

УНИВЕРСИТЕТ ЗА НАЦИОНАЛНО И СВЕТОВНО СТОПАНСТВО



БИЗНЕС И ПРАВО

BUSINESS AND LAW

брой 1/2018

ИЗДАТЕЛСКИ КОМПЛЕКС – УНСС
София, 2018

Редакция:

проф. г-р Валери Димитров – главен редактор
проф. г.ю.н. Ангел Калайджиев
проф. г-р Дарина Зиновиева
проф. г-р Габриела Белова
доц. г-р Константин Танев – научен секретар

Адрес на редакцията:

Студентски град, УНСС
Юридически факултет
e-mail: lawfac@unwe.bg
Тел.: (+ 3592) 81-95-684

Editorial Board

Prof. Dr. Valeri Dimitrov
Prof. Dr. Sc. Angel Kalajdziev
Prof. Dr. Darina Zinovieva
Prof. Dr. Gabriela Belova
Assoc. Prof. Dr. Konstantin Tanev

Address:

Student Town, UNWE
Faculty of law
e-mail: lawfac@unwe.bg
Tel.: (+ 3592) 81-95-684

Възгледите на авторите изразяват личното им мнение
и не ангажират редакцията на списанието.

Предпечатна подготовка е изпълнена от:
Издателски комплекс – УНСС

Печат:
Издателски комплекс – УНСС

СЪДЪРЖАНИЕ

ВСТЪПИТЕЛНИ ДУМИ

проф. г-р Валери Димитров.....5

БРЕКЗИТ И ЕВРОПЕЙСКОТО ДРУЖЕСТВЕНО ПРАВО

проф. г-р Мартин Винер.....7

БАНКОВАТА ГАРАНЦИЯ ПРЕЗ ПОГЛЕДА НА СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА

проф. г-р Камелия Касабова 25

СБЛИЖАВАНЕ НА ЗАКОНОДАТЕЛСТВАТА В ОБЛАСТТА НА ВЪТРЕШНИЯ ПАЗАР НА ЕС

доц. г.н. Живко Драганов 47

ОСОБЕНОСТИ НА БАНКОВАТА НЕСЪСТОЯТЕЛНОСТ

проф. г-р Валери Димитров..... 67

ДИСКУСИОННИ ВЪПРОСИ

BREXIT AND ACADEMIA

Prof. Josep Maria De Dios Marcer 87

КЪМ ЧИТАТЕЛИТЕ И АВТОРИТЕ НА СПИСАНИЕ

„БИЗНЕС И ПРАВО“91

TO THE READERS AND AUTHORS OF THE

“BUSINESS AND LAW” JOURNAL97

ВСТЪПИТЕЛНИ ДУМИ

Уважаеми читатели,

Пред вас е първият брой на новото списание „Бизнес и право“. Неговият профил е уникален – желанието ни е академично издание, предоставящо форум за публикации по проблемите на правната уредба на предприемачеството (бизнеса) в най-широк смисъл на думата. Именно този фокус го отличава от всички останали юридически списания с академична и практическа насоченост. Тази проблематика е изключително богата. Огромна част от законодателството в България пряко се отнася до стопанската дейност. На първо място тук, разбира се, е търговското законодателство, което обхваща не само Търговския закон, съдържащ общата рамка на търговците (субекти на предприемаческа дейност), търговските сделки, прекратяването, ликвидацията и несъстоятелността. Тук се включват и голям брой закони и подзаконови нормативни актове, съдържащи специални режими на административно регулиране и административен надзор върху дейността на обособени категории търговци – банки, застрахователи, осигурителни гружества, гружества, действащи на капиталовия пазар, валутния пазар, оръжейния пазар, както и на редица други високорискови и чувствителни за обществения интерес пазари. Важна част от нормативната уредба на бизнеса са конкурентното законодателство, законодателството за защита на потребителите, законодателството в областта на интелектуалната собственост, правните режими на приватизацията, обществените поръчки, концесиите.

Конституционното право, наказателното право, трудовото и осигурителното законодателство, международното право в частта си, засягаща бизнеса, също ще бъдат обект на внима-

ние. Това се отнася и за финансовото, данъчното и митническото законодателство.

Специално място ще се отдели и за изследвания на обширното законодателството на Европейския съюз, отнасящо се до бизнеса.

Списанието не е форум само за академични и практикуващи юристи. То ще бъде открито за всички, които предлагат анализи на действащото бизнес законодателство. Единствен критерий за достъп ще бъде качеството на предлаганите изследвания.

На добър час!
проф. д-р Валери Димитров
гл. редактор

доц. д.н. Живко Драганов
декан на ЮФ на УНСС

БРЕКЗИТ и европейското дружествено право

проф. д-р Мартин Винер*

SUMMARY

The article “BREXIT and the European Company Law” investigates the impact of the UK exit from the EU (so-called Brexit) on European company law. At the beginning, it provides a brief overview of BREXIT’s impact, delineating fields of foreseeable problems (II). After Brexit, EU law will not apply in the UK, as in any third country with respect to EU member states; the competence of European Court will end as well. The future relations with the EU will presumably be governed by multilateral instruments, such as WTO, GATT and CETA, and probably by bilateral agreements between different member-states and the UK. However, as EU company law is mainly regulated in EU Directives, which have been implemented in the UK, Brexit should not have an immediate major influence. However, we could expect some problems to arise for the so-called European Companies (*societates europeae*: SE) registered in the UK under the Regulation 2157/2001, which number more than 40. They will lose their legal foundation on Brexit unless the UK takes remedial action. The main problem arises for so-called “pseudo-foreign companies” domiciled in the UK (III). The ECJ’s decisions in a line of cases started by “Centros” and based on the Freedom of Establishment has held that member states

* Д-р Мартин Винер е редовен професор по предприемаческо право в Икономическия университет - Виена, ръководител на отдела по информационно право и право на интелектуална собственост в Икономическия университет - Виена, ръководител на Изследователския институт за средно и източноевропейско стопанско право (FOWI) Икономическия университет - Виена, председател на австрийската Комисия за търгови предложения на ценни книжа.

must allow a company to officially register its seat in one country, while its real seat is in another member state. Some hundreds of thousands of companies are functioning on basis of such registrations. Since with Brexit Freedom of Establishment will no longer apply for companies registered in the UK, member-states like Germany and Austria – generally following the so-called “real seat approach” – are likely to treat such entities not as companies any longer; shareholders will then lose the privilege of limited liability. The article continues by looking at more general changes to the framework for European company law after Brexit (IV). The author argues that Brexit by itself will not materially affect the direction of future legislative activity of the EU; however, the reasons for the Brexit vote in 2017, especially disenchantment with the European project, are not restricted to the UK. As far as the substance of regulation is concerned, Brexit presumably will have consequences. Without any doubt, the UK tradition was a major influence on European legislative acts in the recent past. First, the typical trust of the UK in the effectiveness of market mechanisms lies behind many recent European corporate law projects. Second, the EU corporate regime has readily included self-regulation, a strong component of UK company law. Such influence is likely to vanish to a large extent. However, this will not make the decision making in the EU for corporate law matters easier: In the new Europe of 27 countries enough hurdles for any attempts to company law unification will survive.

KEY WORDS

BREXIT, state-member, European company law, societas europea, pseudo-foreign companies, “Centros” decision, Freedom of Establishment, real seat approach, Establishment Approach, self-regulation.

I. Въведение

На 29 март 2017 г. премиер-министърът Тереза Мей разпорежи предаването на писмо на Доналд Туск, президент на Европейския съвет, съдържащо британското заявление за излизане. Така съгласно чл. 50 от Лисабонския договор беше стартирано напускането на Обединеното кралство на Европейския съюз (т.нар.

БРЕКЗИТ). Същото ще бъде факт след две години, доколкото Съветът на Европа еднотушно не би удължил срока.

Свързаните с БРЕКЗИТ правни въпроси са цял океан. Те имат преди всичко европейскоправна природа, но засягат директно всички централни стопанскоправни отрасли. Към тях принадлежи и дружественото право. Въпреки че тези въпроси досега не са били в центъра на научна дискусия, определено си заслужава да се изследва въздействието на БРЕКЗИТ върху тази област.

Настоящата статия обръща внимание особено на някои принципни правни въпроси (по-долу т. III). По-нататък вниманието ще бъде насочено върху промените чрез БРЕКЗИТ рамкови условия за по-нататъшно развитие на европейското дружествено право (т. IV). Преди това въвеждащо ще бъде предложен кратък обзор на въздействията на БРЕКЗИТ, който показва в кои области изобщо могат да възникнат проблеми (т. II). Тази работа частично се основава на две публикации, в които авторът е участвал като съавтор¹.

II. Общо въздействие на БРЕКЗИТ

Нататък работата изхожда от постановката, че ще се стигне до „hard Brexit“ (твърд БРЕКЗИТ), при който няма да може да се постигне спогодба, която да гарантира по-нататъшното приложение на европейското право и на основните свободи. От сегашна гледна точка² това е най-вероятният принципен вариант, въпреки че с граничеща със сигурност вероятност за много области ще бъдат постигнати специални споразумения³.

Като краен резултат това ще означава, че с влизането в сила на БРЕКЗИТ европейското право не би било приложимо. Това важи както за първичните норми (заедно с основните свободи), така и за производното им директно приложимо право. По същия начин приключва и компетентността на Съда на Европейския съюз. Обединеното кралство ще стане третата страна, чиито връзки с Европейския съюз ще бъдат уредени с многостранни ин-

¹ Armour, J. и др. (2017).

² Преди всичко предвид позициите на правителството на Обединеното кралство; срвн. HM Government (2017).

³ Относно сферата на финансовите пазари срвн. напр. анализа на Ringe, W.-G. (2017).

струменти (WTO, GATT, СЕТА), съответно и чрез двустранни спогодби, които във всички случаи трябва да бъдат сключени.

Така биха възникнали чувствителни празнини, защото освен принципните норми не биха били в сила и директно прилагащите се регламенти. По отношение на вече транспонираните директиви БРЕКЗИТ не би предизвикал непосредствени изменения, тъй като съответните правила вече са станали актове на националното право на Обединеното кралство и като такива няма да бъдат засегнати от излизането поради факта, че липсва европейскопращен ред по отношение на съответните национални правни актове. По всяко време би било възможно съответните разпоредби да бъдат променени от парламента на Обединеното кралство.

Европейското дружествено право, както е известно, на ниво Европейски съюз не е затворен и кодифициран правен отрасъл, се урежда предимно от директиви. Така погледнато, БРЕКЗИТ няма да има никакво или поне не толкова дълбоко влияние⁴. Положението е съвсем различно например за Европейските дружества (SE), които са били учредени въз основа на съответния регламент⁵. В настоящия момент в Обединеното кралство са регистрирани 43 такива дружества⁶. Чрез БРЕКЗИТ те биха изгубили правната основа на своето съществуване най-малкото в Обединеното кралство⁷.

За да преодолее тези и други подобни проблеми, Обединеното кралство възнамерява със собствен законодателен акт, който клиширано се обозначава като „Great Repeal Bill⁸, *uno acto*, да възприеме в националното си право наличната правна система на правото на ЕС. Така регламентите, включително и относно SE, биха продължили да действат като национално право, както са действали и до деня на излизането, което ще говеде и до това,

⁴ Вж. по-году в т. IV пример за влиянието на БРЕКЗИТ върху вече хармонизираното към директивите право в областта на международната мобилност.

⁵ Регламент 2157/2001 от 8.10.2001 относно устава на Европейското дружество (SE), ОВЕС. L 294 от 10.11.2001, 1.

⁶ Данни от <http://ecdb.worker-participation.eu/>.

⁷ Съвсем друг въпрос е доколко едно английско *Societas Europaeae* със седалище Обединеното кралство в другите страни членки ще продължава да бъде признавано за такова.

⁸ Това всъщност е грешно обозначение, тъй като изобщо не става дума за отмяна на правото на ЕС, а за трансформацията му в национално право.

че ще бъде реципирана и съответната съдебна практика на Съда на ЕС⁹. Така досегашните европейски SE биха продължили и след БРЕКЗИТ да съществуват и по правото на Обединеното кралство като SE поне дотогава, докато общовалиден национален законодателен акт не внесе някакви изменения.

III. Привидно чуждестранни дружества

Най-силни са влиянията на БРЕКЗИТ върху онези области на гружественото право, които са изградени върху основните свободи. Тук акцентът пада върху чл. 49 от Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) относно свободата на установяване. Съгласно чл. 54 от ДФЕС тя има сила и по отношение на гружествата, учредени съгласно разпоредбите на някоя от гържавите членки, чието уставно седалище – главно управление или главен клон, се намира в рамките на Съюза. Чрез своето прочуто решение по делото „Centros“¹⁰ Съдът на ЕС тълкува свободата на установяване по такъв начин, че тя оказва влияние и върху националното гружествено право. Към това ще добавим кратък обзор:

В международното частно право съществува принципът приложимото гружествено право да се определя въз основа на две различни точки на привързване: мястото, където гружеството е учредено (теория на учредяването), или мястото, където се намира мястото на действителното главно управление (теория на седалището). Теорията на седалището води до това, че гружеството трябва да прилага гружественото право, което е в сила на мястото на вземане на централните управленски решения¹¹. Смяната на приложимото право (просто казано) предпоставя и смяната на мястото на централното управление на предприятието. Теорията на седалището затруднява съответно дори прави невъзможен, избора на гружествено право. Дружество с главно управление в Германия ще трябва например да прилага немското право. По такъв начин би трябвало да са защитени преди всичко интересите на кредиторите, които не бива да се

⁹ Вж. погребно за това HM Government (2017a).

¹⁰ EuGH 9.3.1999, C-212/97, Slg 1999, 1459 (Centros).

¹¹ Според немската съдебна практика най-малкото това е значението на седалището на главното управление; срвн. BGH 21.3.1986, V ZR 10/85, BGHZ 97, 269.

чувстват принудени да се оправят с непозната за тях правна система в случаите, когато имат отношения с гужество, действащо предимно в Германия¹². Теорията на сеголицето се прилага (въпреки някои значителни разлики) освен в Германия, например в Белгия, Франция, Австрия и Испания¹³.

Срещу това противостои либералната и отворена към свободен избор на приложимо право теория на учредяването, която е в сила преди всичко в Обединеното кралство, но наред с това и в някои от значимите гържави членки – като Италия, Холандия, Полша, Швеция, а също и в Чешката република¹⁴ и Словакия¹⁵ (извън Европейското икономическо пространство също и в Швейцария). Мястото на привръзка за приложимото гужествено право е мястото на учредяване или (което е по същество равностойно) сеголицето според устава, а то не трябва задължително да съвпада с мястото на главното управление. По такъв начин изборът на приложимо право се откача от мястото на реалната активност на гужеството¹⁶.

Така, щом учреденото капиталово гужество беше със сеголице на главното управление в гържава, следваща „теорията на сеголицето“, се стигаше до различни тълкувания и преценки от позицията на различните законодателства¹⁷. Според виждането в гържавите, привърженици на теорията на учредяването, всичко беше наред и гужеството се признаваше за гужество на тази гържава. Друго ставаше обаче, ако трябваше да се про-

¹² Естествено, би било напълно погрешно за сеголице на главното управление по немското право да се приема мястото на основната пазарна активност на гужеството – въобще не става дума за това. Срвн. Armour, J. и др. (2017), Fn. 1, 4.1.

¹³ Обзор върху различните правни системи срвн. European Company Law Experts (Fn. 1), 37 и сл. Изчерпателна е и съвсем скоро публикуваната студия по поръчка на Комисията: Gerner-Beuerle, C. и др. (2016).

¹⁴ Вж. чл. 30, ал. 1 от чешкия Закон за международното частно право.

¹⁵ Вж. чл. 22 от словашкия Търговски кодекс.

¹⁶ Разбира се, и гържави, които следват теорията на учредяването, са създали специални разпоредби за привидните чуждестранни гужества, като например Холандия – срвн. European Company Law Experts, Fn. 1, 38.

¹⁷ С цел яснота следва да се отбележи, че нито според теорията на учредяването, нито според теорията на сеголицето възникват проблеми, ако едно гужество, създадено по чуждестранно право и имащо сеголице на главното управление в мястото на учредяването (което естествено е най-честия случай), стане активно в гържава, следваща теорията на сеголицето. Държавата, следваща теорията на сеголицето, също признава приложението на чуждестранното гужествено право.

изнасят съдилища от гържавата, където се намираше сегалището на главното управление. Според това виждане би трябвало да се прилага тяхното собствено гужествено право, което за действителното учредяване на капиталово гужество изискваше вписване в регистъра на собствената им гържава. Такова липсваше обаче, тъй като гужеството беше вписано например в *companies' register* на Обединеното кралство, но не и в немския Търговски регистър, т.е. в страната членка, където се намираше сегалището на главното управление. По такъв начин според немската позиция гужеството не беше капиталово гужество, а някакво друго образуване, *in concreto* – според дейността, събирателно гужество или гражданско гужество. Най-важната последица от това беше, че от немска гледна точка съдружниците в това гужество трябваше да отговарят лично за задълженията на гужеството. Така подобни привидно чуждестранни гужества бяха практически предварително блокирани.

Това се промени с решението „*Centros*“ и последвалата след него съдебна практика на Съда на ЕС¹⁸. Тя принуди гържавите членки въз основа на свободата на установяване да признават привидно чуждестранните гужества, ако са защитени чрез чл. 54 от ДФЕС, т.е. тези които наред с учредяването си в гържава членка имаха и сегалище по устав, главно управление или главно сегалище в рамките на Съюза. В резултат на това те трябваше да признават не само правното съществуване на гужеството, а също и изцяло приложимия правен ред и съответно приложимия режим на отговорност на съдружниците. Така беше отнета основата на прилагане на теорията на сегалището във всеки случай, в който това засяга гужества, обхванати от чл. 54 от ДФЕС. В много гържави членки това доведе до разделно привързване в международното гужествено право, а именно според теорията на сегалището, но и чрез наложено прилагане на свободата на установяване¹⁹.

Тази така нововъзникнала свобода съответно беше и използвана. През първите години на новото хилядолетие бяха учредени многобройни привидно чуждестранни гужества, и то главно в Обединеното кралство. Причините бяха основно в заобикалянето на рестриктивните разпоредби за учредяването на гуже-

¹⁸ Особено EuGH 5.11.2002, C-208/00, Slg 2002, 9919 (Überseering).

¹⁹ Относно Германия вж. добре познатото Решение за хипотрумите от 2008 г.; BGH 20.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192.

ства в някои от страните членки, и то предимно по отношение на размера на подлежащия на внасяне основен капитал – преди всичко в Германия и доста по-ограничено в Австрия и други държави членки²⁰. Тази тенденция през последните години намаля, от една страна, поради това, че високите последващи учредяването разходи (счетоводно обслужване и пр.) станаха известни, а от друга страна, и поради това, че много от членките реформираха гружественото си право и намалиха разходите, свързани с учредяването – например Германия чрез предприемаческото гружество с ограничена отговорност, което от 2008 г. е без минимално задължителен капитал²¹. Въпреки това в Обединеното кралство са регистрирани значителен брой гружества, които имат своето действително седище в друга държава членка. Въпреки че точният брой може да бъде определен само най-общо, следва при всички случаи да се изхожда от това, че става дума за шестцифрено число, от което (общо преценено) поне 60 000 гружества би трябвало да имат седище на главното си управление в Германия²².

БРЕКЗИТ ще промени грастично този пейзаж, тъй като очакваният „hard Brexit“ ще доведе до това, че свободата на установяване повече няма да бъде приложима. Ако се приеме, че по този въпрос няма да се стигне до общо споразумение между Обединеното кралство и Европейския съюз, след 2019 г. той ще трябва да бъде решен от позицията на всяка държава членка. За онези държави, които следват теорията на учредяването, няма да се промени нищо. Дружества, учредени съобразно правото на Обединеното кралство, ще продължават и в бъдеще да бъдат признавани като такива, ако имат своето седище на главното управление в държава членка. Доколкото е видно, това би трябвало да важи за Чешката република, но също и за Словакия.

Съвсем друга обаче е ситуацията в държавите, следващи теорията на седището като Германия и Австрия, тъй като действието на тази теория е потиснато от свободата на установяване. Отпадне ли тя, отново ще се стигне до прилагане на онзи колизионноправен принцип. Така във всички случаи т.нар.

²⁰ Срвн. данните относно регионалното разпределение в Armour, J. и гр. (2017), Фн. 1, 2.2.

²¹ Относно основанията срвн. напр. Bratton, W. и гр. (2009), 347; Ringe W.-G., (2013), 230.

²² Срвн. Armour, J. и гр. (2017), Фн. 12.2.

„предимство на ограничената отговорност“ на капиталовите дружества ще бъде загубено. Съгласно австрийското право това важи и за правосубектността на дружеството²³, което при едно привидно чуждестранно дружество като ответник ще доведе до катастрофална последица за ищеца, изразяваща се в отхвърляне на иска²⁴. Тези хипотези показват, че теорията на седището не служи непременно в защита на кредиторите. За тях не е лесно установимо дали английското дружество има действително седище на главното си управление в Обединеното кралство, или в Австрия, а ищецът поради липсата на правосубектност на дружеството би трябвало по тази причина всъщност да предяви претенциите си пряко срещу съдружниците. Застрашаващото в тази хипотеза отхвърляне на иска при всички случаи ще причини разноски, може обаче да доведе и до окончателна загуба на притезанието, ако поради погрешно заведения процес правото на иск междувременно се погаси по давност.

Така БРЕКЗИТ ще е драматичен за участващите съдружници²⁵. Позовавайки се на основните свободи, те са се доверили на правна форма, която е направила възможно най-изгодно учредяване, като при това те не са поели лична отговорност за задълженията ѝ, доколкото не могат да бъдат обвинени в неправомерно поведение. Пороги ли действие излизането на Обединеното кралство от Европейския съюз, това предимство на ограничената отговорност ще бъде загубено, като при това съдружниците не могат да бъдат упрекнати, че те сами са си причинили тези последици. Това е съществена разлика с хипотезата, при която съдружниците лично са предприели учредяване в трета държава, поради което от самото начало може да се определи, че сами са избрали застрашаващата лична отговорност.

Поради това на академично ниво, особено в Германия, се дискутира дали учредените преди БРЕКЗИТ стари дружества не трябва да се третират по начин, различен от вече изложеното²⁶.

²³ Гражданското дружество по австрийското право (а в конкретния случай ще е налице точно такова дружество) за разлика от немския си аналог не е юридическо лице.

²⁴ Вж. OGH 23.8.2000, 3 Ob 59/00y.

²⁵ Последващото изложение по 4.2.

²⁶ Вж. напр. Freitag, R. and Korch, S. (2016); Lehmann, M., and Zetzsche, D. (2017); Weller, M.-P., и др. (2016); Seeger, M. (2016). Съответните аргументи, въпреки че не са специално съобразени с БРЕКЗИТ, могат да се открият при Eckert, G. (2010), 513 сл.

Решенията за това се търсят на международно частноправно и на конституционноправно ниво – самото материално гружествено право само отчасти би могло да е от полза²⁷. Доколко тази академична дискусия ще окаже и практическо влияние, е все още отворен въпрос. При всички случаи решението трябва да бъде намерено на нивото на отделните държави. Доколко те ще имат повишен интерес специално да предпазват гружества, учредени по английското право, е твърде съмнително.

По тази причина също интензивно се дискутира и наличието на правни възможности за трансформиране на английски привидно чуждестранни гружества в немски гружества, като при това натоварването с разноси да не е прекомерно високо²⁸. Най-близката всъщност възможност за международно сливане/вливане носи със себе си недостатъци, особено твърде сложното производство и свързаното с него поемане на големи разходи, които могат да бъдат плашещи за преобладаващо малките предприятия, възползващи се от английски гружествени форми. Трансграничната смяна на формата въпреки е възможна според практиката на Съда на ЕС²⁹, но в детайлите си, особено по отношение на процедурните въпроси, е неизяснена. Това в крайна сметка затруднява осъществяването ѝ, а според някои твърдения в определени държави членки е и напълно невъзможна.

Във връзка с международното сливане/вливане следва да се обърне внимание и на факта, че за повечето държави членки то е възможно само доколкото Обединеното кралство все още е член на Европейския съюз. Това е така, тъй като Директивата за сливанията е приложена само по отношение на сливания на гружества от различни държави членки. Така например §3 от австрийския Закон за сливанията в Европейския съюз, както и § 122a и сл. от немския Закон за преобразуванията предвиждат, че са допустими сливания/вливания на гружества от други държави членки на Европейския съюз. Дори след БРЕКЗИТ съответните вътрешни актове на Обединеното кралство да останат в сила, това няма да промени нищо в обстоятелството, че трансграничните сливания вече ще да бъдат невъзможни. Опасността, че сливането вече може да не бъде вписано, би

²⁷ Съответните аргументи, въпреки че не са специално съобразени с БРЕКЗИТ, могат да се открият при Eckert, G. (2010), 513 сл.

²⁸ Последно, 830.

²⁹ Срвн. EuGH 12.7.2012, C-378/10, NZG 2012, 871 (Vale).

могла още преди БРЕКЗИТ да намали атрактивността на този инструмент³⁰.

Така международните сливания/вливания след БРЕКЗИТ ще бъдат все още възможни, ако съответният национален правен рег продължава да допуска това, което важи също и за Обединеното кралство. Съответстващото първично задължение за допускане на такива форми, каквото в момента може също да се изведе от свободата на установяване³¹, във всички случаи ще отпадне след БРЕКЗИТ. Общо може да се обоснове с това, че излизането на Обединеното кралство от Европейския съюз значително ще накърни трансграничната мобилност между останалата част от Съюза и Острова, доколкото запазването на действието на разпоредбите за трансгранична мобилност не бъде договорено чрез двустранни спогодби (от днешна гледна точка – твърде малко вероятно).

IV. Последващо нормотворчество

БРЕКЗИТ ще промени съществено и рамковите условия за гружественорправното нормотворчество в Европейския съюз. Изказвания в тази област по същността си са доста спекулативни. Въпреки това тук следва да се направи опит за някои предпазливи предположения какво би следвало да бъде променено, като подробният анализ на този въпрос трябва да бъде предмет на отделна самостоятелна работа³².

На първо място е съмнително доколко излизането на Обединеното кралство може да окаже влияние върху бъдещите законодателни дейности. По мое мнение това е малко вероятно. Наистина е вярно, че в много големи области на гружественото право, които досега в Европа са останали недокоснати (например правото на концерните или вътрешнофирменото управление), е налице голямо противостоеие на интереси между Обединеното кралство, от една страна, и континенталните държави членки, от друга страна. Впрочем не трябва да се изхожда от това, че

³⁰ Срвн. Armour, J и др. (2017), Fn. 1., 5.1.

³¹ Срвн. EuGH 12.7.2012, C-378/10, NZG 2012, 871 (Vale).

³² Понастоящем European Company Law Experts (europeancompanylawexperts.wordpress.com) работят върху публикация, която ще бъде посветена на тези въпроси; дискусиите в тази група повлияха върху представените тук виждания.

след БРЕКЗИТ тези теми (отново) ще бъдат поставени на дневен ред или че в Европейския съюз дори ще бъде създадено кохерентно дружествено право. Поради това, че противостоятелството в Европа на 27-те и без Обединеното кралство³³ е твърде голямо, акцентът на законодателната дейност на Европейския съюз се е изместил твърде много към теми, които имат централно значение за вътрешния пазар (особено към свободното движение и облекчаването на трансграничните инвестиции). Времето за европейска кодификация на дружественото право е отминало.

Естествено, под въпрос е също доколко при увеличаващите се през последните години евроскептични настроения най-важните от последните години теми ще продължат да бъдат на преден план. Облекчаването на трансграничните дейности и мобилността със сигурност не е най-атрактивната програма в момента. Напротив, тя противостои на диаметралната си противоположност – на наблюдаваната в момента ренационализация. Въпреки че Комисията продължава да следи тази тема³⁴, е съмнително доколко тя ще намери отзвук сред държавите членки. Така и облекчаването на учредяването на дружества за малки и средни предприятия е много трудно начинание на фона на очакваното във връзка с това смекчаване на стандартите за социална защита, особено след като Европейският парламент изрази съпротива срещу облекчаването на еднoличните учредявания³⁵. Така че всъщност няма да е неточно да се установи, че не БРЕКЗИТ, а тенденциите, които са в основата на БРЕКЗИТ, ще повлияят на избора на теми за бъдещи законодателни актове в европейското дружествено право. Кои ще са тези теми, поне от моя гледна точка е невъзможно да се прогнозира.

Въпреки че непосредствените влияния на БРЕКЗИТ върху предстоящите теми за работа са трудно установими, все пак

³³ Така и без Обединеното кралство е налице съществена разлика между държавите – членки с монистична (*board*) и такива с дуалистична (управителен и надзорен съвет) система на вътрешна организация на акционерното дружество, която би представлявала непреодолимо препятствие за уеднаквяването на структурата на мениджмънта.

³⁴ Така през 2012 г. Комисията обяви, че желае да подобри трансграничните сливания и да въведе трансграничните разделяния (Екишнплан: Европейско дружествено право и Corporate Governance от 12.12.2012, КОМ (2012) 740 оконч.), и според неофициална информация продължава и в момента интензивно да осъществява това си намерение.

³⁵ Предложение за директива за дружествата с ограничена отговорност с еднoличен съдружник от 09.04.2014, КОМ (2014) 212 оконч.

изглежда госта вероятно решенията, които ще бъдат дадени в бъдеще, да са госта разнообразни. Ако се погледнат законодателните актове от близкото минало, то влиянието на Обединеното кралство е несъмнено. Цели правни области са преговоределени от английското влияние. Така основните решения в Директивата относно предложенията за поглъщане³⁶ се основават почти изцяло на английския регулаторен пример на City Code on Takeovers and Mergers. По същия начин погледът върху непосредствено предстоящата преработка на Директивата за акционерите³⁷ в двете ѝ централни сфери на регулация (Say on Pay and Related Party Transactions) показва несъмнено влияние от Обединеното кралство³⁸. Именно това съвсем анекдотично съдържание показва, че гужественоправните норми на Европейския съюз често са заемали решения от Острова. Това важи особено в областта на правото на капиталовите пазари, докато инициативите за стимулиране на малките и средните предприятия³⁹ или трансграничната мобилност⁴⁰ следват по-скоро други влияния.

Не може да се очаква влиянието да се запази и след излизането на Обединеното кралство. Теоретично би трябвало все пак търсенето на най-доброто решение да бъде повлияно от това. Но все пак не може да се изхожда от това, че в политическия процес либералните и пазарно ориентирани решения в духа на Обединеното кралство ще продължат да имат същата популярност и значение. Това е така, защото, от една страна, най-малкото през първите години след БРЕКЗИТ (а със сигурност дори и преди това) трябва да се приеме, че решенията на

³⁶ Директива 2004/25 от 21.4.2004 относно предложенията за поглъщане, ОВЕС, L 142 от 30.04.2004, 12.

³⁷ Директива 2007/36 от 11.7.2007 относно упражняването на някои права на акционерите в гужества, допуснати до регулиран пазар, ОВЕС, L 184 от 14.7.2007, 17.

³⁸ Срвн. компромисния текст в рамките на Комисията, който, естествено, в сравнение с първоначалното предложение на Комисията има много по-малко „английска физиономия”: Interinstitutional File 2014/0121 (COD) (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15248_2016_INIT&from=EN).

³⁹ Например пропагандният опит за Европейско частно гужество, който се базираше по-скоро на немски и френски представи: предложение на Комисията на регламент за устава на Европейското частно гужество, КОМ(2008) 396.

⁴⁰ Директива 2005/56 от 26.10.2005 относно трансграничните сливания на гужества с ограничена отговорност, ОВЕС, L 310 от 25.11.2005, 1.

английското право не са приложими по принципни причини. От друга страна – и това ще има решаващо значение в дългосрочен план, институционално ще са налице много по-малко знания относно съдържанието на тези решения, а и след изтеглянето на английските чиновници от Брюксел ще липсват апологети на тези решения.

С това може да се очаква и още една съществена промяна – вярата в ефективността на пазарните решения в гужественонаправен контекст (и не само) според моята преценка ще отслабне. Така например приемането на саморегулирането като инструмент на европейското гужествено право се основава преди всичко на британското влияние – там саморегулирането има дълга традиция и голям успех (въпреки че това винаги става на фона на нависналата заплаха от намеса на законодателя при провал на саморегулирането). За това биха били достатъчни два примера:

- Идеята, че могат да бъдат избегнати гържавни регулации в областта на управлението на предприятията, като участващите страни сами създават правила за това, от които всъщност могат да се отклоняват, но трябва да мотивират това (Corporate Governance Codes), беше въведена в рамките на Cadbury Committees в Обединеното кралство⁴¹. Тя намери добър прием и в континенталните европейски гържави членки и чрез Corporate Governance Statement като част от доклада за състоянието на Съюза повлия и върху правото на ЕС⁴². Естествено, най-малкото в Германия и Австрия културата на отклонението (според нея гужествата могат да създават собствени правила, отклоняващи се от тези в съответния кодекс, доколкото трябва да се обясняват причините за това) не може да се наложи по същия начин. По-скоро съвсем механично се декларира, че правилата ще се спазват (т.нар. *ticking the box exercise*).
- В областта на Директивата относно предложенията за поглъщане също се забелязва английският уклон към саморегулиране. В Обединеното кралство City Code on Takeovers and Mergers исторически също се основава на саморегулирането

⁴¹ Вж. по-подробно Winner, M. (2012), 246.

⁴² Срвн. чл. 20 от Директива 2013/34 от 26.6.2013 относно годишните финансови отчети, консолидираните финансови отчети и свързаните доклади на някои видове предприятия, ОВЕС, L 182 от 29.6.2013, 19.

от страна на участващите страни. Именно чрез City Code през 1968 г. беше предотвратена интервенцията върху търговия пазар от страна на правителството на Wilson. Едва след като в чл. 4 на Директивата относно предложенията за поглъщане беше гарантирано, че саморегулирането би трябвало да бъде възможно и в бъдеще без съдебен надзор и беше гарантирана голяма гъвкавост при тълкуването на разпоредбите, Обединеното кралство беше готово да оттегли съпротивата си за приемането на Директивата.

Не е възможно в Европейския съюз без Обединеното кралство вярата в саморегулирането да запази сравнима силата си на влияние. Други държави членки със сравними традиции в гужественото право (например Ирландия или Швеция) нямат същата сила на влияние. По мое мнение е много по-вероятно доверието в държавното регулиране, каквото и сега господства в държавите от романския правен кръг, с известни отстъпи в Германия и Австрия, да намери много по-силно отражение в законодателството на ЕС.

Трябва обаче да се изрази скептицизъм, доколко постигането сега на общи решения в областта на гужественото право действително ще стане по-просто. Вярно е, че с излизането на Обединеното кралство хетерогенността на наличните начини на мислене ще се увеличи. Въпреки това в Европа на 27-те са налице достатъчно различия, които да поставят високи бариери пред всеки опит за уеднаквяване на правото. Така провалът на някои по-нови проекти изобщо не може да бъде свързан с възпрепятстващо поведение от страна на Обединеното кралство, а по-скоро съвсем пряко с поведението на онези държави членки (като Австрия), които традиционно се смятат за проевропейски.

V. Заключителни бележки

Със сигурност гужественото право не е темата, която ще доминира в сега започващите преговори за БРЕКЗИТ – доколкото през следващите месеци въобще би трябвало да се дискутира не само за условията на излизането на Обединеното кралство, а също и за бъдещите отношения. Влиянията принципно са предвидими, което има връзка и с това, че при гужественоправните норми става дума за организационно право, а не за достъп до

пазара. В онези области, като например цялото право на финансовите пазари, със сигурност има множество дупирни точки за бъдещ съвместен живот.

Естествено, че са налице хиляди привидно чуждестранни гружества, които от 2000-ната година насам са учредени в Обединеното кралство – достатъчно „деца на свободата на установяване“, за чието бъдещо съществуване би трябвало да има притеснение. Въпреки това по мое виждане е твърде малко вероятно при преговорите да се стигне до решения в тази област, тъй като със сигурност най-напред има много по-големи проблеми, които трябва да бъдат решени с предимство. Освен това изглежда и доста съмнително да има какъвто и да било интерес тази тема да се осветлява. Още повече, че от позицията на гържавите, които следват теорията на сегалището на главното управление, привидно чуждестранните гружества и без това са смущаващ фактор, с който трябва да се примирят по причини от правото на ЕС – ако този проблем може да бъде разрешен чрез БРЕКЗИТ, би имало и твърде малък интерес от тяхна страна това нежелано състояние да се продължи чрез двустранни спогодби. От гледна точка на Обединеното кралство тези гружества не заемат централно място, а и осъществяват своята дейност в други гържави членки. Само локалният консултантски бранш ще трябва да очаква в бъдеще срив в приходите.

В случай че при преговорите не се постигне съгласие, този проблем ще трябва да бъде решен от гържавите членки. Без специален законодателен акт това ще означава, че на ход ще бъде съдебната практика. Така международното гружествено право не само ще остане любима тема на правната наука, а и ще запази своето практическо значение, което дори може би ще нарасне.

Дългосрочните влияния върху нормотворческата дейност на Европейския съюз в областта на гружественото право са все още необозрими. Все пак може да се приеме, че влиянието на британските регулативни модели ще намалее и именно във връзка с това саморегулирането чрез участващите в определен процес страни ще изгуби от значението си. Съдържанието на законопроектите само по себе си малко ще бъде повлияно от БРЕКЗИТ, а по-скоро от причините, довели до него, което би следвало да загатва за отстъп от предприемаческата мобилност.

Цитирани източници

1. Armour, J. and Fleischer, H. and Knapp, V. and Winner, M. Brexit and Corporate Citizenship, *European Business Organization Law Review*, 18/2 (2017), 225 – 249. Passim.
2. Böckli, P. and Davies, Paul L. and Ferran, E. and Ferrarini, G. and Garrido Garcia, J. M. and Hopt, K. J. and Opalski, A. and Pietrancosta, A. and Roth, M. and Skog, R. and Soltysinski, S. and Winter, J. W. and Winner, M. and Wymeersch, E. The Consequences of Brexit for Companies and Company Law (March 2, 2017). *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper* 22 (2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2926489> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2926489>, accessed: 02.01.2017, JEL Classification: F15, F55, G28, K2.
3. Bratton, W. and McCahery, J. and Vermeulen, E. How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis, *American Journal of Comparative Law* 2009 52, p. 347.
4. Eckert, G. *Internationales Gesellschaftsrecht: Das internationale Privatrecht grenzüberschreitend tätiger Gesellschaften*. Gebundene Ausgabe, MANZ Verlag, Wien, 2016, p. 513 sqq.
5. Freitag, R. and Korch, S. (2016) Gedanken zum Brexit – Mögliche Auswirkungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht ZIP*, 37/29 (2016), 1361 -- 1367.
6. Gerner-Beuerle, C. and Mucciarelli, F. M. and Schuster, E.-P. and Siems, M. M. *Study on the Law Applicable to Companies. Final Report*, European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Directorate A – Civil Justice, Unit A1 – Civil Justice Policy, 2016, available online at: <http://eprints.soas.ac.uk/23978/1/mucciarelli-et-al-study-on-the-law-applicable-to-companies-european-commission.pdf>, accessed on 02.01.2018.
7. Hagemann, M. and von der Höh, R. M. Brexit: Handlungsoptionen für eine Sitzverlegung aus dem Vereinigten Königreich nach Deutschland, *Der Betrieb*, 2017 15, 830-834, DB1235641.
8. HM Government. *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union* (February 2017); available online

- at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/589189/The_United_Kingdoms_exit_from_and_partnership_with_the_EU_Print.pdf, accessed on 02.01.2018.
9. HM Government. Legislating for the United Kingdom's withdrawal from the European Union, March 2017, available at: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604516/Great_repeal_bill_white_paper_accessible.pdf, accessed on: 02.01.2018.
 10. Lehmann, M. and Zetzsche, D. Die Auswirkungen des Brexit auf das Zivil- und Wirtschaftsrecht, *Juristenzeitung*, JZ, 2 (2017), 62 – 71.
 11. Ringe, W.-G. The Irrelevance of Brexit for the European Financial Market, April 21, 2017. *Oxford Legal Studies Research Paper*, 10 (2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2902715> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2902715>, accessed on 02.01.2018, p. 230. JEL Classification: G18, G28, K22.
 12. Seeger, M. Die Folgen des Brexit für die britische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, *Deutsches Steuerrecht*, DStR, 31 (2016), 1817 – 1824.
 13. Weller, M.-P., and Thomale, C. and Benz, N. Englische Gesellschaften und Unternehmensinsolvenzen in der Post-Brexit-EU, *Neue Juristische Wochenschrift*, NJW, 69 (2016), 2378 – 2383.
 14. Winner, M. Der UK Corporate Governance Code – Grundsätze und Funktionsweise: *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, ZGR, 41/2-3 (2012), 246-272.

Банковата гаранция през погледа на съдебната практика

проф. г-р Камелия Касабова*

SUMMARY

The article “The Bank Guarantee Trough the Court Practice” is a study of the bank guarantee regulation in the Bulgarian legislation and the Subsidiary Application of the Uniform Rules for Demand Guarantees 2010 revision, ICC Publication No. 758. The bank guarantee is considered as a complex of legal relations between the orderer, the issuer and the beneficiary. Explained is the importance of the bank guarantee as a document and a unilateral transaction of the issuing bank. The emphasis is on the payment of the bank guarantee and the right of objection by the issuing bank. The specific features of the individual types of bank guarantees are analysed. A distinction has been made between the letter of credit as a form of payment and the bank guarantee as a form of security.

The entire article contains a critical analysis of existing national court practice (case law).

KEY WORDS

Guarantor, Issuer, Beneficiary, Expiry date, Requirements for demand, Demand guarantee, Non-complying demand, Irrevocable guarantee, Transferable guarantee, Payment guarantee, Tender guarantee, dvance payment guarantee, Performance guarantee, Warranty guarantee.

* Проф. г-р Камелия Касабова е преподавател по търговско и банково право в Софийския университет „Св. Климент Охридски“ (Kamelia Kassabova, Ph.D. Professor in Commercial and Banking Law Sofia University „St. Kl. Ohridski“).

§ 1. Понятие

1.1. Правна уредба

Основната уредба на банковата гаранция е в чл. 442 от Търговския закон (ТЗ) където се съдържа само нейното **определение**: „С банковата гаранция банката писмено се задължава да плати на посоченото в гаранцията лице определена сума пари съобразно условията, предвидени в нея.“

Уредба на банковата гаранция се съдържа и в Еднообразните правила за гаранциите на поискване на МТК от 1992 г. (Uniform Rules for Demand Guarantees 2010 revision, ICC Publication № 758, в сила от 1 юли 2010 г., за краткост: „URDG от 2010 г.“). В тях са обобщени международните търговски обичаи в областта на гаранциите.

В литературата се приема, че те представляват специален източник на договорното право, имат факултативен характер и влизат в действие, когато страните са се позовали на тях. Съдебната практика промени тази теза.

В съдебната практика на ВКС се възприе (Решение № 153 от 19.12.2012 по т. г. № 1189/2011 г. и Определение № 850 от 19.11.2012 г. по т. г. № 1142/2011 г. на ВКС; Определение № 11492/2015 по адм. г. № 12127/2015 на ВАС), че цитираните еднообразни правила намират директно приложение спрямо издадените по реда на българското законодателство гаранции с аргумент от чл. 288 ТЗ, който препраща към търговските обичаи. Обратното становище е застъпено в Решение № 730/2011 по т. г. № 444/2010 г. на Софийски апелативен съд.

Действително еднообразните правила са кодифицирани търговски обичаи. Възприетото в съдебната практика улеснява право-прилагането, тъй като оскъдната уредба на банковата гаранция в ТЗ и липсата на изрично позоваване на еднообразните правила от страните биха направили трудно разрешаването на възникнали спорове. А институтът на банковата гаранция представлява сериозен интерес за търговската и банковата практика. Тя често се използва като обезпечителен способ в процедури за възлагане на обществени поръчки или процедури за участие в конкурс или търг (Tender guarantees), които са с висок имуществен интерес, за обезпечаване на ганячните и митническите органи

във връзка с публични вземания по ДОПК и пр. Ако една банкова гаранция, издадена в България, не посочва, че се подчинява на цитираните еднообразни правила, те имплицитно се приемат за вогдеци в мотивите на съдебните решения. При правоотношения с международен елемент приложимото право е това в мястото на дейност на гаранта. Ако гарантът се подчинява на българското материално право, еднообразните правила се считат за част от банковата гаранция (Определение № 437 от 15.06.2012 г. по т. г. № 972/2011 г., ТК, II т. о. на ВКС).

Няма пречка обаче страните изрично да изключат приложението на тези еднообразни правила в своите договорни отношения, както и конкретни текстове от тях, респ. да се позоват на текстове от предходни ревизии.

Уредбата на банковите гаранции и изискванията към тях в ДОПК и ЗОП са извън настоящото изследване поради административния и публичноправен характер на процедурите.

Въпреки оскъдната национална регламентация, основното значение на банковата гаранция е на **вид лично обезпечение** с оглед на задължението, което гарантът поема спрямо наредителя – да престира на бенефициера съответен паричен еквивалент при неизпълнение на обезпеченото договорно задължение на длъжника – наредител (Решение № 153 от 19.12.2012 по т. г. № 1189/2011 на ВКС; Решение № 347 от 3.07.2015 г. по гр. г. № 476/2015 г. на Окръжен съд – Плевен).

1.2. Правоотношения по банковата гаранция

По повод на банковата гаранция се формират отношения между три страни – наредител, гарант и бенефициер. Две от отношенията са каузални, а едно – абстрактно.

а) *Наредител – бенефициер, валутно правоотношение.* В основата му стои каузална сделка, по силата на която длъжникът (наредител) се задължава да обезпечи изпълнението на задължението си към кредитора (бенефициера) с издадена в негова полза банкова гаранция от трето лице (гарант). Източник на това задължение може да бъде всеки възмезден договор. И в теорията, и в съдебната практика е определено като валутно отношение по подобие на отношението при други търговскоправни фигури – акредитив, менителнични ефекти и гр. (Решение № 749 от 19.04.2012 г. по т. г. № 790/2007 г. на СГС; Решение № 73

от 4.05.2011 г. на САС по т. г. № 444/2010 г.; Решение № 15/2012 г. по т. г. № 30/2012 г. на Бургаски апелативен съд; Решение № 121/2013 г. по т. г. № 230 на Окръжен съд – Пазарджик).

б) *Наредител – гарант (банката), мандатно отношение.* В изпълнение на задължението, поето в предходното валутно (казуално) правоотношение, наредителят (длъжникът) сключва с обслужващата го банка договор за издаване на банкова гаранция, в основата на който стои договорът за поръчка. По силата на породеното мандатно отношение банката се задължава срещу възнаграждение да издаде банкова гаранция. Според съдебната практика предпоставките, при които възниква гаранционното задължение, са предмет на договора за поръчка между наредителя и банката гарант и реквизит на самата банкова гаранция (Решение № 783/2011 г. по т. г. № 72/2010 г. на Софийски апелативен съд; Решение № 383/2011 г. по т. г. № 306/2010 г. на Софийски апелативен съд).

В банковата практика се изисква наредителят да учреди в полза на гаранта обезпечение под формата на залог, ипотeka, вкл. и „парично“ обезпечение, чрез блокиране на гаранционната сума по специална сметка. Използва се и механизмът на кредитиране на наредителя за сумата на банковата гаранция, обезпечено по съответния ред. При първокласни клиенти банката може да издаде гаранцията и без да изисква обезпечение. Договорът за поръчка е възмезден, тъй като наредителят дължи на банката съответните такси и разноски по издаване на гаранцията.

в) *Гарант – бенефициер, гаранционно отношение.* В изпълнение на задължението си, поето в предходното мандатно отношение (договор за издаване на банкова гаранция), банката издава банковата гаранция по смисъла на чл. 442 ТЗ. Именно издадената банкова гаранция е източник на това гаранционно отношение. Длъжникът (наредителят) не е страна по него. Издаването на банковата гаранция трябва да бъде узнато от бенефициера, но не се нуждае от приемане, за да пороги правните си последици.

Казано по друг начин, банковата гаранция обхваща само отношенията между гаранта и бенефициера и през тази призма, ако я извадим от комплекса на гаранционни отношения, можем да я наречем банкова гаранция в тесен смисъл на думата, по подобие на акредитива.

§ 2. Правна природа на банковата гаранция като източник на гаранционното отношение

Въз основа на чл. 1, ал. 1, чл. 286, ал. 2 и чл. 442 ТЗ можем да изведем следните правни белези на банковата гаранция в тесен смисъл:

а) *банкова сделка*, тъй като гарант по нея може да бъде само банка;

б) *абсолютна търговска сделка* – чл. 286, ал. 2 във връзка с чл. 1, ал. 1 във връзка с чл. 442 ТЗ;

в) *едностранна сделка на банката* – гарант. Сделката поражда действие от обективизиране на волеизявлението, но тъй като банковата гаранция е едностранна сделка, е необходимо бенефициерът да бъде **уведомен** по аргумент от чл. 14, ал. 1 ЗЗД. Уведомяването на бенефициера е съществен елемент от банковата гаранция.

Банковата гаранция поражда действие, по което задължението на банката към бенефициера е **неотменимо**. Бенефициерът придобива права по отношение на гаранта, които не могат да бъдат отменени нито от гаранта, нито от длъжника, независимо дали това изрично е посочено в гаранцията, или не.

Банковата гаранция може да бъде и **договор** (вж. т. 4.1. по-голу);

г) *формална сделка* – изисква се *писмена форма* за нейната действителност, чл. 442. Банковата гаранция може да бъде съставена и по електронен път чрез банковата система за предаване на международна банкова информация и извършване на плащания SWIFT¹. В този случай писмената форма също ще е спазена, чл. 3, ал. 2 ЗЕДЕП. В съдебната практика се сочи, че банковата гаранция трябва да има номер и дата, да е издадена от надлежно оторизирано лице, да сочи гаранта, наредителя и бенефициера и да съдържа ясно и недвусмислено изявление на кого и при какви условия ще се заплати посочената в нея сума (Решение № 822 от 24.01.2006 г. по адм. д. № 7174/2005 г., IV отг. на ВАС);

д) *каузална сделка* – задълженията, които гаранцията поражда, са обусловени от задълженията по валутното отношение и затова както гарантът, така и наредителят могат да правят възражения по повод на това отношение.

¹ Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications

Каузална е условната банкова гаранция и именно тя е уредена в чл. 442 ТЗ;

е) *абстрактна сделка* – задълженията, които гаранцията поражда, са абстрактни спрямо останалите правоотношения в гаранционния комплекс. По възникналото въз основа на тази сделка правоотношение между гаранта и бенефициера могат да се правят само възражения, основаващи се на съдържанието на банковата гаранция и по-точно на условията за плащане, предвидени в нея (Определение № 1602 от 02.07.2014 г. по гр. г. № 2388/2014 г. на САС).

Абстрактна е безусловната банкова гаранция, която се използва в банковата практика, но няма изрична законова уредба в българското законодателство. Тя се уговаря въз основа на установената в чл. 9 ЗЗД договорна автономия и чрез препращане към уредбата им в URDG от 2010 г. (вж. т. 1.1 по-горе);

ж) *акцесорна сделка* – издава се въз основа на валутното отношение, което възниква първично между наредителя и бенефициера.

Условната банкова гаранция безспорно е акцесорна сделка.

Безусловната банкова гаранция, въпреки че се издава по повод на валутното отношение, с обективизирането си се откъсва от него, превръща се в самостоятелна сделка, която не зависи от главния дълг, който обезпечава;

з) *intuitu personae* – правата по гаранцията не могат да се прехвърлят от страна на бенефициера на трето лице без изричното писмено съгласие на банката за това. Прехвърлянето на гаранцията без съгласието на банката води до погасяване на гаранционния ѝ ангажимент.

г) *делима* – ако банковата гаранция е уговорена като *делима*, то задължението на гаранта по нея се намалява съответно с всяка издължена погасителна вноска. Ако банковата гаранция обезпечава задължение за връщане на заемна сума, то *договорното обезпечение има за предмет единствено главното задължение по договора*. Всички акцесорни права на бенефициера, вкл. и правото да претендира обезщетение за забавено изпълнение, не са предмет на гаранцията. *Даденото обезпечение с банковата гаранция не се разпростира върху всички последици от неизпълнението на главното задължение, както това изрично е предвидено при поръчителството в чл. 140 ЗЗД (Решение № 149 от 12.10.2010 г. по в. т. г. № 336/2010 г. на Варненски апелативен съд).*

§ 3. Изпълнение на задължението по банковата гаранция

3.1. Предявяване на банковата гаранция за плащане

С банковата гаранция банката се задължава да плати на бенефициера едно чуждо задължение – това на неговия длъжник по валутното отношение и в това се изразява нейната *обезпечителна функция*. Пряка последица от изгадената банкова гаранция е правото на вземане на бенефициера към гаранта.

За да стане задължението изискуемо и за да се постави длъжникът в забава, е необходимо да се покани гарантът да изпълни. Затова при настъпване на съответните условия бенефициерът трябва да отправи писмено искане до гаранта за заплащане на сумата по гаранцията.

Това писмено искане има значението на *покана за плащане*, по подобие на чл. 69, ал. 1 и чл. 84, ал. 2 ЗЗД. Така в ТР № 1 от 2005 г., по дело № 1/2004 г. на ОСГК, ВКС приема за менителничните ефекти, че предявяването им представлява покана за изпълнение, предпоставка е да се постави длъжникът в забава и представлява необходимото съдействие от кредитора за изпълнение на задължението. Независимо че банковата гаранция не е ценна книга като менителничните ефекти, аргументите в това тълкувателно решение за правното значение на предявяването могат да се приложат и за нея, тъй като и в други обезпечителни сделки също се извършва покана за плащане и се представят документи (поръчителство, акредитив). Правото на бенефициера да претендира гаранцията не рефлектира върху самото вземане, а има значение единствено на покана към гаранта за изпълнение с оглед поставянето му в забава – чл. 69, ал. 1 ЗЗД (Решение № 153 от 19.12.2012 г. по т. г. № 1189/2011 г. на ВКС, ТК, 2 т. о.).

Неизпълнението на обезпеченото договорно задължение – като условие за плащане на гаранционната сума, следва да е настъпило към момента на депозиране на искането за плащане. Дори и отправеното искане да е депозирано преждевременно, не е необходимо бенефициерът да отправя нова покана до гаранта, ако в срока на валидност на гаранцията не е последвало изпълнение на задълженията на наредителя (Решение № 153 от 19.12.2012 г. по т. г. № 1189/2011 г., ТК, 2 т. о. на ВКС).

Когато банковата гаранция е издадена на хартиен носител, тя може да се предяви за плащане, като се отправя *писмено искане за плащане* до гаранта, съпроводено със самия гаранционен документ и другите посочени в гаранцията документи, доколкото такива са уговорени. Може да се използва и съдействието на нотариус, който чрез нотариална покана да връчи оригинала на банковата гаранция на банката. Когато банковата гаранция е издадена по електронен път чрез SWIFT и предявяването ѝ за плащане се извършва по електронен път чрез тази система.

3.2. Плащане

На този етап от развитието на отношенията банковата гаранция се превръща от вид лично обезпечение във вторична форма на плащане.

Правото на вземане се реализира по различен начин в зависимост от това дали банковата гаранция е условна или безусловна. Това налага преди всичко да се намери разграничителната линия между тях.

3.2.1. Разграничаване между условна и безусловна банкова гаранция – практически проблеми

Невралгична точка в практиката е виждането доколко задължението на банката гарант е абстрактно, независимо и автономно спрямо главното задължение (валутното отношение). И кога една банкова гаранция е каузална и зависима от валутното отношение. Това е основният проблем, свързан с плащането по нея.

Ако банковата гаранция е абстрактна сделка, тя е от типа „платима при първо поискване“. Но в някои случаи текстът на гаранцията е съставен така, че е трудно да се определи дали я категоризира като гаранция „при първо поискване“. В банковата практика се използват различни изразни средства като: „неотменяемо и безусловно се задължаваме“, „независимо от възраженията на... или трети лица“, „независимо от валидността и действието на договор № ...“ и други подобни.

Водещи следва да бъдат критериите, които са в духа на Единообразните правила за гаранциите, платими при поискване (URDG 758), и предходната им редакция (URDG 458).

В съдебната практика и в практиката на Комисията за защита на конкуренцията се срещат различни аргументи за това кога гаранцията е *условна* и кога *безусловна*.

- Гаранцията не е безусловна и неотменяема, тъй като *е със срок*, след изтичането на който същата автоматично се освобождава. Тя не може да обслужи процеса на спиране на изпълнението, при което обезпечението следва безусловно да гарантира данъчните задължения“ (Определение № 4271 от 20.04.2006 г. по адм. г. № 2848/2006 г., I отг. на ВАС). Тезата, че гаранцията не е безусловна само защото има срок на валидност, не може да бъде споделена, защото срокът е съществен елемент както от условната, така и от безусловната банкова гаранция.
- Гаранцията е безусловна, тъй като не предвижда възможност срокът да бъде удължен във връзка с настъпването на обективни обстоятелства, уговорени в договора между наредителя и бенефициера. Констатирано е, че самата гаранция не съдържа отлагателни и прекратителни модалитети, за да е необходимо да се съобразява налице ли са обективни пречки за изпълнение на задълженията по валутното отношение (Решение № 153 от 19.12.2012 г. по т. г. № 1189/2011 на ВКС, ТК, II т. о.).
- Банковата гаранция има минимално необходими реквизити, които се извличат от императивно определеното съдържание на запис на заповед и банковата практика (Решение № 822 от 24.01.2006 г. на ВАС по адм. г. № 7174/2005 г., IV отг.). Това становище не може да бъде споделено, тъй като уредбата на запис на заповед не може механично да се пренася върху банковата гаранция. Дали липсата на някой реквизит на запис на заповед ще доведе до недействителност на банковата гаранция?
- Гаранцията за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка не се приема за безусловна, защото в текста ѝ липсва думата „безусловна“ (според множество извънсъдебни решения на Комисията за защита на конкуренцията).

Точно обратното! Думите безусловна, безусловно (*unconditionally*) внасят неяснота и трябва да се избягват в текста на гаранциите. Безусловността трябва да се тълкува като синоним на абстрактността на банковата гаранция, а именно, че банката гарант не може да прави възражения, произтичащи от

валутното отношение (Решение № 371 от 15.03.2000 г. по гр. г. № 433/1999 г., V г. о. на ВКС).

Заклучението е, че за определяне на вида на банковата гаранция – дали е условна или безусловна, е необходимо да се анализира цялостният ѝ текст, да се установи дали тя е платима при първо поискване и дали по нея могат да се правят възражения, произтичащи от валутното отношение. Минимално условие за извършване на плащане по банковата гаранция от вида „платима при първо поискване“ (в практиката приета да се нарича „безусловна“) е да се представи писмено искане от бенефициера, подкрепено само с декларация за наличие на основание за плащане.

3.2.2. Плащане по условна банкова гаранция

С условната банкова гаранция банката обезпечава изпълнението на чужд дълг – задължението на длъжника по валутното отношение. По този начин банката обещава резултат. Условията на банковата гаранция се уговарят в договора за издаване на банкова гаранция, сключен между наредителя и гаранта. Тези условия са реквизити и на самата банкова гаранция като едностранна сделка. Условията обикновено са свързани с валидността и изпълнението на главното задължение, но могат да се уговорят и допълнителни модалитети извън валутното отношение.

Такъв модалитет най-често е въведеният в гаранционния документ прекратителен срок. Съществува трайно установена съдебна практика, според която изтичането на срока на действие на банковата гаранция, посочен в нея, пресича автоматично всякакви възможности на бенефициера успешно да предяви искания по съответната гаранция, както и да представи доказателства за изпълнение на условията по нея, тъй като се погасява самото потестативно право, възникнало в полза на бенефициера (Определение № 850 от 19.11.2012 г. по т. г. № 1142/2011 г., II т. о. на ВКС, където са изброени множество съдебни решения със същия мотив).

При условните банкови гаранции задължението на банката гарант идва на второ място след неизпълнение от страна на главния длъжник по валутното отношение – наредителя.

Задължението на банката гарант е *субсидиарно*, тъй като се поражда от неизпълнение на задълженията на наредителя към

бенефициера по съществуващото между тях каузално отношение (Определение № 1602 от 2.07.2014 г. по гр. г. № 2388/2014 г. на Софийски апелативен съд). Банката има право да откаже плащането с възражение за поредност (*exemptio ordinis*), ако съобразно с уговореното в гаранцията не бъдат ангажирани доказателства за неизпълнението (Решение № 1650/2014 г. по т. г. № 4432/2013 г. на Софийския апелативен съд). Казано по груб начин, изпълнението на главния дълг бенефициерът може да търси само от наредителя, а не от гаранта. Едва след неизпълнение от страна на наредителя може да се претендира обезвъзмездяване за вредите от гаранта.

Условната банкова гаранция е каузална сделка и именно тя е уредена в чл. 442 ТЗ. Правото да се иска плащане на сумата по гаранцията е обусловено от неизпълнение на гарантираното задължение по валутното отношение от страна на наредителя към третото лице (бенефициера). За плащането не е достатъчно само писмено искане за плащане от страна на бенефициера, а е необходимо да се представят документи, които да доказват изпълнението на валутното отношение. Така то не зависи единствено от волята на бенефициера, тъй като документите не изхождат единствено от него, а и от наредителя. Затова и задължението на гаранта не е абстрактно и безусловно.

При предявяване на *условна банкова гаранция* за плащане банката следва да провери с дължимата грижа дали са спазени предвидените в нея условия и представените по нея документи. Възможни са изложените по-долу практически хипотези.

а) При нормално развитие на отношенията, след като прояви грижата на добрия търговец и провери документите и условията на гаранцията, заложи като задължение по мандатното отношение, банката трябва да плати сумата на бенефициера. Приема се, че тя следва да уведоми наредителя за постъпило искане за плащане. Така се проверяват и осъществяването на условията по гаранцията и събирането на доказателствата. Освен това може да получи доказателства от наредителя, че е изпълнено или да установи, че изявлението, че не е платено, не е било истинско (Решение от 24.08.2012 г. по т. г. № 503/2008 г. на СГС).

б) Банката гарант да прояви недобросъвестност и да плати сумата по гаранцията в отклонение на условията, заложи в договора за нейното издаване. При неправомерно изплащане на

сумата по банковата гаранция наредителят следва да реализира договорната отговорност на банката гарант, тъй като е нарушила задълженията си по мандатното отношение (договора за издаване на банкова гаранция).

в) Ако банката неоснователно откаже да плати сумата по гаранцията при възникнал спор относно обстоятелства, съставляващи и основания за ангажиране отговорността на гаранта, бенефициерът разполага с правото да предяви вземането си по гаранцията по искъв ред чрез предявяване на осъдителен иск (Решение № 153 от 19.12.2012 г. по т. г. № 1189/2011 г. на ВКС).

г) Ако банката изплати сумата по гаранцията, въпреки че задължението по валутното отношение не съществува, гарантът може да предяви иск за неоснователно обогатяване срещу бенефициера (Определение № 1602 от 02.07.2014 г. по в. гр. г. № 2388/2014 г. на Софийския апелативен съд).

3.2.3. Плащане по безусловна банкова гаранция

Както беше посочено по-горе, безусловните банкови гаранции са абстрактни сделки. Те са откъснати от валутното отношение, гарантът не се интересува дали действително съществува главен дълг, дали той е изпълнен, или не е изпълнен. Банковата практика сочи, че в текста на безусловните гаранции се съдържа клауза, по силата на която гарантът дава безусловното си и неотменимо съгласие да отговаря за главния дълг *като основен длъжник, а не като трето задължено лице*. Така възниква второ, самостоятелно задължение наред с главния дълг.

Гарантът се задължава да плати *при първо поискване*, без да е необходимо да се представят каквито и да е доказателства, а само декларация на бенефициера, че има основание да претендира гаранцията. Подобна гаранция дава на бенефициера максимална защита, а поставя наредителя и банката гарант на максимален риск от неправомерно плащане.

Абстрактността и самостоятелността на задължението от валутното отношение поставя гаранта в невъзможност да противопостави на бенефициера каквото и да било възражение, произтичащо от това отношение, в т.ч. и че искът не е бил предявен първо на главния длъжник по валутното отношение.

Възраженията на гаранта могат да се основат на посочените по-долу обстоятелства.

- *Недействителността на самата банкова гаранция.* Банковите гаранции могат да се издават от банки със съответен лиценз и да са подписани от лица, които имат право да задължават банката. Документи, наименувани банкови гаранции, издадени от други лица, са нищожни, чл. 26 ЗЗД. Ако банковата гаранция е подписана не от законните представители на банката, а от техни пълномощници по реда на чл. 10, ал. 1 ЗКИ, това не я прави нищожна (Решение № 12571 от 01.10.2013 г. по адм. г. № 8275/2013 г. на ВАС).
- *Неизпълнението на изискването за представяне на необходимите документи,* които са посочени в гаранцията. Както беше посочено, безусловната банкова гаранция е абстрактна сделка, при която гарантът не може да се позовава на възражения, свързани с отношението бенефициер – наредител (валутното отношение), но няма пречка да се постави изискване за представяне на определени документи. Ако в банковата гаранция е предвидено изискване в писменото искане за плащане по гаранцията да бъде представен данъчен ревизионен акт, това не представлява условие по гаранцията и не променя характера ѝ, а е предпоставка за валидното предявяване на претенцията по гаранцията (Решение № 8224 от 08.06.2012 г. по адм. г. № 9654/2011 г. на ВАС).
- *На отлагателни или прекратителни модалитети,* инкорпорирани в самата гаранция. Най-често такива модалитети са сроковете на нейната валидност. Ако в банковата гаранция е уговорен прекратителен модалитет – срок на валидност, който е по-кратък от договорения срок за изпълнение на гарантираното задължение, тя не може да се третира като безусловна и неотменяема банкова гаранция според изискванията на чл. 153, ал. 4 ДОПК. Срокът на гаранцията може да бъде удължаван най-често по искане на бенефициера срещу „заплаха“ от предявяване на гаранцията – искът „плати или удължи“.
- *Гаранцията със срок, след изтичането на който същата автоматично се освобождава,* представлява годно обезпечение за този срок и е допустимо за срока на действие на гаранцията да бъде спряно изпълнението на ревизионния акт, защото за установените с него задължения е гарантирано,

че могат да бъдат събрани от издателя на гаранцията (Определение № 9913 от 16.07.2010 г. по адм. г. № 7304/2010 г. на ВАС).

- Модалитетите на банкова гаранция – срок на действие и изискване за представяне на искане за плащане на гаранцията, с което се декларира, че ревизионният акт е влязъл в сила и сумите по него са дължими и трябва да бъдат платени, не превръщат гаранцията в „условна“ за срока ѝ на действие. Въпреки тези модалитети банковата гаранция следва да се възприеме като безусловна и неотменяема до изтичане на посочения в нея срок (Определение по ч. адм. г. № 2406/2011 г. Административен съд – Варна).

Възражения могат да се правят до плащането на гаранцията.

Практиката се е обединила около позицията, че гарантът е длъжен да плати по силата на поетия от него ангажимент по издадената безусловна и неотменима банкова гаранция независимо от съдбата на главния дълг. Абстрактността и безусловността на задължението на гаранта превръщат банковата гаранция в бързо и високо ликвидно средство, приравнено на парите в брой. **Безусловната банкова гаранция е лишена от типичната си обезпечителна функция.** Тя не е насочена към обезпечаване на изпълнението на главния дълг, а представлява самостоятелно поето задължение на гаранта да отговаря *като основен длъжник*. С безусловната банкова гаранция наредителят фактически обезщетява автоматично бенефициера за претендираните от него вреди до размера на сумата по гаранцията.

Възможни са следните практически хипотези при предявяване на безусловната банкова гаранция за плащане.

а) Ако банката неоснователно не плати сумата по гаранцията, бенефициерът има право на осъдителен иск срещу нея. Банковата гаранция не е несъдебно изпълнително основание, тъй като не е ценна книга.

б) Банката може да откаже да плати, ако има достатъчно основание да се приеме, че е налице злоупотреба с право от страна на бенефициера при предявяването ѝ. Основанието за наличие на злоупотреба с право трябва да бъде достатъчно добре доказано – със съдебно или арбитражно решение (Определение № 437 от 15.06.2012 г. по т. г. № 972/2011 г. ТК, II т. о. на ВКС). Наличието на съдебен или арбитражен спор между наредителя и бенефициера относно съществуването на обезпеченото задължение по

валутното отношение е основание банката гарант да откаже плащане по гаранцията. Правното основание за отказа от плащане по банкова гаранция следва от принципа на добросъвестността, прогласен в чл. 63 ЗЗД и от забраната за злоупотреба с право, чл. 289 ТЗ. Приема се, че до решаване на спора за това дали съществува обезпеченото задължение, запорът върху вземането по банковата гаранция, е адекватна обезпечителна мярка на търсената защита (Определение № 2239 от 04.09.2014 г. по в. ч. гр. г. № 3165/2014 г. на Софийския апелативен съд). Съдебно или арбитражно решение, с което между наредителя и бенефициера се установява, че валутното (обезпечено) задължение не съществува, представлява доказателство за наличие на злоупотреба с право, при което банката гарант следва да откаже плащане по гаранцията.

в) След плащането на безусловната банкова гаранция отношенията се развиват между наредителя и бенефициера.

Ако бенефициерът е усвоил банковата гаранция въпреки неизпълнението на задълженията му по валутното отношение, това изключва потестативното му право да претендира гаранцията и поради неоснователното ѝ предявяване наредителят може да претендира връщане на платената по нея сума като получена без основание, чл. 55, ал. 1 ЗЗД. Наредителят следва да докаже, че неизпълнението на валутното отношение се дължи на виновното поведение на бенефициера, като по този начин установи недобросъвестността му при упражняване на правата по гаранцията. При въведени доводи и твърдения за неоснователно усвояване на сумата по банковата гаранция съдът е длъжен да изследва наличието на предпоставките, обуславящи плащането ѝ (Решение № 1087 от 6.03.2008 г. по т. г. № 662/2007 г. на ВКС – ТК).

Ако банковата гаранция е усвоена в противоречие с клаузите на сключения договор (валутното отношение), наредителят може да предяви срещу бенефициера и иск по чл. 82 във връзка с чл. 79, ал. 1 ЗЗД за заплащане на обезщетение за вреди, претърпени от него в резултат на неправомерното усвояване на банковата гаранция (Решение № 17 от 23.07.2014 г. по т. г. № 811/2012 г. на ВКС, II т. о.).

§ 4. Видове банкови гаранции

Наред със споменатите видове в хода на изследването **условни и безусловни банкови гаранции**, деление, което е съществено и затова е изнесено по-горе (вж. т. 3.2.1), практиката познава и други видове. На тях ще се спрем в следващите параграфи.

4.1. Банковата гаранция като едностранна сделка и като договор

В чл. 442 банковата гаранция е уредена като едностранна сделка. Не съществува пречка **банковата гаранция да се уреди като договор**. Банката може да поема гаранционно задължение по силата на договор, сключен между нея и наредителя. Важно е този договор да отразява особеностите, описани по-горе, за да не се отъждествява с договора за поръчителство. Тази препоръка не е спазена от законодателя в чл. 816, ал. 1 от Правилника за прилагане на Закона за митниците, който представлява несполучлива еkleктика между двата института. Съгласно този текст банковата гаранция за митнически цели е *договор за поръчителство* между гарантиращата банка и митническото учреждение, като с банковата гаранция банката се задължава да изплати безусловно и неотменяемо, *солидарно* с посочения в нея длъжник при първо писмено поискване сумата по гаранцията в определен срок.

4.2. С право на регрес и без право на регрес

Принципът е, че банковата гаранция е *с право на регрес*. В случай че друго не е предвидено, при плащането на гаранционното задължение в полза на банката се поражда право на регресен иск срещу наредителя, чието задължение тя е изпълнила.

При **банковите гаранции с право на регрес** плащането от страна на гаранта е плащане на чужд дълг – този на наредителя, и за него възниква регресно право срещу наредителя.

а) **Пълна суброгация**. Това осъществява фактическия състав на законната суброгация по смисъла на чл. 74 ЗЗД, който допуска изпълнителното чуждо задължение трето лице да встъпи в правата на удовлетворения кредитор, ако е налице правен интерес

за това лице от изпълнението. Безспорно е, че плащайки чуждия дълг, банката има интерес да си възстанови платената сума. Така от момента на плащането настъпва **пълна суброгация** – гарантът встъпва във всички права на бенефициера срещу наредителя, съществуващи към момента на плащането и свързани с възможността да получи удовлетворение.

б) **Частична суброгация.** Ако е налице прието от бенефициера частично плащане, настъпва и **частична суброгация** – платеният гарант встъпва в правата на бенефициера спрямо наредителя до размера на платената сума (Решение № 73 от 23.02.2015 г. по в. ч. гр. д. № 82/2015 г. на Окръжен съд – Враца; Решение № 87 от 06.03.2015 г. по в. гр. д. № 88/2015 г. на Окръжен съд – Сливен). Когато е налице частична суброгация на гаранта само за главницата, конкурирането му с бенефициера за лихвите и разноските при извършване на разпределение в изпълнителния процес е недопустимо. При недостатъчност на изпълнението да покрие целия дълг, следва да се приложи чл. 76, ал. 2 ЗЗД и да се погасят най-напред разноските, след това лихвите, т.е. да се покрие вземането на бенефициера, а най-накрая – да се изплати главницата в полза на частично встъпилия в правата на кредитора гарант (Решение № 127 от 22.04.2015 г. по гр. д. № 245/2015 г. на Окръжен съд – Перник; Решение № 203 от 23.06.2015 г. по ч. гр. д. № 143/2015 г. на Апелативен съд – Бургас). Възможно е да се уговори и друго, а именно че банката **няма да има право на регресна претенция**, ако плати сумата по гаранцията.

4.3. Пряка и косвена гаранция

При *пряката гаранция* банката на наредителя сама издава гаранцията.

При *косвената гаранция* банката на наредителя превъзлага на трета банка да издаде банковата гаранция. Така банката на наредителя се превръща в междинен гарант, като издава междинна гаранция в полза на другата банка. Втората банка става гарант спрямо бенефициера.

4.4. Според предмета на задължението

Според този критерий гаранциите се делят на гаранция за участие в търг, гаранция за добро изпълнение и гаранция за връщане на аванс, които на практика са и най-често срещаните.

- а) *Гаранция за участие в публичен търг* – задължение, поето от банка (гарант) по искане на гаген участник в търг (наредител), спрямо страната, която е обявила търга (бенефициер), с който ангажимент гарантът се задължава да извърши плащане на бенефициера в размер на определена сума, в случай че наредителят не изпълни задълженията си, произтичащи от офертата му за участие в търга.
- б) *Гаранция за добро изпълнение* – задължение, поето от страна на банката (гарант) по искане на доставчик на стока или услуга или на друг контрагент (наредител) спрямо купувач или предприемач (бенефициер), с който ангажимент гарантът се задължава, в случай че наредителят не изпълни надлежно условията на гаген договор, сключен между него и бенефициера, да извърши плащане на бенефициера в размер на определена сума или по свой избор, ако гаранцията предписва това, да обезпечи изпълнението на договора.

Гаранция за връщане на аванс е задължение, поето от страна на банка (гарант) по искане на доставчик на стоки или услуги или на друг контрагент (наредител), спрямо купувач или предприемач (бенефициер), с който ангажимент гарантът се задължава да извърши плащане на бенефициера в размер на определена сума. В случай че наредителят не върне обратно, съгласно условията на договора, сключен между него и бенефициера (договор), всяка сума или суми, които той е получил авансово от бенефициера или са му били платени от същия и не са били върнати обратно по друг начин се изплащат от банката със сумите по гаранцията.

§ 5. Съпоставка с други правни фигури

5.1. Банкова гаранция и поръчителство

Условната банкова гаранция има типична обезпечителна същност, която се рогее с **поръчителството** като вид лично обезпе-

чение. Доминиращо в теорията и съдебната практика е, че банковата гаранция и поръчителството са самостоятелни правни сделки, между които има сходство, без да са идентични (Решение № 128 от 04.04.2000 г. на ВКС по гр. г. № 1200/1999 г.; Решение № 1448 от 01.11.1999 г. на ВКС по гр. г. № 758/1999 г.).

Ако длъжници по договор за кредит са поели с договора да „гарантират солидарно размера на ползвания кредит“, това не е банкова гаранция (Решение № 128 от 05.02.2001 г. на ВКС, V г. о.), а възникване на солидарна отговорност по силата на договор.

Между двата института съществуват различия, посочени по-долу.

- а) Съдържанието на задължението на поръчителя е идентично със задължението на главния длъжник, докато задължението на банката гарант е винаги парично, независимо от това дали задължението на длъжника е парично, или непарично. Изпълнението на задължението по банковата гаранция е заплащане на парична сума на бенефициера.
- б) Банката може да се задължи да отговаря в различен обем в сравнение с главния длъжник, тъй като тя се задължава да плати *съобразно условията*, предвидени в гаранцията. Банката, в качеството си на търговец, може да се задължи и *за по-голяма сума*, и *при по-тежки условия* спрямо главния длъжник (наредителя), докато подобна клауза при поръчителството е недопустима.
- в) Най-съществената разлика е в отговорността на гаранта и поръчителя. Отговорността на банката гарант е субсидиарна (при условните банкови гаранции) и разделна. Докато поръчителят и главният длъжник отговарят *солидарно*. Банковата гаранция в чл. 442 ТЗ е уредена като едностранна сделка, а поръчителството като двустранна сделка (договор).

5.2. Банкова гаранция и акредитив

Конструкцията на акредитива и на банковата гаранция са идентични. Разликата в двата инструмента е в тяхната цел (вж. глава 11).

Акредитивът е преди всичко *разплащателно средство*. Нормалното развитие на отношенията води до неговото освобождаване и до плащане на сумата по него.

Банковата гаранция има основно *обезпечителна функция*. Сумата по нея ще бъде изплатена само в случай на неизпълнение. Това важи основно за условните гаранции.

Акредитивът се издава, когато трябва да се плати, а банковата гаранция – за да се санират последиците от евентуално неизпълнение на главния дълг.

През призмата на обезпечителната същност на двата инструмента важно предимство на акредитива от гледна точка на бенефициера е сигурността, че дължимата сума по каузалната сделка е в наличност по акредитивна сметка и при настъпване на условията на акредитива ще му бъде изплатена. Такова предимство за бенефициера съществува и при банковата гаранция. То идва обаче не от това, че сумата по гаранцията е в наличност, а от надеждността на гаранта. Гарантът е банка, което внушава сигурност, че сумата по гаранцията ще бъде изплатена.

За банките акредитивът е по-изгоден от банковата гаранция поради наличността на сумата по акредитивната сметка на наредителя. При акредитива банката плаща не със свои, а с „чужди“ пари. Докато при изплатена банкова гаранция с право на регрес банката е изправена пред проблемите на събирането на платената сума по съдебен ред и реализиране на учредените в нейна полза обезпечения.

Цитирани източници

1. Герджиков, О. *Търговски сделки*. 4-то изд., София, 2015. Gerdžikov, O. *Tărgovski сделки*, 4-to izd., Sofija 2015.
2. Джилизов, В. Правни възможности за прехвърляне на права по банкова гаранция. *Търговско и конкурентно право*. Džilizov, V. Pravni vāzmožnosti za prehvārljane na prava po bankova garancija, *Tărgovsko i konkurentno pravo*, 2 (2011).
3. Иванов, Д. Допустимост на обезпечителната мярка запор на вземане по банкова гаранция. *Търговско и облигационно право*. Ivanov, D. Dopustimost na obezpečitelната mјarka zapor na vzemane po bankova garancija, *Tărgovsko i obligacionno pravo*, 5 (2016).
4. Иванов, Д. Преглед на съдебната практика относно банковата гаранция. *Търговско и облигационно право*. Ivanov, D. Pregled na sādebnата praktika otnosno bankovата garancija. *Tărgovsko i obligacionno pravo*, 4 (2016).
5. Калайджиев, А. За банковата гаранция. *Съвременно право*. Kalajdziev, A. Za bankovата garancija. *Sāvremenno pravo*, 5 (1994).
6. Калайджиев, А. Какво е значението на искането за плащане на банковата гаранция? *Търговско право*. Kalajdziev, A. Kakvo e značenieto na iskaneto za plaštane na bankovата garancija?, *Tărgovsko pravo*, 5 (2006).
7. Найденов, Б. *Банковата гаранция в практиката на рисковото кредитиране*. Сиела, 1996. Najdenov, B. *Bankovата garancija v praktikata na riskovoto kreditirane*, Siela, Sofija 1996.
8. Русев, В. Банковата гаранция за митнически цели. *Счетоводство*, 21/6 (2007).
9. Симеонов, Ив. Безусловността на банковата гаранция. *Бюлетин на ICC-Bulgaria*.
10. Таков, К. *Банковата гаранция*. София, 1998. Takov, K. *Bankovата garancija*, Sofija 1998.

11. Хорн, Н. и Уимийрч. Е. Банкови гаранции. Оперативни акредитиви и гаранции за добро изпълнение в международната търговия. С., 1992. Horn, N. i Uimijrč. E. *Bankovi garancii. Operativni akreditivi i garancii za dobro izpālnenie v meždunarodnata tǎrgovija*, Sofija 1992.
12. Цветанов, Б. *Банковата гаранция във външната търговия*. Наука и изкуство, София, 1969. Svetanov, B. *Bankovata garancija vǎv vǎnšnata tǎrgovija*, Nauka i izkustvo, Sofija 1969.

Сближаване на законодателствата в областта на Вътрешния пазар на ЕС

доц. г.н. Живко Драганов*

SUMMARY

The functioning of the internal market is crucial for the future of the European Union and for achievement of its goals. Harmonization of national laws has primary importance for the regulation of the internal market. EU has used legislative and other non-legislative measures to harmonize national laws. New and more effective instruments for harmonization are developed that also provide stronger guarantees for more balanced approach. Vertical regulation gives place to horizontal harmonization. The role of sectoral industries, non-government and professional circles rises, and this is allowing better preservation of national diversity by the member states.

KEY WORDS

harmonization of national laws, internal market, maximum harmonization, minimum harmonization, technical rules and standards

Увод

Европейският съюз е установил вътрешен пазар¹, обхващащ пространство без вътрешни граници, в което свободното движение на стоки, хора, услуги и капитал е осигурено в съответствие

* Доц. г.н. Живко Драганов, катедра „Международно право и право на ЕС“, УНСС, jdraganov@unwe.bg (Assoc. prof. Dr. Sc. Jivko Draganov Department of International Law and Law of the EU, UNWE, jdraganov@unwe.bg).

¹ Чл. 3, параграф 3 от ДЕС.

с разпоредбите на договорите¹. Вътрешният пазар създава възможности и предоставя предимства на предприятията и на хората от държавите членки, които нямат аналог в нито една друга пазарна среда. Той задоволява интересите на участниците в стопанските отношения в мащаб, който значително надхвърля възможностите на вътрешнодържавното право. Нещо повече, чрез неговото функциониране ЕС развива социална пазарна икономика, която има за цел пълна заетост и социален прогрес и високо равнище на защита и подобряване качеството на околната среда².

Правното регулиране на вътрешния пазар има своята постоянна динамика. Развитието на обективното право на Съюза в областта на вътрешния пазар е поставено под въздействието на множество и различни фактори, в това число политически, пазарни и пр., на ниво държави членки и на ниво ЕС. Вътрешният пазар има установена договорна основа, която предоставя компетентност на институциите да приемат необходимите за неговото функциониране актове на производното право. Съюзът осъществява правното регулиране на тези отношения посредством приемането на норми с директен ефект и чрез създаването на разпоредби, които са насочени към сближаване на законите на държавите членки. Ако с първите се установяват унитарни права и пряко се уреждат отношения чрез правни норми на наднационално ниво, то актовете, насочени към сближаване, създават необходимата законодателна основа в правото на държавите членки, за да се обезпечи функционирането на вътрешния пазар. Тук възникват и най-големите затруднения за нормотворчеството при регулирането на вътрешния пазар на ниво Европейски съюз. През последните години хармонизирането на националните разпоредби в посочената област се постига чрез множество подходи, прилагани на различни нива. Те включват: законодателни и незаконодателни мерки на ниво ЕС, законодателни мерки на национално ниво, установяване и прилагане на технически правила и стандарти и пр. Налице е тенденция към обогатяване на регулативните механизми чрез децентрализиране и включване в процеса на регулиране не само на публични, но и на частни субекти. Не на последно място, трябва да се

¹ Чл. 26, параграф 2 от ДФЕС.

² Чл. 3, параграф 3 от ДЕС.

отбележи важната роля на Съда на ЕС в тези процеси във връзка с упражняване на предоставената му от първичното право тълкувателна компетентност. Всичко това обосновава виждането за наличието на комплексен, многопластов и динамичен подход към създаването и развитието на регулаторната рамка на вътрешния пазар.

I. Компетентност на ЕС относно регулирането на вътрешния пазар и нормативна основа за сближаването на законодателствата на държавите членки

Значението на вътрешния пазар за съществуването и развитието на ЕС е подчертано в договорите. Неговото установяване и функционирането му са въпроси, изискващи законодателни мерки едновременно на ниво ЕС и на ниво държави членки. Може да се твърди, че за изграждането и регулирането на вътрешния пазар на ЕС е ангажиран целият възможен набор от правни средства, с които разполагат ЕС и държавите членки. Обективното право на ЕС се състои от норми от договорите и от производното право на Съюза, които могат да имат директен ефект, и такива, които нямат директен ефект на територията на държавите членки. Основните разпоредби от първичното право, които са предвидени за постигането на целите на вътрешния пазар, обхващат следните разпоредби от Договора за функционирането на ЕС: чл. 30 (забрана на митата и таксите с равностоен ефект), чл. 34 и чл. 35 (забрана на количествените ограничения върху вноса и износа и мерките с равностоен ефект), чл. 110 (забрана за дискриминационно данъчно третиране) и чл. 36 (дерогация на забраните относно свободното движение на стоки), чл. 45 – чл. 48 (свободно движение на работници), чл. 49 – чл. 55 (право на установяване), чл. 56 – чл. 62 (свободно предоставяне на услуги) и чл. 63 – чл. 66 (свободно движение на капитали и плащания. Наред с посочените норми на първичното право важно значение имат и отделни решения на Съда на ЕС, които утвърждават фундаментални принципи на регулирането на вътрешния пазар

като взаимното признаване³ (C-120/78 Cassis de Dijon). Взаимното признаване се явява още инструмент за балансиране между необходимостта от сближаване и възможността за самоопределяне на държавите членки и ключов принцип за постигане на целите на ЕС⁴.

Чрез посочените по-горе разпоредби първичното право на ЕС обезпечава необходимата нормативна основа, която да премахне съществуващите между държавите пречки пред изграждането и функционирането на вътрешния пазар и да създаде предпоставките, необходими, за да могат държавите да се конкурират и да се възползват от свободите на движение, като привличат стоки и производствени фактори⁵. Последното би могло да се постигне чрез създаване от държавите на по-благоприятни вътрешни норми, които да привличат предприятията към техните пазари и по този начин те да развиват своите икономики. Това обаче остава в значителна степен неосъществено до този момент.

Първичното право на ЕС преминава през различни етапи на своето развитие и това засяга пряко и регулирането на пазара на ЕС. Първоначалният подход към уреждането на отношенията в областта на общия пазар е подходът на пазарния либерализъм. С развитието си Съюзът все повече се ориентира към формиране на социален модел на вътрешния пазар, който да отчита и да държи сметка за основните права на гражданите, като се търси балансът между различните интереси, които са засегнати от законодателните мерки. С Договора от Лисабон вътрешният пазар придоби по-широки измерения. Чл. 3, параграф 3⁶ от ДЕС в редакцията си след влизане в сила на Договора от Лисабон предвижда, че Съюзът установява вътрешен пазар, като работи за устойчивото развитие на Европа, основаващо се на балансиран икономически растеж и ценова стабилност, силно конкурентна

³ Принципът на взаимно признаване изисква стоки или услуги, които са пуснати, съответно се предлагат законосъобразно на пазара на една държава членка, да се допуснат свободно на пазара на която и да е друга държава членка. Прилагането му позволява да се запази националното разнообразие, но той не е абсолютен, има своите ограничения и не може да замести необходимостта от хармонизиране на законодателствата. Този принцип е един от фундаменталните принципи, които осигуряват функционирането на вътрешния пазар и променят разбиранията за хармонизация на ниво ЕС. Виж повече в Purnhagen, K. P. (2014).

⁴ Groussot, X. и др. (2016), 26.

⁵ Bernard, C. (2013), 633.

⁶ Прегледен чл. 2 от ДЕС.

социална пазарна икономика, която има за цел пълна заетост и социален прогрес, и високо равнище на защита и подобряване качеството на околната среда. Заетостта, социалният прогрес и защитата на околната среда са вече пряко свързани с функционирането на вътрешния пазар, те се явяват цел на пазарната икономика, а тя е „социална“ икономика. Израз на това социално начало е също приемането⁷, а по-късно и закрепването⁸ на Хартата на основните права на гражданите като част от първичното право на ЕС.

Създаването на необходимата правна основа за функционирането на вътрешния пазар изисква приемането на съответните актове на производното право. Тъй като ЕС разполага единствено с предоставена компетентност⁹, възможността му да приема правно обвързващи актове, е ограничена до изрично определените в договорите предели – области на материална компетентност и за постигането на предвидените в тях цели (функционална компетентност). В зависимост от обема компетентността бива изключителна – когато само ЕС може да приема правнообвързващи актове; споделена – в рамките на която ЕС и държавите могат да приемат правно обвързващи актове; допълваща – когато Съюзът има компетентност да предприема действия за подкрепа, координиране или допълване на действията на държавите членки, без да приема актове по хармонизация. Съгласно разпоредбата на чл. 4 от ДФЕС вътрешният пазар попада в областите на споделена компетентност на ЕС. При нейното упражняване ЕС е приел множество актове с общо действие и директен ефект (регламенти), както и с непряко действие – директиви, чрез които най-вече се извършва сближаването на националните закони и подзакони разпоредби в областта на вътрешния пазар. При приемането на тези актове Съюзът е обвързан със спазването на принципа на субсидиарност, гарантиращ, че той няма да се намесва, като приема правнообвързващи актове, освен в „случай и доколкото целите

⁷ С Договора от Ница през 2001.

⁸ С Договора от Лисабон.

⁹ Принципът на предоставената компетентност е закрепен в чл. 5, параграф 2 на ДФЕС. „По силата на принципа на предоставената компетентност, съюзът действа единствено в границите на компетентност, която държавите - членки са му предоставили с договорите, с оглед постигане на поставените в тези договори цели. Всяка компетентност, която не е предоставена на съюза с договорите, принадлежи на държавите - членки“.

на предвиденото действие не могат да бъдат постигнати в достатъчна степен от държавите – членки както на централно, така и на регионално и местно равнище, а поради обхвата или последиците от предвиденото действие могат да бъдат по-добре постигнати на равнището на съюза¹⁰. Доколкото актовете с директен ефект са необходими, за да се предоставят пряко права на гражданите или да се възложат на държавите задължения във връзка с упражняването на четирите свободи на движение, то тези актове не са насочени към сближаване на законодателствата. Наличието на норми с директен ефект обаче не може да бъде достатъчно, за да се решат проблемите с функционирането на вътрешния пазар. Това е така, защото част от въпросите са пряко свързани с действието на норми от вътрешното право, с други мерки и политики на отделните държави членки. Възможностите за дерогация на разпоредбите, които задължават държавите да допуснат свободното движение на стоки, хора, услуги и капитали, създават предпоставки за налагане на ограничения, които също изискват определена степен на хармонизиране на националните закони. Не на последно място, сближаването на законодателствата прави възможно съблюдаването на жизненоважни обществени интереси – като защита на потребителите и опазване на общественото здраве¹¹.

Договорна основа на законодателна компетентност за хармонизиране (чл. 114, чл. 115 и чл. 352 от ДФЕС)

Компетентността на ЕС да приема норми за сближаване на законодателствата на държавите членки в областта на вътрешния пазар, е предвидена в разпоредбите на чл. 114 и чл. 115 от ДФЕС. Допълнително разпоредбата на чл. 352 предоставя функционална компетентност на ЕС да приема разпоредби с оглед постигането на посочена в договорите цел. Докато чл. 115 и чл. 352 изискват прилагането на специална законодателна процедура при приемането на правно обвързващи актове, чл. 114 предвижда спазване на обикновената законодателна процедура и е основната разпоредба за приемане на мерки за хармонизиране на законодателствата на държавите членки в областта на вътрешния пазар. Съгласно параграф 1 на чл. 114 Европейският парламент и Съветът приемат мерките за сближаване на зако-

¹⁰ Чл. 5, параграф 3 от ДФЕС.

¹¹ Bernard, C. (2013), 633.

новите, подзаконовите или административните разпоредби на държавите членки, които имат за цел създаването или функционирането на вътрешния пазар. При обикновената законодателна процедура актът се приема съвместно от Европейския парламент и Съвета. Разпоредбата на чл. 114, параграф 1 изисква да бъде извършена консултация с Икономическия и социален комитет. За разлика от чл. 115, чл. 114 позволява приемането не само на директиви, но и на други актове, в това число регламенти и решения. Действително сближаването на законодателствата се извършва в голям брой случаи чрез приемането на директиви, но са допустими и други мерки. Съдът на ЕС тълкува разширително израза „мерки за сближаване“, като приема, че с този израз държавите членки са предоставили свобода на законодателните институции на ЕС да изберат в зависимост от контекста и обстоятелствата най-подходящата мярка за постигане на преследвания резултат, особено в области, характеризиращи се със сложни технически особености¹². Така мерките за сближаване, приети на основание чл. 114, могат да включват и други обвързващи правни актове на ЕС, дори и такива, чиито адресати са различни от държавите членки. Допустимо е също тези мерки да предвиждат създаването на орган на Съюза, който да отговаря за подпомагането на процеса на хармонизация¹³, или да делегират на орган, служба или агенция на Съюза правомощия за изпълнението на целената хармонизация¹⁴ и дори „като крайна мярка и при много ограничени обстоятелства – приемането на мерки, приложими в целия Съюз, които при необходимост могат да приемат формата на решения, адресирани до определени участници на посочените пазари.“¹⁵

Основна предпоставка, за да може да се приеме мярка за сближаване на законодателствата на основание чл. 114, е да няма друга разпоредба на договорите, която да е специално предвидена за това. Обхватът на чл. 114 изисква кумулативното изпълнение на две условия: първо, актовете да съдържат мерки за сближаване на законовите, подзаконовите и административ-

¹² Решение по дело Обединено кралство/Парламент и Съвет, C-66/04, точка 45; Решение по дело Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия срещу Европейския парламент и Съвета на Европейския съюз, C-270/12, точка 102.

¹³ Решение C-270/12, точка 104.

¹⁴ Решение C-270/12, точка 105.

¹⁵ Решение C-270/12, точка 108.

ните разпоредби на гържавите членки и второ, те да имат за цел създаването и функционирането на вътрешния пазар. Не е изключено дадена мярка за сближаване да се приеме на основание чл. 114 при наличието и на друга разпоредба в договорите, която също да предвижда приемането ѝ. Съдът на ЕС е постановил, че приемането на директива при едновременно посочване на две различни основания от договорите само по себе си не обуславя нейната недействителност. Подобна грешка може да предствява формално несъответствие, освен ако не нарушава процедурата по приемане на акта¹⁶. Допустимо е също приемането на акт за сближаване на основание чл. 114 дори когато предметът е във връзка освен с вътрешния пазар и с друга разпоредба на първичното право. В тази насока например Съдът на ЕС се е произнесъл, че Директива 89/428 относно процедурите за хармонизиране на програми за намаляване и евентуално премахване на замърсяване, причинено от отпадъци от производството на титанов диоксид, е следвало да бъде приета като мярка за хармонизиране на вътрешния пазар, вместо на основание разпоредбите в областта на опазването на околната среда¹⁷. Също и че доколкото условията за позоваване на чл. 114 като основание за сближаване са изпълнени, приемането на законодателни мерки от ЕС на тази основа не може да бъде отхвърлено поради това, че опазването на общественото здраве е водещ фактор при решаването на въпроса¹⁸. Това обаче не трябва да се приема като възможност за избирателно прилагане на специалните основания, предвидени в договорите, или за използване на чл. 114, „за да се заобиколи изричното изключване на всякаква хармонизация“¹⁹ – в цитирания случай целящи защита и подобряване на човешкото здраве.

Прилагането на чл. 114 изисква съблюдаване от институциите на принципите на субсидиарност и пропорционалност. Принципът на субсидиарност бе разгледан по-горе, а принципът на пропорционалност изисква актовете да не надхвърлят по своето съдържание и форма онова, което е необходимо за постигане на техните цели. Разпоредбата на чл. 114 предвижда възможност

¹⁶ Решение C-491/01, точка 98.

¹⁷ Решение C-300/89, точка 22 и точка 25.

¹⁸ Решение C-491/01, British American Tobacco (Investments) Ltd и Imperial Tobacco Ltd, точка 62.

¹⁹ Решение по Дело C-376/98, точка 79.

за дерогация от страна на държавите членки на определени мерки, приети на това основание. Параграф 4 допуска дерогация по отношение на мерки във връзка със запазване на действие на национални разпоредби, приети на основание, предвидено в чл. 36 от ДФЕС, или отнасящи се до защитата на околната или работната среда, със задължение за уведомяване на Комисията. Параграф 5 позволява дерогация, когато след приемането на мярка за хармонизиране държава членка прие за необходимо да въведе национални разпоредби, основаващи се на нови научни доказателства, свързани със защитата на околната или работната среда поради специфичен проблем на тази държава членка, който е възникнал след приемането на мярката за хармонизиране. В последната хипотеза е необходимо уведомяване на Комисията за предприетите мерки и за основанията за тяхното приемане. Съгласно параграф 6 Комисията разполага със срок от шест месеца, считано от уведомяването по параграф 4 или параграф 5, да одобри или да отхвърли въпросните национални разпоредби, след като установи дали те представляват, или не представляват средство за произволна дискриминация или прикрито ограничение на търговията между държавите членки, и дали пречат, или не пречат функционирането на вътрешния пазар. Непроизнасянето в срок се счита за одобрение.

Освен законодателните мерки за сближаване на вътрешното право на държавите членки, разгледани по-горе, чл. 290 и чл. 291 от ДФЕС предоставят възможност на Комисията да приема незаконодателни регламенти, директиви или решения, които могат да бъдат делегирани (по чл. 290) или „за изпълнение“ (по чл. 291). Първите допълват или изменят определени несъществени елементи от законодателния акт, а вторите предоставят изпълнителни правомощия на Комисията или на Съвета.

II. Пълно и минимално сближаване на законодателствата

Сближаването на законодателствата на държавите членки може да включва предприемане на действия за постигане на пълна хармонизация или за установяване на минимални общи стандарти. По своята същност хармонизацията се отнася до замяната на разнообразни национални правила в определена област с правила, приети от законодателя на Съюза. Когато се заменят множество национални с едно общо правило на ЕС, е налице максимална или още пълна хармонизация²⁰. ЕС е установил пълна хармонизация по определени въпроси, като например защитата на потребителите. Съгласно разпоредбата на чл. 4 от Директива 2011/83/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 25 октомври 2011 г. относно правата на потребителите, „държавите членки не могат да запазват или въвеждат в своето национално право разпоредби, отклоняващи се от предвидените в настоящата директива, включително повече или по-малко строги разпоредби, с които да гарантират различно равнище на защита на потребителите, освен ако в настоящата директива не е предвидено друго“. В съответствие с чл. 2, параграф 2 от ДФЕС в областите на споделена компетентност, където ЕС и държавите членки могат да законодателстват, се прилага правилото, че: „държавите членки упражняват своята компетентност, доколкото Съюзът не е упражнил своята. Държавите членки упражняват отново своята компетентност, доколкото Съюзът е решил да спре да упражнява своята“. Веднъж щом ЕС е установил пълно сближаване, държавите се лишават от възможността да създават самостоятелно свои правила. Това се отнася както за по-високите, така и за по-ниските изисквания. Пълната хармонизация има своите предимства, които се изразяват най-вече в това, че се установяват еднакви правила, приложими в рамките на територията на всички държави от ЕС. Това внася сигурност и стабилност и води до намаляване на разходите на предприятията при упражняването на свободното движение. Но тя има и своите негативи. Например, когато в отделна държава са установени по-високи стандарти, хармо-

²⁰ Bernard, C. (2013), 633.

низирането ще доведе до по-ниско ниво на защита на засегнатите интереси. Така при пълната хармонизация на защитата на потребителите държавите членки може да бъдат принудени да отменят националните норми, които не отговарят на директивата, без значение дали съществуващото ниво на национална защита е по-високо, или по-ниско²¹. В частност потребителите от държави с традиционно високо ниво на защита на потребителите, като скандинавските страни, Германия или Холандия, по-скоро ще изгубят доверие в ЕС и вътрешния пазар, ако се случи така, че законодателството на ЕС доведе до намаляване на потребителската защита²². Пълната хармонизация изглежда по-приемлива при установяването на някои особено важни стандарти например във връзка със защитата на здравето, каквито определя Директива 2014/40/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 3 април 2014 г. за сближаване на законовите, подзаконовите и административните разпоредби на държавите членки относно производството, представянето и продажбата на тютюневи и свързани с тях изделия. Пълната хармонизация може да има нежелани ефекти, свързани със заличаване на националните особености и намаляване на разнообразието в Съюза. Възможно е също да се стигне до създаването на антиевропейски нагласи в някои държави, какъвто е случаят с Директива на Съвета 80/181/ЕИО за сближаване на законодателствата на държавите членки относно мерните единици, която предвижда въвеждане на задължително използване във всички държави членки на метричните единици. Независимо че допуска използването в държавите на допълнителни обозначения, Директивата предвижда задължение за пълно въвеждане на метричната система. Така се стига до ситуация, при която във Великобритания не се позволява използването на прибори и уреди, които отчитат само в имперски мерни единици. Последното от своя страна води до създаване на антиевропейски настроения сред част от населението, свикнало с използването на имперските единици.

Мерките с минимална хармонизация определят и минимални изисквания, но позволяват на държавите членки да въведат и по-високи стандарти. Такава възможност създава разпоредбата на чл. 153, параграф 2, б. (б) от ДФЕС, съгласно която Европей-

²¹ Loos, M. (2010), 6.

²² *Supra* бел., 20.

ският парламент и Съветът приемат в областта на социалната политика посредством директиви „минимални изисквания, които следва да бъдат приложени постепенно, като се имат предвид условията и техническите правила във всяка държава членка“. Независимо, че чл. 114 и чл. 115 не предвиждат изрично подобна възможност, те също са използвани за основание при приемане на директиви, които установяват минимални изисквания²³. Минималните изисквания не следва да се възприемат като възможно най-занижените изисквания. С тях могат да се установяват високи стандарти. Определянето им като „минимални“ се отнася до това, че държавите не могат да поддържат по-ниски стандарти от залегналите в съответната директива и са свободни, ако решат, да въведат по-високи изисквания. Последното обаче също може да порожи нежелани последици. Това е т.нар. „обратна дискриминация“ при търговията със стоки. Обратна дискриминация е налице, когато заради по-високите стандарти в една държава производството на местни стоки е поставено в по-неблагоприятна ситуация от това в друга държава, където изискванията съответстват на минималните за ЕС. Стоките, които са произведени при по-занижени изисквания, се допускат свободно до пазара на първата държава, в която същите местни стоки са подложени на по-висок стандарт. Така производителите от държавата, въвела по-висок стандарт, могат да имат интерес да се преместят в държава с по-нисък стандарт. Това от своя страна може да доведе до отмяна на по-високия стандарт там, където той е установен, и в крайна сметка минималните изисквания да се окажат и максимални изисквания в целия ЕС.

III. Други подходи за сближаване (стандарти и технически мерки, агенции, отворен метод на координиране и етични кодекси)

Първоначално възприетият подход на сближаване на законодателствата предвижда създаването на общи подробни технически правила, които се прилагат в отделните сектори²⁴. Един от първите актове от правото на ЕС, който възприема различен

²³ Bernard, C. (2013), 662.

²⁴ *Supra* бел., 666.

модел, е Директива 88/378 относно сближаване на законодателствата на държавите членки във връзка с безопасността на детските играчки²⁵. Съгласно чл. 2, параграф 1 от Директивата „детските играчки могат да се предлагат на пазара само когато не заплашват безопасността и/или здравето на потребители или трети лица при употреба по предназначение или по предвидим начин, като се отчита обичайното поведение на децата“. Директивата предвижда, че държавите членки не възпрепятстват предлагането на техния пазар на детски играчки, ако те отговарят на едно от следните две условия – да притежават маркировка ЕО или да притежават сертификат за проучване на тип на ЕИО за съответствие с одобрен вече модел. Основните изисквания за безопасност, на които трябва да отговарят играчките, са определени в Приложение II от Директивата като общи и особени рискове, в шест подгрупи. Някои от тях съдържат конкретни показатели (например относно максималното съдържание на определени химически вещества), а други са най-общи – например изискването детските играчки да се проектират и конструират така, че да се сведе до минимум рискът от физическо нараняване, което може да бъде причинено от движението на подвижните им части (физически и механични свойства, б. „в“). В съображенията на тази директива изрично се посочва, че тя отчита Резолюцията на Съвета от 7 май 1985 г.²⁶ относно нов подход към техническата хармонизация и стандарти, съгласно която хармонизацията трябва да се „състои от установяване на основни изисквания за безопасността, които трябва да бъдат спазени от всички детски играчки, когато те се предлагат на пазара“. Резолюцията формулира няколко фундаментални принципа на хармонизацията: неприлагане на остарели или ненужни/прекалено високи технически изисквания; взаимно признаване на резултатите от изпитвания и създаване на общи правила относно работата на националните контролни и сертифициращите организации; установяване на техническите характеристики на продуктите, в частност за защита на здравето и обществения интерес, и създаване на стандартизиращи организации на ниво ЕС, които да одобряват общите стандарти. Новият подход се основава на въвеждането на

²⁵ Отменена с Директива 2009/48/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 18 юни 2009 г. относно безопасността на детските играчки.

²⁶ ОВ С 136, 4.6.1985 г.

по-обща правила и стандарти с хоризонтално действие, които да имат широк обхват в цялата индустрия и да се създават на доброволен принцип. Той се определя от Съвета²⁷ като подходящ и ефикасен регулаторен модел, който позволява технологични иновации и повишава конкурентоспособността на европейската индустрия. Следва създаването с Решение № 768/2008/ЕО на Европейския парламент и на Съвета²⁸ на обща рамка за предлагането на пазара на продукти, с което се „установяват основните принципи и референтни разпоредби, предназначени да се прилагат в секторното законодателство, с цел да се създаде последователна основа за преразглеждането или преработването на това законодателство“ (съображение 2). В съображенията на Решението се посочва също: че специалното законодателство за отделни продукти следва, когато това е възможно, да избягва навлизането в технически подробности, като вместо това следва да се ограничи до определяне на съществени изисквания (8); че икономическите оператори следва да бъдат отговорни за съответствието на продуктите в зависимост от съответната си роля във веригата на доставка (17); че вносителите се уверяват, че продуктите, които пускат на пазара, отговарят на приложимите изисквания и че не пускат на пазара продукти, които не отговарят на тези изисквания или представляват риск (22); че с нанасянето на маркировка „СЕ“ върху продукта производителят декларира, че продуктът съответства на всички приложими изисквания и че той носи пълната отговорност за това (31); че държавите членки отговарят за осигуряването на силен и ефективен надзор на пазара на своите територии и следва да предоставят достатъчно правомощия и ресурси на своите органи за надзор на пазара (34). Чл. 1 от Решението установява три основни принципа: принцип на съответствието на продуктите, пуснати на пазара, е правото на ЕС; принцип на отговорност на икономическите оператори за съответствието на продуктите и принцип на отговорност на икономическите оператори за предоставяне на цялата информация за продукта. За определяне на изискванията за акредитация и надзор на продуктите е приет Регламент 765/2008 на ЕП и Съвета²⁹. Регламентът допълва Решение 768 (съображение 3). С него се създават

²⁷ Резолюция от 10 ноември 2003, ОВ С 282, 25.11.2003 г.

²⁸ ОВ L 218, 13.8.2008 г.

²⁹ Пак там.

рамка за надзора на пазара на продукти и за осъществяване на контрол на продуктите от трети държави, както и основните принципи относно маркировката „СЕ“. Съгласно чл. 30, параграф 4 от въпросния регламент маркировката „СЕ“ е единствената маркировка, указваща, че продуктът е в съответствие със законодателството на Съюза за хармонизация, а съгласно параграф 3 с нанасянето ѝ производителят показва единствено че поема отговорност за съответствието на своя продукт с всички приложими изисквания. Т.е. тази маркировка не удостоверява, че е извършен някакъв предварителен независим контрол преди пускането на пазара, нито е гаранция за качеството на означения с нея продукт.

Най-важната характеристика на този подход е, че вместо да се създават подробни правила на ниво ЕС, се предоставя възможност за установяване на стандарти от различни други организации на международно и европейско ниво и дори в отделните държави членки на основата на определените от Съюза общи изисквания относно продуктите и тяхната безопасност. Основна роля в този процес имат: Европейският комитет по стандартизация (CEN), Европейският комитет за стандартизация в техниката (CENELEC) и Европейският институт за стандарти в далекосъобщенията (ETSI). Приеманите от тези организации стандарти са доброволни за спазване, а самите организации не са органи или агенции на ЕС и не са обвързани със задължения, произтичащи от договорите за органите на Съюза, нито техните актове подлежат на контрол от Съда на ЕС. И докато първите два комитета са организирани на базата на заинтересованите страни и националното представителство и в тях участват националните органи по стандартизация, Европейският институт за стандарти в далекосъобщенията е изграден също на принципа на прякото участие и в него могат да членуват освен публични държавни органи и национални организации по стандартизация също и мрежови оператори, производители, ползватели, доставчици на услуги, университети и други частни организации. Съгласно съображение (1) от Регламент № 1025/2012 на ЕП и Съвета относно европейската стандартизация³⁰ „основната цел на стандартизацията е определянето на доброволни технически спецификации или спецификации за

³⁰ ОВ L 316, 14.11.2012 г.

качеството, на които могат да отговарят настоящи или бъдещи продукти, производствени процеси или услуги“. Изготвянето на европейските стандарти от посочените организации се извършва по искане на Комисията и се финансира от ЕС. Създадените по този ред стандарти се определят от Регламента като „хармонизирани стандарти“, които, макар и необвързващи, *de facto* са задължителни, доколкото икономическите стимули за съответствие със стандарта, който гарантира маркетинга на продуктите, са много силни³¹. Този подход на стандартизация е подлаган на критики поради това, че не е демократичен, че не включва пряко участие на заинтересованите страни, че създаването на правила по този начин е в противоречие с обществения интерес и пр.

Въздействието на техническите норми и стандартите – както тези, които се установяват с актове на производното право, така и създаваните от други организации в Съюза, може да надхвърли пределите на вътрешния пазар. Установените в ЕС стандарти могат да засегнат стоки с произход от трети страни, предназначени за продажба на неговата територия, както и да се приемат като „златни стандарти“ от чуждестранни предприятия. Този ефект на „износ“ на стандарти е израз на влиянието, което има ЕС в международната търговия благодарение на вътрешния пазар. Ако попитате икономистите дали ЕС е силен, те вероятно ще обсъдят намаляващата роля на Съюза на фона на възхода на Китай. Но ако попитате „Майкрософт“, „Гугъл“, „Монсанто“, „Дау кемикъл“ или „Ревлон“ дали Съюзът е силен, те ще отговорят вероятно с израз на горчиво съжаление – да³².

Друг подход за сближаване на правилата в областта на вътрешния пазар в правото на ЕС е чрез създаването на специализирани агенции на Съюза и възлагането им на правомощия, свързани с приемането на мерки, насочени към държавите членки и към частноправни субекти. Агенции, създадени на основание чл. 114 от ДФЕС, са например: Европейският орган по безопасност на храните, Европейската агенция по лекарствата, Европейският орган за ценни книжа и пазари и пр. Техният брой и тяхната роля нарастват в годините. Основният въпрос, свързан с учас-

³¹ Panos, K. и гр. (eds.) (2016), 17.

³² Bradford, A. (2015), 170

тието им в процеса на сближаване на вътрешния пазар, е относно тяхната компетентност да приемат подобни мерки. Този въпрос е намерил положителен отговор в различни решения от практиката на Съда на ЕС. Така във връзка с искане за отмяна на чл. 28 от Регламент (ЕС) № 236/2012 – къси продажби и някои аспекти на суаните за кредитно неизпълнение, който определя правомощията на ЕОЦКП за намеса при извънредни обстоятелства Съдът на ЕС е приел, че е допустимо създаване на орган на Съюза, който да отговаря за подпомагането на процеса на хармонизация, както и да се делегират на такъв орган правомощия за изпълнението на целената хармонизация³³. Създаването на агенции от ЕС често включва участие на тези агенции при определянето на подробни технически норми – например в областта на лекарствата и безопасността на храните. Те не само координират сложни процедури по прилагане на правото на ЕС, но нараства и ролята им като участници в създаването на стандарти, които да се използват по отношение на изпълнението на правото на Съюза от държавите членки³⁴.

Лисабонската стратегия възприе още един метод за сближаване, който протича без участието на законодателните институции на ЕС – т.нар. „отворен метод на координиране“. Характерно за него е, че в основата си се свежда до определянето на насоки и политики, които държавите да възприемат като национални политики и добри практики. Методът на отворената координация е метод за сближаване и развитие чрез опита. Държавите членки насочват своите политики към постигане на общи цели и взаимно се оценяват относно тяхното изпълнение. Той се прилага в областите на допълваща компетентност – като образование, младеж, професионално обучение (но не само). Така например в Съобщението за стратегическите насоки за устойчиво развитие на сектора на аквакултурите³⁵. Комисията посочва, че „предложението за реформа на общата политика в областта на рибарството има за цел секторът на аквакултурите да бъде насърчаван посредством отворен метод на координация: процес на доброволно сътрудничество въз основа на стратегически насоки и многогодишни национални стратегически планове, в които са определени общи цели и когато е възможно, показатели

³³ Решение C-270/12, точка 104-105.

³⁴ Panos, K. и др. (eds.) (2016), p.13

³⁵ COM(2013) 229 final.

за измерване на напредъка в постигането на тези цели“. Стратегическите насоки следва „да подпомогнат държавите членки при разработването на техните собствени национални цели, като отчитат съответните си начални позиции, национални особености и институционални договорености“. Отвореният метод се прилага и в социалната област, като държавите членки доброволно координират националните си политики и добрите си практики по въпроси като социална закрила, пенсии и пр., а основен инструмент за постигане на това се явяват партньорските проверки. Отвореният метод на координиране е силно децентрализиран и демократичен, но не може да реши въпроси, за които се изисква приемането на законодателни мерки.

Не на последно място внимание заслужават и групи незадължителни инструменти, като например етични правила, въвеждани от професионални организации. Според Европейската комисия законодателството често е част от едно по-широко решение, което комбинира правни норми с други незадължителни инструменти, както и че незадължителните инструменти могат да са с не по-малко значение за постигането на определена цел от задължителните³⁶. Значението на етичните кодекси се подчертава изрично в актове за сближаване на законодателствата като мерки, които са предназначени да въведат минимални стандарти за поведение и да допълнят правните изисквания на държавите членки³⁷. От държавите членки се изисква да насърчат създаването на кодекси за поведение, които да включват правила за търговските съобщения при регулираните професии и правила за професионалната етика и поведение на регулираните професии, които целят преди всичко гарантиране на независимостта, безпристрастността и професионалната тайна³⁸. Все пак тези мерки не са в състояние сами по себе си да осигурят трайно подобряване на професионалното поведение в рамките на Съюза³⁹.

³⁶ European Governance – A White Paper COM/2001/0428 final.

³⁷ Директива 2006/123/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 12 декември 2006 г. относно услугите на вътрешния пазар, Съображение 115.

³⁸ Директива 2006/123/ЕО, Съображение 114.

³⁹ Delimatsis, P. (2009), 27.

Заклучение

Функционирането на вътрешния пазар и неговото развитие изискват съвместимост на мерките на наднационално ниво с правните системи на всяка от държавите членки. Сближаването на законодателствата в областта на вътрешния пазар е абсолютна предпоставка за постигане на заложените в договорите цели. Инструментите в тази насока, също както пазарът, са в процес на постоянно обогатяване и развитие. Еволюцията на икономическата интеграция от либерално пазарна към социално пазарна, демократизацията на ЕС, засилването на влиянието на стопанските сектори и на различните участници в социалния и икономическия живот в Съюза, развитието на пазара и други фактори оказват постоянно въздействие и водят до промяна и в подходите за хармонизация. Независимо от критиките за свръхцентрализация може да се приеме, че подходите към сближаване на законодателствата се обогатяват и развиват по-скоро в противоположната посока. Те се насочват към установяване на минимално вместо на пълно сближаване, като оставят на заден план вертикалния подход, заместват го с хоризонтален и възприемат все повече нови незаконодателни мерки за хармонизация – като секторна саморегулация, създаване на етични кодекси и пр. Както държавите, така и ЕС се развива на основата на опита. Свидетелство за това е нарастващото разнообразие от мерки за сближаване, които Съюзът е установил и прилага. Този процес на усъвършенстване на съществуващите и създаване на нови инструменти следва да продължи да се развива и да осигурява бъдещето на вътрешния пазар.

Цитирани източници

1. Bernard, C. *The Substantive Law of the EU*, 4. Oxford University Press, Oxford, 2013.
2. Bradford, A. Exporting Standards: The Externalization of the EU's Regulatory Power via Market. *International Review of Law and Economics*, 2015, Vol. 42; *Columbia Law and Economics Working Paper*, No. 535.
3. Delimatsis, P. 'Thou Shall Not...(Dis)Trust': Codes of Conduct and Harmonization of Professional Standards in the EU. *TILEC Discussion Paper*, No. 2009-029. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1431398>, гостѝн на г.м. 2017 г.
4. Groussot, X. and Petursson, G. T. and Wenander, H. Regulatory Trust in EU Free Movement Law – Adopting the Level of Protection of the Other? *European Papers – A Journal of Law and Integration*, Forthcoming, 2016. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2840172> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2840172>, 633, гостѝн на г.м. 2017 г.
5. Loos, M. Full Harmonisation as a Regulatory Concept and its Consequences for the National Legal Orders: The Example of the Consumer Rights Directive. *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2010/03*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1639436>, гостѝн на г.м. 2017 г.
6. Panos, K. and Jukka, S. (eds.) Research Handbook on the EU's Internal Market, A European Regulatory Union – The Role of Agencies and Standards. *Research Handbooks in European Law series*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2016.
7. Purnhagen, K. P. The Virtue of Cassis De Dijon 25 Years Later – It Is Not Dead, It Just Smells Funny. Purnhagen, K. P. and Rott (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Springer, Dordrecht 2014, Forthcoming, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2383202>, гостѝн на г.м. 2017 г.

Особености на банковата несъстоятелност

проф. г-р Валери Димитров*

SUMMARY

In the article Bank Insolvency Characteristics the Bank insolvency is presented as a liquidation proceeding which is heavily influenced by the Central Bank supervisory, restructuring and regulatory functions. The Deposit Insurance Fund powers exercised over receiver have their own administrative impact upon the insolvency procedure as well. The most efficient way for ending the insolvency proceeding is a sale of the failed bank to another bank.

KEY WORDS

Insolvency, liquidation proceeding, insolvency administration, control over the receiver, sale of bank enterprise

1. Банковата несъстоятелност е режим, който не е изследван в българската правна литература. Въпреки че Законът за банковата несъстоятелност (ЗБН) е в действие от началото на 2003 г., практически липсват публикации на тази тема. Една от причините за липсата на интерес сред юристите изследователи безспорно е обстоятелството, че за разлика от търговската несъстоятелност несъстоятелността на банка е рядко явление в изминалите две десетилетия след голямата банкова

* Проф. г-р Валери Димитров, катедра „Публичноправни науки“ на УНСС, valerygeo54@abv.bg. Prof. Dr. Valery Dimitrov, Chair Public Law Sciences, UNWE, valerygeo54@abv.bg.

криза в периода 1996 – 1997 г.¹ Обявяването в несъстоятелност на Корпоративна търговска банка (КТБ) през 2015 г. обаче имаше изключителен обществен и политически отзвук. Огромното по размер имуществото на фалирала банка, включително основната част от него – кредитният портфейл, броят на засегнатите вложители и други кредитори, както и размерът на техните вземания, са безпрецедентни в българската финансова и банкова история.

Казусът с КТБ постави с изключителна острота въпроса за приложимия режим на банкова несъстоятелност, за неговата адекватност да реши успешно големия брой проблеми, които възникват при несъстоятелността на голяма търговска банка. Именно поради това законодателят внесе ред промени в ЗБН и в Закона за кредитните институции (ЗКИ) в периода 2014 – 2016. Тези промени са свързани с подобряването на режима на несъстоятелността и са непосредствен отговор на проблеми, свързани с висящото производство по несъстоятелност на КТБ.

Настоящата статия е опит за кратко представяне на основните особености на действащия режим на банковата несъстоятелност без претенции за изчерпателност. Изчерпателен анализ на такъв сложен и комплексен режим е възможен само в рамките на обемно монографично изследване.

2. Банковата несъстоятелност няма обща уредба в Европейския съюз. За разлика от преструктурирането и възстановяването на банка, които вече имат унифициран режим, съдържащ се в Директива 2014/59/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 2014 г.

3. Банковата несъстоятелност е специална търговска несъстоятелност. В този смисъл ЗБН е специален закон спрямо Търговския закон (ТЗ), в частта за търговската несъстоятелност. Разпоредбите на част четвърта от ТЗ, уреждаща несъстоятелността, се прилагат, доколкото в ЗБН не е уредено друго (чл. 612, ал. 2, изр. 2 от ТЗ). Приложимостта на ТЗ към банковата несъстоятелност произтича от принципното сходство на двата вида търговска несъстоятелност. По същността си те

¹ В периода 2003 – 2015 г. в несъстоятелност бяха обявени три малки банки с незначителни по размер влогове и активи. Поради това несъстоятелността им остана почти незабелязана както от експертите финансисти и юристи, така и от българската общественост.

са универсални принудителни изпълнения в полза на колективи от кредитори.

4. Банковата несъстоятелност обаче съществено се отличава от общата търговска несъстоятелност. Сравнението между уредбата на двата вида несъстоятелност ясно показва редица различия.

4.1. Първото различие се отнася до **целите на двете производства**. При търговската несъстоятелност се цели справедливо удовлетворяване на кредиторите и възможност за оздравяване на предприятието на длъжника, като в производството се вземат предвид интересите на кредиторите, длъжника и неговите работници – чл. 607, ал. 1 и 2 от ТЗ. При банковата несъстоятелност се цели справедливо удовлетворяване на вложителите и другите кредитори на банката, в производството се вземат предвид интересите на вложителите и останалите кредитори, както и общественият интерес, свързан със стабилността и доверието в банковата система – чл. 2, ал. 1 и 2 от ЗБН. *Тези цели на ЗБН са в пряко съответствие със защитните цели на ЗКИ, декларирани в чл. 1, ал. 1, и се основават на естеството на банката като особен търговец с изключителен, високорисков предмет на дейност.* Банката извършва публично привличане на влогове от широк, принципно неограничен кръг от несвързани с нея лица, и на основата на привлечения ресурс кредитира неограничено широк кръг несвързани с нея лица.² Кредитирането е за сметка и риск на банката, т.е. вложителите не носят риска от банковото кредитиране (вж. легалното определение на кредитна институция по чл. 2, ал. 1 от ЗКИ). Те имат право да получат обратно от банката номиналния размер на главницата по своите влогове заедно с обещания доход за съответния период по формата на лихва независимо от това дали банката натрупва загуби по кредитите.

Вложителите са основните „доставчици“ на паричния ресурс, чрез който банката осъществява предмета си на дейност. Предоставените от вложителите средства обичайно са 9/10 от размера на този ресурс, докато акционерите на банката например осигуряват само 8 до 12 на сто от средствата на банката. Вложителите обаче не участват в управлението на банката, тя

² Кредитирането на свързани с банката лица поначало е изключение и е подложено на ограничителен регулативен и надзорен режим (вж. чл. 45 – 46 от ЗКИ).

се управлява от акционерите. Тези различия обясняват го голяма степен защитната идеология на банковото законодателство по отношение на вложителите, изразяваща се в интензивното държавно регулиране и надзор върху търговското банкерство.

Наред с вложителите банковите закони защитават и стабилността, надеждността и сигурността на банковата система като цяло. Системата от търговски банки, на основата на привлечения чрез влогове ресурс, извършва безналичния платежен оборот (по банков сметки) в националната икономика. Банковата система осъществява платежно посредничество в огромен мащаб, в мащаба на цялата национална икономика, и поради това държавното регулиране и надзор, осъществявани от Българската народна банка (БНБ) върху тях, трябва да защитят от сътресения тази мрежа. Историята и практиката на търговското банкерство (включително и в България в периода 1996 – 1997 г.) ясно е показала го какви сътресения в една национална икономика се стига при спиране на платежния процес поради неплатежоспособност на банките посредници и следващите верижни неизпълнения и фалити между търговци и други субекти на стопанска дейност.

4.2. Идентичността на целите на ЗКИ и на ЗБН е доказателство и за същностната връзка между двата закона. ЗКИ е административноправен закон с регулативен и надзорен, включително лицензионен характер¹. Обект на регулирането и надзора е търговската банкова дейност, а банките са основни адресати на регулативните изисквания, както и на надзорната власт на БНБ, която осигурява спазването и изпълнението на тези регулативни изисквания. БНБ в качеството си на институция, осъществяваща надзорна функция, иницира производството по банкова несъстоятелност чрез индивидуален административен акт, с който се налага като принудителна административна мярка – отнемането на лиценза на основание неплатежоспособност на банката (чл. 36, ал. 2 от ЗКИ). Това е изключително правомощие на БНБ. Изключително надзорно правомощие на централната банка е и отпращането на искане до съда за от-

¹ В този смисъл ЗКИ е специален закон по отношение на Закона за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност. За характеристиката на този закон вж. по-подробно Димитров, В. (2003).

криване на производството по несъстоятелност до два дни от отнемането на лиценза (чл. 37, ал. 2 от ЗКИ).

Израз на връзката между ЗКИ и ЗБН е и специалният надзор при опасност от неплатежоспособност (чл. 115 – 121). Специалният надзор е цялостен режим, състоящ се от наложени от БНБ принудителни административни мерки, включително възлагане управлението на банката на квестори. Целта на този надзорен режим, с действие до един месец, е предотвратяването на несъстоятелността и възстановяване на нейното добро финансово състояние.

С влизането в сила през 2015 г. на Закон за възстановяване и реструктуриране на кредитни институции и инвестиционни посредници (ЗВПКИИП) надзорната власт на централната банка бе допълнена и с реструктурираща функция, с която бе овластен нейният Управителен съвет (УС) – чл. 2, ал. 1 от закона. Реструктуриращата функция, като сложна и комплексна система от административни правомощия, има същата цел, както и специалният надзор при опасност от неплатежоспособност – предотвратяване на несъстоятелността на банка и свързаните с това отрицателни икономически и социални последици. *В този смисъл връзката между режима на банковата несъстоятелност и уредбата, съдържаща се в ЗПВКИИП, е аналогична на връзката между ЗБН и ЗКИ.*

В крайна сметка прилагането на режима на банковата несъстоятелност логически и хронологично се предхожда и обуславя от осъществяването на надзорните и реструктуриращите правомощия на органите на БНБ. Нещо повече. Надзорната власт на централната банка се проявява и в самото производство по несъстоятелност чрез правомощията по отношение на синдика, които са уредени в чл. 44, т. 2, 3 и 5 от ЗБН². Като цяло *надзорните и реструктуриращите правомощия на централната банка допринасят за „административизирането“ на производството по несъстоятелност.* Допълнителен фактор в тази насока е и обстоятелството е, че БНБ издава наредби по

² БНБ води списък на лицата, които могат да бъдат назначавани за синдици на банка (т. 2), изключва от този списък назначено за синдик лице, за което е установено, че извършва нарушения във връзка с дейността му на синдик. В този случай Фондът за гарантиране на влоговете в банките (ФГВБ), който назначава синдика, е длъжен незабавно да го освободи от длъжност (т. 3), отправя искания до управителния съвет на ФГВБ за предприемане на мерки за въздействие спрямо синдика (т. 5).

прилагането на ЗБН (чл. 44, т. 6 от ЗБН). Така чрез нормотворческата си регулативна функция централната банка доразвива и конкретизира законовата уредба на несъстоятелността.

При търговската несъстоятелност подобна възможност за създаване на административна подзаконова уредба е изключена, тъй като само съдът прилага режима на несъстоятелността.

4.3. Принципно различен е и характерът на гвете производство. Банковата несъстоятелност е *ликвидационно производство, тук липсва оздравителна фаза*³. Съдът по несъстоятелността с решението си по чл. 13 от ЗБН обявява банката едновременно и за неплатежоспособна, и за несъстоятелна, прекратява я като действащо предприятие и постановява започване на осребряване на имуществото, включено в масата по несъстоятелността и съответно разпределение на осребреното имущество сред кредиторите. Това означава, че банката в това производство се превръща само в маса по несъстоятелност, която има все още качеството на юридическо лице (до изчерпване на производството), т.е. тя е само едно персонифицирано имущество, което служи за целите на принудителното изпълнение в полза на колектива от кредитори, чиито претенции са погребени съобразно реда, установен в чл. 94, ал. 1 ЗБН. В по-широк смисъл може да се каже, че тази персонифицирана маса по несъстоятелността е притежание на кредиторите и синдикът в това производство защитава техните интереси. Това е така поради обстоятелството, че тук банката няма интереси, които са различни от тези на колектива от кредитори. В това производство банката няма никаква възможност да възстанови качеството си на действащо предприятие, тя е просто имущество, предназначено за удовлетворяване на кредиторите. И това е принципната разлика с производството по търговска несъстоятелност, тъй като там длъжникът може да бъде и най-често е действащо предприятие, което може да се оздрави. В този смисъл трябва да се търси баланс между запазването на бизнеса като действащо предприятие и възможно по-пълното удовлетворяване на кредиторите. При неплатежоспособно дружество, което не е обявено в несъстоятелност и може да

³ Ликвидационното производство при банковата несъстоятелност е принципино различно от производствата по доброволна и принудителна ликвидация, уредени в чл. 122 – 125 и чл. 126 – 130 от ЗКИ. Тези производства се прилагат за *банка, която е платежоспособна*.

бъде оздравено, е естествено да бъдат защитени и правата на съдружниците, съответно акционерите. Тук синдикът не е само „ликвидационен представител“ на кредиторите. Той трябва да има предвид и интересите на длъжника като действащо предприятие, които интереси в крайна сметка са и интереси на съдружници, съответно на акционери.

При банковата несъстоятелност обаче *банката не е нищо повече от имущество, което се управлява в полза на кредиторите*. Затова тук синдикът може да се разглежда именно като ликвидационен представител на колектива от кредитори, като довереник, който действа в полза на доверителите – кредиторите на банката. В тази насока принципно значение има разпоредбата на чл. 33 от ЗБН, която изисква синдикът да поставя интересите на кредиторите над собствените си интереси. Това е доверителна грижа, която надхвърля грижата на добрия търговец и по съдържание е идентична с доверителната грижа, която обвързва администраторите и служителите на банката по смисъла на чл. 51, ал. 5 от ЗКИ. Доверителната грижа, която обвързва банковия синдик, съответно администраторите и служителите на банката като действащо предприятие, е заимствана и се основава на института на доверителната собственост (trust) в правото на страните от англосаксонския правен кръг (САЩ, Великобритания, Канада, Австралия). Тази доверителност бе възприета още със Закона за банките от 1997 г. по настояване на юристите – консултанти на Международния валутен фонд. ЗКИ възпроизведе без изменения тази уредба в шеста глава (чл. 51 – 54). ЗБН също следва този модел в чл. 33⁴.

Такава доверителна грижа не е присъща на синдика в търговската несъстоятелност, тъй като той не е представител само на интересите на кредиторите.

4.4. Липсата на оздравителна фаза в производството по банкова несъстоятелност е свързана с обстоятелството, че **оздравителните мерки по отношение на банка се предприемат в рамките на административни производства, които са извън**

⁴ Доверителната грижа е институт и на законодателството за капиталовия пазар. С доверителна грижа към клиентите си са обвързани например инвестиционните посредници по Закона за пазарите на финансови инструменти, както и управляващите дружества и банките депозитари по отношение на инвеститорите в колективна инвестиционна схема по Закона за дейността на колективните инвестиционни схеми и другите предприятия за колективно инвестиране.

режима на несъстоятелността. Това е производството по специален надзор при опасност от неплатежоспособност, уредено в ЗКИ. Това са и производствата по възстановяване и реструктуриране на банка, уредени в новия ЗВПКИИП. В този смисъл „изнасянето“ на оздравяването на банка извън правния режим на несъстоятелността е естествено следствие от ликвидационната идеология на този режим.

С промени в ТЗ от 2016 г., които са в действие от 1 юли 2017 г., бе предвидено специално производство по стабилизация на търговец (чл. 761 – 797). Стабилизационното производство има за цел да предотврати откриването на производство по несъстоятелност чрез постигане на споразумение между търговеца и неговите кредитори за начина на изпълнение на задълженията му, което да доведе до продължаване на дейността на търговеца (чл. 761).

Несъмнено това производство по стабилизация е аналог на оздравителните производства по ЗКИ и ЗВПКИИП. За разлика от тези производства обаче стабилизационното производство има съдебен характер, то се развива и ръководи от окръжния съд по седалището на търговеца (чл. 765)⁵.

4.5. Особеност на банковата несъстоятелност, която рязко отличава това производство от търговската несъстоятелност, е административно-контролната функция на ФГВБ. ФГВБ, на първо място, е институция, която според устройствения си закон – Закона за гарантиране на влоговете в банките (ЗГВБ), е натоварена с изплащане на гарантираните размери на влоговете на вложителите при несъстоятелност на банка. Тя се суброгира в техните вземания и така става основният привилегирован кредитор на банката. Наред с това ЗБН областява органите на ФГВБ да назначават и освобождават синдика на банката, да определят неговото възнаграждение, да упражняват разрешителна власт върху неговите действия по управление на масата на несъстоятелността, както и да упражняват контрол върху дейността му чрез проверки и изискване на информация, както чрез прилагане на мерки за въздействие, които по същността си са принудителни административни мерки (чл. 39 – 41 от ЗБН). Ролята на съда в производството по банкова

⁵ За стабилизационното производство вж. по-подробно Григоров, Г. (2017), 435 – 461.

несъстоятелност е сведена до разглеждане и разрешаване на правните спорове, възникнали в производството по несъстоятелност (чл. 45 от ЗБН). В този смисъл *правораздаването и администрирането на банковата несъстоятелност са ясно разграничени като функции и са предоставени за упражняване на различни институции.*

При търговската несъстоятелност обратно, съдът съчетава правораздавателната си функция с административната функция на ръководство на производството и контрол върху синдика⁶.

От гледна точка на институциите и органите, които осъществяват ръководството и контрола (администрирането) на производството, като цяло търговската несъстоятелност има съдебен характер, докато банковата несъстоятелност има ясно изразен административен характер⁷.

В търговската несъстоятелност участват множество органи, които действат под ръководството и контрола на съда. Това са първото събрание на кредиторите (чл. 669 от ТЗ), събрание-то на кредиторите (чл. 673 – 679), комитетът на кредиторите (чл. 680 – 684 от ТЗ), синдикът (чл. 655 – чл. 684 от ТЗ), временният синдик (чл. 666 – 668 от ТЗ), помощник-синдикът (чл. 668а), надзорният орган за спазване и прилагане на оздравителния план (чл. 700а от ТЗ).

В банковата несъстоятелност, наред с ФГВБ, в качеството му на „професионален“ основен кредитор, администратор и контролор на производството, и съдът, като правораздавателна институция, органи на несъстоятелността са синдикът (чл.

⁶ В този смисъл е и становището на Г. Григоров, който изтъква, че наред с правораздавателната си функция, съдът осъществява и надзорни функции върху останалите органи на несъстоятелността, като издава широк кръг разрешения и одобрения, както и общо ръководство на производството. В тези случаи съдът често действа по целесъобразност, Григоров, Г. (2017), 123 – 124.

⁷ Приетият през 2003 г. ЗБН е законов отговор на провалите в производствата по несъстоятелност на фалиралите през 1997 г. банки. В рамките на тези производства, които се развиваха при действието на отменения Закон за банките и кредитното дело, съдържащ съдебен режим на несъстоятелност, се получи така нареченото от експерти и журналисти „вторичното източване на фалирали банки“. Като основен фактор за това негативно явление бе определена липсата на контрол върху синдиците от съда. Неспособността на орган с правораздавателни функции да упражнява оперативен административен контрол е естествена. Съдът не разполага с ресурси, специални познания, както и с контролен персонал, които са задължителни условия за ефективно осъществяване на такъв контрол.

25 – 37 от ЗБН) и временният синдик (чл. 12а от ЗБН). Липсват събрание на кредиторите и комитет на кредиторите. Отсъствието на орган като събрание на кредиторите, съответно на комитет на кредиторите, очевидно е продиктувано от чисто прагматични съображения – големият брой на вложителите, като най-значимата категория кредитори на банката, и затрудненията да се сформира орган, който да представлява и защитава интересите им в производството⁸. При отсъствието на събрание на кредиторите представител на техните интереси е ФГВБ, който като институция с административно-контролни правомощия в производството трябва да действа не само в защита на собствения си интерес като кредитор, но и в интерес на цялата общност от кредитори и най-вече на вложителите. Тази задача на ФГВБ бе ясно изразена до 2015 г. Домогава фондът бе поставен като привилегирован кредитор, на един ред с негарантираните вложители. Това обективно го поставяше в ситуация да действа, като администратор на производството както в свой интерес, така и в интерес на всички останали кредитори на същия ред, поради действието на принципа, че кредиторите от един и същ ред се удовлетворяват съразмерно. При нормативното решение, което бе в действие до 2015 г., всяко увеличение на масата на несъстоятелността автоматично ползва както ФГВБ, така и всеки вложител на същия ред. Това придаваше на ФГВБ статус на своеобразен довереник *ex lege* на негарантираните вложители.

С изменението на ЗБН през 2015 г. (очевидно повлияно от предоставянето на огромен по размер заем на ФГВБ за осигуряване изплащането на гарантираните вземания на вложителите в КТБ) обаче той бе поставен самостоятелно на отделен и по-висок ред от всички вложители (чл. 91, ал. 1, т. 4 от ЗБН). Това е прагматично решение, но то безспорно отслабва защитната задача на ФГВБ по отношение на вложителите и в известна степен е в противоречие с целите на ЗБН.

4.6. Различни са и основанията за откриването на двете производства. При търговската несъстоятелност според чл. 607а производство по несъстоятелност се открива за търговец, който е неплатежоспособен, а при гружество с ограничена отговор-

⁸ Това не е безспорно нормативно решение и при бъдещи промени в ЗБН е целесъобразно да бъде уредена определена форма на представителство на кредиторите.

ност, акционерно гружество и командитно гружество, както и при свръхзагъленост (ал. 1 – 2). Неплатежоспособността е фактическо състояние на обективна невъзможност на длъжника да изпълнява свое изискуемо парично задължение, което: 1) е породено или отнасящо се до търговска сделка, или 2) публичноправно задължение към държавата или общините, свързано с търговската му дейност, или 3) задължение по частно държавно вземане (чл. 608, ал. 1 от ТЗ). Няма неплатежоспособност при временни затруднения на длъжника или когато той разполага с имуществото, което е достатъчно за покриване на задълженията без опасност за вземанията на кредиторите (чл. 631 от ТЗ)⁹.

Свръхзагълеността е налице, ако имуществото на гружеството длъжник не е достатъчно да покрие неговите задължения (чл. 742, ал. 1 от ТЗ).

При банковата несъстоятелност основанието за откриването на производството е кумулативната даденост на две условия. Първото от тях е свързано с установяване от надзорната институция – БНБ, на отрицателна стойност на собствения капитал, определен по реда на Регламент 575/2013 на Европейския съюз¹⁰. Отрицателната стойност на собствения капитал означава, че задълженията на банката превишават стойността на нейните активи. Практически това е равностойно на свръх-

⁹ Вж. анализа на Г. Григоров на това основание за откриване на производството (Григоров, Г. (2017), с. 172 – 173).

¹⁰ Собственият капитал има детайлна и комплексна уредба в регламента. Той е сбор от капитала от първи ред и капитала от втори ред (чл. 72). От своя страна капиталът от първи ред е сборът от базовия капитал от първи ред и допълнителния капитал от първи ред (чл. 25). Средствата, които формират различните компоненти на собствения капитал, съответно инструментите, чрез които се привличат тези средства в банката, са изчерпателно и детайлно уредени. Инструментите на капитала на базовия капитал от първи ред са уредени в чл. 26 и чл. 28, допълнителният капитал от първи ред е уреден в чл. 51 – 52, а капиталът от втори ред, в чл. 62 – 63. Независимо от разнообразието от инструменти, *ключовата обща характеристика на всички компоненти на капитала е разполагаемостта, т.е. качеството му да бъде на разположение на банката за неограничено и незабавно ползване за покриване на рискове и загуби* (вж. чл. 26, ал. 1 от регламента, която подлежи на разширително тълкуване, тъй като определя изискване, което очевидно се отнася за всички компоненти на капитала). Най-типичните инструменти които осигуряват такава разполагаемост на привлечените средства, са издадените от банката акции. Капиталът, привлечен чрез емитирането на акции, е ядрото на собствения капитал. Това е капитал, който в максимална степен отговаря на изискването за разполагаемост.

загълженост на търговско гужество. Второто условие е неизпълнението на условията за преструктуриране по чл. 51, ал. 1 от ЗВПКИИП. Тълкуването на текстовете в посочения чл. 51, ал. 1, води до извода, че неизпълнението на условията за преструктуриране се свежда в крайна сметка до липса на обществен интерес от преструктуриране на банката поради това, че целите на преструктурирането може да бъдат постигнати в самото производство по несъстоятелност. Тази преценка за липса на обществен интерес от преструктуриране на банката, съответно за това, че несъстоятелността е по-подходяща за постигане на целите на преструктурирането, се прави от органа по преструктуриране – УС на БНБ (ал. 1, т. 3 във връзка с ал. 5). Очевидно е, че при използването от закона бланкетни понятия за обществен интерес и съответно за цели на преструктурирането, преценката на органа на БНБ, натоварен с преструктурираща власт, неизбежно придобива дискреционен характер. При наличието на двете условия УС на БНБ, който едновременно е и преструктуриращ, и надзорен орган, отнема лиценза на банката на основание неплатежоспособност и дава ход на производството по несъстоятелност (чл. 36, ал. 2 – 3 от ЗКИ).

4.7. Различен е и кръгът на оправомощените лица, които могат да искат откриване на двете производства.

При търговската несъстоятелност оправомощени лица според чл. 625 от ТЗ са длъжникът, ликвидаторът, кредиторът на длъжника по търговска сделка, както и Националната агенция за приходите за публичноправно задължение, свързано с търговската дейност на длъжника, или за задължение по частно гържавно вземане¹¹.

При банковата несъстоятелност, както вече беше посочено, това е само надзорната институция – БНБ. Кредиторите на банката, самата банка като длъжник и други институции са лишени от правото да инициират несъстоятелността. Това законодателно решение очевидно се основава на идеята, че само институцията, която осъществява банков надзор, разполага с надеждна информация и може да оцени адекватно и задълбочено финансовото състояние на банката, както и да реши за прила-

¹¹ Чл. 162, ал. 2, т. 1 – 9 от Данъчноосигурителния процесуален кодекс съдържа списък на изчерпателно изброени публични гържавни и общински вземания. Частни гържавни и общински вземания са тези извън списъка (чл. 162, ал. 4).

гането на мерките за нейното оздравяване в административните производства по ЗКИ и ЗВПКИИП.

4.8. Различен е и редът на привилегированите вземания на необезпечените кредитори в двете производства. Подреждането на тези кредиторите е пряко свързано с целите на двата режима на несъстоятелност.

При търговската несъстоятелност на първо място сред привилегированите необезпечени вземания са вземанията на кредитори по трудови правоотношения, възникнали преди датата на решението за откриване на производството по несъстоятелност (чл. 722, ал. 1, т. 4). На второ място са вземанията за издръжка, дължима по закон от длъжника на трети лица (т. 5). На трето място са публичноправните вземания на държавата и общините като данъци, мита, такси, задължителни осигурителни вноски и други, възникнали до датата до откриване на производството (т. 6). На четвърто място са вземанията, възникнали след датата на откриването на производството по несъстоятелност и неплатени на падежа (т. 7). Следват всички останали необезпечени вземания, възникнали след датата на откриването на производството.

Съвсем различен е редът на банковите необезпечени кредитори. На първо място са вземанията, за които ФГВБ се е суброгирал (чл. 94, ал. 1, т. 4). На второ място са вземанията на вложители, които са физически лица или микро-, малко или средно предприятие, за частта, която надхвърля размера на гаранцията по ЗГВБ (т. 4а). На трето място са вземанията на други вложители, които не са покрити от системата за гарантиране на влоговете (4б). На четвърто място са вземанията на фондовете за допълнително пенсионно осигуряване (т. 4в), на пето място са вземанията на банките (т. 5). На шесто място са вземанията за текущи вноски на към Държавното обществено осигуряване, възникнали до една година преди датата на решението за откриване на производството по несъстоятелност, както и вземанията, произтичащи от трудови правоотношения, възникнали до една година преди датата на решението за откриване на производството (т. 6). На седмо място са текущите вземания на държавата и общините за данъци, мита, такси и други и вземания, възникнали до една година преди датата на решението за откриване на производството (т. 7). На осмо място са всички останали вземания (т. 8).

Съпоставката между двата реда необезпечени привилегирова-ни вземания ясно показва, че докато в търговската несъстоя-телност се защитава с предимство кредиторите по трудови правоотношения, по вземания за издръжка, както и гържавата и общините за техните финансови вземания, в банковата несъ-стоятелност на преден план са интересите на ФГВБ като субро-гирал се кредитор, на групите вложители, както и на банките. Това нормативно разрешение е изцяло в съответствие с целите, които са декларирани в чл. 2, ал. 1 и 2 от ЗБН¹².

5. Особен характер има съдебното решение при откриване на производството по банкова несъстоятелност. Съдът се произнася по подадено писмено искане на централната банка, към което се прилага заверен препис от акта, с който е отнет лиценз (чл. 9, ал. 1 – 3 от ЗБН). Ако актът на БНБ е влязъл в сила, съдът открива производството по несъстоятелност (чл. 11, ал. 5 от ЗБН). Производството по несъстоятелност поначало се предшества от производството по оспорване на акта за отнемане на лиценз пред Върховния административен съд (чл. 151, ал. 3 във вр. с чл. 36, ал. 2 от ЗКИ). *Влезият в сила акт на БНБ предопределя съдържанието на съдебното решение. Тук съдът няма свободата да проверява и преценява дали са налице основанията по чл. 36, ал. 2 за неплатежоспособност на банката. Тази проверка и преценка са предоставени като изключително правомощие на надзорната институция, а съдът е обвързан от влезия в сила административен акт на БНБ.* Чл. 13, ал. 1 от ЗБН изрично посочва, че обявяването на неплатежоспособността на банката е следствие от проверката за наличието на следните обстоятелства: 1) изрично посочване в писменото искане на БНБ на основанията по чл. 36, ал. 2 от ЗБН, 2) приложен заверен препис от акта за отнемане на лиценз и 3) влизането в сила на акта на БНБ.

Очевидно е, че съдебната проверка има формален характер, без право по същество да се обсъжда финансовото състояние на банката с отнет лиценз. Негопустимо е например да се назна-

¹² В рязко противоречие с целите за защита на интересите на вложителите и на стабилността на банковата система и доверието в нея, в реда на привилегиите с поредност, която предхожда вземанията на банките, са „вмъкнати“ вземанията на фондовете на допълнително пенсионно осигуряване. Това е откровен лобистки текст, който изопачава разума на нормативните разрешения в ЗБН и поради това следва да бъде отменен.

чава съдебно-икономическа експертиза за установяване неплатежоспособността на банката. За разлика от това при търговската несъстоятелност съдът е овластен да установи състоянието на неплатежоспособност, съответно свърхзагъленост, на търговеца длъжник (чл. 630, ал. 1 от ТЗ) и има на разположение всички допустими от гражданскопроцесуалното законодателство доказателствени способности¹³.

„Надмощието“ на надзорния административен акт над съдебното решение, ограничаването на свободата на съда по несъстоятелността да установява и да решава за неплатежоспособността на банка е особеност на банковото законодателство. Тази особеност обаче не означава административен произвол на централната банка в ущърб на конституционно установената правораздавателна власт на съда да защитава правата и законните интереси на гражданите и юридическите лица, включително и в производствата по несъстоятелност. Не бива да се забравя, че надзорният акт на централната банка за отнемането на лиценза на банка подлежи на оспорване пред Върховния административен съд. Съдът по несъстоятелността е обвързан от влязъл в сила, т.е. от потвърден от административния съд, акт на БНБ¹⁴. В този смисъл съдебният контрол при откриването на производството по несъстоятелност съществува, не е премахнат, но този контрол, образно казано е „преместен“ от съда по несъстоятелността при Върховния административен съд.

6. Уникална особеност на банковата несъстоятелност е институтът на продажбата на фалиралата банка като предприятие. Уредбата на продажбата е в глава седма на ЗБН (чл. 91 – 92). Подобна възможност не съществува в уредбата на търговската несъстоятелност. Продажбата на банковото предприятие може да се разглежда донякъде и като сурогат на липсващото оздравително производство в несъстоятелността. Става въпрос обаче за запазване и оздравяване на бизнеса на фалиралата банка, но не и на нейната правосубектност.

¹³ Вж. по-подробно изложението на Григоров, Г. (2017), 218-223.

¹⁴ Трудно е да си представим хипотеза, с оглед на огромните размери на имуществото на банка, в сравнение с всички останали търговци – акционерни дружества, при която отнемането на лиценза няма да бъде оспорено пред ВАС от засегнатите лица и най-вече от акционерите. Това се потвърждава и при казуса с КТБ.

Продажбата на банковото предприятие се извършва при спазване на следните принципни положения:

1. банковото предприятие се продава като цялостен пакет от задължения (главно задължения по влоговете) и активи (главно кредити), но е възможно банковото предприятие да бъде разделено на части (като отделни пакети от задължения и активи) и така формираните пакети да бъдат продавани последователно на различни купувачи – чл. 91, ал. 1 от ЗБН;

2. банковото предприятие може да се продаде само на група банка или на целево учредено дружество, което е получило условен лиценз за банкова дейност от БНБ – чл. 92, ал. 2 от ЗБН; това нормативно разрешение ясно доказва, че и след отнемането на лиценза на банката и обявяването ѝ за неплатежоспособна и несъстоятелна, тя не се превръща в обикновено акционерно дружество¹⁵;

3. при продажбата синдикът на банката има правомощие да намали пропорционално размера на нейните задължения, като спазва правилото кредиторите да не се поставят в по-неблагоприятно положение, отколкото при разпределяне на осребреното имуществото – чл. 91, ал. 2 от ЗБН; всъщност синдикът трябва да оцени имуществото на банката и да изчисли припадащото се на всеки кредитор, като спазва реда на вземанията, установен в чл. 94, ал. 1; очевидно е, че вземанията за ликвидационен дял на акционерите и вземанията с по-долустоящ ред ще бъдат заличени изцяло, а разполагаемото имуществото ще бъде разпределено за кредиторите от най-високите редове ред: на първо място ФГВБ и след това, ако има останало имуществото, последователно и сред вложителите от последващи редове, като се спазва правилото за съразмерното разпределение сред кредиторите от един ред¹⁶;

¹⁵ Поразителна и трудно обяснима е популярността, с която се ползва и сега тази откровено глупава теза сред множество юристи. А именно убеждението във верността на тезата, че банката не е банка след отнемане на лиценза, доведе преди повече от двадесет години до прехвърлянето на предприятието на ликвидиращата се Земеделска и промишлена банка на едно фантомно акционерно дружество и последвалото престъпно присвояване и нейните активи.

¹⁶ Тук трябва да се припомни и другото важно правило при разпределението на имуществото сред кредиторите. Всеки по-нисък ред кредитор се удовлетворява само ако изцяло са удовлетворени кредиторите от по-висок ред.

4. съдът по несъстоятелността одобрява сделката въз основа на становища на ФГВБ и на БНБ, като основният критерий за одобрение е дали сделката не уврежда кредиторите – чл. 91, ал. 3 от ЗБН;

5. вземанията на кредиторите се удовлетворяват чрез откупуване от банката купувач на безсрочни депозитни сметки с авоар, равен на поетото от купувача задължение – чл. 92, ал. 6 от ЗБН;

6. успешната продажба води до прекратяване на производството по несъстоятелност с решение на съда, което решение, с оглед на изискването за бързина при удовлетворяване на кредиторите, не подлежи на обжалване – чл. 92, ал. 9 от ЗБН.

Правомощието на синдика за пропорционално намаляване на задълженията е напълно аналогично на въведеното неотдавна в българското банково законодателство със ЗВПКИИП преструктуриращо правомощие на УС на БНБ да приложи инструмента за споделяне на загуби (глава тринадесета – чл. 65 – 84 от закона). При този инструмент преструктуриращият орган обезценява и преобразува инструменти от собствения капитал на банката и вземания на нейни кредитори по реда, установен в чл. 94, ал. 1 от ЗБН (чл. 75, ал. 1, т. 1 – 5 от ЗВПКИИП).

Първообразът обаче на този институт не е в европейското, а в американското законодателство за банкова несъстоятелност. ЗБН очевидно заимства института на продажба на банка в несъстоятелност именно от законодателството за Федералната корпорация за застраховане на влоговете в САЩ (Federal Deposits Insurance Corporation – FDIC). Продажбата на фалирала банка е основен и най-бърз способ за приключване на несъстоятелността. За тази цел на FDIC е предоставена огромна власт. Тя действа последователно като банков квестор и синдик и продава бързо и изключително ефективно фалиралите банки, като така си спестява в големия брой случаи и изплащането на гаранциите размери на влоговете, тъй като тяхното изплащане се поема от купувача¹⁷.

¹⁷ Вж. United States Code 2014, Title 12, Banks and Banking, Chapter 16, Federal Deposit Insurance Corporation, § 1811 to 1795k, United States Government Printing Office, Kindle Edition. Законодателството за несъстоятелността на банки и практиката на FDIC по прилагането му в САЩ са подложени на критичен анализ в специализираната литература вж. Olson, G. N. (1999), 107 – 169, Parker, D. C. (2011).

ФГВБ е българското съответствие на американската федерална корпорация за застраховане на влоговете. Като институция българският фонд се доближава до американския си аналог не само при гарантирането на влоговете, но и чрез административната власт, която упражнява в производството по несъстоятелност. В този смисъл е очевидно влиянието на американския модел върху българското законодателство за банкова несъстоятелност¹⁸. Но има и съществени различия. ФГВБ администрира несъстоятелността и контролира синдика, но не е натоварен пряко с функцията на институционален синдик¹⁹.

В исторически план прилагането на института на продажбата на банка в несъстоятелност като предприятие се оказва изключително успешно. Всички български търговски банки, които бяха обявени за несъстоятелни по време на кризата в периода 1996 – 1997 г., бяха продадени на действащи банки след влизането на ЗБН в сила през 2003 г.

7. В заключение: банковата **несъстоятелност е ликвидационно производство, в което превес има не съдебното, а административното начало**, най-вече поради същностната връзка на несъстоятелността с надзорната, реструктуриращата и регулиращата функция на БНБ, както и поради натоварването на

¹⁸ В подготовката на законопроекта за банковата несъстоятелност в периода 1999 – 2002 в БНБ участваха юристи консултанти от Международния валутен фонд, които настояваха за максимално заимстване на американския модел на банкова несъстоятелност като доказано най-ефективен и съответно овластяване на ФГВБ с функцията на институционален синдик. Надделя обаче компромисното становище синдикът да бъде физическо лице, който да се назначава, освобождава и контролира от органите на ФГВБ.

¹⁹ Американското нормативно решение институцията за гарантиране на влоговете да бъде синдик в несъстоятелността има сериозни преимущества. Тук се следва принципът основният потенциален кредитор на банката (при суброгация) като институция да е овластен с правата на притежател на капитала на банката, както и с административна власт, която го превръща в истински господар на производството по несъстоятелност. В дългосрочен план това е позволило натрупването на огромен опит, познания и професионализъм сред ръководството и оперативния персонал на Федералната корпорация за гарантиране на влоговете, което ѝ позволява да бъде изключително ефективна. В българския случай тези институционни предимства до голяма степен се губят поради обстоятелството, че синдиците на банка са физически лица. Дебатът за функциите на ФГВБ в банковата несъстоятелност е предстоящ, особено в контекста на тежкото и продължително производство по несъстоятелност на КТБ, и не може да бъде изчерпан в рамките на настоящата статия.

гарантиращата влоговете институция – ФГВБ, с административно-контролна власт над синдика в производството.

Най-ефективният начин за приключване на несъстоятелността е продажбата на банката като предприятие на друга банка.

Цитирани източници

1. Григоров, Г. *Несъстоятелност*, Издателство „Сиби“, София 2017. (Grigorov, G., *Nesastoiatelnost*, Sofia, Izdatelstvo Sibi Sofija 2017).
2. Димитров, В. Законът за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност – край на нормотворческия механизъм или едно ново начало, *Търговско право*, 5 (2003), 52 – 76. Dimitrov, V. *Zakonăt za ograničavane na administrativnoto regulirane i administrativnija kontrol vărhu stopanskata dejnost – kraj na normotvorčeskija mehanizăm ili edno novo načalo*, *Tărgovsko pravo*, 5 (2003), 52 – 76.
3. Tobias M. C. Asser. *Legal Aspects of Bank Insolvency. Volume 1. Current Develop-ments in Monetary and Financial Law*. International Monetary Fund, Kindle Edition, Washington D.C., 1999.
4. Olson, G. N. Government Intervention: The Inadequacy of Bank Insolvency Resolu-tion – lessons from the American Experience, In: *Bank Failures and Bank Insolvency Law in Economics in Transition*. Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1999.
5. Parker, D. C. *Closing a Failed Bank. Resolution Practices and Procedures*, International Monetary Fund, Kindle Edition, Washington D.C. 2011.

ДИСКУСИОННИ ВЪПРОСИ

BREXIT AND ACADEMIA

prof. Josep María De Dios Marcer*

It is a very well-known fact that European Union is facing various challenges. Brexit is one of them, and it presumably is among the most serious ones. Brexit has been, is and will be for some months, or perhaps years, one of the weak points of the European Union.

A wealth of research and information has been published so far in support of the perspectives of both the UK and the EU on this issue. There are documents showing the high price of Brexit for the UK, as well as the political and the trust-related costs for the EU.

Brexit will have effects in many aspects of the economy, society, and different human and legal relations in the UK and within the EU. A large number of relations will be affected by Brexit, and these affects will be felt among academic and research circles as well.

In the context of the relationship between Brexit and Academia, there are at least two areas that should be paid attention to, in which, in my opinion, Brexit will have a negative effect for all parties involved, the EU and the UK alike. Both parties will experience negative effects, considering that UK's withdrawal may turn out to be the wrong decision with a view to the country's continued development, the EU will never be the same, while the remaining parties, Bulgaria among other countries, will need time for readaptation.

EU will have to readapt at a very sensitive moment in time, as there are many significant internal problems the union has to tackle simultaneously: refugees, radicalisms, or anti-European sentiments are among the burning issues, to mention just a few. It goes without

* Professor Josep Maria De Dios Marcer gives lectures of Private International Law and EU Law in undergraduate and graduate level, as well as Ph.D. courses, at the following Universities: Autónoma de Barcelona, Girona, Carlos III of Madrid, Pontificia de Comillas, Ramón Llull and Rovira i Virgili, among others. He is President of the European Law Faculties Association (ELFA)

say-ing that they should be resolved in a dynamically changing world, where the international balances are also in a flux. In this context, Brexit is an important challenge for the UK, the EU, and especially for all of the agents involved in Brexit (in fact all the EU citizens and so-cial, cultural, economic and non-economic agents). Universities and academic and research establishments are among the institutions likely to be affected.

The aforementioned university areas which would bear the negative effects of Brexit have been identified and can be grouped under two major headings: academic aspects and research aspects.

I. Academic aspects

There are many papers and documents analysing the effects of Brexit on the domains of Academia and research. In general, all researchers and analysts are unanimous that Brexit will have a negative impact on the mobility of students, professors, and researchers, coming from the EU countries and headed to the UK academic establishments and research institu-tions.

Mobility could be one of the most evident negative effects. More than 100,000 EU students are at present attending courses in the UK universities. For these courses these stu-dents are faced with either of two options:

They are not bound to pay fees if there attend these courses within the framework of the Erasmus Program

Or they pay exactly the same fees as British or Scottish students, due to the EU princi-ple of non-discrimination on grounds of nationality.

In general, this question raises concerns in the universities in the UK, not only because of the potential loss of students (and fees), but also because these universities could possibly lose the chance to attract and to select talent from abroad. Many of EU university students have decided to study in the UK universities because of their prestige, and for financial con-siderations - their fees are exactly the same as the UK students. If they were to pay higher fees, such as those payable by students from non-EU countries, it is questionable whether these students should decide to study in the UK universities, or in other non-EU universities. According to some analysts, it is possible that many EU students decide to study in other EU universities (so, not in UK institutions), or they decide to move to non-EU universities, in the United States or China, for instance.

In this context, the UK universities have decided to offer EU students the same conditions for the next academic year 2017-2018, even if the UK Government decides to notify the European Council of its decision to withdraw from EU within this period.

Yet this situation concerns the mobility of students, and the same problem arises with the exchange among faculty staff. Nowadays more than 40,000 EU researchers and faculty members are doing research and teaching in UK universities and research institutions. This has been made possible because of the EU principle of free movement of persons. What will happen with these professionals? Will they remain in the UK, or will they decide to return to their country of origin (or to other EU institutions)? According to some studies, there have been some EU university members that have decided to turn down an offered position at UK universities because of Brexit, while others are (strongly) considering the option to leave for the UK. The latest “agreements” between UK and EU do not offer any clear and final solution in this respect.

In general, all the studies are focused on the consequences of Brexit for the UK, but I think we also have to examine the possible drawbacks for the European university system. Will the UK university students move to the EU universities? What will happen with the UK faculty members working in EU universities and research institutions? According to some studies, UK students have an interest to study in EU universities because they want to obtain an EU diploma. This diploma allows them to work in all the EU countries, and its recognition is not required. Yet the problem will be that UK citizens will not be EU citizens, and they will have the diploma, but they will not enjoy the right of free movement, (as well as the lower university fees European citizens have).

Hence some UK universities are considering the possibility to open EU branches, or to have specific agreements with EU universities in order to offer double diplomas (degree diplomas or master diplomas).

II. Research aspects

The second aspect of Brexit consequences in the university framework concerns research. And in this area there are three important points affected: funding, researchers and publishers.

In the funding context, UK is the second EU country receiving EU research funds. More than a billion of euros went from the EU to the UK research institutions last year. What will happen in the future? The problem is that the incomes of the UK research institutions will decrease. Yet there is a more serious problem. If these institutions have not enough money, will they retain their researchers? What will happen with their research? Are the other EU institutions, or other foreign institutions, likely to preserve their interest to work with the UK research institutions, or they will prefer to move on to other EU institutions? There are some Australian universities, for example, that have declared their ambition to turn part of their research to some EU institutions.

The second case in point is the researchers. Like in the case of faculty members, many EU researchers are working in UK institutions taking advantage of the movement of people. They are EU citizens and they enjoy the right to freely move from one country to another. What is the future of this people? And, if the institutions have less funds, will the institutions, or even researchers themselves keep their interest to remain in this UK institutions? Or else, will UK researchers working on EU institutions stay in such research hubs, or they will come back to the UK? The EU system has guaranteed until now a strong collaboration between researchers from different countries. Some 70% of UK publications are made jointly with non-UK researchers. What will happen with this joint research? Furthermore, the bigger issue at stake is whether Brexit will not have a stronger impact on research itself rather than on the researchers.

And the third point in this research field: publications. Publishers are also concerned for Brexit. Considering the possibility to decrease incomes for research, considering also the possibility to lose researchers, and considering too the possibility of a decrease in the joint research, publishers are worried for the research quality. In this domain Brexit could have two consequences: publications could be not so excellent (less money, less researchers, so less excellence); and UK publications could be more expensive for the EU countries, as they will be non-EU goods.

Към читателите и авторите на списание „Бизнес и право“

Списание „Бизнес и право“ е специализирано правно издание, което предлага форум за публикуване на статии, рецензии, съобщения за научни форуми, дискусийни материали и пр., посветени на правното регулиране на бизнеса (стопанската дейност) в най-широкия му смисъл. Стремим се да предложим широк кръг публикации по всички аспекти на това научно направление: публичноправни, частноправни и наказателноправни, също и международноправни и в правото на ЕС и т.н. Списанието дава възможност за изява на млади и утвърдени, български и чуждестранни учени, като публикува техни оригинални разработки. Публикуваме текстове на български и английски език.

1. Ръкописите се изпращат на хартия на адрес ул. Осми декември, Студентски град, Университет за национално и световно стопанство, София 1700, придружени с диск, съдържащ електронната версия на текста или директно на електронната поща на списанието – lawfac@unwe.bg.

2. Списание „Бизнес и право“ публикува предимно, но не само, в посочените по-долу области.

Области, в които статиите подлежат на анонимна рецензия (peer review):

- административноправни въпроси на регулирането на бизнеса (административно право и процес, местно самоуправление, данъчно, финансово, валутно и митническо, обществени поръчки, концесии, устройство на територията и гр.);
- частноправни въпроси на правното регулиране на бизнеса (граждански, търговски, трудови, конкурентни, интелектуалноправни, потребителски и гр.);
- международно право и бизнес;
- право на ЕС и бизнес;
- наказателно право и бизнес;
- икономика и право;
- други текстове, свързани с изброените по-горе области.

Области, в които материалите не подлежат на анонимна рецензия:

- законодателство (нови актове, изменения в нормативната уредба);
- практика (актуални съдебни решения, практически казуси и проблеми на практиката);
- дискусии (актуални и спорни въпроси на доктрината, законодателството и практиката);
- рецензии;
- събития (отзиви на актуални събития, годишници и пр.).

Представените текстове, подлежащи на анонимна рецензия, се предоставят на поне двама подготвени специалисти, които дават своето становище относно възможността списанието да приеме за публикация материала. Рецензентите, които не знаят името на автора, допускат до публикация директно, връщат с препоръки за отстраняване или предлагат статията да не бъде публикувана.

Всички приети за публикация материали подлежат на научна и езикова редакция и се публикуват след съгласуване с авторите на окончателното съдържание и формат на текстовете.

3. Формат на съдържанието на текстовете.

Списанието приема за публикация аналитични статии на български или на английски език, които представят научни или научноприложни изследвания в областта на правното регулиране на бизнеса, в обем до 20 стандартни страници (при обем на страницата от 1800 знака с разстоянията, включително и бележките под линия). Критично-дискусийни материали в обем до 10 стандартни страници, както и други материали, в това число отзиви за книги и рецензии, представяне на съдебна практика, на актуални законодателни изменения и новости, запознаване на читателите с актуални проблеми на практиката и пр., в обем до 5 стандартни страници.

Текстовете следва да изследват конкретен научен проблем, като предлагат и оригинално авторско становище или решение на практически въпрос, заедно с преглед на Постиженията на изследванията от значение за конкретната публикация. Освен това могат да представят и обзорни анализи на проблематиката и изследванията по проблеми с по-широк обхват.

4. Статиите се оформят в текстови редактор MS Office 2003 (минимум), шрифтът е Times New Roman, размер 12 пункта. Параграфът е с подравняване и от двете страни с разредка от 1,5.

Първата страница на ръкописа съдържа последователно: заглавие, име и фамилия на автора, заедно с посочване на неговата научна степен и длъжност, а в бележка под линия се дава на български и английски кратка информация за него (до 40 гуми), заедно с електронен адрес за комуникация; освен това се представят на английски език и резюме на статията до 300 гуми, заедно със списък на ключовите гуми на английски.

В края на статията се представя задължително и списък на цитираните източници на кирилица и латиница в азбучен ред, оформени съобразно правилата за цитиране и транслитериране. Може да се използва следният инструмент за онлайн транслитерация: https://www.lexilogos.com/keyboard/bulgarian_conversion.htm.

Към статията се представят:

- На отделен лист данни с транслитерацията на заглавието и името на автора на латиница.

Пример:

Osobnosti na bankovata nesăstojatelnost
prof. d-r Valeri Dimitrov

- На английски език – заглавието, името и фамилията на автора, резюмето, ключовите гуми.

Пример:

SUMMARY

Dr. Martin Wiener, “BREXIT and the European Company Law”

The article investigates the impact of the UK exit from the EU (so-called Brexit) on European company law. At the beginning, it provides a brief overview of BREXIT’s impact, delineating fields of foreseeable problems (II). After Brexit, EU law will not apply in the UK, as in any third country with respect to EU member states; the competence of European Court will end as well. The future relations with the EU will presumably be governed by multilateral instruments, such as WTO, GATT and CETA, and probably by bilateral agreements between different member-states and the UK.

...

Отговорност за точността на превода и транслитерацията носи авторът.

Желателно е основният текст да съдържа увод, методология, описание на изследването и резултатите, заключение.

Забележките под линия да са номерирани последователно с арабски цифри. Всички графики и диаграми трябва да бъдат означени като фигури, номерирани последователно с арабски цифри. Наименованието е под фигурите. Таблиците да се номерират последователно с арабски цифри и да бъдат наименувани (над таблиците). Под таблицата се посочва източникът на включените в нея данни.

При цитиране в текста на публикации от други автори да се спазват посочените по-нататък правила. Когато се цитира конкретен текст от чужда публикация, да се посочват страниците: Павлов (2002, с. 333) твърди, че „...“. Без посочване на конкретен текст е само: Павлов (2002) потвърждава тезата за наличието на връзка. Когато името на автора не е посочено директно в текста, то се поставя в скоби заедно с годината на публикацията: Този проблем е вече изследван (Иванов и др., 1997).

Когато в едно изречение са посочени повече от един автор, те се цитират: Petrov (2000) и Roger (2002) също доказват, че... При повече от една публикация по темата от даден автор позоваването е: Както предлага Johnson (1991; 1997) или Изследвания през 90-те години (Lionel, 1991; 1997) показват, че Ако се използват няколко публикации от един автор в една и съща година, след годината се добавя малка буква а, в, с и т.н.

Пример: Предходно изследване на Vincent (1990а) показва, че ... , но по-късно изследване отново от Vincent (1990б) разширява това твърдение с нови аспекти.

При цитиране на вторични източници форматът е: Изследване на Willson (2000, цитирано в Smith, 2004, с. 120) показва, че . . .

Списъкът с цитираните източници да се даде след основния текст без номериране. Подреждането е по азбучен ред на фамилиите на авторите, първо на кирилица, а след това на латиница и други езици.

Под всеки цитиран източник на кирилица – на български език, да се даде същият източник, изписан по правилата за транслитерацията.

Статии в научни поредици и списания:

Посочват се фамилията, инициалът на първото име, в скоби годината, след това се поставя запетая и заглавието, след него се поставя запетая и след нея името на списанието (в курсив),

запетая, поредният брой на книжката в абсолютната номерация и ако е възможно, в годината след него без разстояние (в примера долу има разстояние) годишнината в скоби, след това запетая и страниците.

Например:

Armour, J., and Fleischer, H., and Knapp, V., and Winner, M. (2017), *Brexit and Corporate Citizenship*, European Business Organization Law Review, 2 (2017).

Данните на кирилица се транслитерират.

Монографии:

Посочват се фамилията, инициалът на първото име, в скоби годината, след това се поставят запетая и заглавието, което се итализира, след него се поставя запетая и след нея името на издателство, след това се поставя запетая и се посочва мястото на издание, пак запетая и годишнината без скоби, след това се поставя запетая и накрая страниците.

Например:

Герджиков, О. (2015) *Търговски сделки*. 4-то изд. София, 2015, 55 и сл.

Данните на кирилица се транслитерират.

Gerdžikov, O. (2015) *Tărgovski сделки*, 4-to izd., Sofija, 2015, 55 i sl.

Поредността на публикациите от един автор се отбелязва чрез добавяне на малки букви а, в, с и т.н. след годината на публикуване.

За електронни източници:

Ако източникът е уеб сайт, информацията се подрежда, както следва:

източник, година, заглавие на уеб документа или уеб страницата [средство за достъп], наличен в: уеб сайт адрес/URL[Дата на последно влизане на потребителя (за застраховка)]

В бележките по линия се използва съкратено цитиране: Armour, J. и др. (2017).

Пример: American Economic Association, 2012. JEL Classification Codes Guide, [online] Available at: <<http://www.aeaweb.org/jel/guide> [Accessed 15 May 2012].

За непосочените случаи и източници да се използва Харвардската система за цитиране (<https://im.tu-sf.org/bg/for-authors/harvard-style-menu.html>).

Ръкописите се представят в електронен вид на CD и на хартиен носител в два екземпляра. На гиска изпишете Вашето име, софтуера, който сте използвали, и името на файла, съдържащ Вашия ръкопис.

Трябва да сте сигурни, че файлът на CD и печатният екземпляр са идентични.

Ръкописите, които не отговарят на посочените в т. 2 до т. 5 изисквания, се връщат на авторите за преработване. Ръкописите се рецензират, а решението за отпечатване за преработване или за отхвърляне на статията се взема от Редакционната колегия. Редакционната колегия информира авторите за взетото решение.

В списанието се приемат за отпечатване ръкописи, които не са публикувани другаде. Приемането на статията за отпечатване означава, че авторските права върху ръкописа са прехвърлени на списанието. Статията или части от нея не могат да бъдат публикувани в други издания без писменото съгласие на Редакционната колегия.

Списанието излиза в 4 книжки годишно.

TO THE READERS AND AUTHORS OF THE “BUSINESS AND LAW” JOURNAL

Business and Law Journal is a legal edition, providing a site for publishing articles, reviews, forum announcements, materials, studying different debatable problems, among other materials. It is specialized in all aspects of the legal regulation of business activity. Our ambition is to offer a wide range of publications in various areas of this research field, covering public law, private law, criminal law, international law, EU law perspective, etc. The journal gives an opportunity to young and approved Bulgarian and foreign scholars to publish the results of their original research. Manuscripts shall be published in the Bulgarian or the English language.

1. Manuscripts should be submitted in a printed copy and as a file on a compact disk to the following address: Sofia 1700, “Osmi septemvri” Str., Studentski grad, University for National and World Economy, or directly to the journal’s electronic address at: lawfac@unwe.bg

2. The Business and Law Journal publishes materials predominantly, but not exclusively, in the below described fields.

The articles in the following fields shall be subject to peer review:

- Administrative law issues, concerning business regulation (administrative law and administrative procedural law, local government law, tax law, financial law, currency law, customs law, procurement law, concessions, territory planning, etc.);
- Private law issues, concerning business regulation (civil law, commercial law, labour law, competition law, intellectual property law, consumer law, etc.);
- International law and business;
- EU law and business;
- Criminal law and business;
- Economics and law;
- Other texts, connected with the above-mentioned fields.
- The texts in the following fields shall not go through peer review:
- Legislation (new legislative acts or amendments in the legal regulation);

- Court practice (new court decisions, cases and practice problems);
- Discussions (actual and arguable issues of doctrine, legislation, and practice);
- Reviews;
- Scientific events (conferences, anniversary meetings, etc.).

The manuscripts that are subject to peer review shall be evaluated by at least two qualified specialists who give an opinion whether the manuscript should be accepted by the journal. The reviewers, who are not aware of the author's name, may accept directly the manuscript for publication or may return it with recommendation for further revision, or may suggest that the manuscript should not be published.

All accepted for publication materials shall go through scientific, grammar and language editing and shall be published after consulting the final content and text formatting of the manuscript with the authors.

Format of the content of the manuscripts

The journal accepts analytical articles in the Bulgarian or in the English language, which present theoretical issues or applied research in the sphere of legal regulation of business (the volume of an article should be up to 20 standard pages – one page should contain 1800 characters with spaces, footnotes included). It also accepts critically evaluating materials, the volume of which should be up to 10 standard pages, as well as other materials such as reviews of books and other materials, presentation of court practice, of legislative amendments, legal practice problems of up to 5 standard pages in size.

The texts should study a specific scientific problem by offering an original position or solving a practical problem. This study should contain also a review of other researchers' accomplishments on the topic. Besides, analytical overviews may also be presented.

4. The articles should be submitted using MS Office 2003 (or higher version), the font Times New Roman, size 12. The text should be aligned on both sides with line spacing of 1.5.

The first page of the manuscript should contain the following information in the same consecutive order: title, first name and last name of the author, science degree and scientific position, and a footnote should present shortly the author in Bulgarian and in English language (up to 40 words), together with his/her e-mail address; besides, there should be presented in English language a summary of 300 words, together with keywords in English.

The list of literature should be placed after the main text, starting with the titles in Cyrillic alphabet, then in Latin alphabet in accordance with the citing and transliteration rules. You can use the following instrument for online transliteration: https://www.lexilogos.com/keyboard/bulgarian_conversion.htm.

There should be enclosed to the article:

On a separate sheet of paper the data with the transliterated article's title and author's name in Latin.

Example:

Osobenosti na bankovata nesăstojatelnost

prof. d-r Valeri Dimitrov

The title, given name and last name of the author, the summary and the keywords in English.

Example:

SUMMARY

Dr. Martin Wiener, "BREXIT and the European Company Law"

The article investigates the impact of the UK exit from the EU (Brexit) on European company law. At the beginning, it provides a brief overview of BREXIT's impact, delineating fields of foreseeable problems (II). After Brexit, EU law will not apply in the UK, as in any third country with respect to EU member states; the competence of European Court will end as well. The future relations with the EU will presumably be governed by multilateral instruments, such as WTO, GATT and CETA, and probably by bilateral agreements between different EU member states and the UK.

...

The author is responsible for the accuracy of the translation and transliteration.

It is recommended that the presented text consists of an introduction, explanation of the methodology, description of the study and the results and a conclusion.

Footnotes must be consecutively numbered with Arabic numbers. All the graphics and diagrams must be marked as figures, consecutively numbered by Arabic numbers. The title should be written under the figure. The tables must be consecutively numbered by Arabic numbers and with titles (above the tables). The source of the data in the table should be indicated under the table.

When citing publications of other authors, the following rules should be observed. When a specific text from other author's publication is used, the pages must be indicated: Pavlov (2002, p. 333) states that

„...”. When no specific text is cited, then the following structure should be used: Pavlov (2002) confirms the thesis about the existence of causality. If the author's name is not directly mentioned in the text, it shall be put in parentheses together with the year of publication: This problem has already been studied (Ivanov et al., 1997).

If a sentence makes mention of several authors, they have to be cited: Petrov (2000) and Roger (2002) also prove, that... In case of more than one publication by a single author, the citing is as follows: As Johnson (1991; 1997) offers..... or Researches, made in the 1990s (Lionel, 1991; 1997) show, that If several publications of one and the same year by one and the same author are cited, after the year shall be put letter a, b, c, etc.

Example: A previous study by Vincent (1990a) shows that ..., although in a later study the problem is further explored (Vincent, 1990b).

When citing secondary sources, the following structure should be used: According to the research made by Willson (2000, as cited in Smith, 2004, p. 120)

The list of cited sources should be placed after the main text, without numbering. The sources have to be alphabetically ordered according to the last name of the authors, starting with titles in Cyrillic alphabet, then in Latin alphabet, then in other alphabets.

Under each cited source in Cyrillic (in the Bulgarian language), the source should be transliterated.

Articles in print periodicals and magazines

The following format should be used: last name, first initial, year published with parentheses, comma, article title, comma, journal title (in italics), comma, the volume, the year of publication with parentheses, comma, pages.

Example

Armour, J., and Fleischer, H., and Knapp, V., and Winner, M. (2017), Brexit and Corporate Citizenship, *European Business Organization Law Review*, 2 (2017).

The information in Cyrillic should be transliterated.

Monographs

The following format should be used: last name, first initial, year published and placed in parentheses, comma, the title in italic script, comma, name of the publisher, comma, place of the edition and the year without parentheses, comma, pages.

Example

Герджиков, О. (2015) Търговски сделки. 4-мо изд. София 2015, 55 и сл.

The data in Cyrillic should be transliterated.

Gerdžikov, O. (2015) Tărgovski сделки, 4-to izd., Sofija 2015, 55 i sl.

If there are multiple sources by one and the same author, then citations are listed in order by adding little letters a, b, c, etc. after the year of publication.

About the electronic sources

If a website is used as a source, the information shall be put in the following order:

source, year, title of the web document or the web page [medium], available at: website address/URL[Date of last access]

In the footnotes should be used short citation: Armour, J et al. (2017).

Example: American Economic Association, 2012. JEL Classification Codes Guide, [online] Available at: <<http://www.aeaweb.org/jel/guide> [Accessed 15 May 2012].

For the non-mentioned sources there can be used the Harvard citation system (<https://im.tu-sf.org/bg/for-authors/harvard-style-menu.html>).

The manuscripts should be presented in a disc and in 2 printed copies. On the disc you should handwrite your name, the software you have used and the name of the file containing your manuscript.

Please, make sure that the disc file and the printed copy are identical.

The manuscripts which do not meet the requirements, listed above in points 2 to 5, shall be returned to the authors for revision. The manuscripts are reviewed and the decision for their publishing, return for revision or rejection is taken by the Editorial Board. The Editorial Board informs the authors about the taken decision.

The journal accepts for publication manuscripts that have not been published elsewhere. The acceptance of the article means that the copyright for the article is transferred to the journal. The article or parts of it cannot appear in other publications without the written consent of the Editorial Board.

The journal is issued on a quarterly basis (four issues a year).

