите, че на посоченото заседание КФН на основание чл. 9, ал. 1 от ЗКФН е приела и оповестила цитираната „ Практика „. Твърди се, че „ Практиката „ представлява административен акт, тъй като създава задължителни норми за поведението на адресатите си при сключването на репо сделки и обратни репо сделки с безплатни ценни книжа.

Според жалбоподателите „ Практиката „ налага по отношение на пенсионноосигурителните дружества и фондовете за допълнително пенсионно осигуряване ограничения на инвестирането във финансови инструменти чрез сключването на репо сделки и обратни репо сделки, за което не е овластена от закона и така е нарушен чл. 179а, ал. 1 от КСО.

Член 179а от КСО не съдържа делегация в полза на КФН и чрез издаването на „Практиката“ и въвеждането на нови ограничения той бил нарушен. Нарушен бил и чл. 3, ал. 1 и ал. 2 от ЗНА.

В „ Практиката „ репо сделките и обратните репо сделки били приравнени на сделки с предмет получаване или предоставяне на земи, което също нарушавало Кодекса.

Член 9, ал. 1 от ЗКФН дава право на Комисията да огласява следваната от нея политика и създадената практика по прилагането на нормативните актове, но в случая не ставало дума за оповестяване на информация, а за властнически волеизявления. С „ Практиката „ се въвеждали допълнителни изисквания или ограничения относно репо сделките в нарушение на КСО.

Молят съда да отмени „ Практиката „ на КФН в частта, в която последната се прилага по отношение на пенсионноосигурителните дружества и фондовете за допълнително пенсионно осигуряване като незаконосъобразен нормативен административен акт, издаден при нарушаване на материалния закон и противоречие с целите на закона.

Отговорният - КФН счита жалбата за недопустима на следните основания:

„Практиката“ е приета на основание чл. 9, ал. 1 и ал. 2 от ЗКФН и не представлява административен акт.

За жалбоподателите не е налице личен и пряк интерес от оспорването на „ Практиката“ защото се отнася за инвестиции на пенсионни фондове, които са юридически лица, отделни от пенсионноосигурителните дружества, съгласно чл. 133, ал. 3 и чл. 214, ал. 5 от КСО.

Не се коментира участието на жалбоподателя Драгомир Драганов. „ Практиката“ е приета в съответствие с изискванията за предвидимост и последователност по смисъла на чл. 13 от АПК и представлява писмени указания по чл. 13, ал. 1, т. 4 от ЗКФН.

Моли съда да прекрати съдебното производство на основание чл. 159, т. 1, 4 и 5 от АПК.

Върховният административен съд преценил, че:

С издадената от КФН „ Практика „ са въведени изисквания, които не фигурират в разпоредби на нормативни актове, които регламентират репо сделки и обратни репо сделки.

С „ Практиката“ са въведени задължения за страните по репо сделките, които не са уредени от правна норма:

- ограничаване на стойността, на която се сключва репо сделката,
- определяне на нов, липсващ в закона, срок на договора,
- въведени изисквания за допълнително обезпечение,
- определяне на нова минимална стойност на отстъпка, различна от законната,
- определяне на правни последици от неизпълнение на договора, липсващи в законова норма,
- липса на законова делегация за КФН.

ВЪПРОСИ:

1. Административен акт ли е приетата от КФН „ Практика „?
2. Ако е административен акт - какъв - индивидуален, общ или нормативен?
3. Има ли наличие на пряк и личен интерес от обжалването по отношение на първите двама жалбоподатели?
4. Има ли наличие на пряк и личен интерес по отношение на жалбоподателя Драгомир Драганов?
5. При искане на отмяна на „ Практиката „, как трябва да постъпи ВАС?
6. Какво е значението на заглавието - „Практика“ и отговаря ли на изискванията на ЗНА?
7. Кое е основание за обжалване на „ Практиката“?

8. *Какво би било според вас решението на ВАС?*

9. *Как се съобщава решението на ВАС?*

На датата на провеждане на писмения изпит – 04.03.2015г., в страницата на ВСС са публикувани решението на казуса и резултатите на явилите се участници в писмения изпит.

I. Първото ми възражение срещу Протокол за резултати от проведен писмен изпит на 04.03.2015 г., е досежно законосъобразността на процедурата по провеждане на писмения изпит, чийто завършващ акт се явява оспореният от мен протокол. Считаю, че съставеният казус не отговаря на Правилата относно реда за провеждане на конкурс за младши съдии и младши прокурори, за първоначално назначаване и за повишаване в длъжност и преместване на съдии, прокурори и следователи, приети от ВСС и в частност на разпоредбата на чл.17 от същите.

Чл.17, ал.3 от Правилата гласи, че при провеждане на конкурс за първоначално назначаване се съставят по 10 казуса по съответния правен отрасъл, съобразно обявените места, избрани по реда на ал.1.

От своя страна чл.17, ал.1 от Правилата предвижда, при провеждането на конкурс за младши съдии, конкурсните комисии да съставят 5 /пет/ казуса от наказателно-правните науки и 5 казуса от гражданско-правните науки, като същите следва да са по казуси, по които няма противоречиви решения и има произнасяне на касационната инстанция.

Препратката от чл.17, ал.3 на Правилата, „избрани по реда на ал.1” очевидно се отнася за характеристиката им „...да са по казуси, по които няма противоречиви решения и има произнасяне на касационната инстанция”, доколкото по отношение на броя на казусите и материята(правния отрасъл), текстът е конкретен.

В съответствие с посочените текстове, за конкурса за първоначално назначаване и заемане на 2 (две) свободни длъжности за „съдия” във Върховен административен съд, конкурсната комисия е следвало да състави 10 казуса от административноправните науки, като същите да са по казуси, по които няма противоречиви решения и има произнасяне на касационната инстанция. Това, по отношение на конкретния изтеглен казус, цитиран по-горе, означава, да е налице последователна съдебна практика при определяне вида на акта, допустимостта на съдебния контрол върху него, страните в съдебното производство по обжалване на този вид акт и пр.

В случая, изследването за противоречиви решения ще обхване практиката на ВАС, доколкото само той би могъл да формира такава, с оглед родовата подсъдност на делата по жалби срещу актове на Комисията за финансов надзор.

При преглед на съдебната практика на ВАС се установява, че по въпроса за характера на „Практиката”, издавана от Комисията за финансов надзор, съществуват две становища на Върховният административен съд.

Първото е, че същата не представлява индивидуален, общ или нормативен административен акт по смисъла на чл. 21, ал. 1, чл. 65 и чл. 75, ал. 1 от АПК, а другото, че с оглед на съдържанието на оспорената Практика, същата представлява нормативен административен акт.

Първото становище е застъпено в Определение № 10575/08.04.2014г. на VII-мо отделение на ВАС, постановено по ахд. № 9446/2014г. и потвърдено с Определение № 539/01.19.2015г. от петчленен състав на ВАС.

Второто становище, за нормативния характер на издадена от КФН „Практика” е обосновано в Определение по хода на делото от 26.05.2013г. по ахд. № 8812/2013г.,

приключило с Решение № 18/01.05.2015г. на VII отделение на ВАС, постановено по ахд. № 8812/2013г. Решението не е влязло в сила, тъй като към момента срещу него са подадени касационен протест и касационна жалба, по които е образувано касационно дело във ВАС под № 5138 / 2015г., което не е насрочено.

Пълният текст на цитираните съдебни актове е както следва:

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

№ 10575

София, 08/04/2014

Върховният административен съд на Република България - Седмо отделение, в закрито заседание в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ:

при секретар

на прокурора

от съдията

по адм. дело № 9446/2014.

ВАНЯ АНЧЕВА

ДАНИЕЛА

КАЛИНА АРНАУДОВА

и с участието

изслуша докладването

МАВРОДИНЕВА

КАЛИНА АРНАУДОВА

Производство е образувано по жалба подадена от Пенсионноосигурителна компания „Доверие“ АД и „Пенсионноосигурително дружество Алианс България“ АД срещу Практика по прилагане на чл. 176, ал. 1, т. 9 от Кодекса за социално осигуряване относно инвестирането на средствата на фондовете за допълнително пенсионно осигуряване в обезпечени корпоративни облигации, предложени не при условията на публично предлагане (при условията на частно предлагане), (Практика по прилагане на чл. 176, ал. 1, т. 9 от КСО/Практиката), приета от Комисията за финансов надзор (КФН/Комисията) с протокол № 17 от 17.04.2013 г.

Жалбоподателите излагат, че Практиката е акт на държавен орган, на когото законът предоставя властнически правомощия за регулиране и надзор върху дейността на лицата по чл. 1, ал. 2 от Закона за Комисията за финансов надзор (ЗКФН), поради което и в съответствие с чл. 2, ал. 1 от ЗКФН Комисията има качеството на административен орган по смисъла на пар. 1, т. 1 от Допълнителната разпоредба (ДР) на АПК. Твърдят, че практиката представлява нормативен административен акт по смисъла на чл. 75, ал. 1 от АПК. С нея се създават административноправни норми. Не само се обобщава натрупаната до момента информация, но се създават правила за бъдещо поведение. Законодателят не е предвидил правомощия на КФН да издаде акт по приложението на чл. 176, ал. 1, т. 9 от КСО и затова практиката е приета без наличие на правно основание. Чл. 9, ал. 1 от ЗКФН не дава правомощия на Комисията да дописва или тълкува стеснително закона. В Практиката има неясни изрази. Тя може да се разглежда като недопустима намеса на КФН в инвестиционната политика на пенсионноосигурителните дружества (ПОД). Позоваването на чл. 176, ал. 1, т. 9 от КСО не означава, че Практиката визира само действащите 9 ПОД. С тях Комисията налага нови правила за поведение на емитентите на обезпечени корпоративни облигации. Практиката не е с еднократно действие. Като нейни адресати ПОД имат правен интерес от оспорването ѝ. Прави искане Практиката да бъде отменена.

Върховният административен съд, седмо отделение, като извърши проверка по допустимостта на подадената жалба, с оглед задължението му по чл. 159 от АПК, намира, че жалбата се явява процесуално недопустима, предвид следните съображения:

В Практиката по прилагане на чл. 176, ал. 1, т. 9 от КСО, като основание за издаването ѝ, е посочена нормата на чл. 9, ал. 1 от ЗКФН. Посочената разпоредба регламентира, че Комисията огласява публично следваната политика и създадената практика по прилагането на нормативните актове, както и мотивите за тяхната промяна. В Практиката е изложено е, че разпоредбата на чл. 176, ал. 1 от КСО определя изчерпателно видовете финансови инструменти, в които ПОД може да инвестира средствата на управляваните от него пенсионни фондове. Посочено е изрично, че в изключение от общото правило, нормата на чл. 176, ал. 1, т. 9 от КСО дава възможност обезпечените корпоративни облигации да бъдат придобивани от пенсионните фондове преди приемането им за търговия на регулиран пазар. Посочени са изискванията на законодателя – емитентът да е поел задължение при предлагането на такива облигации да поиска приемането им за търговия на регулиран пазар в срок не по-дълъг от 6 месеца от тяхното издаване и облигациите да бъдат приети за търговия на регулиран пазар в същия срок. Така изложеното в

Практиката съответства на разпоредбата на чл. 176, ал. 1, т. 9 от КСО и с него не се създават нови, различни от посочените в разпоредбата правила за поведение. По-нататък в практиката се посочва, че съгласно чл. 126, чл. 175 и чл. 209, ал. 3 от КСО, ПОД е длъжно да управлява средствата на фондовете за допълнително пенсионно осигуряване с грижата на добър търговец при спазване на принципите на надеждност, ликвидност, доходност и диверсификация, в интерес на осигурените лица, през целия процес на инвестиране на средствата. Изискването за управление на фондовете с грижата на добър търговец е в съответствие с нормите на КСО, които Практиката преповтаря.

Не може да се приеме, че е създадено ново правило за поведение, с посочването в Практиката, какво КФН приема за необходимо да се извърши от ПОД, с цел спазване на изискването за полагането на грижа на добър търговец, във връзка с инвестирането на средствата на пенсионните фондове в облигации по чл. 176, ал. 1, т. 9 от КСО. Оценяването на рисковете и предвиждането на механизми, чрез които фондовете да се освободят във възможно най-кратък срок от инвестицията, без да загубят вложените средства, ако облигациите не бъдат приети за търговия на регулиран пазар, до изтичане на предвидения в закона срок, е само конкретизация на изискването за управление на фондовете с грижата на добър търговец и не представлява ново правило за поведение. С него за ПОД не се създават нови задължения, различни от вече регламентирани в КСО. Посоченият в Практиката примерен способ, чрез който може да стане това също няма задължителен характер. Изложеното в Практиката, че в случай, че придобитите от фонда финансови инструменти по чл. 176, ал. 1, т. 9 от КСО престанат да отговарят на нормативните изисквания, ПОД трябва незабавно да извърши действия за освобождаване на фонда от инвестицията, съответства на предвиденото в чл. 176, ал. 1, т. 9 от КСО изискване - инвестирането на средствата на фонд за допълнително задължително пенсионно осигуряване да е в обезпечени корпоративни облигации, приети за търговия на регулиран пазар, в срок не по-дълъг от 6 месеца от издаването им. От анализа на съдържанието на оспорената Практика е видно, че с нея се дават разяснения относно начина на тълкуване от КФН на нормите на чл. 176, ал. 1, т. 9 от КСО, на чл. 126, чл. 175 и чл. 209, ал. 3 от КСО, които имат препоръчителен, а не задължителен характер. С Практиката не се възлагат конкретни задължения на ПОД, а се изразява становището на КФН, кои действия тя счита, че следва да се извършат от дружествата, в съответствие със задълженията им, регламентирани в посочените разпоредби. Преценката на КФН, дали във всеки конкретен случай ПОД е действало с грижата на добър търговец, във връзка с придобиването и освобождаването от придобити от него финансови инструменти по чл. 176, ал. 1, т. 9 от КСО, се изразява в издаваните от нея актове. Предвид това, дори и да се приеме, че Практиката би могла да има някакво влияние върху правната сфера на ПОД, то е опосредено, чрез последващите актове на КФН, които именно биха могли да доведат до възлагане на конкретни задължения за конкретни субекти. Тоест правата и законните интереси на задължените лица биха могли да бъдат засегнати едва след евентуалното издаване на актове по ЗКФН/КСО, в съответствие със становището на КФН дадено в Практиката. Именно тези актове, подлежат на контрол пред съответния административен орган и/или съд, а не и самата Практика, законосъобразността на която инцидентно ще бъде преценена при преценка законосъобразността на издадения и съобразен с нея административен акт. Самата Практика на води до преки неблагоприятни последици за третите лица, поради което не подлежи на самостоятелно обжалване. Следва да се отбележи също, че направеното тълкуване от Комисията, какви действия би следвало да предприеме ПОД, за да действа с грижата на добър търговец, по смисъла на чл. 126, чл. 175 и чл. 209, ал. 3 от КСО, не е от издателя на нормативния акт и по аргумент на противното от чл. 51, ал. 1 от ЗНА, то не е задължително за трети лица.

Това, че с приложеното към настоящето дело определение от 26.05.2014 г. постановено по адм. дело № 8822 по описа за 2013 г. на ВАС, седмо отделение, е прието, че Практика за третиране на репо сделките и обратните репо сделки с безимлични ценни книжа, регистрирани в централен депозитар, издадена от КФН, представлява нормативен административен акт, не води до различни от посочените по-горе правни изводи. Определението е постановено по повод оспорването на Практика, различна от оспорената в настоящето производство, а допустимостта на жалбата, по която е образувано адм. дело № 9446 по описа за 2014 г. на ВАС, седмо отделение, подлежи на самостоятелна преценка от настоящия състав на съда.

Естеството и съдържанието на обжалваната в настоящето производство Практиката на КФН, изключват възможността да се приеме, че в нея са обективирани нови правила за поведение - административноправни норми, чиято задължителност е осигурена чрез публична санкция, а оттам и че представлява нормативен административен акт, подлежащ на оспорване по реда на АПК. Изложеното в Практиката няма характера на властническо волеизявление, нито пък създава правила за бъдещо поведение, както е еднократно, така и многократно правно действие. Предвид това, настоящият състав приема, че Практиката на КФН не е индивидуален, общ или нормативен административен акт по смисъла на чл. 21, ал. 1, чл. 65 и чл. 75, ал. 1 от АПК. Жалбата на Пенсионноосигурителна компания „Доверие“ АД и

„Пенсионноосигурително дружество Алианс България“ АД следва да се остави без разглеждане, а образуваното съдебно производство следва да бъде прекратено.
Воден от горепозложеното и на основание чл. 159, т. 1 от АПК, Върховният административен съд, седмо отделение,

ОПРЕДЕЛИ:

ОСТАВЯ БЕЗ РАЗГЛЕЖДАНЕ жалбата на Пенсионноосигурителна компания „Доверие“ АД и „Пенсионноосигурително дружество Алианс България“ АД срещу Практика по прилагане на чл. 176, ал. 1, т. 9 от Кодекса за социално осигуряване относно инвестирането на средствата на фондовете за допълнително пенсионно осигуряване в обезпечени корпоративни облигации, предложени не при условията на публично предлагане (при условията на частно предлагане), приета от Комисията за финансов надзор с протокол № 17 от 17.04.2013 г.

ПРЕКРАТЯВА производството по адм. дело № 9446 по описа за 2014 г. на Върховния административен съд, седмо отделение.

Определението подлежи на обжалване с частна жалба пред Върховен административен съд, петчленен състав, в 7-дневен срок от съобщението за постановяването му.

Вярно с оригинала,
секретар:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:
ЧЛЕНОВЕ:

/и/ Ваня Анчева
/и/ Даниела Мавродиева
/и/ Калина Арнаудова

Горното определение, след обжалването му пред петчленен състав на ВАС е потвърдено с

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

№ 539

София, 01/19/2015

Върховният административен съд на Република България - Петчленен състав - II колегия, в закрито заседание в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ:

АННА ДИМИТРОВА

АНДРЕЙ

МАРИНА

ДИАНА

ВИОЛЕТА ГЛАВИНОВА

ИКОНОМОВ

МИХАЙЛОВА

ДОБРЕВА

при секретар
на прокурора
от съдията

ВИОЛЕТА ГЛАВИНОВА

по адм. дело № 11819/2014.

и с участието
изслуши докладването

Производството е по реда на чл. 229 и следв. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) и е образувано по частна жалба, подадена от Пенсионноосигурителна компания "Доверие" АД и "Пенсионноосигурително дружество Алианс България" АД срещу определение № 10575/04.08.2014г., постановено по адм. д. № 9446/2014г. от тричленен състав на Седмо отделение при Върховния административен съд. По изложени доводи за незаконосъобразност на обжалвания съдебен акт, частните жалбоподатели искат отмяната му.

Отвeтната Комисия за финансов надзор представя писмен отговор-възражение срещу частните жалби. Върховният административен съд, петчленен състав на Втора колегия, за да се произнесе взе предвид следното:

Частните жалби са подадени в срок от страни с правен интерес от обжалването и са процесуално допустими. Разгледани по същество са неоснователни.

С обжалваното определение тричлeнният състав на ВАС оставя без разглеждане жалбите на Пенсионноосигурителна компания "Доверие" АД и "Пенсионноосигурително дружество Алианс България" АД срещу Практика по прилагане на чл. 176, ал. 1, т. 9 от Кодекса за социално осигуряване относно инвестирането на средствата на фондовете за допълнително пенсионно осигуряване в обезпечени корпоративни облигации, предложени не при условията на публично предлагане (при условията на частно

предлагане), (Практика по прилагане на чл. 176, ал. 1, т. 9 от КСО (Практиката), приета от Комисията за финансов надзор (КФН/Комисията) с протокол № 17 от 17.04.2013 г. За да постанови този правен резултат първоинстанционният съд приема, че Практиката няма характер на властническо волеизявление, нито пък създава правила за бъдещо поведение, както с еднократно, така и с многократно правно действие. Тя не обективира белезите на индивидуален, общ или нормативен административен акт по смисъла на чл. 21, ал. 1, чл. 65 и чл. 75, ал. 1 от АПК, поради което не подлежи на съдебен контрол за законосъобразност.

Определението е правилно.

Настоящата инстанция споделя подробните и задълбочени съображения на тричленния състав на ВАС за недопустимостта на съдебното производство.

Неоснователно е твърдението на частните жалбоподатели за незаконосъобразност на обжалваното определение поради приетата недопустимост на съдебния контрол върху акта на КФН.

Практиката по прилагане на чл. 176, ал. 1, т. 9 от Кодекса за социално осигуряване относно инвестирането на средствата на фондовете за допълнително пенсионно осигуряване в обезпечени корпоративни облигации, предложени не при условията на публично предлагане (при условията на частно предлагане), (Практика по прилагане на чл. 176, ал. 1, т. 9 от КСО (Практиката), приета от Комисията за финансов надзор (КФН/Комисията) с протокол № 17 от 17.04.2013 г. със соченото в него правно основание чл. 9, ал. 1 от Закона за Комисията за финансов надзор (ЗКФН) представлява оповестяване на информация за следваната практика и указания по прилагането на нормата на чл. 176, ал. 1, т. 9 от КСО. Правилни са изводите на съда, че Практиката не създава нови правила за поведение на пенсионноосигурителните дружества. Изложениите в нея съображения относно видовете инвестиционни инструменти, в които ПОД може да инвестира средствата на управляваните от него пенсионни фондове, задължението на ПОД да управлява средствата с грижата на добър търговец при спазване на интересите на осигурените лица, посочените примерни способи за това, нямат задължителен характер и са в контекста на нормативната регламентация в КСО.

По изложените съображения настоящата инстанция намира за правилен извода на тричленния състав на ВАС, Седмо отделение, че обжалваната Практика няма белезите на административен акт, който да подлежи на съдебен контрол, поради което обжалваното определение като правилно следва да бъде потвърдено с настоящото.

Воден от горното, Върховният административен съд, петчленен състав на Втора колегия

ОПРЕДЕЛИ:

ОСТАВЯ В СИЛА определение № 10575/04.08.2014г., постановено по адм. д. № 9446/2014г. от тричленен състав на Седмо отделение при Върховния административен съд.

Определението е окончателно.

Вярно с оригинала,
секретар:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:
ЧЛЕНОВЕ:

/п/ Анна Димитрова

/п/ Андрей

/п/ Марина

/п/ Диана

/п/ Виолета Главинова

Икономов

Михайлова

Добрева

Противоположно на възприетото по-горе становище е изразено в

ОПРЕДЕЛЕНИЕ **по хода на делото**

София, 26.05.2014

Върховният административен съд на Република България - Седмо отделение, в закрито заседание на двадесет и шести май две хиляди и четирнадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ТАНЯ ВАЧЕВА

ЧЛЕНОВЕ:

ИВАН РАДЕНКОВ

при секретар
на прокурора
от съдията
по адм. дело № 8812 / 2013.

СОНИЯ ЯНКУЛОВА
и с участието
изслушна докладването

СОНИЯ ЯНКУЛОВА

Производството е образувано по жалби на „Пенсионноосигурително дружество Алианс България“ АД, седалище и адрес на управление гр. София, ул. „Дамян Груев“ №42, на Пенсионно-осигурителна компания „Доверие“ АД, седалище и адрес на управление гр. София, ул. „Титиява“ №13Б, ет. 7 и на Мирослав Петров Севлиеви, гр. София, ул. „Слъгърч“ №24 срещу Практика за третиране на репо сделките и обратните репо сделки с безплатни ценни книжа, регистрирани в централен депозитар, издадена от Комисията за финансов надзор.

I. Становища на страните:

I. Жалбоподателите - „Пенсионноосигурително дружество Алианс България“ АД (ПОД Алианс) и „Пенсионно-осигурителна компания Доверие“ АД (ПОК Доверие), оспорват Практика за третиране на репо сделките и обратните репо сделки с безплатни ценни книжа, регистрирани в Централен депозитар (Практиката) на Комисията за финансов надзор на основание чл. 185 във вр. с чл. 186, ал. 1 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) в частта, която се прилага по отношение на пенсионноосигурителните дружества и фондове за допълнително пенсионно осигуряване. Считат оспорения акт за нормативен административен и издаден в противоречие с материалния закон и с целите на закона. В подкрепа на твърденията си излагат следните доводи:

а) По силата на приетата практика, административният орган налага по отношение на пенсионните дружества и фондове за допълнително пенсионно осигуряване ограничения на инвестирането във финансови инструменти чрез сключване на репо сделки и обратни репо сделки, за което не е овластен от закона.

б) Член 179а от Кодекса за социално осигуряване (КСО) изрично урежда правото на пенсионноосигурителните дружества да сключват от името и за сметка на управляваните от тях фондове репо сделки и обратни репо сделки като определя и изискванията към тези сделки. Освен изискването стойността на ценните книжа по тези сделки да бъде в размер до 5% от активите на съответния фонд законодателят не е предвидил никакви други ограничения.

в) Систематичното място на чл. 179а КСО и неговата структура изразяват волята на законодателя за ограниченията по отношение на репо сделките, сключвани от пенсионноосигурителните дружества, и не предоставят на Комисията за финансов надзор законова делегация за детайлизиране на уредбата. Позовават се на правомощията на Комисията за финансов надзор по чл. 9, ал. 1 от Закона за Комисията за финансов надзор (ЗКФН), съгласно който Комисията има само правомощието да оповестява своята политика и средствата, които ще използва при прилагане на своята оперативна самостоятелност за постигане на целите на закона, но не ѝ предоставя правомощия да дописва законовите правни норми, нито да ги тълкува стеснително.

г) Посочената практика, в противоречие на волята на законодателя, приравнява репо сделките и обратните репо сделки на сделките, свързани с получаването или предоставянето на заем. Това противоречи на легалната дефиниция на „репо сделка“ и „обратно репо сделка“ по смисъла на §1, ал. 2, т. 15 КСО.

д) Приетата с протокол №8 от 15.02.2013 г. на основание чл. 9, ал. 1 ЗКФН Практика фактически е с правно основание чл. 13, ал. 1, т. 3 ЗКФН. Практиката не представлява оповестяване на информация, а властническо волеизявление, тъй като въведените изисквания към сключването на репо сделките и обратните репо сделки представляват изпълване съдържанието на въведените законодателни дефиниции за тези сделки. Това означава, че всяко пенсионноосигурително дружество, което сключва репо сделки и обратни репо сделки трябва да спазва посочените в Практиката изисквания. Съгласно чл. 3, ал. 1 и 2 от Закона за нормативните актове (ЗНА) административният орган трябва да е изрично овластен от закона, за да издава нормативен акт, а в случая Кодексът за социално осигуряване не делегира такива правомощия на Комисията за финансов надзор. Този излизаща извън правомощията на Комисията дейност по правосъздаване е недопустима държавна намеса в определянето на пазарното поведение на определени участници на пазара, без изобщо да е налице възможност за такава намеса.

е) Практиката е издадена и в нарушение на целта на закона. Дружествата молят съда да отмени Практиката за третиране на репо сделките и обратните репо сделки с безплатни ценни книжа, регистрирани в Централен депозитар, приета от Комисията за финансов надзор с протокол №8 от 15.02.2012 г. в частта, в която се прилага по отношение на пенсионноосигурителните дружества и фондове за допълнително пенсионно осигуряване.

Жалбоподателите се представляват от адв. Яна Мадина, Адвокатска колегия, гр. Пазарджик, и адв. Смилена Стоилова, Софийска адвокатска колегия.

2. Жалбоподателят – Мирослав Петров Севлиевски, оспорва Практиката на основание чл. 132, ал. 2, т. 1 във вр. с чл. 185 АПК и чл. 120 от Конституцията. Счита същата за подзаконов нормативен акт, който засяга правата и интересите на широк кръг физически и юридически лица, които са пряко засегнати от Практиката. Сочи, че в качеството си на физическо лице, което сключва договори за репо сделки от дълги години с цел обезпечение на задължения към трети лица, оспорената Практика пряко засяга правата и интересите му. Излага правната същност на репо сделките и сочи, че:

- а) законодателят е делегирал на Комисията за финансов надзор правомощия по осъществяването на надзор в областта на капиталовите пазари, но в нито един от релевантните актове репо сделките и обратните репо сделки с безналични ценни книжа не са уредени, което прави оспорения акт издаден без правно основание – отменително основание по чл. 146, т. 1 и 4 във вр. с чл. 196 АПК;
- б) Практиката неправилно е приета на основание чл. 9, ал. 1 ЗКФН, тъй като е прикрит административен акт с правно основание чл. 13, ал. 1, т. 4 ЗКФН – съдържа задължения, които се вменяват на субектите само и единствено с това решение на Комисията за приемане на Практиката;
- в) Решението на Комисията не дава указания по тълкуването и прилагането на посочените в чл. 13, ал. 1, т. 4 ЗКФН нормативни и поднормативни актове във връзка с осъществяване на финансов надзор, а създава нови изисквания към договорите за репо сделките, които имат характер на нормативни изисквания, без за това да съществува правно основание – позовава се на чл. 3, ал. 2 ЗНА. Моли съда да отмени решението на Комисията за финансов надзор относно Практика за третиране на репо сделките и обратните репо сделки с безналични ценни книжа, регистрирани в Централен депозитар, прието съгласно протокол №8 от 15.02.2012 г. Жалбоподателят се представлява от адв. Виктор Токушев и адв. Стилиян Недев, Софийска адвокатска колегия.

3. Ответникът – Комисията за финансов надзор, счита жалбата на „Пенсионноосигурително дружество Алианс България“ АД и на Пенсионно-осигурителна компания „Доверие“ АД за недопустима. В подкрепа на твърдението си излага следните доводи:

а) Практиката е приета на основание чл. 9, ал. 1 и 2 във вр. с чл. 1, ал. 2 ЗКФН и не представлява нормативен акт по смисъла на чл. 1а ЗНА и чл. 75 АПК. Такъв вид подзаконов нормативен акт не е предвиден в Закона за нормативните актове;

б) Практиката не се отнася за неопределен и неограничен брой лица, а е адресирана към конкретни правни субекти и с нея не се създават задължения и не се засягат права, свободи или законни интереси на отделни граждани или организации; тя не е също нито общ, нито индивидуален административен акт;

в) За жалбоподателите не е налице личен, пряк, правен интерес от оспорване на Практиката с оглед на изискването на чл. 186, ал. 1 АПК, тъй като Практиката се отнася за инвестициите на пенсионните фондове, които са отделни юридически лица, различни от пенсионноосигурителните дружества – чл. 133, ал. 3 и чл. 214, ал. 5 КСО; с Практиката не са въведени никакви изисквания по отношение на инвестициите на пенсионноосигурителните дружества; ограниченията по чл. 175 – 179 и чл. 249 - 251 КСО, които са цитирани в практиката, са свързани с инвестирането на средства на осигурените лица в управляваните от дружествата пенсионни фондове, поради което за жалбоподателите не е налице личен, пряк, правен интерес от оспорване на Практиката. Задълженията, които жалбоподателите имат са въведени с Кодекса за социално осигуряване, а не с Практиката, и те са част от осъществяваната от жалбоподателите дейност.

г) приемането на Практиката е в съответствие с принципите за предвидимост и последователност по смисъла на чл. 13 АПК и тя не подлежи на обнародване; чл. 13, ал. 1, т. 4 ЗКФН регламентира правомощието на Комисията за финансов надзор да дава писмени указания относно прилагането и тълкуването на изброените изчерпателно специални закони, като тези указания не са нито индивидуален, нито общ административен акт;

д) оспорваната Практика има за цел:

не да уреди нормативно договорните отношения при сключване на репо сделките и обратните репо сделки, а да конкретизира случаите, в които Комисията счита, че при сключване на сделки с предвидените в Практиката характеристики не е налице реално инвестиране в съответните ценни книжа по смисъла на посочените законови разпоредби;

да поясни на поднадзорните на Комисията лица, че някои договори за репо, по силата на които не се цели реално придобиване на съответните ценни книжа и инвестиция в тях, не попадат в обхвата на определени законови изисквания;

посочените в Практиката лица са свободни да сключват репо сделки без ограничения като в случаите, когато сключените сделки не притежават изброените в Практиката характеристики ще бъдат третирани по общия ред и за тях ще се прилагат цитираните в Практиката законови изисквания и ограничения;

е) сочи, при условията на алтернативност, ако съдът приеме оспорената Практика за общ нормативен акт, че срокът по чл. 84, ал. 1 АПК е изтекъл, поради което и на това основание счита жалбата за недопустима.

По отношение на жалбата на Мирослав Севлиевски не излага становище.

Моли съда да прекрати съдебното производство на основание чл. 159, т. 1, 4 и 5 АПК. Ответникът се представява от експерт с юридическо образование Ирина Стоянова.

II. Факти, относими за допустимостта на съдебното производство:

Оспореният административен акт – Практика за третиране на репо сделките и обратните репо сделки с безлични ценни книжа, регистрирани в централен депозитар и обусловеността на вида на съдебното производство от характера на акта, доводите на жалбоподателите и възраженията на ответника налагат съдът да се произнесе с нарочен акт досежно допустимостта на съдебното производство.

Какви са релеванните за допустимостта на съдебното производство факти:

1. На 14.10.2011 г., със заповед №195, председателят на Комисията за финансов надзор създава работна група със задача: „да изготви проект на обща практика на Комисията за финансов надзор за третиране на репо сделките и обратни репо сделки с дългови ценни книжа, и с акции и други дялови ценни книжа за целите на спазването на нормативно заложените инвестиционни ограничения, както и за целите на третирането на дяловото или квалифицираното участие, когато е приложимо, при поднадзорните на комисията лица“.

2. На 15.01.2012 г., с докладна записка на главния директор в Главна дирекция „Надзорна дейност“, подписана от членовете на работната група, изготвеният проект на Практика бил представен на председателя на Комисията. В докладната записка е посочено:

„Създаването на организация за отразяването на условията по прехвърлянето на безлични ЦК, предмет на репо сделка и обратно репо сделка на приобретателя ще намали рисковете в небанковата финансова сфера, ще въведе повече яснота по прилагането на нормативната уредба и ще доведе до повишаване на качеството на осъществявания надзор.“ Посочено е, че е необходимо изменение на Наредба №8 от 12.11.2003 г. за Централния депозитар

3. На 15.02.2012 г., Комисията, на свое заседание, отразено в протокол №8, приела на основание чл. 9, ал. 1 ЗКФН Практика за третиране на репо сделките и обратните репо сделки с безлични ценни книжа, регистрирани в Централен депозитар.

4. В Практиката е посочено, че се отнася за:

а) лицата, които имат задължение за разкриване на дялово участие по чл. 145 и сл. от Закона за публичното предлагане на ценни книжа (ЗППЦК), както и за целите на изискванията за отправяне на търговско предложение по чл. 149 и сл. ЗППЦК;

б) лицата, които имат задължения във връзка с придобиването на квалифицирано дялово участие в инвестиционен посредник съгласно чл. 26 и 26д от Закона за пазарите на финансови инструменти (ЗПФИ) и в управляващо дружество съгласно чл. 107 от Закона за дейността на колективните инвестиционни схеми и на другите предприятия за колективно инвестиране (ЗДКИСДПКИ); придобиване на дялово участие в здравноосигурително дружество съгласно чл. 94 от Закона за здравното осигуряване (ЗЗО); придобиване на квалифицирано участие в пенсионноосигурително дружество съгласно чл. 121ж КСО; придобиване на квалифицирано участие в застрахователно акционерно дружество съгласно чл. 16 от Кодекса за застраховането (КЗ);

в) инвестиционните посредници във връзка с определяне на експозициите по чл. 7, ал. 5, т. 1, 3 и 4 от Наредба №35 за капиталовата адекватност и ликвидност на инвестиционните посредници;

г) колективните инвестиционни схеми във връзка с изчисляване на ограниченията за инвестиране съгласно чл. 38, 39, 45 и сл. ЗДКИСДПКИ;

д) пенсионноосигурителните дружества и фондовете за допълнително пенсионно осигуряване във връзка с изчисляване на ограниченията за инвестиране съгласно чл. 175 – 179 и чл. 249 – 251 КСО;

е) застрахователите за целите на изчисляване на ограниченията за инвестиране на техническите резерви, съгласно чл. 74 КЗ;

ж) здравноосигурителните дружества за целите на изчисляване на ограниченията за инвестиране на здравноосигурителните технически резерви, съгласно чл. 90д и 90е ЗЗО;

5. В Практиката Комисията:

а) посочила седем изисквания към придобиването на безлични ценни книжа, извършено „чрез прехвърлителна сделка въз основа на договор за репо или обратно репо сделка“;

б) регламентирала представянето в Комисията на документи от сключилите репо сделка лица;

в) регламентирала отразяването на репо сделките във финансовите отчети и изчисляването на стойността на договора;

г) определила в девет пункта минималното съдържание на репо и обратно репо сделките, като дала определение на употребените понятия.

6. Жалбоподателите „Пенсионноосигурително дружество Алианс България“ АД и „Пенсионноосигурителна компания Доверие“ АД са лицензирани дружества с предмет на дейност допълнително пенсионно осигуряване, в т.ч. управление на фондове за допълнително пенсионно осигуряване. Дружествата представят, издадени на 17.09.2013 г. от заместник-председателя на Комисията за финансов надзор, ръководещ управление „Осигурителен надзор“, наказателни постановления №Р-10-483, Р-10-480 и Р-10-479 за ПОД Алианс и №Р-10-489, №Р-10-490, №Р-10-491, №Р-10-492, №Р-10-493, №Р-10-494, №Р-10-495, №Р-10-496, №Р-10-497 за ПОК Доверие, с които на дружествата, на изпълнителния директор на ПОД Алианс и на председателя на управителния съвет на ПОК Доверие са наложени имуществени санкции и глоби за извършени нарушения на чл. 179 КСО и Практиката за третиране на репо сделките и обратните репо сделки с безплатни ценни книжа, регистрирани в Централен депозитар.

7. Действаща към настоящия момент нормативна уредба на репо сделките:

а) §1, т. 15 КСО – „Репо сделка“ и „Обратна репо сделка“ е всяко споразумение, при което се прехвърлят ценни книжа, като се поема ангажимент за обратното им изкупуване (или замяна с ценни книжа със същите характеристики) по определена цена на определена бъдеща дата или на дата, която ще бъде определена от прехвърителя. Споразумението е репо сделка за страната, продаваща ценните книжа, и обратна репо сделка за страната, която ги купува.

б) Член 2, ал. 2 от Закон за договорите за финансово обезпечаване (ЗДФО) – чрез прехвърлителния договор, включително споразуменията с уговорка за обратно изкупуване (репо-сделки), обезпечителят изцяло прехвърля правото на собственост или всички права върху финансовото обезпечение на обезпеченото лице, за да обезпечи изпълнението на финансовото задължение.

в) Репо сделките са предмет на регламентация и в чл. 147 ЗППЦК, чл. 78ж Закон за платежните услуги и платежните системи (ЗПУПС), както и на Наредба №36 от 22.01.2004 г. за банките-попечители по Кодекса за социалното осигуряване, приета от Управителния съвет на Българска народна банка след съгласуване с Комисията за финансов надзор; Наредба №38 от 23.12.2004 г. за капиталовата адекватност на банките, приета от Управителния съвет на Българска народна банка, съдържаща дефиниция на репо сделка - §1, т.7; Наредба №5 от 04.10.2007 г. за реда и условията за придобиване, регистриране, изплащане и търговия с държавни ценни книжа, приета от министъра на финансите и Българска народна банка, съдържаща дефиниция на репо сделка - §1, т.6, и на приетите от Комисията за финансов надзор Наредба №8 от 12.11.2003 г. за Централния депозитар; Наредба №16 от 07.07.2004 г. за условията и реда за извършване на маржни покупки, къси продажби и заем на финансови инструменти; Наредба №25 от 22.03.2006 г. за изискванията към дейността на инвестиционните дружества и договорните фондове; Наредба №30 от 19.07.2006 г. за изискванията към счетоводството, формата и съдържанието на финансовите отчети, справките, докладите и приложенията на застрахователите и презастрахователите; Наредба №35 от 17.10.2006 г. за капиталовата адекватност и ликвидност на инвестиционните посредници, Наредба №38 от 25.07.2007 г. за изискванията към дейността на инвестиционните посредници, съдържаща дефиниция на репо сделка - §1, т. 11; Наредба №44 от 20.10.2011 г. за изискванията към дейността на колективните инвестиционни схеми, инвестиционните дружества от зитворен тип и управляващите дружества;

г) Репо сделките са предмет на регламентация и от правото на Европейския съюз.

III. По допустимостта на съдебното производство:

При така установените факти, относими за преценка на допустимостта на оспорването, съдът приема от правна страна следното:

1. По отношение на характера на оспорения акт:

Безспорно е, че оспорената Практика е акт на държавен орган, на когото със закон са предоставени властнически правомощия за регулиране и надзор върху дейността на лицата по чл. 1, ал. 2 ЗКФН. Поради това и в съответствие с чл. 2, ал. 1 ЗКФН Комисията има качеството на административен орган по смисъла на §1, т. 1 АПК.

Член 120, ал. 2 от Конституцията гарантира на правните субекти правото да оспорват административните актове, които ги засягат, освен изрично посочените в закон. Няма изрична законова забрана за оспорване на акта. С оглед на това допустимостта на оспорването е функция на характера на акта и наличието на конституционния критерий за допустимост на оспорването – засягане. Безспорно по делото е, както твърдят и страните, че оспорената Практика не е индивидуален административен акт по смисъла на чл. 21 АПК.

Практиката не е и общ административен акт по смисъла на чл. 65 АПК. За да бъде един акт общ административен законодателят изисква кумулативно да са налице три предпоставки – актът да е с еднократно действие, да създава права или задължения или непосредствено да засяга права, свободи или законни интереси и това да е относимо за неопределен брой лица. Оспореният акт преди всичко не е акт с еднократно правно действие. Самото предназначение на акта е да бъде прилаган многократно. Независимо дали представлява практика по прилагането на нормативен акт, както твърди ответникът, или създава

правила за поведение, както твърдят жалбоподателите, безспорно е, че Практиката е създадена, за да бъде прилагана многократно, а не еднократно. Липсата на един от кумулативните елементи на дефиницията за общ административен акт обосновава извода, че оспорената Практика не е общ административен акт.

Жалбоподателите твърдят, че оспорената Практика е нормативен административен акт по смисъла на чл. 75, ал. 1 АПК. Нормативно определените характеристики на нормативния административен акт са: съдържание на административноправни норми, многократно действие и относимост за неопределен и неограничен кръг адресати. Изискванията са кумулативни.

а) По съдържанието на Практиката:

Административноправната норма, като всяка правна норма, е общо, абстрактно и условно правило за поведение с осигурена чрез публичната санкция задължителност. Следователно, за да бъде съдържанието на оспорената Практика административноправни норми е необходимо да се установи съдържа ли тя общи, абстрактни и условни правила за поведение и осигурена ли е тяхната задължителност чрез публична санкция.

Посочените по-горе в т. II.7 нормативни актове от различна степен дават легално определение на понятието репо сделка, както и регламентират, с оглед на различните правни субекти, които оперират с този правен инструмент, правните изисквания и правните последици от репо сделките. Независимо от така установената законова и богата подзаконова нормативна уредба на репо сделките, установена в основната си част от самата Комисия за финансов надзор, с оспорената Практика Комисията установила съдържание на репо сделката, което ще приема за съответно на нормативните изисквания (виж по-горе т. II.5.б. „г“).

Съдържанието на репо сделката са условията, при наличието на които органът приема, че е налице репо сделка, т.е. фактическото поведение, фактите, които органът счита, че са правопораждащи за възникване на желания правен резултат – признаването на една сделка за репо и произтичащите от това правни последици. Фактическото поведение или фактите са условията за правно признатото действие на процесния правен инструмент – репо сделката. От гледна точка на правната регламентация фактическото поведение или фактите са хипотезата на правната норма. Именно установяването на правно релевантните факти изпълва съдържанието на хипотезата на всяка една правна норма. Без правно релевантните факти да са надлежно установени не може да се установи желаното поведение, т.е. диспозицията на правната норма, и не може да се установят нежеланите правни последици, т.е. санкцията на правната норма.

В случая, като установил съдържание на репо сделките, органът на практика създава правило за поведение, установил кои са правнорелевантните факти, за да настъпи диспозицията или санкцията на правната норма, регламентираща репо сделките. С оспорената Практика органът не установил „организация за отразяването на условията по прехвърлянето на безлични ЦК, предмет на репо сделка и обратно репо сделка на приобретателя“, както се сочи в докладната записка, с която Практиката е представена на председателя на Комисията (виж т. II.2 по-горе), а установил правопораждащи репо сделката юридически факти.

Този характер на регламентацията е виден и от доводите на самия ответник. Ответникът сочи, че Практиката конкретизира случаите, в които Комисията счита сключените репо сделки за инструмент за реално инвестиране, както и че репо сделки, които не притежават изброените в Практиката характеристики няма да бъдат третирани като такива (виж по-горе I.3.б. „д“). Тоест, ответникът твърди, че правопораждащи репо сделката юридически факти са тези, които са установени в Практиката. Това ясно установява регулативната функция на оспорения акт. Неоснователно в случая е позоваването от органа на чл. 13 АПК, тъй като приетата Практика не съответства по своето съдържание на употребеното от законодателят понятие „практика“ в тази правна норма. Член 13 АПК задължава органа да оповести практиката си при упражняване на оперативната самостоятелност, която има за дадено свое правомощие. В хипотезата на репо сделките законодателят не е предоставил в нито един нормативен акт правомощие на Комисията за финансов надзор при условията на оперативна самостоятелност да преценява коя сделка е репо и коя не е. Напротив. Законодателят е дал легална дефиниция на репо сделките. Нещо повече. Самата Комисия е дала, и то не една, легална (нормативна) дефиниция на понятието репо сделка. Това, което органът твърди, че в случая е огласяване на практика е всъщност дадено от Комисията съдържание на понятието репо сделка. Точно така всъщност е и посочено в Практиката: какво трябва да е уредено в репо сделката и какво е минималното съдържание на договора за репо сделка.

Неоснователен е и доводът на ответника, че правното основание, на което е приета Практиката – чл. 9, ал. 1 ЗКФН, установява ненормативен ѝ характер. Първо, правното основание, на което е приет един акт, е индигия, не и единствено доказателство за неговия характер. И второ, чл. 9 ЗКФН е конкретизация на общия принцип на последователност и предвидимост, визиран в чл. 13 АПК. Вярно е, че чл. 9, ал. 1 ЗКФН,

на който се позовава Комисията, за да приеме Практиката, я задължава да огласи публично „следваната политика и създадената практика по прилагането на нормативните актове, както и мотивите за тяхната промяна“. Алинея 2 на чл. 9 ЗКФН сочи, че следваната политика по прилагането на нормативните актове по алинея 1 включва средствата, които Комисията избира и използва при упражняване на своята оперативна самостоятелност за постигане на целите на закона. Тълкувани в своята съвкупност двете разпоредби водят до извода, че само следваната политика, не и създадената практика, е съответна на посоченото в чл. 13 АПК задължение на органа за последователност и предвидимост, тъй като само тя е обвързана с оперативната самостоятелност на органа.

Но това не може да обоснове извод, че приетата в случая Практика е само информация за „създадената практика по прилагането на нормативните актове“. Това би било вярно, ако съдържанието на приетата Практика е информация за това как Комисията е прилагала до датата на приемането на оспорения акт нормативните актове. Но съдържанието на Практиката не е такова. В случая на базата на практиката по прилагане на нормативните актове Комисията извела правила за бъдещо поведение. Има разлика между „създадената практика“ и на базата на създадената практика формулиране на „практика на Комисията за финансов надзор за третиране на репо и обратно репо сделките с дългови ценни книжа и с акции и други дялови ценни книжа за целите на спазването на нормативно заложените инвестиционни ограничения, както и за целите на третирането на дяловото и квалифицирано участие, когато е приложимо, при поднадзорните на комисията лица“, както е посочено в заповедта на председателя на Комисията. „Създадената практика“ по смисъла на чл. 9, ал. 1 ЗКФН е снимка на вече извършеното от Комисията. Тя се публикува, за да могат засегнатите от дейността ѝ лица да бъдат информирани за това как Комисията е действала във вече приключили казуси и на база на тази информация да могат да изградят определени предположения за бъдещата ѝ дейност. Извеждането на базата на създадената практика на изисквания и приложимостта им към бъдещата дейност на поднадзорните на Комисията лица е правило за поведение.

Освен правопораждащите репо сделката юридически факти с Практиката органът създава и конкретни задължения на посочените в самата Практика правни субекти – задължение за страните по репо сделките за представяне на копия от сключените договори на Комисията и задължение за уведомяване на Комисията при неизпълнение на договора. Тези задължения не са „създадената практика“ по смисъла на чл. 9, ал. 1 ЗКФН. Чрез тези задължения Комисията извършва регулация на поведението на правните субекти във връзка с репо сделките, което е съдържанието на административноправна норма. Вярно е, че оспорената Практика не е наименувана с название, което съответства на установените в чл. 7 ЗНА наименования на подзаконовите нормативни актове, но съдът не установява характера на акта по неговото наименование, макар че то трябва да е съответно на характера на акта – чл. 25, ал. 1 от Указ №883 от 27.07.1974 г. за прилагането на Закона за нормативните актове (Указ №883), а установява характера на акта по неговото съдържание. Вярно е също, че разпоредбите в Практиката не са в съответствие с изискванията на чл. 26 – 35 Указ №883, но това също не означава автоматично, че оспореният акт няма характера на административен нормативен акт. Начина на формулиране на разпоредбите също не е доказателство за характера им.

Видно от изложеното оспорените Правила съдържат разпоредби, които имат характер на административноправни норми. Такива са разпоредбите досежно правните субекти, за които практиката е относима, разпоредбите досежно седемте изисквания към договора за репо сделка, разпоредбите относно задълженията на правните субекти за представяне на документи и информация на Комисията, за отразяване на репо сделката във финансовите отчети и определяне на стойността на договора, както и разпоредбите, с които е установено минималното съдържание на договорите за репо и обратно репо сделките, в т.ч. и установеното съдържание на употребите понятия. Дали така установеното съдържание на административноправните норми е в съответствие със законовите разпоредби е въпрос на спора по същество.

Визираните в административноправните норми, които оспорената Практика съдържа, правила за поведение са задължителни за посочените в акта правни субекти, тъй като от една страна Комисията изрично ги е посочила като адресати, а от друга именно Комисията за финансов надзор е органът в държавата, който е оправомощен да осъществява регулиране и надзор върху тяхната дейност – чл. 2, ал. 1 ЗКФН. Пряко доказателство за възможността Комисията да наложи чрез силата на държавната принуда спазването им са издадените на двете дружества наказателни постановления.

б) По действието на Практиката:

По делото няма спор, че оспорената Практика не е с еднократно действие. (Виж изложеното по-горе досежно преценката на съда относно общия административен акт). Практиката е създадена, за да намери приложение в цялата бъдеща дейност на Комисията. Доказателство, че Практиката не е акт с еднократно действие са и представените от ПОД Алианц и ПОК Доверие наказателни постановления. С тях са установени различни нарушения като във всички

Комисията се позовава на Практиката си. В самата Практика е посочено, че тя се отнася за определените в нея правни субекти, както и че с оглед на посоченото в нея ще се преценяват нормативните изисквания към рено сделките, което предполага многократност на нейното прилагане. По делото не са налице факти и обстоятелства, които дават възможност на съда да направи извод за еднократност на действието на оспорената Практика

в) По адресатите на акта:

За да бъде даден административен акт нормативен е необходимо неговите адресати да бъдат неопределен и неограничен кръг правни субекти.

Органът твърди, че тази характеристика на подзаконовия нормативен акт не е налице, тъй като Практиката е адресирана до конкретни правни субекти. Вярно е, че в самата Практика са посочени лицата, за които практиката се отнася. Но всяка правна норма и всеки нормативен акт има определен кръг адресати. Характера на регулираните от правната норма обществени отношения обективно ограничават кръга на нейните адресати.

В случая предмет на оспорената Практика са рено сделките. Правните субекти, които използват този правен инструмент не са неограничени. Нецо повече. Самият законодател е въвел редица изисквания, на които трябва да отговарят лицата, извършващи рено сделки. С оглед на това преценката на нормативното изискване на чл. 75, ал. 1 АПК – адресати на нормите да бъдат неопределен и неограничен кръг правни субекти, се прави в рамките на съответните регулирани правоотношения, т.е. в рамките на предмета на регулация, а не изобщо.

Видно от посочените в Практиката нейни адресати това са определените от законодателя правни субекти, използващи в дейността си рено сделките. Факта, че те са определени по нормативните актове, които регламентират рено сделките, само доказва, че адресатите на акта са определени с оглед на регулираните от законодателя обществени отношения. В рамките на регулираните от посочените нормативни актове обществени отношения, адресатите на оспорената Практика са неопределен и неограничен кръг правни субекти. Факта, че по отношения на правните субекти, които могат да извършват рено сделки, законодателят е поставил определени изисквания, които автоматично ограничават кръга на правните субекти, за които Практиката е приложима, не означава че посочените в Практиката правни субекти са определени и ограничени за целите на настоящата преценка по чл. 75, ал. 1 АПК.

Видно от изложеното оспорената Практика на Комисията за финансов надзор отговаря на изискванията на чл. 75, ал. 1 АПК за административен нормативен акт. Тя съдържа административноправни норми, които се отнасят за неопределен и неограничен кръг правни субекти и има многократно правно действие. Налице е конституционният критерий за допустимост на оспорването на административен акт така, както е разяснен в тълкувателното решение №21 от 26.10.1995 г. на Конституционния съд – актът, под формата на „създаваната практика“ и всъщност под формата на тълкуване на норми от по-висш ранг, претендира да уреди по определен начин обществените отношения, свързани с рено сделките. Това го прави нормативен.

Установеният характер на оспорения акт прави възражението на ответника за недопустимост на съдебното производство поради липса на подлежащ на оспорване нормативен административен акт неоснователно, поради което съдът следва да го остави без уважение.

2. По правния интерес на жалбоподателите от оспорване на акта:

Ответникът твърди, че за жалбоподателите – ПОД Алианц и ПОК Доверие, не е налице правен интерес от оспорване на Практиката, тъй като не са доказали личен, пряк, правен интерес. Сочни, че практиката се отнася за инвестициите на пенсионните фондове, които са отделни юридически лица – чл. 133, ал. 3 и чл. 214, ал. 5 КСО.

Безспорно е, че съгласно чл. 133, ал. 3 КСО пенсионноосигурителните дружества и универсалните и професионалните пенсионни фондове са отделни юридически лица. Безспорно е също, че съгласно чл. 214, ал. 5 КСО пенсионноосигурителните дружества и фондовете за допълнително пенсионно осигуряване са отделни юридически лица. Но видно от самата Практика органът изрично посочил като нейни адресати „пенсионноосигурителните дружества и фондовете за допълнително пенсионно осигуряване“. Тоест, самият орган е преценил, че Практиката е приложима за жалбоподателите. Нецо повече. Видно от приложените по делото наказателни постановления, издадени на двете дружества и на лицата, ръководещи управителните им органи, точно неспазването на Практиката е било основание на органа да наложи имуществени санкции не на фондовете за допълнително пенсионно осигуряване, а на пенсионноосигурителните дружества, както и да наложи глоби не на лицата, ръководещи управителните органи на фондовете, а на тези, ръководещи управителните органи на пенсионноосигурителните дружества. По-ярко доказателство за личния, пряк и правен интерес от оспорване на Практиката трудно би могло да се изиска. Позоваването в наказателните постановления на допускането от адресатите им – пенсионноосигурителните дружества, нарушение на Практиката като елемент на установеното

нарушение на чл. 179 КСО, е доказателство за засягане на правата и интересите им по смисъла на чл. 120, ал. 2 от Конституцията и чл. 186, ал. 1 АПК. Дали това позоваване е законосъобразно е извън предмета на спора за допустимостта на съдебното производство.

Факта, че жалбоподателите са посочени изрично от Комисията като адресати на оспорената Практика е доказателство и за възможността нейните разпоредби да засегнат права и законни интереси на двамата жалбоподатели, по смисъла на втората хипотеза на чл. 186, ал. 1 АПК, а създадените с Практиката техни задължения за предоставяне на документи и информация изпълват съдържанието и на третата хипотеза на чл. 186, ал. 1 АПК.

С оглед на изложеното за двете дружества е налице право на оспорване на процесната Практика. Що се отнася до третия жалбоподател – физическото лице Мирослав Севлиевски, Комисията не релевира възражения досежно неговия правен интерес от оспорване на Практиката. Севлиевски твърди, че от дълги години, в качеството си на физическо лице, сключва репо сделки и това обосновава правния му интерес от оспорване на Практиката. Това негово твърдение не е подкрепено с доказателства. Съдът не е указал на Севлиевски, че за това обстоятелство от значение за допустимостта на жалбата му не сочи доказателства. С оглед на това по допустимостта на жалбата на Севлиевски, в контекста на наличието за него на право на оспорване по смисъла на чл. 186, ал. 1 АПК, съдът ще се произнесе след като даде необходимите указания и с оглед на представените от жалбоподателя доказателства. Видно от изложеното възражението на ответника за недопустимост на съдебното производство поради липсата на подлежащ на оспорване акт е неоснователно. Оспореният акт е административен нормативен по смисъла на чл. 75, ал. 1 АПК. Неоснователно е и възражението на ответника за недопустимост на съдебното производство по отношение на ДОП Алианц и ДОК Доверие поради липса на право на оспорване по смисъла на чл. 186, ал. 1 АПК. За двете дружества е налице право на оспорване по смисъла на чл. 186, ал. 1 АПК. Това налага съдът да отмени определението си за даване ход на делото по същество, да остави без уважение възражението на ответника за недопустимост на съдебното производство, да укаже на Мирослав Севлиевски да ангажира доказателства за правото му на оспорване по смисъла на чл. 186, ал. 1 АПК, да разпреди, на основание чл. 188 АПК оспорването на Практиката от двете дружества като редовно и допустимо да бъде съобщено по реда на чл. 181, ал. 1 и 2 АПК, за което да задължи жалбоподателите да внесат 20, 00 лв. такса за съобщаване чрез обявление в Държавен вестник и да представят по делото документ за внасянето, да насрочи делото в открито съдебно заседание за произнасяне по съществуващото на спора, да укаже на жалбоподателите ПОД Алианц и ПОК Доверие да уточнят оспорваните разпоредби на Практиката, да укаже на ответника, че на основание чл. 171, ал. във вр. с чл. 196 АПК неговата е доказателствената тежест за установяване съществуването на фактическите основания, посочени в акта, и за изпълнение на законовите изисквания при издаването му. На основание чл. 192 АПК за съдебното производство да бъде уведомена Върховната административна прокуратура. Определението на съда, тъй като не прегражда по-нататъшното развитие на съдебното производство, не подлежи на съдебен контрол. Правилността на извода на съда за допустимост на съдебното производство ще подлежи на институционен контрол с акта по същество. Водим от горното и на основание чл. 253 ГПК във вр. с чл. 144 АПК, чл. 188 и 192 АПК Върховният административен съд

ОПРЕДЕЛИ:

ОТМЕНЯ определението си от 10.02.2014 г. за даване ход на делото по същество. **ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ** възражението на Комисията за финансов надзор, гр. София, ул. „Шар планина“ №33, за недопустимост на оспорването на Практика за третиране на репо сделките и обратните репо сделки с безналични ценни книжа, регистрирани в Централен депозитар от „Пенсионноосигурително дружество Алианц България“ АД, седалище и адрес на управление гр. София, ул. „Дамян Груев“ №42 и Пенсионно-осигурителна компания „Доверие“ АД, седалище и адрес на управление гр. София, ул. „Гинтиява“ №13Б, ет. 7.

УКАЗВА на жалбоподателя Мирослав Петров Севлиевски, гр. София, ул. „Смърч“ №24 в седмодневен срок от съобщаването да представи доказателства за наличието на правен интерес от оспорване на акта. При неизпълнение на указанието в срок съдебното производство досежно него ще бъде прекратено. **УКАЗВА** на жалбоподателите да внесат по сметка на Държавен вестник 20, 00 (двадесет) лева такса за обявление на оспорването в Държавен вестник и да представят по делото документ за платената такса. **УКАЗВА** на жалбоподателите „Пенсионноосигурително дружество Алианц България“ АД и Пенсионно-осигурителна компания „Доверие“ АД в седмодневен срок от съобщаването да уточнят оспорваните разпоредби на Практика за третиране на репо сделките и обратните репо сделки с безналични ценни книжа, регистрирани в Централен депозитар.

УКАЗВА на Комисията за финансов надзор, че нейна е доказателствената тежест за установяване на фактическите основания, посочени в оспорения акт, и изпълнението на законовите изисквания при издаването

НАСРОЧВА делото за 29.09.2014 г. от 11, 00 часа, за която дата да се призват страните. ДА СЕ УВЕДОМИ за оспорването Върховната административна прокуратура.

ОСПОРВАНЕТО да се съобщи чрез обявление в Държавен вестник, в което се посочи оспорения административен акт и номера на образуваното дело.

КОПИЕ от обявлението да се постави на определеното за това място във Върховния административен съд и се публикува на интернет страницата на Върховния административен съд. ОПРЕДЕЛЕНИЕТО не подлежи на обжалване.

*Вярно с оригинала,
секретар:*

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

/п/ Тая Вачева

ЧЛЕНОВЕ:

/п/ Иван

Раденков

/п/ Соня Янкулова

Първоинстанционното дело, по хода на което е постановено горното определение, е приключило с

РЕШЕНИЕ

№ 18

София, 01/05/2015

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Седмо отделение, в съдебно заседание на двадесет и девети септември две хиляди и четиринадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ТАНЯ ВАЧЕВА

ЧЛЕНОВЕ:

СОНЯ ЯНКУЛОВА

ЛОЗАН ПАНОВ

*при секретар
на прокурора
от съдията*

*Боряна Георгиева
Вичо Станев
СОНЯ ЯНКУЛОВА*

*и с участието
изслуша докладването*

по адм. дело № 8812/2013.

*Производството е по чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).
Образувано е по жалби на „Пенсионноосигурително дружество Алианс България“ АД, седалище и адрес на управление гр. София, ул. „Дамян Груев“ №42, на Пенсионно-осигурителна компания „Доверие“ АД, седалище и адрес на управление гр. София, ул. „Тинтява“ №13Б, ет. 7 и на Мирослав Петров Севлиевски, гр. София, ул. „Смърч“ №24 срещу Практика по третиране на репо сделките и обратните репо сделки с безплатни ценни книжа, регистрирани в централен депозитар, на Комисията за финансов надзор. С Протокол №8 от 15.02.2012 г. Комисията за финансов надзор приела Практика по третиране на репо сделките и обратните репо сделки с безплатни ценни книжа, регистрирани в централен депозитар. Жалбоподателите - „Пенсионноосигурително дружество Алианс България“ АД (ПОД Алианс), „Пенсионноосигурителна компания Доверие“ АД (ПОК Доверие) и Мирослав Петров Севлиевски считат оспорената Практика по третиране на репо сделките и обратните репо сделки с безплатни ценни книжа, регистрирани в централен депозитар (Практиката) за нормативен административен акт, който е издаден в противоречие с материалния закон и с целите на закона.*

Становищата на страните съдът е изложил подробно в определението си от 26.05.2014 г., поради което няма да ги излага отново.

В представени допълнително писмени становища ПОД Алианс и ПОК Доверие освен твърдението за обща незаконосъобразност на Практиката сочат и конкретните разпоредби, които счита за незаконосъобразни. Жалбоподателят - ПОД Алианс, счита за незаконосъобразни разпоредбите на Практиката досежно: правните субекти, за които Практиката е приложена – предложение (тире) нето; седемте изисквания към договора за репо сделка; задълженията на правните субекти за представяне на документи и

информация в Комисията за финансов надзор (КФН/Комисията), за отразяване на репо сделките във финансовите отчети и определяне на стойността на договора; установеното минимално съдържание на договорите за репо и обратни репо сделки и на употребените понятия в частта, в която се прилагат за пенсионноосигурителните дружества и фондове за допълнително пенсионно осигуряване. Излага конкретни доводи за незаконосъобразността на посочените разпоредби. Моли Практиката да бъде отменена. Жалбоподателят се представлява от адв. Яна Мадина, Софийска адвокатска колегия.

Жалбоподателят ПОК Доверие счита за незаконосъобразни разпоредбите на Практиката досежно: квалификацията на репо сделката и обратната репо сделка с безплатни ценни книжа като техника за получаване на краткосрочно финансиране (стр. 1, трети параграф); ограничаването на стойността, на която се сключва репо сделката – „не по-голяма от 70% от пазарната стойност на прехвърлените ценни книжа на датата на сключване на договора“ (стр. 2, т. 4) и съответно определянето на стойността на отстъпката, която следва да бъде „не по-малка от 30% от пазарната стойност на ценните книжа“ (стр. 4); изискването за максимален срок на договора за репо и обратни репо сделки „не по-дълъг от 6 месеца“ (стр. 2, т. 5); т. 7 от изискванията към договора (стр. 2), съгласно която „изправната страна по договора придобива прехвърлените по сделката безплатни ценни книжа, ако не са изпълнени условията по договора, като в този случай се счита, че договорът за репо и обратни репо с безплатни ценни книжа се третира като договор за покупко-продажба на ценни книжа“; нормата, съгласно която адресатите на Практиката трябва да представят в Комисията заверени копия на сключените от тях договори за репо сделки и обратни репо сделки с цел удостоверяване на обстоятелствата, че репо сделката или обратната репо сделка отговаря на посочените в Практиката изисквания (стр. 2, предпоследен параграф, изречение първо); задължението приобретателя на безплатни ценни книжа „да уведоми Комисията при неизпълнение на договора в случаите по т. 7 (стр. 2, предпоследен параграф, изречение второ). Счита също, че текстът към въведението: „В случай на прехвърляне на акции, лицата се вписват в качеството им на акционери в книгата на акционерите, водена от ЦД, и същите имат право да упражняват и правата на глас в Общото събрание, т.е. могат да упражняват контрол или влияние върху дейността на дружествата, чиито акционери са“ поражда притеснения с оглед на официално изложена позиция на Комисията в друг смисъл в документ, публично достъпен на електронната страница на Комисията. Излага конкретни доводи за незаконосъобразността на посочените разпоредби. Моли съда да отмени обжалваната Практиката. Жалбоподателят се представлява от адв. Смилена Стоилова, Софийска адвокатска колегия

Жалбоподателят Мирослав Петков Севлиевски сочи, че въведените с Практиката реквизити на договора за репо и обратна репо сделка противоречат на принципа на свобода на договарянето, доколкото репо сделките са ненаименовани договори и единствените ограничения, които могат да се приложат спрямо тях са добрите нрави и императивните норми на закона. Доколкото подобни норми не се съдържат никъде извън Практиката, подобно „нормативно определено ограничение“ към договорните отношения и задължения на поднадзорните лица се явява незаконосъобразно, поради което моли Практиката да бъде отменена. Представя доказателства за правния си интерес от оспорване на Практиката – договор за кредит със залог на финансови инструменти №6 от 28.12.2010 г. и договор за репо на финансови инструменти №1 от 22.03.2010 г. Жалбоподателят се представлява от адв. Виктор Токушев и адв. Ивайло Костов, Софийска адвокатска колегия.

Ответникът по жалбата – Комисията за финансов надзор, счита жалбите за неоснователни. Поддържа доводите си за характера на акта, които съдът е изложил в определението си от 26.05.2014 г., поради което няма да ги повтаря. В писмени бележки прави анализ на съдържанието на Практиката и обосновава извод, че с оспорената Практика Комисията за финансов надзор „не е регламентирала допълнителни изисквания към репо сделките – тя очертава пред поднадзорните си лица една типична репо сделка, която има такива характеристики, че не може да съставлява нарушение на предвидените в чл. 175 – чл. 179 и чл. 249 – 251 КСО изисквания и нарушения. По този начин всяко поднадзорно на комисията лице разполага с правна сигурност, че при посочените параметри на сделката не извършва административно нарушение“. Соци, че при дадените параметри „в резултат на обратна репо сделка не могат да бъдат нарушени количествените ограничения за инвестиране, предвид обстоятелството, че чрез нея не се стига до реални инвестиции в съответните финансови инструменти, тъй като е налице правен механизъм, даващ сигурност, че в кратък срок ще бъде извършено тяхното обратно изкупуване“. Моли съда да отхвърли жалбите. Ответникът се представлява от юрисконсулт Весела Мандаджиева и от старши експерт Ирина Стоянова.

Представителят на Върховната административна прокуратура дава заключение за недопустимост на съдебното производство на основание чл. 159, т. 1 АПК. Оспорената Практика е приета на основание чл. 9, ал. 1 от Закона за Комисията за финансов надзор (ЗКФН) и анализът на съдържанието ѝ дава основание да се приеме, че с нея се разясняват начините на тълкуване от Комисията на посочените нормативни разпоредби, съдържа становището на органа за това какви действия трябва да бъдат извършени от

дружествата с оглед на задълженията, предвидени в относимите нормативни актове. Практиката не съдържа административноправни норми и не засяга пряко правната сфера на правните субекти. Излага подробно механизма за издаване на индивидуални административни актове от Комисията по чл. 13, ал. 3 ЗКФН и възможността за съдебен контрол върху тях, което е гаранция за правата на оспорващите, както и съществуващият механизъм по чл. 13, ал. 4 – 6 ЗКФН за жалби и оплаквания. Сочни, че в Закона за Комисията за финансов надзор „не са предвидени процедури за осъществяване на съдебен контрол върху практиката на КФН по прилагане на нормативни актове, което е огласено съгласно чл. 9, ал. 1 ЗКФН и в случаите на промяната ѝ, съгласно чл. 13, ал. 6 ЗКФН“. Сочни, че практиката е огласена в съответствие с чл. 9, ал. 1 ЗКФН и принципите на последователност и предвидимост по чл. 13 АПК и не съдържа властническо волеизявление, поради което жалбите са недопустими на основание чл. 159, ал. 1 АПК и съдебното производство следва да бъде прекратено. Сочни съдебна практика. Върховният административен съд счита жалбите за допустими – подадени са срещу акт на държавен орган, който има белезите на нормативен административен, от лица, за които е налице право на оспорване. Доводите досежно характера на акта и правото на оспорване съдът изложи в определението си от 26.05.2014 г. С оглед на заключението на прокурора, дадено в съдебно заседание на 29.09.2014 г., съдът извърши още веднъж проверка на характера на акта и на правото на жалбоподателя на оспорване и счита, че не са налице основания за промяна на изводите му. При преценката на характера на един акт съдът винаги изхожда не формално от наименованието му, а от неговото съдържание. Съдържанието на акта е това, което предпоставя действието му и с оглед на това неговите правни последици, в съответствие, с които се извършва и класификацията му. Безспорно е, че Комисията за финансов надзор, в изпълнение на основни принципи в работата на административните органи – достъпност, публичност, прозрачност, последователност и предвидимост, чл. 12 и 13 АПК, и в изпълнение на изричната разпоредба на чл. 9, ал. 1 ЗКФН огласява публично следваната политика и създадената практика по прилагането на нормативните актове, както и мотивите за тяхната промяна. Както изрично сочи чл. 9, ал. 2 ЗКФН следваната политика по прилагането на нормативните актове включва средствата, които комисията избира и използва при упражняване на своята оперативна самостоятелност за постигане на целите на закона. В хипотезата на репо сделките, при отчитане на действащата нормативна уредба – подробно изброена в определението на съда от 26.05.2014 г., т. II, 7, законодателят не е предоставил на надзорния орган оперативна самостоятелност за преценка коя сделка е репо и коя не е. С оглед на това оспореният акт не би могъл да бъде следвана политика по смисъла на чл. 9, ал. 2 ЗКФН.

Създадената практика по прилагането на нормативните актове, по смисъла на чл. 9, ал. 1 ЗКФН, по своята същност е преглед на вече осъществена практика по прилагането на съответния нормативен акт. На основата на този преглед органът извежда позитивна и/или негативна практика по прилагането на закона, която служи за илюстрация, за ориентир, за „модел“, както сочи и органът. Нейното наличие създава яснота у поднадзорните лица за точния смисъл и съдържание на правните норми. Но това значи, че по своето предназначение създадената практика по смисъла на чл. 9, ал. 1 ЗКФН не може да съдържа правила за поведение.

От съдържанието на оспорената Практика е видно, че под формата на „модел“ за репо и обратна репо сделка Комисията въвежда изисквания, които не фигурират в разпоредби на нормативните актове, които регламентират този вид сделки, както и че въвежда задължения за страните по репо сделките, които не са уредени в правна норма, независимо законова или подзаконова (виж изложението по т. III.1.а. на определението от 26.05.2014 г.). Тези изисквания и задължения не са нищо друго освен правило за поведение. Поради това, в конкретния случай, с оглед на съдържанието на оспорената Практика, съдът приема, че същата представлява нормативен административен акт. Факта, че в други случаи, издавани от Комисията практики не са съдържали правила за поведение, поради което съдът е приел за недопустимо оспорването им, не е аргумент за характера и на оспорената Практика.

Разпоредби в Практиката, които въвеждат правила за репо сделките, несъдържащи се в нормативните актове и в частност в легалните дефиниции на репо сделките - §1, т. 15 от Кодекса за социалното осигуряване (КСО), §1, т. 7 от Наредба №38 от 23.12.2004 г. за капиталовата адекватност на банките, приета от Управителния съвет на Българска народна банка, съдържаща дефиниция на репо сделка, §1, т.6 от Наредба №5 от 04.10.2007 г. за реда и условията за придобиване, регистриране, изплащане и търговия с държавни ценни книжа, приета от министъра на финансите и Българска народна банка: 1. Ограничаване на стойността, на която се сключва репо сделката – т. 4, стр. 2, „сделката се сключва на стойност, не по-голяма от 70% от пазарната стойност на прехвърлените ценни книжа на датата на сключване на договора“.

2. Определяне на максимален срок на договора – шест месеца, т. 5, стр. 2.

3. Изискване за предоставяне на допълнително обезпечение – т. 6, стр. 2, „в случай че пазарната стойност на прехвърлените ценни книжа спадне под 30% от тяхната пазарна стойност на датата на сключване на

договора”.

4. *Определяне на минималната стойност на отстъпката – стр. 4, „Стойността на отстъпката, определена в процент по т. 2, б. „д“, към датата на подписване на договора следва да бъде не по-малка от 30% от пазарната стойност”.*

5. *Определяне императивно на правните последици от неизпълнението на договора – стр. 2, „изправната страна по договора придобива прехвърлените по сделката безплатни ценни книжа, ако не са изпълнени условията по договора, като в този случай се счита, че договорът за репо и обратно репо с безплатни ценни книжа се третира като договор за покупко-продажба на ценни книжа”.* *Разпоредби в Практиката, които въвеждат задължения за страните по сделките, които не се съдържат в нормативен акт:*

1. *Поднадзорните лица представят в Комисията заверени копия от сключените от тях договори за репо сделка или обратно репо сделка, включително и допълнителните споразумения – стр. 2;*

2. *При неизпълнение на договора в случаите по т. 7 приобретателят на безплатните ценни книжа уведомява Комисията – стр. 2*

Разпоредби, които определят правните субекти, за които Практиката е приложима и за които в нормативен акт няма разпоредба, която да ги прави адресати на установен от Комисията фактически състав на репо сделката и на установени от Комисията задължения:

1. *Посочените в т. II.4 на определението на съда от 26.05.2014 г. Така посочените разпоредби установяват правопораждащи за признаването на една сделка за репо и произтичащите от това правни последици юридически факти, създават пряко задължения за страните по репо сделки и правят задължително за визираните правни субекти въведената от Комисията регулация, поради което имат характер на нормативно правило за поведение.*

Това прави Правилата нормативен административен акт. Факта, че Правилата съдържат и разпоредби, които повтарят съдържанието на нормативни (законови и подзаконови) разпоредби не води до различен извод за характера на акта в неговата цялост. Наличието на правни норми определя характера на целия акт.

Следва да се посочи, че Практиката, с изключение на частта, в която са изброени нейните адресати, не съдържа препращане към релевантната нормативна уредба. Съгласно чл. 9, ал. 1 ЗКФН създадената практика е такава по прилагането на нормативните актове. В оспорената Практика не е посочено по прилагането на кой от нормативните актове, които регламентират репо сделките, е. Факта, че издаваните от Комисията индивидуални административни актове подлежат на съдебен контрол, в рамките, на който съдът извършва контрол за законосъобразност, също не може да доведе до извод за ненормативен характер на Практиката. Съдът не възприема този довод в заключението на прокурора.

С оглед на изложеното съдът счита, че оспореният акт е нормативен административен и жалбите са допустими.

Релевантните за предмета на спора факти са изложени в определението на съда от 26.05.2014 г. – т. II. Въз основа на установените факти и в съответствие с правомощията си по чл. 168, ал. 1 във вр. с чл. 196 АПК съдът установи от правна страна следното:

Първото условие за законосъобразност на един нормативен административен акт, съгласно чл. 146, т. 1 АПК, е да е издаден от компетентен орган. Съгласно чл. 2, ал. 1 от Закона за нормативните актове (ЗНА), съответно чл. 76, ал. 1 АПК, нормативни административни актове се издават от изрично овластени от Конституцията или закон органи. Безспорно е, че Комисията за финансов надзор по принцип е орган, комуто законодателят възлага издаването на нормативни административни актове. За издаването обаче на нормативен административен акт с предмет регламентация на правопораждащите репо сделки юридически факти и задълженията на страните по сделките законодателят не е делегирал компетентност на Комисията. Липсата на законово определена компетентност за издаването на даден нормативен акт прави същия ницожен. Само законът може да оправомощи даден орган в държавата да издаде нормативен акт. Законодателят е този, който прецени необходимостта от правна регламентация с подзаконов нормативен акт, т.е. степента на правна абстракция на нормите, той определя коя материя трябва да бъде регламентирана на подзаконово ниво и кой е органа, който да стори това. Като издал оспорения акт, без да има законова делегация за това, надзорният орган издал ницожен административен нормативен акт. Съдът следва да обяви ницожността му. Липсата на компетентност за издаване на оспорения акт лишава от предмет проверката на съда досежно другите твърдени пороци на оспорения акт, поради което съдът не се произнася по останалите основания за оспорване визиран в чл. 146 АПК.

При неподдаване на касационни жалби или протест или при тяхното отхвърляне от второстепенния съд решението на основание чл. 194 АПК, да се обнародва в Държавен вестник. Видим от горното и на основание чл. 193, ал. 1 и чл. 194 АПК Върховният административен съд

РЕШИ:

ОБЯВЯВА нищожността на Практика по третиране на репо сделките и обратните репо сделки с безплатни ценни книжа, регистрирани в централен депозитар на Комисията за финансов надзор, приета с решение по Протокол №8 от 15.02.2012 г.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване пред петчленен състав на Върховния административен съд в четиринадесетдневен срок от съобщаването.

Вярно с оригинала,
секретар:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:
ЧЛЕНОВЕ:

/n/ Таия Вачева
/n/ Соня Янкулова
/n/ Лозан Панов

Срещу това решение е подаден касационен протест от страна на Върховна административна прокуратура и касационна жалба от Комисията по финансов надзор.

Към момента от официалната страница на Върховния административен съд се установява, че е образувано касационно дело с № 5138 / 2015г., което все още не е насрочено.

От представените по-горе съдебни актове е видно, че избора на казус е в пряко противоречие с изискването на чл.17, ал.3 от ПРАВИЛАТА относно реда за провеждане на конкурси за младши съдии и младши прокурори, за първоначално назначаване и за повишаване в длъжност и преместване на съдии, прокурори и следователи, съставените казуси „да са по казуси, по които няма противоречиви решения и има произнасяне на касационната инстанция”.

II. На следващо място, независимо дали ще се приеме, че липсва нарушение на правилата по съставянето на казуса, считам че конкурсната комисия е нарушила разпоредбите на чл.184 от ЗСВл. и Правилата относно реда за провеждане на конкурси, приети от ВСС, като предварително е възприела ограничителен критерий за определяне на оценка на писмения изпит, какъвто липсва в закона.

По горе в текста съм цитирала в цялост Определение по хода от 26.05.2014г., заедно с Решение № 18/01.05.2015г. на VII отделение на ВАС по ахд. № 8812/2013г.

Буквално съм цитирала и казуса, изтеглен на 04.03.2015г., по който се проведе писмения изпит от конкурса за първоначално назначаване.

При съпоставка между съдебните актове и казуса се установява, че фактическата обстановка, изложена в него, представлява избрани цитати от фактологията, съдържаща се в горепосочените Определение по хода и Решение.

Публикуваните на 04.03.2015г. отговори на казуса, които дава конкурсната комисия, представляват синтезираното съдържание на правните изводи на ВАС, изведени в Определение по хода от 26.05.2014г. и Решение № 18/01.05.2015г. на VII отделение на ВАС по ахд. № 8812/2013г.

Т.е. при фактическа обстановка като тази, установена по ахд. № 8812/2013г. на ВАС, правилните изводи са тези, които съдят е направил в своите актове по делото.

Това твърдение би било вярно, ако на участниците в писмения изпит като казус е зададена същата фактология.

Ето какво се установява при прочит на условието на казуса, поместен по-горе и съдържанието на Определение по хода от 26.05.2014г., заедно с Решение № 18/01.05.2015г. на VII отделение на ВАС по ахд. № 8812/2013г. , също поместени по-горе в изложението:

Много съществена част от фактите и обстоятелствата, на които ВАС се е позовал в тези си два акта, и които на практика са довели до формиране на извода му за нормативния характер на „Практиката“ на КФН, липсват в условието на казуса от конкурса.

- На участниците в конкурса не беше предоставен текста на визираната в казуса „Практика“. Видно обаче от Определението по хода и Решението, съдът е базирал правните си изводи именно на съдържанието на практиката, като е цитирал цели пасажки от нея.

- В съдържанието на съставения от конкурсната комисия казус липсват данни, че в самата практика се визират конкретни адресати, до които се отнася;

- Не се посочва и че съдържа новосъздадени от КФН дефиниции на понятия;

- В зададената на участниците в конкурса фактология не е указано че на „посочените в самата Практика правни субекти са създадени конкретни задължения - за представяне на копия от сключените договори на Комисията и задължение за уведомяване на Комисията при неизпълнение на договора“.

- Пропуснато е и обстоятелството, че въз основа на неизпълнение на „Практиката“ са издадени наказателни постановления на част от визираните в нея адресати.

Всички изброени факти, липсващи в условието на казуса от писмения изпит, са използвани от съда в обосновката му за нормативния характер на конкретната „Практика“ на КФН.

Непълнотата на фактическата обстановка от казуса я прави различна от тази по ахд.№ 8812 / 2013г. Правните изводи следва да са подчинени на установените или както е в случая, на включените в условието на казуса, факти. В този смисъл при липса на част от фактическата обстановка и непредставянето на текста на т. нар. Практика на КФН, е възможно да бъдат формирани правни изводи в различна насока от тези в ахд.№ 8812 / 2013г. на ВАС, без те да са задължително неправилни и/или необосновани.

Според конкурсната комисия „верните“ отговори са единствено като в ахд.№ 8812 / 2013г. на ВАС, а именно :

ОТГОВОРИ:

1.Практиката е административен акт, защото е едностранно властническо волеизявление на държавен орган, с което се създават права или се възлагат задължения.

2.Нормативен подзаконов административен акт - покрива всички белези на понятието по чл. 75 от АПК.

3.Да, има интерес, тъй като самата „Практика“ ги изброява.

4.Не може да се отговори по данните в казуса. Следва съдът да укаже на Драганов, че трябва да докаже интереса си.

5.По чл. 168, ал. 2 от АПК ВАС има право да обяви нищожност, дори и да няма искане за това.

6. Заглавието на акта няма значение за преценката дали е общ, индивидуален или нормативен. Важно е съдържанието му. Щом в случая актът съдържа правни норми, значи е подзаконов нормативен акт.

7. Член 185 от АПК.

8. Би следвало решението на ВАС да е обявяване на нищожността на „Практиката“ поради липса на компетентност на КФН.

9. Член 194 от АПК.

И само за изчерпателност на изложението, следва да се посочи, че на третия въпрос към казуса „Има ли наличие на пряк и личен интерес от обжалването по отношение на първите двама жалбоподатели?“ няма как да бъде даден отговор от участниците „Да, има интерес, тъй като самата „Практика“ ги изброява.“, тъй като в условието на казуса не е упоменато, това, което е констатирано в съдебното производство пред ВАС по ахд. № 8812/2013г., а именно че „... оспорената Практика съдържа, правила за поведение задължителни за посочените в акта правни субекти, тъй като от една страна Комисията изрично ги е посочила като адресати...“, а няма как и да бъде изведено, след като „Практиката“ не е била предоставена при провеждане на писмения изпит.

Независимо от избраените разлики, които са видими от пръв прочит, конкурстната комисия е възприела като единствен критерий за оценяване съвпадението на отговорите на участниците със становището на ВАС по ахд. № 8812/2013г., пресъздадено в изключително синтезиран вид в публикуваните отговори на казуса.

Закона за съдебната власт е възприел конкурсното начало за първоначално назначаване в системата на съдебната власт. Предвидената конкурсна процедура представлява до известна степен гаранция за достъп на добри професионалисти до съдебната система. Изпитът и конкретно писменият, е първи етап от конкурса. Самото решаването на казуса е дейност, аналогична с тази при вземане на решение от съдията при разглеждане на правен спор. Също като нея предполага зададена фактическа обстановка, съобразно която участника да направи преценка на правно релевантните факти и обстоятелства, да издири приложимите правни норми, материални и/или процесуални, в зависимост от поставените въпроси и на тази база да изложи безпротиворечиви и последователни правни изводи. Разликата е, че при писмения изпит няма как фактическата обстановка да бъде изяснявана и участника борови само с фактите, които са посочени като условие на казуса.

Оценяването на писмените работи на участниците следва да е съобразена със спецификата на дейността по решаване на казуса. Както се вижда и от приложената по-горе съдебна практика, детайли от фактическата обстановка могат да предопределят коренно противоположни правни изводи, със съответстващите им съдебни актове и процесуално-правни последици за страните.

В този смисъл оценяването на решението на казуса не може да се извърши в зависимост от това, дали участникът е достигнал до точно определен и единствено верен отговор, както би било ако се полагаше изпит по математика.

Както е прието и в Правилата за провеждане на конкурси, издадени от ВСС, на писмения изпит „...се проверяват уменията на кандидатите за практическо прилагане на теоретическите знания, чрез решаване на казус в съответния правен отрасъл“.

Предмет на оценка може да бъде начина на аргументиране на възприетата в решението на казуса теза, чрез подвеждането на известните правно-релевантни факти под съответстващата им правна норма и посочване на произтичащите именно от нея материални или процесуални последици.

Неслучайно, съобразно тази специфика, Законът за съдебната власт само посочва в чл.184, ал.2, че писменият изпит е анонимен и се състои в решаване на казус в съответния правен отрасъл, без да се изброява конкретни правила за оценяване, а само, че то се извършва по шестобалната система.

Правните изводи, изложени от мен в писмената ми работа, са базирана само на известната ми от условието на казуса фактическа обстановка и доколкото са различни от приетия за единствен и меродавен критерий за оценка, са оценени с оценка „2”.

В настоящия случай, очевидно от представените по-горе съдебни актове, съществуват две тези относно характера на „Практиката” издавана от Комисията за финансов надзор. Аз като участник в конкурса съм обосновавала тезата, споделяна в първите две от цитираните по-горе определения на ВАС. Мотивите, които съм изложила са много сходни на изложените в тях мотиви. Достигнала съм до същите правни изводи и съм мотивирала постановяването на същите съдебни актове. Посочила съм и същите процесуално-правни последици, които са породили за страните и Определение № 10575/08.04.2014г. на VII-мо отделение на ВАС, постановено по ахд. № 9446/2014г. и потвърдено с Определение № 539/01.19.2015г. от петчленен състав на ВАС.

Не без значение е и обстоятелството, че тази теза не само се споделя, но е поддържана, с аналогични на моите аргументи, и от представителя на Върховна административна прокуратура в хода на производството, по което е постановено меродавното Решение № 18/01.05.2015г. на ВАС.

Освен това, на конкурсната комисия би следвало да е добре известно съществуването на това различно становище по отношение „Практиката” на КФН, тъй като член на конкурсната комисия е и част от решаващия петчленен състав, оставил в сила Определение № 10575/08.04.2014г. на VII-мо отделение на ВАС .

След като в актове на институции като ВАС и ВАП се застъпва изложената и от мен теза, това е известно на изпитната комисия и се споделя от поне част от нейните членове, следва да се приеме, че оценката „2” е резултат на констатираното формално несъответствие между отговорите, приети за верни от конкурсната комисия и дадените от мен, а не извършено оценяване на уменията ми *.....за практическо прилагане на теоретическите знания*” и уменията за формулиране на обосновавана и правнозащитима теза по съответния казус.

Т.е. комисията е приложила ограничителен критерий при оценяването, сведен до наличието или не на съвпадение между отговорите на участниците и публикуваното решение на казуса, какъвто липсва в действащото законодателство. Подобен подход, освен че сам по себе си е незаконосъобразен и извън рамките на оперативната самостоятелност на комисията, на практика е довел до неизпълнение на нейното задължение за оценяване, което също е в противоречие с възложените ѝ от Закона за съдебната власт правомощия.

По изложените съображения

Моля да постановите решение, с което да отмените Протокол за резултати от проведен писмен изпит на 04.03.2015 г. в обявения конкурс за първоначално

назначаване за заемане на 2 (две) свободни длъжности "съдия" във Върховен административен съд като незаконосъобразен и да върнете препишката на Висшия съдебен съвет за провеждане на нов конкурс и дадете задължителни указания по прилагане на закона от конкурсната комисия.

Моля да ми присъдите направените по делото разноски.

Приложения:

1. Екземпляр от жалбата за ответната страна;
2. Документ за платена държавна такса.

08.05.2015г.

С уважение:

/Рая/Станкова/