

DOI: <http://doi.org/10.370.75/BAL.2022.02.04>

ОТНОСНО ПОНЯТИЕТО „БАНКОВА ДЕЙНОСТ“ В ЗАКОНА ЗА КРЕДИТНИТЕ ИНСТИТУЦИИ

ON THE CONCEPT OF „BANKING ACTIVITY“ IN THE CREDIT INSTITUTIONS ACT

Сюлейман Башов¹

Summary

This paper analyses the concept of „banking activity“ according to the Bulgarian Credit Institutions Act. Our argument is that this concept has not subjective, but objective nature. The thesis basis originates from functional dependence between the concepts of bank, banking activity and banking supervision. The banking activity lays down at their centre, and the other two derive from it. In other words, the concept of „bank“ is a derivative of the „banking activity“, respectively the „bank“ could be an entity having right of banking activity. But not every activity of the bank is a banking one. So, we must distinguish between the „banking activity” and the „activity of the bank”. In addition, the study makes difference among the banking activity and banking transactions. The banking activity has public law nature, while the

¹ Сюлейман Башов е докторант и хоноруван преподавател в катедра „Публичноправни науки“ при Юридическия факултет на Университета за национално и световно стопанство, e-mail: suleyman_b@abv.bg. (Suleyman Bashov is a PhD candidate and part-time lecturer in the Department of Public Legal Studies at the Law Faculty, University of National and World Economy (UNWE – Sofia, Bulgaria), suleyman_b@abv.bg).

banking transactions, private. The banking activity articulates the result of banking transactions, and thus its term obeys the public legal regime of banking and refers an effect activating the banking regulation and its protective nature. It could derive from various banking transactions when the entity receives deposits or other repayable funds from the public and gives credits or other financing for its own account and at its own risk.

Key Words

Banking Activity; Bank; Credit Institution; Banking Business; Banking; Banking Law

1. Терминът „банкова дейност“ е легален и се среща широко в специалното банково законодателство, включително и в общия Търговски закон (вж. чл. 174, ал. 3 ТЗ). За разлика от отменения Закон за банките (ЗБ)², действащият ЗКИ³ не дефинира изрично коя дейност е „банкова“. Пропускът на законодателя в това отношение е съществен, тъй като с този термин назовава понятие, което заема важно място в правната ни система и по-специално в публично-правния режим на банковото дело. Преди всичко с него ЗКИ очертава своя регулативен обхват, в който попадат субектите на банковата дейност. Последната, според заглавието на Раздел XI на същия закон („Надзор върху **банковата дейност**“), е обект на специален административен надзор, назоваван в литературата и в нормативните актове с термина **банков надзор**⁴. Според разпоредбите на Раздел I, Гл. III на ЗКИ („Лиценз за **банкова дейност**“), нейното извършване се допуска само при издаден лиценз от централната банка. От своя страна чл. 6, ал. 1 ЗКИ посочва, че лице, което не притежава лиценз

² Вж. чл. 1, ал. 4 на Закона за банките (обн. ДВ, бр. 52/1997 г., отм. ДВ, бр. 59, 2006 г.).

³ Закон за кредитните институции (обн. ДВ, бр. 59/2006, посл. изм. и доп. ДВ., бр. 51 от 1 юли 2022 г.).

⁴ Вж. В. Димитров. *Въведение в банковото право. Търговската банкова дейност и нейната публично-правна уредба*. София, Нова звезда, 1996, с. 193.

за извършването на **банкова дейност**, не може да използва в своето наименование, в рекламната си или в друга дейност думата „**банка**“ или някоя от производните ѝ на чужд език или друга дума, означаваща извършване на **банкова дейност**. Разпоредбата на чл. 79, ал. 10 ЗКИ пък разширява периметъра на банковия надзор, като посочва за негов адресат и всяко предприятие, за което може да се предположи, че осъществява **банкова дейност** без разрешение (т.е., без да функционира като банка).

Въпреки така очертаната легална употреба и независимо от възловото значение на коментираното понятие за правната ни система, то не е изрично дефинирано в ЗКИ. Нещо повече употребата му в литературата и в законодателството донякъде е „хаотична“. Нормативните актове, в това число и ЗКИ – особено след внесените в него промени от края на март 2022 г.⁵, са склонни да характеризират всички извършвани от банката сделки и операции като банкова дейност. Така последната се обвързва с качеството на субекта, който я осъществява (т.е. банката). Това показва, че използването на понятието „банкова дейност“ в законодателството често изхожда от субективен критерий.

В настоящото изследване се отстоява тезата, че обсъжданото понятие е от обективен, а не субективен характер. Тази теза се основава на виждането, че между понятията **банка**, **банкова дейност** и **банков надзор** съществува **функционална зависимост**⁶. В центъра стои дейността, тъй като другите две понятия произтичат от нея. Иначе казано, банковата дейност придава на лицето, което **има право** да я осъществява, качеството „банка“, а за нейното законосъобразно упражняване се провежда банков надзор⁷. Право да осъществява такава дейност има само онова лице, което притежава банков лиценз (т.е. е банка). Тя обаче може да бъде осъществявана и в нарушение на лицензионния режим – от субект, който не притежава лиценз и респективно няма

⁵ Обн. ДВ, бр. 25 от 2022 г. (по-нататък за краткост „Промените“ или „Измененията“).

⁶ За концепцията за първи път срвн. С. Башов. Банковият надзор като специализиран административен контрол. *Бизнес и право*, 2 (2020), с. 121.

⁷ Башов (2020), с. 121 – 122.

банково качество. Казаното показва, че определянето на банковата дейност зависи от нейни обективни белези и свойства, а не от качеството на субекта, който я упражнява. Банковата дейност може (макар и неправомерно) да се упражнява от лица, които не са банки. Именно в тази насока последните са посочени като адресат на банков надзор (чл. 79, ал. 10 ЗКИ). Вярно е и обратното: не всяка дейност, която се осъществява от банката, е банкова дейност. Банката може да осъществява редица други търговски активности – били те включени в нейния лиценз или не. Това не превръща последните в „банкова дейност“ само поради факта, че се извършват от банка. На тази плоскост банковата дейност понататък ще се разграничи от понятието „дейност на банката“, но и от банковите сделки.

Описаните по-горе обстоятелства имат не само важно теоретично значение, но и съществено практическо измерение. Съдебната практика е изправена пред сериозно затруднение да тълкува понятието „банкова дейност“ и ясен показател за това е висящото тълкувателно дело № 1/2020 на ОСНК на ВКС, по което все още няма произнасяне⁸. То е резултат от неизяснената концептуална рамка на маркираното явление. За това ще стане дума по-нататък. Преди това е нужно да се анализира естеството на самото понятие „банкова дейност“, както и да се изясни защо е важно еднозначното му фиксиране в законодателството.

2. Допреди Измененията в ЗКИ⁹ съдържанието на понятието „банкова дейност“ можеше да се изведе чрез историческото и систематичното тълкуване на текстовете на няколко разпоредби. На първо място бе чл. 2, ал. 1 ЗКИ, където понятието „банка“ беше обвързано единствено с извършването на т.нар. „изключителни банков сделки“. Това виждане

⁸ Това дело е пряко свързано с тълкуването на понятието „банкова дейност“, но по него липсва произнасяне вече повече от две години. Във връзка с правилното тълкуване на формулирания по него въпрос ВКС се обърна за помощ до Съда на ЕС. Показателен за липсата на добра ориентация в тази материя обаче е фактът, че е потърсена помощта и на редица пеналисти, но не и на специалистите от областта на административното регулативно и надзорно право (част от което е публичноправният режим на търговското банково дело).

⁹ ДВ, бр. 25 от 2022 г.

се споделяше и от Конституционния съд, който също извлече съдържанието от същата разпоредба и по този начин я отличаваше от дейността на всички останали дружества, упражняващи частна финансова дейност¹⁰. След Измененията инвестиционните посредници, които отговарят на изискванията в новата т. 2 към чл. 2, ал. 1 ЗКИ, бяха приравнени на банки (макар да нямат право да осъществяват дейността по т. 1). Това отразява промените в легалната дефиниция на понятието кредитна институция по чл. 4, §1, т. 1 от Регламент (ЕС) №575/2013 (извършени чрез Регламент (ЕС) № 2019/2033). Въпреки това в изследването се приема, че дейността на тези дружества не следва да се определя като банкова само поради факта, че те са законово приравнени на банки. Както ще стане дума по-нататък, по естеството си те са инвестиционни посредници по смисъла на ЗПФИ¹¹. Те не извършват банкова дейност, а предлагат на пазара т. нар. **инвестиционни услуги и инвестиционни дейности**¹². Приравняването им на банки е прагматичен подход на европейската нормативна уредба. Целта е да бъдат подложени под регулативния и надзорния дял на банковото законодателство, което е особено по-тежко от приложимия за тях режим, в качеството им на инвестиционни посредници. Не е оправдано обаче всеки такъв посредник да се подлага под подобен тежък административен режим – а само този, който поради мащабната си дейност се явява от системно значение. Ето защо новата разпоредба в чл. 2, ал. 1, т. 2 ЗКИ предвижда нужда от издаване на банкова лицензия единствено за

¹⁰ Вж. мотивите на Решение №12 от 2.10.2012 г., постановено по к. г. № 4/2012 г. на Конституционния съд на Република България.

¹¹ Закон за пазарите на финансови инструменти (обн. ДВ, бр. 15 от 16 февруари 2018 г., изм. и доп. ДВ, бр. 51 от 1 юли 2022 г.). Тук е важно да се акцентира, че посочените банки по чл. 2, ал. 1, т. 2 ЗКИ не бива да се смесват с понятието „банки – инвестиционни посредници“ по чл. 8, ал. 1 ЗПФИ. Последните са „класически“ търговски банки, в чието лиценз за банкова дейност по ЗКИ е включено и предоставянето на една или повече инвестиционни услуги, както и извършването на една или повече инвестиционни дейности по ЗПФИ.

¹² За сравнение между банковата дейност и дейността на инвестиционните посредници вж. В. Димитров. *Основи на правния режим на инвестиционните ценни книжа*. София, Нова Звезда, 2001, с. 113 – 117.

инвестиционните посредници, които отговарят на определени количествени и качествени изисквания. Задължително да се отбележи е, че на практика няма инвестиционен посредник у нас, който би отговорил на заложените количествени изисквания. С оглед на това коментираното законово изменение има ниска практическа стойност за нашата страна.

От казаното до момента трябва да се резюмира, че понастоящем ЗКИ визира две категории банки и дава за тях две различни дефиниции – в чл. 2, ал. 1, т. 1, респективно т. 2. Първата отразява познатото определение отпреди изменението през март 2022 г. и може да се каже, че се отнася до понятието банка в тесния или собствения смисъл на понятието. Това е „класическата“ банка, която извършва банкова дейност. Втората засяга т.нар. банки по чл. 2, ал. 1, т. 2 ЗКИ. Според виждането в това изследване тук става дума за банки по силата на законова фикция. Причината за този извод е, че те не извършват (и нямат право) да извършват банкова дейност¹³. И така, остава да се изясни съдържанието на понятието „банкова дейност“.

3. Независимо от Промените съдържанието на банковата дейност трябва да се изведе чрез историческото¹⁴ и систематично¹⁵ тълкуване на няколко нормативни текста. Първият

¹³ С оглед на тези промени, удачно би било *de lege ferenda* ЗКИ да изгради като видове понятията „лиценз за банка“ и „лиценз за банкова дейност“, а те от своя страна да се обединят от роговото понятие „банкова лицензия“. Така всеки един от тези термини ще се фиксира с конкретно съдържание. Лицензът за банкова дейност следва да се отнася само за банките по чл. 2, ал. 1, т. 1 ЗКИ (банки в тесен смисъл), а лицензът за банка като термин може да се отнася и до банките по чл. 2, ал. 1, т. 2 ЗКИ.

¹⁴ Срвн. чл. 2, ал. 1 (понастоящем чл. 2, ал. 1, т. 1) ЗКИ и чл. 1, ал. 4 Закона за банките (отм.).

¹⁵ Срвн. текста на чл. 13, ал. 1 ЗКИ отпреди изменението, обн. в ДВ, бр. 25 от 2022 г., който ясно обвързваше термина „банкова дейност“ с дейността, визирана в чл. 2, ал. 1 (понастоящем чл. 2, ал. 1, т. 1) ЗКИ. От своя страна, чл. 6, ал. 1 ЗКИ и сега посочва, че лице, което не притежава лиценз за банкова дейност, не може да използва в наименованието, в рекламната си или в друга дейност думата „банка“ или някои от производните ѝ на чужд език или друга дума, означаваща извършване на банкова дейност. При тази ситуация беше ясно, че „банка“ може да се нарича само лице, което притежава лиценз за банкова дейност – а този лиценз се отнася до дейността по чл. 2, ал. 1 (понастоящем чл. 2, ал. 1, т. 1) ЗКИ.

понастоящем се намира в чл. 2, ал. 1, т. 1 ЗКИ и отразява дефиницията за банка отпреди споменатите изменения в ЗКИ. Тази дефиниция обвързва банката с извършването от нея **публично привличане на влогове или други възстановими средства и предоставяне на кредити или друго финансиране за своя сметка и на собствен риск**. Определението се развива чрез още две дефиниции, сочещи що е „влог“ и що е „**публично привличане на влогове или други възстановими средства**“ (т. 2 и т. 3 на §1 от ДР на ЗКИ). Влогът в ЗКИ е очертан максимално широко. Влог според т. 2 от ДР на ЗКИ е всяка сума получена със задължение за връщане, освен ако попада в изричните изключения, при които макар да подлежи на връщане – не се разглежда като влог. По-нататък ЗКИ описва кога влогонабирането е публично, т.е. кога то има банков характер. Важно да се уточни е, че ЗКИ конструира специално публичноправно понятие за влог, обусловено от неговия защитен характер. То е свързано с понятието за банков влог по смисъла на ТЗ, но не бива да се отъждествява с него, защото има много по-широко значение. Всяка сума получена със задължение за връщане, ако не попада в изключенията на ЗКИ, се смята за влог според специалния закон. Причината за такава широка дефиниция е защитният режим на ЗКИ, който цели да обхване възможно най-широк кръг отношения, при които едно лице получава суми със задължение за връщане¹⁶. Прекрачването на установения законов праг от вложители придава на влогонабирането

Вярно е, че в него, по преценка на БНБ, могат да се включат и сделките и операциите по чл. 2, ал. 2 ЗКИ, но характерът му на лиценз **за банкова дейност** придава именно дейността по чл. 2, ал. 1 (сега чл. 2, ал. 1, т. 1) ЗКИ. Втората алинея на чл. 2 ЗКИ визира допълнителен кръг от сделки и дейности, които могат – но не е задължително да се осъществяват от банката. При това, повечето от тях могат да се упражняват от други търговци, без да е нужно да разполагат с лиценз за банкова дейност. Това е така просто защото този кръг от дейности не представляват самата банкова дейност.

¹⁶ Ето защо при сега съществуващата публичноправна уредба е налице забрана дадено лице да приема средства със задължение за връщане (т.е. „възстановими“ средства по смисъла на ЗКИ) от повече от 30 лица, извън изрично предвидените в ЗКИ изключения. Правният характер на сделките, въз основа на които се акумулират тези средства (извън предвидените

публичен (банков) характер, позволено само при условията на банкова лицензия. На фона на разгърнатото легално определение на влогонабирането прави впечатление обаче, че ЗКИ не отделя специално внимание на втория дял на банковата дейност, който описва като „предоставяне на кредити или друго финансиране“. Този дял се състои в използване на набраните суми в ресурс за кредитиране¹⁷. Вигно от това, кредитният компонент при банковата дейност се отнася до предоставяне на заеми или други финансиране със средства, привлечени от широката публика чрез публично влогонабиране. В публичния характер на двата дяла на банковата дейност обаче е

изключения), е без значение. Варненският районен съд например е разгледал случай, при който публично влогонабиране било извършвано чрез договори „за съвместна дейност“ – вж. Решение №979 от 01.06.2018 г. по а. н. г. № 4705/2017 г. на РС – Варна. По делото се установява, че наказаното лице се занимава не само с кредитиране на физически и юридически лица, но и с публично привличане на възстановими парични средства. Самото влогонабиране било „облечено“ в договори „за съвместна дейност (скрит съдружник)“. Въз основа на тях нарушителят приемал заеми от десетки лица, които в защитната си теза определя за бизнес съдружници (т.е. визира т. нар. „гружество със скрито съучастие“, което е познато явление в търговското право). През 2012 и 2016 г. нарушителят е сключил десетки такива договори (в определени периоди с повече от 90 лица) и въз основа на тях е акумулирал милиони левове, представляващи над 90% от неговото имущество. В счетоводния баланс сумите фигурирали като актив от заеми. Наказващият орган и респ. районният съд правилно са приели, че е налице нарушение на лицензионния режим по ЗКИ, тъй като независимо от договорната форма, приемането на средства се е извършвало със задължение за връщане (и не попада в изричните закони изключения по ЗКИ). При това няма никаква нужда граждански съд да се произнесе дали е налице симулация при сключените договори за „съвместна дейност“. Както стана дума, коментираното явление не е обвързано с понятието „банков влог“ по смисъла на ТЗ и респективно не е нужно да се изследва дали договорите за „съвместна дейност“ са прикривали договор за паричен влог. Достатъчно е да се установи, че въз основа на тях се набират средства със задължение за връщане и не попадат в изрично предвидените от ЗКИ изключения.

¹⁷ Трябва да се уточни, че ако между понятията „публично влогонабиране“ и „банково влогонабиране“ има знак за равенство, това не е така при понятията „публично кредитиране“ и „банково кредитиране“. В чл. 3, ал. 1, т. 3 ЗКИ също се визира публично кредитиране, но то не е банково кредитиране, защото ресурсът, с който то се осъществява, принципно не е акумулиран чрез публично влогонабиране.

налице важна отлика. Докато при влогонабирането публичността е „условие“, при кредитирането публичността е „затъжение“¹⁸. От значение да се акцентира е и това, че влогонабирането, като основа на банковата дейност, има за обект пари в юридическия смисъл на понятието. Банковата дейност е парична дейност и това я отличава от редица сходни бизнес активности, при които едно лице търгува с финансови инструменти или групи (включително виртуални) активи¹⁹.

4. Очертаното нормативно понятие за банкова дейност има за свой първоизточник европейското законодателство,

¹⁸ Публичността е условие, без което влогонабирането не би попаднало под регулативния обхват на ЗКИ. При кредитирането обаче тя не е таква, а е желан и преследван от законодателя резултат. Целта е да не се стигне до съсредоточаване на кредитния ресурс в ръцете на месен кръг лица, от чието финансово състояние да зависи банката. Затова в литературата, се поддържа, че банката е длъжна да предоставя кредити на неограничен кръг лица, които поначало не са свързани с нея – вж. Димитров (1996), с. 60 – 61 и сл.

¹⁹ Тук може да се уточни, че м.нар. виртуални валути *de lege lata* нямат качеството „пари“, поради което извършваната на тяхна основа дейност не може да се определи като банкова. Във вътрешното ни законодателство тези „валути“ са дефинирани в т. 24 от ДР на Закон за мерките срещу изпирането на пари (нова – ДВ, бр. 94 от 2019 г.). Легалната дефиниция също акцентира на обстоятелството, че при тях става дума за стойност, която се приема като средство за обмяна, но няма правния статут на валута или на пари. Трябва да се допълни и това, че криптовалутите макар да материаллизират стойност и да могат да бъдат средство за размяна, те не отговарят на останалите характеристики на парите (във формално-юридическия смисъл на понятието). В икономически план търгуването с този вид активи може да се предоставя като инвестиционен продукт, но същият не е банкова услуга в собствения формално-юридически смисъл на това понятие. Именно защото извършването на търговска дейност с криптовалути не представлява банкова дейност, субектите на този вид търговия не могат да включват в своята фирма думата „банка“ и нейните производни. В противен случай ще нарушат чл. 6, ал. 1 ЗКИ. Като че ли казус в тази насока е разрешен с *Решение № 1399 от 12.07.2017 г. по т. г. № 1313/2017 г. на СГС, ТО, VI—14 с-в*. Този акт е влязъл в сила към днешна дата и с него се прекратява регистрацията на търговско дружество с фирма „Банка за биткойни“ ЕООД. Самото дело е образувано по иск на прокуратурата (по чл. 155, т. 2 от Търговския закон). Искането за заличаване на регистрацията в конкретния случай обаче е продиктувано от липсата на лиценз за банкова дейност и решаващата инстанция не е имала повод да размишлява дали търгуването с криптовалути представлява банкова дейност.

където фигурира в дефиницията за банка почти непроменено още от първата банкова директива (Директива 77/780/ЕИО). Тя се възпроизвежда в множество европейски нормативни актове²⁰, включително и след измененията в Регламент (ЕС) №575/2013, за които стана дума по-горе. В нашата правна система тя е възприета първоначално в ЗБ (отм.), който обаче изрично е назовавал разглеждания кръг от сделки с термина „банкова дейност“ (вж. чл. 1, ал. 4 ЗБ – отм.). Така националното ни законодателство е придало свой отпечатък на възприетия нормативен модел, а той неоправдано е изоставен в сега действащия ЗКИ. Той не фиксира еднозначно смисловия обхват на разглежданото понятие. Липсата на ясна законодателна концепция за това що е банкова дейност е сериозен дефицит на сегашната нормативна уредба. След Промените в ЗКИ, а и в другите нормативни актове, това понятие се използва непоследователно. На практика употребата му в законодателството изхожда от субективен критерий, доколкото нормативните актове са склонни да характеризират всички сделки и операции, извършвани от банките, като „банкова дейност“. По този начин тя се обвързва с качеството на лицето, което ги извършва. Трябва обаче да се признае, че понятието „банкова дейност“ има обективен, а не субективен характер и отразява системно и кумулативно извършване на обективни търговски сделки от категорията на изключителните банкови сделки (влогови и кредитни сделки).

5. С имплементацията на европейското законодателство в страните от ЕС е постигната значима хармонизация в сферата на банковото дело и по специално в понятията **банка** и **банкова дейност**. В този контекст обаче трябва да се обърне внимание и на т. нар. инвестиционна банкова дейност (**investment banking**), която е широко употребявано понятие и у нас. В международен план с него се назовава широк

²⁰ Вж. например чл. 1, т. 1 на Директива 2000/12/ЕО на ЕП и на Съвета от 20 март 2000 г., както и чл. 4, т. 1 на Директива 2006/48/ЕО на ЕП и на Съвета от 14 юни 2006 г., с която се отменя Директива 2000/12/ЕО. Същата дефиниция е възпроизведена в Регламент (ЕС) № 575/2013 на ЕП и на Съвета без обаче да обхваща гружествата за електронни пари (за разлика от чл. 1, т. 1 на Директива 2006/48/ЕО).

кръг от сделки, голяма част от които у нас попадат в предмета на инвестиционните посредници по ЗПФИ²¹. Допреди измененията в ЗКИ в България тези дружества по никакъв начин не можеха да гобавят във фирмата си гумата „банка“, тъй като дейността им не се разглеждаше като банкова. Преди изменението на дефиницията за кредитна институция в Регламент (ЕС) №575/2013 те не се разглеждаха като банки и на ниво ЕС. Понастоящем нещата стоят по-различно, защото инвестиционните посредници, отговарящи на изискванията по чл. 4, §1, б. „б“ от Регламент (ЕС) № 575/2013, вече са приравнени на банки (кредитни институции). След Измененията на ЗКИ разпоредбата на чл. 6, ал. 1, която акцентира на връзката между понятията банка – банкова дейност, обаче остана непроменена. Така банковата дейност като понятие в чл. 6, ал. 1 ЗКИ понастоящем явно се отнася и до дейността на посочените инвестиционни посредници, което е неправилно. Като изхожда от субективен критерий, ЗКИ явно разглежда извършената от тях дейност като банкова. Както стана дума [2], настъпилите законови промени отразяват прагматичен подход, който цели да подложи инвестиционните посредници под регулативния и надзорния дял на банковото законодателство, когато са развили огромна по мащаб дейност, превръщаща ги в пазарни агенти от системен характер. За обикновените инвестиционни посредници обаче и след промените не съществува възможност да бъдат лицензирани като банки. И дори в някои страни членки, да бъдат определяни като инвестиционни банки, според самото право на ЕС (а и у нас) те нямат банково качество. Всичко това показва, че въпреки така настъпилите изменения в дефиницията за банка, европейското и вътрешното ни законодателство остават чужди на англосаксонския модел, конструиращ т.нар. инвестиционни банки.

Така наречените **инвестиционни банки** представляват търговски дружества, които предоставят на пазара инвестиционни услуги²², но не и публично кредитиране със средства, акумулирани чрез публично влогонабиране. Поначало тези

²¹ За инвестиционните посредници по ЗПФИ вж. В. Димитров. *Борсово право*. София, ИК – УНСС, 2021, с. 139 – 152.

²² За понятието „инвестиционни услуги и дейности“ вж. Димитров (2001), с. 90 – 113.

инвестиционни услуги започват да се предлагат от търговските банки в определен исторически етап от развитие на банковото дело. В Европа, а и в редица страни по света, те и до днес се предлагат от банките, въпреки дискусиите до колко е удачно под „един покрив“ да се наблюдава подобна рискова концентрация. Възможността един субект да осъществява както банкова дейност, така и да предоставя инвестиционни услуги дава основание на теорията и практиката да говорят за универсално банкиране и универсални банки. Такива са банките у нас, а този модел е възприет широко в Европа и по света. По-различно е историческото развитие в САЩ, където универсалните банки са забранени след Голямата депресия през 30-те години на миналия век. Това става с Банковия закон от юни 1933 г., известен като **Glass-Steagall Act**²³. От този момент нататък „класическата“ банкова дейност там е отделена от инвестиционните услуги и това отваря поле за развитие на т. нар. инвестиционни банки²⁴. С разделянето на двата бизнеса (банковият и инвестиционният), дружествата, които извършват инвестиционния компонент на дотогавашните универсални банки, запазват правото си също да бъдат означавани като банки. Предлаганите от тях услуги обаче не представляват банкова дейност, дефинирана като публично влогонабиране и кредитиране. Оттук се появяват и понятията инвестиционни банки и инвестиционно банкиране. Става дума за дружества, които не извършват „класическа“ банкова дейност. Показателно е, че в системата на „общото право“ (**common law**) и по-конкретно в английското същинското понятие за банкова дейност също

²³ Много от ограниченията на този закон са отменени със закона за модернизирание на финансовата индустрия в САЩ, придобил известност като *Gramm-Leach-Bliley Act* от 1999 г. Той позволява на класическите търговски банки да се обединяват с инвестиционни посредници в холдингови компании. С това се отваря пътят на финансовите холдинги, включващи в една структура банки и инвестиционни посредници.

²⁴ От тук започва и познатото разграничение на търговски и инвестиционни банки (*commercial and investment banks*). Повече за разделянето на банките в САЩ на търговски и инвестиционни вж. Morrison, Alan D., 'Universal Banking', in Allen N. Berger, Philip Molyneux, and John O. S. Wilson (eds), *The Oxford Handbook of Banking* (2012; online edn, Oxford Academic, 18 Sept. 2012), pp. 176 – 185.

се дефинира по познатия у нас начин. Пословични в това отношение са няколко съдебни решения, които дават облика на понятието „**banking business**“ в английското право и които са широко дискутирани в англосаксонската правна литература. Става дума за решенията по делата **In re Shields' Estate, Bank of Ireland (Governor and Co.), Petitioners: 1901, State Savings Bank of Victoria Commissioners v. Permewan Wright and Co Ltd: 1915**, както и **United Dominions Trust Ltd v Kirkwood, 1966**²⁵. Цитираните решения поставят акцент на дейностите, които се явяват характеристични за бизнеса на банките. На тази основа като характерно за тях се посочва публичното приемане на пари и формирането на печалба от тях чрез последващото им заемане на други лица. Самата банка се характеризира като финансов резервоар, който приема парични потоци от всяка посока и излива такива където и както е необходимо, за да подпомага търговията, промишлеността, както и други предприятия или начинания. Методите, чрез които се осъществяват посочените функции (чрез разплащателни сметки, депозити до поискване и пр.), които могат да бъдат разработени за нуждите на бизнеса, се приемат за случайни и спомагателни обстоятелства, като могат да съществуват или не в конкретния случай. Изводът, който се налага е, че в системата на общото право определящо за банковата дейност също е публичното привличане на суми със задължение за връщане, както и използването им за публично кредитиране²⁶. Не би могло да бъде другояче, защото нормативната база на различните държави в крайна сметка отразява контурите на едно и също явление, което е финансово-икономическо по своя

²⁵ Подробно вж. E. P. Ellinger, and E. Lomnicka. *Modern Banking Law*. 2-nd ed. Oxford, Clarendon, 1994, pp. 75 – 78.

²⁶ При все това, може да се каже, че в системата на общото право понятието „банка“ не е така обвързано от понятието „банкова дейност“. Например в делото *United Dominions Trust Ltd v Kirkwood* се отбелязва, че едно дружество може да се квалифицира като банка дори да не извършва изключителна банкова дейност – вж. K. Mwenda. *Banking supervision and systemic bank restructuring: an international and comparative legal perspective*. London-Sydney, Cavendish, 2000, p. 4. Това виждане е логично и се вписва в рамките на системата на общото право, доколкото е видно например, че т. нар. инвестиционни банки не осъществяват публично влогонабиране, но въпреки това се определят като (инвестиционни) банкови дружества.

характер. Като извод следва да се изтъкне, че в своя тесен обективен смисъл **банковата дейност е съчетание от две основни дейности – публично (банково) влогонабиране и банково кредитиране. Към тях обаче съществува трети елемент, който трябва да се включи в нейната дефиницията, а именно рискът.** От определящо значение е действията, съставляващи банково влогонабиране и кредитиране, да се извършват за собствена сметка и риск, т.е. да се извършват от името и за сметка на лицето, което публично влогонабира и кредитира. Наличието на този елемент изпълва структурата на понятието банкова дейност и позволява нейното разграничаване от сходни дейности. Прецизното ѝ разпознаване има огромна практическа полезност²⁷. При проверка за нарушения на лицензионния режим естеството на дейността ще предопредели дали е нарушен ЗКИ или друг закон, въвеждащ лицензионен режим върху специфична частна финансова дейност (близка до банковата). От друга страна споменатият рисков елемент не бива да се смесва с т. нар. **банкови рискове**²⁸. Рискът, заложен в дефиницията, е **юридически** и се отнася до лицето, което набира влогове като търговец. Този елемент посочва, че вложителят не поема търговски риск от извършваните от банката операции. На него винаги се дължи връщане поне на номинала на вложената сума. От своя страна банковите рискове са **фактически** и изразяват опасността банката да изпадне във фактическа невъзможност да върне заемите суми, въпреки юридическото задължение за това. Тези рискове засягат не само банката, но и вложителите и въобще цялото общество.

Правната доктрина с основание посочва, че между двете функции, съставляващи ядрото на изключителната

²⁷ За сравнение и разграничение между банковата дейност и сходни дейности вж. В. Димитров. *Банково право*. София, ИК – УНСС, 2021а, с. 28 – 32; В. Димитров. Взаимоспомагателните каси и банковата дейност – концепция за законодателна уредба. *Право и бизнес – усъвършенстване на нормативната уредба. Сборник доклади от Юбилейна научна конференция, организирана по повод 25 години ЮФ на УНСС. Т. II*. София, ИК – УНСС, 2017, с. 37 – 44.

²⁸ Погребно за тях вж. R. Apostolik and C. Donohue. *Foundations of Financial Risk: An Overview of Financial, Risks and Risk-Based Financial Regulation*. New Jersey, Wiley & Sons, 2015.

банкова дейност, има относителна неравностойност. В основата стои публичното влогонабиране, тъй като **„логически и функционално предшества банковото кредитиране и е условие за неговото осъществяване“**²⁹. Предпоставка да се квалифицира дейността като банкова е публичното влогонабиране и кредитиране да се извършват **кумулятивно**³⁰. Първото трябва да е материална основа и условие за извършване на второто. Именно защото формира материалната основа на банковата дейност самото влогонабиране без издана преди това лицензия е достатъчно, за да се приеме, че банковият лицензионен режим е нарушен. За констатирането на нарушение не е нужно нарушителят вече да е започнал да кредитира с набраните суми. Това би изместило момента на пораждаване на санкционното правоотношение на етап, при който потенциалните вредни последици на нарушението биха били чувствително по-големи. Ето защо самото влогонабиране без лиценз се приравнява на противоправно упражняване на банкова дейност (по арг. от чл. 2, ал. 5 ЗКИ) [вж. 8].

6. Нормативната конструкция на понятието за банкова дейност изцяло отразява нейната същност като финансово-икономическо явление. В икономически план тя осигурява договорно (частноправно³¹) преразпределяне на паричния капитал между заематели и заемогатели чрез посредник, който извършва тази операция от свое име и поема риска, но и печалбата от нея³². *Ex lege* такъв „посредник“ може да е само

²⁹ Димитров (1996), с. 45.

³⁰ Вж. L. Dragomir. *European Prudential Banking Regulation and Supervision. The legal dimension*. Oxford, Routledge, 2010, p. 31. У нас, вж. В. Димитров (1996), с. 59.

³¹ По този критерий то се разграничава от финансовоправното преразпределяне, за което е характерно властнически метод на правно регулиране. Разбира се, в контекста на банковата дейност терминът „преразпределяне“ не е напълно точен, но е угаден да подчертае разликата между двата режима. Тази разлика е особено отчетлива при временните безлихвени заеми по смисъла на Закона за публичните финанси, които макар да „имитират“ частноправен механизъм имат изцяло властнически (финансовоправен) характер.

³² Част от тази печалба поначало се заделя с вложителите под формата на лихва върху вложените от тях суми. Но за банката не съществува императивно задължение в подобна насока. Ето защо споделянето на пе-

търговска банка (съгласно актуалната редакция на ЗКИ става дума за банка по чл. 2, ал. 1, т. 1 ЗКИ). Ясно е, че в юридически план банковите вложители не се явяват кредитори на лицата, получили банков кредит или друго финансиране, тъй като вложените от тях средства стават собственост на банката и тя извършва кредитни операции от свое име и на свой риск. Формално-правният поглед върху банковата дейност се фокусира върху породените правоотношения от сключените договори за паричен влог и паричен заем (или други договори, с които са предоставени възстановими средства, респективно договори за друго финансиране). От гледна точка на юридическия формализъм тук става дума за система от правоотношения между отделни правни субекти, в центъра на които стои банковото гружество. Но в икономически план тези отношения са само формата, която обективира парично посредничество. Това е и материалното (фактическото) измерение на търговското банково дело³³. Затова икономическата наука изучава банките като вид финансови посредници и кредитни институции³⁴. Те пренасочват свободния паричен капитал в икономиката въз основа на свободно договаряне³⁵. Тази икономическа функция банките изпълняват като акумулират свободните парични средства на гражданите и организацията, а с набраните средства финансират субекти с инвестиционни или потребителски нужди. Иначе казано при **банковата дейност едно лице за своя сметка и риск привлича парични средства от неопределен и**

чалбата с вложителите по този ред е въпрос на пазарна политика и частноправни договорки, а не е изражение на някакво публичноправно задължение за банката.

³³ Да не се бърка с централното банково дело, осъществявано от централната банка и представляващо гържавна дейност. Вярно е, че централната банка също сключва ред сделки, но те обикновено са елемент от смесени фактически състави и включват издадени преди това властнически актове. Освен това, тези сделки не са мотивирани от простото постигане на печалба, а са инструмент на паричната политика.

³⁴ Вж. М. Младенов. *Пари, банки, кредит. 2-ро прераб. и доп. изд.* София, Princeps, 1998, с. 34 и сл.

³⁵ Частноправният механизъм на движение на паричните потоци рязко отличава правния режим на банковата дейност от финансовоправното регулиране. Преразпределянето на обществения доход при последното се случва въз основа на гържавни (финансови) актове.

неограничен кръг лица и организации, като поема задължение да им ги върне, а с натрупаните средства предоставя кредити или друго финансиране също на неограничен и неопределен кръг лица и организации.

Разбира се, не би било удачно в едно изречение да се синтезира разглежданото явление, към което понастоящем се съдържат още редица признаци (например кръгът на лицата да надхвърля определен количествен праг; лицата, от които се набират сумите, да не са банки или други институционални инвеститори и т.н.). Горното изречение обаче по най-общ начин изразява естеството на банковата дейност. Към нея ЗКИ прибавя приемането на ценности на депозит, както и дейността като депозитарна или попечителска институция. Следва да се обърне внимание, че споменатите функции се отнасят до съхранение на пари по сметки в полза на други лица. Депозитарството и попечителството на пари е свързано с публичното влогонабиране като изключителна банкова дейност³⁶. Що се отнася до приемането на ценности на депозит, то едва ли трябва да се разглежда като елемент на банковата дейност предвид на разпоредбата в чл. 605 ТЗ.

В скицирания по-горе аспект банковата дейност може да се разгледа като сегмент на едно по-широко явление – **(частна) финансова дейност**. В рамките на това родово понятие могат да се обобщят всички онези стопански отношения, извършвани под надзора на КФН и органите на БНБ³⁷. Те очертават кръга на частния финансов сектор в страната. Общо за тях е, че представляват частен бизнес, извършван с „чужди“ средства – средствата на вложители, инвеститори, застраховани и осигурени. Субектите извършващи посочените дейности основно са банки, небанкови финансови институции, застрахователи и пенсионно-осигурителни дружества. Всички те извършват своя бизнес в начертаните от ЗОАРАКСД³⁸ рамки на административно регулиране и административен надзор.

³⁶ Димитров (2021а), с. 25.

³⁷ Така Б. Ланджев. *Правни проблеми на финансовото инвестиране*. София, Нова звезда, 2014, с. 21.

³⁸ Закон за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност (обн. ДВ, бр. 55 от

7. В края на изложението трябва да се направи важна отлика между понятията банкови сделки и банкова дейност. Разграничението между тях е било еднозначно отчетено в ЗБ (отм.). По тази причина то се е провеждало както в теорията³⁹, така и в съдебната практика⁴⁰, формирана непосредствено след възстановяването на търговското банкерство у нас в периода 1990-91 г. Това разграничение неоправдано е изоставено в действащия ЗКИ и от тук произтичат значими проблеми за практиката. Следва да се уточни, че понятието „банкова дейност“ е понятие на публично-правния режим на банковото дело, докато банковите сделки са явление на частното (търговското) право. В законодателството първото се използва за назоваване на определен **резултат**, който активира публично-правната уредба в ЗКИ (а тя има защитен характер). Този резултат се състои в приемане на суми от широката публика и използването им за предоставяне на кредити или друго финансиране. Характерът на сделките, чрез които се достига до този резултат, няма значение (извън очертаните в ЗКИ изключения). Самият закон установява фикция, според която всяка сума получена със задължение за връщане се третира като влог освен ако не попада в изрично посочените изключения. Казаното ясно показва, че понятието „банкови сделки“ по чл. 1, ал. 1, т. 7 ТЗ, както и отделните видове банкови сделки в гл. XXIX на ТЗ, са от друго естество. **Банковите сделки са волеизявления на един или повече субекти, докато банковата дейност е резултат от сделки.** Този резултат активира публично-правния режим на банковото дело и налага забрана до всички, които не притежават нужния лиценз, да извършват сделки водещи до този резултат. Предвид на изложеното, трябва да

17.06.2003 г., посл. доп. ДВ, бр. 51 от 1 юли 2022 г.). Повече за тази проблематика вж. В. Димитров. Законът за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност – край на нормотворческия етатизъм или едно трудно начало. *Търговско право*, 5 (2003), с. 52 – 76.

³⁹ Вж. например Вл. Георгиев. *Небанковите финансови институции*. София, Сиела, 1995, с. 62 – 63; Е. Димитрова. Правна уредба на договора за факторинг съгласно българското законодателство. *Търговско право*, 5 (2006), с. 53 – 79.

⁴⁰ Вж. цитираната съдебна практика в Димитрова (2006), б. 14.

се отбележи и това, че кръгът от сделките и дейностите по чл. 2, ал. 2 ЗКИ, които могат да се извършват от търговци, без да са банки, не се включват в понятието „банкова дейност“. От една страна, тяхното извършване не е свързано с посочения по-горе резултат, а от друга, при тях става дума за възможен, но не и задължителен елемент от предмета на банките. Сделките и дейностите по чл. 2, ал. 2 ЗКИ предполагат един възможен допълнителен кръг от активности (макар някои от тях да са продължение на банковата дейност – вж. например чл. 2, ал. 2, т. 1, т. 4, т. 16 ЗКИ). Редица от тях могат да се предлагат като услуги от други търговски дружества със специален предмет на дейност (например от финансовите институции по чл. 3 ЗКИ). В това число попадат и попечителството, и депозитарство, когато не се отнасят до парични средства. С оглед на тези обстоятелства може да се уточни, че понятието „лиценз за банкова дейност“ е по-широко. Според чл. 15, ал. 3 ЗКИ лицензът може да обхваща и сделките и дейностите по чл. 2, ал. 2 ЗКИ – т.е. такива, които не съставляват самата банкова дейност. Видно от това лицензът има **задължително** и **факултативно** съдържание. **Качеството му на лиценз за банкова дейност произтича от задължителното съдържание, а то се изпълва от разрешението за извършване на публично влогонабиране и кредитиране.** При всички случаи обаче лицензът очертава целия възможен предмет на дейност на банката. На нея се забранява да упражнява по занятие други сделки, които не произтичат от него. Единствените изключения от последното правило касаят случаите, когато те са нужни за осъществяване на банковата дейност или за събиране на вземания по кредити (чл. 2, ал. 4 ЗКИ). Тоест те трябва да са подчинени на главния предмет. Важно уточнение е, че дори да се извършват от банка, позволените ѝ допълнителни активности **не се превръщат в банкова дейност.** Казаното произтича от факта, че понятието „банка“ е производно от понятието „банкова дейност“, а не обратното.

8. Прекарването на граница между „банкова дейност“ и „банкови сделки“ има не само теоретично измерение, но и съществена практическа значимост. Разликата между поняти-

ята „банкова дейност“ и „банкова сделка“ обяснява защо например при конкретна сделка за банков кредит няма значение дали сумата, предоставена на кредитополучателя, е формирана от банката по пътя на влогонабирането или не. Тук става дума за две различни явления, които не бива да се смесват. Фактът, че банката кредитира със средства, които не са акумулирани чрез публично влогонабиране, не означава, че сключенията от нея договори, нямат характер на договори за банков кредит. Лицензът позволява извършването на публично влогонабиране, но не задължава банката да кредитира само с пари, акумулирани от банковите вложители.

От друга страна, разпоредбата в чл. 79, ал. 10 ЗКИ детерминира своя регулативен обхват чрез понятието „банкова дейност“. В светлината на изложеното може да се заключи, че тази разпоредба визира само онези адресати на банков надзор, за които има предположение, че осъществяват публично влогонабиране и кредитиране в нарушение на банковия лицензионен режим. Разбира се, това не означава, че ако в хода на надзорната проверка се установи, че конкретният адресат е осъществявал само банково влогонабиране, не е налице нарушение. Както стана дума по-горе [5], законодателството брани лицензионния режим чрез самото запретиране на извършването на публично влогонабиране без банкова лицензия. За да се констатира наличие на нарушение, не е нужно публичното влогонабиране вече да е съчетано с публично кредитиране. Тук на първо място трябва да се отбележи, че е напълно възможно влогонабирателят никога да не стигне до публично кредитиране и да използва за кредитиране единствено на своята дейност⁴¹ или на тесен кръг свързани с него лица. Това не значи, че той не извършва неправомерно банкова дейност. Както стана дума по-рано, докато публичността при влогонабирането е условие, при кредитирането е задължение. От тази гледна точка влогонабирателят може да не се съобрази с това „задължение“ и да кредитира с публичния

⁴¹ В това отношение много прецизно трябва да се прави разграничение между банковото влогонабиране и публичното привличане на пари от едно лице със задължение за обратно плащане чрез емитиране на облигации и други дългови инструменти. За разграничение на двете явления вж. Димитров (2021а), с. 30 – 31.

ресурс само тесен кръг лица. От друга страна, ако преценката за нарушение на лицензионния режим се постави в зависимост от това, дали влогонабирателят е започнал да кредитира с концентрираните от него суми, това би изместило момента на пораждаване на санкционното правоотношение на етап, при който потенциалните вредни последици на нарушението биха били чувствително по-големи.

На тази основа чл. 252 НК също криминализира самото извършване на публично влогонабиране по смисъла на ЗКИ, без значение дали то ще бъде съчетано с публично кредитиране. Лицензът за банкова дейност вдига забраната за извършване именно на посочените две функции. Ако едно лице възнамерява да извършва някоя от сделките и операциите по чл. 2, ал. 2 ЗКИ, без публично влогонабиране – то няма да е изправено пред необходимостта да отговаря на изискванията за банка. Нещо повече – в ред случаи компетентен лицензиращ орган за тях би била КФН (например в хипотезата на чл. 2, ал. 2, т. 9 ЗКИ), а не органите на централната банка. В този контекст трябва да се спомене и образуваното тълкувателно дело №1/2020 на ОСНК на ВКС, по което към момента на писане на настоящата работа все още липсва произнасяне. В бъдещото тълкувателно решение ОСНК на ВКС ще отговори на въпроса дали предоставянето по занятие на заеми/кредити със средства, които не са набрани чрез публично привличане на влогове или други възстановими средства, представлява банкова дейност и дали нейното упражняване без разрешение осъществява състава на престъпление по чл. 252, ал. 1 НК⁴². В бъдещия тълкувателен акт върховните съдии на първо място трябва да съобразят разликата между понятията „банкова сделка“ и „банкова дейност“. Ясно е, че предоставянето по занятие на кредити със средства, които не са набрани чрез банково влогонабиране, не представлява банкова дейност. Това обаче не дава веднага отговор на въпроса дали тази форма на кредитиране не изпълва някой от съставите

⁴² Тази проблематика привлича осезаем интерес и в правната литература. Вж. Пл. Панайотов. Престъпно извършване на финансови сделки и платежни услуги (чл. 252, ал. 1 НК). *Съвременно право*, 2 (2018), с. 48 – 63; В. Петров. За лихварството, лихоимството и чл. 252 НК. *Адвокатски преглед*, 10, 11 (2010), с. 66 – 78.

на чл. 252, ал. 1 НК. Текстът на чл. 252, ал. 1 НК визира неправомерно извършване на банкови сделки (не на банкова дейност), за които се изисква разрешение. Кредитирането със средства, които не са набрани чрез публично привличане на влогове или други възстановими средства, макар да не е банкова дейност, е подложено под разрешителен режим в ЗКИ, стига да са преминали праговете за същественост по Наредба № 26 на БНБ (вж. чл. 3а, ал. 1 вр. с чл. 3, ал. 1, т. 3 ЗКИ). От съществено значение тук е, че текстът на чл. 3а ЗКИ погрешно говори за регистрация, доколкото визираният в него административен режим отговаря на характеристиките на лицензионния режим по смисъла на ЗОАРАКСД. Именно ЗОАРАКСД е нормативният акт, който определя кой режим е лицензионен (разрешителен) и кой е регистрационен. Смесването им в законовите актове със сигурност не е добър аргумент за законодателя. Но в крайна сметка характерът им не зависи от тяхното словесно изразяване в отделните нормативни актове. От определящо значение за един административен режим е вътрешното му съдържание, а не външната форма, чрез която е закрепен в закона. Независимо по какъв начин законодателят е назвал даден административен режим, под който подлага упражняването на дадена дейност (лицензионен или регистрационен), неговият характер може и трябва да се разкрие в съпоставка с бележите, на които отговаря в ЗОАРАКСД. Ако той отговаря на условията на лицензионния режим, то той е лицензионен и за него са приложими изискванията на този режим. От тази гледна точка чл. 3а ЗКИ визира един „скрит“ лицензионен режим. Критерият за обособяване на лицензионния (разрешителния) от регистрационния режим е оперативната самостоятелност, с която разполага лицензиращият орган⁴³. В конкретната хипотеза на чл. 3а ЗКИ на „регистрация“ орган е предоставено право на свободно усмотрение (оперативна самостоятелност) за регистрирането на заявителя в съответния регистър. Тази особеност трансформира регистрацията в разрешение. Именно на тези обстоятелства трябва да обърнат сериозно внимание върховните съдии при произнасянето по това тълкувателно дело. Изводът е, че макар да не представлява банкова дейност, кредитирането по занятие със средства, които не са набрани чрез

⁴³ Димитров (2021а), с. 39.

публично влогонабиране, представлява дейност, за която се изисква разрешение – стига да са преминали праговете за същественост според чл. За ЗКИ. Тоест сделката, с която очертаваният праг се преминава без съответното лице да разполага с нужното разрешение, изпълва състава на коментуваната разпоредба от НК. Друг е въпросът, че оперативната самостоятелност на БНБ в конкретната хипотеза трябва да бъде премахната и по този начин визираният в чл. За ЗКИ режим да се превърне в регистрационен по своето съдържание. Това е така, защото дейностите по чл. За ЗКИ към настоящия момент не са включени в приложения към ЗОАРАКСД списък на стопанските активности, за които може да се установява лицензионен режим. При една такава хипотеза въобще няма и да стои въпросът дали предоставянето на средства, които не са набрани чрез публично влогонабиране, е дейност, за която се изисква разрешение.

9. Скицирането на банковата дейност разкрива икономическото явление, обуславящо публичната регулация и надзор над субектите, които я осъществяват. След като правният ред посочва, че банковата дейност може да е предмет само на търговските банки, необходимо е обаче по-нататък той да моделира детайлно и дейността на самите търговски банки. На последните се позволява да осъществяват редица сделки и операции, които са неразривно свързани с банковата дейност. Става дума за множество допълнителни и спомагателни инструменти, разработени в дадени моменти за нуждите на бизнеса, чрез които се „разпределят“ пари в икономиката⁴⁴. В крайна сметка (поне в обикновения случай) това са парите, акумулирани чрез публично влогонабиране от широката публика. Иначе казано, макар публичната регулация в ЗКИ да съществува заради самата банкова дейност (като очертава нейните контури и налага обща забрана за нейното упражняване), по-нататък тя неизбежно се преориентира към **дейността на банките**, защото те са единствените субекти, които правомерно могат да упражняват банкова дейност. Понятието „дейност на банката“ също е легално.

⁴⁴ Този широк каталог от сделки и дейности в практиката често се назовава с метаюридическия термин „**банкови услуги**“. По тази причина и в правната литература неслучайно банките се определят като основни доставчици на банкови услуги – вж. З. Торманов. *Търговско право*. София, ИК – УНСС, 2020, с. 351.

В нормативните актове то се използва със съдържание, което е по-широко от понятието „банкова дейност“. Така например чл. 79, ал. 1 ЗКИ говори за „надзор върху **дейността на банките**“. По същия начин то се среща и в чл. 2, ал. 6 ЗБНБ⁴⁵, а чл. 1, ал. 1 ЗКИ, от своя страна, говори за „надзор върху **банките**“. Понятието „дейност на банката“ има по-широко съдържание от понятието „банкова дейност“. С първото се интегрират множество активности и операции, протичащи в банките и подлежащи на банков надзор, но които не съставляват самата банкова дейност. Дейността на всяка банка условно може да се раздели на **търговска** и **оперативна**. Търговската е ориентирана към реализация на предлаганите услуги (т.е. има външна насоченост). Основната част от нея очевидно се изпълва от **банковата дейност**. Но наред с последната, тя може да сключва и/или извършва допълнителни сделки и операции – било то правомерно или неправомерно. Правомерно това може да става в две хипотези: когато те са включени в лиценза (чл. 15, ал. 3 ЗКИ) или отговарят на условията по чл. 2, ал. 4 ЗКИ. Осъществяването на сделки извън тези граници е неправомерно и се явява закононарушение. С термина **оперативна дейност** пък могат да се обобщят множество активности, протичащи вътре в банковото дружество. Те са насочени към неговата корпоративна структура и влияят на средата, в която то извършва търговската си активност. Става дума за редица процеси, ориентирани към корпоративното тяло. В това число са например разнообразните структурни промени като откриване на банков клон извън страната, промяна на фирма, преобразуване, увеличаване или намаляване на капитала, придобиване на контрол върху други дружества, продажба на предприятие, доброволна ликвидация и т.н. Всички те влияят на стабилността на банката, а тя е условие за устойчивостта на системата, в която функционира. В този кръг попадат и редица други операции като формирането на персоналия състав на различните корпоративни органи. За да се осигури надеждното състояние на банката, цялата нейна дейност се явява обект на банков надзор, независимо дали

⁴⁵ ЗБНБ (обн. ДВ, бр. 46 от 10 юни 1997, изм. и доп. ДВ, бр. 25 от 29 март 2022 г.).

върху даден неин сегмент се осъществява надзор от друг държавен орган. Именно в този контекст ЗКИ борави с понятията **„надзор над дейността на банките“** или **„надзор над банките“**. **Видно от така очертаната легална употреба, надзорът върху банките не се ограничава само до извършваната от тях банкова дейност, а има по-широк обхват и покрива цялата тяхна дейност и структура.** За да се открои разликата между коментиранияте двете понятия, може да се приведе и друг пример. Нарушителите на лицензионния режим също са адресат на надзор. Но при тях не става дума за надзор върху **„банките“** или върху **„дейността на банките“**. Те са адресат на **„надзор върху банковата дейност“**. Разбира се, всички описани надзорни явления се отнасят все до банковия надзор. Ясно е обаче, че неговият обект се изразява законодателно чрез различни понятия – едното от които е с по-широк, а другото с по-тесен обхват⁴⁶.

10. В заключение трябва да се отбележи, че коментиранияте понятия следва да намерят своята еднозначна смислова фиксация в ЗКИ. Достатъчно в тази насока е тяхната легална употреба да бъде последователна и непротиворечива. Що се отнася до самото понятие **„банкова дейност“**, то заема по-особено положение, тъй като обхваща общественото явление, заради което съществува целият административен регулативен и надзорен режим в ЗКИ. Няма основателна причина закон, който е специален на ЗОАРАКСД, да не дефинира изрично стопанската дейност, спрямо която разпростира своя регулативен и надзорен режим. Трябва да се отбележи, че понятието, описващо тази дейност, се явява публичноправно и очертава регулативния обхват на публичния режим. Тази особеност прокарва разлика между регулираната дейност като един стопански резултат и частноправните сделки, чрез извършването на които се достига този резултат. Вярно е, че поначало съдържанието на понятието **„банкова дейност“** може да се разкрие по тълкувателен път. Промените в ЗКИ от края на март 2022 г. сериозно нарушиха съществуващата основа, която до този момент отразяваше строго изградена

⁴⁶ По-подробно по този въпрос вж. Башов (2020), с. 131.

и теоретично обоснована функционална зависимост между понятията банка, банкова дейност и банков надзор. Пренасянето на изискванията на европейските законови актове без да се гържи сметка за тази основа, неоправдано наруши целостта на ЗКИ. Подобен подход ерозира качеството на Закона, като го лиши от стабилна теоретична база. Това говори и за нуждата законодателят да осмисли приложимата европейска правна рамка и да я пренесе в законодателството ни, като отчете спецификите на българската правна система. Всичко това внася сериозно затруднение за съдебната практика, която е изправена пред задачата да тълкува и прилага една не много ясна нормативна уредба. Независимо от така внесените промени в ЗКИ относно ключови законови понятия, в изследването се отстоява тезата, че банковата дейност стои в основата на закона и се отнася до обективно явление, състоящо се от публично влогонабиране и кредитиране. Обективният характер на банковата дейност показва, че същността ѝ не зависи от качеството на лицето, което я упражнява. Тъкмо обратното – тя придава на последното качеството „банка“ и законосъобразното ѝ осъществяване може да стане само въз основа на банкова лицензия.

Цитирани източници

Apostolik, R. and Donohue, C. *Foundations of Financial Risk: An Overview of Financial, Risks and Risk-Based Financial Regulation*. New Jersey, Wiley & Sons, 2015.

Morrison, Alan D., 'Universal Banking. Allen N. Berger, Philip Molyneux, and John O. S. Wilson (eds). *The Oxford Handbook of Banking* (2012; online edn, Oxford Academic, 18 Sept. 2012), <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199640935.013.0007>.

Dragomir, L. *European Prudential Banking Regulation and Supervision. The Legal Dimension*. Oxford, Routledge, 2010.

Ellinger, E. P., and Lomnicka, E. *Modern Banking Law. 2-nd ed.* Oxford, Clarendon, 1994.

Mwenda. K. *Banking supervision and systemic bank restructuring: an international and comparative legal perspective*. London-Sydney, Cavendish, 2000.

Башов, С. Банковият надзор като специализиран административен контрол. *Бизнес и право*, 2 (2020), с. 119 – 148 (Bashov, S. Bankoviyat nadzor kato spetsializiran administrativen kontrol. *Biznes i pravo*, 2 (2020), s. 119 – 148).

Георгиев, В. *Небанковите финансови институции*. София, Сиела, 1995 (Georgiev, V. *Nebankovite finansovi institutsii*. Sofia, Siela, 1995).

Димитров, В. *Въведение в банковото право. Търговската банкова дейност и нейната публичноправна уредба*. София, Нова звезда, 1996 (Dimitrov, V. *Vavedenie v bankovoto pravo. Targovskata bankova deynost i neynata publichnopravna uredba*. Sofia, Nova zvezda, 1996).

Димитров, В. *Основи на правния режим на инвестиционните ценни книжа*. София, Нова Звезда, 2001 (Dimitrov, V. *Osnovi na pravnia rezhim na investitsionnite tsenni knizha*. Sofia, Nova Zvezda, 2001).

Димитров, В. Законът за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност – край на нормотворческия етатизъм или едно трудно начало. *Търговско право*, 5 (2003), с. 52 – 76 (Dimitrov, V. Zakonat za ogranichavane na administrativnoto regulirane i administrativnia kontrol varhu stopanskata deynost – kray na normotvorcheskia etatizam ili edno trudno nachalo. *Targovsko pravo*, 5 (2003), s. 52 – 76).

Димитров, В. Взаимоспомагателните каси и банковата дейност – концепция за законодателна уредба. *Право и бизнес – усъвършенстване на нормативната уредба. Сборник доклади от Юбилейна научна конференция, организирана по повод 25 години ЮФ на УНСС. Т. II*. София, ИК – УНСС, 2017, с. 37 – 44 (Dimitrov, V. Vzaimospomagatelnite kasi i bankovata deynost – kontseptsia za zakonodatelna uredba. *Pravo i biznes – usavarshenstvane na normativnata uredba. Sbornik dokladi ot Yubileyna nauchna konferentsia, organizirana po povod 25 godini YuF na UNSS. T. II*. Sofia, IK – UNSS, 2017, s. 37 – 44).

Димитров, В. *Борсово право*. София, ИК – УНСС, 2021 (Dimitrov, V. *Borsovo pravo*. Sofia, IK – UNSS, 2021).

Димитров, В. *Банково право*. София, ИК – УНСС, 2021 (а) (Dimitrov, V. *Bankovo pravo*. Sofia, IK – UNSS, 2021 (a)).

Димитрова, Е. Правна уредба на договора за факторинг съгласно българското законодателство. *Търговско право*, 5 (2006),

с. 53 – 79 (Dimitrova, E. Pravna uredba na dogovora za faktoring saglasno balgarskoto zakonodatelstvo. *Targovsko pravo*, 5 (2006), s. 53 – 79).

Ланджев, Б. *Правни проблеми на финансовото инвестиране*. София, Нова звезда, 2014 (Landzhev, B. *Pravni problemi na finansovoto investirane*. Sofia, Nova zvezda, 2014).

Младенов, М. *Пари, банки, кредит. Парична теория, парична политика, валутни съвети. 2-ро прераб. и доп. изд.* София, Принсепс, 1998 (Mladenov, M. *Pari, banki, kredit. Parichna teoria, parichna politika, valutni saveti. 2-ro prerab. i dop. izd.* Sofia, Princeps, 1998).

Панайотов, П. Престъпно извършване на финансови сделки и платежни услуги (чл. 252, ал. 1 НК). *Съвременно право*, 2 (2018), с. 48 – 63 (Panayotov, P. Prestapno izvarshvane na finansovi sdelki i platezhni uslugi (chl. 252, al. 1 NK). *Savremennno pravo*, 2 (2018), s. 48 – 63).

Петров, В. За лихварството, лихоимството и чл. 252 НК. *Адвокатски преглед*, 10, 11 (2010), с. 66 – 78 (Petrov, V. Za lihvarstvoto, lihoimstvoto i chl. 252 NK. *Advokatski pregled*, 10, 11 (2010), s. 66 – 78).

Торманов, З. *Търговско право*. София, ИК – УНСС, 2020 (Tormanov, Z. *Targovsko pravo*. Sofia, IK – UNSS, 2020).