

ПРАВНО ЗНАЧЕНИЕ И ФУНКЦИИ НА ДЕПОЗИТАРЯ НА КОЛЕКТИВНИТЕ ИНВЕСТИЦИОННИ СХЕМИ

Александър Александров*

Анотация:

Статията има за цел да анализира правното положение на депозитаря на колективните инвестиционни схеми и причините за въвеждането на тази правна фигура, като едновременно с това се разгледат неговите роли и функции. Изследването поставя и въпроса и за отговорността на депозитаря и реда за нейното реализиране.

Ключови думи: договорен фонд, инвестиционно дружество, управляващо дружество, депозитар, колективни инвестиционни схеми, дялове

Abstract:

The article aims to analyze the legal position of the depositary of collective investment schemes and the reasons for the introduction of this legal figure, while considering its role and functions. The study also raises the question of the depositary's liability and the procedure for its implementation.

Key words: mutual fund, common fund, investment company, management company, depositary, collective investment scheme, shares, units

1. Въведение

Колективното инвестиране е явление, което придоби популярност в България през последното десетилетие, въпреки че в световен план то се развива вече повече от век. То дава възможност за инвестиционно управление на активи събрани от множество инвеститори в един общ фонд¹. Инвестиционната дейност в повечето случаи изисква значителен финансов ресурс, както и добри правни, финансови, икономически и маркетингови познания от страна на инвеститорите.

* Доктор по право, главен асистент по търговско право в Института за държавата и правото при БАН, хоноруван асистент по Гражданско право в ЮФ на ПУ „Паисий Хилендарски“.

1 Виж Williams, S. Unit Trusts. London, Woodhead-Faulkner, 1988, р. 7. Използвам понятието „фонд“ като синоним на имущество.

Появата на множество инвеститори, които разполагат с малък финансов ресурс и не притежават достатъчно познания, за да са в състояние сами да осъществяват финансово-инвестиционна дейност, води до необходимостта от създаване на правно-организационни форми, които да позволяват кумулиране на техните средства и последващото им управление, по начин който да донесе печалба на тези инвеститори. Така възникват различните правно-организационни форми за колективно инвестиране, измежду които са колективните инвестиционни схеми в техните две форми – инвестиционни дружества и договорни фондове. Различните форми за колективно инвестиране позволяват на това множество от инвеститори да се възползва от компетентно управление, осъществявано от професионалисти в областта на инвестиционната дейност. Това „доверяване“² на средствата на други лица, които да ги управляват е скрепено и със законодателни мерки за защита на инвеститорите. Една от тези мерки е въвеждането на фигурата на депозитаря, която играе ключова роля в дейността на инвестиционните дружества и договорните фондове.

Първоначално правното положение на депозитаря беше регламентирано с приетия през 1995г. Закон за ценните книжа, фондовите борси и инвестиционните дружества (ЗЦКФБИД), с който се постави началото на регулирания капиталов пазар в България и за пръв път се регламентираха инвестиционните дружества. Фигурата на депозитаря беше запазена и в новия Закон за публичното предлагане на ценни книжа (ЗППЦК), който влезе в сила на 30 януари 2000г. и отмени ЗЦКФБИД. След отмяната на Дял Четвърти от ЗППЦК през 2011г., където бяха регламентирани инвестиционните дружества, договорните фондове и функциите на депозитаря, тази правна материя намери своето място в новия Закон за дейността на колективните инвестиционни схеми и други предприятия за колективно инвестиране (ЗДКИСДПКИ), с който в нашето законодателство беше транспонирана Директива 2009/65/ЕС³.

Фигурата на депозитаря на колективната инвестиционна схема има своята правна уредба и в Европейското право. Тя е въведена за пръв път в Директива 85/611/ЕИО⁴, с която е регламентирана дейността на предприятията за колективно инвестиране в прехвърляеми ценни книжа, каквито са инвестиционните дружества и договорните фондове.

2 „Доверяването“ на средствата е една от характерните черти на предприятията за колективно инвестиране – виж Георгиев, Кр. Институционални характеристики на колективните схеми за инвестиции в ценни книжа. сп. Бизнес управление. Свищов, кн. 2, 2009г.

3 Директива 2009/65/ЕО относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно предприятията за колективно инвестиране в прехвърляеми ценни книжа (ПКИПЦК) (ОJ L 302, 17.11.2009, р. 32).

4 Директива на Съвета от 20 декември 1985 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно предприятията за колективно инвестиране в прехвърляеми ценни книжа (ПКИПЦК) позната още като UCITS I, ОВ L 375, 31.12.1985.

Директива 85/611/ЕИО има множество изменения, което закономерно доведе до нейната отмяна през 2009г., и замяната ѝ от Директива 2009/65/ЕС, известна още като Директива UCITS IV.

През 2014г. беше приета Директива 2014/91/ЕС⁵ известна още като Директива UCITS V. С тази директива се направиха някои изменения в Директива 2009/65/ЕС като се въвеждат нови правила по отношение на функциите на депозитаря, неговите задължения и отговорности, а така също и възможността за делегиране на негови функции на други лица.

2. Защо е необходима фигурата на депозитаря?

В исторически план не всички законодателства, които са регламентирали правно-организационните форми за колективно инвестиране са въвеждали изискване за наличие на депозитар⁶. Необходимостта от него проличава главно при неперсонифицираните форми като договорния фонд, където инвеститорите разполагат с по-ограничени права и имат преобладаващо пасивни функции в дейността без възможност да влияят върху управлението на фонда. Затова възниква необходимостта от едно трето независимо лице, което да контролира управляващото дружество и да защитава интересите на притежателите на дялове във фонда⁷. Тази цел проличава и от изискването на чл. 25 ЗДКИСДПКИ депозитарят и членовете на управителния и контролния му орган да не бъдат едни и същи или свързани лица с управляващото дружество или членове на неговия управителен или контролен орган. Депозитарят трябва да бъде в състояние да действа независимо и обективно. Депозитарят не може да извършва дейност, която да поражда конфликт на интереси между него, управляващото дружество, колективната инвестиционна схема или инвеститорите, освен ако конфликтите на интереси могат да бъдат установявани, управлявани, наблюдавани и разкривани пред инвеститорите.

5 Директива 2014/91/ЕС на Европейския парламент и Съвета за изменение на Директива 2009/65/ЕО относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно предприятията за колективно инвестиране в прехвърлими ценни книжа (ПКИПЦК) по отношение на депозитарните функции, политиката за възнагражденията и санкциите (OJ L 257, 28.08.2014, p. 186).

6 Така например, през 70-те години на миналия век в законодателството на Люксембург, където днес развиват дейността си множество колективни инвестиционни схеми, не е съществувало изискване за участие на депозитар в дейността ми. По същото това време обаче, такова изискване е съществувало в законодателството на Германия. Виж Kremer, Claude. Lebbe, Isabelle. Collective Investment Schemes in Luxembourg. Law and Practice. Oxford University Press, 2009, p. 308.

7 Въвеждането на фигурата на депозитаря при инвестиционните фондове е препоръчано в приета още на 19 Септември 1972г. Резолюция 72 (28) на 213-та среща на Комитета на министрите на Съвета на Европа.

В тази връзка чл. 127 ал. 1 Наредба № 44 на КФН⁸ задължава управляващото дружество да приеме в писмена форма политика за избягване и управление на конфликт на интереси.

Законодателната идея за въвеждането на фигурата на депозитаря си поставя цели в три насоки – да се осигури съхраняването на активите на колективната инвестиционна схема, да се подпомага дейността на управляващото дружество и да се осъществява контрол върху управлението на колективната инвестиционна схема с оглед защита интересите на инвеститорите. Първоначално необходимостта от фигурата на депозитаря възниква при неперсонифицираните форми за колективно инвестиране, но с времето такава необходимост се усеща и при персонифицираните форми, при които принципно инвеститорите разполагат с повече права и възможности да влияят върху управлението. При персонифицираната форма на колективна инвестиционна схема (инвестиционното дружество), инвеститорите имат възможност чрез участие в Общото събрание да променят състава на съвета на директорите и при условията предвидени в устава и закона косвено (чрез съвета на директорите) да прекратят договора с управляващото дружество (чл. 13 ал. 1 т. 9 във вр. с чл. 26 ал. 1 ЗДКИСДПКИ). Прякото упражняване на контрол от страна на инвестиционното дружество върху дейността и решенията на управляващото е изключено от чл. 31 ЗДКИСДПКИ. При неперсонифицираната форма (договорният фонд) притежателите на дялове не разполагат с никакви права за влияние върху управлението в т.ч. не биха могли и да прекратят договора с управляващото дружество, което е и учредител на фонда. То може да бъде заменено само в хипотезите на чл. 26 ал. 3 и при условия предвидени в Правилата на фонда (чл. 13 ал. 2 т. 13), ако въобще учредяващото фонда управляващо дружество предвиди условия за замяна различни от тези по чл. 26 ал. 3. Затова се налага едно независимо трето лице да защитава интересите им. С приемането на Директива 85/611/ЕИО фигурата на депозитаря стана задължителна в дейността и на двете форми на колективни инвестиционни схеми.

3. Кой може да изпълнява функциите на депозитар и как се уреждат отношенията с депозитаря?

Функциите на депозитар могат да се изпълняват от банка или инвестиционен посредник, които отговарят на специалните изисквания по чл. 35 ЗДКИСДПКИ.

⁸ Наредба № 44 за изискванията към дейността на колективните инвестиционни схеми, управляващите дружества, националните инвестиционни фондове и лицата управляващи алтернативни инвестиционни фондове е издадена на основание § 7 от ПЗР на ЗДКИСДПКИ и е приета с Решение № 129-Н от 20 октомври 2011 г. на КФН. Първоначално Наредбата е издадена със заглавие „Наредба № 44 от 20.10.2011г. за изискванията към дейността на КИС, инвестиционните дружества от затворен тип и управляващите дружества“ (Обн. ДВ, бр. 85 от 01.11.2011г., в сила от 01.11.2011). Изменение на заглавието е обнародвано в ДВ бр. 63 от 2016г.

До изменението на ЗДКИСДПКИ през 2013г. депозитар можеше да бъде единствено банка. Разширяването на възможностите за избор на депозитар се наложи поради увеличаващия се брой предприятия за колективно инвестиране.

Депозитарят осъществява дейността си по силата на договор, с който са му възложени функциите на депозитар. Този договор има характера на договор за поръчка. Съгласно чл. 3 Наредба № 44 договорът с депозитаря (наречен в чл. 3 споразумение) се сключва между управляващото дружество и депозитаря в писмена форма. Разпоредбата на чл. 35а ал. 2 ЗДКИСДПКИ също казва, че договорът урежда отношенията между управляващото дружество и депозитаря, но допълва, че депозитарят изпълнява функциите си по отношение на колективната инвестиционна схема. От минималното изискуемо съдържание на договора с депозитаря, посочено в чл. 3-7 Наредба № 44 и от задълженията на депозитаря по чл. 35а ЗДКИСДПКИ, се налага извода че договорът с депозитаря обвързва както управляващото дружество, така и самата колективна инвестиционна схема и създава права и задължения за всеки от тях. При сключването на договора с депозитаря управляващото дружество действа от една страна от името и за сметка на колективната инвестиционна схема (в редица текстове на ЗДКИСДПКИ като чл. 25 ал.3, чл.35а ал.4 т.1 и ал.7 т.2, чл.87 ал.1, се казва, че управляващото дружество действа от името и за сметка на колективната инвестиционна схема) и от друга страна от свое име, защото поема лично задължения спрямо депозитаря. Договорът с депозитаря урежда условията и редът за обмен на информация между управляващото дружество и депозитаря от една страна, и от друга страна създава права и задължения между депозитаря и колективната инвестиционна схема (напр. за съхранение на активи, извършване на плащания от името и за сметка на колективната инвестиционна схема, за заплащане на възнаграждение на депозитаря и др.). Конкретните права и задължения се определят от страните в договора и се допълват от законоустановени такива (чл. 35а ЗДКИСДПКИ). Това означава, че отговорността на депозитаря по чл. 37 ЗДКИСДПКИ за причинени вреди на колективната инвестиционна схема и на притежателите на дялове е договорна. Този извод се подкрепя и от чл. 7 т. 6 Наредба № 44, който изисква в съдържанието на договора с депозитаря задължително да бъде уредена отговорността на страните за неизпълнение на договорните задължения, включително отговорността на депозитаря и реда, по който притежателите на дялове могат да търсят такава отговорност съгласно чл. 37 ЗДКИСДПКИ.

В чл. 3-7 Наредба № 44 са уредени подробно изискванията към съдържанието на договора. Тъй като дейността на депозитаря е в интерес на една голяма общност от инвеститори, законодателят е въвел изискване за минимално задължително съдържание на договора, което да уреди най-важните въпроси от дейността на депозитаря и неговите

задължения. Този подход е избран, за да се внесе по-голяма яснота в отношенията между управляващото дружество, колективната инвестиционна схема и депозитаря и да не останат нерегламентирани някои от важните права и задължения, свързани с дейността на депозитаря. Съдържанието на договора се допълва и от редица законоустановени задължения на депозитаря (чл. 35а).

Договорът за депозитарни услуги е един от изискуемите документи по чл. 12 ал. 1 и чл. 13 ал. 1 ЗДКИСДПКИ необходими за издаване на лиценз за извършване на дейност като инвестиционно дружество и съответно разрешение за организиране и управление на договорен фонд и подлежи на проверка за неговата законосъобразност от КФН преди издаване на разрешението. Поради важните функции на депозитаря прекратяването на договора за депозитарни услуги и замяната на депозитаря е допустимо само след предварително одобрение от заместник-председателя на КФН (чл. 26 ЗДКИСДПКИ). Съгласно чл. 35а управляващото дружество може да сключи договор за съхранение на активи на една колективна инвестиционна схема само в един депозитар. Не се допуска една колективна инвестиционна схема да има няколко депозитара. По този начин се гарантира, че депозитаря има поглед и информация за всички активи, а отговорността при неизпълнение на задълженията на депозитаря се концентрира върху едно лице, при което на инвестиционното дружество и притежателите на дялове няма да им се налага да водят множество процеси за обезщетения.

Договорът с депозитаря може да бъде прекратен от управляващото дружество и съответно депозитаря да бъде заменен с друг освен на основанията предвидени в Устава на инвестиционното дружество, Правилата на ДФ (чл. 13 ал. 1 т. 8 и ал. 2 т. 12 ЗДКИСДПКИ) и самия договор (чл. 7 във вр. с чл. 6 ал. 1 т. 2 Наредба № 44), така също и с тримесечно предизвестие от страна на управляващото дружество (чл. 26 ал. 4). Последното е самостоятелно основание за прекратяване. Замяната на депозитаря обаче се допуска едва след получаване на предварително одобрение от зам.-председателя на КФН (чл. 18 ал. 1 ЗДКИСДПКИ).

4. Функции на депозитаря

Функциите на депозитаря могат да се разделят условно на четири групи:

- на първо място, това са функции, свързани със съхранение на активи на колективната инвестиционна схема. Депозитарят е задължен да съхранява активите, които

представяват безналични финансови инструменти в депозитарна институция по смисъла на §1, т. 26, буква "б" ДР на ЗПФИ (чл. 34 във вр. с чл. 35а ал. 7 ЗДКИСДПКИ). Към настоящия момент единствената такава депозитарна институция в България е Централен депозитар АД⁹. Депозитарят съхранява безналичните финансови инструменти, като открива клиентски подметки към своята сметка в депозитарната институция. Наличните финансови инструменти, които имат реално съществуване и могат да бъдат фактически предадени, както и паричните средства се съхраняват у депозитаря, ако е банка. Ако депозитарят е инвестиционен посредник парите се съхраняват в централна банка, кредитна институция, лицензирана банка от трета държава (не членка на ЕС) или колективна инвестиционна схема, която отговаря на специални условия по чл. 34 ЗПФИ. Законът принципно забранява на управляващото дружество да съхранява „на каса“ пари на колективна инвестиционна схема и съгласно чл. 67 Наредба № 44 е задължено да внесе в специална банкова сметка открита при депозитаря получените в брой суми от продажба на дялове, най-късно до края на следващия работен ден. Изключение от това правило е предвидено в чл. 38 ал. 4, който позволява на колективната инвестиционна схема да държи ликвидни активи в т.ч. и пари, но само с оглед изпълнение на задължението си за обратно изкупуване на дялове. Това изключение е предвидено с оглед разпоредбата на чл. 8 ал. 1 Наредба № 44 във вр. с чл. 18 ал. 5, който задължава колективната инвестиционна схема да поддържа такава структура на активите и пасивите, която да ѝ позволява във всеки един момент да изпълнява задължението си за обратно изкупуване¹⁰. С други думи, ако до края следващия работен ден няма постъпили искания за обратно изкупуване, то управляващото дружество е длъжно да внесе всички получени в брой средства по сметка на депозитаря. Може да задържи „на каса“ само тези средства, които са необходими за обратно изкупуване на дялове по вече постъпили заявки¹¹. Неспазването на това задължение е административно нарушение, за което е предвидена имуществена санкция, която се налага от зам.-председателя на КФН¹².

Депозитарят е длъжен да води отчетност, която позволява във всеки един момент да се разграничат съхраняваните активи за една колективна инвестиционна схема от друга, както и от активите притежавани от самия депозитар. Пред своите кредитори депозитаря не отговаря с активите съхранявани за колективна инвестиционна схема (чл. 36 ал.1 ЗДКИСДПКИ).

9 Правното положение и дейност на Централен депозитар АД е регламентирано в ЗППЦК и Наредба № 8 от 12.11.2003г. За Централния депозитар, издадена от КФН.

10 Така Решение № 5190 от 24.07.2013 г. на АдмС - София по адм. д. № 1622/2013 г.

11 Така Решение № 5125 от 23.07.2014 г. на АдмС - София по адм. д. № 733/2014 г.

12 Така Решение № 1441 от 10.03.2014 г. на АдмС - София по адм. д. № 4341/2013 г.; Решение № 2212 от 4.04.2014 г. на АдмС - София по адм. д. № 11159/2013 г., Решение № 5191 от 24.07.2013 г. на АдмС - София по адм. д. № 295/2013 г.

Това е логично, защото активите не са притежание на депозитаря, той само ги съхранява.

Съхраняването на активи на колективна инвестиционна схема извън депозитар застрашава съществено интересите на инвеститорите, тъй като води до невъзможност за депозитаря да осъществи предвидените от закона контролни функции. Съхраняването на активите извън депозитар, поставя под съмнение възможността му да следи за спазването на закона, Устава на инвестиционното дружество и Правилата на договорния фонд при изчисляване на стойността на дяловете и ограниченията свързани с разпределяне на риска, тъй като няма да е в състояние да извършва реална проверка на стойността на активите предоставяни му от страна на управляващото дружество на съответната колективна инвестиционна схема. Този факт съществено застрашава интересите на инвеститорите, тъй като е свързан с определянето на емисионната стойност на дяловете и цената за обратното им изкупуване¹³.

● Другата важна функция на депозитаря е свързана с извършване на плащания от името на колективната инвестиционна схема. Съгласно чл. 34 ЗДКИСДПКИ всички плащания от името на колективна инвестиционна схема се извършват от депозитаря. Управляващото дружество извършва действията по сключване на отделните договори за продажба и обратно изкупуване на дяловете, както и взема решения за инвестирането на набраните средства, но самите плащания се извършват от депозитаря и това е негово изключително правомощие. Съгласно чл. 3 ал. 1 т. 4 Наредба № 44 в договора между управляващото дружество, действащо от името и за сметка на колективната инвестиционна схема и депозитаря задължително трябва да се включи описание на процедурата, по която на депозитаря ще се осигури достъп до необходимата информация за изпълнение на задълженията му. Депозитарят трябва да бъде уведомен за плащанията, които следва да направи от името и за сметка на колективната инвестиционна схема. Плащането всъщност е техническа операция¹⁴, при която се извършва най-често безналично плащане, но няма пречка да се плати и в брой. На основание чл. 65 ал. 1 т. 5 при подадена поръчка за обратно изкупуване, в самата поръчка трябва задължително да се посочи и начина на плащане. Законодателят е възложил функцията по извършване на плащане на депозитаря от гледна точка на това, че той е трето лице, което действа независимо от управляващото дружество и осъществява цялостен контрол върху дейността на управляващото дружество.

13 В този смисъл виж Решение № 7036 от 20.11.2014 г. на АдмС - София по адм. д. № 2606/2014 г.

14 Виж Калайджиев, А. Коментар на закона за публичното предлагане на ценни книжа. София, ИК Труд и право, 2005, с. 584.

По този начин се гарантират в по-голяма степен правата на инвеститорите.

- Законът е възложил на депозитаря и функции по контрол и осигуряване на съответствието на цялата дейност на колективната инвестиционна схема със закона, Устава на инвестиционното дружество и Правилата на договорния фонд. Депозитарят контролира целия процес по издаване на дялове, продажба, обратно изкупуване, обезсилване (ако се извършва обезсилване) на дялове, изчисляване на нетна стойност на активите, определяне на стойността на дяловете. С договора за депозитарни услуги е възможно да се възложи на депозитаря изцяло изчисляването на емисионната стойност на дяловете и цената, по която се изкупуват обратно. Ако тази функция не му е възложена с договора за депозитарни услуги, тези стойности се изчисляват от управляващото дружество, а депозитаря има само контролни функции, като следи за правилното изчисляване (чл. 21 ал. 2 във вр. с чл. 35а ал. 2 т. 3). Депозитарят следи също дали всички плащания от инвеститори придобили дялове в колективната инвестиционна схема са постъпили по нейни сметки или на управляващото дружество¹⁵. Депозитарят води и отчетност на сметките, паралелна на тази, която води управляващото дружество и следи за съответствието между двата вида отчетност. Осигурява правилното разпределяне на дохода (в случаите когато договорен фонд разпределя доход) между притежателите на дялове в съответствие със закона и Правилата на договорния фонд.

- Законодателят е възложил на депозитаря и една допълнителна нетипична за него функция по управление, уредена в чл. 26 ал. 3 ЗДКИСДПКИ и в чл. 109 Наредба № 44. При отнемане на лиценза за извършване на дейност на управляващо дружество, което управлява договорен фонд, при неговото прекратяване или обявяване в несъстоятелност, управлението се предава на депозитаря, който поема управлението на договорния фонд за срок не по-дълъг от 3-месеца. Тъй като функцията по управление на договорен фонд от депозитаря е извънредна и нетипична за него, законодателят е ограничил времето за изпълнението ѝ. Липсата на правосубектност и органи при договорния фонд, както и невъзможността притежателите на дялове да управляват и представляват договорния фонд е накарало законодателя да предвиди допълнителни правомощия за депозитаря, които не са типични за неговата дейност и правно положение на трето независимо лице. Депозитарят трябва да извърши специалната процедура по чл. 109 Наредба № 44 по избор на ново управляващо дружество, което да продължи да управлява договорния фонд или да го преобразува чрез сливане или вливане¹⁶.

15 Законът допуска откриване на сметки на договорния фонд като вид колективна инвестиционна схема, въпреки че той не е юридическо лице, което следва да се приеме за правна фикция.

16 Съгласно чл. 141 допустимите форми на преобразуване на ДФ са само вливане и сливане.

В случай, че никое управляващо дружество не приеме поканата да поеме управлението или да я преобразува чрез сливане или вливане, или в случай, че избраното от депозитаря управляващо дружество не бъде одобрено от зам.-председателя на КФН, дейността на договорния фонд се прекратява и започва ликвидационно производство.

Процедурата по чл. 109 Наредба № 44 трябва да бъде проведена от депозитаря и в случай на прекратяване или разваляне на договора между инвестиционно дружество и управляващо дружество (чл. 26 ал. 1 и ал. 2 ЗДКИСДПКИ), при което обаче управлението не се поема от депозитаря, а по изключение от управителния орган (съвета на директорите), тъй като съгласно чл. 5 ал. 3 ЗДКИСДПКИ инвестиционното дружество се учредява винаги с едностепенна система на управление.

5. Отговорност на депозитаря

Върху депозитаря тежи задължението да осъществява дейността си с квалифицираната грижа на добрия търговец и единствено в интерес на колективната инвестиционна схема и притежателите на дялове (чл. 25 ал. 2). Съответно разпоредбата на чл. 37 ЗДКИСДПКИ разграничава отговорността на депозитаря на отговорност спрямо колективната инвестиционна схема и спрямо притежателите на дялове¹⁷. Това поставя въпроса дали депозитарят може да носи отговорност спрямо притежателите на дялове (акции) в инвестиционното дружество. Депозитарят е в договорни отношения със самото дружество, но не и с притежателите на дялове. Следователно няма основание депозитарят да носи договорна отговорност спрямо тях. По аналогия на деривативния иск по чл. 240а ТЗ следва да се приеме, че причинените от депозитаря вреди при изпълнение на задълженията му са вреди на инвестиционното дружество и то следва да отправи претенция за обезщетяването им спрямо депозитаря, а не пряко самите притежатели на дялове (акции) в инвестиционното дружество. Затова и разпоредбата на чл. 37 ЗДКИСДПКИ, която предвижда отговорност на депозитаря спрямо притежателите на дялове следва да се разбира като отговорност на депозитаря спрямо притежателите на дялове в договорния фонд, който е неперсонифициран и с когото депозитарят е в договорни отношения. Това означава, че депозитарят всъщност е в договорни отношения със самите притежатели на дялове в договорния фонд и те могат да претендират обезщетение за причинените им от депозитаря вреди на договорно основание, но не и

¹⁷ Въпреки, че не е казано изрично в чл. 37 депозитарят може да носи договорна отговорност и спрямо управляващо дружество, тъй като те са обвързани от сключения договор за депозитарни услуги, който създава права и задължения и между тях.

притежателите на дялове (акции) в инвестиционно дружество, независимо от формулировката в чл. 37 ал. 4¹⁸.

Отговорността на депозитаря по чл. 37 ЗДКИСДПКИ е уредена в две насоки - специална отговорност на депозитаря за загуба на финансов инструмент под попечителство (наличен финансов инструмент, който е предаден на депозитаря за съхранение – чл. 37 ал. 1) и обща отговорност за вреди претърпени от колективната инвестиционна схема или притежателите на дялове, които са резултат от небрежно или умишлено неизпълнение на задължения на депозитаря от служители на депозитаря или членове на управителен или контролен орган (чл. 37 ал. 4 ЗДКИСДПКИ). Общата отговорност има субсидиарен характер и се ангажира, доколкото не са налице условията за специалната отговорност по чл. 37 ал.1. Въпреки, че в хипотезата на чл. 37 ал. 4 ЗДКИСДПКИ става дума за възлагане на работа, то тази отговорност не е деликтна като тази по чл. 49 ЗЗД, а договорна, като основанието за нейното ангажиране е неизпълнението на конкретно задължение на депозитаря по договора за депозитарни услуги. За ангажиране на отговорността по чл. 37 ал. 4 на депозитаря е необходимо лицето на което е възложено изпълнението на задължение да има виновно поведение, да е действало умишлено или небрежно, а депозитарят ще отговаря за чуждата вина¹⁹. Липсата на вина у третото лице ще освободи от отговорност депозитаря, като по правило вината при реализиране на гражданската отговорност се предполага до доказване на противното.

В случай на загуба на финансов инструмент, който му е поверен за съхранение (под попечителство) (чл. 37 ал. 2) депозитарят е задължен да възстанови на колективната инвестиционна схема финансов инструмент от същия вид или паричната му равностойност и то „без прекомерно забавяне“. Изборът за това дали депозитарят да възстанови финансов инструмент от същия вид или паричната му равностойност е предоставен на депозитаря, а при „прекомерно забавяне“ (което е фактически въпрос и се преценя в конкретния случай), колективната инвестиционна схема (има се предвид само инвестиционното дружество) и притежателите на дялове (тези, които притежават дялове в договорен фонд) могат да предявят осъдителен иск срещу депозитаря за упражняване на едно от тези две субективни права.

Законът предвижда възможност депозитарят да се освободи от отговорност, ако докаже, че загубата на финансовия инструмент е резултат от външно събитие, което е извън неговия контрол и чиито последици са неизбежни, независимо от предприетите мерки (чл. 37 ал. 3 ЗДКИСДПКИ).

18 В този смисъл виж също Kremer, Claude. Lebbe, Isabelle. Op. Cit., p. 324.

19 Виж Кожухаров, Ал. Облигационно право. Книга първа. София, Софи-Р, 1992г., с. 240.

Законът не поставя условието външното събитие да е непредвидимо или непредвидено по аналогия със случайното събитие или непреодолимата сила (чл. 306 ТЗ). Достатъчно е събитието да стои извън волята на депозитаря и неговите последици да са неизбежни, независимо от действията, които депозитарят би могъл да предприеме. Мярката за това са възможностите на депозитаря и достъпа му до средства, които съответстват на достигнатото от науката и техниката ниво на развитие²⁰.

Законът забранява изключването или ограничаването на отговорността на депозитаря чрез споразумение и прогласява изрично всяко такова споразумение за нищожно, като по този начин се защитават интересите на колективната инвестиционна схема и притежателите на дялове.

6. Кой може да предяви иск за вреди срещу депозитаря?

Съгласно чл. 37 ал. 1 и ал. 4 ЗДКИСДПКИ депозитарят отговаря спрямо колективната инвестиционна схема и спрямо притежателите на дялове за причинените им вреди. Както вече посочих по-рано тази разпоредба следва да се разбира като отговорност към инвестиционното дружество (персонифицираната форма на колективна инвестиционна схема) и отговорност към притежателите на дялове в договорния фонд като неперсонифицирана форма на колективна инвестиционна схема. Възниква въпросът кой може да предяви иск за реализиране на тази отговорност на депозитаря. Отговорът на въпроса изисква първо да се разгледа въпроса кой може да извършва правни действия от името на колективната инвестиционна схема и на притежателите на дялове.

Съгласно чл. 5 ал. 4 ЗДКИСДПКИ колективната инвестиционна схема се управлява от управляващо дружество по силата на сключен договор (договор за поръчка) и в съответствие с Устава на инвестиционното дружество или Правилата на договорния фонд. В различни разпоредби на закона се казва, че управляващото дружество действа от името и за сметка на колективната инвестиционна схема, което означава, че то не само я управлява, но и я представлява в предвидените в закона случаи. Управляващото дружество има ограничена по обем представителна власт, която произтича от закона. Законът не предвижда възможност управляващото дружество да предяви срещу депозитаря иск за защита на права принадлежащи на инвестиционното дружество, а само на права на притежателите на дялове (чл. 37 ал. 7 ЗДКИСДПКИ).

²⁰ Виж Калайджиев, А. Облигационно право. София, Сиби, 2007г, с. 314.

По отношение на договорния фонд това не създава проблем, тъй като той е неперсонифицирана форма на колективна инвестиционна схема и се отъждествява с притежателите на дялове, а чл. 37 ал. 7 ЗДКИСДПКИ дава възможност на управляващото дружество да предяви косвено т.е. от свое име права на притежателите на дялове т.е. да действа като процесуален субституент без да е необходимо да се конституират самите притежатели на дялове. Разпоредбата на чл. 37 ал. 7 ЗДКИСДПКИ дава възможност и всеки един притежател на дялове в договорния фонд да предяви иск срещу депозитаря за причинените му вреди (както посочих по-рано това е недопустимо за притежателите на дялове в инвестиционно дружество, независимо от текста на чл. 37 ал. 7 ЗДКИСДПКИ²¹). Проблем обаче възниква при инвестиционните дружества, които са самостоятелен правен субект, а законът не предвижда възможност управляващото дружество да предяви иск за защита на права на инвестиционното дружество срещу депозитаря за причинени вреди. Строго погледнато това означава, че искът трябва да се предяви от съвета на директорите на инвестиционното дружество, защото съгласно чл. 30 ал. 1 ГПК той представлява инвестиционното дружество (акционерно дружество) пред съдилищата, а логиката на законодателя е да се даде възможност именно управляващото дружество да предяви този иск. De lege ferenda е добре разпоредбата на чл. 37 ал. 7 да се допълни като се предвиди възможност не само притежателите на дялове, но и самата колективната инвестиционна схема да може да предяви иск срещу депозитаря косвено чрез управляващото дружество. Това, че управляващото дружество управлява и в много случаи представлява колективната инвестиционна схема, не означава, че разполага с обща представителна власт и може да представлява инвестиционното дружество пред съдилищата като законен представител. От друга страна управляващото дружество не е сред лицата посочени в чл. 32 ГПК, които могат да бъдат процесуални представители на страните в процеса по пълномощие, което налага de lege ferenda или да се предвиди такова право за управляващото дружество или да се предвиди изрично възможност като тази по чл. 37 ал. 7 ЗДКИСДПКИ то да може да предяви косвен иск за защита на право на инвестиционното дружество и да действат като процесуален субституент, което в момента е предвидено само по отношение на притежателите на дялове, но не и по отношение на самите колективни инвестиционни схеми.

²¹Такова причиняване на вреди на притежателите на дялове в инвестиционно дружество е трудно мислимо, защото вредите биха били за самото дружество. Това е наложило и въвеждането на деривативния иск по чл. 240а ТЗ при акционерните дружества.