



Юридическо списание
на НБУ

XIV.2, 2018

Law Journal
of
New Bulgarian University

XIV.2, 2018

ISSN (Online): 1314-5797

РЕДАКЦИОННА КОЛЕГИЯ

Отговорен редактор:

гл. ас. д-р Ралица Костадинова

Заместник отговорен редактор:

доц. д-р Катерина Йочева

Вътрешни членове:

проф. д-р Екатерина Михайлова

проф. д-р Благой Видин

проф. д-р Веселин Вучков

проф. д-р Веселина Манева

проф. Райна Николова, д. н.

доц. д-р Деница Топчийска

доц. д-р Цветалина Петкова

гл. ас. д-р Гинка Симеонова

гл. ас. д-р Силвия Цонева

Външни членове:

проф. д-р Ангел Ристов,

Университет „Св. св. Кирил и Методий“, Скопие (Република Северна Македония)

доц. д-р Йелена Ристич,

University American College, Скопие (Република Северна Македония)

Секретар: Цветелина Тодорова

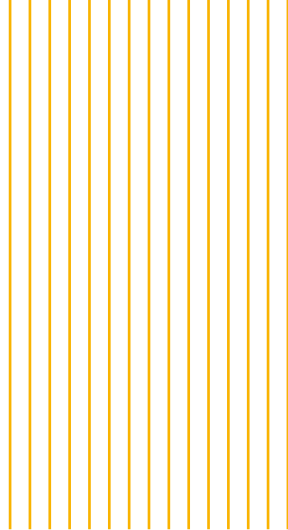
Коректор: Анелия Янкова

Адрес за кореспонденция

София 1618, ул. „Монтевидео“ № 21

Департамент „Право“, Нов български университет

Имейл: lawjournalofnbu@abv.bg



ЮРИДИЧЕСКО СПИСАНИЕ НА НБУ

XIV.2, 2018

EDITORIAL BOARD

Editor in chief:

Senior Lecturer Ralitsa Kostadinova, Ph. D.

Deputy editor in chief:

Assoc. Prof. Katerina Yocheva, Ph. D.

Internal members:

Prof. Ekaterina Mihaylova, Ph. D.

Prof. Blagoy Vidin, Ph. D.

Prof. Veselin Vuchkov, Ph. D.

Prof. Veselina Maneva, Ph. D.

Prof. Raina Nikolova, Dr. Habil.

Assoc. Prof. Denitza Toptchiyska, Ph. D.

Assoc. Prof. Tsvetalina Petkova, Ph. D.

Senior Lecturer Ginka Simeonova, Ph. D.

Senior Lecturer Silvia Tsoneva, Ph. D.

External members:

Prof. Angel Ristov, Ph. D.,
University “Saints Cyril and Methodius”, Skopje (North Macedonia)

Assoc. Prof. Jelena Ristik,
University American College, Skopje (North Macedonia)

Secretary: Tsvetelina Todorova

Proof-reader: Anelia Iankova

Layout and design: Tanya Yordanova

Address for correspondence:

Sofia 1618, 21 Montevideo Str.

Law Department, New Bulgarian University

e-mail: lawjournalofnbu@abv.bg



LAW JOURNAL
of
NEW BULGARIAN UNIVERSITY

XIV.2, 2018

Издава департамент „Право“, Нов български университет

Юридическо списание на НБУ, XIV.2, 2018

© 2005–2019 г. на Юридическото списание на НБУ (ЮСНБУ)

Отговорен редактор: гл. ас. д-р Ралица Костадинова, НБУ

Заместник отговорен редактор: доц. д-р Катерина Йочева, НБУ

Коректор: Анелия Янкова

Превод и/или редакция на текстовете на английски език: доц. д-р Катерина Йочева

© Художествено оформление и графичен дизайн: Таня Йорданова

© Издателство на Нов български университет, 2019 г.

София 1618, ул. „Монтевидео“ № 21

www.nbu.bg

www.bookshop.nbu.bg

Всички права запазени! Не се допуска възпроизвеждане в цялост или на части от статиите, публикувани в списанието, без изричното съгласие на носителите на авторското право и без посочване на източника и името на автора.

ISSN (Online): 1314-5797

СЪДЪРЖАНИЕ

СТАТИИ

CORPORATE GOVERNANCE, МЕДИАЦИЯ И АРБИТРАЖ В ДРУЖЕСТВЕННОТО ПРАВО

Поля Голева

стр. 10 – 21

ЗЛОУПОТРЕБА С ПО-СИЛНА ПОЗИЦИЯ ПРИ ДОГОВАРЯНЕ ПО ЧЛЕН 37А ЗЗК

Васил Георгиев

стр. 22 – 45

НЯКОИ ИСТОРИЧЕСКИ ОБУСЛОВЕНИ ОСОБЕНОСТИ НА ПРАВОТО НА СОБСТВЕНОСТ В БЪЛГАРИЯ

Милена Караджова

стр. 44 – 63

ПРАВНА ОСНОВА НА ДОКАЗВАНЕТО В БЪЛГАРСКИЯ НАКАЗАТЕЛЕН ПРОЦЕС

Елена Недялкова

стр. 64 – 73

ВЪРХУ НЯКОИ ВЪПРОСИ И РИСКОВЕ ЗА СВОБОДАТА НА СЛОВОТО ВЪВ ВРЪЗКА С НОВИЯ ОБЩ РЕГЛАМЕНТ ЗА ЗАЩИТА НА ЛИЧНИТЕ ДАННИ 2016/679 И ВНЕСЕНИЯ ЗАКОНОПРОЕКТ ЗА ИЗМЕНЕНИЕ И ДОПЪЛНЕНИЕ КЪМ ЗЗЛД

Симона Велева

стр. 74 – 84

CONTENTS

ARTICLES

CORPORATE GOVERNANCE, MEDIATION AND
ARBITRATION IN COMPANY LAW

Polya Goleva

p. 21

ABUSE OF SUPERIOR BARGAINING POSITION UNDER ARTICLE 37A
OF THE COMPETITION PROTECTION ACT

Vasil Georgiev

p. 45

SOME HISTORICALLY DETERMINED SPECIFICS
OF THE RIGHT OF OWNERSHIP IN BULGARIA

Milena Karadjova

p. 63

LEGAL BASIS OF ESTABLISHING EVIDENCE IN
BULGARIAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

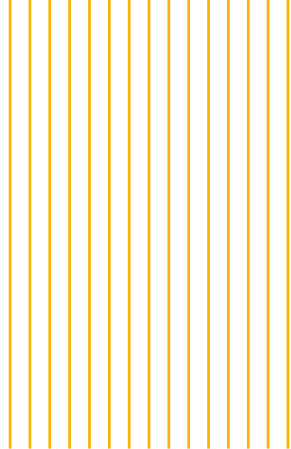
Elena Nedyalkova

p. 73

ON SOME PARTICULAR PROBLEMS REGARDING FREEDOM OF EXPRESSION
RELATED TO THE NEW GENERAL REGULATION ON PERSONAL DATA
PROTECTION 2016/679 AND THE PROPOSAL FOR AMENDMENTS TO
THE BULGARIAN LAW ON PROTECTION OF PERSONAL DATA

Simona Veleva

p. 84



СТАТИИ



ARTICLES

CORPORATE GOVERNANCE¹, МЕДИАЦИЯ И АРБИТРАЖ В ДРУЖЕСТВЕНОТО ПРАВО

Поля Голева²

1. Медиацията и нейното правно значение

Медиацията представлява доверителен и структуриран процес, при който спорещите страни с помощта на медиатор се стремят доброволно да решат своя спор. Медиаторът води процеса. Той е независим и незаинтересован, няма и правомощието да решава спора. Той е лицето, което е доверителен субект и на двете спорещи страни. Основното в медиацията е решаването на спора на собствената отговорност на страните по него с помощта на трето независимо лице – медиатора³. Страните са господари на своя спор и на процеса по неговото решаване. Тъй като обаче те не могат сами да се справят с него, привличат едно трето лице – медиатора. Те не му предоставят властта да разреши спора, не му дават никакви указания, поради което се приема, че той изпълнява една поддържаща роля. Медиаторът не може да предложи компромис, а той само им съдейства да развият една поносимост към компромиса и да ликвидират конфликта.

Медиационното производство се определя като структурирано производство. То протича по определени правила, съставлява верига от преговори, води се от медиатора не интуитивно, а по методика, която медиаторът изработва предварително и професионално. Затова е необходимо медиаторът да разполага със знания за комуникационни техники, за психологията на преговорите, които знания медиаторът придобива в един интердисциплинарен дискурс.

Медиацията трябва да се различава от уреждането на спора⁴, което се определя като сестра на медиацията. За разлика от медиатора, „уредникът на спора“ – *der Schlichter* излага своето мнение и предлага проект за спогодба. Медиаторът обаче нито решава спора както арбитърът, нито има правото да предлага проект за решение, което се одобрява от двете страни. Той не може да заема и защитава интересите на нито една от двете страни.

В Директива 2013/11/ЕС от 21.5.2013 г. за алтернативно решаване на потребителски спорове акцентът се поставя върху медиацията в сферата на спорове, възникнали от договори за продажби и договори за услуги, по които страна са потребители, но извън обсега на тази директива остават многобройните спорове, към които е желателно да се прилагат алтернативните способности за решаване. Според теорията медиацията няма своето приложение само в данъчни, административни, семейни, трудовоправни и социалноправни спорове⁵.

¹ Corporate governance е английски термин, който е общоприет в търговското право, и означава добро управление на търговско дружество.

² Преподавател по облигационно право в департамент „Право“, Нов български университет, доктор по право, професор, golevar@yahoo.com.

³ Вж. Eidenmueller, H./G. Wagner. *Mediationsrecht*, 2015, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Koeln, S. 3–20.

⁴ Това е така нареченото „шлифоване“ на спора, известно в немската договорна практика като *Schlichtung*.

⁵ Вж. Eidenmueller. *Op. cit.*, S. 3.

2. Corporate governance и медиацията в дружественото право

Corporate governance или правилата за добро управление на капиталови и най-вече на акционерни дружества и медиацията са две понятия, които, макар и не на пръв поглед, са свързани помежду си. Връзката между corporate governance от една страна и обхвата на споровете, решавани чрез медиация, е изтъкната в самите принципи на глобалното корпоративно управление – Statement on Global Corporate Governance Principles. Навлизането на медиацията като алтернативен способ за решаване на спорове и разширяването на нейното приложно поле е обусловено от все по-настоятелно насаждащото се убеждение, че конфликтите в отношенията между отделното лице и групата не са непреодолими. Corporate governance има за задача да изгради и формира структурите на отношения, а при медиацията става дума за консенсусно уреждане на възникналите във взаимоотношенията вътре в структурата конфликти. Друга обща черта на двете материи е релевантността на интересите и на подхода към тях, особено в случаите на колизия на интереси. Главната задача на corporate governance се състои в установяването на оправданите, справедливи интереси и изграждането на регулационни структури за овладяване на конфликта на интереси, които неизбежно произтичат с множество участници в производствения и управленския процес и с оправомощените лица в предприятието. Медиацията улеснява преследването на интересите в случаите на спор. Наред с това тя основава уреждането на конфликтите върху изясняването и съблюдаването на интересите. Медиацията не стои на едно място – да разглежда и разсъждава върху претенциите и становищата на страните, а насочва вниманието си към целите за постигане на успешно и по възможност справедливо решаване на конфликта, към интересите, които лежат в основата на конфликта или се крият зад него.

Установено е в крайна сметка, че дори в големите публични дружества управлението и надзорът се намират в ръцете на малък брой лица. Между тях съществува интензивна връзка, чиято оптималност е меродавна за успеха на предприятието. Поради релевантността на структурите на взаимоотношенията за corporate governance и поради констатацията, че структурите на взаимоотношенията съдържат конфликтен потенциал, е необходимо да се анализира състоянието на формите на участие в конфликтите, задълбочено трябва да се проверява тяхната ефективност и ефикасност и да се мисли за алтернативни възможности. Последните само тогава са мислими, когато съществуващите възможности за искиви претенции не се разглеждат като единственият начин за решаване на конфликти.

Защото във възникналите конфликти в тези структурни взаимоотношения социалната и управленческата среда придават конкретния им облик. Конфликтите са не някакъв отежняващ феномен, а една саморазбираща се съставна част на социалните връзки. Те показват къде съществуват търкания, противоречия и къде съществува нужда от промяна и приспособяване на управлението на търговското дружество. От тази гледна точка конфликтите включват като неизбежен елемент състоянието на наличните структури на взаимоотношения и необходимостта от тяхното изучаване. Вместо конфликтите да се приемат като едно неизбежно зло, чрез едно оптимално подхождане към тях може да се съхрани и подобри системата на взаимоотношенията вътре в търговското дружество.

Осъзнаването на конфликтността в контекста на дружественото и специално на акционерното право не е ново явление, както не е ново и използването на конфликтноспецифична терминология в правната уредба на акционерните дружества. Същото важи и за аспектите на решаването на конфликти. Така в двустранни отношения и в отношения с включване на трети лица като напр. съветите на дружеството, са законово предвидени форми на решаване на конфликти вътре в акционерното дружество.

В рамките на настоящето изложение се повдига въпросът, дали и в какъв обем медиацията би могла да допринесе за създаване на добри правила за управление. Медиацията се

разглежда като средство за оптимизиране на двустранните преговори и като алтернатива на съществуващите форми за решаване на конфликти. Тя може да бъде полезна за решаване на конфликти, които възникват във взаимоотношенията между участниците в производствения и в управленския процес и са последица предимно на напрежението между отделните групи по интереси, които произтичат от естеството на предприемаческата дейност.

Общи преимущества на медиацията обаче са, че тя поставя фокуса върху интересите на участниците и вплита мрежата на отношенията в решаването на конфликтите. При медиацията може да се разкрият такива формирания на отношенията, които не биха могли да станат достояние в едно съдебно производство, а и поради ескалация на напрежението пред съда няма да има възможности за тяхното изглаждане. Именно като алтернатива на съдебното производство, участниците в медиацията могат да предотвратят непредвидимостта на съдебното решение.

Действието на медиационното производство излиза извън пределите на конкретното решаване на спора. Тъй като интересите се разкриват и се търсят решения, които са добри и за двете страни, уреждането на конкретния конфликт води до подобряване на отношенията между засегнатите лица, а именно органите на търговското дружество и техните членове. Това има също така положително въздействие при решаването на последващите конфликти.

Конкретното ползване на медиацията при corporate governance – релевантни конфликти може да се илюстрира с два примера – споровете за пороци на решенията на общите събрания и споровете за предоставяне на информация. Общото между двата вида спорове е улесняване на контрола относно законосъобразността на решенията на общото събрание.

При спорове за пороци на решението чрез иска за отмяна на решението по чл. 74 от Търговския закон се контролира неговата законосъобразност. Относно управлението на предприятието от управителния съвет би могло да се контролира правото на надзорния съвет да осигури информация за управлението на дружествените работи и тази информация е предпоставка за да може да се контролира поведението на членовете на управителния съвет при двустепенната система на управление на акционерното дружество.

В същото време с тези два примера се поставя границата за прилагане на медиацията. Медиацията не може да бъде премахната чрез предявяване на искове, тъй като страните винаги се приканват от съда да се помирят и да достигнат доброволно до едно общо решение. Използването на медиацията е затова възможно и дотолкова възможно, доколкото упражняването на контролните права не е забранено или отменено.

Функцията на обективния контрол върху законосъобразността на решенията улеснява провеждането на медиация само като допълнение на исковите за отмяна на решенията на общото събрание на капиталово дружество. По този начин медиацията може да допринесе за намаляване и дори отпадане на практика на исковите за отмяна на решенията, а по този начин и за оптимизиране на corporate governance като повиши ефективността на контрола. Така ще се пресеят някои чужди на отмяната моменти. В много случаи исковите за отмяна се предявяват не с цел упражняване на контрол върху решенията, а с цел забавяне или утежняване на управлението на дружеството. За разлика от съдебното производство, медиацията може да разкрие тези мотиви, които биха могли да бъдат свързани с финансови интереси или със злепоставяне на дружеството от страна на ищеца.

Ако управителният съвет наруши правото на информация на надзорния съвет или на акционерите, и съветът, и акционерите няма да могат да изпълнят надлежно своето контролно задължение. Надзорният съвет трябва да разполага с възможността да реализира своите информационни притезания. Ако той се възползва от своите права по съдебен ред, може да възникне като странично действие влошаване на атмосферата на взаимоотношенията между участниците. Ако надзорният съвет реши да освободи членовете на управителния съвет, отношенията с тях окончателно се прекратяват.

Такива последици не са подходящи и удачни във всички случаи. Дори тогава, когато се касае за единичен проблем, може да се стигне до извода, че едно такова освобождаване не е уместно. Ако възникне различие в становищата между управителния и надзорния орган относно задължението за информация на управителния съвет, този конфликт трябва да се потуши, за да се улесни една по-нататъшна съвместна работа. Приносът на медиацията е да съобрази атмосферата на отношенията в конфликтната ситуация като се включи в отстраняването на конфликта и решаването на спора. Медиацията служи за оптимизиране на контрола чрез подобряване на информационната среда за надзорния съвет, без която той не може да упражнява своите правомощия.

Ако отношението между управителен съвет и надзорен съвет се подобри чрез медиацията, това се отразява положително и върху доверието на вложителите и акционерите, респ. съдружниците. В крайна сметка това води до увеличаване на успеха на предприятието.

Конфликтите относно задължението за даване на сведения обикновено съвпадат с конфликтите относно предмета, за който се дава информация. Именно там, където становищата на участниците се различават, е желателно да се дискутират мненията на управителния и надзорния орган. В случай на конфликт е от особена важност каква препоръка ще бъде отправена към управителния съвет. Затова от голямо значение е в случай на спор да се проведе медиация, в случай че двустранните дискусии не постигнат целта си. От една страна медиацията може да възстанови комуникацията между участниците, която представлява основата за консултиране. От друга страна тя може да предотврати по-нататъшната ескалация на конфликта и неблагоприятните последици от това, като напр. освобождаване на членове на управителния съвет.

Идеята за използването на медиацията като нещо, което е полезно за доброто управление на търговското дружество, не се ограничава само до двата споменати случая. Както се оказа, понятието за corporate governance обхваща многобройни конфигурации от взаимоотношения. От тях може да произтичат и многобройни потенциални конфликти.

Намесата на медиацията при спорове, в които са въввлечени акционери, означава допълване на правните средства за защита, които стоят на разположение на всеки акционер и по този начин може да се засили доверието на акционера в неговото правно положение и да се увеличи също така желанието за инвестиране на вложителите. За отделния акционер разговорът с дружеството и органите, които го представляват, може да засили мотивацията му за участие в дружествените процеси.

Няма пречка в уставите на АД да се приеме като задължителна клауза провеждане на медиация в случай на конфликти. Такава клауза може да се включи като задължителна и в правилниците, които приемат колективните органи на управление – надзорен съвет, съвет на директорите, управителен съвет. Ако се стигне до конфликт, би могъл да се проведе медиационен процес с участието на вътрешни или външни медиатори или медиационни комисиии, напр. медиационен съвет.

Изискванията, които се поставят към медиаторите, са изключително високи. При избора на медиатор разбира се на първо място е изискването за неутралност, но трябва да се има предвид и неговата експертност, компетентност по спорния проблем, а така също трябва да се съобрази факта, че същият е запознат със структурата и дейността, с особеностите на управлението на АД. Компетентността обхваща знания относно правните, стопанските и организационнопсихологическите връзки. Това включва по-нататък психологическите и педагогическите умения и способности на медиатора в общуването му със страните по конфликта, както и способността му да ръководи медиационния процес. За да се приеме едно лице като медиатор, от значение са също така емпатичните възможности, риторичната му способност и доверието, което и двете спорещи страни имат в него.

3. Арбитражът в дружественото право

Арбитражното решаване на спорове в рамките на дружественото право и предимно на търговските дружества, е една привлекателна алтернатива на държавното правораздаване. Основанието за арбитражно решаване на спорове е най-напред наличието на писмено арбитражно споразумение между участващите страни. Дори в големи дружества, респ. дружества с бързо сменящ се персонален състав, се предпочита регулиране на базата на устава, тъй като приложното поле на арбитражната клауза, независимо от наличието на споразумение между отделни акционери за еднакво гласуване, може да важи и да се прилага за всички акционери и членове на органите на управление, които участват в дружеството. Такива уставоустановени арбитражни клаузи по принцип са допустими както от гледна точка на арбитража, така и от гледна точка на акционерното право, т. е. те са валидна база за дружествени арбитражни производства. Дори в немското право се очаква тези клаузи изрично да бъдат потвърдени от законодателя.

В същото време не трябва да се изпускат някои изисквания към координацията на производството. Това важи специално за производство, което завършва с решение със сила на пресъдено нещо, защото при него трябва да се съблюдава съгласието на всички засегнати с арбитражната клауза лица и да се осигури участието на всички членове на дружеството. Затова е по-реалистично да се мисли, че въвеждането с устава на арбитражна клауза би било възможно при АД с по-малък брой акционери, респ. с известни акционери, а не с анонимни членове на дружеството. Трябва да се има обаче предвид, че от арбитраж са изключени исковите за отмяна на решения на общите събрания. В същото време може да се мисли за клаузи с широк субективен обхват, който да включва както акционери, така и членове на органите на управление. В рамките на допустимото, арбитражните споразумения могат да обхващат широк кръг правни субекти и широк кръг предмети на спорове. Така че няма пречка арбитражната клауза да се формулира по такъв начин, че да се отнася до всички спорове и претенции срещу дружеството, срещу акционерите и органите на дружеството и споровете да са свързани с отношенията вътре в дружеството. Това могат да бъдат спорове между дружеството и неговите членове; дружеството и органите на управление или по-точно техните членове или между членовете на органите, както и между самите акционери. Във всички случаи обаче споровете следва да бъдат свързани и ограничени до дружествените работи. Тъй като спорове от трудови отношения не могат да бъдат обект на арбитражно решаване, в договора за възлагане на управление между дружеството и члена на управителния орган може да се включи арбитражна клауза, ако този договор не е трудов, а мандатен.

Арбитражът може да бъде институционален или ад хок. Когато се решават спорове с много участници, е необходима една подробна уредба на производството и координация на протичането на процеса. Тя се предоставя по принцип на едната или на повечето страни – по начало на дружеството, респ. неговия съвет на директорите или управителен съвет. Управителният орган има за задача да изготви правилата на арбитража ад хок. Заради ресурсните ограничения обаче се предпочита тази функция да се изпълнява от институционален арбитраж, защото той разполага с по-добър капацитет и опит в реализирането на арбитражни производства. В Германия и Швейцария съществуват вече институционални арбитражи, които са се заели с решаването на такива спорове⁶.

Тъй като арбитражното решение има сила на пресъдено нещо спрямо всички акционери и съдружници, то освен първоначалните ищец и ответник трябва да се осигури възможността в производството да участват всички засегнати от процеса лица. Как ще стане това

⁶ Вж. Laimer, S. Gesellschaftliche Nebenvereinbarungen in Europa, 2013; Lehmann, J. Mediation in Beschlussmangelstreitigkeiten, 2013, Lutz, R. Der Gesellschafterstreit, 2013.

на практика, е предоставено на всяко дружество само да решава. Важна предпоставка за това е, засегнатите от арбитражното решение лица да бъдат уведомени за започване на производството и да им се даде възможност да се присъединят в процеса с всички процесуални права на страна. Те могат да изразяват собствени становища, да представят доказателства и да продължат процеса, ако първоначалната страна се откаже. На акционерите трябва да се даде срок да се конституират като страна, ако желаят. Възможно е да се стигне и до удължаване на срока по искане на страната.

В арбитражната клауза могат да се посочат броя на арбитражите и техните имена. Най-често арбитражите са трима, като всяка страна посочва арбитраж, а двамата арбитражи – председател.

Всички лица, които са засегнати от арбитражното решение, разполагат с възможността да участват в избирането на арбитраж. Писменото съгласие може да бъде материализирано в един документ или да се съдържа в отделни писмени изявления.

Арбитражният процес се характеризира с високата степен на доверие, което участниците имат в решаващия орган.

У нас при включване в уставите на акционерните дружества на арбитражни клаузи, трябва да се имат предвид ограниченията по чл. 19, ал. 1 от Гражданския процесуален кодекс – спорът да е имуществен, да не е свързан с вещни права върху недвижими имоти или права по трудово правоотношение, както и страна по него да не е потребител по смисъла на пар. 13, т. 1 от Закона за защита на потребителите. Следователно, в дружественото право според българското законодателство са възможни спорове за заплащане на дивиденди, за връщане на допълнителни парични вноски, за изплащане на дружествени дялове или на цената на акциите при тяхното обратно изкупуване, както и други спорове, свързани с упражняване и защита на имуществените права на акционерите и съдружниците.

Що се отнася до ролята на арбитража в европейското право, бих се спряла само на две положения.

Първо, общоустановено е, че Регламент Брюксел 1 не изключва арбитражното решаване на споровете между предприятия от държави членки. По делото на Газпром (С-536/13) специално се обръща внимание на това, че държавните съдилища, намиращи се в държавата по седалището на арбитражния съд, нямат никакви средства за да попречат на едно паралелно производство, така че страната, която остава вярна на арбитражното споразумение, се напътства към правна защита, осъществена от арбитражен съд⁷.

Второ, няма пречка, а дори е желателно, арбитражните съдилища със седалище в държави членки да отправят преюдициално запитване към Съда на ЕС. Szpunar – генерален адвокат в Съда на ЕС – на посочената в бел. 2 конференция изясни въпроса, дали арбитражни съдилища имат право да поставят правни въпроси на Съда на ЕС и отговорът му беше положителен. Участниците в конференцията се обединиха около становището, че арбитражните съдилища, макар да не са част от съдебната система на една държава, трябва да бъдат признати за „съдилища“, а Съдът на ЕС да се превърне във върховен съд, чиято главна задача е да въведе единство в тълкуването и прилагането на актовете на ЕС. Съдът на ЕС, който от 719 дела има произнасяния по преюдициални запитвания по 476 дела годишно, трябва да изпълнява тази главна задача и в сферата на арбитражното правораздаване и в бъдеще следва да отговаря в по-голяма степен на запитвания, отправени от арбитражни съдилища, вкл. и по въпросите на дружественото право⁸.

⁷ Arbitration and EU Law. Tagung an der Law School der New York University. 2017, p. 63.

⁸ Пак там, с. 64.

4. Corporate governance и медиация в акционерното право

В управлението на акционерното дружество може да възникнат конфликти в отношенията между управителен и надзорен съвет, когато акционерното дружество е възприело двустепенната система на управление. Надзорният съвет е задължен да упражнява ефективен контрол върху управителния съвет. Тъй като между тях следва да се запази атмосфера на доверие, е желателно възникналите конфликти да се решават чрез алтернативните способи. За да се запази необходимото доверие между тях трябва да се провежда интензивна комуникация, в определени случаи и с участието на медиатор.

Целта на доброто корпоративно управление е да се създадат адекватни регулативни и контролни механизми, ориентирани към интересите на акционерите и другите заинтересовани лица и групи⁹.

Специално внимание следва да се отдели на искове за пороци в решенията на общото събрание и на спорове за предоставяне на сведения на акционерите.

На пръв поглед изглежда, че пороците на решенията и споровете за тях не са много подходящи за медиация. За разлика от тях споровете, произтичащи от исканията за предоставяне на сведения, са по-подходящи за алтернативния способ за решаването им. Това е така, защото при споровете за законосъобразността на решенията на общото събрание на преден план стоят правни въпроси – изясняването на правното положение. Освен това исковите срещу незаконосъобразните и противоуставни решения са искове на малцинството срещу решения на мнозинството. Тъй като няма равнопоставеност между страните – от едната страна е малцинственият акционер, а от другата страна е акционерното дружество, управлявано от мнозинството, малцинството се нуждае от защитата на държавата и тя му предоставя тази защита чрез иска по чл. 74 ТЗ за отмяна на решенията с пороци. Затова и споровете се решават от окръжните съдилища. Това обаче са най-многобройните спорове и въпросът е как да се приложи медиацията към тях с оглед предотвратяване на големия им брой.

Според теорията, клауза за медиация по отношение на порочните решения няма как да се включи в устава или ако се включи, тя би била нищожна¹⁰. Няма пречка обаче да се сключи споразумение за медиация по отношение на порочни решения след възникване на спора. Възможно е също така общото събрание да оттегли спорното си решение с ново решение. Мнозинството от акционерите може да отмени, измени или потвърди порочното решение. Медиационното производство може да приключи със споразумение, за което ще гласуват всички акционери. Няма пречка и съдебното производство по чл. 74 ТЗ да приключи със съдебна спогодба. Може да се приеме, че в този случай медиацията е продължение на общото събрание под ръководството на медиатор, т. е. под външно ръководство¹¹.

В немското право се допуска и арбитраж при спорове за порочни решения на общото събрание. Особено при дружество с малък брой съдружници и акционери. Практически са невъзможни и медиацията, и арбитражът само при публичните дружества поради големия брой членове.

Не може да има спогодба, само ако решението на общото събрание е нищожно. Нищожността не може да се санира чрез спогодба.

Спогодбата относно решение на общото събрание, което страда от някакви пороци, не е противоположно, защото същият ефект на запазване на порочното решение може да се по-

⁹ В този смисъл вж. Kruss, Cornelius. *Mediation im Aktienrecht*. Duncker&Hunbold, Berlin, 2014, S. 90.

¹⁰ Вж. Kruse. *Op. cit.*, S. 96.

¹¹ Пак там, с. 109.

стигне и ако решението не бъде атакувано в законовия преклузивен срок. Или ако решението не е отменено от съда. Няма аргументи против това, в една спогодба да се установи правилността на решението на общото събрание. В този случай спогодбата ще има декларативен характер. Медиацията е възможна обаче само със съгласието на засегнатия акционер. Ако той обаче сключи спогодба с акционерното дружество, отпада необходимостта да бъде защитаван от съда.

Кои са положителните моменти на медиацията при атакуването на решение на общото събрание?

Първо, медиацията оптимизира контролната структура на акционерното дружество. На тази цел служи и искът по чл. 74 ТЗ. Той изпълнява функцията на контрол върху законосъобразността на решенията на общото събрание.

Второ, чрез медиацията се намаляват исковите по чл. 74 ТЗ и се скъсяват сроковете за решаване на спора за отмяна на решението на общото събрание.

Трето, предотвратяват се иски, които се предявяват с цел злоупотреба на ищеца. Става въпрос за случаи, когато акционерът предявява иска не с мотива да защити интересите си или законността, а подтикван от други подбуди – напр. да забави дейността или процедура в акционерното дружество. Предотвратяват се емоционални спорове между акционерите.

Четвърто, медиацията предотвратява напрежението в съдебното производство, както и ситуацията, при която ищецът иска да откупи иска си срещу високо възнаграждение.

Пето, медиацията запазва рейтинга на акционерното дружество, а с това – и стойността на акциите. Не се засяга репутацията на дружеството.

Шесто, утвърждава се значението на иска за отмяна на истински спорните и порочни, истински незаконосъобразни решения на общото събрание. Защото исковите се намаляват до тези, при които не може да се постигне съгласие, при които интересите са действително сериозни и противоположни. Практиката показва, че повечето иски за отмяна на решенията на общото събрание се предявяват от акционери с малко на брой акции, дори от най-дребните акционери. Спестяват се съдебните разноски и на двете страни. А разноските по медиацията се поемат от акционерното дружество.

Седмо, в медиационното производство акционерът може да получи необходимата информация, сведения, разяснения, обяснения, които да му помогнат по-добре да разбере необходимостта от решение и да се убеди сам в неговата законосъобразност и правилност.

Осмо, възможно е да се използва медиацията, за да се плати на акционера обезщетение, а той да се откаже от съдебната му отмяна.

По отношение на втората група спорове – тези за предоставяне на сведения, медиацията би могла да има още по-голямо приложение. Защото това са спорове между членове на надзорния и управителния съвет в акционерното дружество. Така напр. ако докладът на управителния съвет не е пълен, надзорният съвет може да поиска неговото допълване и при отказ може да възникне спор между двата органа, който да се реши по пътя на медиацията.

Възможни са и спорове вътре в управителния съвет, спорове, които се отнасят до неговия доклад. Ако управителният съвет не даде нужните сведения или даде фалшива информация, надзорният съвет може да поиска освобождаване на членове на управителния съвет поради неизпълнение на задълженията си към надзорния съвет. Надзорният съвет може да поиска общото събрание да не приема доклада поради непълнота, а може и да предяви иск за обезщетение на вреди. В случая става дума за спор между органи¹².

Медиацията може да репарира разрушените комуникации и сътрудничество между органите и между органите и техните членове, да подобри доверието между тях. Ако и меди-

¹² В немската теория е въведен терминът *Organstreit* – вж. Kruse. Op. cit., S. 136 ff.

аторът не може да предотврати спора, той ще констатира, че отношенията не могат да продължават така и трябва да бъдат прекъснати¹³.

Възможни са още конфликти.

1. конфликти вътре в управителния съвет или съвета на директорите;
2. конфликти между членовете на управителния съвет и дружеството – напр. за заплащане или за границата на забраната на конкуренцията.

5. Арбитражът в акционерното право

В рамките на акционерното право арбитражът е възможен. Така напр. може чрез арбитраж да се решават спорове за обезщетение на малцинствените акционери при преобразуване на акционерното дружество в случаите, при които те претърпяват загуби – намаляване на акциите или на тяхната стойност. Ако акционерът счита, че обезщетението му е твърде ниско, спорът може да се реши по арбитражен път. Медиацията също така е мислима в този случай.

Докато при тези спорове, които са от имуществен характер и исковете, респ. съдебните решения по тях, са осъдителни, не е така категорично положението при споровете за отмяна на решения на общите събрания на капиталовите дружества по чл. 74 ТЗ. В германската практика и теория е безспорна допустимостта на арбитражна клауза за отмяна на решения на общото събрание. За тази цел следва да са изпълнени следните предпоставки:

- в устава на акционерното дружество или в дружествения договор на ООД трябва да е предвидена изрично арбитражна клауза, която да има действие в отношенията между всички акционери и съдружници, от една страна и дружеството, от друга страна.

- Да липсва индивидуална уговорка между съдружник или акционер и дружеството за изключване на арбитражната клауза¹⁴.

- Няма пречка арбитражната клауза да бъде оформена като отделен арбитражен договор, сключен между дружеството и всеки един от акционерите или съдружниците извън устава или включена в устава чрез последващо изменение на устава или договора.

Когато някой от съдружниците предяви иск пред арбитража, е необходимо да бъдат информирани всички съдружници и органи на дружеството, срещу което се предявява искът. Целта е в започналото и протичащо арбитражно производство да могат да се включат всички съдружници и акционери, ако желаят това. Арбитражът е длъжен да призове всички съдружници и акционери.

Арбитражът е възможен по всеки имуществен спор – за съществуването или за липсата на имуществено право, за отмяна на решение на общото събрание с имуществен характер¹⁵. Арбитражната клауза може да има следното съдържание: „Всички спорове, произтичащи от този договор, се решават от Арбитражния съд [...], със седалище [...] съобразно неговите правила, като се изключва държавното правораздаване. Решението на арбитражния съд е окончателно“.

¹³ Пак там, с. 154.

¹⁴ Вж. Binnewies, W. Der Gesellschaftsstreit. Otto Schmidt Verlag, 2017, S. 59–60.

¹⁵ У нас ГПК допуска арбитража за решаване само на имуществени спорове. В Германия ГПК не предвижда такива ограничения, поради което в дружественото право са възможни по арбитражен ред да се решават всички видове спорове, които възникват между дружеството от една страна и съдружниците или акционерите, от друга страна. Това са спорове, отнасящи се до правното положение на членовете – за правата им, за изключването им, за отмяна на всякакви видове решения на общото събрание, спорове за управлението на дружеството – напр. за изключване на управителя, спорове, отнасящи се до годишния доклад и отчет и т. н.

Изводи за ролята на медиацията в контекста на доброто управление на акционерното дружество

По принцип и при порочните решения и при конфликтите между органите на управление общото е възможността да се упражнява контрол в акционерното право. Това е контрол за законосъобразността на дейността и на актовете, постановени в акционерното дружество. Целта на правната уредба е да се обезпечи правна защита на лицата, които са засегнати от неправомерните действия. Някой ще каже да, но медиацията и при двете групи правни спорове не може да изпълнява контролна роля, защото медиаторът не може да посочи кое решение е законосъобразно и кое не. Той не решава правния спор. Това обаче не е вярно. Чрез медиацията контролните структури се оптимизират. В случай на спор за законосъобразността на решенията на общото събрание това става по следния начин – на медиация ще подлежат такива спорове, които са възникнали не заради разногласия относно изясняване на въпроса за тяхната законосъобразност, а по силата на друг мотив. Ищецът не е акцентирал реално на това, че решението противоречи на закона, а е бил воден, мотивиран от други съображения да се противопостави на решението. В този случай медиацията служи като филтър за истинските спорове, които трябва да отидат на съд и които ще подлежат на съдебна оценка за тяхната съобразеност със закона и устава. Чрез медиацията ще се изясни, какви мотиви движат ищеца и го насочват към предявяване на иск за отмяна на решението. Само решения на общото събрание, които не могат да преминат през ситото на медиацията, т. е. най-проблемните и важни решения ще отидат на съд. По този начин ще се постави край на блокадата, която създава пред изпълнението на решения на общото събрание злоупотребата с исковете по чл. 74 ТЗ¹⁶.

Медиацията спомага да подобряване и на контролната функция на надзорния съвет спрямо управителния съвет при двустепенната система на управление на акционерното дружество. Чрез нея ще се подобрят контактите между двата органа и ще се решат противоречията, свързани с предоставянето на информация, нужна за упражняване на оптимален контрол. Ще се подобри и упражняването на консултативните правомощия на надзорния съвет. Ако възникне конфликт, няма да има нужда да се сезира съда и да се упражняват по съдебен ред претенциите за предоставяне на информация. Като алтернатива медиацията може да допринесе не само за решаване на конкретния спор, а да съдейства за подобряване на нарушените комуникационни връзки между органите и да възстанови съвместната дейност и сътрудничество между органите и техните членове. Ще възстанови доверието между тях. Обратно, съдебният спор, съдебното решаване на претенцията би довело само до изостряне на напрежението, до влошаване на атмосферата в акционерното дружество. Затова медиацията ще допринесе за оптимизиране на ефективността на контролната структура, която е важна част от доброто управление на дружеството.

В обобщение може да се посочи:

Медиацията не изключва съдебното решаване на споровете вътре в акционерното дружество. Тя обаче е негов заместител. Медиацията би могла да се приложи винаги, когато съществува възможност за консенсуално решаване на спора и когато законът не забранява да се формират отношенията въз основа на взаимното съгласие на спорещите страни. Смятам, че тя е много подходяща в една корпоративна структура, в която участниците в спора са трайно обвързани помежду си и са заинтересовани бързо да се тушират конфликтите, за да може тази структура, това образувание да продължи да съществува. Затова тя съдейства за решаване на спорове както вътре в един орган, така и между органите, между акционери-

¹⁶ Пак там, с. 158.

те и органите и преди всичко споровете за отмяната на решения на общото събрание. Счита се, че ролята на медиацията е толкова голяма и успешна, колкото по-малко лица участват в един спор¹⁷.

В заключение може да се предложи следната клауза за медиация в устава на акционерното дружество:

Дружеството и неговите акционери полагат усилия да решават споровете по взаимно съгласие. В случай на предстоящ или възникнал спор извънсъдебно или в съдебно производство участниците в спора са длъжни да предприемат действия по решаване на спора в медиационно производство.

При спор между органите на акционерното дружество участниците в спора са задължени да решат спора чрез преговори или с помощта на медиатор.

При спор между членовете на органа на управление (управителен съвет, надзорен съвет, съвет на директорите) участниците в спора са задължени да използват медиацията за неговото решаване.

Препоръчва се за медиатор да се определя лице, което е в състава на акционерното дружество – член или ръководителят на съответния орган, стига спорещите страни да имат достатъчно доверие в него и да са съгласни с неговото определяне. Медиаторът не може предварително да се посочи в устава и в клаузата за медиация, а неговото определяне зависи от спецификата на конкретния спор. Желателно е обаче вътрешните конфликти да не се изнасят извън пределите на акционерното дружество, а да се решават вътре в него, защото едно разгласяване на спора би понижило рейтинга, а оттук – и цената на акциите.

¹⁷ Пак там, с. 159.

CORPORATE GOVERNANCE, MEDIATION AND ARBITRATION IN COMPANY LAW

Polya Goleva¹⁸

The focus of Directive 2013/11/EU of 21 May 2013 on alternative dispute resolution of consumer disputes is set on the mediation in disputes, arising from sales and service contracts, in which one of the parties is consumer, but a lot of disputes remain outside the field of the directive, and are ready to be resolved by alternative methods. In theory mediation is not allowed in tax-, administrative-, family-, and labour – and social disputes.

This article brings up the question whether and to what extent mediation could contribute to the creation of best practices for corporate governance of the public limited liability companies and whether it can be used to resolve disputes in company law. Mediation is examined as a means to optimize the negotiations between two parties and as an alternative to the existing tools for resolving conflicts. It can be useful in resolving conflicts, which arise in the relationships between persons who take part in the management of a company and which are the result of the tension between different groups of interests, in

herent to the character of the business activity.

The results of mediation go beyond the boundaries of the decision in the given case. Whereas the decision must be good for both sides, the resolution of the specific conflict improves the relations between the persons involved. This also has a positive influence on resolving the forthcoming conflicts and enhances corporate governance practices. That's why in this paper there is an attempt to reveal the application of mediation in resolving disputes related to challenging the decisions of the general meeting of shareholders and disputes concerning the right to information. Both types of disputes refer to the control over the legality of the decisions of general meetings of shareholders. Mediation cannot be bypassed through judicial claims as the parties are always invited by the court to refer to conciliation and to reach an amicable solution.

Keywords: Mediation, Company Law, Company, Arbitration, Dispute, Corporate Governance

¹⁸ Lecturer in Law of Obligations in the Law Department of New Bulgarian University, Professor, PhD, golevap@yahoo.com.

ЗЛОУПОТРЕБА С ПО-СИЛНА ПОЗИЦИЯ ПРИ ДОГОВАРЯНЕ ПО ЧЛЕН 37А ОТ ЗАКОНА ЗА ЗАЩИТА НА КОНКУРЕНЦИЯТА

Васил Георгиев¹

1. Въведение

Актуалността на проблема за злоупотребата с по-силна позиция при договаряне произтича както от необходимостта за оценка на досегашната практика на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) по чл. 37а от Закона за защита на конкуренцията (ЗЗК)², така и от предложения³ от Европейската комисия през април 2018 проект за директива относно нелоялните търговски практики в отношенията между търговци по веригата за доставка на храни.

Добре известна е причината за приемането на разпоредбата на чл. 37а ЗЗК – концентрацията на пазара за търговия на дребно с бързооборотни стоки в последните петнадесетина години, в резултат на която търговците на дребно наложиха на доставчиците си редица задължения⁴, довели до по ниски приходи за последните, възложили им ненужни разходи и прехвърлили върху тях рисковете от дейността на търговеца на дребно.

Злоупотребата с по-силна позиция при договаряне е сравнително нов институт, който още не е изградил своя обща теоретична, систематична и терминологична основа. Държавите въвеждат различни правни похвати за регулиране на тези обществени отношения, като използват за целта различни правни институти в различни отрасли⁵ – търговското пра-

¹ Хоноруван преподавател в Нов български университет, доцент, доктор, vasilg@gmail.com.

² ДВ, бр. 56 от 24.7.2015 г.

³ COM (2018) 173 final 2018/0082(COD) – Предложение за Директива на Европейския парламент и на Съвета относно нелоялните търговски практики в отношенията между стопански субекти по веригата за доставка на храни.

⁴ Напр. плащания на парични вноски без основание, задължения за рекламни отстъпки без доставчикът да има конкретна полза от тях, такси и плащания (такса за това, че търговецът е открил нов магазин, такса заради реконструкция на магазин, такса палет, премия „Реклама“, логистичен бонус и други такси, които прехвърлят голяма част от оперативните си разходи на доставчиците), които са дължими, без търговецът на дребно да предоставя насрещна услуга, необосновано тежки задължения като връщане на непродадени стоки, и др.

⁵ Повече по този въпрос в ICN Task Force for Abuse of Superior Bargaining Position, Report on Abuse of Superior Bargaining Position, April 14–16, 2008, www.internationalcompetitionnetwork.org., с. 6 и сл.

во (Глава 15 от Кодекса на САЩ,⁶ Унгария⁷, Франция⁸), секторни правила (Франция, Румъния⁹ Унгария¹⁰, Белгия, Италия, Чехия¹¹, Испания¹²) и норми инкорпорирани в конкурентното законодателство – Германия¹³ (1973 г.), Япония¹⁴ (2009 г.).

2. Законодателни подходи

2.1. Злоупотребата с по-силна позиция при договаряне като част от гражданското или търговското право

Мястото на злоупотребата с по-силна позиция в рамките на гражданското или търговското договорно право се обосновава с факта, че се касае за норми, регулиращи договорните и преддоговорните отношения. И преди приемането на чл. 37а ЗЗК, чрез изискванията си за равнопоставеност и добросъвестност, нормите на гражданско и търговско право предоставят защита срещу нелоялни търговски практики (напр. чл. 289 ТЗ, чл. 12 ЗЗД, чл. 49 ЗЗД). При нарушение на тези норми, засегнатата страна може да предяви иск за вреди пред гражданския съд.

Приемането на допълнителни разпоредби, обогатяващи търговското право, се счита за най-уместно според доклада на Световната банка до българското правителство от 2014 г., отправящ препоръките си относно бъдещата тогава законодателна промяна в областта на нелоялните практики между търговци¹⁵.

⁶ Albert A. Foer, *Op. cit.*, с. 15, посочва, че норми, касаещи злоупотребата с по-силна позиция при договаряне се съдържат в Lanham Act (15 U.S.C. § 1127) в областта на нелоялната конкуренция, FTC Act в областта на нелоялните методи на конкуренция и непочтените и измамни действия и практики (15 U.S.C. §45) и Robinson-Patman Act по отношение на ценовата дискриминация (15 U.S.C. §13).

⁷ Закон CLXIV от 2005 г. за търговията, публикуван в Magyar Közlöny (Унгарски бюлетин) 2005/168, т. 1 (25.12. 2005), с. 11008–11013.

⁸ Търговски кодекс (Code de Commerce), чл. L. 420-2, забраняващ злоупотребата с икономическа зависимост и чл. L.442-6, съдържащ списък със забранени практики.

⁹ Закон за маркетинга на хранителни продукти 321/2009, публикуван в Monitorul Oficial al României (Официален вестник на Румъния), бр. 705/20.10.2009 г.

¹⁰ Закон ХСV от 2009 година за забрана на поведението на нелоялен дистрибутор към доставчиците на селскостопански продукти и продукти на хранително-вкусовата промишленост.

¹¹ Закон за значителна пазарна сила при продажбата на земеделски и хранителни продукти и злоупотребите, произтичащи от нея.

¹² COM(2013) 37 Зелена книга относно нелоялните търговски практики по веригата за доставки на хранителни и нехранителни стоки междустопански субекти в Европа, с. 13

¹³ Закон срещу ограниченията на конкуренцията (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 Absatz 9 des Gesetzes vom 30. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3618) geändert worden ist.

¹⁴ Чл. 2, ал. 9 (v) от Антимонополния закон.

¹⁵ Доклад № 87870 „В отговор на нелоялните търговски практики в България, 30 април 2014 г.“ © 2014 Международна банка за възстановяване и развитие/Световна банка, с. 12. В доклада се поддържа становището, че административна намеса при прилагането на тези разпоредби от КЗК е необходима единствено „в случаите, когато бизнес поведението влияе на цялостната конкуренция“ – т. е. когато

Тази защита обаче е недостатъчна, поради следните причини.

На първо място, не съществува прозрачност и предвидимост (било в нормативната уредба, било в съдебната практика) относно изхода от подобна претенция. Това се дължи на прекалено общите хипотези в посочените разпоредби и на липсата на съдебна практика.

На второ място, засегнатото предприятие ще следва да заплати сериозни разходи за юридическа защита, които често не може да си позволи, доколкото най-често ищецът е малко или средно предприятие, с ограничени юридически ресурси, особено в сравнение с тези на по-силното предприятие. В резултат на това, съществува сериозна вероятност ищецът да не успее да докаже претенцията си.

На трето място, образуването на гражданско или търговско дело може да доведе до ответни мерки спрямо засегнатото предприятие. Това обстоятелство е особено демотивиращо спрямо желанието на по-малките търговци да предприемат такива действия.

Именно поради тези причини, засегнатото предприятие има нужда от помощ за да упражни правата си, каквато помощ гражданския процес не предлага. Предвиждането на административно производство срещу нарушителите увеличава гаранциите за засегнатото предприятие. В това производство хипотетично могат да бъдат допускани за разглеждане и поверителни жалби¹⁶, за да се преодолеят опасенията на жалбоподателя от ответни мерки от нарушителя. Включването на административния капацитет на държавата за установяване на нелоялната практика също води до улесняване на доказването на последната. Административното наказание, в допълнение към обезщетението също действа и превантивно спрямо евентуалните нарушители.

2.2. Злоупотребата с по-силна позиция при договаряне в отделни сектори

Секторният подход при уредбата на злоупотребата с по-силна позиция при договаряне предвижда правилата, свързани със злоупотребата с пазарна сила да се съдържат в законите, регулиращи отделен икономически отрасъл – търговията с бързооборотни стоки, търговията със селскостопански стоки, търговията с храни и т. н. В рамките на секторния подход е и предложението на Европейската комисия за приемането на Директива относно нелоялните търговски практики в отношенията между стопански субекти по веригата за доставка на храни.

Предимството на този подход е че чрез установяването и прилагането на конкретни правила за конкретен сектор могат да се отчетат спецификите при секторните отношения. Конкретните правила улесняват правоприлагането и водят до неговата прозрачност. Предприятията са наясно кое поведение е забранено и кое – не. Това създава предвидимост в поведението им и е предпоставка за точно изпълнение от тяхна страна на предписанията на закона. Така, приемането на допълнението към Закона за храните от 2015 г., успоредно с

тези нелоялни търговски практики нарушават разпоредбите на конкурентното право. Тоест, във всеки друг случай на злоупотреба, предложението на Световната банка е увреденото лице да търси правата си в рамките на гражданския процес.

¹⁶ Член 5, параграф 3 от проекта за Директива предвижда, че по искане на жалбоподателя прилагащият орган осигурява поверителност относно самоличността му и относно всякаква друга информация, чието разкриване според жалбоподателя би накърнило интересите му. Евентуалното приемане на института на поверителната жалба би наложило промени в българския закон, доколкото в настоящия момент възможност за поверителни жалби не са предвидени в ЗЗК. Тази гаранция обаче вероятно ще остане само добро пожелание, доколкото при разкриването на фактологията в рамките на производството, тази поверителност няма как да бъде запазена в рамките на производството

приемането на чл. 37а ЗЗК, застави търговците на дребно да съобразят договорите си с конкретните и ясни правила на чл. 19 от Закона за храните (ЗХ).

Недостатъците при самостоятелното използване на този подход, са в няколко посоки.

Първо, създаването на разнообразни секторни правила затруднява регулативната функция на администрацията. Ако при изработването на тези правила контролиращ орган ще е съответния секторен регулатор, това ще лиши уредбата от предимството на КЗК като орган, притежаващ експертиза (както по отношение на установяване на структурата и характеристиките на пазара, така и по отношение на анализа на конкретното правоотношение) и правомощия да осъществява ефективен контрол. Ако контролиращ орган е КЗК, тя пък би била затруднена от прилагането на разнообразни по характер и по съдържание секторни правила в различните отрасли.

Второ, секторният подход поставя правото в догонващата позиция спрямо възникващите все по-нови злоупотреби на пазара. Секторните правила се прилагат единствено към изчерпателно определените със законовата рамка отрасли¹⁷. Те не уреждат например нововъзникнали икономически отрасли или отрасли за които няма правна уредба – въпреки че и едните и другите е възможно да страдат от същите проблеми. Пример в това отношение е също така чл. 19 от Закона за храните, който урежда търговията с храни, без да включва в себе си търговията с нехранителни бързооборотни стоки, където доставчиците са, общо взето, в същата позиция при договаряне спрямо търговците на дребно, в каквата позиция са доставчиците на хранителни продукти.

Поради тази причина е удачно съчетанието на общ подход към нелоялните търговски практики, съчетан със секторен подход в отраслите, които изискват специфична регламентация. Към настоящия момент законодателството на Република България в областта на нелоялните търговски практики между търговци съчетава двата подхода – общата разпоредба на чл. 37а ЗЗК и секторни регулации – като чл. 19 от ЗХ, който забранява и определя нищожността на определени клаузи от договорите между доставчици и търговци на дребно. Секторна разпоредба е и тази на чл. 156 от Закона за електронните съобщения (ДВ. бр. 41 от 2007), въвежда понятието „предприятие със значително въздействие на пазара“ на което Комисията за регулиране на съобщенията може да възлага специфични задължения¹⁸.

2.3. Злоупотребата с пазарна сила като нелоялна търговска практика

Преобладаващото мнозинство от изследователи отнасят разпоредбите за злоупотреба с по-силна позиция при договаряне към правилата за нелоялни търговски практики в отношенията между търговци. Под нелоялна търговска практика се има предвид вертикални-

¹⁷ Предложението за директива (член 1, параграф 1) предвижда „минимален списък на забранени нелоялни търговски практики между купувачите и доставчиците във веригата за доставка на храни, както и минимални правила за прилагане на забраната“. Този подход е удачен с оглед на предвидената законодателна техника (директива, която следва да бъде транспонирана в законодателствата на държавите членки), но би била неудачна като законодателно решение с пряко приложение, доколкото би ограничило възможностите за противодействие при нововъведени нелоялни търговски практики.

¹⁸ Параграф 51 от ДР на ЗЕС определя предприятието със значително въздействие на пазара като предприятие, което самостоятелно или съвместно с други се ползва от позиция, равностойна на господстваща, т. е. позиция на икономическа сила, позволяваща му да следва поведение до съществена степен независимо от конкуренти, потребители и крайни потребители.

те отношения между партньори, за разлика от нелоялната конкуренция, която се отнася до взаимоотношенията между конкурентите на един пазар.

В своето предложение за Директива, ЕК сочи, че правилата относно нелоялните търговски практики са насочени срещу неравностойни позиции на доставчиците спрямо търговците на едро и забраняват на предприятията да налагат на търговските си партньори - както и да получават или да се опитват да получат от тях — условия, които се считат за необосновани, непропорционални или безвъзмездни (без непременно това да има отражение върху пазара като цяло).

Европейската комисия разглежда нелоялните търговски практики като следствие от по-слабата позиция при договаряне¹⁹.

2.4. Злоупотреба с по-силна позиция при договаряне като част от политиката на конкуренция и конкурентното право

2.4.1. Цели на политиката на конкуренция и на член 37а ЗЗК

Злоупотребата с по-силна позиция при договаряне доведе до тежки поражения на конкурентоспособността на много предприятия в България. Това обстоятелство определи мястото на тези мерки в рамките на политиката на конкуренция²⁰.

Основните цели на политиката на конкуренцията са защитата на ефективността на пазара и защитата на потребителите²¹. Без да навлизаме в темата за баланса и съотношението между тези цели²², ще посочим, че на общностно равнище те са изрично посочени в член 101, параграф 3 ДФЕС²³ и в Насоките на Европейската комисия за прилагане на член 81, параграф 3 от Договора²⁴.

В националното законодателство те са посочени в чл. 17, ал. 1 ЗЗК, който предвижда, че „не са забранени споразумения, решения и съгласувани практики [...], които допринасят за подобряване на производството“ (производствена ефективност) „или разпределението на стоки“

¹⁹ В Обяснителния меморандум към предложението за Директива, Европейската комисия сочи, че „тъй като цяло позицията им за договаряне е по-слаба от позицията на по-големите участници във веригата, по-дребните субекти в нея по-често стават жертва на нелоялни търговски практики (НТП)“.

²⁰ Точка 1.2. от Законодателната финансова обосновка на предложението за Директива за нелоялните търговски практики между стопански субекти сочи, че засегнатите от директивата области са както селскостопанската политика, така и политиката в областта на конкуренцията.

²¹ Повече за целите на политиката в областта на конкуренция в доклада на Конференцията на ООН за търговия и развитие от 2003 г., UNCTAD, 'Objectives of Competition Law and Policy: Towards a Coherent Strategy for Promoting Competition and Development' 4, submitted for the OECD in 2003. Doc. CCNM/GF/COMP/WD (2003).

²² Въпросът кой тип ефективност предоставя най-голяма полза за икономиката, е основополагащ за политическия дебат за желан тип пазар. Най-общо казано, ползите при алокативната ефективност са за потребителите, ползите при производствената ефективност при производителите, а ползите при динамичната ефективност се разпределят между страните.

²³ DG COMP's Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses (December 2005) ('Discussion Paper'), параграф 54.

²⁴ (2004/C 101/08), т. 13, Европейската комисия посочва, че целта на член 81 (сега член 101 от ДФЕС) е да защитава конкуренцията на пазара като средство за подобряване благосъстоянието на потребителя и за гарантиране ефективното разпределяне на средствата.

(разпределителна или алокативна ефективност) „или предоставянето на услуги или за развитието на техническия и/или икономическия прогрес“ (динамична ефективност) „които предоставят на потребителите справедлив дял от получените ползи“ (защита на потребителите).

Другата основна цел на конкурентното право – защитата на интересите на потребителите, се реализира чрез защитата на интересите на конкурентите, поради общоустановеното разбиране, че което е добро за конкуренцията, е добро и за потребителите.

Политиката на защита на конкуренцията на ЕС се влияе и от други цели, не непременно свързани с ефективността и защитата на потребителите. Такива са интегрирането на националните пазари в ЕС (ЕС има по-строги правила за вертикалните ограничения от тези в други юрисдикции), защита на малките и средните предприятия. Въобще политическите разбирания на европейското общество, невинаги са в синхрон с целите на ефективността на пазара²⁵.

Разпоредбата на чл. 37а ЗЗК, включва в себе си защитата както на интересите на по-слабата страна при договарянето, така и тези на потребителите, като изисква с действията или бездействията си по-силната страна при договарянето да е увредила както своите партньори, така и потребителите.

От тази гледна точка, защитата на засегнатото предприятие е обусловена от защитата на разпределителната (алокативна) ефективност. Законодателят приема, че известен натиск от страна на по-силното предприятие спрямо по-слабото (когато не нарушава интересите на потребителите) е допустим и необходим, за да може по-слабото предприятие да има стимул за иновации и промени, които да допринесат за неговата конкурентоспособност²⁶.

Затова новелата на чл. 37а ЗЗК има важно допълващо значение към политиката на конкуренция – както с оглед на защитата на малките и средни предприятия, които са най-често засегнати от злоупотребата с по-силна позиция при договаряне, така и с оглед на това, че тази защита е оценена през призмата на ефективността на пазара и защитата на потребителите.

2.4.2. Злоупотребата с пазарна сила като част от конкурентното право²⁷

В теорията, разграничението между конкурентното право и правилата за нелоялни търговски практики се прави от гледна точка на правно защитения интерес. Предмет на регулиране на конкурентното право е конкуренцията на съответен пазар, а предмет на правно регулиране от правилата за нелоялни търговски практики са взаимоотношенията между партньорите.

²⁵ Повече за целите на политиката на конкуренция на ЕС, в сравнителен аспект, Colino, S, *Vertical Agreements and Competition Law A Comparative Study of the EU and US Regimes*, Oxford and Portland, Oregon, 2010, с. 35 и сл.,

²⁶ С. 42 от Доклада на Световната банка посочва, че „големите търговци на дребно предлагат относително ниски цени, но те може и да са за сметка на конкуренцията. От една страна, по-ниските цени могат да доведат до по-добри условия за крайния потребител и могат да имат положително въздействие върху доставчиците/производителите, като ги мотивират да станат по-ефективни. От друга страна... силният натиск от страна на търговците на дребно може да бъде вреден за цялата верига за доставки поради неспособността на доставчиците и производителите да реструктурират и оптимизират дейността си, за да отговорят на новите изисквания. Освен това, налагането на неизгодни сделки от страна на търговците може да доведе до отстраняването на доставчици и производители от пазара, като се нанася вреда на конкурентната среда“.

²⁷ *Journal of Antitrust Enforcement*, 2015, 0, 1–32 *Regulating abuse of superior bargaining position under the Japanese competition law: an anomaly or a necessity?* Masako Wakui* and Thomas K. Cheng.

Член 37а от ЗЗК обаче разглежда злоупотребата с по-силна позиция при договаряне не толкова като нелоялна търговска практика, както повечето държави²⁸ (Япония, Германия), а по-скоро в контекста на влиянието на тази злоупотреба върху пазара. Считаю, че нормата на чл. 37а ЗЗК е част от системата на конкурентното право, поради следните две причини:

Кумулативното изискване за увреждане или потенциално увреждане на потребителите налага извода, че само по себе си поведението, представляващо злоупотреба с по-силна позиция при договаряне, което уврежда единствено търговския партньор, не е достатъчно за неговата забрана. Злоупотребата трябва да е оказала и влияние на съответния пазар, изразяващо се в увреда или потенциална увреда на потребителите на пазара, т. е. тя трябва да е повлияла отрицателно на разпределителната (алокативна) ефективност на пазара.

В допълнение към това, нормата на чл. 37а ЗЗК защитава не само пазара надолу по веригата, но също така и пазарите нагоре по веригата, доколкото една злоупотреба се отразява на конкурентоспособността на предприятията както надолу, така и нагоре по веригата.

Тези съображения са важими в един общотеоретичен план. В рамките на европейската система на конкурентното право надделява систематичния подход, свързан с разпределението на компетентности между ЕС и държавите членки. В него „същинското конкурентно право“ включва в себе си правилата за антитръст, концентрация и злоупотреба с монополно и господстващо положение (т. е. правилата за конкуренция на вътрешния пазар, които са изключителна компетентност на ЕС, съгласно член 3, параграф 1, б. б) от ДФЕС). Поради тази причина, но повече за удобство, злоупотребата с по-силна позиция при договаряне се счита за част от правилата за нелоялни търговски практики между стопански субекти.

Що се отнася до систематичното място на разпоредбата в българския ЗЗК, макар и подложено на критики²⁹, то, според мен е продиктувано от уместни съображения:

Първо, ясно е, че злоупотребата с по-силна позиция при договаряне уврежда способността на по-слабата страна да се конкурира на съответния пазар³⁰, а при структурните злоупотреби – направо изключва по-слабата страна от съответния пазар. Тези злоупотреби се отразяват и на пазарите нагоре и надолу по веригата. Това, съчетано с факта, че в България тези злоупотреби увредиха конкурентоспособността на много предприятия не в по-малка степен от действията, представляващи забранено поведение по конкурентното право и по ЗЗК, не оправдава логическото отграничаване на тази проблематика от правото и от политиката за защита на конкуренцията.

Второ, злоупотребата с по-силна позиция при договаряне най-често е резултат от злоупотреба с пазарна сила, което я поставя в преобладаващите случаи в един род с пазарните

²⁸ Нормата на чл. 2, пар. 9, v на Антимонополния закон на Япония не предвижда като задължителна предпоставка увреждането или опасността от увреждане на потребителите. параграф 20 от германския Закон срещу ограниченията на конкуренцията също не предвижда интересите на потребителите като предпоставка за съставомерност на злоупотребата.

²⁹ Марков, М. Прилагането на забраната за злоупотреба с по-силна позиция при договаряне. Дайджест „Търговско и облигационно право“, 2017 г., кн. 3, с. 79. Авторът критикува систематичното място на разпоредбата в ЗЗК, като посочва, че тя е част от със защитата на потребителите и дребния бизнес, отколкото на конкуренцията.

³⁰ Bakhom M., Abuse Without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 15–15, с. 4 посочва, че злоупотребата във вертикалното споразумение се отразява на пазарното положение на конкурента в хоризонталния пазар.

злоупотреби. Това налага доказването на припокриващи се факти като тези при злоупотребата с господстващо положение.

Трето, разбирането че най-удачният орган, контролиращ тези злоупотреби е КЗК, прави логично инкорпорирането на разпоредбата в рамките на ЗЗК. КЗК притежава най-ефективните средства и експертиза да определи характеристиките и структурата на съответния пазар, да извърши съответните проверки и въз основа на тях да установи фактите и да постанови решение.

3. Терминологични уточнения

Липсата на обща терминологична и теоретична база, както и разнообразието на подходи при регулиране на проблема, водят до различни по характер и обхват институти. В това отношение законодателят имаше известни колебания между няколко концепции – злоупотребата с пазарна сила, злоупотребата с икономическа зависимост и злоупотребата с по-силна позиция при договаряне и концепцията за покупателната мощ.

3.1. Злоупотреба с по-силна позиция при договаряне и злоупотреба с пазарна сила

Тъй като при тези отношения търговците на дребно използват по-голямата си пазарна сила за налагане на нелоялни търговски условия, първоначално вниманието на законодателя интуитивно се насочи към подхода за уреждане на случаите, в които предприятие с по-голяма пазарна сила успява да наложи своите условия върху предприятия с по-малка пазарна сила.

В изпълнение на този подход, Министерството на икономиката и енергетиката още през 2012 г. предложи Проект за изменение на ЗЗК³¹. Проектът съдържаше уреждането на проблема в рамките на института на злоупотребата с господстващо положение – чрез добавянето в глава IV на нов чл. 20а, който въвежда, успоредно на определянето на предприятията с монополно и господстващо положение, определение за предприятие със значителна пазарна сила, като възлага на последните същите задължения, каквито имат предприятията с монополно и господстващо положение³².

Търсенето на решение в рамките на злоупотребата с господстващо положение изглеждаше и най-логично, доколкото въпросите, свързани с регулиране на тези злоупотреби и досега подлежах на разрешаване, само ако предприятието е в монополно и господстващо положение. Проблемът се появява, когато такива злоупотреби се осъществяват без предприятието да може да бъде квалифицирано като такова с господстващо или монополно положение, но характерна за него е голямата му пазарна сила. Затова проектът създаде едно междинно положение, в което задълженията, възложени на предприятията с господстващо положение, се прилагат пряко и по отношение на предприятията със значителна пазарна сила.

Този подход постепенно бе изоставен в проектите за закони. През 2014 г. НС прие закон, предвиждащ забрана на злоупотребата с по-силна позиция при договаряне, което е различна

³¹ Доклад № 87870 „В отговор на нелоялните търговски практики в България, 30 април 2014 г.“ © 2014 Международна банка за възстановяване и развитие/Световна банка, с. 101.

³² Един от сериозните дефицити на определянето на „предприятие със значителна пазарна сила“ е, че на практика в този проект не се отличава по нищо от определянето за предприятие с господстващо положение. Това доведе до абсурдната дефиниция, според която предприятие със значителна пазарна сила е такова предприятие, което, без да притежава господстващо положение, притежава господстващо положение. Сравнителен анализ на двете разпоредби е извършен от Величка Маринова в блога „Правила за конкуренция. Що е то?“ от 26.6.2012 г. https://velimar.blogspot.com/2012/06/blog-post_26.html

концепция от тази за злоупотребата с пазарна сила. Успоредно с това обаче законът въведе контрол върху предприятия с определен годишен оборот, както и специфични секторни правила – промени в ЗХ, забраняващи определено поведение. Президентът върна закона за ново обсъждане, като при новото обсъждане той не бе приет заради предсрочното прекратяване на мандата на Народното събрание. Така, новият закон, регулиращ злоупотребата с по-силна позиция при договаряне беше приет от следващия парламент през 2015 г.

Въвеждането на законодателство, регулиращо пазарната сила беше едно от шестте предложения на Световната банка³³ към българското правителство от 2014 г., към който момент внесеният законопроект от група народни представители предлагаше регулирането на проблема със „злоупотреба със значителна пазарна сила“, която следва концепцията за пазарната мощ. Въобще, фокусът към пазарната сила, вместо към силната позиция при договаряне може да се проследи в проектите до 2014 г.

Постепенно дискусиата се раздели между два критерия за квалификация на задължените лица – „пазарна сила“ и „злоупотреба с по-силна позиция при договаряне“. Вторият критерий е предпочетен и от КЗК, която в Становището си от по проект на Закон за изменение и допълнение на Закона за защита на конкуренцията № 454-01-32, внесен от група народни представители на 7.3.2014 г.³⁴, че проблемът касае не толкова пазарната сила (пазарната мощ) а дисбаланса при договарянето на условия по договори. Този дисбаланс не винаги е породен от пазарната сила, макар това често да е характерния случай.

За разлика от господството на пазара, при по-силната позиция при договаряне е налице относително господство от страна на едно предприятие спрямо неговия партньор. Вярно е, че най-често икономическата зависимост е следствие от пазарната сила на контрагента. Пазарната сила обаче не е необходима предпоставка за икономическата зависимост. Икономическата зависимост може да има своя причина и в други обстоятелства, свързани с отношенията между страните, характеристиките на пазара³⁵ и др.³⁶. Именно затова, за разлика от

³³ Предложенията на Световната банка за закон бяха шест, по реда от най-препоръчителното към най-непрепоръчителното: промени в търговското законодателство, касаещи нелоялните търговски практики между търговци, въвеждане на понятието „икономическа зависимост“ в конкурентното право, разширяване компетенциите на КЗК в областта на нелоялните търговски практики, въвеждане на кодекси на поведение, основани на принципа на саморегулацията, въвеждане на правила при въвеждането на правила на равнище ЕС и приемане на секторно законодателство, въвеждащо понятието „значителна пазарна сила“. Нито правителството през 2014, нито това през 2015 г. прие първата препоръка на СБ за въвеждане на промени в търговското право.

³⁴ Решение на КЗК № 386/19.3.2014 г. по преписка № КЗК – 288/2014 г.

³⁵ Например, когато доставчикът произвежда стока, която всеки клиент очаква да види в магазина на дребно, какъвто е случая в известното дело *Rossignol* пред Федералния върховен съд на Германия (*Bundesgerichtshof*, 20 November 1975, *KZR 1/75*, (1976) *Neue Juristische Wochenschrift* 801, 802. Производителя на ски *Rossignol* е доставчик на водещ спортен магазин, но отказва да извърши доставка на магазина. *Rossignol* има пазарен дял от 8% във ФРГ и оборот в магазина на партньора си малко повече от 3%. Съдът счита, че за определянето дали са налице реални алтернативи за магазина, е важна валидността и репутацията на стоките на компанията на пазара. Съдът прави преценка, че при положение, че марката *Rossignol* е в специална позиция спрямо другите марки, няма друг спортен магазин в Горна Бавария, който не доставя ски *Rossignol*, съответно не съществува разумна възможност за магазина да премине към други доставчици.

³⁶ Именно поради тази причина пазарната мощ е само един от критериите за преценка на по-силната позиция при договаряне съгласно чл. 37а, ал. 2 ЗЗК.

при господстващото положение, където преимуществено се изследват характеристиките и структурата на пазара, при по-силната позиция при договаряне, характеристиките и структурата на пазара се изследват наред с конкретното правоотношение, като пазарът и неговата структура се изследват във връзка с конкретното правоотношение.

Именно това определя принципната разлика между института на злоупотреба с по-силна позиция при договаряне и този на злоупотребата с господстващо положение (чл. 21 ЗЗК). Докато злоупотребата с господстващо положение е основана на концепцията за пазарна сила на господстващото предприятие, злоупотребата с по-силна позиция при договаряне е базирана на концепцията за икономическа зависимост на по-слабото от по-силното предприятие.

Възприемането на първоначалното предложение, за създаване на института на злоупотребата с пазарна сила има своето предимство в това, че създава определена предвидимост за поведението, което предприятията трябва да предприемат. То се дължи от една страна на въвеждането на обективни критерии за това какво представлява пазарна сила. От друга страна, възприемането на концепцията за пазарна сила, като успоредна на концепцията за господстващо положение, щеше да даде възможност на правоприлагащия орган и на страните да ползват ресурсите на богатата съдебна и административна практика на КЗК и ВАС, пряко приложима към въпросите на злоупотребата с пазарна сила.

За да компенсира донякъде този недостатък, законодателят прие секторните правила, посочени по-горе. Секторните правила обаче се прилагат само по отношение на храните и така изключват от себе си сериозна част от търговията на дребно.

Предимството на концепцията за злоупотреба с по-силна позиция при договаряне е в улеснението за молителя. За него е по-трудно да обоснове в своето искане значителната пазарна сила на своя контрагент, доколкото това налага да извърши пазарен анализ на съответния пазар и да предостави на Комисията някаква ако не изчерпателна, поне евристична фактология, касаеща съответния пазар. Що се отнася до доказването на по-силната позиция при договаряне, нейното обосноваване за засегнатото предприятие не би следвало да е проблем – предприятието най-добре познава правоотношенията си с контрагента, алтернативите, които има на пазара, както и вредата или потенциалната вреда, която е претърпял или може да претърпи³⁷.

Прилагането на двете концепции паралелно не е несъвместимо. В това отношение пример е германския Закон срещу ограниченията на конкуренцията, който въвежда както понятието изключителна пазарна сила, така и относителна пазарна сила, т. е. пазарната сила на предприятието, което е в по-силна позиция при договаряне.

³⁷ Wagner von Papp, F. Unilateral conduct by non-dominant firms. A comparative reappraisal, 10th ASCOLA Conference, Tokyo 2015, с. 16, http://ascola-tokyo-conference-2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/General%20Session%202/Wagner-vonPapp_Unilateral_Conduct_of_Non-Dominant_Firms.pdf

3.2. Злоупотреба с по-силна позиция при договаряне или злоупотреба с икономическа зависимост

Най-близко до понятието за по-силна позиция при договаряне е понятието за злоупотреба с икономическа зависимост³⁸, като между двете съществува голяма степен на припокриване. Поради тази причина двете понятия се употребяват често и като синоними³⁹.

Институтът на злоупотреба с икономическа зависимост е възприет от законодателствата на Германия, Франция и Швейцария⁴⁰.

Общото между двата института, е че както при по-силната позиция при договаряне, така и при икономическата зависимост, е налице относително господство на един партньор спрямо друг, за разлика от обективното господство на предприятие, относимо към целия продукт, географски (и евентуално времеви) пазар, характерно за злоупотребата с монополно и господстващо положение и за злоупотребата със значителна пазарна сила.

Предприятията обикновено са в някаква форма на зависимост едно от друго. Ако такава зависимост не съществува, т. е. едно предприятие действа независимо от другите предприятия – партньори или конкуренти, то това предприятие е в господстващо положение.

Когато обаче две предприятия са във взаимна зависимост, те могат да имат равнопоставени позиции, основани на факта, че едната страна притежава нещо, което друга страна не притежава. Тази взаимна зависимост се уравнисява от желанието на всяка страна да придобие това, което другата ѝ предлага. За да е налице икономическа зависимост на едно предприятие от другото, е необходимо този баланс да е нарушен.

Затова и българския закон определя степента на зависимост на предприятията едно от друго като един от критериите, който трябва да се изследва, за да се установи дали е налице по-силна позиция при договаряне.

КЗК в практиката си определя наличието на икономическа зависимост като необходима предпоставка за установяване на по-силна позиция при договаряне.

В Решение № 1111/20.12.2016 г. по преписка № КЗК/378/2016 г. („Кауфланд“) понятието (по-силна позиция при договаряне) е свързано с концепцията за „икономическа зависимост“ и по-конкретно с необходимостта от установяване на зависимост в отношенията между предприятия, в резултат на която едната страна (която може да е както доставчикът на стоки/услуги, така и купувачът) е поставена в по-слаба позиция спрямо своя търговски партньор⁴¹.

А в Решение № 631/14.6.2018 г. по Преписка № КЗК – 987/2017 („Амджем“)⁴², КЗК определя липсата на икономическа зависимост между предприятията като достатъчно основание да заключи, че не е налице по-силна позиция при договаряне.

³⁸ Напр. чл. L. 420-2 на Търговския кодекс на Франция урежда злоупотребата с икономическа зависимост.

³⁹ Така Vakhoun M., *Op. cit.*, с. 3.

⁴⁰ Повече по въпроса и преглед на практиката в тези юрисдикции в Këllezi P., *Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence*, с. 61, *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, © 2008 Springer-Verlag Berlin Heidelberg.

⁴¹ Страница 86, абз. 6.

⁴² Страница 23 – „въз основа на изложеното и предвид факта, че в рамките на процесния период, „Амджен България“ ЕООД не осъществява дейност, свързана с търговия на едро с лекарствени продукти, не би могло да се обоснове каквато и да била икономическа зависимост от страна на

Хипотетично обаче е възможно да е налице по-силна позиция при договаряне без да е налице икономическа зависимост. Рядко страните, които пристъпват към сключване на договор, са с еднаква преговорна позиция. Към този момент засегнатото предприятие все още може да не е зависимо от по-силното предприятие, може да няма такава степен на обвързаност, каквато би имало при вече сключен договор с по-силното предприятие и съответно да не е икономически зависимо от него, но въпреки това да е жертва на такава злоупотреба.

3.3. Злоупотреба с по-силна позиция при договаряне и покупателна мощ

Покупателната мощ сочи случаите, в които купувачът е в по-силна позиция от своя доставчик и договаря по-благоприятни цени и условия по сделката.

Покупателната мощ може да има както проконкурентни, така и антиконкурентни ефекти⁴³. В зависимост от това дали пазарно силният купувач представлява предприятие с господстващо положение на долния пазар или не, ползите от тези по-добри условия могат да бъдат прехвърлени на крайните потребители.

Злоупотребата с по-силна позиция при договаряне в повечето случаи касае именно покупателната мощ на злоупотребяващото предприятие.

Концепцията за покупателната мощ обаче е по-тясна от тази за по-силната позиция при договаряне, доколкото по-силна позиция при договаряне може да има която и да е страна от правоотношението. На второ място, покупателната мощ е относима единствено към договорите, с които се прехвърля собственост, за разлика от по-силната позиция при договаряне, която може да съществува практически при всеки договор.

4. Анализ на член 37а ЗЗК и на практиката на КЗК

Приемането на национална норма, касаеща нелоялните търговски практики или създаваща по-строги правила за конкуренцията на националния пазар е допустимо, съгласно член 3, параграф 2 от Регламент 1/2003⁴⁴ и съображение 9 към Регламента. Такива ограничения обаче са недопустими спрямо споразумения, които имат ефект върху търговията между държави членки⁴⁵.

Член 37а, ал. 1 от ЗЗК забранява действие или бездействие на предприятие с по-силна позиция при договаряне, което е в противоречие с добросъвестната търговска практика и уврежда или може да увреди интересите на по-слабата страна при договарянето и на потребителите. Недобросъвестни са действия или бездействия, които нямат обективно икономическо основание, като необоснован отказ да се доставят или закупят стоки или услуги, налагане на необосновано тежки или дискриминационни условия, или неоснователно прекратяване на търговски отношения.

„Ремеди Трейдинг“ ООД от ответното дружество в рамките на конкретния случай по повод доставка на лекарствата, предмет на горепосочената обществена поръчка. Поради това следва да се приеме, че „Амджен България“ ЕООД не е с по-силна позиция при договаряне на съответния пазар.

⁴³ Commission Decision of 3.7.2008, Case No COMP/M.5112 – Rewe Plus/Discount, пар. 49.

⁴⁴ Регламент (ЕО) № 1/2003 на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове 81 и 82 от Договора (текст от значение за ЕИП) (ОВ L 1, 4.1.2003 г., с. 1)

⁴⁵ Именно това налага изработването на директива, касаеща нелоялните търговски практики между търговци, доколкото при липса на такава директива, различните национални правила ще водят до избор на приложимо право и партньори от страна на злоупотребяващите предприятия.

Фактическият състав на разпоредбата на чл. 37а включва следните елементи:

1. Две съдоговарящи предприятия, от които едното е в по-силна позиция при договаряне с другото предприятие;
2. Поведение (действие ли бездействие) на предприятието с по-силна позиция при договаряне в противоречие с добросъвестната търговска практика
3. Поведението по т. 2 уврежда или да е възможно да увреди интересите на по-слабата страна при договарянето и кумулативно – на потребителите.

4.1. Две съдоговарящи предприятия, от които едното е в по-силна позиция при договаряне с другото предприятие

4.1.1. Участници

Субект на нарушението е предприятие по смисъла на & 1, т. 7 от ДР ЗЗК. И двете страни по правоотношението следва да са предприятия по смисъла на §1, т. 7 от ДР на ЗЗК⁴⁶.

Това следва граматически от разпоредбата на чл. 37а, ал. 2 ЗЗК, където, в критериите за оценка на по-силната позиция при договаряне, комисията трябва да изследва конкретното правоотношение между засегнатите предприятия. Множественото число предполага, че се касае за правоотношение между две (или повече) предприятия.

Ако засегнатата страна не е предприятие, в характерния случай тя ще е потребител, а тогава правоотношенията между страните ще се регулират от нормите на потребителското право – Закона за защита на потребителите и специалните закони.

При не толкова характерната хипотеза, в която едната страна е предприятие по ЗЗК, а другата не е предприятие, нито е потребител по ЗЗП и специалните закони (например сдружение с нестопанска цел, което не покрива критериите на §1, § 7 ДР на ЗЗК), чл. 37а ЗЗК също е неприложим, доколкото КЗК ще е в обективна невъзможност да оцени това предприятие по критериите посочени в чл. 37а, ал. 2, които налагат сравняването на критерии, неприсъщи за лица, които не са предприятия по смисъла на ЗЗК.

4.1.2. Съдоговорители

Законът установява, че злоупотребата с по-силна позиция е спрямо страна-съдоговорител. Формулировката „по-силна позиция при договаряне“ не изключва нито един етап от отношенията между страните. Според Решение на КЗК № 365/26.5.2016 г. по преписка № КЗК – 106/2016 г.⁴⁷ („Сименс“), понятието по-силна позиция при договаряне може да бъде определено на всеки един етап от конкретното правоотношение между страните. То несъмнено включва преддоговорните отношения (недобросъвестно преддоговорно поведение), сключването на договора (налагане на неравноправни и нелоялни условия), изпълнението на договора (необоснован отказ за доставка). То обаче може да се отнася и за отношенията след прекратяване на правоотношението, например, задълженията за по-слабата страна по договора да не купува от друг доставчик.

Характерният случай на по-силна позиция при договаряне е свързан с отношенията между доставчик и купувач на различни нива на производството и дистрибуцията, т. е. по отношение на вертикалните споразумения (напр. между доставчик и търговец на едро). Тези

⁴⁶ Така и КЗК, в Решение № 630/15.6.2017 г. по преписка № КЗК/611/2016 г., с. 65, абз. 3, където КЗК сочи, че поведението на предприятието „уврежда или да е възможно да увреди интересите на друго предприятие, което има качество на по-слабата страна при договарянето“.

⁴⁷ Страница 22.

споразумения обаче не изчерпват вертикалните споразумения, които нормата на чл. 37а ЗЗК регулира. Тя включва също така и случаи, при които няма продажба, каквито са например договорите между изпълнител и подизпълнител, договорът за изработка, договора за услуга, споразумения за използване на интелектуална собственост, договори за кредит, договори за лизинг или наем и др. КЗК, в Решение на КЗК № 630/15.6.2017 г. по преписка № КЗК/611/2016 г. (СКАТ)⁴⁸, счита, че „прилагането на разпоредбата на чл. 37а предполага наличие на конкретни/вертикални отношения с определен предмет между конкретни стопански субекти“.

Хипотезата на чл. 37а ЗЗК обаче не изключва възможността двете предприятия да са конкуренти, например при сключване на вертикални споразумения между конкуренти. Това биха могли да бъдат случаите на свиване на маржа, т. е. налагане необосновано високи цени за достъп на едро на своите конкуренти, които от своя страна не биха могли да предложат на крайните си клиенти конкурентни цени на дребно.

Интерес предизвиква въпросът би ли могло да се изключи приложимостта на чл. 37а ЗЗД, към споразуменията за хоризонтално сътрудничество. Нормата на чл. 37а ЗЗК не е предвидена в отговор на такива обществени отношения, но е мислимо определени хоризонтални взаимодействия между предприятия да бъдат определени като сключени или изпълнявани при злоупотреба с по-силна позиция при договаряне.

На първо място това е мислимо от гледна точка на естеството на договорните отношения – всяко едно споразумение, независимо дали е хоризонтално или вертикално, се състои от две или повече страни, които нямат еднаква позиция при договаряне и съответно на това, по-силното предприятие би могло да злоупотреби с тази позиция.

Пример за такива споразумения са например хоризонтални споразумения между предприятия, които имат различна пазарна сила, като споразумение за едностранна специализация между две предприятия, едно от които е лидер на пазара, а другото се задължава да прекрати определено производство. Възможно е такава злоупотреба да има при споразумения, свързани със защитата на околната среда, споразумения за стандартизация, споразумения за комерсиализация. Всички тези хоризонтални споразумения се сключват между страни с различна позиция при договаряне, касаят техни общи интереси на съответния пазар, свързани с предлаганите от тях продукти, поради което не може да се изключи напълно възможността едно предприятие да влезе в такова споразумение, за да не влезе впоследствие, например, в конфликт с лидера на пазара или с друго по-силно предприятие.

4.1.3. По-силна позиция при договаряне

Законът за защита на конкуренцията не съдържа определение на по-силна позиция при договаряне, нито предоставя на Комисията определянето на методика, чрез която тази по-силна позиция да бъде установена⁴⁹.

Това предоставя определена гъвкавост на КЗК при преценката, в рамките на критериите, посочени в чл. 37а, ал. 2 ЗЗК. Съгласно чл. 37а, ал. 2 от ЗЗК, наличието на по-силна позиция при договаряне се определя с оглед характеристиките на структурата на съответния пазар и конкретното правоотношение между засегнатите предприятия, като се отчита степента на зависимост между тях, характерът на дейността им и разликата в нейния мащаб, вероятността за намиране на алтернативен търговски партньор, включително съществуването на алтернативни източници на снабдяване, канали за разпространение и/или клиенти.

⁴⁸ Страница 66, абз. 4.

⁴⁹ Такова задължение за КЗК предвиждаше законопроектът от 2014 г.

От формулировката на КЗК се налага извода, че за установяване на по-силната позиция при договаряне се изследват две основни обстоятелства, въз основа на които се формулират критериите за оценка на по-силната позиция при договаряне⁵⁰.

Основните обстоятелства са: характеристиката и структурата на съответния пазар и конкретното правоотношение между страните.

Критериите за оценка на по-силна позиция при договаряне въз основа на тези обстоятелства са: степента на зависимост между предприятията, характерът на дейността им и разликата в нейния мащаб, вероятността за намиране на алтернативен търговски партньор, включително съществуването на алтернативни източници на снабдяване, канали за разпространение и/или клиенти.

4.1.3.1 Характеристика и структура на пазара

Характеристиките на пазара включват определяне на продуктивния, географския и евентуално времевия пазар, както и определянето на свързаните пазари.

Определянето на продуктивния пазар има отношение и към определянето на евентуалната имуществена санкция на предприятието-нарушител, доколкото санкцията по гл. VII а не се определя върху общия оборот на предприятието, а върху оборота от продавания продукт за предходната година.

Определянето на свързаните пазари има за цел да изследва по какъв начин се отразява злоупотребата върху пазарите нагоре и надолу по веригата и в частност увредата или потенциалната увреда, която тази злоупотреба е причинила или може да причини на потребителите.

Структурата на пазара включва участниците на пазара, пазарното им положение, наличието на бариери за навлизане и потенциалната конкуренция, алтернативни възможности за реализиране на търговската дейност на участниците и др.

4.1.3.2 Изследване на конкретното правоотношение

Изследването на конкретното правоотношение включва изследване на съдържанието на правоотношението, а именно – поетите права и задължения от страните по него.

4.1.3.3 Критерии за оценка

Изследването на конкретното правоотношение и изследването на структурата на пазара имат за цел да изпълнят съдържанието на критериите, посочени в чл. 37а, ал. 2 ЗЗК. Те са: икономическата зависимост между предприятията, характерът на дейността на предприятията, разликата в мащаба на дейността и вероятността за намиране на алтернативен търговски партньор.

Никой от тези критерии не е изведен от закона като необходим или като достатъчен за определянето на по-силната позиция при договаряне. Практиката на КЗК обаче вече е оп-

⁵⁰ По подобен начин КЗК в Решение № 852/ 14.10.2016 г. по преписка № КЗК/309/2016 г., с. 42, абз. 4 сочи, че с разпоредбата на чл. 37, ал. 2 са въведени два основни елемента, около които следва да се съсредоточи анализът на Комисията, а именно – характеристика на структура на съответния пазар и конкретното правоотношение между засегнатите предприятия. В допълнение са предвидени спомагателни критерии, които могат да се вземат предвид, изброени в нормата – степента на зависимост между предприятията, характерът на дейността им, разликата в нейния мащаб, вероятността за намиране на алтернативен търговски партньор.

ределила степента, в която наличието на някой фактор води до извод за наличие на по-силна позиция при договаряне.

4.1.3.3.1 Степен на зависимост между предприятията (значителна икономическа зависимост)

В практиката се е наложило становището че тази зависимост трябва да е значителна икономическа зависимост.

В Решение № 631/14.6.2018 г. по Преписка № КЗК – 987/2017 г.⁵¹, (Амджем), КЗК приема, че липсата на икономическа зависимост между предприятията е достатъчна за да обоснове липсата на по-силна позиция при договаряне.

В Решение на КЗК № 1111/20.12.2016 г., по преписка № КЗК/378/2016 г. е дадено следното определение на икономическата зависимост: такава зависимост в отношенията между предприятия, в резултат на която едната страна е поставена в по-слаба позиция спрямо своя търговски партньор⁵².

От двете решения може да бъде направен изводът, че икономическата зависимост е такава степен на зависимост, която е достатъчен фактор за определяне на по-силната позиция при договаряне.

В Решение на КЗК № 630/15.6.2017 г. по преписка № КЗК/611/2016 г.⁵³ („Скат“) КЗК определя и необходимата степен на зависимост. Тя трябва да е значителна. Това е така, доколкото всеки съдоговорител е зависим от насрещната си страна в известна степен, за удовлетворяване на кредиторския си интерес. Тази зависимост обаче не е основание за квалификация по чл. 37а, ал. 1 ЗЗК.

Степента на зависимост се определя от различни фактори, най-важен от които е процентния дял на реализирания от предприятията оборот от общия оборот. Също така добре развитата структурно дейност на едно предприятие с много договори с различни клиенти сочи на обстоятелството, че не е налице зависимост на предприятието – искател⁵⁴.

4.1.3.3.2. Алтернативи на пазара

Този фактор изследва въпроса дали съществуват възможности за засегнатото предприятие да намери адекватна⁵⁵ алтернатива като партньор на пазара. То е формулирано като „алтернативен търговски партньор, алтернативни източници на снабдяване, канали за разпространение и клиенти“.

При положение, че едно предприятие има работеща алтернатива на съществуващото партньорство, то има и други перспективи пред своята икономическа дейност, освен търговските си връзки с настоящия си партньор

Според von Papp⁵⁶, наличието на такава алтернатива изключва възможността за по-силна позиция при договаряне.

⁵¹ Страница 23, абз.2.

⁵² Страница 86, абз. 5.

⁵³ Страница 63, абз. 2.

⁵⁴ Решение № 852/ 14.10.2016 г. по преписка № КЗК/309/2016 г., с. 38, абз. 3.

⁵⁵ Решение на КЗК № 1111/20.12.2016 г., по преписка № КЗК/378/2016 г., с. 94, абз. 3.

⁵⁶ Wagner von Papp, F. Op. cit. Според автора, наличието на по-силна позиция при договаряне

Липсата на мобилност на предприятието означава, че то няма друг потенциален партньор. В случая с работещата алтернатива, въпросът с пазарната сила няма значение. Ако партньорът да е единствен производител на резервна част за предприятие с по-голяма пазарна сила, то той може да е в по-силна позиция при договаряне. Също така е възможно партньорът да доставя стоки продукти с марка с висока репутация и т. н. При определяне на по-силната позиция липсата на мобилност на по-слабата страна е определяща, за разлика от пазарната сила на предприятията.

В Решение на КЗК № 365/26.5.2016 г. по преписка № КЗК – 106/2016 г. „Брайт Инженеринг“ ООД е било ограничено да използва при изпълнението на договора си с „ЕВН България Топлофикация“ ЕАД единствено оригинални части, произведени от „Сименс“, поради което за дружеството не е съществувала възможност за търсенето на алтернативен търговски партньор, вкл. алтернативни източници на снабдяване освен тези от „Сименс“.

4.1.3.3 Характер на дейността

Характерът на дейността на предприятията следва да установи обстоятелства като това дали страна има определени предимства при сключване на договорите, дали продуктът на доставчика е желан, респективно, дали дейността на купувача е решаваща като търговски канал за доставчика. Например, в цитираното по-горе решение по казуса *Rossignol*, решаващ фактор за установяване на относителна пазарна сила в полза на производителя на утвърдените ски е именно репутацията на марката.

Също така сред изследваните въпроси е това какви са търговските практики на страните – дали се допускат преговори между страните или на контрагента е предоставена възможността единствено да приеме предложението на другата страна, без да има възможност да дискутира или да внася свои предложения за изменение на представената оферта.

4.1.3.4. Разлика в мащаба на дейността

Комисията за защита на конкуренцията оценява също така и разликата в мащаба на дейността на предприятията. Тази оценка в най-голяма степен се доближава до оценката на пазарната сила на двете предприятия. Оценката на по-силната позиция при договаряне може да включва и пазарната сила на предприятието⁵⁷, считано като способност на предприятието да действа независимо от своите доставчици и конкуренти.

На първо място се оценява дали предприятието действа на световен, национален или само на регионален пазар. Също така се оценяват пазарните дялове на предприятията на съответния пазар.

В Решение № 220/28.2.2017 на КЗК по преписка № КЗК – 610/2016 г. (Би ти ви), те са определени като „позициите им в конкретните правоотношения [...] взаимните им свързаности и разликата в мащаба на дейностите на двете страни във всяко правоотношение“.

и съответната липса на търговски алтернативи за партньора е следствие от прекалено широко формулирания продуктов пазар. Иначе казано, по-тясно формулирания продуктов пазар би довел до определяне на по-силното предприятие като господстващо такова, което би довело до разследване на случая като злоупотреба с господстващо положение.

⁵⁷ Напр. Решение № 630/15.6.2017 г. по преписка № КЗК/611/2016 г.

4.2. Действия или бездействия на по-силното предприятие в противоречие с добросъвестната търговска практика

Сама по себе си по-силната позиция при договаряне не представлява забранено поведение. Проблемът са действията на по-силното предприятие, които са в противоречие с добросъвестната търговска практика.

Член 37а използва същата формулировка като чл. 29 ЗЗК, общият състав на нелоялна конкуренция, което прави приложима към него и разпоредбата на & 1, т. 2 от ДР на закона – това са правилата, определящи пазарното поведение, които произтичат от законите и обичайните търговски отношения и не нарушават добрите нрави⁵⁸. Член 37а, ал. 1 ЗЗД обаче установява и един общ критерий (според цитираното решение) при оценката на това дали това поведение е добросъвестно или не а именно – икономическото основание на това поведение. В този смисъл, Комисията счита, че всяко действие или бездействие, което няма обективно икономическо основание, би могло да се счита за недобросъвестно.

Последващото изброяване на различни възможни хипотези – необоснован отказ за доставка или закупуване на стоки/услуги, налагане на необосновано тежки или дискриминационни условия, неоснователно прекратяване на търговски отношения, е примерно и неизчерпателно, както сочи и комисията в цитираното решение.

В практиката си досега, КЗК е определило следните действия/бездействия на предприятия с по-силна позиция при договаряне.

– Необосновано тежки условия – налагането на необосновано тежки условия от страна на ответника БТВ спрямо „Вайтъл-И“ ЕООД, изразяващи се в договаряне на клауза за определяне на изрично гарантирано месечно възнаграждение за медията, дори и при намаляване на броя на абонатите, както и неясния начин на определяне на реалния брой абонати на платформения оператор, включително, но не само и отказа да се извърши одит от страна на медията.

– Необоснован отказ от страна на дружеството да оферира на „Брайт Инженеринг“ ООД резервни части (маслоуплътнения) за парна турбина SST-300, производство на Сименс.

– Необоснованото прекратяване на търговски отношения – Правнополитическият смисъл на въвеждане на необоснованото прекратяване на търговски отношения като форма на злоупотреба има своите корени в заобикаляне на забраната за фиксиране на препродажна цена (resale price maintenance). Фиксирането на препродажна цена представлява твърдо ограничение на конкуренцията и като такова е винаги забранено в ЕС (с изключение на случаи на индивидуално освобождаване и няколко други хипотези). След като доставчикът няма възможност да влияе на цената на търговеца на дребно по договорен път, той може да влияе на неговото поведение чрез угрозата, че ако последният не следва неговата ценова политика, доставчикът ще прекрати отношенията си с него. Необоснованото прекратяване на търговските отношения действа освен спрямо цените и спрямо другите условия, като дисциплинираща мярка спрямо контрагента, за да приеме определените от по-силното предприятие условия.

Не всяко действие или бездействие, което уврежда партньорите и потребителите, е съставомерно. В някои случаи отказът за оферирание, прекратяването на отношения и въобще, действията на предприятието в по-силна позиция при договаряне са необходими. Законът не възлага на предприятието в по-силна позиция при договаряне ролята на социално отговорен партньор, който да защитава интересите на насрещната страна, дори ако това е в разрез с неговите собствени интереси. Затова действия, които имат икономическо основание, макар и увреждащи веригата, са допустими. Например, в стр. 40 на Решение на КЗК № 852/14.10.2016 г. по преписка № КЗК/309/2016 г., Комисията определя, че решението на

⁵⁸ Страница 95 от Решение 1111/20.12.2016 г. по преписка № КЗК/378/2016 г.

„Лидл“ да прекрати отношенията си с оператора на ваучери за храна е „взето въз основа на детайлен финансово–икономически анализ на отношенията с оператори на ваучери за храна, с които Лидл има сключени договори, според който целената оптимизация може да се постигне с намаляване на общия брой оператори на ваучери, с които дружеството работи“. С този аргумент КЗК отхвърля искането на оператора за ваучери за храна срещу „Лидл“ заради прекратяване на отношенията си с този оператор.

В Решение на КЗК № 365/26.5.2016 г. по преписка № КЗК – 106/2016 г.⁵⁹ („Сименс“), Комисията сочи, че липсата на мотиви за отказа за извършване на доставка от страна на доставчика сочи на липса на всякакво обективно икономическо основание на поведението на последния.

Наличието или липсата на обективно икономическо основание и неговото доказване вероятно ще се превърнат в един от централните въпроси при определянето на наличието на злоупотреба по чл. 37а ЗЗК. Доказването на липсата на такова основание от страна на молителя е трудно, доколкото се касае за факт от правната сфера на ответника. От друга страна ответникът лесно може да обмисли предварително, да обоснове и да създаде такова основание и така да отблъсне претенцията на засегнатото предприятие.

4.3. Увреждане или вероятност за увреждане на интересите на по-слабата страна при договарянето и на потребителите

Накрая, необходимо е тези недобросъвестни действия или бездействия на по-силната страна при договаряне, да увреждат или да са от естество да могат да увредят интересите на по-слабата страна при договарянето или на потребителите.

Нормата изисква увреждането или вероятността за увреждане на интересите да е както на по-слабата страна, така и на потребителите. Именно това кумулативно изискване сочи на обстоятелството, че съставомерна ще е тази злоупотреба с по-силна позиция при договаряне, която води до нарушаване на структурата на пазара, т. е. до влошаването на разпределителната (алокативна) ефективност на пазара.

От гледна точка на доказването, нормата създава трудности при установяване на нарушените интереси на потребителите. Това нарушаване на интересите, за разлика от прякото и общо взето лесно установимо увреждане на интересите на засегнатото предприятие, може да бъде изследвано чрез иконометрични анализи за възможна или настъпила вреда на трети лица, каквито се явяват потребителите. Тези анализи, трудно могат да имат повече от евристично значение.

Поради това добавянето на интересите на потребителите би могло да намали ефективността при прилагането нормата, като може да осуети защитата на конкретните обществени отношения, които чл. 37а ЗЗК е проектиран да защитава – тези на по-слабата страна при договарянето. В практиката си КЗК се опитва да смекчи това кумулативно изискване за увреждането на интересите на потребителите, като приема широки граници на тази увреда: лишаването на потребителите до достъп до ТВ програми („БТВ“), намален асортимент и качество на стоки („Кауфланд“), отстъпка, която получава по-силното предприятие, но която не се отразява на цената на крайния потребител и не го ползва („Кауфланд“).

Интерес представлява въпроса за съдържанието на понятието „потребител“. В българското право терминът „потребител“ се употребява в няколко различни значения⁶⁰, като разграничението е с оглед на вида на субекта и целта, с която придобива определен продукт.

⁵⁹ Страница 22.

⁶⁰ Повече по въпроса вж. във Варадинов, О. Нелоялни търговски практики в отношенията търговец-потребител, Сиби, 2014, с. 32 и сл.

Така, в § 13 от ДР Закона за защита на потребителите, потребителят е определен като физическо лице, което придобива продукт за собствени нужди. Според § 41 от ДР на Закона за енергетиката, потребител е всеки краен клиент, без оглед на неговата правна персонализация. § 1, т. 41 от Закона за електронните съобщения не поставя ограничение върху вида субект и с каква цел придобива продукта.

Къде стои понятието „потребител“ според Закона за защита на конкуренцията? Член 37, ал. 1 и ал. 2 от Указа за прилагане на Закона за нормативните актове постановява, че думи или изрази с утвърдено правно значение се използват в един и същ смисъл във всички нормативни актове, а ако се налага отклонение от общоприетия смисъл на дума и израз, с допълнителна разпоредба се определя смисълът им в съответния нормативен акт.

Такива ограничения, налагащи изясняването на понятието чрез посочване на неговото определение в допълнителните разпоредби, срещаме в посочените по-горе закони. По отношение на понятието „потребител“ в ЗЗК, поради което би следвало да се приеме, че това понятие съответства на общоупотребимото понятие за потребител, което следва включва максимално широк кръг от субекти, без оглед на целта, с която придобиват продукта.

Подобно разрешение следва и от целта на Закона за защита на конкуренцията – защита на конкуренцията на пазара в Република България, без оглед на това на кое ниво на веригата е този пазар, т. е. без да се отнася само към пазара на крайните потребители.

Отново с оглед на еднаквите цели (но в различен мащаб), които преследва ЗЗК и член 101, параграф 3 ДФЕС, както и с оглед на идентичните разпоредби на чл. 17 ЗЗК и член 101, параграф 3 ДФЕС, възприемането на това разбиране се подкрепя и от посоченото в т. 84 от Насоките на Европейската комисия за прилагане на член 81, параграф 3 от Договора. Макар Насоките да не са нормативен акт и спрямо тях да не е допустима аналогията по чл. 46, ал. 2 ЗНА, с оглед на еднаквите цели, които преследва конкурентното право на ЕС и националното конкурентно право, следва да се приеме, че понятието „потребители“ включва „всички преки и косвени ползватели на продуктите, предмет на споразумението, включително производители, които използват продуктите като ресурс, търговци на едро, търговци на дребно и крайни потребители, т. е. физически лица, които работят за цели, за които може да се приеме, че се намират извън сферата на тяхната дейност или професия. С други думи, потребители по смисъла на член 81, параграф 3 са клиентите на страните по споразумението и последващите купувачи“.

5. Последици от нарушаването на забраната

Нарушаването на забраната има като последица възлагането на юридическа отговорност: наказателноправна, административноправна и гражданскоправна върху предприятието нарушител или върху негови служители.

Нарушението на забраната води и до недействителност на договорните условия, които представляват злоупотреба с по-силна позиция при договаряне.

5.1. Юридическа отговорност

5.1.1. Административнонаказателна отговорност

Ако КЗК установи нарушение по производство по чл. 37а от ЗЗК тя постановява прекратяване на нарушението и санкция до 10 на сто от реализирания от предприятието оборот от продажбата на продукта, предмет на нарушението за предходната година, но не по-малко от 10 000 лв. Когато няма реализиран оборот, комисията налага имуществена санкция в размер от 10 000 до 50 000 лв.

Тази санкция се различава от санкциите по ЗЗК за нарушения по глава III, IV и VII ЗЗК в две направления.

На първо място, за разлика от санкциите по гл. III, IV и VII ЗЗК, тя предвижда минимален праг от 10 000 лева, какъвто праг не е предвиден при нарушенията по посочените глави.

На второ място, дължимата санкция е до 10% не от общия оборот на предприятието, а само от продажбата на съответния продукт. Под продажба на съответния продукт, се има предвид продажбите, които предприятието е осъществило в определения продукт пазар.

В Методиката за определяне на санкциите⁶¹ Комисията определя като прагове в методиката: за леки нарушения, до 2 %, за не особено тежки нарушения – до 5 % и за тежки нарушения – до 10 % от реализирания от предприятието оборот от продажбата на продукта, предмет на нарушението, за предходната година, но не по-малко от 10 000 лв. Определянето на тежестта на нарушението, съгласно т. 18.2 а от Методиката е свързана с това дали ефектът върху конкуренцията и потребителите е съответно минимален негативен, по-значителен негативен или съществен негативен.

При определяне на санкциите КЗК взема предвид и смекчаващи, и отегчаващи отговорността обстоятелства.

Смекчаващите отговорността обстоятелства са посочени най-общо се състоят в приемане на мерки за преустановяване на нарушението или вредните последици, действията на нарушителя са провокирани от засегнатото предприятие, незначителни вреди или малка вероятност за настъпване, съдействие от страна на нарушителя.

Отегчаващи обстоятелства са възпрепятстването на КЗК, различни видове рецидив на нарушението, тежки вредни последици от същото.

5.1.2. Наказателна отговорност

Наказателна отговорност би била налице, когато поведението на представители на предприятието-нарушител извършат виновно общественоопасно деяние, което е противозаконно и е обявено от закона за наказуемо (чл. 9 НК).

При състава на злоупотреба с по-силна позиция при договаряне е трудно да се обоснове такава отговорност, доколкото съставите на особената част на НК нямат допирна точка с тази материя⁶².

Предвид характера на тези отношения, такава наказателна отговорност следва да бъде предвидена в случаите, при които има структурни злоупотреби, увреждащи сериозно засегнатото предприятие.

Наказателната отговорност на лицето, постановило, разрешило, или предприело определено забранено поведение би имала превантивно значение спрямо мотивацията му към

⁶¹ Методика за определяне на санкциите по Закона за защита на конкуренцията, приета с Решение № 71/3.2.2009 г. на КЗК, изм. и доп. с Решение № 1024/6.10.2009 г., Решение № 330/17.3.2011 г. и Решение № 900/17.11.2015 г.

⁶² Към момента на това изследване някои нарушения на Закона за защита на конкуренцията също са съставомерни (вж. Николов П. „Нелоялна конкуренция и стратегии за противодействие“ с. 168 и сл.). Авторът посочва, че на практика е твърде трудно да бъдат приложени, поради бавността и неефективността на наказателното производство, поради размиването на отговорността между физическите лица действащи в едно дружество, както и поради липсата на опит и специални познания у органите за разследване. В допълнение, приложимостта на състави, които са приети от законодателя преди 50 години към настоящата социална рамка е невъзможна и несигурна с оглед на резултата от едно обвинение.

подобни деяния. Тази лична отговорност би действала възпиращо както за предприемане на такова поведение, така и срещу евентуалния корпоративен натиск от страна на акционери или мениджмънт към това лице, за да предприеме такива действия.

Това е така, защото административнонаказателната отговорност на юридическото лице действа като слаб стимул към мениджмънта на компанията да не предприема определено забранено поведение, още повече след като често ползите от антиконкурентното поведение са по-големи от вредите от евентуалната административнонаказателна санкция.

5.1.3. Гражданска отговорност (деликтна)

Съгласно чл. 105 ЗЗК, засегнатото предприятие има право да предяви искиове за причинени вреди.

Право на обезщетение в пълен размер имат всички лица, на които са причинени вреди, дори и нарушението да не е било насочено директно срещу тях. Такива трети страни например биха могли да бъдат предприятия – партньори на засегнатото предприятие, когато в резултат от злоупотребата са претърпели вреди от неизпълнението на задължение спрямо тях.

Исковете се предявяват по реда на ГПК, като влязлото в сила решение на КЗК или на ВАС за установяване на извършено нарушение по закона има обвързваща сила за гражданския съд относно факта на нарушението и нарушителя. Наличието на влязло в сила решение на ВАС или КЗК обаче не е предпоставка за уважаването на иска.

5.2. Недействителност

ЗЗК не сочи изрично дали уговорките, в противоречие с добросъвестната търговска практика са недействителни, така, както това е посочено в чл. 15, ал. 2 ЗЗК, по отношение на забранените споразумения.

Уговорените условия, представляващи злоупотреба с по-силна позиция при договаряне, са нищожни на основание чл. 26, ал. 1, предл. 1 ЗЗД, а именно – поради тяхното противоречие със закона, въпреки че това не е изрично посочено в закона. Проф. Методи Марков⁶³ посочва, че договори, съдържащи необосновано тежки и дискриминационни условия, наложени на засегнатата страна, може да обоснове извод за нищожност поради противоречие с императивни правни норми.

Порокът на тези уговорки няма как да води до тяхната унищожаемост, доколкото посоченото недобросъвестно поведение не влиза в хипотезите на унищожаемост по чл. 27–34 ЗЗД, нито е предвидена възможност страните да могат да потвърдят недействителните уговорки помежду си по смисъла на чл. 35 ЗЗД.

6. Заключение

Досегашната практика на КЗК по чл. 37а ЗЗК е както скромна, така и достатъчна за да могат да бъдат изведени основните принципи при прилагането на тази разпоредба.

Въпреки това, съществуват много неизяснени въпроси, свързани с видовете забранено поведение, обективно икономическо основание за подобно поведение, нарушаването на интересите на потребителите и други. Това прави субектите предпазливи при предприемане на действия по чл. 37а ЗЗК – сложният фактически състав съдържа „подводни камъни“, чиято острота още не е изгладена от практиката в степен да може да бъде направена адекватна правна оценка на риска.

⁶³ Op. cit., с. 101.

С оглед на конкретния проблем – решаването на въпроса с търговците на дребно с хранителни продукти, по-удачен се оказва и секторния законодателен подход, който предвиди забраната на определени практики и ясно и посочи правомерното поведение на предприятия-адресати, като им наложи да се съобразят с него.

От друга страна, ограничаването на тези секторни разпоредби до търговията на дребно с храни, остави голяма част от пазарите да разчитат на общата норма на чл. 37 а ЗЗК. Регулативния ефект на тази разпоредба обаче, както посочих, е обусловен от натрупването на повече практика в КЗК.

Приемането на нова Директива, касаеща нелоялните търговски практики, вероятно ще наложи известни изменения на Закона за защита на конкуренцията. Към настоящия момент е трудно да се очертае тяхната насока, доколкото нормотворческия процес по отношение на директивата е в своето начало, а обществения интерес към проблемите за нелоялните търговски практики е силен, което не позволява да се предвидят промените, които ще претърпи първоначалния проект. Интерес представлява проекто-възможността за поверителност на жалбите, чиято цел е да преодолее „факторът страх“ при предявяването на искания или жалби.

ABUSE OF SUPERIOR BARGAINING POSITION UNDER ARTICLE 37A OF THE COMPETITION PROTECTION ACT

Vasil Georgiev⁶⁴

This study explores the abuse of superior bargaining position as set in Article 37a of the Bulgarian Competition Protection Act (CPA). The provision of art 37a is analyzed from the comparative point of view as to the existing normative regimes in jurisdictions like Japan and Germany. Unlike most studies on the abuse of superior bargaining position, the author maintains the view that the prerequisites in Article 37a of CPA set the institute as a part of the competition law rather than

as part of the law of unfair commercial practices between enterprises. In support of this opinion the author performs a comprehensive review on the existing practice of the Commission for the protection of competition regarding Article 37a of CPA.

Keywords: Abuse of Superior Bargaining Position, Competition Law, Commission for the Protection of Competition, Unfair Commercial Practices between Enterprises

⁶⁴ Adjunct lecturer in New Bulgarian University, Assoc. Prof., PhD, vasilg@gmail.com.

НЯКОИ ИСТОРИЧЕСКИ ОБУСЛОВЕНИ ОСОБЕНОСТИ НА ПРАВОТО НА СОБСТВЕНОСТ В БЪЛГАРИЯ

Милена Караджова¹

Настоящият текст има за цел да представи някои особености на собствеността и на правата върху нея в България². Тези особености биха могли да бъдат обяснени при разглеждането на правните отношения и връзки в социален, исторически, икономически и философски контекст.

Целта на изследването е да бъдат разгледани конкретни аспекти на историческото развитие на собствеността в България, като времево се поставя акцент върху правни институти, формирани се от Средновековието до днес и допринесли за налагането на различия, проявили се в края на XIX и през XX в. и влияещи на собствеността и правата върху нея днес. Извеждат се исторически установили се национални особености, които би следвало да бъдат отчитани при регламентиране на собствеността и на правата върху нея. За причини, способствали за формирането на тези особености, се сочат различията Изток – Запад, натуралното стопанство, което съпътства българското обществено – икономическо развитие до края на XIX в., дихотомията град – село, историческата събитийност. Всяка от тези причини е разгледана в нейния исторически контекст.

Човешките ценности са устойчиви. Динамиката на общественото развитие не ги променя драстично. Това е и причината правото да е консервативна наука. Правната норма не е и не трябва да бъде извън общата социално-политическа среда. Отделянето на правото от историята, социологията, философията, изобщо от хуманитаристиката, води до все по-голяма стерилност на правните норми и в крайна сметка до стерилитет на правото изобщо. Защото именно историята, социологията, философията и икономиката формират мотивите, въз основа на които трябва да бъдат обосновани законодателните решения. Същевременно доминирането на икономиката над правото допълнително отдалечава последното от функцията му да гарантира справедлив баланс на интересите. Собствеността и правото на собственост са конкретен пример в тази посока.

Публичните ценности могат да бъдат обособени в две основни категории: общочовешки и общностно обособени. Докато правото на живот категорично може да бъде причислено към първата група, то мястото на собствеността е дискуссионно³. Обемът на притежаваното, наследяването, възможностите за придобиване носят множество различия в отделните части на света. Когато приемаме и се стремим да прилагаме единна уредба за

¹ Щатен преподавател в Нов български университет, главен асистент, доктор, mkaradjova@nbu.bg.

² Общата историческа съдба формира сходни институти и при други балкански държави.

³ Дискусията се проявява напр. при приемането на Европейската конвенция за правата на човека, която в своя първоначален формат не включва защита на правото на собственост. Това е направено по-късно с Протокол № 1 към Конвенцията – през ноември 1952 г. – когато подписващите се съгласяват да „предприемат действия за колективни гаранции на някои други права и свободи, освен вече включените в Конвенцията за защита правата на човека и основните свободи“.

правото на собственост като основно човешко право, задължително е да познаваме различията, за да знаем докъде и поради какви мотиви можем да постигнем полезно уеднаквяване, унифициране на нормите, така че да бъдат съответстващи на споделяните от конкретната общност ценности.

Разбирането за собствеността е много по-широко от вместиането му в ограниченията на вещното право и правото върху вземания. Затова можем да го определим като интердисциплинарен институт. Изготвяйки материала си за собствеността, поместен в Енциклопедията на Блекуел, Andrew Reeve от Университета на Бирмингам цитира определение за собствеността, публикувано през XIX в. в том IX на Националната енциклопедия на полезното знание. Тази дефиниция продължава да звучи актуално и изчерпателно и съответства в голяма степен на собственото ми разбиране за възприемане на собствеността, затова ще си позволя да я цитирам: „Пълното разбиране за собствеността, прието от всяка една правна система, ще включи следните въпроси, които трябва да бъдат изчерпани, за да бъде това разбиране пълно. То ще включва изброяване на всички видове и класове неща, които са обект на собственост: разкриване на най-голямата степен на власт над нещата, която човек може да упражнява законно; и свързано с това, различните интереси, които хората могат да имат спрямо даден предмет, който е обект на собственост. Начините, по които собствеността законно се прехвърля от едно лице на друго, придобива се или се изгубва: способността на определени класове хора да придобиват и прехвърлят собственост, както тя е разбираана по-горе, или пък да вземем другото разбиране за това деление, изброяване на хора, които се трудят при юридическа неспособност за придобиването или загубата на собствеността“⁴.

Българският модел при уредбата на правата върху собствеността възприема общи и световно утвърдени правни постулати и същевременно формира собствени юридически характеристики, постепенно превръщащи се в традиции. При изграждането на този национален модел въздействие оказват историческото битие, управленските, религиозните и културните отлики.

До XIV в. основно влияние върху националната ни уредба има преди всичко византийското законодателство. Регламентирането на отношенията на собственост, установени от славянските племена, също проявява устойчивост в конкретни правни институти. Османският период оставя трайни следи, различни дълго след Освобождението. Реципирането на европейското законодателство в началото на XX в., социалистическата доктрина, реституцията и приватизацията поетапно участват във формиране особеностите на националните норми за собствеността и правата върху нея.

Основите на сега действащата нормативна уредба на правото на собственост в България са поставени в Конституцията на Република България от 1991 г.⁵ и в Закона за собствеността⁶. Законодателството ни не дава легално определение на собствеността и правата върху нея, но възприема характерната за Европа концепция, установена от римското право, че правото на собственост е изградено от трите големи правомощия на собственика да владее вещта, да я ползва и да се разпорежда с нея. Чрез практиката на Конституционния съд и Европейския съд по правата на човека правото на собственост се разбира не само като собственост върху вещи, но е разширено и върху защита на вземанията (Решение №

⁴ Блекуел – „Енциклопедия на политическата мисъл“, „Собственост“ – с. 477; автор на материала – Andrew Reeve, University of Birmingham.

⁵ Обн. ДВ бр. 56/1991 г., посл. изм. и доп. ДВ бр. 100/2015 г.

⁶ Обн. Изв. бр. 92/1951 г., посл. изм. ДВ бр. 7/2018 г.

17/1999 г. на КС: „[...] вземанията безусловно се обхващат от конституционноправната защита на собствеността, съдържаща се в чл. 17, ал. 1 и ал. 3 от Конституцията“, Решение № 2/2000 г. на КС: Също е „вплътена идеята, че вземанията представляват част от правото на собственост по смисъла на чл. 17 от Конституцията“.

1. Различията при собствеността и правата върху нея като следствие на исторически формиралите се различия между Източна и Западна Европа през Средновековието

Източната римска империя се създава върху основите на древногръцките хуманизъм, знание и култура. При Теодосий I в 380 – 381 г. християнството става държавна религия и това се отразява както в отношението ѝ към човека, така и в организацията на държавата и обществото, включително и при възприемането на собствеността върху земята и нейното използване. Доколкото Християнството повелява, че земята е дадена от Господ Бог, библейските заповеди оказват влияние върху византийските законодателство и практика.

До IV в. формите на собственост са идентични в цялата Римска империя – Източна и Западна. Това е съвсем естествено – колкото повече се централизира една държава, толкова повече правото се унифицира. Разделянето на Римската империя и установяването на Константинопол за център на Източната част постепенно, но трайно и безвъзвратно, създава различия както в обществените отношения, така и в законодателните актове. Опирайки се на Римските нормотворчески традиции, Константинопол създава законодателство, отразяващо новите социално-икономически реалности и отчитащо регионалните особености. Това са нормите, рецепирани от средновековните български владетели, а обществените отношения във Византия формират във висока степен административния, религиозния, културния и икономическия облик на България. Влиянието на Византия върху българското общество става определящо с присъединяването на българските земи към Империята. По време на Второто българско царство това влияние е отчетливо различимо чрез използваните в царските грамоти на българските царе терминология и юридически похвати, в титлите и привилегиите на доближените до царя, в имунитета, даряван на манастирите, в задълженията, данъците и глобите, плащани от зависимите селяни⁷.

С времето различията Изток–Запад в Европа ще се задълбочават на управленско, религиозно, стопанско-икономическо ниво. Институтът на собствеността също ще формира различия. Характерна особеност на правото на собственост във Византия, отличаващо го от средновековния Запад, е широкото разпространение и социалната роля на пълната безусловна собственост; съществува и характерната за Изтока държавна собственост върху земята и специфичните форми на условна собственост върху държавната земя. Този подход на уредба на собствеността е възприет и от българската правна система през времето на Второто българско царство, а по-късно ще бъде припознат в значителна степен и от османските завоеватели. Публичният характер при определяне на обществените отношения ще остане траен белег на българската нормативна и административна практика. На Запад се развиват феодални отношения. Феодализмът е специфичен западен феномен. В Източна Европа той се развива много по-късно под някакви форми в земите, завладени от кръстоносците. Развитието на феодалните отношения не протича едновременно и по еднакъв начин в Западна и в Централна Европа. За развитието на тези отношения до нас са достигнали основно извори от Късномеровингския и Каролингския периоди в Западна Европа. След това – почти до XII в. – изворите са оскъдни и процесите трудно проследими. Ключо-

⁷ Оболенски, Д. „Византийската общност – Източна Европа“, 500–1453, София, Университетско издателство „Св. Кл. Охридски“, 2001 г, с. 277; 324–325.

чови за отношенията в Западна Европа, свързани с правото на собственост (най-вече върху земя) в контекста на личната свобода са васалитетът, серважът (крепостничеството) и феодалът (ленът). Доминира йерархичната структура на собствеността. Католическата църква оказва съществено влияние върху развитието на собствеността. Отношенията по повод на църковната собственост са слабо изследвани в българската правна литература, а те са изключително важни както поради огромното имущество, което църквата притежава, така и поради особените правни институти, които тя създава за стопанисването на това имущество и за ползване на неговите блага⁸.

Когато в текста се използва понятието „феодализъм“ по-долу в контекста на българската история, се имат предвид отношенията по повод на собствеността в Османската империя, а не отношенията, развили се в Западна Европа.

Завладяването на България през XIV в. и включването на териториите ѝ в Османската империя налага една нова социалнополитическа система. През XIII и XIV в. във Византийската империя, респ. в България, се налагат едрото земевладение, децентрализацията и широкият имунитет на поземлените собственици. Завоевателите създават различни политическа уредба и административен апарат, което връща регламентирането на собствеността към нейното централизиране, утвърждавайки правото на султана (държавата) на пълен собственик върху земята. Установява се „направлявана икономика, в която намесата на държавата се направлява по много начини: строго регламентиране на производството, фиксиране на цените, реквизиции на работна ръка, стоки и даже капитали, авторитарна ориентация на част от търговските движения, забрана за износ“⁹. Силно централизираната държава има за последица широко разпространение на дребнособственически отношения, а също така и на преимуществено лично свободни, които имат – в известна степен – възможност да променят местожителството си в Османската империя. Тази свобода на придвижване се дължи именно на публичния характер на собствеността върху земята: за централната власт липсват мотиви, които да обосноват прекаленото ограничаване на свободно движение на работната ръка в пределите на Империята, тъй като преселилият се обрботва отново имот на собственика – централната власт.

Икономическите отношения, пренесени от Азия, включително и принципите за притежаване, стопанисване и управление на земята, стават материална основа за изграждането на централизираната военно-бюрократична система, която просъществува в продължение на столетия. Османското законодателство възприема някои от установените във Византия институти, свързани с ползването и управлението на земята, като пример за това е про-

⁸ Църквата придобива огромни богатства, състоящи се в недвижими имоти, ценности и пари. През определени периоди на Средновековието католическата църква притежавала между 1/4 и 1/3 от земеделските земи. В Русия през XVI в. църквата притежава 1/3 от земите. Това богатство периодично предизвиква реакция на светската власт за изземване на църковни имоти и имущества. През XVI в. в Западна Европа – Швеция, Дания, Англия, германските държави, а през XVIII в. – в Русия, се извършва секуларизация на църковни имоти (виж по-подробно за секуларизацията в Русия Комисаренко, А. „Държавата и руската православна църква в абсолютистка Русия през XVIII в. (Секуларизация на църковната поземлена собственост: реформата на императрица Екатерина II от 1746 г.) – journals.uni-vt.bg). Българската православна църква поради настъпилите в края на XIV в. исторически събития остава извън тези процеси; В България собственост на религиозни институции се национализира през 1949 г. със Закона за изповеданията (обн. ДВ бр. 48/ 1949) – чл. 21, предвижда национализация на болници, сиропиталища и др. подобни заведения, собственост на изповеданията.

⁹ Венщейн, Ж. „История на Османската империя“, под редакцията на Робер Мантран, изд. „Рива“, 2011 г., с. 224.

нията¹⁰, трансформирала се в тимар (спахилък)¹¹. За разлика от западноевропейския феод (лен)¹², който се предава по наследство, при тимара (спахилъка) това не е така.

Оформя се една от съществените разлики между Източна и Западна Европа през Средновековието: установяването на политически феодализъм на Изток и на стопански феодализъм на Запад. Правейки тази диференциация и изследвайки тези отношения, проф. Николай Генчев систематизира различията между стопанската система, установена в Османската империя, и системата, съществуваща в Европа, дефинирайки базовите отлики:

а) при източните отношения има централизация на земята в ръцете на централната власт, докато на Запад правото на притежаване на собствеността върху земята принадлежи на феодалната аристокрация;

¹⁰ Изворите разкриват широко разпространение на пронията, като същността на института се изразява в раздаването за пожизнено ползване на държавна на заслужили на държавата лица. Раздавач е държавният владетел, а на раздаване подлежат земи, които не са бащини и не са в ничие владение. Пронията се определя за сходна с римските бенефиции и средновековните ленове. Същевременно тя се отличава и от двете. Основното различие от лена се състои в това, че въпреки че е подарена на дадено лице (най-често болярин) за заслуги, няма неговите качества и задължения, не е свързана с инвестирура. Тя не е аренда, защото арендата е вземане на земи за под наем, за временно обработване, срещу заплащане в пари или в натура; в пронията ползването е преди всичко пожизнено. Съществената разлика на пронията от бащинията е в това, че бащинията е могла да се отчуждава и наследява, а пронията – не. Пронията има историческа връзка с бенефициите и е преживяла в спахилъците (тимари и зиамети). Турските владетели дарявали първоначално земи на военните лица, а после и на граждански администратори, като така се появили турските спахии. (виж Бобчев, Ст. „История на старобългарското право“, изд. „Албатрос“, 1998 г., с. 395).

¹¹ Османската система утвърждава служебно зависимия условно ограничен тимариот (спахилък) като форма на владеење на земята. Поради факта, че собственик на цялата земя е държавата, нейната покупка, продажба или даряване са забранени. Най-общо при спахилъка на спахията се предоставя възможността да получава доходи, които са с предварително определен размер; тези доходи се реализират от данъците на населението в конкретно посочени селища. Срещу това право държателите на спахилъка имат задължения към върховната власт. В зависимост от размера на получаваните доходи, е имало три вида спахилъци: тимари (с доход до 20 000 акчета), зиамети (от 20 000 до 100 000 акчета) и хасове (над 100 000 акчета). Османските закони позволявали всеки спахия да владее само един калъч, тъй като съсредоточаването на повече спахилъци у едно и също лице би увредило интереса на централната държава. Икономическите промени налагат въвеждането и на административни реформи, както и уреждане въпросите на собствеността по начин, сходен с този, установен в Западния свят. В началото на XIX в. започва изземване земите на умрелите спахии от страна на централната власт, а по-късно и въобще се забранява създаването на нови спахилъци. През 1826 г. в Империята се въвежда редовна турска армия, което съществено допринася за разпада на спахийството. През декември 1832 г. с Декрета за аграрната реформа е сложен окончателен край на спахийската система. Според някои изследователи отмяната на спахийската военна система се извършва през пролетта на 1834 г., когато със султански указ е извършена отмяната, като по този начин се създават условия за развитие на „двете нови, преходни форми на поземлена собственост – пряка държавна и чифликчийска (Андреев, М., Ф. Милкова, „История на българската феодална държава и право“, С. 2016, Глава XXI, §1; electronic-library.org/books;

¹² Ленът (феодът) е поземлен имот или фискален приход от такъв имот. Феодът се дава от сюзерена на васала. От VIII в. раздаването на феоди става широко разпространено явление, особено в западната част на Европа. Възникнал под формата на условно владение, към средата на X в. феодите вече се наследяват, обичайно от най-големия син на починалия васал. В наследствените права се влиза след полагане на клетва за вярност пред краля и заплащане на дължимите ленни такси.

б) при османотурската стопанска система се образува сложен триъгълник на взаимоотношения между собственика (централната власт), притежателя (държателя) на тимарите и непосредствения производител (селянина). Техните отношения се регулират чрез системата на данъци, налози и берии, за разлика от Западна Европа, където се установява система на сюзеренитет и васалитет;

в) в Османската империя, включително и в българските земи, въпросът за правото на собствеността и на притежанието на земята е неясен именно поради така създадения триъгълник на отношенията¹³.

Всичките тези обстоятелства са причини, довели до формиране на особености на българския модел на правото на собственост, включително до установяване на условност на правото на собственост.

2. Условността на правото на собственост в България като особеност, обусловена от историческите процеси

Добре е в началото да бъдат направени две уточнения¹⁴. На първо място, когато става въпрос за „условност на правото на собственост“ в настоящия текст, се има предвид неясно, илюзорно, недостатъчно коректно установено право на собственост върху даден имот (а не на вещи или на вземания изобщо), което се дължи предимно на липса на ясни основания за нейното придобиване или на липса на документи за собственост/на неизрядни документи за собственост¹⁵. Това са особености, който определят условността като негативна характеристика на правото на собственост в България.

На второ място, от условността на правото на собственост следва да бъде различавано разслояването на правото на собственост, което се разбира като разширяване на рамката за разбиране на правото на собственост, като към правомощията да се владее, ползва и прехвърля вещта се добавят и други правомощия.

Условността и разслояването обаче така са се преплели с времето в националната действителност, че отграничаването им е трудно.

Условността на правото на собственост върху недвижими имоти, съпътстваша преходите на българското обществено развитие, ще се окаже и негова – на развитието ни – трайна характеристика. Корените ѝ могат да се търсят в средновековните стопанско-икономически практики по отношение на частната собственост и в социалистическите доктрина и законодателство по отношение на публичната собственост. Тази условност се дължи преди всичко на неясните основания за придобиване на собственост. Допълва се от липса на нормативна уредба за продължителни времеви периоди¹⁶, както и от недостатъчно подготвена държавна

¹³ Генчев, Н. „Българско възраждане“, София, изд. на Отечествения фронт, 1988, с. 53–55.

¹⁴ Все пак да не забравяме, че няма едноръки изследователи: From one hand [...] From another hand.

¹⁵ „Условна собственост“ не се използва в смисъл на прехвърляне на собственост след окончателно заплащане от страна на продавача на цялата дължима от купувача сума по договора. Терминът е използван в този смисъл през 30-те години на XX в. в Закона за уреждане на собствеността и залога на земеделски и превозни машини от значителна собственост (обн. ДВ бр. 225/1931 г., отм. Изв. бр. 92/1951 г.). В чл. 4 се урежда прехвърлянето на собствеността след окончателното изплащане на уговорената цена. При неплащане на дължимото продавачът може да иска „да му се предаде в владение продадената под условна собственост машина“.

¹⁶ Законът за имуществата, собствеността и сервитутите е приет 25 години след приемане на Търновската конституция. Законът за държавната собственост и Законът за общинската собственост

администрация, която да обслужва адекватно процедурите, отнасящи се до изготвяне и поддържане на имотния регистър, кадастъра и т. н. Собствеността върху имоти е с най-съществено значение за възприемане на правото на собственост в българския светоглед. Поради това съществуването на условност, неяснота по отношение на това право изисква внимание.

В текста основно се разглежда условността на правото на собственост по отношение на частните имоти. Условността на правото на собственост обаче е не само по отношение на тях, но и на публичните имоти. Докато от втората половина на XIX в. до 40-те години на XX в. тя е приложима преди всичко за частните имоти, то от 40-те години на XX в. до днес условността се превръща в белег и на публичната собственост.

До Освобождението точно установени и детайлно изградени понятия за правото на собственост като юридическа власт на ползване и разпореждане с вещите и за владението като фактическа власт върху същите като цяло са непознати за установените в българските земи правила и норми както от страна на турското, така и на обичайното право. Две от разликите, изведени от проф. Генчев при съпоставянето на източния и западния феодализъм, дефинирани и от проф. Андреев и проф. Милкова, пряко кореспондират с условността, установила се по отношение правото на собственост в българските земи до 80-те години на XIX в. Това са, както беше посочено и по-горе, сложният триъгълник на взаимоотношения между собственика (централната власт), притежателя (държателя) на тимарите и непосредствения производител (селянина), което води до илюзорна постановка на въпроса за собствеността и притежанието на земята. Всеки от трите ъгъла на триъгълника приема, че земята е негова собственост: а) централната власт/държавата поради законите на Шериата в качеството ѝ на собственик (ракабе), която добива „централизирана феодална рента, получавана от военнolenния поземлен фонд“; б) спахиите поради това, че събират данъците, че са „титуляри на вещното право на владение (тасаруф) и получават част от рентата“, в) селяните поради това, че са титуляри на вещното право на владение (тасаруф) и запазват за себе си част от полученото^{17,18}.

Проф. Милкова и проф. Андреев се опитват да вградят този триъгълник в класическата римска триада на собствеността: правомощието да се разпорежда с вещта е предоставено на държавата от гл. т. на нейния *dominium emines*; правомощието да се ползва вещта е реализирано от държавата чрез получаване на съответна рента, а правомощието да се владее вещта е предоставено от държавата и чрез нея на военните спахии и на обработващите я селяни. „Една от особеностите на вещноправната система на османската държава е била, че както във военнolenната форма на поземлена собственост, така и в обособената държавна форма на поземлена собственост вещните права върху мирийските земи както на военните ленници, така и на зависимите селяни представлявали обособени вещноправни институти, обременяващи правото на собственост на държавата върху мирийските земи [...] Особеност на субекта на правоотношенията на поземлена собственост във военнolenната форма, която е била особеност всъщност и на цялата вещноправна система на османската държава, е, че наред с единичните физически лица две-три или цял колектив от лица поделели помежду си правомощията и задълженията по отношение на дадения лен и с това се оформили като колективен субект и титуляр на тасаруфа, а вещното им право – като право на съвладение“.

са приети 5 години след приемането на Конституцията на Република България; значителна част от приватизационните и реституционните процедури бяха реализирани именно през този период, в който изобщо липсва нормативна уредба на публичната собственост.

¹⁷ Генчев, Н. „Българско възраждане“ изд. на ОФ, София, 1988, с. 53–55.

¹⁸ Андреев, М., Ф. Милкова, София, „История на българската феодална държава и право“.

Нормативното регламентиране на въпросите, свързани със собствеността в Княжество България, отнема повече от двадесет години след приключване на Руско-турската война. (1877–1878). Документалното уреждане на собственическите отношения продължава още по-дълго. Обществената среда поставя пред Временното руско управление (1878–1879) изискването да започне провеждането на конкретни политики, свързани с установяване при тежаването на собственост (предимно върху земеделски имоти). Съединението усложнява също процеса с легитимиране на собствениците по административен или по съдебен ред. Допълнителни трудности предизвикват и големите бежански потоци, които налагат въпросът за собствеността да бъде уреден в контекста на социални и политически измерения. Българските преселници от Македония, Одринска Тракия и Южна Добруджа, според проведеното през 1924 г. преброяване, са 296 593 души¹⁹. Това е и причината уредбата на земеделската собственост през тези години да остане в историята като „аграрен въпрос“. Предприетите действия се отнасят също така и до уреждане на собствеността върху жилищни имоти, воденици, тепавици, гори и т. н.

Уредбата на собствеността се извършва през 1904 г. със Закона за имуществата, собствеността и сервитутите (ЗИСС)²⁰, след като вече са установени нормативните правила на гражданския и търговския обмен. При внасянето на законопроекта за обсъждане, министърът на правосъдието Геннадиев ще каже в пленарната зала: „Ние не знаем дали имаме собственост или нямаме. Ние имаме един турски закон за собствеността, в който собственост няма в пълния смисъл на думата, и сме възприели по традиция, че имаме един вид непълна собственост, и съдилищата приемат понякога туй нещо, че има един вид непълна собственост, втори вид непълна собственост, трети вид непълна собственост, но в същност сме влезли в областта на пълната собственост“²¹. Министър Геннадиев тук конкретно визира правомощията, които римското право включва в правото на собственост и които към този период са възприети от действащото право на европейските държави – право да се ползва вещта, право да се прибират плодовете ѝ и право собственикът да се разпорежда с нея. Изказването му илюстрира много ясно отношенията по повод собствеността, развили се в Османската империя и носещи характерните за Средновековието прояви на разслоение на собствеността, до бъдат подчинени на римската триада и да придадат абсолютен характер на правото на собственост. Изказването показва и трудността пред законодателната реформа, която публичните власти предприемат (дори и не съвсем осъзнато) по отношение нейната уредба.

Условността на правото на собственост в България се задълбочава със събитията след края на Втората световна война, когато условността се разпростира и върху публичната собственост, а по отношение на частната собственост се задълбочава. Относно публичната собственост Конституцията на Народна република България от 1947 г.²² мълчаливо отменя института на общинската собственост. Живковата конституция от 1971 г. запазва унитарността на публичната собственост. След Ноемврийския пленум на Централния комитет на Българската комунистическа партия от 1989 г. в страната се извършват бързи обществе-

¹⁹ БИА, ф. 361, а. е. 824, л. 107 (по „История на външния държавен дълг на България 1878–1990“, Вачков, Д., М. Иванов, Част втора, БНБ, 2009 г., с. 12.

²⁰ Закон за имуществата, собствеността и сервитутите – отм.; (обн. ДВ бр. 29/7 февр. 1904 г.)

²¹ По Андреев, М. „История на българската буржоазия и право 1878–1917“, С., „Наука и изкуство“, 1980 г., с. 124.

²² Конституция на Народна република България, обн. ДВ 6 декември 1947 г., отм. на 18 май 1971 г. с приетата тогава нова Конституция на Народна република България.

но-политически промени. През 1990 г. са изменени текстовете на Конституцията от 1971 г., като в чл. 14 се възстановява общинската собственост²³. Конституцията от 1991 г. затвърждава разделението на публичната собственост на държавна и общинска, но неяснотите в разграничаването остават. Пример за това е установяването на мораториум по отношение на придобивната давност върху имоти – частна държавна и частна общинска собственост. До момента срокът за спиране на придобивната давност е удължаван шест пъти и е наложен до 31 декември 2022 г. с промените в Закона за собствеността от 19 януари 2018 г, като промяната има обратно действие, влизайки в сила от 31.12.2017 г.²⁴. Така условността е допълнително подсилена от обратното действие на нормата.

3. Разслоението на правото на собственост като резултат от стопанските отношения през Средновековието и мястото му в правната уредба днес

Средновековието остава период, който в анализите на българските изследователи на буди особен интерес и се възприема често като време, в което създадените правни конструкции са неотнормисими към съвременното. Това схващане вероятно е следствие от обстоятелството, че векове наред в българските земи са силово наложени чужди административни и стопански модели, които са отричани от местното население. Неглижирането и непознаването на прилаганите тогава форми на стопанисване и управление на земята води до прекъсване на логически взаимовръзки и трудности при анализа на съвременни процеси.

Средновековието установява правни институти, непознати на римското право, но съществуващи под някаква форма и днес. Римокатолическата църква е изключително иновативна в установяването на своеобразни форми на владение върху имотите, както и за придобиване и разпореждане с получаваните доходи. Особеност на църковната собственост, отличаваща я от останалите видове собственост е, че същата принадлежи на дадена религиозна общност или религиозна институция, а не е индивидуална. Така например специалистите по каноническо право създават правната уредба на фондацията като имуществена корпорация (*universitas bonorum*) – институт, непознат както за Римското право, така и в ранното германско и английско право. Този институт контрастира с установения от Римското право институт на юридическите лица, които имат членски състав (*universitas personarum*). Причини за това са развитието на християнската собственост и нейният особен статут както по отношение на придобиването, така и на използването ѝ. Каноническото право от XI–XIV в. развива и нови способности за защита ѝ, които продължават да са част от съвременните правни системи. Негов продукт е защитата на владелеца на недвижим имот, който е бил отстранен от владение на имота по насилствен начин или с измама. Създадена е възможността за защита в полза на отстранения по този начин, който може да иска възстановяването на предишното положение единствено въз основа доказването на неправомерното му отстраняване, без да е необходимо да доказва правото си на собственост²⁵.

²³ ДВ бр. 29/10.4.1990 г.

²⁴ Параграф 1 (1) от Заключителните разпоредби към Закона за допълнение на Закона за собствеността, обнародвани ДВ бр. 19/2018 г.

²⁵ Berman, H., „Law and Revolution“, Harvard University Press, 1999, с. 238–240. Относно установяването на ранната християнска собственост виж Новкиришка–Стоянова, М. „Римскоправни основи на съвременния статус на религиозните организации“, Сборник статии и доклади от научен колоквиум „Актуални аспекти на религиозната толерантност в България“ – ЮФ на ПУ „Паисий Хилендарски“, 2014 г.

Нормативно верифицирана условност на правата върху собствеността не е особеност единствено на османската законодателна и административна системи, както и на българските следосвобожденски практики. Това е характерна черта и за английското право. Системата на Common law по отношение на собствеността и към настоящия момент в някаква степен се основава на феодалната система, развита в Англия след нейното завладяване от Уилям Завоевателя през 1066²⁶. Приетият през 1660 г. The Tenures Abolition Act е отменен с The Abolition of Feudal Tenure etc. (Scotland) Act 2000²⁷, който влиза в сила през 2004 г. Нещо повече – феодалната система в Англия продължава да съществува чрез езика и днес. Пример за това са термините „tenure“ и „estate“. Терминът „tenure“ означава, че лицето притежава/получава правата от Короната или от лорда. Английският крал или кралица са Lord Paramount (Върховен господар) по отношение на собствеността на земята. Това твърдение може да бъде доказано с някои текстове от съвременното законодателство, като напр. член 79 (1) от английския Land Registration Act (2002)²⁸: „Her Majesty may grant an estate in fee simple absolute in possession out of demesne land to Herself“ (Chapter 9). Терминът „demesne land“ може да бъде открит и в чл. 132 (1), където се посочва, че „means land belonging to Her Majesty in right of the Crown which is not held for an estate in fee simple absolute in possession“. Колкото и да се отчита фактът, че по-голямата част от земята не принадлежи на Короната в наши дни и че концепцията кралицата да бъде Lord Paramount е по-скоро историческо понятие, отколкото правна действителност, законодателният текст продължава да е действащ. Правата на останалите лица, притежаващи земя, са наричани „estates“. Концепцията за „estate“ означава продължителността на специални права по отношение на земя-

²⁶ След победата си и коронясването за крал Уилям I Завоевател (1066–1087) конфискува имотите на англосаксите, като мнозина от тях са превърнати и незабавно в серви. Самият Уилям притежава огромен домен, който се състои от една седма от орната земя, горите и някои градове. През 1086 г. е съставен Domesday book (Книга на Страшния съд), която представлява поземлен опис на цяла Англия, в който опис данните са дадени под клетва. След този подробен опис много селяни са превърнати в крепостници. Нормандското завоевание ускорява процесите на феодализация. Формира се процесът на василитета. Кралят е върховен сюзерен и на бароните, и на рицарите, а Англия се превръща в силно централизирана държава още през XI – XII в. Клетвата от Солсбъри от 1086 г. установява директна връзка на всички аристократи–земевладелци с краля, които иначе са васали на бароните. Това е различно от обичайния за западноевропейския феодализъм принцип на васални взаимоотношения, който установява максимата: „Васалът на моя васал не е мой васал“. Финансовите и военните ресурси са под пълния контрол на краля. През 1215 г. вследствие на политически и военни събития, Джон Безземни (1199–1216) подписва Magna Carta Libertatum. Великата харта на свободите в значителната си част разглежда въпроси, свързани със собствеността – предимно недвижимата, както и въпроси, свързани със съдебното гарантиране на правата. Следва да се подчертае, че Хартата гарантира права само на свободните. Важно е също така да се обърне внимание, че кралят, подписал Magna Carta Libertatum – Джон I – не получава в наследство от баща си никое от владенията на короната в Плантагенетите, а във водените от него войни срещу Франция губи владенията и над други територии. Това му донася прозвището „безземни“ (John Lackland) и допринася да отстъпи на натиска на бароните и да подпише акта за предоставяне на свободи, включително и по отношение на собствеността.

²⁷ <https://www.legislation.gov.uk/asp/2000/5/contents>

²⁸ Land Registration Act (2002), http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/9/pdfs/ukpga_20020009_en.pdf, последно посетен септември 2018

та. Правото може да бъде с неограничен срок (в случаите на безусловно право на собственост) или с определен срок²⁹.

Важно е специално да се подчертае, че особеностите при юридическото обосноваване на правото на собственост в системата на Common law е основа за въвеждането в европейското право на концепцията за разслоение на собствеността. През XIX в. капитализмът е най-силно развит в Англия. Затова и английското право във висока степен повлиява на съдържанието на континенталното право на Европа. Английските юристи предлагат решения за уредбата на новите измерения на собствеността, но стъпвайки на познатите им архаични правни форми, регламентиращи правоотношенията при недвижимата собственост. В англосаксонската система правото на собственост установява практиката за разслоение на собствеността.

Оноре през 1961 г. разграничава единадесет елемента на правото на собственост³⁰. Правата върху обекта могат едновременно да принадлежат на няколко лица. Видовете елементи според Оноре са:

1) правото на владение, т. е. изключителният физически контрол върху вещта; ако тя не може да се намира във физическо владение (напр. поради нейната безтелесна природа), владението може да се разбира метафорично или просто като право да бъдат изключени другите лица от използването ѝ;

2) право на ползване, т. е. лично използване на вещта;

3) право на управление, т. е. вземането на решение как и кога вещта може да бъде използвана;

4) право на доход, т. е. на блага, идващи от предшестващото лично използване на вещта и от разрешението други лица да я използват;

5) правото на отчуждаване, потребление, изменение или унищожаване на вещта;

6) право на сигурност, т. е. на имунитет по отношение на експроприация;

7) право да предаде вещта;

8) безсрочност;

9) задължение вещта да бъде използвана по начин, по който да не вреди на останалите;

10) възможност вещта да бъде предоставена/предадена при изпълнение на дълг;

11) остатъчен характер, т. е. съществуване на правила, обезпечаващи възстановяване на нарушени правомощия (а не на правата на собственост в цялост).

Въпреки че чуждее на установяваните нормативно разбирания за правото на собственост в България през последните 100 години, концепцията за разслоение на собствеността исторически не ни е чужда. От друга страна, тази концепция започва да си пробива път и в законодателните практики на Европейския съюз. Една от първите директиви в областта на частното право, регламентираща договорно право, в някаква степен засяга и въпроси, свързани с правото на собственост – Директива 94/47/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 октомври 1994 година относно защитата на купувачите с оглед на определени аспекти от договорите, свързани с придобиването на правото на временно ползване на недвижимата собственост. Отмяната на директивата с Директива 2008/122/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 14 януари 2009 година относно защитата на потребителите по отношение на някои аспекти на договорите за разпределено във времето ползване на собственост, дългосрочни ваканционни продукти, препродажба и замяна конкретизира допълнително въпросите, свързани с разпределено във времето ползване на собственост.

²⁹ The Oxford Handbook of Comparative Law „Comparative Property Law“, Sief van Erp, New York, 2008, с. 1043–1069.

³⁰ Honore A. M. Ownership., Oxford Essays in Jurisprudence. A. W. Guest (ed.). Oxford, 1961.

4. Дихотомията град – село, собственост върху капитали – собственост върху земя и странните промени, настъпващи в притежаването на колективна и индивидуална собственост

За юриста разглеждането на правото на собственост в контекста на историческото развитие на отношенията град-село е по-скоро необичайно. Считаю обаче, че именно в развитието на тези отношения следва да се търсят част от важните причини, поставили основите и на съвременните правни концепции за правото на собственост, включително при оформянето на националните особености.

Още през Античността се установява разделението в статуса и статута на живеещите в селото и живеещите в града³¹. Безправните остават най-вече в земеделските стопанства, а политически активните – в града, работейки върху себе си и върху обществените дела и издържайки се от трудещите се в именията им. Тази политическа активност на града е толкова изявена през столетията, че в българския език е довела до полисемия на думата „гражданин“, която се използва едновременно в смисъл на:

- 1) човек, роден или живеещ в града, и
- 2) в конституционноправни смисъл на института на гражданството.

Тенденцията на политически активния град – от една страна, и граждански безправното село – от друга, ще се запази хилядолетия. Църквата, в качеството си на крупен земевладелец, ще допринесе за устойчивостта на дихотомията град – село, респ. на политически активен – политически пасивен, чрез паралелните законодателни и съдебни институти, които установява. Дихотомията ще се изрази и в развитието на видовете собственост: паричния капитал ще бъде създаден и окрупнен в града, а в селото ще се установи устойчивост на натуралното стопанство, включително при заплащането на публични задължения. Следва отново да се подчертае, че режимът по отношение личните свободи на селското население в България е значително по-либерален от този, установен в Западна Европа, както и че това население в една немалка част е собственик/владеец под някаква форма на малък земеделски имот.

Живеещият в града през Античността е политически активен, а в Елада гражданството му обичайно е обвързано с притежаването на земя. През Средновековието градът – особено в Западна Европа – е символ на свобода, възможност крепостникът да добие статут на свободен. Установява се разбирането, че „Градският въздух създава свободни“. Основание за това е създалата се практика крепостникът, пребивавал определен период в града, да получи статут на свободен. Градското население е от лично свободни, които имат възможност да придобият право на собственост или да реализират правото си на свободна икономическа инициатива, придобивайки собственост върху капитали и при определени условия – върху недвижимости. До момента не разполагаме с документи, указващи конкретни правила и норми относно правните връзки в българския средновековен град. За статута и правата на собственост в българските общини и градове се правят изводи чрез съпоставка със сходни балкански градове от същия период. Според достигналите до нас извори може да се направи заключението, че в градовете са преобладавали свободни дребни собственици.

След буржоазните революции в Западна Европа законодателството се развива в посока на предоставяне на равни основни човешки права и свободи както на градското, така и на селското население. Градът продължава да развива възможностите за икономически просперитет и благосъстояние чрез увеличаване собствеността върху капитали. Развитието на промишленото производство, което се реализира в града, оказва влияние върху правните от-

³¹ Относно разграничаването на понятията „статус“ и „статут“ виж Костова, М. „Статус vs. Статут“, сп. „Норма“, <http://www.norma.bg/bg/article/115/>

ношения. Възникват и се развиват нови правни разновидности на собствеността. Правната форма на индивидуална собственост отстъпва на заден план, а преобладаващите и решаващи форми на собственост в областта на промишленото, търговското и финансово предприятие се оказват колективна собственост под формата на дялове или акции. Обединението на капитали се реализира чрез различни юридически лица, които са и субектите на правото на собственост. Дружествената собственост се установява като основна форма на собствеността. В търговските дружества протичат процеси на разделение между функциониращия и паричния капитал и отделяне на функциите на капитала от собствеността, което води до анонимизация на собствеността. Титулт на собственост е отделен от правото на контрол и в съвременните промишлени организации като цяло собствениците в голяма степен не реализират своите правомощия³². Стига се до феноменът селянинът да е индивидуален и реален собственик на земя, а градският човек да е част от колективна собственост върху капитали. Селото, което е символ на политическа пасивност, в което през Средновековието се прилага колективна имуществена отговорност, което исторически е със значително по-ниска степен на образование, гарантира правото на индивидуална собственост върху земята. Градът, в който възникват и се утвърждават гражданските права и свободи, знанието и културата, през последните столетия развива колективни права на собственост върху капитали.

Селяните от Древността и Средновековието в Западна Европа в значителна степен са безимотни, лично зависими и политически безправни. Селяните в Средновековна България от XI–XIII в. в по-голямата си част са подчинени пряко на органите на централната администрация; притежавали са свои имоти и са могли да се разпореждат свободно с тях съобразно съществуващите закони – да ги продават, завещават, купуват, подаряват; имали са право свободно да променят своето местожителство, както и да се движат свободно из цялата страна (данни за това се черпят от достигнали до нас решения на Охридското синодално съдилище, издадени по времето на архиепископ Димитър Хоматиан (1216–1235). През XIV в. броят на тези селяни продължава да е значителен³³. Както беше посочено и по-горе, по време на Османското владичество българските селяни са притежавали условно обработваните от тях земи. Имали са по-големи възможности за придвижване – съпоставени със селяните от Западна Европа и Русия – в рамките на Империята поради факта, че земята е собственост на държавата, поради което и административният контрол за придвижване на населението не е така тежък; за фиска е безразлично от кой спяхия ще бъдат събрани данъците.

Натрупването на капитали в българската предосвобожденска действителност също е белязано с национална особеност. Реализираните парични средства не са резултат на развивана промишленост. За това натрупване способствала липсата на промяна в размера на данъците в Османската империя от XVI до XVIII в., като през този период инфлацията се проявява като устойчиво явление и дава възможност за лични натрупвания. А причини за инфлационните процеси са както огромното количество злато, заляло Европа и довело до прекомерното монетосечене през този период, така и развитието на капитализма; през 1875 г. в следствие на инфлацията, Турската империя е банкрутирала. От друга страна, капитали натрупва основно населението, занимаващо се със скотовъдство и търговия с добитък. Този поминък, прераснал в основен източник на капитали, се развива в планинските, по-трудно достъпни части на страната. Така цели селища като Копривщица, Елена, Арбанаси и много други се превръщат в градска среда, гарантираща икономически и културен проспери-

³² Лазар, Ян. „Собственность в буржуазной правовой теории“, Москва, „Юридическая литература“ 1985, с. 38–44; 65–72.

³³ История на България, том 3, София, 1982 г., Българска академия на науките, с. 202–203.

тет на своите жители, които развиват манталитет на граждани, поставяйки и съвременните основи на българското общинско самоуправление.

С преимуществено селското население столетия наред може да бъде обяснено съсредоточаването на уредбата на правото на собственост върху имоти, а не върху капитали в България. При създаването на българското княжество огромният процент от населението живее в селата, като това състояние се запазва и през първите десетилетия на ХХ в. Затова и въпросът за собствеността върху земята е ключов както от социална гледна точка, така и за зараждащата се икономика. Според данните, представени в „Икономиката на България до социалистическата революция“, при проведените преброявания на населението, селското население е: 1887 г. – 74,3%; 1892 г. – 74%; 1900 г. – 74,9%; 1905 г. – 77,1%; 1910 г. – 74,7%³⁴. Селското население в България ще доминира до 50-те години на ХХ в., когато социалистическата индустриализация административно установява превеса на градското население. Дори и тогава обаче множество градове продължават да имат аграрен характер.

Социалистическият период води до формирането на поредна, исторически обусловена особеност на правото на собственост в България: не само българският селянин, но и българският гражданин (който допреди няколко десетилетия е бил селянин и собственик на земя) в следствие на историческата събитийност е в благоприятното положение да е собственик на реални имоти, а не на размита колективна акционерна собственост.

Историческото развитие и преимущественото селско население в България до средата на ХХ в. са причина за формирането на още две особености, оказали влияние върху собствеността в България: натурално стопанство и възприемането на имота като почти единствен еквивалент на собствеността.

5. Натурално стопанство, липса на капитали и на способност за тяхното управление

Както беше отбелязано, в следствие на слабо развитите градски икономически отношения, българското общество столетия наред остава дистанцирано от стоково-паричното стопанство. Основният източник както на богатство, така и на постъпления в хазната, е от данъци върху земята. Във Второто българско царство парите ще навлизат бавно, основно в градовете. Българският средновековен град съществува като административен, религиозен и културен център. В него, разбира се, се извършва и търговия, но не и производство на стоки в обем, характерен за западноевропейския град. Завладяването на Балканите от османците ще задържи икономическите отношения в контекста на натуралното затворено стопанство. Данъците се начисляват в аспри, но се заплащат преди всичко в натура, а не в пари. Столетия наред османската икономика, в това число и включените в нея български земи и население, ще остане държавно направлявана икономика и това ще бъде характерна нейна черта до ХVІІІ, дори до началото на ХІХ в. Това би могло да бъде посочено и като една от причините, позволила установяването без особени трудности на социалистическата идеология.

Общественото възприемане на стопанските отношения от гледна точка на натуралното стопанство ще е толкова устойчиво, че натурален данък ще продължи да съществува в България и след 1878 г. Такова възприемане на света изисква притежаване на земеделски имоти, които да създават възможност за производство на продукция, която да служи за обмен. И днес се среща практиката договор за изработка, адвокатски хонорари за дела в провинцията и др. да бъдат «заплащани» със селскостопанска продукция. От друга страна, липсата на обективно външно остойностяване, което се извършва чрез определяне на цената на стоката в пари,

³⁴ Натан, Ж., В. Хаджиниколов, Л. Беров – редакционна колегия, „Икономиката на България до социалистическата революция“, София, 1969 г., „Наука и изкуство“, том I, с. 307.

е затруднено от този национален менталитет. Остойносттаването през призмата на общността и личната оценка за ценността е невероятна за германец или холандец например, които през последните столетия са се доверявали единствено на стойността, давана на парите чрез държавата. Възможността сам да остойностиш и заплатиш в натура еквивалента за парата, върху която си сгрял сухия комат, със звъна на монетата или с присъдения брой удари върху сянката на магарето ти е много българско. Съдията в Европейския съд по правата на човека или в Съда на Европейския съюз дори и не подозира за това предизвикателство на светогледа, на което трябва да отговори неговото решение, за да раздаде то наистина справедливост.

6. Имотът като почти единствен еквивалент на собствеността

Реализираното през столетията натурално стопанство, непознаването и неспособността да се използва паричен капитал, както и ограниченият размер на стопанството имат за последица втвърдяването на убеждението в българския менталитет, че единствено сигурното капиталовложение остават недвижимите имоти: „[...] най-сериозната, и може би единствената ефективна икономическа заплаха в България е била заплахата срещу имота [...] Отсъстващото доверие в парите е изместено от упование в осезаемата предметност. Недвижимостите, земята, домът се приемат като единствено сигурни убежища за спестяванията, особено у селяните”³⁵.

Това отношение към земята и изобщо към собствеността е видно и при развитието на ипотечния кредит в България. Статистическите данни посочват, че ипотечният кредит през 20-те години на XX в. е най-слабо развит в сравнение с останалите европейски държави. Интересен е коментарът на С. Бочев, който изтъква три причини за това състояние:

- 1) отсъствие на „[...] капитали, които да са готови да се имобилизират за дълги срокове“;
- 2) липса на ясно дефинирана поземлена собственост (тази условност в института на частната собственост може да бъде допълнена и с още, освен вече посочените, примери: отчуждаване на имоти за построяване на железопътни линии от барон Хирш, довели до дела след Освобождението; законодателството на Ал. Стамболийски и др.);
- 3) социално – културните обществени нагласи, че „човек, заложил къщата си, е несеориозен и не заслужава доверие“³⁶.

Този светоглед за възприемане на имота като единствен еквивалент на собствеността се прояви и при приватизацията през 90-те години на XX в. Усилията бяха насочени към придобиване именно на недвижимости, а не на възможности за развитие на капитали. Трудно се оказа не придобиването на собствеността при приватизационните процеси, а нейното управление. Управлението на капитала и употребата на кредита и ценните книжа (вкл. приватизационните бонове) се оказаха непосилни за голяма част от българите.

Заклучение

В заключение може да се обобщи, че правото на собственост в България е белязано от исторически формирани се особености, които трябва да бъдат взимани предвид при изготвянето на нормативните текстове и при тяхното прилагане. По-конкретно може да се изведат следните изводи:

Отношенията по повод притежаването, владението и използването на недвижимата собственост (най-вече на земи) в България носят съществени различия от оформилия се от

³⁵ Аврамов, Р. „Комуналният капитализъм. „Из българското стопанско минало“, том I; София 2007; с. 37; 76.

³⁶ Бочев, С. Ипотечният кредит (Вътрешен преглед). – СпБИД, 1927, кн. 7, по Р. Аврамов.

Средновековието до днес западноевропейски модел по отношение на правата изобщо и на правото на собственост – конкретно. Цялостното взаимстване и привнасяне на чужди модели в националната нормативна уредба е не само необосновано, но понякога и напълно неприложимо.

Предметността и собствеността са синоними в българското съзнание. Вещноправният ефект е доминиращ, изпълващ обществените представи и носещ сигурност.

Исторически установилите се отношения на централизирана държава, включително по отношение на стопанския живот и на дребната собственост, обосновават различия в разбирането за правото на собственост в България. Това трябва да бъде отчитано при изготвянето на законодателни актове и при прилагането им от съда. Установяват се и различия в разбирането за ролята на държавата и на отношението към нея. Което води до асинхронност в българското общество. Едно от основанията за асинхронността, изследвани от Иван Хаджийски, е именно отношението към държавата, разглеждайки го в светлината на навлизането на българския народ в епохата на модерността. Това отношение обаче е формирано поради съществуващата неяснота на кого принадлежи правото на собственост и кой е отговорен за нея. И до обосноваването заключение, че „докато буржоазията в някои напреднали капиталистически страни печелеше чрез държавата, нашата буржоазия печелеше от държавата“³⁷. В Западна Европа натрупването е станало със столетия и в Новото време е поставена дискусията за гражданската и политическата добродетел, за видните граждани (Honoriatores). Натрупване на капитали в неясна и нечиста политическа, административна и икономическа среда след Освобождението има за последица липсата на готовност у бързо натрупалите богатство да споделят разбирането, че собствеността изисква преди всичко отговорност, а притежаването на значителна собственост налага притежаването и на допълнителни качества като достойнство, обществена ангажираност, чувство за справедливост. Процеси, проявили се и след 1989 г. и предопределени от съществуването на отново неясен модел на собственост през социалистическия период – национализация, и през постсоциалистическия период – реституция и приватизация.

От средата на XX в. до днес се наблюдава промяна на собственическия профил на българина. До социалистическата революция той живее предимно в селата и е собственик на малко или средно земеделско стопанство. Социализмът – прилагайки модел, чужд на българското село – разбива този собственически профил. Допълнителните ограничения за притежаване на един жилищен градски имот и един вилен имот като максимална възможност за семейството, допълнително обругава нагласите към собствеността и възприемането ѝ като отговорност. В резултат на национализацията и на насилствената колективизация, извършени в края на 40-те и 50-те години на XX в., както и битовата престъпност в периода след 1989 г. до днес имат за последица феноменът „отказ от собственост като характеристика на съвременното българско общество“. Възстановените земеделски земи се продават на безценица. На безценица се продават селски къщи и градини. Сходна е съдбата и на жилищни имоти в малките градове.

Неспособността да се управлява публичната собственост има за последица в световен план рискът за попадане на публичния сектор в дългова зависимост, способна да се трансформира в дългово робство. Проблем, който не е разискван в настоящия текст, но не може да не бъде споменат. Условността на правото на собственост върху публични имоти в България повишава този риск.

³⁷ Хаджийска, М. (съст.) „Иван Хаджийски: неизвестното от него, неизвестното за него“, София, 1989 г., с. 195.

Литература

Аврамов, Р. „Комуналният капитализъм. Из българското стопанско минало“, том I; София, 2007.

Андреев, М., „История на българската буржоазия и право 1878 – 1917“, С., изд. Наука и изкуство“, 1980.

Андреев, М., Ф. Милкова, „История на българската феодална държава и право“, С. 2016, Глава XXI, §1; electronic-library.org/books

Блекуел, „Енциклопедия на политическата мисъл“, „Собственост“ – стр. 477 – 480; автор на материала – Andrew Reeve, University of Birmingham

Бобчев, Ст. „История на старобългарското право“, изд. „Албатрос“, 1998 г.

Бочев, С. „Ипотечният кредит. (Вътрешен преглед)“ – СпБИД, 1927, кн. 7.

Венщейн, Ж. „История на Османската империя“, под редакцията на Робер Мантран, изд. „Рива“, 2011 г.

Генчев, Н. „Българско възраждане“ изд. на ОФ, София, 1988 г.

Георгиев, Величко, Ст. Трифонов „История на българите 1878–1944 в документи, том I, 1887-1912, част първа, изд. „Просвета“, София, 1994 г.

История на България, том 3, София 1982 г., издателство на БАН.

Комисаренко, А. „Държавата и руската православна църква в абсолютистка Русия през XVIII в (Секуларизация на църковната поземлена собственост: реформата на императрица Екатерина II от 1746 г.).

Костова, М. „Статус vs. статут“, сп. „Норма“, <http://www.norma.bg>

Лазар, Ян „Собственность в буржуазной правовой теории“ Москва, „Юридическая литература“, 1985 г.

Натан, Ж., В. Хаджиниколов, Л. Беров – редакционна колегия, „Икономиката на България до социалистическата революция“, С. 1969 г., изд. „Наука и изкуство“, том I.

Новкиришка–Стоянова, М. „Римскоправни основи на съвременния статус на религиозните организации“, Сборник статии и доклади от научен колоквиум „Актуални аспекти на религиозната толерантност в България“ – ЮФ на ПУ „Паисий Хилендарски“, 2014 г.

Оболенски, Д. „Византийската общност – Източна Европа, 500–1453“, София, Университетско издателство „Св. Кл. Охридски“, 2001.

Хаджийска, М. (съст.), „Иван Хаджийски: неизвестното от него, неизвестното за него“, София, 1989 г.

Berman, H. „Law and Revolution“, Harvard University Press, 1999.

Domesday book

Honore A. M. Ownership., Oxford Essays in Jurisprudence. A. W. Guest (ed.). Oxford, 1961.

Land Registration Act (2002).

Magna Carta Libertatum (Великата харта на свободите)

Sjef van Erp, The Oxford Handbook of Comparative Law – Comparative Property Law“, New York, 2008.

<http://www.legislation.gov.uk>

<http://www.norma.bg>

SOME HISTORICALLY DETERMINED SPECIFICS OF THE RIGHT OF OWNERSHIP IN BULGARIA

Milena Karadjova³⁸

Ownership and the right of ownership are formed in a specific historical and social context. Knowing these differences, as well as the reasons for their existence, may serve as a guarantee for the successful realization of the rights and for their protection. This paper discusses some specifics of the ownership in Bulgaria, which have been differentiated as a result of the social and economic relations from the Mid-

dle Ages to the present days. Such distinction is carried out in the paper on the basis of the differences between East and West (in a religious context), between country and town as well as natural exchange and monetary exchange.

Keywords: Ownership, Right of Ownership, Property Development, Social Models and Property Rights

³⁸ Lecturer in New Bulgarian University, Senior Assistant Professor, PhD, mkaradjova@nbu.bg.

ПРАВНА ОСНОВА НА ДОКАЗВАНЕТО В БЪЛГАРСКИЯ НАКАЗАТЕЛЕН ПРОЦЕС

Елена Недялкова¹

Доказването има главен принос в осъществяването на непосредствените задачи, които действащият Наказателно-процесуален кодекс (НПК)² поставя пред българското правосъдие. Смисльът му се изразява в разкриването на престъпленията, разобличаването на виновните и правилното прилагане на закона съобразно установения в наказателното производство нормативен режим. С реализирането на тези фундаментални проблеми наказателно-процесуалното доказване осигурява защитата от престъпни посягателства срещу Република България (РБ), срещу личността, правата и законните интереси на гражданите, както и срещу тези на юридическите лица. По този начин то съдейства на НПК да обезпечи изпълнението на основната обществена повеля „за предотвратяване на престъпленията и укрепване на законността“ (НПК, чл. 1, (1, 2).

Доказателственото право заема съществено място в наказателния процес поради своя значим принос в реализирането на непосредствената задача на НПК. Затова и законодателят отрежда централната част – втора от НПК на юридическия институт „Доказване“. За правилното осъществяване на процесуалната дейност по доказването, обаче е необходимо не само съобразяването и с всички ръководни положения на закона, но и нейното регулиране върху здрава процесуална основа.

Наказателният процес е призван да регулира наказателно-процесуалните действия и свързаните с тях правоотношения по реда и със средствата, предвидени в НПК. Всяка традиционна правна уредба на наказателното производство отдава централно място на т.нар. „основни начала“, върху които се изгражда цялостната организация по разглеждането и решаването на наказателни дела в Република България. „Основната задача, която стои пред процеса, обуславя и основните начала [...]“³, чието проявление от своя страна оказва обективно, всестранно и пълно съдействие за реализиране задачите на наказателното правораздаване.

Като съществен дял от националното законодателство, наказателният процес има пряко отношение към дейността, органите и основите на съдебната система, уредени в Конституцията на Република България (КРБ)⁴ и Законът за съдебната власт (ЗСВ)⁵. В тях са регламентирани редица общи правила, които функционират като ръководни правни положения в производството по наказателни дела, съответно установени и

¹ Преподавател по наказателно процесуално право в департамент „Право“, Нов български университет, главен асистент, доктор, enedialkova@nbu.bg.

² Обн., ДВ, бр.86 от 28.10.2005 г., в сила от 29.4.2006 г., посл. изм. и доп. ДВ, бр. 44 от 29.5.2018 г.

³ Вж. Павлов, Ст. Наказателен процес на Народна република България, Държавно издателство „Наука и изкуство“, София, 1971а, с. 88.

⁴ Обн., ДВ, бр. 56 от 13.7.1991 г., в сила от 13.7.1991 г., посл. изм. и доп. ДВ, бр. 100 от 18.12.2015 г.

⁵ Обн., ДВ, бр. 64 от 7.8.2007 г., посл. изм. и доп. ДВ, бр. 49 от 12.6.2018 г.

от НПК. Предвид това следва да приемем, че основните наказателно-процесуалните принципи са изградени върху здрави конституционни основи.

Основни принципи

С оглед ефективното изпълване на своето съдържание и смисъл, наказателно-процесуалното доказване се нуждае от строго спазване изискванията на всички основни принципи, посочени от законодателя в разпоредбите на Част първа, Глава втора – чл. 6 до чл. 22 вкл. от действащия НПК. Въпреки своята равнопоставеност в процеса и тясното си взаимодействие, тези фундаментални ръководни положения биват диференцирани в правната доктрина съобразно специфичните си процесуално-правни особености. Така основните начала на наказателния процес се обособяват в две групи – с преобладаващ съдоустройствен или функционален характер⁶.

Като изходна база за цялостното и ефективно развитие на наказателно-процесуалното доказване могат да бъдат изведени следните две групи от основни принципи на НПК:

1. С преобладаващ съдоустройствен характер

- Участие на съдебни заседатели в съдебния състав (КРБ, чл. 123; НПК, чл. 8, (1, 2)).
- Съдиите и съдебните заседатели имат еднакви права.
- Назначаемост и несменяемост на органите на съдебната власт, участващи в наказателното производство (КРБ, чл. 129, (1, 3)⁷; ЗСВ, чл. 30, (5) 1, 2; НПК, чл. 9).
- Независимост на съдебната власт и подчинението на съдиите, съдебните заседатели, прокурорите и разследващите органи само на закона (КРБ, чл. 117, (2); ЗСВ, чл. 1а, (2), чл. 3 и чл. 7, (1); НПК, чл. 10).
- Равенство на гражданите в наказателното производство (КРБ, чл. 6, (2); ЗСВ, чл. 8, (1, 2); НПК, чл. 11)⁸.

⁶ Вж. Манев, Н. Наказателно-процесуално право; ръководство за студенти, „Ромина“, София, 2006, с. 26 и сл.

⁷ Съдиите, прокурорите и следователите се назначават, повишават, понижават, преместват и освобождават от длъжност от съдийската, съответно прокурорската колегия на Висшия съдебен съвет (ВСС).

С навършване на петгодишен стаж като съдия, прокурор или следовател и след атестиране, с решение на съдийската, съответно прокурорската колегия на ВСС, съдиите, прокурорите и следователите стават несменяеми. Те се освобождават от длъжност само при:

1. навършване на 65-годишна възраст;
2. подаване на оставка;
3. влизане в сила на присъда, с която е наложено наказание лишаване от свобода за умишлено престъпление;
4. трайна фактическа невъзможност да изпълняват задълженията си за повече от една година;
5. тежко нарушение или системно неизпълнение на служебните задължения, както и действия, които накърняват престижа на съдебната власт.

⁸ Всички граждани, които участват в наказателното производство, са равни пред закона. Не се допускат никакви ограничения на правата или привилегии, основани на раса, народност, етническа принадлежност, пол, произход, религия, образование, убеждения, политическа принадлежност, лично и обществено положение или имуществено състояние.

Съдът, прокурорът и разследващите органи прилагат законите точно и еднакво спрямо всички граждани.

2. С преобладаващ функционален характер

- Процесуално-правно равенство и условия на състезателност на страните в съдебното производство (КРБ, чл. 121, (1); НПК, чл. 12, (1, 2).
- Разкриване на обективната истина в наказателното производство по реда и със средствата, предвидени в НПК (КРБ, чл. 121, (2); НПК, чл. 13, (1, 2).
- Оценка на доказателствените материали по вътрешно убеждение на съответния ръководно-решаващ орган на наказателното производство (НПК, чл. 14, (1, 2).
- Право на защита във всички стадии на наказателното производство (КРБ, чл. 122, (1, 2); ЗСВ, чл. 5, (3); НПК, чл. 15, (1–4))⁹.
- Непосредственост и устност при основаване и извършване на наказателното производство (НПК, чл. 18 и чл. 19).
- Публичност на съдебните заседания в наказателното производство (КРБ, чл. 121, (3); НПК, чл. 20).

Наказателно-процесуалното доказване играе своята решителна роля за съдържанието, вида и значението на присъдата, която отразява пълнотата и обективността на доказателствения материал. Присъдата представлява основен съдебен акт, с който приключва съдебното заседание на първата и въззивната инстанция, решавайки главните въпроси за виновността и отговорността на подсъдимия (НПК, чл. 32, (1) 1). За да бъде убедителна, присъдата следва да отговаря на изискванията на чл. 303, ал. 1 и ал. 2 от НПК¹⁰, както и да съдържа в основата си обективната истина относно обстоятелствата, включени към предмета на доказване в процеса. „Обективната истина“ като наказателно-процесуално понятие и основно начало означава, че същата трябва да бъде разкрита, доказана и отразяваща по несъмнен начин фактите от действителността. „Защото никой не може да бъде осъден при съмнение в неговата виновност“¹¹.

Следва да се вземе пред вид и факта, че влизането на присъдата в сила е изключително съществен момент от съдебната фаза на процеса, защото успоредно с нея влиза в сила за обществеността и приетата като доказана от съда обективна истина. Ето защо присъдата, в качеството си на основен и най-важен акт на правосъдието, трябва да бъде законна, обоснована и справедлива. Нейната неотменимост задължава съда да реализира така дисциплинирано процесуалните правила, че постановяването на присъдата да не поражда никакво съмнение в нейната правилност от страна на цялото общество.

Въпреки изложената по-горе конкретизация на основния принцип „Разкриване на обективната истина“, следва да се подчертае, че „присъдата е акт, който се постановява в условия на пълно и последователно разгръщане на основните начала на наказателния процес“¹². По този начин присъдата със своята същност и съдържание се явява

⁹ НПК предоставя на обвиняемия, пострадалия и другите лица, участващи в наказателното производство всички процесуални средства, необходими за защита на техните права и законни интереси.

Съдът, прокурорът и разследващите органи задължително им разясняват съответните процесуални права и им осигуряват възможност да ги упражняват.

¹⁰ Съдът е длъжен да признае подсъдимия за виновен, само когато обвинението е доказано по несъмнен начин. Присъдата не може да почива на предположения.

¹¹ Павлов, Ст. Наказателен процес на Република България; Обща част; под редакцията на проф. Димитър Михайлов и доц. Михаил Лулев, изд. Сиби, 1996б, с. 106.

¹² Павлов, Ст. Наказателен процес на Република България; Особена част; под редакцията на

като едно годно процесуално средство за реализиране задачите на НПК и съответно за ефективна борба с престъпността.

Предмет на доказване

Преди постановяването обаче на една правилна, респ. справедлива присъда, наказателно-процесуалното доказване трябва да премине очертания от формата на НПК път към предоставянето на достоверни фактически обстоятелства, релевантни за предмета на доказване в производството (НПК, чл. 102, 1–3). Той включва определени категории факти и обстоятелства, притежаващи общи черти и подлежащи на доказване по всяко едно наказателно дело, без оглед на неговия специфичен характер – общ или частен. Регламентираната в НПК съвкупност от фактически обстоятелства образува т. нар. основен, или главен факт в процеса и представлява обобщено ръководство за процесуалното доказване. Съдържанието на установените от законодателя обстоятелства¹³ подлежи на пряко конкретизиране във всяко отделно наказателно производство. Правилното разглеждане и решаване на делото изисква пълно изясняване предмета на доказване посредством събиране и проверка на всички доказателствени материали по предвидения от закона ред. Предвид гореизложеното е невъзможно да бъде предварително установено конкретното съдържание на предмета на доказване в отделния казус, разрешаван по дадено наказателно производство¹⁴.

Процесът на доказване е свързан с осъществяването на специфична процесуална дейност по допускане, събиране, проверка и оценка на доказателствените материали във всеки конкретен случай. В този смисъл е постановено и принципното правило на чл. 14, ал. 2 от НПК, според което доказателствата и средствата за тяхното установяване нямат и не могат да имат предварително определена сила за решаващия делото съдебен състав.

Наказателно-процесуалното доказване по своята същност се изразява в изясняването, разкриването и установяването на факти и обстоятелства, които действително са настъпили, но в отминал период от време. То може да бъде осъществявано единствено посредством предвидените в НПК процесуални доказателствени средства и способности.

проф. Димитър Михайлов и доц. Михаил Лулев, изд. Сиби, 1996в, с. 183.

¹³ Подлежащите на доказване фактически обстоятелства следва да се отнасят към: действително извършеното престъпление и участието на обвиняемия в него; характерът и размерът на вредите, причинени с деянието; всички останали обстоятелства, относими за наказателната отговорност на обвиняемия, включително и свързаните с неговото семейно и имуществено положение.

¹⁴ Павлов, Ст. Наказателен процес на Република България; Обща част; под редакцията на проф. Димитър Михайлов и доц. Михаил Лулев, изд. Сиби, 1996 г., с. 280 и с. 287.

Доказателства

За да притежават качеството на доказателства в наказателното производство, фактическите данни следва да отговарят на определени изисквания. Според разпоредбата на чл. 104 от НПК същите би трябвало да са относими към обстоятелствата по конкретното дело, както и да допринасят за тяхното изясняване¹⁵.

Правният термин „фактически данни“ не е легално дефиниран в НПК и следва да се приеме, че означава данни, които фактически отразяват действителността. Понятието „факт“ се използва в българския език като синоним на реалност, на действителен случай, чието съществуване е безспорно, може да бъде доказано и не подлежи на съмнение. Законодателят правилно нарича доказателствата в НПК „фактически данни“, тъй като те имат характер на факти от обективната действителност.

От изключително доказателствено значение е пряката връзка между фактическите данни и обстоятелствата по делото, защото всяко деяние би могло да породи множество действителни следи, но само тези, които са свързани с предмета на доказването биха могли да имат значението на правно релевантни факти и съответно да бъдат приети като доказателства в наказателното производство. Самата връзка и относимостта на фактическите данни към обстоятелствата по конкретното дело следва да бъдат реално обективирани, поради което подлежат на същото доказване по несъмнен начин. Фактическата връзка би могла да бъде установена във всеки момент от действителността, независимо от това дали е възникнала в миналото или е новосъздадена; дали има характер на временна или постоянна; дали е връзка между причина и следствие или обратното; може да бъде връзка между две и повече независими последици от една и съща причина или деяние и т. н.

Фактическите данни не само трябва да бъдат свързани с обстоятелствата от предмета на доказването, но те следва и да допринасят за тяхното изясняване. За отбелязване е, че тези два елемента – връзката и приноса на фактическите данни за изясняването на обстоятелствата по делото са кумулативно дадени в закона.

В практиката е възможно следното явление – наличие на обективна връзка между даден факт и предмета на доказване, но липса на принос за изясняване на съответното обстоятелство по конкретното дело. Тази хипотеза води до съществуването на реална пречка за съответния релевантен факт да бъде допуснат като доказателство. Ето защо само свързаният с предмета на доказване факт, който в същото време допринася за неговото изясняване, се приема като правно релевантен и съответно относим. Тази негова относимост винаги представлява задължително условие за допускането му като доказателство.

Не на последно място следва да се подчертае и изискването за установяване на фактическите данни – доказателства по предвидения в НПК ред, като едно от условията за тяхната допустимост и достоверност. Същото правило важи и за доказателствените средства, които не могат да бъдат допускани, събирани и изготвени при други условия и ред, освен регламентираните в кодекса (НПК, чл. 105, (2).

Затова е възможно определен факт да бъде свързан и допринасящ за изясняване на обстоятелствата по делото, но в същото време да не е установен по реда, предвиден от НПК. При тази хипотеза фактът не би могъл да послужи като доказателство в процеса, защото неговото съществуване в обективната реалност не е доказано по несъмнен начин и следователно от него не могат да бъдат изведени фактически изводи.

¹⁵ Вж. „Предмет на доказване“ (НПК, чл. 102, 1–3).

Следователно, съдържанието на понятието „Доказателство“ се изпълва посредством наличието на следните съставни елемента: фактически данни от обективната действителност; тяхната връзка и принос за изясняването на обстоятелствата по делото; установяването им по предвидения в НПК ред. Така легално дефинирани в разпоредбата на чл. 104 от НПК, четирите съдържателни компонента в състава на определението за доказателствата задължително трябва да съществуват кумулативно. Практиката на Върховния касационен съд (ВКС) поставя същите изисквания за кумулативна свързаност на фактите с обстоятелствата по делото, приносят им за тяхното изясняване, както и установяването им по реда, предвиден в НПК (Решение № 316 – 2012 – III н. о.).

Практическото доказване на фактическите данни от действителността не се допуска по друг начин, освен посредством тяхното прилагане по делото или възпроизвеждането им по реда и правилата на НПК. В противен случай тези факти не биха могли да бъдат използвани като доказателства. Възпроизвеждането на фактите е възможно само чрез специално постановените в НПК средства, които са изброени изчерпателно, с изключение на писмените доказателствени средства. Според разпоредбата на чл. 105, ал. 1 от НПК, тяхната основна наказателно-процесуална функция се изразява във възпроизвеждането на доказателства или на други доказателствени средства. Отделните видове доказателствени средства са легално определени в нормата на чл. 114 от НПК, която ги класифицира като: гласни, веществени и писмени¹⁶.

Една от най-важните особености на доказването в наказателния процес се изразява в необходимостта от съществуването на процесуална „връзка между съдържание (фактически данни) и форма (доказателствено средство) [...]“¹⁷.

Доказателствата, доказателствените средства, както и тяхната съвкупност се определят с общия процесуален термин „доказателствени материали“.

Необходимо е да бъдат диференцирани и процесуално-техническите форми, чрез които единствено се установяват и проверяват доказателствата и се реализират доказателствените средства. Те са регламентирани в разпоредбата на чл. 136, ал. 1 от НПК, който изброява лимитативно различните видове доказателствени способности за събиране и проверка на вече установен доказателствен материал в наказателното производство¹⁸.

Съобразно изискванията на процесуалното доказване, средствата и способите за събиране и проверка на доказателствата имат еднаква стойност в наказателното производство. Те подлежат на преценка от компетентния ръководно-решаващ орган, който разглежда съвкупно целия доказателствен материал въз основа на вътрешното си убеждение. Затова нито едно от доказателствените средства и способности не може да се ползва с особена сила пред останалите, конкретно установени от НПК.

¹⁶ Вж. Чинова, М. Досъдебното производство по НПК. (Теория и практика). „Сиела Норма“ АД, София, 2013а, с. 498–501.

¹⁷ Вж. Беленски, Р. Разпит на свидетели в наказателното производство, Софи-Р, 1999, с. 9.

¹⁸ Способите на доказване в наказателното производство са: разпит, експертиза, оглед, претърсване, изземване, следствен експеримент, разпознаване на лица и предмети и специални разузнавателни средства (СРС). Нормата на чл. 136, ал. 2 от НПК предвижда прилагането на доказателствени способности по отношение на адвокати и нотариуси да бъде съобразено и с разпоредбите на Закона за адвокатурата (ЗА) и Закона за нотариусите и нотариалната дейност (ЗННД).

Видове доказателства

Отделните видове доказателства се класифицират от правната доктрина според различни критерии в следните четири групи:

1. преки и косвени,
2. първични и производни,
3. обвинителни и оправдателни,
4. веществени и невестествени¹⁹.

Доказателствата биват **преки и косвени** според тяхната връзка с конкретното съдържание на предмета на доказване в наказателното производство.

Преки са доказателствата, които пряко, непосредствено установяват обстоятелствата, отнасящи се към основния факт в процеса, без помощта на други доказателства²⁰. Противоположно е положението с косвените доказателства, които биха могли да доведат до доказване на фактически обстоятелства по делото само косвено, т. е. винаги чрез други доказателства и след задължителна съпоставка с останалите доказателствени факти в процеса.

Разделянето на доказателствата на **първични и производни** е поставено в зависимост от техния първоизточник – доказателственото средство, което ги възпроизвежда. Първичните доказателства са почерпани от първия си източник. Възпроизвеждат се посредством показанията на свидетеля – очевидец относно непосредствено възприети от него факти, обясненията на обвиняемия, респ. подсъдимия, оригиналните документи. Производните доказателства се пресъздават чрез доказателствено средство, което не е първично. Те са възпроизведени непряко, например с помощта на показанията на свидетел, който не е очевидец или от документ, който не е оригинален и т. н.

Според своя предмет доказателствата се делят на **обвинителни и оправдателни**.

Съдържанието им е изведено от разпоредбата на чл. 107, ал. 3 от НПК, установяваща като обвинителни доказателствата, които разобличават обвиняемия или отегчават неговата отговорност, а като оправдателни доказателствата, които го оправдават или смекчават отговорността му. Посредством това диференциране законодателят въвежда задължението на съда и органите на досъдебното производство да бъдат обективни, именно като събират и проверяват както обвинителните, така и оправдателните доказателства. Следователно, предметът на доказване в наказателното производство включва и обвинителните и оправдателните доказателства.

Самото естество на доказателствата е критерият, който ги отграничава на **веществени и невестествени**.

По смисъла на тази класификация следва да се отбележи, че НПК регламентира единствено веществените доказателства – в специално отредената Глава дванадесета.

Разпоредбата на чл. 109 от НПК визира само някои от видовете веществени доказателства, а именно:

– предметите, които са били предназначени или са послужили за извършване на престъплението;

¹⁹ Павлов, Ст. Наказателен процес на Република България; Обща част; под редакцията на проф. Димитър Михайлов и доц. Михаил Лулев, изд. Сиби, 1996д, с. 335.

²⁰ Показанията на свидетеля – очевидец на престъпното деяние, както и самопризнанието на обвиняемия, респ. подсъдимия, оригиналните документи са най-често представяните източници на преки доказателства в наказателното производство. Когато се установи достоверността на тези доказателствени средства непосредствено, без помощта на други факти, тогава се разкрива обективната истина относно обстоятелствата, включени в предмета на доказването.

– предметите, върху които има следи от престъплението или са били предмет на престъплението, както и всички други предмети, които могат да послужат за изясняване на обстоятелствата по делото.

Преди да бъдат приложени към делото, веществените доказателства трябва да бъдат внимателно огледани, подробно описани в съответен протокол и по възможност фотографирани, като се вземат всички възможни мерки да не се повредят или изменят.

Когато делото се предава от един държавен орган на друг, веществените доказателства се прикрепват към него, с изключение на тези, които поради своите размери или по други причини не могат да бъдат приложени към делото. Те трябва да бъдат по възможност запечатани и оставени на съхранение в местата, посочени от съответния ръководно-решаващ орган. Пери и други ценности се предават за пазене в търговската банка, обслужваща държавния бюджет, или в Българската народна банка (БНБ).

Веществените доказателства се пазят до завършването на наказателното производство. Предметите, иззети като веществени доказателства могат да бъдат върнати на правоимащите лица, от които са отнети преди приключването на делото, само когато това няма да затрудни разкриването на обективната истина и когато не съставляват предмет на административно нарушение, с изричното разрешение на прокурора. По искане за връщането им прокурорът се произнася в тридневен срок, а отказът му би могъл да бъде обжалван от правоимащия пред съответния първоинстанционен съд, който се произнася по жалбата в същия тридневен срок от постъпването ѝ еднолично в закрито заседание с определение, което е окончателно.

Предметите, иззети като веществени доказателства, които подлежат на бързо разваляне и не могат да се върнат на правоимащите лица, от които са отнети, се предават на съответните учреждения и юридически лица за ползване според тяхното предназначение или се продават и получената сума се внася в търговска банка, обслужваща държавния бюджет, но само с изричното разрешение на съответния прокурор.

Наркотичните вещества, прекурсорите и растенията, съдържащи наркотични вещества, както и акцизните стоки, могат да бъдат унищожени и преди приключването на наказателното производство при условия и по ред, предвидени в Закона за контрол върху наркотичните вещества и прекурсорите (ЗКНВП).²¹ В този случай до приключването на делото се пазят само иззетите представителни проби (НПК, чл. 110 (1); чл. 111 (1–5)).

Разпореждане с веществени доказателства

Предметите (вещи и документи), иззети като веществени доказателства, се отнемат в полза на държавата, независимо от наказателната отговорност при следните хипотези:

- принадлежащите на виновния, които са били предназначени или са послужили за извършване на умишлено престъпление;

²¹ Обн., ДВ, бр. 30 от 2.4.1999 г., в сила от 3.10.1999 г., посл. изм. ДВ, бр. 17 от 23.2.2018 г., в сила от 23.2.2018 г. Въз основа на разпоредбите на чл. 90, ал. 3 и 4; чл. 91, 93, 94 и чл. 95, ал. 1 от ЗКНВП е издадена специална Наредба за условията и реда за съхраняване и унищожаване на наркотични вещества, растения и прекурсори, както и за вземане на представителни проби от тях – Приета с Постановление на Министерски съвет (ПМС) № 28 от 14.2.2006 г. – Обн., ДВ, бр. 18 от 28.2.2006 г., посл. изм. бр. 60 от 22.7.2014 г., в сила от 22.7.2014 г. Следва да бъде взето предвид и съответното Постановление № 115 на МС от 28.4.2011 г. за изменение и допълнение на Наредбата за условията и реда за съхраняване и унищожаване на наркотични вещества, растения и прекурсори, както и за вземане на представителни проби от тях, приета с Постановление № 28 на Министерския съвет от 2006 г. (ДВ, бр. 18 от 2006 г.) – Обн., ДВ, бр. 36 от 10.5.2011 г., в сила от 10.5.2011 г.

- принадлежащите на виновния, които са били предмет на умишлено престъпление – в случаите, изрично предвидени в особената част на Наказателния кодекс (НК)²²;
- вещите – предмет или средство на престъплението, притежаването на които е забранено;
- придобитото чрез престъплението, ако не подлежи на връщане или възстановяване. Когато придобитото липсва или е отчуждено, присъжда се неговата равностойност (НК, чл. 53 (1, 2));
- когато не е установено на кого принадлежат и в едногодишен срок от завършването на наказателното производство не са били потърсени (НПК, чл.112 (1));
- моторните превозни средства (МПС), когато не е установено на кого принадлежат и в петгодишен срок от изземването им не са били потърсени. В досъдебното производство отнемането се извършва с постановление на прокурора, а в съдебното производство – с определение на съда (НПК, чл.112 (3)).

Иззетите като веществени доказателства предмети, чието притежаване е забранено, се предават на съответните учреждения или се унищожават, а иззетите писма, книжа или други писмени актове се оставят към делото или се предават на заинтересованите учреждения, юридически и физически лица.

При възникване на спор за право върху предмети, иззети като веществени доказателства, който подлежи на разглеждане по реда на Гражданския процесуален кодекс (ГПК)²³, същите се пазят, докато решението на гражданския съд влезе в сила (НПК, чл.112 (2, 4) и чл. 113).

Невеществените доказателства от своя страна представляват факти, които нямат материално естество. Тъй като биват извеждани от вътрешната/психична човешка природа, те служат най-често за доказване на субективната страна на престъплението – мотиви, подбуди, особени цели, намерения и др. Следва да се има предвид, че поради тяхното нематериално съдържание, този вид доказателства не биха могли да се прилагат по делото и затова обикновено се възпроизвеждат чрез специално постановените в НПК доказателствени средства²⁴.

²² Обн., ДВ, бр. 26 от 2.4.1968 г., в сила от 1.5.1968 г., посл. изм. ДВ, бр. 55 от 3.7.2018 г.

²³ Обн., ДВ, бр. 59 от 20.7.2007 г., в сила от 1.3.2008 г., посл. изм. и доп. ДВ, бр. 65 от 7.8.2018 г., в сила от 7.8.2018 г.

²⁴ Вж. Чинова, М. Досъдебното производство по НПК (Теория и практика). „Сиела Норма“ АД, София, 2013б, с. 505–512.

LEGAL BASIS OF ESTABLISHING EVIDENCE IN BULGARIAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

Elena Nedyalkova²⁵

The author of this paper makes important conclusions and recommendations in view of the development and improvement of Bulgarian legislation in the field of the law of evidence.

Criminal legal protection ensures the safety of all persons whose testimony, statements or information are essential to the criminal proceedings.

In view of the effective application of the process of establishing evidence in

Bulgarian criminal procedural law under consideration in the present paper are all basic principles of the Bulgarian Criminal Procedural Code currently in force.

All the requirements with regard to the definition of establishing evidence and its classification are also studied in detail in the paper.

Keywords: Legal Regulation, Criminal Procedure, Law of Evidence

²⁵ Lecturer in Criminal Procedural Law in the Law Department of New Bulgarian University, Senior Assistant Professor, PhD, enedialkova@nbu.bg.

ВЪРХУ НЯКОИ ВЪПРОСИ И РИСКОВЕ ЗА СВОБОДАТА НА СЛОВОТО ВЪВ ВРЪЗКА С НОВИЯ ОБЩ РЕГЛАМЕНТ ЗА ЗАЩИТА НА ЛИЧНИТЕ ДАННИ 2016/679 И ВНЕСЕНИЯ ЗАКОНОПРОЕКТ ЗА ИЗМЕНЕНИЕ И ДОПЪЛНЕНИЕ КЪМ ЗЗЛД

Симона Велева¹

Въпросът за защитата на личните данни е може би един от най-актуалните правни проблеми на 2018 година, най-вече с въвеждането на новия Регламент (ЕС) 2016/679 на Европейския парламент и на Съвета от 27 април 2016 година относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни и относно свободното движение на такива данни и за отмяна на Директива 95/46/ЕО (Общ регламент относно защитата на данните, наричан по-нататък „Общия регламент“). Влизането му в сила на 25 май 2018 г. предизвика смут и огромни дебати в световен мащаб, поради безпрецедентния си обхват и отражение за бизнеса, но също така и за физическите лица, включително и тези, които не са граждани на Европейския съюз. Неговият ефект и съпътстващите промени в националните законодателства в отделните закони за защита на личните данни тепърва ще бъдат обект на оценка, но в настоящето изследване внимание заслужава анализа на някои аспекти на общата уредба на личните данни – хипотезите, когато те влизат в колизия със свободата на словото и най-вече със правото на търсене, получаване и разпространяване на информация, особено в журналистическата сфера, както и направените предложения за изменения и допълнения на Закона за защита на личните данни (ЗЗЛД).

1. Неприкосновеността на личния живот и личните данни

Най-напред следва да се уточни, че неприкосновеността на личния живот и защитата на личните данни, макар и близки и тясно свързани, са самостоятелни права. Неприкосновеността на личния живот е гарантирана най-напред в член 12 от ВДПЧ, а по-късно намира своето правно закрепване в член 8 от ЕКПЧ. Тя обхваща защитата на личния и семейния живот, жилището и тайната на кореспонденцията, като обхватът ѝ е различен и тази намеса може да бъде оправдана при надделяващ обществен интерес в определени случаи.

Защитата на личните данни като самостоятелно право е продукт на развитието на обществените отношения от края на ХХ в. и става особено актуално и необходимо в дигиталната ера, в която личните данни на потребителите се превръщат във все по-състоятелна и търсена валута, от която могат да се добият огромни икономически изгоди. Защитата на личните данни в Европа на национално равнище започва в Швеция със закон за защита на личните данни от 1973 г. (Datalagen), като тя бива последвана от Франция със закон № 78-17 от 6 януари 1978 г. относно информационните технологии, данните и гражданските свободи (La loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés) и Германия с Bundesdatenschutzgesetz от 1978 г., като в Германия в някои от провинциите има законодателство още от 1970 г. През 1984 г. Великобритания приема Data Protection

¹ Докторант по конституционноправни науки, СУ „Св. Климент Охридски“, simona.veleva@yahoo.com.

Акт, като постепенно цяла Европа възприема законодателство за защита на личните данни.² През 1981 г. Съвета на Европа приема самостоятелна Конвенция № 108 на Съвета на Европа от 28.01.1981 г. за защита на лицата при автоматизираната обработка на лични данни. Тя предвижда защита при автоматизираната обработка на лични данни както в обществените, така и в частния сектор. Член 8 от Хартата на основните права на ЕС (Хартата) извежда защитата на личните данни като самостоятелно право. Друг е въпросът за съотношението между Хартата и ЕКПЧ и възможността за ефективно прилагане на Хартата, но във всеки случай тя прогласява изрично, че всеки има право на защита на неговите лични данни. Тези данни трябва да бъдат обработвани добросъвестно, за точно определени цели и въз основа на съгласието на заинтересованото лице или по силата на друго предвидено от закона легитимно основание. Всеки има право на достъп до събраните данни, отнасящи се до него, както и правото да изиска поправянето им. Член 8 предвижда още, че спазването на тези правила подлежи на контрол от независим орган. Правото на защита на личните данни е различна категория от защитата на неприкосновеността на личния живот, тъй като всяко обработване на лични данни е обект на подходяща защита. Защитата на данните се отнася до всички видове лични данни и обработката им, независимо от връзката и въздействието върху личния живот. Обработката на лични данни също може да наруши правото на личен живот, но това не е задължително. Не е необходимо да се доказва нарушение на личния живот, за да са приложат правилата за защита на данните. Самото право на неприкосновеност на личния живот е закрепено самостоятелно в член 7 от Хартата.

Правото на неприкосновеност на личния живот засяга хипотези, при които частният интерес или „личният живот“ на дадено лице са компрометирани³. Практиките по член 8 от ЕКПЧ е една от най-богатите и подробните, в които многократно е извеждано и тълкувано съдържанието на понятието „личен живот“ и неговите особености във всеки конкретен случай с оглед на намесата и чувствителността на информацията. В литературата правото на лична неприкосновеност включва класификация на няколко самостоятелни категории – физическа неприкосновеност, териториална неприкосновеност (лично пространство, включително жилището на лицето), комуникационна неприкосновеност (кореспонденция, телефонни разговори), информационна неприкосновеност (лични данни),⁴ като част от него е и правото на чест, достойнство и добро име.

За разлика от това, обработката на лични данни трябва да е съпътствана от определени правила и процедури за гарантиране на защитата на тези данни, за да не станат те обект на злоупотреба, но тяхното ползване в повечето случаи не е в обхвата на тази неприкосновена лична автономна сфера. Напротив, свързана е с идентифицирането на лицата и тяхното взаимодействие с останалите субекти и с обществото като цяло, професионалното им положение, разпознаването им от обществото като личности с определени белези, които ги индивидуализират. Ето защо, личните данни не бива да бъдат и обект на прекомерна защита. Най-вече тя не следва да бъде в ущърб на правото на достъп до информация, като основно човешко пра-

² Вж. Fuster, G. *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Belgium: Springer, 2014, p. 55–71.

³ Вж. Панайотова, Е. *Достъп до обществена информация*. С.: Сиби, 2003, с. 56 и сл.; Николова, Р. *Публичноправни проблеми на печатните медии*. С.: Дружество Европейско право, 2016, с. 180 и сл.; Огнянова, Н. *Медийна политика и право на ЕС*. С.: УИ „Св. Климент Охридски“, 2014, с. 432 и сл.

⁴ Вж. Leith, P. *Privacy in the Information Society*, Vol. II. USA, NY: Routledge, 2016, p. 126, както и Боев, Б., Къшъмов К., Кънев К., Огнянова Н., Русинова П. *Свобода на изразяване*. С.: Сиби, 2010, с. 111 и сл.

во. Общественият интерес следва да надделява над личния, тогава когато има легитимни основания за това и информацията трябва да се предоставя навременно, надлежно и бързо, без необосновани допълнителни административни тежести за лицата, които я искат.

II. Защита на личните данни в Европейския съюз

На равнище Европейски съюз, защитата на личните данни бележи началото си с Директива 95/46/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 24 октомври 1995 година за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни, като до 2018 година тя дава основния инструментариум за защита и бива транспонирана в законодателствата на отделните държави, обаче със съществени разлики. Тъй като е приложима само за държавите членки, уредбата на равнище Европейски съюз се допълва с Регламент (ЕО) № 45/2001 на Европейския парламент и на Съвета от 18 декември 2000 година относно защитата на лицата по отношение на обработката на лични данни от институции и органи на Общността и за свободното движение на такива данни. С регламента се създава т. нар. Европейски надзорен орган по защита на данните (ЕНОЗД). Неговите основни функции са свързани с контрол върху обработката на лични данни от администрацията на ЕС, предоставяне на съвети и становища на институциите и органите на ЕС, обработка на жалби и провеждане на разследвания, както и работа с националните органи, проучвания и доклади. Наред с него по силата на член 29 от директивата се създава и едноименната Работната група по член 29. Тя е независима и има консултативни функции. С приемането на новия Общ регламент за защита на личните данни като правопреемник на Работната група по член 29 се създава Европейски комитет за защита на личните данни. Комитетът е орган на ЕС и притежава правосубектност. Съставен е от ръководителя на всеки орган за защита на данните и на Европейския надзорен орган по защита на данните. В него участва и Европейската комисия, но без право на глас. Новият комитет си поставя задачата да допринася за съгласуваното прилагане на регламента в рамките на Съюза и в взаимоотношенията му с трети страни.

В светлината на защитата на свободата на словото и най-вече на журналистическата дейност следва да се посочат някои от водещите принципи на Директива 95/46, които намират отражение и следва да се прилагат активно и ефективно и при действието на новия регламент, включително и от новия орган. Съображение 17 от директивата предвижда ограничаване на приложението ѝ, що се отнася до обработването на звук и картина, извършвано за целите на журналистическа дейност или на литературно или художествено изразяване. Съображение 37 също предвижда, че обработването на лични данни за целите на журналистиката или за цели, свързани с литературно или художествено изразяване, и по-конкретно в областта на аудиовизията, трябва да отговарят на условията за освобождаване от изискванията на някои разпоредби на директивата. Това е необходимо, за да се постигне баланс между основните права на лицето и свободата на информация, и по-конкретно на правото на всяко лице да получава и предава информация, както е гарантирано изрично в член 10 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи. В този смисъл, директивата изрично повелява държавите членки да приемат определени изключения и дерогации, необходими за постигането на равновесие между основните права по отношение на общите мерки за законосъобразност на обработването на данни, мерките за предаване на данни на трети страни и правомощията на надзорния орган. Ето защо се предлагат различни мерки като на надзорния орган, отговарящ за този сектор, трябва да се предоставят последващи правомощия, например да публикува редовен доклад или да отнася въпроси до съдебните власти. Всяка държава сама преценява какви да са тези мерки, но най-важното е да се гарантира в достатъчна степен правото на изразяване на мнение, свободата на медиите и правото на търсене, получаване и разпространяване на информация.

Тези изключения директивата посочва изрично в член 9 по отношение на разпоредбите, свързани с предаване на лични данни на трети страни (глава IV) и по отношение на надзорния орган на работна група за защита на лицата при обработка на лични данни (глава VI), относно обработването на лични данни, когато то се извършва единствено за целите на журналистическа дейност или на литературно или художествено изразяване, само ако са необходими за съгласуване на правото на личен живот и правилата, регулиращи свободата на словото. Наред с приемането на Общия регламент се прие и Директива (ЕС) 2016/680 на Европейския парламент и на Съвета от 27 април 2016 година относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни от компетентните органи за целите на предотвратяването, разследването, разкриването или наказателното преследване на престъпления или изпълнението на наказания и относно свободното движение на такива данни, и за отмяна на Рамково решение 2008/977/ПВР на Съвета. Тя също внася определени промени, но те касаят най-вече отделните държавни полицейски и разследващи органи и хипотезите ѝ не се отнасят пряко до журналистическата дейност.

III. Особенности и изключения по новия Общ регламент за защита на личните данни

При разглеждане на баланса между правото на изразяване на мнение и защитата на личните данни, следва да се посочат някои общи характеристики на новия регламент, които са пряко съотносими и в светлината журналистическата дейност и свободата на пресата. На първо място това е понятието за лични данни. По смисъла на член 4 от Общия регламент, който дава яснота по отношение на отделните понятия, „лични данни“ означава всяка информация, свързана с идентифицирано физическо лице или физическо лице, което може да бъде идентифицирано („субект на данни“) пряко или непряко, по-специално чрез идентификатор като име, идентификационен номер, данни за местонахождение, онлайн идентификатор или по един или повече признаци, специфични за физическата, физиологичната, генетичната, психическата, умствената, икономическата, културната или социална идентичност на това физическо лице. На практика това означава всякаква информация, която спомага за идентифицирането на лицето или неговото индивидуализирано, дори и косвено. Освен това, Регламентът въвежда по-общо понятие за администратор на лични данни, като това вече е физическо или юридическо лице, публичен орган, агенция или друга структура, която сама или съвместно с други определя целите и средствата за обработването на лични данни; когато целите и средствата за това обработване се определят от правото на Съюза или правото на държава членка, администраторът или специалните критерии за неговото определяне могат да бъдат установени в правото на Съюза или в правото на държава членка. Тоест, както и до приемането на Общия регламент, от една страна качеството на администратор може да произтича от закона, но може да произтича и от извършваната от него дейност по обработка на лични данни. Подобен общ обхват би могъл сериозно да възпрепятства журналистически търсения и работа с информация. Ето защо, следва да се прилагат ясно принципите на самия регламент, който разпознава и идентифицира този проблем. Основната отговорност се поверява в ръцете на държавите членки, които следва много ясно да уредят достатъчно гаранции и изключения, за да могат журналистите да вършат спокойно и без страх от санкции своята работа. Защитата на данните е благо напълно съотносимо с правото на информация. Нещо повече, защитата на данните винаги обслужва и е в интерес най-вече на отделните лица, докато правото на информация е в интерес на цялото общество. Съображение 153 предвижда задължението на държавите членки да съвместява разпоредбите, уреждащи свободата на изразяване на мнение и свободата на информация, включително за журналистически, академични, художествени или литературни цели, и правото на защита на личните данни по регламента. Обработването на лич-

ни данни единствено за журналистически цели или за академично, художествено или литературно изразяване следва да подлежи на дерогации или освобождаване от изискванията на някои разпоредби на регламента, за да се съчетае при необходимост правото на защита на личните данни с правото на свобода на изразяване на мнение и свобода на информация, заложен в член 11 от Хартата. Изрично се посочва, че това следва да се прилага по-специално по отношение на обработването на лични данни в аудио-визуалната област и в новинарските архиви и библиотеките с печатни издания. Следва да се подчертае, че според регламента, за да се вземе предвид важността на правото на свобода на изразяване на мнение във всяко демократично общество, е необходимо свързаните с тази свобода понятия, като журналистиката например, да се тълкуват широко. Това важи за всякакъв тип журналистика, включително блогъри, разследващи онлайн медии, фотожурналисти и т. н. Недопустимо и неправилно е журналистите да трябва да бъдат задължавани да доказват, че работят като такива. Преценката за работата им трябва да се взема с оглед на публикувания материал и обработените от тях данни. Ако става дума за публикация и осведомяване на обществеността за каквито и да е факти, включително лични за определени лица, винаги е налице журналистическа дейност. Тези публикации и включването в тях на лични данни могат да подлежат на санкции по отношение на общите граници на правото на изразяване на мнение, но не и да бъдат ограничавани под предлог, че е нарушен регламентът. Лицата, по отношение на които се отнасят журналистическите данни могат да искат тяхното заличаване само в хипотезата на новото право, което регламентът въвежда, т.нар. право да бъдеш забравен по член 17. Във всички случаи, когато става дума за работата, дейността на лица, които заемат политически, властови или длъжностни позиции, то правото на информация следва да надделява. Според регламента държавите членки следва да приемат законодателни мерки, с които да определят освобождаванията и дерогациите, необходими за постигането на баланс между тези основни права.

Най-важната разпоредба по отношение на свободата на словото в регламента, която гарантира обработването и свобода на изразяване и информация е член 85. Според него държавите членки съгласуват със закон правото на защита на личните данни в съответствие с регламента с правото на свобода на изразяване и информация, включително обработването за журналистически цели и за целите на академичното, художественото или литературното изразяване. Член 85 предвижда уреждането на редица изключения от следните области: глава II (принципи), глава III (права на субекта на данни), глава IV (администратор и обработващ лични данни), глава V (предаване на лични данни на трети държави и международни организации), глава VI (независими надзорни органи), глава VII (сътрудничество и съгласуваност) и глава IX (особени ситуации на обработване на данни), ако те са необходими за съгласуване на правото на защита на личните данни със свободата на изразяване и информация. Гаранцията за спазването на уредбата на тези изключения е дадена с изискването всяка държава членка да уведомява Комисията за разпоредбите в правото си, които е приела и да я уведомява незабавно за всеки последващ закон за изменение или за всяко изменение, които ги засягат.

Ето защо, следва журналистите да не се подложени на толкова строга проверка и най-вече в никакъв случай не следва да се преследват преднамерено и спрямо тях принципите на отчетност, ограничение на съхранението, поверителност и свеждане на данните до минимум трябва да се прилагат с по-малка строгост спрямо останалите субекти, като се взема предвид специфична роля на медиите на куче-пазач на обществото, като националните законодателства трябва изрично да го предвидят във вътрешното си право. Така член 85 от Общия регламент надгражда член 9 от Директива 95/46 като предвижда както много

повече правила по отношение на защитата на данните, така и респективно повече изключения за целите на свобода на изразяване и информация.

В своята практика Съдът на Европейския съюз⁵ анализира член 9 като отбелязва значението на правото на свобода на изразяване във всяко демократично общество и постановява, че данни от документи, които са обществено достояние съгласно националното законодателство, могат да бъдат класифицирани като „журналистически дейности“, ако тяхната цел е разкриването пред обществото на информация, мнения или идеи, независимо от начина, по който те се предават. Той отбелязва, че тези дейности не се ограничават до медийните предприятия и могат да бъдат предприети и с цел печалба. Тези изводи са приложими и към Общия регламент.

В този смисъл, следва да се обърне внимание на предложения законопроект за изменение и допълнение на ЗЗЛД, който е обект на обществени консултации до края на месец май 2018 г. и да се идентифицират някои проблеми, свързани с гарантирането на правото на изразяване.

IV. Коментар на внесения законопроект за изменение и допълнение на ЗЗЛД

В досега действащия ЗЗЛД е предвиден чл. 4, ал. 2, изр. 1 от ЗЗЛД, според което „обработването на лични данни е допустимо и в случаите, когато то се извършва единствено за целите на журналистическата дейност, литературното или художественото изразяване, доколкото това обработване не нарушава правото на личен живот на лицето, за което се отнасят данните“. Този текст се намира в глава I Общи положения и има характер на принципна разпоредба, която гарантира обработването на лични данни за целите на изброените дейности, включително и журналистическата. В законопроекта е предвидено, че членове 2–5 от сегашната редакция на ЗЗЛД ще бъдат премахнати. С това ще се заличи и чл. 4, ал. 2 и принципната разпоредба ще отпадне като общо правило, залегнало в общите положения. Част от разпоредбата е пренесена в чл. 25д, но той не е идентичен и сам по себе си съдържа някои сериозни недостатъци. Освен това, формулировката в чл. 25д не обосновава премаването на чл. 4, ал. 2, тъй като чл. 25д има характер на изключение, залегнало в глава четвърта „а“, озаглавена „Допълнителни правила и особени ситуации на обработване на лични данни“. Това изключение не следва да замества закрепване на текста на чл. 4, ал. 2 в общите положения, което е от изключително значение за обхвата на обработката на личните данни.

Законът за защита на личните данни следва да предвижда зачитане на правото на изразяване на мнение и на търсене, получаване и разпространяване на информация, както и въвеждане на принципна разпоредба в общите положения. Такава декларативна разпоредба е обосновано да бъде въведена в чл. 1, ал. 1 в съответствие със съображение 153 от Регламента. В този смисъл, от така представения законопроект и от мотивите към него не става ясно защо някои от разпоредбите на регламента са възпроизведени дословно, а други разпоредби от действащия закон са премахнати. Така предложения законопроект не внася достатъчно гаранции за защитата на основните права, които биха могли да бъдат в колизия със защитата на личните данни и най-вече правото на изразяване и то на принципно ниво. Той следва да отговаря на духа и целите на Регламента, заложен в съображение 4, според който обработването на лични данни следва да е предназначено да служи на човечеството. Правото на защита на личните данни не е абсолютно право, а трябва да бъде разглеждано във връзка с функцията му в обществото и да бъде в равновесие с другите основни права съ-

⁵ CJEU, C-73/07, Tietosuojavaltuutettu v. Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy [GC], 16 December 2008, т. 56, 61 и 62.

гласно принципа на пропорционалност. Това налага въвеждането както на материални гаранции, така и на общи разпоредби с принципен характер.

В мотивите и в оценката за въздействие на законопроекта се посочва, че някои от националните законодателни решения включват уредбата на „особени ситуации на обработване на лични данни: законопроектът предлага по-детайлна регламентация на отделни групи обществени отношения, като упражняването на правото на свобода на изразяване и информация, включително за журналистически цели и за целите на академичното, художественото или литературното изразяване“. В мотивите никъде не се изяснява и предвижда какви са мерките за гарантиране на правото на изразяване на мнение. „По-детайлната регламентация“ не означава, че е по-ефективна и внася повече гаранции за свободата на словото като конкуриращо се на защитата на личните данни право, както предвижда регламента. Декларативното пренасяне автоматично на текстовете в чл. 25д, ал. 1 от член 85, параграф 1 от Общия регламент, не развива и не изпълнява задачата, която член 85 от Общия регламент вмениява на националните държави с цел защита на свободата на словото и ясният баланс между нея и защитата на личните данни.

Член 85 от Общия регламент вмениява на държавите членки при уреждане на изключенията от редица разпоредби на самия Регламент. Той е озаглавен „обработване и свобода на изразяване и информация“. На първо място, следва да се вземе предвид особената цел и основна функция на разпоредбата, а именно – да остави в ръцете на националния законодател ценностното решение как и по какъв начин да гарантира в достатъчна степен, че защитата на личните данни, които регламентът въвежда, ще бъде в баланс с правните блага посочени в член 85 от Общия регламент. Законодателят трябва сам да прецени с какви мерки ще го предвиди, но регламентът му вмениява това задължение. В този смисъл формулировката на чл. 25д от законопроекта не само че е крайно недостатъчна за гарантирането и развиването на член 85, параграф 1 от Общия регламент, ами е и в противоречие с ценностното разбиране на тази разпоредба. Предложеният чл. 25д, вместо да гарантира правата и да предвижда изключения в случаите, в които администраторът обработва данни за журналистически цели и за целите на академичното, художественото или литературното изразяване, в предложената алинея 2 той възлага непропорционални и неясно дефинирани задължения на този администратор. Вярно е, че в алинея първа се посочва, че решението на администратора не може непропорционално да ограничава свободата на изразяване и информация. Само че алинея 2 изброява 10 критерия, които администраторът следва да съобрази преди да публикува информацията, като например влиянието, което разкриването на личните данни или тяхното обществено оповестяване би оказало върху неприкосновеността на личния живот на субекта на данни и неговото добро име; отчитане дали субектът на данни е лице, което заема длъжност по чл. 2, ал. 1 от Закона за публичност на имуществото на лицата, заемащи висши държавни и други длъжности или е лице, което поради естеството на своята дейност или ролята му в обществения живот е с по-занижена защита на личната си неприкосновеност или чиито действия имат влияние върху обществото; отчитане дали субектът на данни с действията си е допринесъл за разкриване на свои лични данни и/или информация за личния си и семеен живот, както целта, съдържанието, формата и последиците от изявлението. Чл. 25д вмениява задължение на администратора да съобрази съответствието на изявлението с основните права на гражданите. Изискване, за което са необходими юридически познания и добро познаване на основните права.

Чл. 25д, ал. 2 вмениява недопустими, непропорционални задължения на администратора, особено предвид широкото понятие за „администратор“, които регламентът въвежда. Те не само не се съобразяват с въвеждането на изключения, както повелява регламентът, ами

вменява и допълнителни задължения, като не може да се очаква, че медия, блог или журналисти на свободна професия ще бъдат в състояние да изпълнят и ще имат специалните знания и ресурси, за да публикуват информация в съответствие с изискванията на чл. 25д. Освен това се поставя въпросът за доказването на направата на тази преценка от страна на администратора. Поставя се още въпросът, следва ли администраторът да изготвя правно становище във всеки конкретен случай. Така формулиран чл. 25д, ал. 2 дава десетте критерия кумулативно, като дори и при добросъвестна проверка от страна на администратора за журналистическите цели, академичното, художествено и литературно изразяване, остава опасността лицата да бъдат санкционирани непропорционално. Необходимостта от кумулативната им преценка поставя въпроса какви действия следва да предприеме администраторът, ако не са му известни някои от обстоятелствата предвидени по чл. 25д, ал. 2.

Националният законодател следва да предвиди изключения или дерогации за обработването, извършвано за журналистически цели и за целите на академичното, художественото или литературното изразяване в редица от главите на Регламента, както повелява член 85, параграф 2 от Общия регламент. Той ги предвижда, ако те са необходими за съгласуване на правото на защита на личните данни със свободата на изразяване и информация. Такива изключения са необходими с голяма степен за България, но предложеният законопроект не ги предвижда, нито мотивите ги маркират.

По-конкретно, по отношение на изключенията по глава II, принципите на прозрачност, свеждане на данните до минимум, ограничаване на съхранението и най-вече поверителност не следва да се прилагат в същата степен и строгост, както за останалите администратори, когато става дума за обработването, извършвано за журналистически цели и за целите на академичното, художественото или литературното изразяване. Когато под журналистически цели се разбира „осведомяване на обществеността“ тези принципи сами по себе си следва да отстъпят. Журналистите и медиите следва да могат да събират информация за своите разследвания и материали и по тяхна преценка да сметат какво да публикуват в съответствие с границите на комуникационните права и общия правов ред, а не да информират субектите на своите разследвания във всеки случай, да обработват и събират минимум данни и да ограничават съхранението им по начина и със строгостта, по които това се изисква от бизнеса.

По отношение на правата на субекта на данни по глава III от Общия регламент е недопустимо журналистите и медиите да предоставят във всеки конкретен случай на самия субект на данни цялата информация, предвидена в член 13 от Регламента, например. Това важи особено за разследващата журналистика. Стриктното прилагане на тази разпоредба и липсата на изключения от нея би потиснало, застрашило и репресирирало журналистическата дейност в степен граничеща със цензура. Гаранциите, дадени в член 17 от Регламента и въвеждането на „правото да бъдеш забравен“ предоставят достатъчно възможности за субектите, особено които са обект на журналистически материали, но също така са включени в документални филми, романи, есета, сатира, карикатури и други художествени, академични или журналистически произведения. Не случайно такова искане не следва да бъде уважено, когато е за целите на упражняване на правото на свобода на изразяването и правото на информация, както посочва самият член 17.

По отношение на глава VI от Общия регламент независими надзорни органи също следва да се предвидят изрични изключения, които да гарантират правата на лицата, които извършват обработването за журналистически цели и за целите на академичното, художественото или литературното изразяване. Вместо да се предвиждат изключения от възможността за разкриване на информация от страна на журналисти пред надзорния орган в

лицето на КЗЗЛД, чл. 12а предвижда недопустима намеса от страна на надзорния орган от гледна точка на редица правни блага, като защитата на тайната на източниците на информация на журналистите е само едно от тях. Тяхното право да не разкриват източниците си трябва да бъде прогласено изрично и да е изключение от предвидената в чл. 12а разпоредба. Защитата на тайната на журналистическите източници е имплицитна част от член 10 от ЕКПЧ⁶ и от чл. 39 от Конституцията. Според ЕСПЧ заповедта за разкриване на източника има възпиращ ефект и застрашава ролята на пресата на „куче-пазач“⁷. Недопустимо е орган от структурата на изпълнителната власт да има правомощия да санкционира журналисти при отказ от разкриване на източника. С изменението на закона следва да бъде спазен и балансът на тайната на кореспонденцията по чл. 34, ал. 1 от Конституцията, от една страна и на адвокатската тайна, прогласена изрично в чл. 30, ал. 5 от Конституцията, от друга. В този смисъл, предвиденият чл. 12а, ал. 1 трябва да бъде прецизиран и да се вземе предвид гарантирането на журналистическата дейност, правото на изразяване и правото на търсене, получаване и разпространяване на информация от гражданите, тайната на кореспонденцията и правото на адвокатска защита. Така формулираната разпоредба на чл. 12а от предложения законопроект предвижда противоречие между регламента и националното законодателство, което вместо да засили тайната на кореспонденцията, вмениява изключително широки правомощия на Комисията, които противоречат на принципа на разделение на властите и на принципа на правовата държава и са насочени към неправомерна намеса от страна на изпълнителната власт в неприкосновеността на личния живот и на свободата на словото. Намирането на цялостния баланс се отнася и до предвиждане на изключения в националния закон и по отношение на останалите глави от регламента.

На следващо място, предложения за обществено обсъждане законопроект предвижда долна граница в предвидения нов чл. 85, в размер на минимална санкция от 10 000 лева по ал. 1, 5000 евро по ал. 2 и 1000 лв. по ал. 3. Тези долни граници са абсолютно непропорционални и противоречат на „необходимостта в едно демократично общество“ по смисъла на ЕКПЧ. Подобна долна граница противоречи и на член 83 от Регламента и най-вече на изискването всеки надзорен орган да гарантира, че наложените административни наказания „глоба“ или „имуществена санкция“ са ефективни и пропорционални. Член 83 от Регламента не позволява да се приеме отклонение от правилото му и подобна вътрешна разпоредба в сегашната редакция на предложения чл. 85 от ЗЗЛД би противоречал на правото на европейския съюз и не следва да се прилага, защото правото на европейския съюз има предимство по отношение на онези разпоредби на вътрешното право, които им противоречат. Въвеждането на подобни спорни разпоредби е опасно за цялостния правов ред, би създавало множество административни и финансови тежести по обжалването на налагането на такива неправомерни санкции, които могат да доведат до несъстоятелност на редица бизнеси, за които би било непосилно изплащането им, а в по-тесни хипотези – до закриването на медии и в този смисъл до цензура и ограничаване на свободната стопанска инициатива. ЗЗЛД не следва да предвижда минимални санкции, като те следва да бъдат премахнати изцяло от законопроекта, особено предвид предизвикателствата, които въвеждането и прилагането на Регламента води и огромните размери на санкциите, уредени в самия него.

Коментар следва да се направи и във връзка с публичните регистри и предложения чл. 25г от предложения законопроект за ИДЗЗЛД. При колизията на защитата на лични данни

⁶ Вж. ЕСПЧ, *Financial Times Ltd and Others v UK* No 821/03, § 64.

⁷ Вж. ЕСПЧ, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. and Others v. the Netherlands* No 39315/06, § 127.

и достъпа до публични регистри, правото на информация трябва да има предимство и тяхното ограничаване да е изключително внимателно. Лицата трябва да могат да търсят информация, най-вече в съдебните регистри, но и други публични регистри. Лицата следва да могат да търсят, знаейки ЕГН-то на субектите, за които се отнася информацията по него, съдебни актове. То е основно средство за идентификация, като и до влизането в сила на регламента в съдебни актове данните за лицата бяха обозначени само с инициали. Това гарантира защитата на данните им в съответствие с регламента. Премахването на търсене чрез ЕГН или име от заинтересовани лица, които следва да са получили информацията законосъобразно, противоречи на принципа за достъп на информация и създава сериозни трудности при ползването на публичните регистри, като в някои случаи обезсмисля функцията им на публични. В така формулираното предложение има противоречие между чл. 25г, ал. 1 и ал. 2. Всеки трябва да може да търси информация, особено по дела и производства, свързани с обществени личности например. В този смисъл, ЕСПЧ се произнася, че би било фатално за свободата на изразяване в сферата на политиката, ако публичните личности могат да цензурират пресата и обществения дебат в името на техни лични права, твърдейки, че техните мнения по обществени дела са свързани с личността им и поради това представляват лични данни, които не могат да бъдат разгласявани без съгласието им.⁸ Този извод е приложим винаги, особено когато става дума за публични регистри. Всеки трябва лесно и бързо да може да намира търсената от него информация, особено когато разполага с ЕГН/ЛНЧ. В самите решения или документи следва да се прилагат някои от способите в Регламента като псевдонимизация или посочване само на инициалите чрез анонимизация. ЕГН/ЛНЧ следва също да не е достъпно за имащия достъп до документа, но трябва да може чрез него да се намира съответния документ, след като се знае от търсеция.

Това са само част от проблемите, които новата уредба на защитата на личните данни очертава пред защитата на свободата на словото. Така очертаните особености, свързани с промените, които Общият регламент въвежда и предложения законопроект за ИДЗЗЛД по отношение на баланса със свободата на словото, цели да внесе яснота върху обществените отношения, свързани с правото на изразяване и най-вече с журналистическата дейност. Не следва нейната ефективност, бързина и достъпност при упражняването ѝ да се нарушат с въвеждането на новата уредба.

Националният законодател е призван преди всичко да гарантира цялостния демократичен и правов ред, въз основа на Конституцията и принципите на учредителните договори, като внесе баланс и съобрази националните интереси и особености, свързани с медийната среда и гарантира свободата на словото в достатъчна степен, като не допуска въвеждане на прекалено рестриктивни разпоредби, за които изрично е задължен да предвиди изключения. Само по такъв начин правовата държава може да функционира като такава в съответствие с демократичността, плурализма и в условия на активно гражданско общество.

⁸ Вж. ЕСПЧ, *Tarsasag a Szabadsagjogokert v. Hungary* No 37374/05 от 14 юли 2009, §33.

ON SOME PARTICULAR PROBLEMS REGARDING FREEDOM OF EXPRESSION RELATED TO THE NEW GENERAL REGULATION ON PERSONAL DATA PROTECTION 2016/679 AND THE PROPOSAL FOR AMENDMENTS TO THE BULGARIAN LAW ON PROTECTION OF PERSONAL DATA

Simona Veleva⁹

This study briefly presents the development of personal data protection and its relation to the right to respect for private life. Some of the key points set out in the new Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) regarding the balancing of the right to expression are under discussion in the paper. Due to the fact that the GDPR obliges Member States to rec-

oncile by law the right to the protection of personal data with the right to freedom of expression and information, including processing for journalistic purposes and the purposes of academic, artistic or literary expression, some general remarks and comments are made towards the Draft Articles for the amendments in the Bulgarian Law on Protection of Personal Data and its conformity with the GDPR.

Keywords: Data Protection, GDPR, Freedom of Expression, Journalistic Purposes, Academic, Artistic and Literary Expression

⁹ PhD student in Constitutional Law at Sofia University „St. Kliment Ohridsky“, simona.veleva@yahoo.com.

