

## АРБИТРАЖНО СПОРАЗУМЕНИЕ, СКЛЮЧЕНО ЧРЕЗ ЕЛЕКТРОННИ СРЕДСТВА

*Александър Кацарски*

## ARBITRATION AGREEMENT CONCLUDED BY ELECTRONIC MEANS

*Alexander Katzarsky*

**Abstract:** *The research deals with the conclusion of arbitration agreement by electronic means in view of the written requirement of Art. 7 Para 2 of the International Commercial Arbitration Act (ICAA).*

**Key words:** *arbitration agreement, conclusion by electronic means.*

Предмет на изследване е удовлетворяването на изискването на чл. 7, ал. 2 ЗМТА за сключване на арбитражно споразумение в писмена форма, когато това става чрез електронни средства<sup>1</sup>. В светлината на чл. 19 ал. 1 *in fine* ГПК изследването не се занимава със спорове, по които едната страна е потребител.

1. Чл. 7, ал. 2 ЗМТА почива на разпоредбата на чл. 7, ал. 2, изр. второ от Модела закон в първоначалната му редакция, като ЗМТА не е възпроизвел създаденото в чл. 7, ал. 4 от редакцията на Модела закон от 2006 г. разрешение относно сключване на арбитражно споразумение посредством електронна кореспонденция (разпоредбата на ЗМТА не е изменяна от създаването ѝ през 1988 г.). Специфичен проблем е налице, когато арбитражната клауза се съдържа в общи условия с оглед разпоредбата на чл. 298, ал. 2 ТЗ, изискваща спазване на писмена форма за предаване на общите условия от страната, която ги е установила, на насрещната страна по договора, представляващ търговска сделка.

При анализа на различните хипотези на сключване на арбитражно споразумение чрез електронни средства следва да се изхожда от правилата за електронния документ и електронния подпис, както и от правилата за електронна търговия. И двете групи разпоредби съдържат правила за осъществяване на писмена форма, които не са специфични за сключване на арбитражно

споразумение, а са присъщи изобщо на договорите.

От общото правило на чл. 3, ал. 2 от Закона за електронния документ и електронните удостоверителни услуги /ЗЕДЕУУ/, че писмената форма е спазена, ако е съставен електронен документ, съдържащ електронно изявление, както и от разпоредбите, според които електронният подпис и усъвършенстваният електронен подпис имат значение на саморъчен подпис, когато това е уговорено между страните (чл. 15, ал. 4 ЗЕДЕУУ), а квалифицираният електронен подпис (КЕП) – на саморъчен подпис (чл. 25, ал. 2 от Регламент (ЕС) № 910/2014 относно електронната идентификация и удостоверителните услуги при електронни трансакции на вътрешния пазар и за отмяна на Директива 1999/93/ЕО), следва, че писмената форма по чл. 7, ал. 2 ЗМТА несъмнено е спазена, когато арбитражното споразумение:

– представлява отделен договор или е част от договор, материализиран в електронен документ, подписан с КЕП;

– сключено посредством размяна на предложение и приемане, всяко от тях материализирано в отделен електронен документ, подписан с КЕП (няма пречка само едното волеизявление да е направено по този начин, а другото – в традиционна писмена форма и подписано ръкописно). Когато изявленията са разменени по електронна поща, за момента на сключване се прилага правилото на

<sup>1</sup> Сравнителноправните аспекти на проблема са изследвани във **Wolff, R.** E-Arbitration Agreements and E-Awards: Arbitration Agreements Concluded in an Electronic Environment and Digital Arbitral Awards. // *Arbitration in the Digital Age. The Brave New World of Arbitration*, Cambridge University Press, 2018, pp. 151–174.

чл. 10 ЗЕДЕУУ, определящо момента на получаване на електронното изявление, каквото в случая би бил акцептът като елемент от сключването.

Възможно е арбитражното споразумение като самостоятелен договор или като клауза в друг договор да е сключено посредством електронни изявления, които не са подписани или са подписани с електронен подпис или усъвършенстван електронен подпис. Чл. 7, ал. 2 изр. второ ЗМТА съдържа само примерно изброяване на начините, по които може да се осъществи писмената форма, като изрично след споменаването на „размяна на писма, телекси и телеграми“ изрично е посочено „и други средства за съобщения“. От посочването на телекси и телеграми е ясно, че за спазването на писмената форма не е необходим саморъчен подпис. Следователно, и електронно изявление, което не е подписано с електронен еквивалент на саморъчен подпис, предвиден от закона (КЕП) или уговорен от страните, удовлетворява изискването за писмена форма по чл. 7, ал. 2 ЗМТА. Така арбитражно споразумение може да се сключи посредством размяна по електронна поща на електронни изявления, съдържащи се в самото електронно съобщение или в приложение към него.

Арбитражно споразумение може да бъде сключено и по друг начин – посредством използване на уеб страницата на доставчика на услугите (онлайн комуникации). Законът за електронната търговия (ЗЕТ) ясно разграничава сключването на договор само посредством електронна поща и използване и на онлайн комуникация – аргумент от чл. 12 ЗЕТ. Дори потвърждаването да става по електронна поща, това не представлява размяна на индивидуални изявления, тъй като само едното изявление (потвърждаването) е изпратено по този начин. За тази хипотеза се прилагат разпоредбите на глава трета (чл. 8 – чл. 12) ЗЕТ.

В случая страната, която ще използва уеб страницата на доставчика на услугите, отправя изявление за сключване на договора посредством същата тази уеб страница. Вариантите за сключване на договор са два. Единият е посредством изявление, съдържащо изрично съгласие (за приемане на офертата, материализирана на уеб страницата, и съдържаща арбитражна клауза) – това е т.нар. “click-wrap” изявление – натиска се бутон “OK”, “Agree” или “Accept”, т.е. изрично се из-

разява приемане. Другият е посредством използване на предлагания продукт, ако обаче е ясно и видимо записано (обикновено над бутона за получаване на продукта, който е означен като “Download”, “Enter” и други подобни изрази<sup>2</sup>), че използването на продукта означава приемане – това е т.нар. “browse-wrap” изявление – непосредствено се получава продуктът – предмет на сделката, което означава и сключване на договор с определено съдържание.

Доставчикът потвърждава получаването също по електронен път – или чрез използваната уеб страница, или по електронна поща. И в двата случая се прилага изискването на чл. 11 ЗЕТ за осигуряване на достъп до изявлението, за да се счита то за получено. При потвърждаване по електронна поща получаването на потвърждаването е постъпването му в посочена от адресата информационна система – аргумент от чл. 10, ал. 1 ЗЕДЕУУ. Арбитражното споразумение (като клауза в така сключения договор) е сключено в момента на получаване на потвърждаването – аргумент от чл. 10, ал. 2 и чл. 11 ЗЕТ. Това е разликата с хипотезата на сключване посредством размяна само по електронна поща, при която се прилага чл. 10 ЗЕДЕУУ – споразумението е сключено при постъпване на приемането в релевантната информационна система на адресата на приемането, без да е необходимо потвърждаване, а потвърждаване се изисква само ако е изрично уговорено и тогава сключване е налице в момента на изпращане на потвърждаването.

Възприетият в ЗЕТ подход – договорът да се счита за сключен само при потвърждаване на полученото изявление за сключване на договора – има за цел да се избягнат спорове относно правното значение на изявлението на доставчика, оповестено на уеб страницата му – публична поканна по смисъла на чл. 290 ТЗ или публично предложение по смисъла на чл. 291 ТЗ.

Всеки един от описаните по-горе начини може да се използва за сключване на споразумение за решаване на спора посредством онлайн арбитраж (online arbitration). Забраната на чл. 19, ал. 2 ГПК да се уговаря арбитраж дори по вече възникнали потребителски спорове, която надхвърля изискванията на Директива 2013/11/ЕС за алтернативно решаване на потребителски спорове, както и за отнасяне на спорове до арбитраж

<sup>2</sup> Означението на бутона показва, че се продължава използването на уеб страницата, без от самото означение да е ясно, че се сключва договор. Затова преди това е необходимо да има текст в този смисъл, включително и че се приемат общите условия, ако договорът се сключва при общи условия.

по инициатива само на потребител, когато търговецът се е съгласил предварително да приеме избора на потребителя, ограничава значително приложното поле на онлайн арбитража, значителна част от което е именно решаване на потребителски спорове, т.нар. B2C arbitration.

2. Когато арбитражното споразумение е част от общи условия, приложими в основната си част към материалноправен договор, се поставя въпросът за спазване на изискването на чл. 16 ЗЗД за писмено потвърждение с оглед на обвързване с тях, съответно на чл. 298 ТЗ (когато сделката е търговска), и за предаване на общите условия на насрещната страна при сключване на договора, за да е налице писмена форма. Доколкото за действителност на арбитражното споразумение се изисква писмена форма, която може да се постигне по описаните по-горе начини и чрез използване на електронни средства, необходимо е (1) потвърждаването на насрещната страна, че приема общите условия, да е обективизирано в така постигнатата писмена форма, и (2) да е налице предаването им, което може да стане също чрез използване на електронни средства.

Предаването на общите условия може да бъде извършено посредством електронна поща, вкл. и като прикачен файл. Предаването им обаче може да се осъществи и съгласно чл. 9 ЗЕТ чрез осигуряване на достъп до тях по начин, който би позволил насрещната страна да разполага трайно с тях, като например ги запише в информационна система, изцяло под неин контрол.

3. Проверката на компетентността на арбитражния съд включва и преценка за спазването на писмена форма при сключване на арбитражно споразумение чрез електронни средства.

Проверка на своята компетентност извършва служебно самият арбитражен съд – чл. 19 ЗМТА. Особеност при институционните арбитражи е, че предварителна проверка (с ограничен обхват и при точно определени предпоставки – обикновено очевидна липса на арбитражно споразумение) извършва и самата институция, преди да се образува арбитражният състав. Тази проверка обаче е само *prima facie*, тъй като няма състезателен характер (дори да се иска становище на насрещна страна, не се развива пълноценно състезателно производство) и не дава възможност за експертна проверка на сключването на арбитражното споразумение в случай на оспорване на това обстоятелство. Правилата на някои институционни арбитражи са такива, че в хода на проверката може да се стигне до сключване на

арбитражно споразумение чрез електронни средства. Така например чл. 7 от Правилника на АС при БТПП (подобна и, макар и с по-кратка уредба, предварителна проверка се съдържа в чл. 19, ал. 1 от Правилника на АС при БСК) предвижда, че ако ищецът не се позовава на арбитражно споразумение или не го представи, но заяви, че желае да бъде връчен на ответника препис от исковата молба, то такъв се връчва на последния. Това открива възможност за сключване на арбитражно споразумение и чрез електронни средства – ако ответникът приеме компетентността на АС при БТПП посредством електронно изявление. Предварителната проверка по чл. 7 от Правилника на АС при БТПП, в хода на която не се стигне до изрично, включително и чрез електронни средства, или конклюдентно сключване на арбитражно споразумение, изключва възможността това да стане впоследствие, защото производството се прекратява още преди образуване на арбитражен състав.

Правилата на други институционни арбитражи относно първоначалната (*prima facie*) проверка изобщо не дават възможност за сключване на арбитражно споразумение в хода на тази проверка, защото тази проверка влиза в действие само при неподаване на отговор или когато бъде направено възражение за некомпетентност – например чл. 17, ал. 2 от Правилника за арбитраж на АС при КРИБ, която разпоредба се основава на модела, възприет в Правилата за арбитраж на МТК – чл. 6, ал. 3 и сл.

Освен предварителна проверка, такава се извършва и в хода на самото арбитражно производство – така например чл. 19, ал. 1 ЗМТА е възпроизведен в правилата на редица институционни арбитражи, действащи в България, например чл. 26 от Правилника на АС при БТПП, чл. 20 от Правилника на АС при БСК, чл. 17 от Правилника за арбитраж на АС при КРИБ. В този случай тя има състезателен характер и по повод на нея може да се развие доказване според доказателствените правила, приложими и към съществуването на спора.

Сключеното чрез електронни средства арбитражно споразумение може да бъде релевирано и ако едновременно с арбитражното производство, в рамките на което то е сключено, със същия спор е сезиран и държавен съд. В такъв случай държавният съд следва да приложи чл. 8, ал. 1 ЗМТА и да прекрати производството при себе си, ако установи наличие на такова споразумение.

Разбира се, ако сключеното посредством електронни средства арбитражно споразумение

не бъде своевременно релевирано, то губи правното си действие и компетентността на държавния съд се възстановява.

При издаване на изпълнителен лист въз основа на местно арбитражно решение проверка за съществуване на арбитражно споразумение не са прави – аргумент от чл. 405, ал. 5 ГПК. Проверява се единствено арбитраруемостта на спора, защото при липса на такава решението е нищожно – чл. 47, ал. 2 ЗМТА. В останалите случаи на порочно арбитражно решение, вкл. и липса на арбитражно споразумение, то е отменимо, така че проверката се извършва при иск по чл. 47, ал. 1, т. 2 или т. 5 ЗМТА. Така е в случаите, в които се спори дали изобщо е налице арбитражно споразумение (чл. 47, ал. 1, т. 2 ЗМТА), или дали е налице произнасяне извън неговия предмет (чл. 47, ал. 1, т. 5 ЗМТА). Когато става въпрос за сключено чрез електронни средства арбитражно споразумение, ответникът по иска по чл. 47, ал. 1 ЗМТА, който твърди съществуването му, носи тежестта да докаже сключването му, като в тази връзка се прилага чл. 184 ГПК.

В производството по екзекватура на чуждестранно съдебно решение, за което съгласно чл. 51, ал. 2 ЗМТА се прилага Нюйоркската конвенция, съдът на държавата по признаване и допускане на изпълнението е длъжен да зачете писмено арбитражно съглашение по смисъла на чл. II, ал. 2. Редакцията на разпоредбата („Под писмено съглашение“ се разбира било арбитражно споразумение, включено в договор, било арбитражно съглашение, подписано от страните или съдържащо се в разменени писма или телеграми“) поставя въпроси както когато пред български съд се търси екзекватура на чуждестранно арбитражно решение, така и когато пред съд на друга държава се търси екзекватура на българско арбитражно решение, ако те се основават на арбитражно споразумение, сключено чрез електронни средства.

От препоръката, дадена от УНСИТРАЛ относно тълкуването на чл. II, ал. 2 и чл. VII, ал. 1 от Нюйоркската конвенция<sup>3</sup>, е видно, че при екзекватура чл. II, ал. 2 от Нюйоркската конвенция следва да се прилага, като се изхожда от разбирането, че изброяването в тази разпоредба не е изчерпателно, т.е. писмената форма може да бъде спазена и при сключване чрез електронни

средства, когато съответното законодателство допуска това. В случая това означава, че при екзекватура в България, въпреки че чл. II, ал. 2 от Нюйоркската конвенция не изброява изрично сключване на арбитражно споразумение чрез електронни средства, такова следва да бъде зачетено от българския съд, ако то се допуска от правото, регулиращо арбитражното споразумение, а то е уговореното за това от страните право или при липса на уговорка – правото на държавата, където решението е постановено – аргумент от чл. V, ал. 1, б. „а“ от Нюйоркската конвенция. Съответно, когато се търси екзекватура на арбитражно решение, регулирано от българското право и основано на сключено чрез електронни средства арбитражно споразумение, същото следва да бъде зачетено от държавата, в която се търси признаване или изпълнение. Затова изрично в преамбюла на препоръката е записано, че при тълкуване на Нюйоркската конвенция следва да се съобрази „създаването на национално законодателство и юриспруденцията много по-благоприятни от Конвенцията по отношение на изискванията за форма на арбитражните споразумения“, така че чл. II, ал. 2 от Нюйоркската конвенция следва да се тълкува в смисъл, че „описаните в него обстоятелства не са изчерпателни“, поради което съответната страна по арбитражно решение да може „въз основа на правото или договорите на държавата, в която арбитражното споразумение се релевира, да търси признаване на действителността на таква арбитражно споразумение“.

В процеса на доказване на арбитражното споразумение, сключено чрез електронни средства, пред българските съдилища се прилага чл. 184 ГПК. И пред тях, а и в самото арбитражно производство при оспорване на сключеното чрез електронни средства арбитражно споразумение, от особено значение са т.нар. метаданни, т.е. материализираната в електронния носител информация относно съставянето на документа, последващ достъп до него и евентуални въздействия върху него.

При сключване на арбитражно споразумение чрез електронни средства, освен в хипотезата на съставен електронен документ, подписан с КЕП, изрично приравнена на традиционен документ със саморъчен подпис, писмената фор-

<sup>3</sup> Recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006 at its thirty-ninth session.

ма е осъществена и когато изявленията, от които се състои споразумението, са така материализирани, че впоследствие са достъпни и могат да бъдат възпроизведени – това изискват всъщност правилата за сключване на споразумение посредством размяна на електронна поща или посредством уеб страница на едната страна. Достъпност и възпроизводимост на информацията е критерият дали по начало едно електронно изявление удовлетворява изискването за писмена форма – така чл. 6 от Модела закон за електронната търговия на УНСИТРАЛ и чл. 9, ал. 2 от Конвенцията на ООН за използването на електронни съобщения в международни договори<sup>4</sup>, по която конвенция България не е страна. Но именно трайността на записаната информация и

възможността за последващо ѝ точно възпроизвеждане са същественият белег на писмената форма, възприет от чл. 293, ал. 4 и 5 ТЗ при търговските сделки.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

**Wolff, R.** E-Arbitration Agreements and E-Awards: Arbitration Agreements Concluded in an Electronic Environment and Digital Arbitral Awards. // *Arbitration in the Digital Age. The Brave New World of Arbitration*, Cambridge University Press, 2018, pp. 151–174.

UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 *bis* as adopted in 1998, UN NY, 1999.

---

<sup>4</sup> В този смисъл и UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 *bis* as adopted in 1998, UN NY, 1999, p. 36, както и Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, pp. 48–51.