

БИЗНЕСЪТ, АРБИТРАЖЪТ И СЪДЪТ

*Проф. д-р Поля Голева
Институт за държавата и правото –
Българска академия на науките*

THE BUSINESS, THE ARBITRATION AND THE COURT

*Prof. Poly Goleva
Institute for the State and the Law –
Bulgarian Academy of Sciences*

Резюме: Статията е посветена на актуалния въпрос за съотношението между компетентността на арбитража и държавния съд при решаване на търговски спорове в случаите, когато в производство по несъстоятелност, и по-точно в етапа на осребряване на имуществото на обявен в несъстоятелност търговец, съдът по несъстоятелността възлага с постановление вземане на търговеца, за което е сключено арбитражно споразумение. Авторът поддържа мнението, че арбитражното споразумение запазва своето действие и в отношението между купувача на вземането и длъжника. Отбелязва се като неправилна тенденцията в противоречие със закона да се стеснява компетентността на арбитражния

Ключови думи: *арбитражно споразумение, възлагане на вземане от съда на трето лице, осребряване на имущество, търговска несъстоятелност*

Abstract: The article is devoted to the current issue of the relationship between the jurisdiction of arbitration and the state court in resolving commercial disputes in cases where in insolvency proceedings and more precisely at the stage of liquidation of the property of a bankrupt trader, the insolvency court assigns a claim of the trader for whom an arbitration agreement has been concluded. The author maintains that the arbitration agreement retains its effect in the relationship between the buyer of the claim and the debtor. It is noted as incorrect the tendency, contrary to the law, to narrow the jurisdiction of the arbitral tribunal at the expense of the state.

Keywords: *arbitration agreement, assignment of a claim by the court to a third party, liquidation of property, commercial insolvency*

Doi: <https://doi.org/10.36997/LBCS2021.55>

I. Проблемът

1. Както е известно, с Конституцията от 1991 г. отпадна държавният арбитраж и остана да действа само съдът като единствен правораздавателен орган. Съгласно чл. 119, ал. 1 от Конституцията правораздаването се осъществява от Върховния касационен съд, Върховния административен съд, апелативни, окръжни, военни и районни съдилища.

Чл. 19 от Гражданския процесуален кодекс обаче запази възможността физически и юридически лица да се споразумяват имуществените им спорове (граждански и търговски) да се решават от арбитражен съд, стига те да не попадат в едно от изключенията, предвидени в алинея първа на същия член.

Изключенията от арбитражното решаване на спорове през 2017 г. с допълнението на закона (ДВ, бр. 8) по предложение и настояване на Омбудсмана на РБ се увеличиха. Към традиционните изключения се прибавиха и споровете, по които едната страна има качеството на потребител по смисъла на Закона за защита на потребителите. Разбира се, законодателят не прецизира, че става дума за случаите, при които потребителят заема процесуалното положение на ответник, поради което в забраната попаднаха и хипотезите, в които потребителят е ищец срещу търговеца.

И вместо да се увеличава приложното поле на арбитража като алтернативен начин за решаване на правни спорове, то започна да се стеснява в противовес на общата световна тенденция.

2. Не само законодателят удовлетвори амбицията на омбудсмана, но и съдът и предимно Върховният касационен съд използва правомощието си по чл. 47 от Закона за международния търговски арбитраж и увеличи тези случаи, без да се прибегва до изменение или допълнения на чл. 19 ГПК. Той използва правомощието си да отменя решенията на арбитражните съдилища и реши да увеличи случаите, когато не се допуска решаване на имуществени спорове от арбитражен съд. Тук следва да се посочи недопустимостта на иск на цесионера срещу длъжника при прехвърляне на вземане, предмет на договора между цедента и длъжника, когато в материалния договор се съдържа клауза за арбитражно споразумение между цедента и длъжника споровете във връзка с договора да се решават по арбитражен път. Аргументът на съда е, че арбитражното споразумение

следва да бъде сключено между страните по спора, а в случая едната страна – кредиторът – носителят на вземането не е идентичен.

ВКС разшири приложното поле на изключенията, като не даде възможност на уговорения в договора арбитраж да решава имуществени спорове и когато договарът е сключен от представител без представителна власт и същият е бил саниран по реда на чл. 301 от Търговския закон. Според съда правилото на чл. 301 ТЗ, че ако договарът е сключен от името на търговец от лице без представителна власт лице, се смята, че търговецът потвърждава действията, ако не се противопостави веднага след узнаването, важи за материалния договор, но не и за арбитражното споразумение, което се съдържа в него. Аргументът на съда е, че арбитражното споразумение е процесуален договор и за него не се прилага правният режим на търговските сделки.

И така, арбитражът стана все по-нежелано средство за решаване на правни спорове и постепенно правораздавателната власт на държавния съд измества алтернативния способ за разглеждане и решаване на имуществени спорове от съд, създаден или сезиран по взаимно съгласие на страните. Държавното правораздаване ограничава възможностите на бизнеса да избере споровете му да се решават от компетентни юристи в едно бързо и ефективно производство, в което възможностите за корупция са силно ограничени от самата същност на арбитража и правото на спорещите страни сами да си избират лицата, които ще решат спора между тях – лица, на които и двете страни имат доверие.

В своя доклад обаче аз ще се спра на една нова хипотеза, която досега не е била разглеждана в правораздаването и няма произнасяне на ВКС. Проблемът, който поставям, е какво става с арбитражното споразумение, сключено между двама търговци, споровете, произтичащи от материалното им правоотношение, да се разглеждат и решават от арбитражен съд, ако едната страна бъде обявена в несъстоятелност и нейното право срещу другата страна (по главния и по арбитражния договор) бъде прехвърлено на трето лице след проведен търг по чл. 717б и сл. от Търговския закон (ТЗ) в производството по несъстоятелност на търговеца – кредитор. Третото лице придобива материалното право (вземането) на основание чл. 717з ТЗ по силата на постановление за възлагане на съда по несъстоятелността. Съгласно чл. 717з, ал. 2 ТЗ, от датата на издаване на постановлението за възлагане купувачът придобива всички права, които търговецът – обявен

в несъстоятелност, е имал върху имущественото право. Този способ за придобиване се характеризира с това, че вземането на търговеца в несъстоятелност преминава върху трето лице срещу плащане на цената, която е предложило на проведения търг. Вземането преминава върху новия кредитор независимо от волята на досегашния кредитор и това е разликата с цесията, която е уредена в чл. 99 ЗЗД. Общото между цесията и постановлението за възлагане е, че прехвърлянето става независимо от волята на длъжника. Следователно новият кредитор е направил волеизявление за придобиване на вземането, което преминава в неговия патримониум, но това волеизявление е насочено към синдика, а не към предишния кредитор или към длъжника.

Проблемът е дали се запазва валидността на арбитражното споразумение в случаите на прехвърляне на вземането по реда на чл. 717 ТЗ и компетентен да разгледа и реши спора е уговореният в него арбитраж или при липса на изрично съгласие на приобретателя на вземането и длъжника по него компетентен е държавният съд поради липса на арбитражно споразумение.

II. Съдебната практика и теорията

Съдебната практика не се е произнесла по поставения проблем. Върховният касационен съд обаче има непоследователна практика при решаването на въпроса за съдбата на арбитражното споразумение при доброволното прехвърляне на вземането от неговия кредитор на трето лице в случаите на цесия по чл. 99 и сл. от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). Практиката е създадена при липса на изрична правна уредба на базата на разсъждения на ВКС по повод отмяна на решения, постановени от арбитражните съдилища поради липса на арбитражно споразумение, представляващо абсолютна процесуална предпоставка за компетентността на арбитражните съдилища в случаите, когато в материалния договор се съдържа арбитражна клауза, а вземането от материалния договор се прехвърля на трето лице по силата на договор между цедента и цесионера. В преобладаващия брой решения ВКС приема, че при цесия цесионерът не става страна по арбитражното споразумение, освен ако не изрази съгласието си в писмена форма и в същата форма съгласие не дадат цедентът и

цесионерът¹. Обратно становище е прието от Арбитражната колегия на Арбитражния съд при Българската търговско-промишлена палата номер 1 от 2009 г., но повечето арбитражи към този съд, съобразявайки се с последващата практика на ВКС, не го прилагат, а се придържат към становището на ВКС. В случая аргументът на арбитражите към АС при БТПП се извлича от чл. 8, ал. 2 от Устава на Арбитражния съд при Българската търговско-промишлена палата, според който решенията на Арбитражната колегия по ал. 1, т. 3 са задължителни за арбитражите, ако за тях са гласували повече от половината арбитражи, включени в листата на арбитражите по вътрешни дела, освен ако противоречат на актове на Върховния касационен съд по чл. 47 от Закона за международния търговски арбитраж.

В теорията Живко Сталев поддържа горепосоченото становище. Той развива тезата, че цесията на вземане по материалния договор не прави цесионера страна по арбитражната клауза, освен ако цесионерът със съгласието на цедента и длъжника не встъпи в нея². Тази теория се споделя и от Ружа Иванова³.

Другото становище, което по-рядко се застъпва в българската съдебна практика и теория, но се възприема в редица държави, като Германия, Франция, Швейцария, Испания, Чехия, Англия⁴, гласи, че когато вземането се прехвърля, заедно с него преминават и принадлежностите му, а към тях се отнася и способът за разглеждане и решаване на спорове, свързани с прехвърленото вземане. Затова цесията прави цесионера страна по арбитражното споразумение⁵. Основният аргумент, който обуславя основателността на това становище, е че „длъжникът е приел арбитражния ред за решаване на споровете по материалното правоотношение и обстоятелството, че с прехвърляне на вземането се променя личността на кредитора, не би следвало да поставя длъжника в по-различно положение, още повече, че съдържанието на правоотношението се запазва и длъжникът има срещу

¹ Решение №70 от 15.06.2012 г. на ВКС по т. д. № 112/2012 г., I т. о., ТК, Решение №71 от 09.07.2015 г. по т. д. 3506/14 г., ТК, II ТО на ВКС и Решение №44 от 29.06.2016 г. на ВКС по т. д. № 971/2015 г., II т. о., ТК и други.

² Сталев, Ж. (1997). Арбитраж по частноправни спорове. София, , с. 73.

³ Иванова, Р. (2009). Арбитражната компетентност в практиката на АС при БТПП. // Сборник в памет на проф. д-р Живко Сталев. София, с. 222.

⁴ Вж. Желязкова, В. (2019). Арбитражът като способ за решаване на имуществени спорове. София: Нова звезда, с. 166 и сл.

⁵ Пак там, с. 166.

цесионера същите възражения, които е имал и срещу цедента. След като цесионерът предявява иска си пред арбитража, той приема арбитражната компетентност и на никакво основание длъжникът, който е бил страна по това арбитражно споразумение и е изразил воля споровете във връзка с правоотношението да се решават от арбитраж, не би могъл да оспорва неговата компетентност⁶.

Постановлението за възлагане на вземането на основание чл. 717 б ТЗ е трети способ за преминаване на вземане от имуществото на един кредитор в имуществото на друг кредитор наред с цесията (частното правоприемство) и наследяването на починал кредитор – физическо лице или универсално правоприемство при юридическите лица. Купувачът придобива вземането вследствие на осъществено производство по осребряване имуществото на несъстоятелния търговец и става носител на вземането срещу третото лице – длъжник. Продажбата на вземането е извършена от синдика на несъстоятелния търговец чрез търг по реда на чл. 717 и сл. ТЗ. С постановление на окръжния съд или на Софийския градски съд по чл. 717з ТЗ на купувача е възложено вземането срещу длъжника, който се конституира в исковия процес като ответник. Съгласно чл. 717з ТЗ от датата на издаване на постановлението за възлагане купувачът придобива всички права, които обявеният в несъстоятелност търговец има спрямо длъжника си. Налице е частно правоприемство, при което имущественото право се прехвърля на купувача на вземането в производство по несъстоятелност по силата на публичноправен акт – постановлението на държавния съд по несъстоятелност⁷. Тъй като това правоприемство не се осъществява чрез договор и не произтича от волята на прехвърлителя и приобретателя каквото е положението при договора за цесия, а прехвърлянето става с акт, постановен от публичен орган – съда, то правните му последици би следвало да се приравнят на тези на законовото правоприемство. По силата на съдебния акт купувачът придобива всички права по отношение на вземането, произтичащо от материалния договор, като от тези права не може да бъде изключен редът за защита, съответно за осигуряване удовлетворяването на придобитото вземане спрямо задълженото по него лице, каквото средство за защита е възможността на купувача на вземането

6 Вж. Желязкова, В. (2019). Арбитражът като способ за решаване на имуществени спорове. София: Нова звезда, с. 167.

7 Вж. определение от 25.05.2021 г. по ВАД 23/21 на АС при БТПП.

да предяви иска си пред арбитраж въз основа на арбитражното споразумение, съдържащо се в договора, на който се основава вземането.⁸

Според изключително обосновани мотиви на определението по ВАД⁹ 23/21 ще си позволя буквално да го цитирам¹⁰: „Арбитражното споразумение несъмнено има определена самостоятелност (чл. 19, ал. 2 ЗМТА). Тази самостоятелност се изразява най-вече във възможността арбитражът да може да се произнесе относно действителността на материалния договор (доколкото порокът не засяга и арбитражното споразумение), както и относно последиците от отпадане на договора с обратна сила. Като част от договора обаче арбитражното споразумение обслужва именно материалното правоотношение, съответно правата и задълженията, които възникват въз основа на договора. Арбитражното споразумение не е абстрактна сделка, а писмено съгласие на страните да възложат на арбитраж споровете, които са възникнали относно определено правоотношение (договорно или извъндоговорно).

При частно правоприемство, основано на публичноправен акт, както и при законовото правоприемство приобретателят на вземането става и страна по арбитражната клауза, включена в договора, от който произтича вземането. С арбитражното споразумение се уреждат процесуалните права на страните; при правоприемство в резултат на публичен акт, осъществено преди започване на арбитражното производство, приобретателят не може да бъде лишен от начина на процесуална защита, която е присъща на прехвърленото материално право.¹¹ След като се прехвърлят всички права върху имущественото право (чл. 717з от ТЗ), то това прехвърляне има действие и по отношение на арбитражното споразумение, което брани тези права. Този, който придобива материалното право, придобива също така и средството за неговата защита. Погледнато от друга гледна точка, именно длъжникът по вземането е този,

⁸ Вж. определение от 25.05.2021 г. по ВАД 23/21 на АС при БТПП.

⁹ ВАД – вътрешно арбитражно дело, постановено от АС при БТПП – непубликувано.

¹⁰ Автор на мотивите е докладчикът по делото Венцислава Желязкова.

¹¹ В българското гражданско процесуално право единодушно е прието, че когато с държавен акт спорното право се прехвърля на друго лице, то придобива процесуална правоспособност. Само в случай че прехвърлянето се дължи на правна сделка, а не на държавен акт и прехвърлянето е станало след започване на производството са предвидени разпоредби, които бранят насрещната страна (Сталев, Ж. и др. (2020). Българско гражданско процесуално право. София, с. 414-418.

който е приел и е изразил своята воля в подписания от него договор решаването на споровете по материалното правоотношение да бъде осъществено по арбитражен ред; обстоятелството, че с прехвърляне на вземането се променя личността на кредитора, не би следвало да поставя длъжника в по-различно положение, още повече, че съдържанието на правоотношението се запазва и длъжникът има срещу новия кредитор същите възражения, които има и срещу първоначалния титуляр на вземането (в случая несъстоятелния длъжник)“.

И още: „Възлагането на вземането по силата на съдебния акт с още по-голяма сила обвързва длъжника отколкото при прехвърляне на вземането по договорен път. Ако първоначалният кредитор по един договор има различни вземания към длъжника, предмет на цесията може да бъде отделно вземане. Освен това може да се прехвърля не само цяло вземане, но и част от него. Цесията не води до изменение на двустранните договори, тъй като цесионерът не става страна по всички права и задължения. Цесионерът придобива и всички акцесорни права върху придобитото вземане, включително и правото му на защита чрез арбитражно производство, предвидено в договора между цедента и длъжника, независимо дали е придобил всички възникнали вземания срещу длъжника.¹²“

Постановлението за възлагане безспорно има прехвърлително действие¹³. С него приключва производството по преминаване на вземането от масата на несъстоятелността в имуществото на купувача. Когато съдът по несъстоятелността се произнася, той упражнява служебен контрол за законосъобразност на процедурата по осребряване имуществото на търговеца в несъстоятелност до приключването на публичната продажба. Съдът дава разрешение за нейното извършване и постановява нейното приключване¹⁴. Особеното на този способ за прехвърляне на вземане е отсъствието на договор. Затова при него не бива да се използват понятия като цесия, цедент и цесионер. Затова не бива автоматично да се прилага по *analogia legis* правният режим на цесията, включително и съдбата на арбитражното споразумение при преминаване на вземането в случаите, когато вземането произтича от договор между обявения в несъстоятелност търговец и

¹² Калайджиев, А. (2016). Облигационно право. Обща част. София: Сиби, с. 538-539.

¹³ Вж. Григоров, Гр. (2017). Несъстоятелност. София: Сиби, с. 384.

¹⁴ Пак там, с. 384.

третото лице – длъжник, и този договор съдържа арбитражна клауза.

При прехвърляне на вземания по реда на чл. 717 ТЗ не настъпва и универсално правоприемство, което е възможно при преобразуване на търговско дружество или продажба на търговско предприятие. Общото между преобразуването на търговско дружество чрез сливане, вливане и разделяне, от една страна, и обявяването на търговско дружество в несъстоятелност, от друга страна, е, че преобразуващите се дружества се прекратяват и престават да бъдат правни субекти. Разликата се състои в това, че при преобразуването чрез сливане, вливане и разделяне всички права и задължения на преобразуващото се дружество (дружества) преминават върху новосъздадено и/или съществуващо дружество, което става техен правоприемник, докато при обявяването в несъстоятелност е възможно имуществото, останало от прекратеното дружество, да бъде прехвърлено не като едно цяло, а на части, на отделни права на други правни субекти. Предмет на продажбата могат да бъдат отделни, конкретно определени вземания. Самото прехвърляне става по специален ред чрез специален фактически състав, в който отсъства волеизявление на търговеца в несъстоятелност. Затова не може да се говори за универсално правоприемство в тесния смисъл на думата.

У нас едностранната персонална субституция е допустима въз основа на договор или по силата на закона¹⁵, но в хипотезата на чл. 717 ТЗ смяната на кредитора не би могла да се подведе нито към договор за прехвърляне на вземане, нито към предвидена в закона ситуация. Става дума за друг, **трети способ за преминаване на вземане**, за смяна на кредитора, който не се обхваща и не влиза в нито един от случаите, които подробно и изчерпателно съм разгледала в цитираната в бел. 15 статия. Бих искала да акцентирам на факта, че по реда на чл. 717 ТЗ се осъществява едностранна персонална субституция, която не би могла да се подведе под нито един от известните ни от досегашната теория институти.

Не само в съдебната практика и специално тази на ВКС по отмяна на арбитражни решения по чл. 47 от Закона за международния търговски арбитраж, но и в теорията никой не се е произнесъл по поставения тук проблем. Какво става с арбитражното споразумение и валидна ли е арбитражната клауза и в отношенията между купува-

¹⁵ Вж. Голева, П. (2014). Материалноправни и процесуалноправни въпроси на едностранната персонална субституция в договора. // Юридически свят, кн. 1, с. 36-48.

ча по публична продан на вземането, от една страна, и длъжника по същото това вземане, от друга страна.

Необходимо е обаче да посочим, че в практиката на АС при БТПП вече има постановени актове от различни арбитражни състави, третиращи спорове, за които обявеният в несъстоятелност търговец и неговият длъжник са предвидили „приживе“ на кредитора арбитражна клауза, сочеща компетентността на АС при БТПП. Това са първите актове, които са оригинални и които очертават противоречивите възгледи на арбитражите. Някои от тях са определения за прекратяване поради липса на арбитражно споразумение между ищеца и ответника¹⁶, а други отразяват мнението на арбитражи, които считат, че арбитражът е компетентен в разглежданата хипотеза¹⁷. Мненията се разделят, защото една част от арбитражите, под страх решенията им да не бъдат отменени от ВКС, прилагат становището на ВКС, изразено във връзка с цесията, към придобивния способ по чл. 717 ТЗ, а други смятат, че е налице нов способ за придобиване на вземане и тълкуванията на ВКС, доколкото визират цесията, не би следвало да се прилагат съответно.

III. Собствено становище

Изложеното налага да се обсъди проблемът за съдбата на арбитражното споразумение в случаите на чл. 717 ТЗ, защото освен важно теоретично значение, тяхното разглеждане е важно и за правоприлагането. Тепърва ще се увеличават делата в арбитража от подобен характер предвид увеличаването на производствата по несъстоятелност и необходимостта да се събират вземанията на обявените в несъстоятелност търговци по време на осребряване на имуществото, както и все по-широкото използване на арбитражния способ за решаване на спорове между търговци. Твърдението си за увеличаване на тези дела ще подкрепя със следните разсъждения. При нормалното развитие на едно търговско отношение между двама търговци не са редки случаите на сключване на арбитражно споразумение. Известни са многобройните предимства на арбитражния способ като алтернативен способ за решаване на спорове. Най-важните от тях са бързината, от която особено много се нуждае търговският оборот и

¹⁶ ВАД 13/2021; ВАД 15/21; ВАД 21/21; ВАД 19/21; ВАД 28/21.

¹⁷ ВАД 14/21; ВАД 17/21; ВАД 18/21; ВАД 23/21; ВАД 35/21.

едноинстанционното разглеждане и решаване на делата. Когато се сключва и дори изпълнява един търговски договор, никой не може да предвиди бъдещата стопанска конюнктура и бъдещото състояние на търговеца. Той може да изпитва финансови затруднения, които биха го довели до производството по несъстоятелност и обявяване за несъстоятелен. Оттук нататък волята на страните по сключените вече договори е ограничена, всички действия се поставят под контрола на синдика и на съда по несъстоятелността. Договорната свобода по вече сключените договори е ограничена до минимум, дори може да се каже, че е изключена. Материалните и процесуалните договори обаче не се прекратяват автоматично с обявяването на търговеца в несъстоятелност. Не се засягат правата и задълженията на насрещните страни по тях. В техните правоотношения не би следвало да настъпва промяна, защото това ще постави в правна несигурност участниците в търговския оборот. Насрещната страна по висящото договорно отношение разчита на закона да запази нейните права и възражения, възникналите материални и процесуални правоотношения с търговеца в несъстоятелност. Ако приложим обаче тезата, че арбитражното споразумение отпада, когато цедентът, цесионерът и длъжникът не дадат изрично съгласие в писмена форма споровете да се решават по арбитражен път, тогава точно в хипотезата на чл. 717 ТЗ ще възникне следният непреодолим проблем. Търговецът, който е обявен в несъстоятелност, не може да направи волеизявление, защото е настъпила неговата юридическа смърт, престанал е да съществува, а синдикът няма такова право, защото неговите права изрично и изчерпателно са изброени в закона, а сред тях не фигурира разглежданото съгласие. Следователно тезата на ВКС за тройното съгласие при цесията в случаите, когато към нея съществува арбитражен договор, не би била приложима. Затова смятам, че сме изправени пред друго, различно явление и се налага да се обосноват нови разрешения на поставения въпрос.

За да отговорим на поставения тук въпрос, е необходимо да разгледаме правната същност на арбитражното споразумение и неговото съотношение и връзка с материалния договор, в който се съдържа и който обслужва, както и правната същност на придобивния способ по чл. 717 ТЗ.

Арбитражното споразумение е договор за арбитраж¹⁸, съгласуване на волята на две или повече лица, споровете, произтичащи от конкретен договор, да се разглеждат и решават не от държавния съд, а от институционален арбитражен съд или арбитраж ад хок. Арбитражното споразумение е източникът на правораздавателната власт на арбитража¹⁹. Арбитражното споразумение е легален термин – чл. 7, ал. 1 от Закона за международния търговски арбитраж. Но освен този термин се използват още термините „арбитражен договор“ и „арбитражна клауза“. Арбитражният договор се определя като договор, който е отделен от материалния договор, за който се отнася, докато арбитражната клауза е уговорка между страните вътре в материалноправния договор. Разликата е само във формата, която страните избират за своето арбитражно споразумение, но не е в неговото съдържание или правна същност. И когато е оформен като отделен договор преди или след сключването на материалния договор, и когато е включен като клауза в него, арбитражното споразумение има относително самостоятелен характер и недействителността, прекратяването, развалянето на главния договор, за който се отнася, не рефлектира върху валидността на арбитражното споразумение. То остава валидно, защото в него е предвидено, че арбитражът ще решава и споровете, свързани с действителността, недействителността, последиците от развалянето и прекратяването на договора. Докато материалният договор урежда правоотношенията между страните, действията или бездействията, които те трябва да осъществят, арбитражното споразумение няма регулативен характер. То има само едно единствено съдържание – да дерогира държавната правораздавателна власт и да предостави правораздаването на конкретния спор или на конкретните спорове на арбитражния орган. Разбира се, доколкото това се позволява от закона – чл. 19, ал. 1 ГПК. Правилно Маньо Манев приема категорично, че „арбитражната клауза е отделен, самостоятелен договор, с отделен предмет и различно основание от главния договор“²⁰. С него двете страни се съгласяват споровете им, произтичащи от главния, материален договор, когато не могат да се решават чрез преговори, да се отнасят за решаване от конкретен институционален арбитраж или от арбитраж ад хок. Това е единственото му съдържание. Още в момен-

¹⁸ Манев, М. (2004). Арбитражът. София: Флорир, с. 81.

¹⁹ Пак там, с. 81.

²⁰ Пак там, с. 84.

та на сключването му страните са се съгласили да не отнасят спора до държавния съд, а да го адресират до избрания от тях арбитраж.

Като процесуален договор, обслужващ конкретен материален договор, арбитражното споразумение няма престационен характер. В него не се уговарят права и задължения на страните. Затова не може да се говори за изпълнение, неизпълнение, разваляне, новиране и т.н. на договора. Никой от правните институти на гражданското, и по-специално на облигационното, право не намират приложение. Арбитражното споразумение е уредено само в чл. 7 от Закона за международния търговски арбитраж. Освен това то не поражда действие в момента на сключването му. Възможно е, а и най-често, споразумението може да не се активира – ако не възникне спор или ако спорът бъде решен чрез преговори или спогодба. Арбитражната клауза съществува в потенциално състояние и тя се активира само ако следва да се предяви иск срещу една от страните.

За разлика от основния материален договор, арбитражното споразумение няма за цел да създаде, уреди, прекрати, допълни или измени една правна връзка. То има само една цел и съдържание – да предвиди правораздавателната власт на арбитража при разглеждането и решаването на спор, произтичащ от материалното правоотношение. В този смисъл в теорията се приема, че понятията „споразумение“ и „договор“ не са идентични. И двете са съглашения, и двете имплементират постигането на съгласие между страните, които са го сключили. Всеки договор е съглашение, т.е. споразумение, но не всяко споразумение е договор. Отговорът се съдържа в чл. 8, ал. 1 ЗЗД – договорът е не само споразумение, съглашение между две или повече лица, но той създава, урежда и прекратява една правна връзка, докато не всяко споразумение е в състояние да изпълни тази задача и има това предназначение²¹.

Арбитражното споразумение е самостоятелен договор с процесуален характер, различен от материалния договор – договор за доставка, договор за изработка, договор за услуги, сключен между

²¹ Виж повече по този въпрос у Мръчков, В. (2010). Договорът в трудовото право. София: Сиби, с. 40-41. Авторът достига до много важния извод, че споразумението невинаги е договор, т.е. невинаги урежда, поражда или прекратява едно правоотношение. Изложеното в голяма степен важи за разграничението между главния договор и арбитражното споразумение. Може би и затова законът не си служи с термина „арбитражен договор“, а използва по-точния термин „арбитражно споразумение“.

търговеца (в несъстоятелност) и търговеца – длъжник. Между двата договора има обаче връзка – в арбитражното споразумение страните по търговската сделка са се съгласили споровете, произтичащи от нея, да се решават от арбитражен съд. Арбитражното споразумение има само една цел – да делегира власт на арбитраж, който да разгледа и реши споровете, възникнали от него. Затова връзката между търговския и арбитражния договор е връзка между главен и обслужващ договор. И двете страни са направили изрично волеизявления в писмена форма, че искат споровете им да се разглеждат и решават по арбитражен път, а не от държавния съд. И двете страни – търговецът в несъстоятелност и ответникът, са направили волеизявления, че искат споровете, произтичащи от договора за доставка и т.н., да се разглеждат и решават от арбитраж. Не ответникът – длъжник, а търговецът – кредитор, е преустановил своето съществуване и неговото място е заето от купувача на вземането. Последният е лицето, което не е правило волеизявление за решаване на споровете от арбитраж, но, предявявайки иск пред арбитража, изрично и писмено се е съгласило спорът да се реши от същия арбитраж по силата на същото арбитражно споразумение. С други думи, **ако има някой, който да възразява, това би следвало да бъде ищецът, а не ответникът, който си остава страна по арбитражното споразумение и е обвързан от него.**

Едната страна – кредиторът, е обявена в несъстоятелност, а вземането ѝ, произтичащо от материалния договор, е прехвърлено по специалния ред на чл. 717 ТЗ на купувача – ищец срещу длъжника. Редът за прехвърляне по чл. 717 ТЗ не е търговска сделка, не е договор за прехвърляне на вземане по смисъла на чл. 99 ЗЗД. Затова и **разсъжденията на ВКС относно независимостта на арбитражния договор от цесията, не могат да се прилагат пряко и непосредствено към прехвърлянето, което е извършено чрез постановление за възлагане на вземането на ищеца.**

Въпросът е какво става с арбитражното споразумение, сключено през времето, когато кредиторът е бил правен субект. Той преустановява своето съществуване, прекратява дейността си, а имуществените му права, влизащи в масата на несъстоятелността, се осребряват, като се продават на други правни субекти. Другите договори, които не са престационни, а **организационни или процесуални, и по-специално арбитражните договори доколкото са вторични и обслуж-**

ващи главните договори, не се прекратяват.

Първо, те не се прекратяват, защото не са *intuitu personae* и не се прекратяват с прекратяването на дружеството – кредитор. Арбитражният договор не зависи от личните способности и умения на едната или на двете страни. Паричното задължение на длъжника не е уговорено с оглед личността на кредитора и за длъжника е безразлично на кого ще изпълнява своето задължение.

Второ, затова преустановяването на съществуването на една от тях не води до автоматично прекратяване на договора.

Трето, общопризнато е, че процесуалният договор е самостоятелен и независим, както приема ВКС, от главния, материален договор. Правата и задълженията и по двата договора преминават върху правоприемника, който няма правното положение на цесионер, за да приемаме, че длъжникът – ответник, не е обвързан от него.

Четвърто, съгласно чл. 20а, ал. 2 ЗЗД договорите може да бъдат изменени, прекратени, развалени или отменени само по взаимно съгласие на страните или на основания, предвидени в закона. За да приемем, че няма арбитражно споразумение, би следвало или да установим, че има взаимно съгласие на страните да прекратят договора (такова няма), или да е налице основание, предвидено в закона, за неговото прекратяване при прехвърляне на вземането (такова също няма). Липсва основание за прекратяване на арбитражното споразумение²².

Бих искала да подчертая, че **длъжникът като страна както по материалния, така и по процесуалния договор не се е сменил**. Ако може да се мисли дали арбитражното споразумение обвързва някого, това определено трябва да бъде кредиторът, защото само на негова страна има смяна. **Ответникът се е обвързал с арбитражното споразумение към момента на неговото сключване, тогава той е направил изричното волеизявление, че иска решаването на бъдещите спорове да се осъществява от арбитражен съд**. Смяната на кредитора в качеството му на страна по арбитражното споразумение може да постави въпроса дали последното го обвързва, т.е. по-логично е да си зададем въпроса за действието на арбитражната клауза спрямо приобретателя на вземането – новия кредитор. Кредиторът

²² Подробният преглед на основанията, направен в книгата на Захари Торманов – Прекратяване на договора. Сиби, 2013, също не посочва специфично основание за прекратяване на този договор при преминаване на вземането върху друго лице.

обаче чрез предявяването на исковата молба с предмет вземането, което произтича от договора, за който е сключено арбитражното споразумение, не се освобождава от това задължение, защото изрично се съгласява спорът да бъде разгледан от арбитражен състав. Не може ответникът да прави възражение за некомпетентност, след като изрично се е съгласил спорът за същото вземане да се реши именно от избран арбитражен съд. Ако той би предявил иск срещу насрещната страна по арбитражния договор, тогава би могло да се мисли как ще се процедира, ако другата страна (която е сменена) направи възражение, но случаят не е такъв. Смятам, че в обсъжданата хипотеза **има валидна арбитражна клауза, защото ответникът е направил изрично писмено волеизявление към момента на сключване на валидния и непрекратен материален договор споровете от него да се решават от арбитраж, а ищецът се е съгласил с арбитражното споразумение, присъединил се е към него, като е предявил иска пред същия арбитраж. Чрез предявяването на иска той е потвърдил арбитражната клауза, изразил е своето съгласие АС да бъде компетентен да разгледа и реши спора.**

Освен това ако не се съобрази арбитражното споразумение, ще се засегнат правата на длъжника. Той се е съгласил споровете, произтичащи от материалния договор, в който се съдържа и арбитражната клауза, да се разглеждат и решават от точно определен арбитраж. Възраженията на длъжника, произтичащи от договорните му правоотношения с кредитора – търговеца, в несъстоятелност, не бива да се отнемат и ограничават. Той не бива да се лишава от тях само защото кредиторът му е обявен в несъстоятелност. Не трябва длъжникът да се поставя в положение, различно от това, в което би се намирал, ако кредиторът не беше изпаднал в неплатежоспособност и не бяха предприети действията на синдика и съда по несъстоятелността по публична продажба на вземанията с цел да се осребри масата на несъстоятелността. Продажбата на вземането не би следвало да се отрази нито на правата, нито на задълженията на длъжника на обявения в несъстоятелност търговец, нито на главния, нито на акцесорните и обслужващи договори. По този начин се обезпечава и правната сигурност. Един път сключил арбитражното споразумение, длъжникът трябва да е сигурен, че каквито и сътресения да сполетят кредитора, т.е. другата страна по договора, неговото правно положение ще бъде

гарантирано, а не променено²³.

Съобразно съдебната практика на ВКС, за да е валидно арбитражното споразумение, е нужно смяната на страните да е станала със съгласието на тримата субекти – прехвърлителя на вземането, приобретателя и длъжника, или да е налице универсално правоприемство – Решение №70 от 15.06.2012 г. на ВКС по т. д. №112/2012 г., I т. о., ТК, докладчик – съдията Радостина Караколева. Нужно е да повторим, че тази практика на ВКС визира само цесията по чл. 99 ЗЗД. Според ВКС може да няма съгласие на тримата субекта – прехвърлителя, приобретателя и длъжника, само ако няма договор, волеизявления на страните и изрично ВКС се позовава на другия способ за придобиване на права без волеизявление – универсалното правоприемство. **Това обаче не означава, че в правото няма и други способности за преминаване на вземания без сделка. Универсалното правоприемство е характерно за физическите лица, докато при юридическите лица – търговци, има и други хипотези, които за съжаление не са влезли в полезрението на съда, когато той произнася тази сентенция.**

Очевидно е, че в настоящия случай не е налице доброволна смяна на кредитора, защото прехвърлителят е преустановил като търговско дружество своето съществуване и в процеса на универсалното принудително изпълнение, каквото представлява производството по търговска несъстоятелност, носителят на вземането е заместен принудително с купувача на вземането. Тук е налице правна фигура, която стои близко до универсалното правоприемство, макар да не е идентична с него – кредиторът престава да съществува юридически и неговите вземания преминават по реда на чл. 717з ТЗ върху друго лице. Договор няма и затова никой не дава съгласие, т.е. фактическият състав повече се доближава до правоприемство, но не ех contractu, а по силата на един публичноправен акт – постановлението за възлагане на съда. ВКС трябва да обогати теорията си и да приеме, че арбитражният договор запазва силата си, ако при цедиране на вземането и двамата кредитори, и длъжникът се съгласят на арбитраж, когато едната страна почине или ЮЛ се прекрати и всички права и задължения преминават по силата на закона върху неин правоп-

²³ В чуждестранната теория това е основният аргумент за запазване на арбитражната клауза при цесия – вж. Roedl, Partner. Abtretung eines Vertrages (<https://www.roedl.de/themen/tschechien/2014-02/abtretung-eines-vertrages>).

риемник (универсално правоприемство) или когато вземането, придружено с арбитражна клауза, премине върху купувача на публична продан въз основа на постановление за възлагане на съда. В този случай, подобно на преминаването *ex lege*, не е възможно да се изрази съгласие, защото единият субект вече е преустановил своето съществуване и той няма как да участва в прехвърлянето на вземането. Редът за преминаване на вземането от търговеца, обявен в несъстоятелност, върху купувача на вземането е **трети начин за смяна на носителя на вземането, който се нарежда до цесията и универсалното правоприемство и за който липсва становище на ВКС.**

Смяната на кредитора не е станала доброволно. Тя настъпва по силата на сложен фактически състав, в който липсва волеизявление на търговеца в несъстоятелност. Този фактически състав се състои от постановление на съда за възлагане на вземането на избран чрез търг, проведен от синдика по делото по несъстоятелност, купувач, който е платил цената. Фактическият състав е уреден в чл. 717 б. В-3 от ТЗ. Но юридическата смърт на търговеца не води до прекратяване и заличаване на неговите висящи материални и процесуални отношения и те преминават върху правоприемника. Това важи и за арбитражните споразумения. Те преминават върху субекта, който е придобил материалното имуществено право – вземането срещу длъжника ответник.

Ако решаващият орган откаже да признае наличието на действателно арбитражно споразумение, **ще накърни интересите на ответника, чието възражение е несъвместимо с неговото поведение към момента, когато е подписвал арбитражната клауза – *venire contra factum proprium*.** В случая ответникът злоупотребява с правото си да прави възражение, за да бави процеса. Той няма интерес да прави възражение за некомпетентност на АС, след като сам той е подписал арбитражното споразумение. Ако арбитражът прекрати делото и ищецът предяви иск пред държавния съд, има опасност ответникът (чрез нов процесуален представител) да направи възражение, че той се е съгласил по силата на арбитражното споразумение споровете да се решават по арбитражен ред. **Смятам, че чрез практиката на прекратяване на делото поради измислена некомпетентност на арбитража се създават условия за шиканиране от страна на ответника и бавене на процеса с цел изтичане на погасителната давност за вземането.**

Въпросът, който се поставя тук, е **принципен.** При обявяване на

търговско дружество в несъстоятелност всички висящи договори остават в масата на несъстоятелността. Остават и арбитражните споразумения, които са прикрепени към търговските договори. Арбитражните споразумения нямат престационен характер – с тях страните не се задължават да дадат, извършат или не извършат нещо. С тях се дерогира държавната правораздавателна власт. С постановлението за възлагане на вземането преминава и арбитражното споразумение. Ако приемем, че то не преминава, тогава сме длъжни да отговорим на въпроса, какво става с него? Погасява ли се? На какво основание? Няма такова. Длъжникът, когато е сключвал търговския договор, е искал споровете му да не се решават от съда, а от арбитраж. **Становището, че арбитражният договор се „изпарява в небитието“ накарнява принципа *pacta sunt servanda*.**

По подобен казус се е произнесъл съдът в определение номер 4096 от 28.04.2017 г. по гражданско дело 314/2017 на Пловдивския окръжен съд. Той е трябвало да отговори на въпроса приложима ли е тази арбитражна клауза в спора между „Н и Н Транспорт логистика“ АД, на когото е възложено вместо плащане вземането на „Инфраструктурна компания“ АД срещу длъжника „Илва – ХГ“ ООД, по реда на чл. 510 от ГПК.

Съдът е приел във въпросния случай, че отговорът на този въпрос е положителен. *„Възлагането на вземането вместо плащане по реда на чл. 510 от ГПК има транслативен ефект, същото има характер на принудителна цесия, при която характеристиките на вземането, принадлежностите, привилегиите и обезпеченията се запазват. В случая ведно с вземането арбитражното споразумение е прехвърлено и обвързва цесионера, в случая кредитора, който с изрична молба е поискал това вземане да му се възложи вместо плащане. Не може да се отрече качеството на арбитражното споразумение на допълнителна гаранция за изпълнение на вземането и за упражняване правото на иск, свързана с избора на институция или личност/и, ползващи се с особено доверие от страните. Именно цесионерът, а в случая кредиторът на кредитора, е този, който приема да получи вземането в правното му състояние, в което то е било у неговия длъжник и кредитор на ответника по иска. Цедиращият длъжник по правило не волеизявява при цесия, респ. в хипотезата на чл. 510 от ГПК, респективно не е оправдано неговото правно положение да бъде променено и изразеното от него в арбитражно-*

то споразумение доверие да бъде подменено без неговото съгласие, вследствие на акт – постановление на частния съдебен изпълнител, по което той не е страна.

Ето защо в хипотезата на чл. 510 от ГПК вискателят, поискал възлагане вместо плащане, е обвързан от арбитражното споразумение, сключено между титуляра на вземането и неговия длъжник.“

IV. Заключение

В заключение бих искала ясно да подчертая, че свободата на волята на търговците следва да се зачита, а не да се измества от амбицията на съда да я дерогира и по този начин да установява отношение на господство върху икономическите субекти. Арбитражът е по-гъвкавият, по-бързият и ефективен способ за решаване на имуществени спорове. Той дава възможност на търговците да изберат правилата, по които да се събират доказателства, да се осъществи съдебното дирене и да се реши спорът между тях. ГПК създава универсална императивна процедура, която държавният съд не може да дерогира нито по собствено усмотрение, нито по искане на една от страните или на двете страни. Тя е уредена за всички видове гражданско-правни спорове. Арбитражната процедура може да се съобрази със спецификата на спорещите страни и с обстановката и времето, през което се разглежда и решава техният спор. Затова не бива нито законодателят, нито ВКС да ограничават договорната свобода на правните субекти на плоскостта на процесуалния способ за решаване на споровете между търговци. Изключването на арбитража с аргумента за невалидност на арбитражното споразумение в случаите по чл. 707 ТЗ би принудило търговците да избягват арбитража като алтернативен способ за решаване на спорове и би довело неоснователно до загиване поради неупотреба на най-ефективния способ за решаване на търговски спорове.

За контакти: проф. д-р Поля Голева
ИДП – БАН
golevap@yahoo.com