

ОСОБЕНО МНЕНИЕ

на съдията Таня Райковска

Подписах решението с особено мнение в частта, с която се отхвърля искането на тричленен състав на Върховния касационен съд, Търговска колегия за установяване на противоконституционност на чл. 16, ал. 1, изр. 3 от Закон за банковата несъстоятелност (ЗБН), тъй като не подкрепям позицията на мнозинството съдии, че в посочената част искането е неоснователно.

Съображенията ми са следните:

Частично споделям теоретичната интерпретация в решението на релевантните към настоящия конституционен спор материалноправни въпроси на производството по несъстоятелност за банка, регулирано от ЗБН.

Съзнавам и ролята, спецификата и значението на банковата система за развитието на всяка икономика, в т. ч. и на Република България. За разлика от останалите търговски дружества, които в дейността си използват предимно собствен финансов ресурс, банките оперират със средства, предоставени от вложители, т. е. с публично влогонабирани средства, които управляват за своя сметка и на собствен риск. Освен това, осъществяването едновременно на кредитна дейност и на влогови сделки, неприсъщи за други правни субекти, очертава дейността на банката и като високо рискова. Обвързаността на банковите институции в рамките на една система, както и особеностите в предмета на тяхната дейност, предопределят не само изключителното им значение за националната икономика, но и тяхната по-голяма уязвимост.

Безспорно е също така, че влошаването на финансовото състояние на банка може да има сериозен обществено-политически и социален ефект,

както по отношение на вложителите, така и спрямо другите кредитори на банката, а косвено и за държавния бюджет.

Обяснимо е, с оглед гарантиране стабилността на финансовата система на държавата, защо законодателят е регламентирал рестриктивно дейността на банките и в специален закон още по-ограничително е подходил към производството по несъстоятелност, в сравнение с несъстоятелността на търговците, уредена в Част IV на Търговския закон (ТЗ).

Приемам, че право на законодателя е да обективира в правни норми своите виждания за уреждане на съответния вид обществени отношения, като вложи и разбирането си за справедливост, и за защита на обществения интерес, предвид изброените вече особености на разглежданите отношения, свързани с повишен риск, уязвимост, и сравнително бързо настъпващи неблагоприятни социално-икономически и политически последици. Не мога да отрека и правото му на законодателна целесъобразност, но само и единствено когато всички те, изброени по-горе, и разглеждани като единно цяло на тази своеобразна законодателна автономия, са в граници, осигуряващи върховенството на Конституцията и ненадхвърлящи установените от нея предели на възможни диспропорции - частично ограничаване на едни или други права – например, на акционери в банка, притежаващи повече от 5% от капитала на банката, за сметка на твърдяна приоритетна необходимост от засилена закрила на значим и оправдан колективен обществен интерес (например: този на вложителите, фиска и т. н.).

Проблемът следователно се свежда до следните предварителни въпроси, които считам, че не са намерили отговор в решението на мнозинството съдии:

1. Какво е съдържанието и значението на използваното от законодателя „встъпване“ на акционерите, притежаващи повече от 5% от

капитала на банката в производството по несъстоятелност? Установяването му ще е възможно след исторически преглед на развитието на материята, и по-специално моментът, в който се въвежда и защо?

2. Съставлява ли „встъпването“ проявна форма на осъществяване на правото на защита, като елемент от по-общото понятие достъп до съд, и ако отговорът е „да“ – „встъпването“ по смисъла на ЗБН отговаря ли на изискванията за пълноценен достъп до съд – като възможност за сезиране, участие в производството и контрол над постановените съдебни актове – в т. ч. чрез инстанционното им обжалване? Допустими ли са ограничения, а при положителен отговор – какви биха били пределите на подобни рестрикции и последиците при тяхното надхвърляне?

3. Налице ли е изобщо корелация между възприетото ограничение (лишаване от право на обжалване) и преследвана обществено значима цел – коя е тя, и как подобно ограничение може да повлияе върху постигането ѝ?

По първия предварителен въпрос:

Историческият преглед на съществуващата регламентация разкрива следното:

В националното законодателство приложимостта на общия режим на несъстоятелността е изрично изключена по отношение на банките с приемането и влизането в сила на Част IV от ТЗ. Според чл. 612 ТЗ, производството по несъстоятелност на банка се извършва по ред, определен в отделен закон, а разпоредбите на част IV от ТЗ се прилагат, доколкото в специалния закон не е предвидено друго.

В Закона за банките и кредитното дело (ЗБКД) беше създадена нова Глава XIV „Несъстоятелност“ (обн., ДВ, бр. 46/1996 г.) и този специален закон съдържа специфични особености в сравнение с режима по ТЗ, а именно: определяне на Централната банка като единствен молител,

непровеждане на събрание на кредиторите, забрана за предлагане на оздравителен план, като за неуредените случаи бе посочено, че се прилага ТЗ. Съдът по несъстоятелността, позовавайки се на чл. 71 ЗБКД, е изисквал от молителя да обоснове и докаже неплатежоспособността на банката, а така също на основание чл. 75 ЗБКД е назначавал синдик (в синхрон с уредбата в ТЗ).

В Закона за банките (ЗБ), (обн., ДВ, бр.52/1997 г.) се запази принципът за установяване на специални правила, уреждащи несъстоятелността на банка, но като специфично основание за откриване на производството по несъстоятелност в чл. 21, ал. 2 се въведе отнемането на лиценза на банката за извършване на банкова дейност поради неплатежоспособност. Законът, в чл. 79, ал. 1 и 3, изчерпателно е уреждал условията за обявяване в несъстоятелност и изискванията, на които следва да отговаря искането на БНБ, като те се свеждат единствено до посочване на основанията, поради които е отнет банковия лиценз, упоменат в чл. 21, ал. 2 ЗБ. Законодателната уредба е изключвала обжалване на решението на БНБ за отнемане на лиценза по съдебен ред.

По повод приложението на цитираните норми от ЗБ с Решение от 24.11.2005 г. по делото „Капитал банк АД срещу България“, Европейският съд по Правата на Човека Страсбург е приел, че „целите на новата законова уредба на банковата неплатежоспособност има за цел, от една страна, значително да ограничат юрисдикцията на съдилищата и дори да им отнемат правомощията да решават дали банката е неплатежоспособна, а от друга страна, да овласти БНБ да се произнася по този въпрос, без от нея да се изискват данни в подкрепа или да доказва констатациите си в съда“. В цитираното Решение е посочено, че чл. 1 от Протокол № 1 (Допълнителния протокол към Конвенцията) изисква „всяко ограничение върху мирното ползване на собствеността да бъде придружено от процесуални гаранции, предоставящи на заинтересованите физически или

юридически лица възможност за излагане на тяхното становище пред отговорните държавни органи с оглед ефективното оспорване на мерките, накърняващи обезпечените от тази разпоредба права.“ В Решението е направен и извод, че действащото към момента българско законодателство не е позволявало на “банката жалбоподател на нито един етап да изложи възраженията си срещу фактическите констатации на БНБ и да оспори по подходящ начин заключението на БНБ относно нейната неплатежоспособност.“

Със Закона за банковата несъстоятелност (ЗБН), (обн., ДВ, бр. 92/2002 г.) се създаде цялостна уредба на несъстоятелността на банките, съобразена с особеностите им като търговци и спецификите на банковата дейност.

Член 11, ал. 4 от ЗБН е приет с изменение на закона – ДВ, бр. 59/2006 г., в сила от 01.01.2007 г., след постановяване на Решението от 25.11.2005 г. на Съда в Страсбург. Очевиден е опитът да се имплементират част от констатациите от цитираното решение, доколкото с разпоредбата се допуска възможност акционери, които към датата на отнемане на лиценза за извършване на банкова дейност са притежавали повече от 5% от капитала на банката, да встъпят в производството по разглеждане на искането на Централната банка за обявяване в несъстоятелност на банка.

Към този момент чл. 16, ал. 1 ЗБН е предвиждал обжалване на решението на съда по несъстоятелността единствено пред касационния съд, а право на жалба според тази редакция на закона са имали квесторите на банката, Централната банка и на протест-прокурорът. С изменението на чл. 16 ал. 1 ЗБН – ДВ, бр. 59/2007 г., в сила от 01.03.2008 г., в синхрон с влизане в сила на новия ГПК, се предвижда обжалване на решенията по чл. 13, ал. 1 и чл. 14 от ЗБН пред въззивен и касационен съд, по общия ред, като е добавено, че право на жалба има и временния синдик на банката.

Или в случая, законодателят, считано от 01.01.2007 г. е допуснал възможността акционери на банката, притежаващи повече от 5% от капитала ѝ, да участват в образуваното производство по несъстоятелност на банката, чиито членове са (акционери, учредители или придобили в следствие акции), като встъпят в чужд процес (образуван по молба на БНБ и с точно визирани от закона участници), без обаче да им е признан процесуално право да обжалват решенията на съда по чл. 13 и чл. 14 ЗБН. Допускайки за първи път в материя, регулираща откриване на производство по несъстоятелност на банка участие на акционери, притежаващи определен процент от капитала на банката, законодателят всъщност признава правен интерес на тази категория лица от участие. Според правната доктрина и съдебната практика встъпване в съдебно производство е допустимо при следните предпоставки: висящ съдебен процес, дело между други страни и интерес от участие, който се преценява съобразно влиянието на евентуалното решение. И трите предпоставки в конкретната хипотеза са налице, зачитайки и обстоятелството, че законът (ЗБН) е определил точно кръга на лицата, които могат да встъпят в производството по несъстоятелност на банка и по този начин е легитимирал правния им интерес, който те не следва да доказват. В дружественото право подобен подход за участие на акционери, притежаващи 5% от капитала в други съдебни производства не е непознат (чл. 74 ТЗ; чл. 223, ал. 2 ТЗ; чл. 118, ал. 1 и ал. 2 от Закона за публично предлагане на ценни книжа). Предоставените им възможности са различни - да встъпят в исковото производство (чл. 74, ал. 2 ТЗ) или да упражнят правата на дружеството (чл. 118 ЗППЦК).

При публичните дружества водещо разбиране е, че малцинството трябва да има интерес, за да може да упражнява правата на дружеството, когато последното бездейства и неговото поведение застрашава интересите на дружеството. Малцинството може да упражнява точно определени

права и може да се намесва само с оглед запазване наличното имущество на дружеството. Или малцинството акционери не са кредитори, те участват в резултата от дейността на дружеството и затова следва да имат възможност да се намесят в случай, при който има опасност от накърняване на дружественото имущество.

Какво е съдържанието на установеното от законодателя „встъпване“ по смисъла на чл. 11, ал. 4 ЗБН?

След като в закона (ЗБН) отсъства дефиниция на това понятие, това означава, че законодателят не е счел да вложи в него нещо по-различно от установените вече специфични правила, субсидиарно приложими от общия процесуален закон (ГПК).

Или встъпването по смисъла на чл. 11, ал. 4 ЗБН би следвало да се разглежда като встъпване по смисъла на ГПК при посочената вече липса на специфично и друго – по-ограничително определение на използвания термин в ЗБН, като се съобрази единствено изключването на възможността за обжалване на постановения съдебен акт. Встъпването е процесуално средство за защита на правата на встъпилото лице, съгласно чл. 218 от Гражданско процесуалния кодекс и използването на подобен правен механизъм налага преценка за съответствие на процесуалните права, с които разполага встъпилия по ЗБН, и дали и доколко те съответстват на тези в общия исков процес, а при наличие на отклонения – дали същите са обществено оправдани.

Целта на встъпването в гражданския процес е да се издейства благоприятно решение за едната от главните страни, на която встъпилото лице в защита на своя интерес помага, с цел и да се избегнат неблагоприятни последици. В конкретния случай, ако целта е подпомагане на банката, чиято несъстоятелност се иска, то разбираемо е, че акционерите биха могли да противопоставят различни аргументи от тези на лицата, представляващи банката в производството, които са назначени,

определени, посочени от БНБ или от Фонда, предвид изключване участието на органните представители на банката в производството. Защото органите на управление на банката са с преустановени всички правомощия и са отстранени от длъжност от момента на поставяне на банката под специален надзор. т. е. встъпилите акционери биха могли да правят възражения, да искат събиране на доказателства, те следва да бъдат уведомявани за съдебните заседания, да им се връчват преписи от книжа и пр. Защото, допускайки определени лица до участие в производството по несъстоятелност на банка, би следвало специалният закон да дефинира техните правни средства за упражняване на правата, ако има отклонение от общите субсидиарно приложими правила. Встъпилите лица в общия граждански процес упражняват своето право на защита по един вече образуван процес, макар и с по-ограничени процесуални правомощия, *но могат да обжалват решението на съда, дори когато подпомаганата страна не го обжалва.*

По отношение на акционерите, встъпили в производството по делото, разпоредбата на чл. 16, ал. 1, изр. 3 ЗБН ограничава участието им в производството по делото, като неоправдано и в разрез с приложимия институт на встъпването ги лишава от право на жалба, с което се нарушава правото на защита във всички стадии на процеса съгласно чл. 122, ал. 1 от Конституцията. Правото на защита, установено в Конституцията, като проявна форма на правото на достъп до и защита пред съд, налага конформно тълкуване според възприето от Европейския съд по правата на човека – а именно, като достъп до съд (каквото съставлява встъпването по смисъла на 11, ал. 4 ЗБН), но и като възможност за пълноценно, реално и ефективно участие в процеса, в това число и чрез възможността да се обжалва постановения съдебен акт, на една или повече последващи инстанции, от която, встъпилите в процеса акционери, притежаващи повече от 5% от капитала на банката, са лишени.

С атакуваната разпоредба е нарушен и принципът на равенство и състезателност в съдебния процес по силата на чл. 121, ал. 1 КРБ. Последната разпоредба вменява задължението за осигуряване на равенство на страните в съдебния процес на съдилищата като орган на съдебната власт. Съдилищата са задължени да осигуряват равенство и състезателност на участниците в производството, като прилагат точно процесуалните закони, а в конкретната хипотеза тези прогласени права не са намерили проявление в анализирания текст по чл. 16 ал.1, изр. трето на ЗБН чрез осигуряване право на встъпилите акционери да обжалват решението на съда по несъстоятелността. Това тяхно право е различно от правото им да оспорват законосъобразността на решението на БНБ за отнемане на лиценза на банката, което право те биха могли да упражнят в един предходен процес пред Върховния административен съд по реда на чл. 151, ал. 3 от Закон за кредитните институции.

В доктрината се приема, че принципът на равенство на страните в процеса се изразява в еднаквите процесуални права, с които всяка страна разполага, за да защити материалните си права съобразно процесуалната роля, която заема (Българско гражданско процесуално право, проф. Ж. Сталев, 2012, стр.103). Равенството на страните често се определя с дидактични цели и за по-голяма яснота и прегледност с утвърдения от Европейския съд за правата на човека израз: „равенство на оръжията“ (т. е. равенство в набора от процесуални средства за защита). След като встъпването по чл. 11, ал. 4 от ЗБН би следвало да се разглежда като встъпване с правните характеристики на встъпване по ГПК, включващо и възможност за обжалване на постановения съдебен акт, то лишаването на встъпилите акционери от право на обжалване съставлява нарушение на принципа на равенство, доколкото страна в процеса е лишена от основно право за защита – обжалване на съдебния акт.

Не би могло да се приеме, че е налице значим обществен интерес, чиято защита би оправдала ограничаването на това процесуално право на встъпилите да обжалват първоинстанционното решение. Известно е, че обжалването на съдебното решение *не спира изпълнението* и предоставянето избирателно на определени участници в производството на правото на обжалване на съдебния акт, не води до извод за постигане на максимална бързина, т. е. избягване на неоснователно забавяне. Напротив осигуряването на равенство на всички страни в процеса (главни и подпомагачи) и условия на състезателност би довело и подпомогнало установяването на обективната истина, в интерес както на страните, така и на вложителите и другите кредитори на банката.

Не намирам достатъчно убедителни аргументи и в тезата за това, че участието на акционери в производството пред гражданския съд било безпредметно (ненужно), тъй като не биха могли да повлияят върху изхода на производството, доколкото решението за отнемане на лиценза е влязло в сила. Подобно разбиране е и погрешно, тъй като решението за откриване на производство по несъстоятелност на банка е постановено в специфично исково производство. Този извод следва от практиката на ВКС, съгласно която решенията на съда по несъстоятелност подлежат на отмяна по реда на чл. 303 ГПК по отношение на два материалноправни въпроса – задължителна част от решението: състоянието на неплатежоспособност и датата, от която длъжникът се счита за неплатежоспособен. Или акционерите в производството пред гражданския съд биха могли да се защитят адекватно по втория въпрос, който е от изключителна важност за изхода по така наречените „свързани искове“, които са от значение за попълване на масата на несъстоятелността.

По втория предварителен въпрос:

Частично отговор на него се съдържа и в изложението по-горе.

Накратко, разгледаното по-горе встъпване по смисъла на чл. 11, ал. 4 ЗБН съставлява проявна форма на осъществяване на правото на защита, като елемент от по-общото понятие достъп до съд. Европейският съд по правата на човека в тази връзка изрично е посочил, че ... „Съществуването на твърдяно правно средство за защита трябва да е достатъчно сигурно, тъй като в противен случай ще липсва достъпността и ефективността, необходими за целите на чл.6, ал. 1“ (“Капитал банк“ АД срещу България).

С решение от м. юни 2016 г. по дело № 7031/05 – Международна банка за търговия и развитие АД и др. срещу България, Европейският съд по правата на човека във връзка с процедурите по обявяване на банката в неплатежоспособност изрично е приел, че е налице нарушение на чл. 6, § 1 от Конвенцията по два въпроса: относно отсъствието на надлежно представляване на банката в производството, инициирано по молбата на БНБ, и относно отказът на Софийски градски съд да подложи на проверка констатацията на БНБ, че банката е била неплатежоспособна (§ 117). Тези изводи на Съда в Страсбург имат пряко отношение към настоящото дело и най-вече за съдържанието, което би следвало да се влага в използвания от законодателя термин – „встъпване“ по чл. 11 от ЗБН.

Затова встъпването по чл. 11, ал. 4 ЗБН е непълноценно: а) доколкото при възприемано от правораздавателните органи стеснително тълкуване, свеждащо се само до присъствие в залата, се изключва правото на същинско участие в процеса и б) доколкото встъпилите акционери са изключени от възможността да обжалват постановените съдебни актове. Срещу това законодателно решение, като противовес, не стои значима конституционно защитима цел. Не следва да се пренебрегва и разбирането, че последващият съдебен контрол, а такъв без право на инстанционно обжалване е невъзможен, е конститутивен елемент на правовата държава.

Не намирам разумни аргументи в подкрепа на подобен законодателен подход, доколкото същият е доведен до крайност (не е

предвидена дори възможност за обжалване поне пред една по-горна инстанция), при което е налице явна диспропорция между твърдените преследвани обществено значими цели и конкретното ограничаване на процесуални права (правото на обжалване на постановения съдебен акт от акционери, притежаващи над 5% от капитала на банката).

Този обществено неоправдан дисбаланс води до извод за неконституционосъобразност на атакуваната разпоредба от ЗБН.

По третия предварителен въпрос:

Считам, че липсва корелация (връзка) между въведеното ограничение (лишаване от право на обжалване) и преследването на обществено значима цел. Подобна не е възможно и да бъде изведена, защото е неприемливо чрез ограничаването на правото на инстанционна жалба, чието реализиране поначало преследва обществено значими и защитими цели – проверка на законосъобразността на постановения съдебен акт, да се търси защита на друга по-висша цел. Има ли такава и в какво се изразява?

ЗБН установява специални процесуални срокове за производството по банкова несъстоятелност, възможност за налагане на предварителни обезпечителни мерки, незабавно действие на решението за откриване на производство по несъстоятелност (чл. 13, ал. 2 ЗБН), като обжалването на решението не спира изпълнението. Така формулиран, текстът отчита и защитава всички обществено значими цели и интереси и е странно, и неясно по какъв начин лишаването от право на обжалване на акционерите може да допринесе за допълнителна защита на така изброените вече цели и интереси или на други по-висши ценности, ако такива съществуват. Защото установяването на обективната истина и правилното прилагане на закона, посредством упражняване на правото на обжалване на съдебния акт, е също най-висша ценност на правовата държава.

Затова и считам, че въведеното ограничение по своята същност е негодно средство за постигане на неясна /илюзорна/ цел, несъвместимо с принципите на правовата държава, правосъдието, и правото на защита, поради което се явява обществено неоправдано и нетърпимо, а с това и неконституционно съобразно.