

СПРАВКА

по чл. 7, ал. 2 от Правилата за нормативната дейност на Комисията за финансов надзор за отразяване на становищата, предложения и възражения, получени в хода на съгласуване на проект на наредба за изменение и допълнение на Наредба № 38 от 21.05.2020 г. за изискванията към дейността на инвестиционните посредници

№	Заинтересовани страни	Бележки и предложения	Приема/не приема предложението	Мотиви
1.	Българска асоциация на управляващите дружества	<p style="text-align: center;">По § 4 от НИД:</p> <p>Предлагат срокът за привеждане на дейността на задължените субекти (към които са причислени управляващите дружества и лицата, управляващи алтернативни инвестиционни фондове) в съответствие с изискванията на НИД на Наредба № 38 да бъде три месеца, а не един месец, предвид необходимостта от достатъчно време за разучаване на новата уредба, осигуряване на необходимите ресурси и софтуерно обезпечение, както и пренастройка и съобразяване на системите за докладване на УД и ИП с цитираните в чл. 137а и чл. 137б от Наредба № 44 и чл. 57а и 57б от НИД на Наредба № 38 Насоки на ЕОЦКП.</p>	Приема се	
2.	Българска асоциация на управляващите дружества	<p style="text-align: center;">По § 5 от НИД:</p> <p>Подкрепят инициативата на КФН за изменение на чл. 20, ал. 3 от Наредба № 2 от 09.11.2021 г. за първоначално и последващо разкриване на информация при публично предлагане на ценни книжа и допускане на ценни книжа до търговия на регулиран</p>	Приема се с редакция	<p>Параграф 5 от преходните и заключителните разпоредби на проекта на наредба се изменя така:</p> <p style="text-align: center;">„§ 5. В Наредба № 2 от 09.11.2021 г. за първоначално и последващо разкриване на</p>

		<p>пазар („Наредба № 2“). Считат, че настоящата редакция на чл. 20, ал. 3 от Наредба № 2 се нуждае от прецизиране - в настоящия ѝ вид, поради препращането чрез ал. 2 към чл. 12 от Наредба № 2 (визиращ освен другото и междинен доклад за дейността), на практика с Наредбата се въвеждат „по-високи“ изисквания за АДСИЦ при тримесечно финансово отчитане отколкото регламентирани със закон.</p> <p>Предложеното от КФН изменение на чл. 20, ал. 3 от Наредба № 2 е в следната посока:</p> <p><i>„Чл. 20 (3) Публичното уведомление за финансовото състояние на дружество със специална инвестиционна цел съдържа документите и информацията по ал. 1, т. 1, съответно т. 2 и по чл. 14.“</i></p> <p>Със заличаването на думите „ал. 2“ от чл. 20, ал. 3 от Наредба № 2 обаче ще отпаднат и съдържащите се в същата ал. 2 препратки към чл. 31 от ЗДСИЦДС (<i>„чл. 20 (2) Шестмесечният финансов отчет за дейността на дружеството със специална инвестиционна цел съдържа документите и информацията по чл. 31, ал. 1 - 5 от ЗДСИЦДС и чл. 12, както и...“</i>); замяната на думите „ал. 2“ с думите „ал. 1, т. 1, съответно т. 2“ също не предвижда рефериране към ЗДСИЦДС.</p> <p>Считат, че препратките към съответните разпоредби от ЗДСИЦДС следва да присъстват и в чл. 20, ал. 3 от Наредба № 2, така както присъстват в</p>		<p>информация при публично предлагане на ценни книжа и допускане на ценни книжа до търговия на регулиран пазар (обн., ДВ, бр. 97 от 2021 г., изм. и доп., бр. 27 от 2022 г.) в чл. 20, ал. 3 думите „<u>ал. 2 и по чл. 14</u>“ се заменят с „<u>чл. 31, ал. 1 и 2, ал. 4, изречение второ и ал. 5, изречение второ от ЗДСИЦДС и чл. 14, както и:</u></p> <p><u>1. за дружество със специална инвестиционна цел, инвестиращо в недвижими имоти - информацията по ал. 1, т. 1 за съответното тримесечие;</u></p> <p><u>2. за дружество със специална инвестиционна цел, инвестиращо във вземания - информацията по ал. 1, т. 2 за съответното тримесечие“.</u></p>
--	--	---	--	--

		<p>разпоредбите на чл. 20, ал. 1 и ал. 2 от Наредба № 2. По този начин ще продължи да се прилага използваната от КФН в чл. 20, ал. 1 и ал. 2 от Наредба № 2 правна техника, която в конкретния случай на чл. 20, ал. 3 от Наредба 2 следва да регулира представянето на финансова информация на тримесечна база - чрез публично уведомление за финансовото състояние, съответно тримесечен финансов отчет. Изхождайки от виждането, че подзаконовата нормативна уредба следва да надгражда и доразвива законната (в случая ЗППЦК и ЗДСИЦДС), без да ѝ противоречи или да създава предпоставки за тълкуване, в хода на обществените консултации предлагаме следната редакция на чл. 20, ал. 3 от Наредба № 2:</p> <p><i>„Чл. 20 (3) Публичното уведомление за финансовото състояние на дружество със специална инвестиционна цел съдържа документите и информацията по чл. 31, ал. 1, ал. 2, ал. 4, изречение второ и ал. 5, изречение второ от ЗДСИЦДС и по чл. 14, както и:</i></p> <p><i>1. за дружество със специална инвестиционна цел, инвестиращо в недвижими имоти - информацията по ал. 1, т. 1 за съответното тримесечие;</i></p> <p><i>2. за дружество със специална инвестиционна цел, инвестиращо във вземания - информацията по ал. 1, т. 2 за съответното тримесечие.“</i></p>		
--	--	--	--	--

3.	<p>Българска асоциация на управляващите дружества</p>	<p>По § 8 от НИД: Като обща бележка по отношение на новите членове 137а и 137б от Наредба № 44, посочват, че насоките на Европейския орган за ценни книжа и пазари (ЕОЦКП и ESMA), които се имплементират чрез НИД на Наредба № 38 и в Наредба № 44, по своята същност са част от т. нар. “<i>soft law</i>“, чиято цел е да бъдат дадени допълнителни разяснения на някои норми от съществуващото право на Европейския съюз (директиви, регламенти), да обобщят, систематизират и хармонизират някои правни и/или надзорни практики. При справка на страницата на Европейския съюз (ЕС) по отношение на правните актове (такива с обвързваща сила) може да се проследи, че Насоките не са сред тях. Като част от формалното право се разглеждат регламентите, директивите, решенията, препоръките и становищата.</p> <p>Насоките, като част от неформалното “<i>soft law</i>“ са правила, които нямат правнообвързваща, скрепена със санкции при неизпълнение, сила, а по-скоро имат значение при разясняването на определени принципи или даването на допълнителни уточнения по практическото приложение на европейското право с оглед на еднаквото му приложение в рамките на ЕС.</p> <p>С имплементирането на Насоки на ЕОЦКП във вътрешното право на Република България на едни по същество препоръчителни правила и практики по прилагане на първичното европейско право</p>	<p>Не се приема</p>	<p>Преценка изискванията на кои насоки да бъдат възпроизведени в националното законодателство се извършва с оглед естеството, приложимостта, обема на съответните насоки, а не на последно място и тяхната практическа сложност по прилагането им. Комисията за финансов надзор извършва преценка относно необходимостта изискванията на насоки на европейските надзорни органи да бъдат въведени в нормативен акт, като тя се извършва на основата на изложените по-горе критерии, като във всеки един случай се прави такава преценка отделно за всеки акт. От друга страна, възпроизвеждането на всички насоки в приложимото национално законодателство би създавало практически затруднения при прилагането му.</p> <p>В конкретния случай спазването изискванията на Насоките за отчитане съгласно РЕПИ (ESMA74-362-2281) от финансовите и нефинансовите контрагенти, по смисъла на Регламент (ЕС) № 648/2012, които са поднадзорни на Комисията за финансов надзор</p>
----	--	---	----------------------------	--

		<p>(“<i>hard law</i>“) и осъществяване на надзор, се дава силата на императивен нормативен акт, скрепена с цялата строгост на този факт. По този начин считат, че българският бизнес се поставя в по-неизгодна позиция в сравнение с европейските си колеги, за които правната рамка запазва своята гъвкавост и се пропуска шансът в Наредба № 38, Наредба № 44 и в правния ни ред като цяло попълноценно да се приложи принципът на пропорционалност и спазване на йерархията на нормативните актове с оглед важността на обществените отношения, които са призвани да регулират.</p> <p>С оглед принципа на пропорционалност, считат, че уредбата, свързана с въвеждането в правния ни ред на Насоките за отчитане съгласно РЕПИ (ESMA74-362-2281) и на Насоките относно прехвърлянето на данни между регистрите на трансакции съгласно Регламента за европейската пазарна инфраструктура и Регламента относно СФЦК (ESMA74-362-2351), приети от Европейския орган за ценни книжа и пазари, за които Комисията е взела решение да прилага, следва да се разпише така, че да е в максимална степен хармонизирана със съответните насоки, но да се вземат предвид възможностите за изключения и прилагане според принципа на пропорционалност, като се отчитат положенията на Насоките на ЕОЦКП. Именно поради това, че Насоките на ЕОЦКП не са право в собствен смисъл на думата, но ако положения от тях биват</p>		<p>лица ще осигури непротиворечивото и еднакво прилагане на правилата за отчитане съгласно Регламент (ЕС) № 648/2012 на територията на Република България. Всички отчети, подадени от контрагентите в РТ след началото на отчитането по РТС и ТСИ относно отчитането, ще трябва да отговарят на изменените изисквания.</p> <p>Спазването изискванията на Насоките относно прехвърлянето на данни между регистрите на трансакции съгласно Регламента за европейската пазарна инфраструктура и Регламента относно СФЦК (ESMA74-362-2351) осигурява общо, еднакво и последователно прилагане чрез предоставяне на разяснения за регистрите на трансакции и докладващите контрагенти.</p> <p>В този смисъл Насоките дават допълнителни уточнения по практическото приложение на европейското право с оглед на еднаквото му приложение в рамките на ЕС, като същевременно не създават допълнителна административна тежест за задължените лица.</p>
--	--	--	--	---

		<p>внесени в подзаконовни нормативни актове, те стават част от вътрешния правен ред. Държавите-членки на ЕС, обаче не са длъжни да ги спазват, могат да откажат да се съобразяват с тях, единствено трябва да се мотивират защо няма да ги спазват, при което може реално да се стигне до регулаторен арбитраж, с възлагане на по-големи тежести върху пазарните агенти в дадени юрисдикции и да се въвеждат по-леки регулаторни режими в други. Между двете крайности, (i) Насоките да не се спазват или (ii) да стават част от вътрешното законодателство, включително чрез императивни правни норми, според тях следва да се търси удовлетворителен компромисен вариант, като той може да се базира на една по-различна система за правоприлагане, с по-меки и гъвкави средства за въздействие, при която КФН да издава определени указания, инструкции, практики, да изисква спазване на определени положения, включително да налага някои административни мерки, но без да се стига до налагане на глоби и имуществени санкции, които иначе биха имали своето място при неспазване на разпоредбите на т. нар. <i>hard law</i>. Основание за подобен тип имплементация на Насоките на ЕОЦКП (и Европейския банков орган (ЕБО), когато са приложими спрямо УД и ИП) дава всъщност и действащото секторно право - така в чл. 3 а, ал. 2 във връзка с ал. 1 от Закона за дейността на колективните инвестиционни схеми и на други</p>		
--	--	--	--	--

		<p>предприятия за колективно инвестиране се предвижда алтернативна възможност КФН да издава указания или други актове за въвеждане на изисквания, критерии и условия, които произтичат от препоръките и насоките по ал. 1, т.е. Насоките на ЕОЦКП и на ЕБО. По подобен начин стоят нещата и при ИП, като съответното нормативно основание е залегнало в чл. 4а, ал. 2 във връзка с ал. 1 от ЗПФИ.</p> <p>Ако пък важноста на някои от положенията от Насоките на ЕОЦКП е от такава величина, че е необходимо да им се придаде силата на правни норми, това винаги може да се постигне чрез приемането на директиви и регламенти от компетентните органи на ЕС със законодателни правомощия <i>par excellence</i> - Съвета, Европейския парламент и Европейската комисия. При една пък по-голяма централизация в рамките на ЕС и промяна в основополагащите документи, договори и пактове на Съюза може да се въведе и компетентност на европейските агенции да издават правни правила за поведение, нещо от типа на подзаконови нормативни актове по прилагане на директивите и регламентите.</p>		
4.	Българска асоциация на управляващите дружества	<p>По чл. 65, ал. 2 и 3 от Наредба № 38:</p> <p>Предлагат да отпадне изискването брокерите и инвестиционните консултанти да имат сключен трудов договор с ИП.</p> <p>В чл. 65, ал. 2 и ал. 3 е въведено изискване ИП да сключват трудови</p>	Не се приема	<p>Посочените разпоредби са извън обхвата на настоящия проект на наредба.</p> <p>Сключването на трудов договор е основание за възникване на индивидуално трудово правоотношение, а</p>

		<p>договори с брокерите на финансови инструменти и инвестиционните консултанти, чрез които извършват сделки и предоставят инвестиционни услуги. Посочват, че в някои по-ранни варианти (до 2016 г.) на отменената Наредба № 38 за изискванията към дейността на инвестиционните посредници от 2007 г. такова изискване не фигурираше. Считат, че е достатъчно тези професионалисти да имат договор с ИП, който може да не бъде трудов по смисъла на Кодекса на труда. Такова изискване е въведено и в чл. 2 и 3 от Наредба № 7 за реда за придобиване, признаване и отнемане на правоспособност на брокерите на финансови инструменти и инвестиционните консултанти („Наредба № 7“), съгласно който брокерите и инвестиционните консултанти работят по договор с ИП, без да се уточнява вида на договора. В голяма част от случаите брокерите и инвестиционните консултанти са служители на ИП и/или членове на управителен орган, т.е. вече имат сключен договор (трудов, граждански, за управление) с дружеството и впоследствие започват да изпълняват дейност като брокер или инвестиционен консултант. Ако са, например, членове на управителния орган, тези лица имат договор за управление с ИП и, съгласно настоящите изисквания, за да извършват дейност като брокер или инвестиционен консултант трябва да сключат допълнително и трудов договор със съответния ИП, което е допълнителна (и</p>		<p>сключването на граждански договор (договор за поръчка, договор за изработка, договор за услуга и други договори, познати на облигационното право) – основание за възникване на гражданско правоотношение между възложител и изпълнител. Разпоредбата на чл. 1, ал. 2 от Кодекса на труда (КТ) повелява, че отношенията при предоставянето на работна сила се уреждат само като трудови правоотношения. При трудовия договор работникът/служителят дължи продължително и многократно изпълнение, докато при гражданския договор същият дължи престирането не на труд, а на резултат. . В тази връзка, отчитайки продължителния и многократен характер на функциите на брокерите на финансови инструменти и инвестиционни консултанти в дейността на ИП, отпадането на изискването за сключване на трудов договор се явява недопустимо, тъй като прикрива предоставянето на работна сила и нарушава чл. 1, ал. 2 от КТ.</p> <p>Не се приема твърдението, че свободата на договаряне и сключването на граждански договор предоставят повече</p>
--	--	---	--	---

		<p>неоправдана) административна тежест и разходи както за ИП, така и за брокера или инвестиционния консултант. Може да има и делегиране на дейност на трето лице, което да ангажира напр. инвестиционен консултант - последният няма да бъде обвързан да има трудов договор с ИП или третото лице и ще има по-голяма автономност и творческа свобода, което е особено важно като условие при този тип високоинтелектуална дейност.</p> <p>В този смисъл, предлагат следната редакция на ал. 2 и ал.3 на чл. 65:</p> <p>„Чл. 65 (2) Инвестиционният посредник предава нареждания по чл. 6, ал. 2, т. 1 от ЗПФИ и предоставя услугите и извършва дейностите по чл. 6, ал. 2, т. 2 и 3 от ЗПФИ чрез брокери на финансови инструменти, които работят по трудов имат сключен договор с него и са вписани в регистъра по чл. 30, ал. 1, т. 8 от ЗКФН, с изключение на случаите, когато услугите се предоставят чрез електронна платформа за търговия, работеща в автоматичен режим при предаване или изпълнение на нареждането.</p> <p>(3) Инвестиционният посредник предоставя услугите по чл. 6, ал. 2, т. 4 и 5 от ЗПФИ чрез инвестиционни консултанти, които работят по трудов имат сключен договор с него и са вписани в регистъра по чл. 30, ал. 1, т. 8 от ЗКФН.“</p> <p>Считат, че на ИП следва да се остави свобода как да оформят отношенията с брокерите и инвестиционните консултанти,</p>		<p>възможности за гъвкаво структуриране на правоотношението с брокерите на финансови инструменти и инвестиционните консултанти, включително по отношение на работно време и работно място. В тази връзка, няма пречка в трудовия договор да бъде уговорено ненормирано работно време или да бъдат включена клауза за извършване на работа от разстояние. Определянето на фиксирано работно място по трудов договор също не следва да се счита като ограничаващо поради възможността за прилагане на института на командироване на работници и служители.</p> <p>На следващо място, трудовият договор е по-сигурният и стабилен начин за установяване на работни взаимоотношения между работник или служител и работодател в сравнение с гражданския договор, тъй като работниците и служителите по трудово правоотношение се ползват с пълната трудовоправна защита по Кодекса на труда и актовете по прилагането му. По този начин трудовият договор, като по-удачната правна форма за</p>
--	--	--	--	---

		<p>включително чрез сключване и на т. нар. граждански договори. Тази свобода на договарянето предоставя възможности за гъвкаво структуриране на отношенията с тези експерти, включително по отношение на работно време и работно място, възможност те да бъдат привлечани за работа на чуждестранни пазари в различни часови зони, извън стандартното работно време на останалите служители. Считат, че следва да бъде предоставена възможност ИП да избират по какъв начин да процедурат при оформяне на правоотношения с брокерите и инвестиционните консултанти във връзка с извършване на дейността, за която последните са сертифицирани от Комисията за финансов надзор, да могат да привлечат дефицитни кадри, броят на които е по начало ограничен. Наложеният поради пандемията нови форми на работата от типа на <i>home office</i> също налагат търсенето на по-гъвкави решения при структуриране на отношенията по полагането на труд и прстиране на резултати от съответните експерти, които могат да бъдат на разположение за извършване на дейност извън класическото работно място съгласно Кодекса на труда.</p> <p>Освен постигане на по-голяма гъвкавост в отношенията на ИП с неговите брокери и инвестиционни консултанти, която е в съзвучие с развитието на новите технологии, дистанционните способности за работа и навлизането на изкуствения</p>		<p>уреждане на взаимоотношенията между страните, оказва по-благоприятно влияние върху заетостта, намалението на безработицата и внасянето на осигуровки и данъци. Освен това данъчното третиране на дохода, реализиран във връзка с трудово правоотношение и дохода на изпълнители по граждански договори не би могло да бъде равнопоставено, тъй като съгласно Закона за данъците върху доходите на физическите лица самоосигуряващите се лица, каквито са изпълнителите по граждански договор, се ползват с нормативно признати разходи, каквито не са предвидени за работници и служители. Освен това, работник и служител по трудово правоотношение дължи прстирането на труд, докато изпълнител по граждански договор – прстирането на трудов резултат и доколкото осъществяваната от брокерите и инвестиционните консултанти дейност трудно може да се формулира като целен трудов резултат и е динамична с оглед обстановката на финансовите пазари, включително брокерите на финансови инструменти и инвестиционните консултанти не</p>
--	--	---	--	---

		<p>интелект при моделиране на отношенията с клиенти и партньори, допускането на по-голямо разнообразие при юридическото оформяне на тези отношения е в съзвучие с тенденцията за равнопоставено данъчно третиране на двете форми на престиране на труд/трудова резултат.</p>	<p>следва да обещава доходност на клиентите, гражданският договор, който формулира конкретен трудов резултат, не отговаря на същността на осъществяваната от брокерите инвестиционните консултантите дейност и не може да уреди напълно взаимоотношенията между страните в частта относно престирането на трудов резултат. На следващо място, сключването на трудов договор гарантира посъществени правомощия за осъществяване на контрол относно законосъобразното осъществяване на функциите за инвестиционния посредник. Не на последно място, наличието на гражданско, вместо трудово правоотношение, между ИП и брокер на финансови инструменти или инвестиционен консултант не е достатъчно, за да може последните да бъдат определени като независимо лице по смисъла на т. 80 от Насоките за оценка на пригодността на членовете на ръководния орган и лицата, заемащи ключови позиции (EBA/GL/2021/06), издадени от Европейския орган по ценни книжа и пазари съвместно с Европейския банков орган, които Комисията за</p>
--	--	--	---

				финансов надзор спазва в надзорната си практика съгласно Решение № 341-Н от 03.05.2022 г.
--	--	--	--	---